

Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale

Tome 1

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay
préparée à l'Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines

École doctorale n°578 Sciences de l'homme et de la société (SHS)
Spécialité de doctorat : sciences juridiques

Thèse présentée et soutenue à Guyancourt, le 11 décembre 2018

Anaïs SZKOPINSKI

Composition du Jury :

Monsieur Michel VIVANT Président
Professeur agrégé émérite, Sciences Po - Ecole de droit

Monsieur Emmanuel DREYER Rapporteur
Professeur agrégé, Université Paris I - Ecole de Droit de la Sorbonne

Monsieur Jean LAPOUSTERLE Rapporteur
Professeur agrégé, Université Paris-Sud - Jean Monnet

Monsieur Guillaume BEAUSSONIE Examineur
Professeur agrégé, Université Toulouse 1 Capitole

Madame Valérie-Laure BENABOU Directrice de thèse
Professeur agrégé, Université d'Aix-Marseille

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur.



REMERCIEMENTS

Cette thèse fut un voyage tant juridique qu'intérieur. Des paysages familiers du droit de la propriété intellectuelle, elle m'emmena dans les contrées lointaines de la matière pénale. De mes réflexions, nourries par leurs spécialistes, sont nées ces lignes, patiemment et courageusement relues par ma maman pour en supprimer les coquilles. Durant cette aventure extraordinaire, où les joies et les peines furent intenses, elle m'apporta, ainsi que ma tante, un précieux soutien. Jessica m'offrit une écoute bienveillante et sa confiance en mes recherches m'encouragea à porter mes pas toujours plus loin. De joyeux YehYeh ont su, régulièrement, me divertir de mes méditations doctorales. Cette exploration n'aurait pas été aussi plaisante sans mes compagnons de route, doctorants du laboratoire DANTE et d'ailleurs, Lénaïc, Benoît, Luisa, Flora, Simon, Hakim, Camille, Thuriannie, Charlotte, dont certains ont attentivement relu quelques pages.

L'envie de réaliser une thèse me fut donnée par mes Professeurs de la Faculté de droit et de science politique de Versailles Saint-Quentin en Yvelines. L'un d'eux, Madame le Professeur Benabou, passant alors de la cité royale à la cité phocéenne, m'aida à définir mon itinéraire et m'accorda la liberté de soutenir mes idées.

A Papy et Mamy

SOMMAIRE

PARTIE I - L'IMPARFAITE PROTECTION DU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE PAR LE DROIT PENAL

TITRE I - UN RESEAU COMPLEXE DE NORMES PENALES APPLICABLES AU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

CHAPITRE I - Un droit pénal spécialement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle

CHAPITRE II - Des infractions du code pénal applicables au droit de la propriété intellectuelle

TITRE II - L'ECHEC DU DROIT PENAL DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

CHAPITRE I - Le droit pénal de la propriété intellectuelle à l'épreuve des concours de qualifications

CHAPITRE II - Le droit pénal de la propriété intellectuelle à l'épreuve de la dépénalisation judiciaire

PARTIE II - LA MATIERE PENALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE, UN RESEAU DE NORMES EN QUETE DE COHERENCE

TITRE I - L'EMERGENCE DE RESEAUX DE NORMES REPRESSIVES, PERIPHERIQUES AU DROIT PENAL

CHAPITRE I - L'échec de l'externalisation de la fonction répressive à une autorité administrative indépendante

CHAPITRE II - Le droit civil répressif, réseau de normes rivales du droit pénal

TITRE II - LE DROIT DE PROPRIETE, VECTEUR DE COHERENCE DE LA MATIERE PENALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

CHAPITRE I - Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété

CHAPITRE II - Le renouvellement de la protection du droit de la propriété intellectuelle par un droit pénal de la propriété

INTRODUCTION

« Ce qui est à repenser radicalement c'est ce qu'est punir, ce qu'on punit, pourquoi punir et finalement comment punir »¹

« Prendre la contrefaçon au sérieux »²

1. L'ampleur des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle - Les droits de propriété intellectuelle subissent des atteintes dont le nombre ne cesse de croître. Favorisées par le développement d'Internet et des moyens de circulation des biens, tant dans le monde physique que dans le cyberspace, elles sont lucratives et, souvent, transfrontalières. Les chiffres sont éloquentes. En 2017, trente-et-un millions de marchandises contrefaisantes ont été saisies par les douanes avant leur entrée sur le territoire de l'Union européenne³. En France, entre le 1^{er} novembre 2016 et le 31 octobre 2017, 1 853 323 premières recommandations ont été envoyées par la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, dans les circonstances de la réponse graduée adressée aux titulaires de connexion à Internet ayant servi à porter atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins. L'ampleur et les caractéristiques des atteintes aux droits de propriété intellectuelle influent sur les normes destinées à les protéger. En effet, ce droit, aux contours incertains (I), est protégé par des normes de nature répressive (II). Leurs interactions dessinent des réseaux, mais leur appréhension par la notion de matière pénale révèle une concurrence normative infructueuse (III). Reconsidérer la matière pénale de la propriété intellectuelle à l'aune du droit de propriété, permet d'envisager une protection par le droit pénal de la propriété (IV).

I - Le droit de la propriété intellectuelle, un droit aux contours incertains

2. L'absence de définition légale du droit de la propriété intellectuelle - Le droit de la propriété intellectuelle n'est pas défini par ses sources normatives. En France, un code porte son nom, mais aucune de ses dispositions ne le définit. Au niveau international, il apparaît dans l'intitulé de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁴, mais cette approche demeure sectorielle et la notion de propriété intellectuelle n'est pas définie, pas plus que celle « des droits » qui s'y rapportent. A l'échelle européenne, la

¹ M. Foucault, « Interview de Michel Foucault », *Entretien avec C. Baker*, Actes/Les cahiers de Vauresson, 1984, n° 45/46, p. 5.

² M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, chron. p. 1839-1844.

³ Report on the UE customs enforcement of intellectual property rights, Results at the EU border, 2017.

⁴ Accord sur les ADPIC, annexe 1C de l'accord de Marrakech instituant l'OMC, 15 avr. 1994.

directive du 29 avril 2004 aborde le droit de la propriété intellectuelle de manière transversale⁵. Cependant, le législateur européen ne s'est pas risqué à une définition, se contentant d'affirmer au treizième considérant qu'il est « *nécessaire de définir le champ d'application de la présente directive de la manière la plus large possible afin d'y inclure l'ensemble des droits de propriété intellectuelle couverts par les dispositions communautaires en la matière et/ou par la législation nationale de l'Etat membre concerné* » et précise à l'article premier que « *la présente directive concerne les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle. Aux fins de la présente directive, l'expression "droits de propriété intellectuelle" inclut les droits de propriété industrielle* ». Le droit de la propriété intellectuelle semble alors ne pouvoir être défini que par son contenu et n'existe que par renvoi à ce que chaque Etat intègre sous ce vocable.

3. La structure morcelée du droit de la propriété intellectuelle - En droit français, le droit de la propriété intellectuelle, saisi notamment par un code éponyme, apparaît comme un ensemble ramifié de droits. Selon la métaphore arboricole, le droit de la propriété intellectuelle est composé de deux branches⁶, le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de la propriété industrielle, chacune, à leur tour, constituée de divers droits. La « *summa divisio* » correspond à une distinction sociétale entre la culture et l'industrie. Les droits de propriété littéraire et artistique ont, en principe, une vocation culturelle, tandis que ceux de propriété industrielle sont tous susceptibles d'application industrielle⁷. En France, la division en branche est matérialisée par l'attribution au ministère de la culture des compétences relatives au droit de la propriété littéraire et artistique et au ministère de l'économie et des finances de celles relevant du droit de la propriété industrielle. Outre cette division structurelle et fonctionnelle⁸, chaque droit comporte des conditions d'application et est doté d'un régime juridique. Il est alors difficile d'y déceler des éléments communs. Cet émiettement⁹ amène à représenter ces droits comme des îles, formant « *l'archipel des propriétés intellectuelles* », dont la cartographie est fréquemment remise sur le métier¹⁰. Des droits, dont le régime juridique est pourtant codifié dans le code de la propriété intellectuelle, voient leur qualification discutée, tandis que d'autres, qui n'y figurent pas, pourraient prétendre à ce rattachement et divisent la doctrine¹¹. L'étude du code de la propriété intellectuelle amène Madame le Professeur Benabou et Monsieur Varet à conclure à l'absence de critère déterminant son contenu. Bien que le titre du code ait contribué

⁵ Directive, 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁶ F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD civ.* janv.-mars 1993, p. 59-71

⁷ Certains biens, tels les logiciels, paraissent toutefois situés à la jonction des deux branches.

⁸ Ph. Gaudrat, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011, p. 562.

⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 28, p. 35.

¹⁰ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, coll. Thémis, 1991, p. 9 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 25, p. 39 et s.

¹¹ Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 325-351 : Monsieur le Professeur Gaudrat conteste, fermement, l'usage du singulier.

à sceller l'existence du domaine de « la propriété intellectuelle » qui, jusque-là, ne relevait pas de l'évidence, ils observent que le choix d'inclure ou d'exclure certaines dispositions procède de l'empirisme ou de considérations conjoncturelles¹², ne permettant pas d'en offrir une vision claire. A l'aune de ces premières observations, le droit de la propriété intellectuelle paraît constituer un tout, uniquement formé de la somme de ses parties. Sa structure en branches révélerait sa « *division-séparation* », dont chacune constituerait une « *division-composition* » de divers droits¹³. Néanmoins, un tel morcèlement n'exclut pas la recherche de critères permettant de dessiner les contours du droit de la propriété intellectuelle.

4. La logique de divulgation du droit de la propriété intellectuelle - A l'aune de leurs finalités, les droits de propriété intellectuelle ont, en première approche, vocation à développer la culture et à favoriser l'innovation¹⁴. Ces deux fonctions sont mises en œuvre par la divulgation et la communication au public des objets de protection. Les régimes juridiques de ces droits sont élaborés dans la perspective que le titulaire du droit puisse les dévoiler en étant protégé contre les utilisations qu'il n'aurait pas autorisées. Une logique de divulgation des « biens » et non de protection par le secret parcourt le droit de la propriété intellectuelle. Conséquemment, le secret de fabrique, pourtant qualifié de droit de propriété intellectuelle, contrarie cette logique¹⁵. Si l'accord sur les ADPIC justifie cette qualification, la directive relative aux secrets d'affaires¹⁶ et la loi de transposition¹⁷ tendent à l'exclure. La directive expose que les droits de propriété intellectuelle constituent, pour les entreprises, un premier moyen de s'approprier les résultats de leurs activités liées à l'innovation, l'autre moyen consistant à en protéger l'accès par le secret¹⁸. Néanmoins, en l'absence de qualification des

¹² V.-L. Benabou et V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI, Mission de recherche Droit et Justice, La Documentation française, 1998, n° 196, p. 165 et s. – Quelques années plus tard, une nouvelle analyse du code de la propriété intellectuelle a conduit Madame le Professeur Benabou au même constat : V.-L. Benabou, « La codification de la propriété intellectuelle 1992-2012... », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, coll. IRPI, 2014, n° 43, p. 141-162.

¹³ F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD civ.* janv.-mars 1993, p. 59-71, spéc. p. 59-60.

¹⁴ Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, n° 9, chron., p. 510-516, spéc. p. 513 ; F. Lévêque et Y. Menière, *Economie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003, spéc. p. 60-62 et p. 112 et s. ; Passa J., *Traité de droit de la propriété industrielle. Brevets d'invention – Protections voisines*, LGDJ, 2013, t. 2, n° 13, p. 18 ; Pour une analyse économique de la fonction d'incitation du droit de la propriété intellectuelle à l'innovation : W. M. Landes et R. A. Posner, « The Economics of trademarks law », *TMR*, vol. 78, n° 3, mai-juin 1988, p. 297 – Pour une vision plus nuancée : M. Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique* 2006/4, (t. XX, 4), p. 361-388 ; Pour une nuance relative au développement des Etats : J.-L. Goutal, « Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle », *Propri. intell.* nov. 2003, p. 8.

¹⁵ Sur ce droit, dit de propriété intellectuelle, « atypique » : G. Cortesi, « La propriété intellectuelle, de l'immatériel à l'invisible », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 197-204.

¹⁶ Directive (UE), 2016/943, du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

¹⁷ Loi, n° 2018-670, du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires.

¹⁸ Considérant premier de la Directive (UE), 2016/943, du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

droits appliqués aux informations protégées sur le fondement du secret des affaires et en raison des nombreux emprunts aux régimes juridiques des droits de propriété intellectuelle, leur articulation n'apparaît pas aisée¹⁹. Le législateur français a matérialisé cette distinction en codifiant la loi de transposition dans le code de commerce²⁰. Nonobstant le maintien de l'article L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle, relatif à la violation des « secrets de fabrique » et reproduisant l'article L. 1227-1 du code du travail, ainsi que le classement, par l'OMPI, de la directive relative au secret des affaires dans sa section consacrée aux textes de l'Union européenne relatifs aux droits de propriété intellectuelle, les secrets de fabrication devraient être exclus du droit de la propriété intellectuelle²¹ puisqu'ils ne répondent pas à l'équilibre entre divulgation et réserve, qui en constitue une ligne directrice.

5. La division de la doctrine sur la qualification du droit de la propriété intellectuelle - L'esquisse des contours du droit de la propriété intellectuelle pourrait être réalisée grâce à sa qualification ; or la substance même de la propriété intellectuelle est discutée. Malgré la qualification légale de propriété et l'utilisation du vocable du droit de propriété dans les articles du code, la doctrine est profondément divisée. La littérature regorge des qualifications de monopole et droit exclusif²², tandis que quelques auteurs s'essayent à la création d'autres qualifications, telles que les droits de clientèle²³ ou les droits intellectuels²⁴. Cependant, le caractère exclusif des droits semble faire consensus et amène certains auteurs à refuser la qualification de droits de propriété intellectuelle aux indications géographiques et aux

¹⁹ Sur l'articulation entre le droit de la propriété intellectuelle et la protection offerte aux secrets d'affaires : J. Lapousterle, « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », *D.* 2014, p. 682 ; J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 493 ; E. Treppoz, « Le secret d'affaires dans l'anti-chambre de la protection de la propriété intellectuelle », *RTD eur.* 2017, p. 868 ; J.-Ch. Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD com.* 2018, p. 643 – Lire, aussi, l'étude de la directive et des travaux parlementaires relatifs à sa transposition en droit français : J. Lapousterle et B. Warusfel (dir.), *La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européennes*, Actes du colloque du 1^{er} avril 2016, LexisNexis, 2017.

²⁰ L'article L. 621-1 du CPI, relatif à la violation du secret de fabrique et reproduisant l'article L. 1227-1 du code du travail, est néanmoins conservé.

²¹ Cependant, certains Etats, tels que l'Italie, ont choisi de faire de ces informations secrètes des objets de droits de propriété intellectuelle : G. Cortesi, « La propriété intellectuelle, de l'immatériel à l'invisible », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 197-204, spéc. p. 202-203.

²² E. Mackaay, « Les droits intellectuels, Entre propriété et monopole », *Journal des économistes et des études humaines*, vol. 1, hiver 1989-1990, p. 61 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 38 et 39, p. 20-22 ; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 4^e éd., 2007, n° 26 et s., p. 10 et s. ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 28, p. 43 – Pour une variante du monopole avec la qualification de « propriété de marché » : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 36, p. 54 et s. – sur les qualifications du droit de la propriété intellectuelle, voir *infra* n° 909.

²³ Qualification précisément choisie par Roubier : P. Roubier, « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 285.

²⁴ E. Picard, *Le droit pur*, Larcier, Bruxelles, 1899, p. 121 ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 17^e éd., 2018, n° 208, p. 252.

appellations d'origine²⁵. A défaut de concorde doctrinale sur la qualification du droit²⁶, le critère de détermination des contours du droit de la propriété intellectuelle pourrait émaner des biens qui en sont les objets.

6. La *summa divisio* des biens - La *summa divisio* des biens distingue les biens corporels et les biens incorporels²⁷. Parmi les biens incorporels, tous meubles, figurent un premier groupe de biens, tels que les créances, les fonds de commerce et les universalités, et un second, objets de droits de propriété intellectuelle. En raison de leur incorporalité, le rapport juridique sur ces biens ne peut être concrétisé de manière matérielle, notamment par une mainmise. Le "droit de propriété corporelle" pourrait être appliqué aux biens corporels, tandis que "le droit de propriété incorporelle" désignerait le rapport d'appropriation des biens incorporels²⁸. Cependant, à l'étude, il apparaît que les régimes juridiques ne sont pas identiques. Dès lors, il demeure nécessaire de descendre plus avant dans la distinction au sein des biens incorporels, pour saisir ce qui est propre aux droits de propriété intellectuelle.

7. Les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, des « biens-informations »²⁹ - Plusieurs auteurs ont suggéré que les droits de propriété intellectuelle portent sur des biens qui peuvent être qualifiés de biens-informations. Le terme information vient du verbe informer, du latin *informare* signifiant façonner, représenter, décrire³⁰. Au XIII^e siècle, le verbe informer a pour sens faire savoir puis, au XIV^e siècle, faire une enquête, une instruction judiciaire. Ce n'est qu'au XIX^e siècle que le terme information prend le sens de renseignement puis, aujourd'hui, influencé par le développement de la presse, nouvelle ou événement communiqué au public³¹. Communément, une information est donc un renseignement que l'on donne ou que l'on obtient, un ensemble de données, de connaissances réunies sur un sujet³². Informer consiste à mettre en forme un message, une idée, puis à la transmettre. La notion d'information emprunte ces deux acceptions, celle, étymologique, de l'action d'informer et celle plus récente du renseignement transmis par l'action. Désignant « *le renseignement possédé et l'action de le communiquer à autrui, à une personne déterminée ou*

²⁵ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs. Dessins et modèles*, LGDJ, 2^e éd, 2009, t. 1, n° 4, p. 4 et s. ; N. Olszak, « Le génie des AOC », *RLDA* 2014, n° 68, p. 83.

²⁶ Voir *infra* n° 909 et s.

²⁷ Pour une étude de la notion de « bien », voir *infra* n° 917.

²⁸ La notion de propriété incorporelle apparaît à l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre [...] d'un droit de propriété incorporelle [...]* ».

²⁹ M. Vivant, « A propos des "biens-informationnels" », *JCP* 1984, I, 3132 ; P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *S.* 1984, 16^e cahier, chron. XVII, p. 97-104.

³⁰ E. Baumgartner et P. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

³¹ *Ibid.*

³² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd.

au public »³³, elle est « *successivement formulation et communication* »³⁴. Produit de l'activité humaine, l'information a alors vocation à être appropriée par celui qui met en forme le fait ou l'idée aux fins de sa communication³⁵. Des conditions d'appropriation sont néanmoins établies par le législateur afin d'atteindre un équilibre entre le droit à l'information et le droit sur l'information³⁶. En 1984, ces définitions permettent à Monsieur le Professeur Vivant d'énoncer « avec fermeté » que « [...] *toutes les propriétés intellectuelles que connaît notre droit reposent sur la reconnaissance du bien-information. [...] Il n'y a pas de propriété intellectuelle sans reconnaissance du bien-information* »³⁷. Il cite les brevets, les marques, les dessins et modèles, les obtentions végétales et le droit d'auteur. La liste a, depuis, été étendue.

8. Les biens-informations en droit de la propriété industrielle - Le droit de la propriété industrielle porte sur des biens dont la qualification de biens-informations est largement reconnue. Les dessins et modèles représentent ou constituent l'apparence d'un objet industriel ou artisanal. Dès lors, le droit protège la forme conférée à l'idée. La marque est un « *signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* »³⁸ et a pour fonction essentielle de « *garantir au consommateur l'identité d'origine du produit ou du service* »³⁹. Par conséquent, la marque constitue une information à destination du consommateur⁴⁰. L'invention brevetable représente, elle aussi, le résultat de la mise en forme d'une idée. Les conditions de présentation, pour le dépôt, des éléments protégés par le droit, démontrent qu'ils constituent des informations destinées aux personnes du métier. La topographie d'un produit semi-conducteur est une

³³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, PUF, 12^e éd., 2018, V^o information.

³⁴ P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », S. 1984, 16^e cahier, chron. XVII, p. 97-104, spéc. n^o 5 et 6, p. 98.

³⁵ Catala affirme que « *les conditions de son appropriation sont liées à celles de sa genèse : la naissance de l'information est génératrice d'un bien* » : P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », S. 1984, 16^e cahier, chron. XVII, p. 97-104, spéc. n^o 8, p. 99 – Malgré la démonstration de Catala en 1984, le caractère appropriable des informations fait l'objet de nombreux débats, notamment en raison de l'incertitude de la notion d'information et de sa nature non rivale, not. : P. Catala, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 et s. ; J.-P. Chamoux, *L'appropriation de l'information*, Litec, 1986 ; E. Mackaay, « La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? », *Dr. informatique et télécoms* 1986/2 ; J.-Ch. Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229 ; J. Passa, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* 2001/91, p. 64.

³⁶ La tentative, par la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », d'extension du champ du droit de la propriété intellectuelle à des créations ne satisfaisant pas ses conditions a été rapidement et sagement abandonnée (Ch. Le Stanc, « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », *D.* 1993, p. 4). En effet, il convient de ne pas oublier que « *le plus grand nombre d'informations, cependant, ne ressortit pas au statut particulièrement protecteur des données nominatives ou des propriétés intellectuelles* » : P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *art. cit.*, spéc. n^o 31, p. 103.

³⁷ M. Vivant, « A propos des "biens-informationnels" », *JCP* 1984, I, 3132.

³⁸ Art. L. 711-1 du CPI.

³⁹ CJCE, 22 juin 1976, aff. C-119/75, *Terrapin c/ Terranova*.

⁴⁰ Monsieur le Professeur Vivant affirme que la marque « *est en quelque sorte en elle-même une information* » : M. Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique* 2006/4, (t. XX, 4), p. 361-388, spéc. n^o 5, p. 368.

information sur ce produit. L'application de la qualification de biens-informations aux obtentions végétales peut, cependant, être discutée. Définie par l'article L. 623-2 du code de la propriété intellectuelle comme étant « *la variété nouvelle créée* », l'obtention végétale résulte, certes, de la mise en forme d'idées, néanmoins, il est loisible de se demander si elle transmet une information.

9. Les biens-informations en droit de la propriété littéraire et artistique - Les œuvres de l'esprit et les interprétations procèdent de la mise en forme d'une idée, de son extériorisation, de son expression dans une forme intelligible. Les vidéogrammes, phonogrammes et autres programmes, relevant des droits voisins du droit d'auteur, consistent en la mise en forme d'un bien-information, œuvre ou interprétation, et en sa divulgation. Les œuvres de l'esprit présentent une particularité puisque, pour être ainsi qualifiées, leur forme doit être originale. Dès lors, en droit d'auteur, la forme du bien-information joue un double rôle. Elle détermine l'existence du droit et représente son objet⁴¹. Certes, en matière de logiciel, le code source n'est pas toujours divulgué, ce qui pourrait amener à l'exclure de la catégorie des biens-informations⁴². Cependant, le choix de divulguer ou non le code source procède de décisions et non d'une caractéristique propre au logiciel. Dans l'hypothèse des logiciels libres, la transmission du code révèle la nature de bien-information du logiciel. Comme l'indique leur dénomination, les bases de données sont des recueils de données, lesquelles peuvent être de différentes natures⁴³. Dans son acception informatique, une donnée est la « *représentation d'une information sous une forme conventionnelle adaptée à son exploitation* »⁴⁴. Les bases de données sont donc constituées d'informations et représentent, elles-mêmes, à travers leurs formes, leurs agencements, une information pour les tiers. Ainsi, un premier critère commun aux objets du droit de la propriété intellectuelle semble bien résider dans l'existence d'un renseignement transmis. Il convient de déterminer, au-delà, s'il existe des caractères convergents quant à la nature de l'information.

10. La nouveauté - Un critère commun peut être identifié en droit de la propriété industrielle, celui de la nouveauté du bien⁴⁵. Expressément exigée par le droit des dessins et

⁴¹ Sur l'enchevêtrement entre l'idée et la forme de l'œuvre de l'esprit et le refus d'y voir une protection de l'information, entendue comme mise en forme de l'idée : V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* 2005, n° 1. Plus nuancé, mais relevant la possible confusion de la forme et de l'information dans certaines œuvres de l'esprit : M. Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique* 2006/4, (t. XX, 4), p. 361-388, spéc. n° 9, p. 370 et s.

⁴² Ph. Gaudrat, « Forme numérique et propriété intellectuelle », *RTD com.* 2000, p. 910 ; Pour une réflexion sur le fondement juridique de la protection du logiciel : Ph. Gaudrat, « L'invention informatique, un débat difficile et contourné », *RTD com.* 2005, p. 512.

⁴³ Art. L. 112-3 du CPI.

⁴⁴ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.

⁴⁵ F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 56, p. 29. Toutefois, la rigueur impose d'exclure les indications géographiques de l'analyse.

modèles⁴⁶, le droit des brevets⁴⁷, les obtentions végétales⁴⁸, elle est sous-jacente en droit des topographies des produits semi-conducteurs⁴⁹ et en droit des marques⁵⁰. Cependant, les indications géographiques ne sont pas soumises à la condition de nouveauté, puisqu'elles existent indépendamment de la volonté des producteurs des produits concernés, et la condition semble exclue des droits de propriété littéraire et artistique⁵¹ qui préfèrent le critère d'originalité dont le voisinage avec la nouveauté a été maintes fois relevé. Il convient, dès lors, de dépasser la notion de nouveauté pour saisir ce que les objets de la propriété intellectuelle ont de commun.

11. L'activité créatrice à l'origine du bien, critère du droit de la propriété intellectuelle ? - Le terme création est emprunté au latin classique *creatio* qui signifie création, nomination et en latin chrétien, désigne la chose créée, la créature⁵². Dans son acception moderne, la création est « *l'action par laquelle l'homme invente, forme, établit* »⁵³. Les œuvres de l'esprit⁵⁴, les interprétations⁵⁵ et les bases de données⁵⁶ procèdent d'une activité créatrice de l'homme. Le réalisateur d'un dessin ou d'un modèle est expressément qualifié de créateur⁵⁷ et la condition de caractère propre⁵⁸ suppose une activité créatrice⁵⁹. L'article L. 611-10 du code de la propriété intellectuelle énonce la condition d'activité inventive, nécessaire à la brevetabilité, laquelle est synonyme d'activité créatrice⁶⁰. La topographie des produits semi-conducteurs est protégée lorsqu'elle « *tradui[t] un effort intellectuel du créateur* »⁶¹ et

⁴⁶ Art. L. 511-2 du CPI.

⁴⁷ Art. L. 611-10 al. 1 du CPI.

⁴⁸ Art. L. 623-2 al. 1 du CPI.

⁴⁹ Dès lors que la topographie ne doit pas être « *courante* » (art. L. 711-4 du CPI), la nouveauté participe de cette condition.

⁵⁰ Le principe d'antériorité exclut qu'un signe soit déposé s'il est identique à une marque désignant les mêmes produits ou services. Dans l'hypothèse d'une similitude entre les signes ou entre les produits ou services, le signe ne doit pas créer de risque de confusion dans l'esprit du consommateur. Sans être expresse, la condition de nouveauté est sous-jacente.

⁵¹ *Contra* : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 267, p. 269.

⁵² E. Baumgartner et P. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

⁵³ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.

⁵⁴ L'article L. 111-1 du CPI emploie expressément le terme « *création* » pour désigner le processus de naissance de l'œuvre - V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* 2005, n° 1 : les œuvres de l'esprit sont des « *créations intellectuelles* ».

⁵⁵ Art. L. 212-1 du CPI.

⁵⁶ Monsieur le Professeur Gaudrat refuse certes la qualification de création au contenu d'une base de données (Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 325-351, spéc. n° 3, p. 326). Néanmoins, la base elle-même, l'agencement du contenu, procèdent d'une création.

⁵⁷ Art. L. 511-4 du CPI.

⁵⁸ Art. L. 511-2 du CPI.

⁵⁹ Cette analyse est confirmée par le second alinéa de l'article L. 511-4 du CPI, indiquant que l'appréciation du caractère propre doit tenir compte de la liberté laissée au créateur de la réalisation.

⁶⁰ D. Vaver, « Le concept d'invention en droit des brevets : bilan et perspectives », in *Protéger les inventions de demain. Biotechnologie, logiciels et méthodes d'affaires*, M. Vivant et J.-M. Bruguière (dir.), La documentation française, INPI, 2003, p. 271 et s.

⁶¹ Art. L. 622-1 al. 1 du CPI.

l'obtention végétale est une « *variété nouvelle créée* »⁶². Il apparaît clairement que ces biens naissent d'une création⁶³. Ainsi, la création transcendant les divisions formelles, le critère commun à la propriété intellectuelle pourrait être celui-là.

Pour certains droits, également couverts formellement par le code de la propriété intellectuelle, le rattachement à la création semble néanmoins assez ténu. Tel est le cas des droits des producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes, et de bases de données et les droits des entreprises de télédiffusion, de radiodiffusion et de communication audiovisuelle sont, certes, appuyés sur ces biens procédant d'une création, mais les conditions d'existence de ces droits sont dépourvues de lien avec ce processus créatif. Ainsi, les droits des producteurs de bases de données⁶⁴ sont déterminés par les investissements substantiels réalisés, lesquels fondent l'étendue des droits sur le contenu de la base⁶⁵. Dès lors, leur qualification de droits de propriété intellectuelle est discutée⁶⁶. L'analyse de la genèse d'une marque, à l'aune du critère de création, est aussi délicate. Le droit des marques soumet la protection des signes à la condition de caractère distinctif, laquelle est satisfaite s'il est arbitraire par rapport aux produits ou aux services qu'il désigne⁶⁷. La doctrine estime, majoritairement, que la marque ne procède pas d'un acte créatif⁶⁸. Les auteurs rappellent que le droit sur une marque est historiquement considéré comme un droit d'occupation⁶⁹, accordant le droit au premier occupant, et estiment que la marque naît d'un choix réalisé à partir de l'existant⁷⁰, sans que le signe n'ait « [...] *besoin d'être créé ou d'être nouveau* »⁷¹. Certes, certaines marques sont constituées du nom patronymique de leur titulaire et il est difficile de déceler un acte de création du déposant d'un tel signe. Toutefois, il nous semble qu'un acte créatif relevant d'un processus imaginatif est

⁶² Art. L. 623-2 al. 1 du CPI.

⁶³ Françon affirme que le droit des brevets, le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles sont octroyés en raison d'une création intellectuelle : A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, coll. Les cours du droit, 1999, spéc. p. 7 et s.

⁶⁴ Le droit des producteurs de bases de données est d'ailleurs qualifié de *sui generis* par la directive du 11 mars 1996 (Directive, 96/9/CE, du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données).

⁶⁵ Art. L. 341-1 et L. 342-1 du CPI.

⁶⁶ F. Pollaud-Dulian, « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *D. aff.* 1996, chron. 359 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 26, p. 42 - Certains auteurs sont favorables au rattachement, notamment à la catégorie des droits voisins : A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 1355, p. 1054 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 182, p. 191 et s. ; T. Azzi, « Les créations multimédias », in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, J.-M. Bruguière (dir.), Dalloz, 2011, p. 31 et s.

⁶⁷ Art. L. 711-2 et s. du CPI.

⁶⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 28, p. 36 (« [...] *il faut un peu forcer le sens des mots pour regarder la marque comme procédant d'une activité de l'intelligence* [...] ») ; J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs. Dessins et modèles*, LGDJ, 2^e éd., 2009, t. 1, n° 8, p. 8 et s. ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 46, p. 24 ; Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 325-351, spéc. n° 3, p. 326.

⁶⁹ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 8, p. 9.

⁷⁰ Ph. Gaudrat, « Pour une propriété intellectuelle épurée », art. cit., spéc. n° 33, p. 337.

⁷¹ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, op. cit., n° 8, p. 8 – contra : N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 783, p. 487 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 20, p. 21 (Monsieur le Professeur Caron inclut les marques dans la « *famille des droits sur les créations* »).

toujours nécessaire pour que le signe soit suffisamment éloigné du produit ou service commercialisé, tout en établissant un lien avec l'entreprise⁷². L'importance des services marketing dans la création et la gestion des marques, leur travail avec les agences chargées de réaliser des logos et visuels enregistrés en tant que marque, démontrent que ces signes naissent d'une activité créatrice⁷³. En outre, le signe n'est pas protégé en tant que tel, mais en tant que lien⁷⁴ entre les produits ou services, l'entreprise et le consommateur, signe qui relève, à notre sens, d'un véritable processus de création.

Certes, la notion de création n'emporte pas l'unanimité de la doctrine. Cependant, elle semble être à l'origine, directement ou indirectement, de la naissance des biens objets de droits de propriété intellectuelle et paraît pouvoir constituer un critère de distinction entre ceux appréhendés par ce droit et ceux qui doivent en être exclus.

12. Le morcellement atténué par l'existence de mesures communes - Outre la délimitation du champ du droit de la propriété intellectuelle par la notion de création, son morcellement est atténué par l'existence de dispositions communes relatives au respect des droits qui le composent. Certes, les textes transversaux sont peu nombreux⁷⁵, mais ils ont suffi à instaurer un rapprochement des droits. La spécialisation des juridictions civiles, des procédures de retenues en douanes, la procédure probatoire de saisie-contrefaçon, le droit d'information, les dommages-intérêts spécifiques, les mesures correctives, des incriminations, les peines d'amende et d'emprisonnement aux *quanta* identiques et des peines complémentaires, sont communes à la majorité des droits de propriété intellectuelle⁷⁶. Quelques exceptions empêchent de voir dans ce rapprochement une harmonisation⁷⁷. Les atteintes aux indications géographiques ne sont pas pénalement sanctionnées sur le fondement d'infractions spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et celles relatives aux obtentions végétales sont sanctionnées de peines spécifiques. Le droit portant sur les produits semi-conducteurs a été exclu de ce rapprochement. Dépourvu de mesures civiles ou pénales spécifiques, il bénéficie seulement des mesures de retenues en douanes. Quant aux autres signes distinctifs, le nom

⁷² J. Raynard, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527-540, spéc. n° 25, p. 539 ; M. Vivant, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 et s. ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, op. cit., n° 783, p. 487 et s.

⁷³ A entendre les dirigeants d'entreprises, il s'agit bien de "créer une marque" et non de "choisir une marque".

⁷⁴ CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure NV*, spéc. pt. 63 : fonctions de communication, d'investissement, de publicité, lesquelles ont été reprises dans d'autres arrêts : CJUE, 13 juill. 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Google c/ Vuitton et alii*, (fonction de publicité et de référencement) ; CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora*, (fonction d'investissement).

⁷⁵ La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon (loi, n° 2014-315, du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon) et, auparavant, la loi de lutte contre la contrefaçon (loi, n° 2007-1544, du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon), transposant la directive européenne relative au respect des droits de propriété intellectuelle (directive, 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle). Au niveau international, l'accord sur les ADPIC porte sur différents droits de propriété intellectuelle.

⁷⁶ Seuls sont examinés, les droits dont la qualification de propriété intellectuelle a été retenue.

⁷⁷ T. Azzi, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, Présentation générale », *Dossier : La lutte contre la contrefaçon* (loi, n° 2007-1544, du 29 oct. 2007), *D.* 2008, n° 11, p. 700, spéc. n° 27.

commercial, la dénomination sociale, l'enseigne et le nom de domaine sont protégés sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile.

13. La cartographie retenue de l'archipel des propriétés intellectuelles - Au-delà des différences de régime qui discréditent toute tentative d'analyse systémique de la notion de propriété intellectuelle et des divergences doctrinales, une définition accueillante sera retenue, appuyée sur la notion de bien-information, dont la caractéristique commune réside dans le fait que le titulaire a directement ou non participé à la création de cette information. Ainsi, le droit *sui generis* des producteurs de bases de données, le droit des indications géographiques et celui des appellations d'origines seront inclus dans la catégorie, conformément à leur qualification légale. Inversement, à l'aune de la directive sur le secret des affaires et en raison de l'absence de divulgation, les secrets de fabrication seront, quant à eux, exclus du champ du droit de la propriété intellectuelle.

II - Des normes destinées au respect du droit de la propriété intellectuelle

14. Des atteintes lucratives, massives et transfrontalières - Le droit de la propriété intellectuelle est censé servir de rempart contre certaines utilisations des biens-informations dont elle assure la protection, en général, par la reconnaissance d'un droit à caractère exclusif, au bénéfice du titulaire. Mais la simplicité d'utilisation de ces biens, aisément duplicables, génère une méconnaissance systématique des droits qui les entourent. La dématérialisation des supports, permettant à ces biens de circuler sur Internet, accroît la perception de biens librement accessibles et reproductibles. La distance entre le titulaire du droit de propriété intellectuelle et ses biens, induite par l'absence de matérialisation du lien juridique, est considérée comme une atténuation du droit, voire sa disparition. Chahutés, les droits de propriété intellectuelle subissent des atteintes, dont l'étude révèle l'existence de trois principales caractéristiques. Le premier caractère des atteintes aux droits de propriété intellectuelle réside dans leur lucrativité. Elles permettent aux contrefacteurs d'obtenir des bénéfices considérables car la fabrication de produits contrefaisants ou comportant un élément contrefaisant, telle une marque, peut être réalisée à de faibles coûts et à grande échelle, particulièrement en délocalisant cette fabrication dans des Etats où la main d'œuvre est faiblement rémunérée et dont les autorités ne s'intéressent guère aux droits de propriété intellectuelle. Les nouvelles technologies ont considérablement réduit les coûts de fabrication, notamment grâce aux imprimantes 3D, et de reproduction, lorsque le support du bien, objet du droit de propriété intellectuelle, est aussi incorporel. Si la nature lucrative de ces atteintes est démontrée par le ratio bénéfices ou économies - coûts de production ou coûts d'accès, elle s'observe, aussi, à l'issue d'une procédure judiciaire. Que l'action menée ait été civile ou pénale, les sanctions pécuniaires prononcées contre leurs auteurs sont, fréquemment, largement inférieures aux bénéfices réalisés.

De surcroît, les économies réalisées grâce aux atteintes commises à l'échelle individuelle sont considérables. Les droits d'auteur et droits voisins sont principalement atteints par ces pratiques de consommation illicite d'œuvres, de phonogrammes ou de vidéogrammes sur Internet, par téléchargement ou en *streaming*, souvent gratuits. En effet, « [...] *les œuvres arrivent par flux infinis [...]. Elles parviennent à l'internaute, comme l'eau qui coule d'un robinet* »⁷⁸. La rentabilité des atteintes aux droits de propriété intellectuelle les rend attractives. Conjuguée aux rares actions civiles ou pénales, elle favorise la massification des atteintes.

La dernière particularité des atteintes au droit de la propriété intellectuelle réside dans leur caractère transfrontalier. Tant dans l'espace physique que dans le cyberspace, les actes constituant les atteintes sont réalisés ou rattachés à différents Etats, complexifiant les poursuites par le ministère public ou la détermination des juridictions civiles compétentes et de la loi applicable. Certes, les Etats mènent de considérables efforts d'harmonisation de leurs législations, tant au niveau de l'Union européenne au moyen de directives et règlements, qu'au niveau international avec des conventions ou traités sectoriels⁷⁹ et l'accord sur les ADPIC⁸⁰. Cependant, si l'harmonisation des régimes juridiques est réussie, les mesures visant à faire respecter le droit de la propriété intellectuelle sont encore trop disparates.

15. La qualification de contrefaçon des atteintes aux droits de propriété intellectuelle - Malgré une recherche d'harmonisation par la loi du 29 octobre 2007, l'utilisation de la dénomination contrefaçon, pour désigner les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, n'est pas uniforme. S'il a été précisé, pour chaque droit de propriété industrielle, que « *toute atteinte portée aux droits [...] constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur* », le terme contrefaçon n'apparaît que dans les incriminations relatives au droit des marques, sans que les infractions, elles-mêmes, soient ainsi qualifiées. Inversement, en droit d'auteur, il n'est pas mentionné que les atteintes constituent des contrefaçons et engagent la responsabilité civile de leur auteur, mais les infractions directes au droit sont nommées contrefaçons. Les atteintes aux droits voisins et au droit des producteurs de bases de données ne comportent pas cette dénomination, quelle que soit la nature de la responsabilité engagée. Si cette disparité prend sa source dans l'origine de la contrefaçon⁸¹, elle

⁷⁸ Ch. Caron, « Quelques considérations sur le phénomène du peer-to-peer », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Colloque des 16-17 juin 2005, Litec, coll. IRPI, n° 27, p. 105, spéc. p. 107.

⁷⁹ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883 ; Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 sept. 1886 ; Convention de Rome, sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 oct. 1961 ; Traité sur le droit des marques, 27 oct. 1994 ; Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 déc. 1996 ; Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 déc. 1996 ; Traité sur le droit des brevets, 1^{er} juin 2000.

⁸⁰ Accord sur les ADPIC, annexe 1C de l'accord de Marrakech instituant l'OMC, 15 avr. 1994.

⁸¹ Conformément à son étymologie, la contrefaçon a d'abord désigné la reproduction illicite – Voir les développements historiques *infra* n° 18.

ne peut être ignorée en raison de ses effets sur l'appréhension des infractions par les membres de la société. L'utilisation du terme piratage pour désigner les reproductions et diffusions illicites de biens protégés par le droit d'auteur ou un droit voisin sur Internet démontre la nécessaire dénomination des infractions. Leur introduction dans le langage courant participe de la fonction pédagogique de la loi pénale.

16. Les voies d'engagement de la responsabilité - Les spécialistes du droit de la propriété intellectuelle soulignent, parfois vigoureusement, que les atteintes aux droits engagent la responsabilité civile et la responsabilité pénale, offrant une option à la victime⁸². Mais il est erroné de soutenir que la contrefaçon a systématiquement une double nature civile et pénale. D'une part, la protection pénale n'est pas accordée à tous les droits de propriété intellectuelle. Les atteintes au droit de la propriété intellectuelle engagent la responsabilité civile et pénale de leur auteur, à l'exclusion des produits semi-conducteurs et des indications géographiques. D'autre part, ce choix existe pour tout droit dont le régime juridique est légalement déterminé et dont la loi pénale incrimine les comportements y portant atteinte. L'existence de ces deux principales voies d'engagement de la responsabilité est donc classique ; ce qui l'est moins est que l'action civile n'a pas pour unique fonction traditionnelle de réparer le préjudice subi, empruntant au droit pénal sa fonction de répression et obscurcissant les frontières entre les deux actions. Le droit pénal de la propriété intellectuelle (A) et d'autres normes répressives (B) protègent les droits de propriété intellectuelle.

A- Le droit pénal de la propriété intellectuelle

17. Historiquement, la protection des droits de propriété intellectuelle est réalisée par le droit pénal (1), dont les fonctions démontrent la pertinence de ce choix (2). Dès lors, un droit pénal a été spécialement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle (3).

1- Le droit pénal, instrument historique de protection du droit de la propriété intellectuelle

18. Le lien historique entre la reconnaissance du droit d'auteur et sa protection pénale - Il a été démontré que le droit d'auteur apparaît à Rome à l'état embryonnaire, « à l'état abstrait, sans sanction pratique »⁸³ et que le plagiat y est assimilé au vol⁸⁴. Au Moyen-Âge,

⁸² M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 1067, p. 925 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 1430, p. 920 (« le régime de la contrefaçon a cela d'original qu'il permet au propriétaire du bien intellectuel illégalement utilisé de choisir soit la voie civile soit la voie pénale pour faire cesser l'usage et obtenir réparation de son préjudice »).

⁸³ M.-C. Dock, *Etude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, p. 40.

⁸⁴ *Id.*, p. 37-38.

bien que le travail fourni par l'auteur accroisse la valeur du parchemin⁸⁵, aucun droit d'auteur n'est reconnu car la création ne peut avoir qu'une origine divine⁸⁶. L'apparition de l'imprimerie et les coûts de fabrication des ouvrages incitent les libraires à demander au Roi des privilèges afin de rentabiliser leurs investissements. Progressivement, les privilèges sont, aussi, attribués aux auteurs⁸⁷ et le 30 août 1777, par six Arrêts réglementaires, le Conseil du Roi reconnaît un droit aux auteurs sur leurs œuvres. L'Arrêt portant règlement sur la durée des privilèges en librairie distingue la « *faveur* » accordée aux libraires, leur permettant d'obtenir le remboursement de leurs avances et l'indemnité de leurs frais, de la « *récompense* » accordée aux auteurs pour leur travail, par l'attribution d'un « *droit* » plus étendu que la faveur accordée aux libraires⁸⁸. L'Arrêt concernant les contrefaçons des livres⁸⁹ constate, quant à lui, que la « *multiplicité des contrefaçons* » cause un tort au commerce des libraires, lesquels, ainsi que les auteurs, sont intéressés « *à voir réprimer, par la sévérité des peines, la licence de ces contrefacteurs avides* ». En son article premier, il interdit aux « *imprimeurs-libraires du royaume, de contrefaire les livres pour lesquels il aura été accordé des privilèges, pendant la durée des dits privilèges, ou même de les imprimer sans permission après leur expiration et le décès de l'auteur, à peine de six mille livres d'amende pour la première fois, de pareille amende et de déchéance d'état en cas de récidive* »⁹⁰. Le deuxième article prévoit la saisie, auprès de l'imprimeur, des exemplaires imprimés ou, auprès du libraire, de ceux offerts à la vente. Le troisième article permet aux « *possesseurs du privilège, au préjudice duquel une édition aura été faite* », de demander des dommages-intérêts proportionnés au tort éprouvé. Outre la procédure d'enquête et de saisie des exemplaires, l'article IV ordonne que les exemplaires saisis soient mis au pilon. Après l'abolition des privilèges, lors de la Révolution, les lois des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793 consacrent, respectivement, le droit de représentation des auteurs d'œuvres dramatiques et le droit de reproduction des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, peintres et dessinateurs. La première est complétée par la loi du 19 juillet-6 août 1791, qui prévoit, en son article 1^{er}, que les représentations effectuées sans le consentement « *formel et écrit* » des auteurs ou, pour les auteurs morts depuis moins de cinq

⁸⁵ Auteur vient du latin *auctor*, dérivé du verbe *augere* qui signifie faire croître : E. Baumgartner et P. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

⁸⁶ L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre – La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. dir. J.-M. Poughon, Strasbourg, 1999, p. 4.

⁸⁷ Voir *infra* n° 994.

⁸⁸ Arrêt du Conseil du Roi, portant règlement sur la durée des privilèges en librairie du 30 août 1777, reproduit par E. Laboulaye et G. Guiffrey, *La propriété littéraire au XVIII^e siècle*, Paris, Librairie de L. Hachette, 1859, p. 143-147.

⁸⁹ Arrêt du Conseil d'Etat du Roi, concernant les contrefaçons des Livres, soit antérieures au présent Arrêt, soit celles qui seraient faites en contravention des défenses portées audit Arrêt. Du 30 Août 1777, extrait des registres du Conseil d'Etat.

⁹⁰ A cette époque une livre vaut vingt sous et un sou vaut 12 deniers. Le prix du pain bis, pain le moins cher, fixé, à Lyon, à dix-sept deniers (Ordonnance de police qui fixe le prix auquel le pain sera vendu à compter du vendredi 21 février 1777, De par le Roi, Messieurs les Prévôts des marchands, et échevins, et monsieur le lieutenant général de la police de la ville, faubourg et banlieue de Lyon) permet de percevoir la sévérité de la peine d'amende encourue par les libraires de provinces qui impriment et vendent des ouvrages pour lesquels ils n'ont pas reçu de privilèges.

ans, de leurs héritiers ou cessionnaires, sont sanctionnées de la confiscation du produit total des représentations, au profit de l'auteur, ses héritiers ou cessionnaires. La seconde prévoit en son article 3 que les exemplaires des éditions imprimées ou gravées « *sans la permission formelle et par écrit des auteurs* » sont confisqués à leur profit⁹¹.

19. Le lien historique entre la reconnaissance des droits sur l'invention brevetable, les dessins et modèles et les marques et leur protection pénale - Il est communément considéré que la première reconnaissance d'un monopole temporaire sur une invention est celle sur les recettes de cuisine, à Sybaris, colonie grecque du sud de l'Italie, en 500 avant J.-C.⁹². Si des signes sont utilisés, depuis l'Antiquité, par les artisans pour identifier leur travail, la première utilisation d'une marque de commerce est datée de 2700 avant J.-C. en Chine, où des poteries indiquent le nom de l'artisan. A Rome, les artisans sont protégés contre la falsification de leurs symboles par la loi dite *Cornelia de falsis*⁹³. Au Moyen-Âge, la protection des brevets et des marques est liée à la réglementation des corporations. Sous l'Ancien Régime, des manufactures royales sont créées et des privilèges sont attribués par le Roi. La protection des dessins et modèles n'est, quant à elle, apparue qu'au moment du développement de l'industrie du textile. Une ordonnance du 25 octobre 1711 interdit de « *prendre, voler, vendre, prêter, remettre et se servir directement ou indirectement des dessins qui ont été confiés pour fabriquer* »⁹⁴. Limitée à Lyon, haut lieu de fabrication des étoffes, elle fut étendue à tout le royaume par un arrêt du Conseil du 14 juillet 1787. Au temps de Louis XIV, Colbert accordait alors des privilèges sur les inventions, les marques de commerce et de fabrique, ainsi que sur les dessins et modèles en fonction des intérêts commerciaux du royaume. Au cours de l'Ancien Régime, chaque ordonnance réformant la durée des privilèges prévoit des peines d'amende et la confiscation des produits qui y contreviennent⁹⁵. A la Révolution, les corporations disparaissent et les privilèges sont abolis, remplacés par des droits accordés par la loi. Cependant, l'Assemblée Constituante n'adopta qu'une loi portant sur les inventions brevetables. La loi du 7 janvier 1791, relative aux découvertes utiles et aux moyens d'en assurer la propriété aux auteurs⁹⁶, après avoir énoncé le régime juridique applicable, prévoit, en son article 12, que le propriétaire d'une patente pourra « *requérir la saisie des ouvrages contrefaits* ». Les contrefacteurs sont condamnés à la confiscation de ces ouvrages, au paiement, au propriétaire, des dommages-intérêts « *proportionnés à l'importance de la contrefaçon* » et

⁹¹ Lois reproduites in : *Le droit d'auteur*, Organe officiel du bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Berne, n° 11, 15 nov. 1893, p. 131-142.

⁹² A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques, une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001, p. 44 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 133, p. 89 et s.

⁹³ A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques*, op. cit., p. 88.

⁹⁴ Reproduit par : A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques*, op. cit., p. 101.

⁹⁵ Pour un exposé détaillé des privilèges sur les inventions : A.-Ch. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin, 1844, p. 71 et s.

⁹⁶ Reproduite par : A.-Ch. Renouard, *Traité des brevets d'invention*, op. cit., p. 111 et s.

au versement d'une amende fixée au quart du montant des dommages-intérêts, sans qu'elle puisse excéder trois mille livres. Le double est prévu en cas de récidive.

Le régime du droit des marques ne fut élaboré qu'en 1803, par la loi du 25 germinal an XI. Assimilée au faux, la contrefaçon de marques de commerce était passible d'une amende de mille livres et aux galères pour cinq ans, laquelle fut remplacée par la réclusion⁹⁷. En l'absence de protection spécifique, les dessins et modèles bénéficiaient, par interprétation, de la loi des 19-24 juillet 1793⁹⁸. Cette protection incertaine, fut renforcée par la loi du 18 mars 1806, portant établissement d'un Conseil des Prud'hommes à Lyon. Napoléon institue, à la section II, des règles de conservation de la propriété sur les dessins, dont les mesures doivent être mises en œuvre par le Conseil.

20. Les fonctions du droit pénal observées en droit de la propriété intellectuelle - Cette brève étude historique démontre que la protection pénale des droits sur les œuvres de l'esprit, les inventions brevetables, les marques et les dessins et modèles est concomitante à leur reconnaissance. En instaurant des dispositions pénales, le législateur met les fonctions du droit pénal au service du droit de la propriété intellectuelle.

2- Le droit pénal, un instrument adapté à la protection du droit de la propriété intellectuelle

21. La fonction de sanction du droit pénal - En incriminant et en sanctionnant les comportements qui lui portent atteinte, le droit pénal confère une protection au droit de la propriété intellectuelle. Il remplit une fonction de sanction, concrétisée par la mise en œuvre des peines par le juge. En effet, le droit pénal est le plus souvent envisagé comme étant un droit sanctionnateur. Rousseau affirmait que « *le droit pénal est moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* »⁹⁹ et Bentham menait la même analyse, en écrivant qu'« *une loi civile est celle qui établit un droit. Une loi pénale est celle qui, en conséquence du droit établi par la loi civile, ordonne de punir de telle ou telle manière celui qui l'aurait violée* »¹⁰⁰. La majorité de la doctrine contemporaine s'inscrit dans cette conception¹⁰¹. Le droit pénal constitue le « *gendarme* »¹⁰² des règles énoncées par les autres droits et veille à leur respect, puisqu'ils n'en assurent pas, seuls, la protection. Il forme « *le prolongement nécessaire*

⁹⁷ Art. 142 du code pénal de 1810.

⁹⁸ Voir *supra* n° 18.

⁹⁹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, 2001, Livre II, chap. XII, p. 94.

¹⁰⁰ J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Rey et Gravier, Paris, 3^e éd, 1830, t. 3, p. 215.

¹⁰¹ « *Elaborée pour sanctionner [...] certains comportements dangereux pour l'ordre public ou contraires aux exigences de la vie en société, la loi pénale a, avant tout, une fonction répressive* » : F. Desportes et F. Le Guehrec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 48, p. 21 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 86 et s., p. 62 et s.

¹⁰² J. Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 21^e éd., 2016, n° 72, p. 67.

des diverses branches du droit »¹⁰³ et remplit une fonction utilitaire, car il permet à l'Etat de répondre le plus fermement possible aux comportements qui portent atteinte à l'ordre public.

22. La fonction expressive du droit pénal - En incriminant et sanctionnant les actes qui lui portent atteinte, le droit pénal confère, certes, une protection au droit de la propriété intellectuelle, mais révèle, aussi, en creux, la valeur sociale essentielle constitutive de ce droit. Par le truchement de ses incriminations, la loi pénale renforce l'obligation de respect des droits concernés. Durkheim écrit que « *la peine ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune. [...] C'est le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste entière [...]* »¹⁰⁴. La loi pénale met ainsi en exergue l'adhésion du groupe social à ces règles, renforce sa cohésion et constitue le révélateur d'un projet de société¹⁰⁵. Outre le fait de réaffirmer le caractère essentiel de ces valeurs au bon fonctionnement de la société, les sanctions, attachées à ces dispositions, indiquent leur hiérarchie¹⁰⁶. L'incrimination pénale institue une « *mise en ordre de l'ensemble social* » grâce à un « *double mouvement, d'une part d'affirmation positive de valeurs et, d'autre part de disqualification de leur envers ou de leur transgression* »¹⁰⁷. Par conséquent, le droit pénal est doté, comme le droit civil, d'une fonction expressive¹⁰⁸.

23. Les fondements des sanctions des atteintes aux droits de propriété intellectuelle - Le *jus puniendi* est, certes, le droit, pour la société, de punir ceux qui troublent l'ordre public, mais cela ne dit rien de sa justification¹⁰⁹ : est-ce une nécessité¹¹⁰, un devoir¹¹¹, une légitime défense¹¹², une vengeance ou une expiation ?

24. L'abandon du fondement traditionnel de rétribution - L'article 1^{er} du code pénal de 1810 affirmait, *in fine*, que « *l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime* ». La nature des peines prévues étaient corrélées à leur fonction, celle

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 2^e éd., 1991, p. 76-77.

¹⁰⁵ Y. Mayaud, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 et s.

¹⁰⁶ A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, n° 4, p. 3.

¹⁰⁷ P. Poncela et P. Lascoumes, « Des délits et des peines sous la Constituante », *Archives de politique criminelle* 1989, n° 11, p. 11-25.

¹⁰⁸ La fonction expressive doit être distinguée de la fonction normative.

¹⁰⁹ P. Poncela, « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », in *Philosophie pénale*, *Arch. philo. dr.*, Sirey, 1983, t. 28, p. 123-135.

¹¹⁰ E. Ferri, *La sociologie criminelle*, Paris, Félix Alcan, 1905.

¹¹¹ A. Prins, *Criminalité et répression. Essai de science pénale*, Bruxelles, Merzbach et Falk, 1886, spéc. p. 37.

¹¹² R. Vouin et J. Léauté, *Droit pénal et criminologie*, PUF, 1956, p. 5.

de rétribution¹¹³. La peine, conçue comme « *une pénitence aux vertus expiatoires* »¹¹⁴, était destinée à compenser l'injustice causée par le délit. Elle prenait sa source dans la loi biblique du talion, qui exhorte de rendre le mal au mal¹¹⁵ et portait l'empreinte d'une idée de vengeance royale, puis étatique. A cette conception avait été ajoutée celle de l'expiation¹¹⁶. La peine avait, aussi, pour but de faire naître le remords chez le délinquant, grâce à la souffrance qu'il éprouvait lorsque la peine lui était infligée. Fortement critiquée, la fonction rétributive a été écartée, au XVIIIème siècle, par les utilitaristes qui donnèrent à la peine une fonction d'utilité sociale. La peine a davantage vocation à intimider et à écarter les individus dangereux de la société, plutôt qu'à guérir leurs âmes¹¹⁷. La doctrine positiviste refuse tout caractère rétributif à la peine, celle-ci devant être déterminée par la personnalité du délinquant et l'état dangereux qu'il représente¹¹⁸. Il importe de l'empêcher de nuire, non de corriger le passé. Cette doctrine est à l'origine de la notion de régime différencié, désormais fondamentale en droit pénal, qui implique une individualisation de la répression, en fonction de la personnalité du délinquant¹¹⁹.

25. L'affirmation de nouveaux fondements - La loi du 15 août 2014 énonce les fonctions de la peine, communes aux trois catégories d'infractions, et ajoute un article 130-1 au code pénal, situé au frontispice du titre présentant les différentes peines : « *afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° de sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». La première justification de la fonction sanctionnatrice du droit pénal réside dans la volonté d'accorder à l'Etat un droit de défense. Le Doyen Carbonnier explique que le droit pénal confère sécurité à l'Etat en se nourrissant de l'insécurité et que son droit de punir est justifié par la défense de la société¹²⁰. La mise en œuvre du droit pénal et de sa fonction de sanction constitue l'expression de la « *conservation sociale* »¹²¹. La société a le droit de punir,

¹¹³ M. Cusson, « Le sens de la peine et la rétribution », *RICPT* 1985, p. 271-285 ; M. Cusson, *Pourquoi punir ?*, Dalloz, 1987, p. 81-88 ; B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 5^e éd., 2017, n° 6, p. 5.

¹¹⁴ B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 42, 2007, n° 25, p. 14.

¹¹⁵ T. Ferri, *Qu'est-ce que punir ? Du châtimement à l'hypersurveillance*, L'Harmattan, 2012, p. 13.

¹¹⁶ Toutefois, certains considèrent qu'elles coexistent : T. Ferri, *Qu'est-ce que punir ?*, op. cit., p. 37.

¹¹⁷ B. Paillard, « *La fonction réparatrice de la répression pénale* », th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 42, 2007, n° 26 et s., p. 14.

¹¹⁸ Si la fonction rétributive est désormais abandonnée, la fonction d'expiation est encore évoquée par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il affirme que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* » : Cons. constit., 30 janv. 1994, n° 93-334 DC.

¹¹⁹ Cependant, la fonction rétributive retrouve une certaine force, en Amérique du nord et en Scandinavie, depuis une trentaine d'années, grâce à la théorie du juste dû, dite de *Justice Model* (S.-A. Lazaridis, « La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui », in *Philosophie pénale*, *Arch. philo. dr.*, 1983, t. 28, p. 91-108). Cette théorie, selon laquelle la sévérité de la peine doit être proportionnelle à la gravité du crime afin qu'elle remplisse sa fonction de rétribution, est fondée sur des considérations morales d'équité et de justice.

¹²⁰ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 135 et s.

¹²¹ E. Ferri, *La sociologie criminelle*, Dalloz, 3^e éd., 2004, p. 313.

afin de conserver son ordre juridique et, par conséquent, son ordre social. Il semble, aussi, que la sanction rappelle à l'auteur de l'infraction l'existence de l'Etat. Lorsque le juge prononce une sanction pénale, il permet de maintenir la confiance du citoyen dans l'Etat de droit et prévient l'apparence d'une tolérance des infractions ou de collusion dans leur perpétration. Le juge exprime la réprobation publique, latente dans la loi. Au-delà de sa fonction de sanction, la peine comporte une fonction de réaffirmation de l'Etat¹²².

La seconde justification de la fonction sanctionnatrice du droit pénal est fortement influencée par la théorie de l'utilitarisme. Si elle s'attache principalement à l'étude des sanctions pénales, elle porte, en outre, sur les principes guidant l'incrimination des comportements. Les utilitaristes, menés par Bentham, conçoivent le droit pénal comme le garant du bonheur du plus grand nombre, le bonheur étant conçu, non pas comme « [...] *un état mental précis, mais [comme] l'ensemble des états physiques ou psychologiques que les êtres humains jugent agréables* »¹²³. L'ensemble de ces états peuvent être désignés par le terme générique « bien-être »¹²⁴. Bentham définit le concept d'utilité comme « [...] *la propriété d'un objet quelconque de tendre à produire du bénéfice, de l'avantage, du plaisir, du bien, ou du bonheur (tout cela, dans le cas présent, revient au même) ou bien (ce qui revient encore au même) de tendre à éviter que se produise du dommage, de la douleur, du mal, ou du malheur, pour la partie dont l'intérêt est considéré : si cette partie est la communauté en général, il s'agit du bonheur de la communauté ; si c'est un individu particulier, il s'agit du bonheur de cet individu* »¹²⁵. Ce qui est utile est donc ce qui permet d'assurer le bonheur de la communauté ou d'un individu. Le législateur doit tenter d'harmoniser les égoïsmes qui poussent les hommes à n'agir que pour leur propre bonheur car l'intérêt de la société est « *la somme des intérêts des divers membres qui la composent* »¹²⁶. Défendre la société consiste alors à « *éviter qu'un trop grand nombre d'individus ne soient victimes d'actes criminels* »¹²⁷. Par conséquent, seuls les actes, dont le mal est supérieur au bien et qui engendrent pour l'auteur une douleur au moins égale au plaisir procuré, doivent être sanctionnés. En répondant à la question pourquoi punir, l'utilitarisme indique quels actes doivent être punis et par quelles sanctions. En effet, la doctrine utilitariste établit des principes de détermination des peines répondant au concept d'utilité.

26. Le choix des sanctions selon la théorie utilitariste - La doctrine utilitariste théorise les conditions d'efficacité des peines. Inutile lorsque les infractions sont commises par

¹²² Néanmoins, cette fonction n'est pas absolue car il est des circonstances dans lesquelles l'Etat ne sanctionne pas les atteintes à l'ordre social. Il en est ainsi de certains actes dépourvus d'intention coupable ou des actes considérés comme étant excusables, tels que le vol par nécessité. Dans ces hypothèses, le juge n'a pas besoin de réaffirmer l'Etat et de défendre la société.

¹²³ X. Bebin, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, L'Harmattan, 2006, p. 22.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ J. Bentham, *Introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 12 (traduction proposée par M.-L. Leroy dans sa thèse de doctorat).

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ X. Bebin, *Pourquoi punir ?*, *op.cit.*, p. 160.

impulsion sans évaluation préalable de la situation, cette théorie est indispensable à la sanction des infractions lucratives, telles qu'observées en droit de la propriété intellectuelle. Les fondements de la théorie de la dissuasion des peines ont été établis par Beccaria¹²⁸ et Bentham¹²⁹. La théorie de la dissuasion a ensuite été modélisée sous l'angle économique, principalement par des juristes, économistes et criminologues anglo-saxons¹³⁰. Les peines remplissent une fonction de dissuasion, observée tant dans leur existence légale, que dans leur prononcé par les juges. La peine choisie par le législateur doit dissuader collectivement et individuellement, de manière passive. Sa seule existence doit permettre aux individus d'effectuer le calcul coût-bénéfice et d'aboutir à un résultat soit égal à zéro, soit négatif. Elle doit aussi dissuader de manière active, par sa mise en œuvre. Tant la peine prononcée, que celle appliquée, doivent décourager le condamné de poursuivre ses activités illicites et démontrer au groupe social qu'elles coûtent davantage qu'elles ne produisent de bénéfice. Beccaria et Bentham ont démontré que l'efficacité des peines n'est pas corrélée à leur sévérité. La peine doit être adaptée à la nature et à l'ampleur des bénéfices produits par l'infraction, afin d'anéantir l'avantage recherché par la commission de l'acte. Cependant, il est indispensable de conjuguer cette condition avec celle de certitude de la peine. L'application de la peine et l'anéantissement de cet avantage doivent être certains pour que le calcul coût-bénéfice réalisé préalablement au passage à l'acte soit, sans équivoque, négatif¹³¹. La dissuasion active participe donc de la dissuasion passive.

3- Un droit pénal spécialement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle

27. Le droit pénal de la propriété intellectuelle - Le législateur a élaboré un droit pénal substantiel et formel, spécifique au droit de la propriété intellectuelle, renforcé par des dispositions de procédure pénale, tant spéciales que de droit commun. Précise, la formule "droit pénal spécial au droit de la propriété intellectuelle" manque toutefois d'élégance. Sa forme elliptique, droit pénal de la propriété intellectuelle, allègera la plume¹³².

¹²⁸ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009.

¹²⁹ J. Bentham, *Introduction to the principles of morals and legislation*, op. cit. ; J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Rey et Gravier, Paris, 3^e éd, 1830, t. 3.

¹³⁰ S. Harnay, A. Marciano et R. A. Posner, *L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, 2003, p. 44 et s. ; M. Cusson, « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfice des délinquants », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, éd. Cujas, 2006, p. 741-752 ; A. M. Polinsky et S. Shavell, « Public Enforcement of Law », in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. V, *The Economics of Crime and Litigation*, B. Bouckaert et G. De Geest (dir.), eds. Cheltenham and Edward Elgar, 2000, p. 307 et s. ; G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique. Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. dir. F. Stasiak, LGDJ, coll. Droit & Economie, 2009, spéc. p. 181 (efficacité des sanctions des atteintes au droit de propriété).

¹³¹ Voir *infra* n° 520.

¹³² Lorsque la compréhension des développements l'exigera, la nature substantielle ou formelle du droit pénal sera précisée.

D'abord codifiées dans le code pénal, les infractions ont été insérées dans le code de la propriété intellectuelle lors de sa création. Spécialement élaborées pour chaque droit de propriété intellectuelle, les incriminations constituent le reflet, parfois imparfait¹³³, des prérogatives attribuées par le droit. Deux catégories d'infractions peuvent être identifiées. Certaines concernent des atteintes directes aux droits, telles que la vente d'une marchandise présentée sous une marque contrefaisante¹³⁴, d'autres portent sur des comportements périphériques, telles les infractions de fourniture de moyens, principalement destinés à porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle. En incriminant ces comportements, le législateur mène une lutte, tant préventive que directe, contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle.

A l'exception de quelques contraventions, les infractions aux droits de propriété intellectuelle sont des délits. Des circonstances aggravantes¹³⁵ participent de l'adaptation de la législation pénale aux nouvelles formes de criminalités¹³⁶ et instaurent une échelle des peines¹³⁷. Les *quanta* des peines des infractions simples et des infractions commises dans des circonstances aggravantes sont régulièrement augmentés¹³⁸. Malgré l'incitation des textes internationaux et européens, le législateur français ne distingue pas les infractions et les peines à l'aune du critère d'échelle commerciale¹³⁹. Que l'individu commette un délit de contrefaçon pour son usage personnel ou à destination de tiers, dans un objectif de diffusion des choses contrefaisantes, les peines encourues sont identiques. Ces peines principales sont complétées par une série de peines complémentaires, inspirées des peines énoncées par le code pénal, dans sa partie générale¹⁴⁰.

28. Le paradoxe du droit pénal de la propriété intellectuelle - Spécifiquement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle, ce droit pénal est néanmoins inapte à lutter efficacement contre ces infractions. Les objectifs de défense de l'ordre social, de réaffirmation de la puissance étatique et de protection de la valeur sociale constitutive du droit de la propriété intellectuelle ne sont pas atteints. En effet, ce droit est soumis au paradoxe de la concomitance de l'inflation législative pénale et de sa dépénalisation judiciaire ; plus le législateur incrimine, moins le juge sanctionne.

¹³³ Certaines incriminations comportent des différences avec les prérogatives attribuées – voir *infra* n° 60.

¹³⁴ Art. L. 716-10 b) du CPI.

¹³⁵ Instaurée par la loi dite Perben II : loi, n° 2004-204, du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹³⁶ Instaurée en droit d'auteur et droits voisins par la loi dite HADOPI 2 (loi, n° 2009-1311, du 28 oct. 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet), elle a été étendue à tous les droits de propriété industrielle par la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, du 14 mars 2011 (loi, n° 2011-267). Toutefois, la formulation instaurée en droit d'auteur et droits voisins n'a pas été reprise en droit de la propriété industrielle.

¹³⁷ Voir *infra* n° 536 et s.

¹³⁸ La dernière augmentation des *quanta* des peines a eu lieu avec la loi, n° 2016-731, du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

¹³⁹ Voir *infra* n° 540.

¹⁴⁰ Sur les peines encourues, voir *infra* n° 527 et s.

Régulièrement, le législateur incrimine de nouveaux comportements et accroît les *quanta* des peines, sans considération de l'absence d'application de ces dispositions pénales. Les victimes se désintéressent de la voie pénale, l'action publique est rarement mise en œuvre à l'initiative du ministère public et, lorsque des poursuites sont engagées, les peines prononcées n'absorbent pas les bénéfices issus de l'infraction. Leur lucrativité est telle qu'au sein des organisations criminelles les activités de contrefaçon ont atteint une ampleur similaire à celles de trafic de stupéfiants et les organisations terroristes en font un mode de financement¹⁴¹. Dès lors, le droit de la propriété intellectuelle est pris dans un cercle vicieux. Inefficaces et dépourvues de fonction dissuasive, les peines encourues n'incitent pas à agir sur ce fondement, rendant leur mise en œuvre incertaine. En conséquence, le droit pénal de la propriété intellectuelle devient ineffectif. Dans une spirale dantesque, le législateur augmente la sévérité des peines, tandis que les juges se montrent de plus en plus réticents à les appliquer.

Ce phénomène de dépénalisation judiciaire du droit de la propriété intellectuelle a produit, en droit des brevets, des mouvements législatifs de pénalisation et de dépénalisation. La loi du 2 janvier 1968¹⁴² sanctionnait les infractions de peines d'amende, les peines d'emprisonnement étant réservées aux cas de récidive¹⁴³. En 1978, les dispositions pénales ont été abrogées en raison de leur ineffectivité¹⁴⁴, mais furent rétablies en 1990¹⁴⁵. Le *quantum* des peines d'amende est légèrement plus élevé que celui prévu en 1968 et une peine d'emprisonnement a été ajoutée. Après avoir décriminalisé le droit des brevets, le législateur rétablit donc des sanctions pénales plus sévères. L'indécision du législateur sur les moyens de lutter contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle est aussi observée dans le domaine des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet¹⁴⁶. Une tentative de contraventionnalisation des actes de téléchargement illicites¹⁴⁷ a finalement abouti à la création d'une nouvelle incrimination¹⁴⁸ ajoutée à l'arsenal répressif existant. Ces errements législatifs, concomitants à l'ineffectivité du droit pénal, lui font perdre sa légitimité ; or cette remise en cause de l'existence de la protection pénale atteint le droit de la propriété intellectuelle. Prénante en droit d'auteur et en droits voisins¹⁴⁹, la contestation porte aussi sur la légitimité de l'existence des droits de propriété

¹⁴¹ Voir *infra* n° 1034.

¹⁴² Loi, n° 68-1, du 2 janv. 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention. Cette loi remplaçait celle du 8 juillet 1877.

¹⁴³ Art. 52 de la loi, n° 68-1, du 2 janv. 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.

¹⁴⁴ Loi, n° 78-742, du 13 juill. 1978 modifiant et complétant la loi n° 68-1, du 2 janv. 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.

¹⁴⁵ Loi, n° 90-1052, du 26 nov. 1990 relative à la propriété industrielle.

¹⁴⁶ Voir *infra* n° 616 et s.

¹⁴⁷ Loi, n° 2006-961, du 1^{er} août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

¹⁴⁸ Loi, n° 2009-669, du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet et loi, n° 2009-1311, du 28 oct. 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

¹⁴⁹ D. Sagot-Duvaurox, « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle », *L'Economie politique*, 2004/2, n° 22, p. 34-52 ; A. Bensamoun, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *Revue Internationale du Droit d'Auteur* avr. 2010, p. 2-159 ; Ch. Vanderdorpe, « Pour une bibliothèque

industrielle. Un autre paradoxe apparaît alors, « *l'époque contemporaine est marquée par l'incroyable émergence des valeurs incorporelles, laquelle s'accompagne d'une forte contestation de ces appropriations* »¹⁵⁰. La réforme du droit pénal de la propriété intellectuelle semble inévitable, le rétablissement de la légitimité de l'existence du droit de la propriété intellectuelle devient indispensable, pourtant le législateur y reste sourd et, sous son impulsion et celle des juges, apparaissent d'autres fondements d'engagement de la responsabilité et de sanction.

B- Des normes répressives appliquées au droit de la propriété intellectuelle

29. Des dispositions répressives spécifiques (1) ou externes (2) au droit de la propriété intellectuelle sont destinées à assurer le respect des droits.

1- Des normes répressives spécifiques au droit de la propriété intellectuelle

30. L'externalisation des fonctions du droit pénal par la création de dommages-intérêts spécifiques - Sous l'influence de la directive, dite société de l'information¹⁵¹, le législateur a adopté, pour tous les droits de propriété intellectuelle à l'exception du droit des produits semi-conducteurs, une disposition spécifique d'évaluation des dommages-intérêts¹⁵². L'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte au droit n'est alors pas réalisé sur le fondement de l'article 1240 du code civil¹⁵³. Le titulaire de l'action peut choisir entre l'attribution de dommages-intérêts circonstanciels ou forfaitaires, chacun faisant l'objet d'un alinéa de la disposition. Cependant, leur montant n'est plus corrélé au préjudice subi. Les premiers sont calculés à l'aune des conséquences économiques négatives de l'atteinte, du préjudice moral et des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte, les seconds doivent être supérieurs au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'autorisation du titulaire du droit avait été demandée. Bien qu'officiellement instaurée afin d'améliorer l'indemnisation du préjudice subi, cette disposition est suffisamment souple pour permettre aux juges de prononcer des montants échappant au principe de réparation intégrale¹⁵⁴. Elle est accompagnée

virtuelle universelle », *Le Débat* 2001/5, n° 117, p. 31-42 ; J. Farchy et F. Rochelandet, « La remise en cause du droit d'auteur sur Internet : de l'illusion technologique à l'émergence de barrières à l'entrée », *Revue d'économie industrielle*, vol. XCIX, 2^e trimestre 2002, *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, p. 49-64.

¹⁵⁰ Ch. Caron, « Quelques considérations sur le phénomène du peer to peer », in *La propriété intellectuelle en 1 question(s), Regards croisés européens*, colloque des 16-17 juin 2005, Litec, coll. IRPI, Le droit des affaires, propriété intellectuelle, n° 27, p. 105 et s., spéc. p. 106.

¹⁵¹ Directive, 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁵² Loi, n° 2007-1544, du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon.

¹⁵³ Désigné Code Civil du temps de Napoléon, le qualificatif « civil » a perdu sa majuscule, puis, sur décision de la Cour de cassation, le substantif « code » s'est vu attribuer une minuscule. Sans perdre de son importance, le code civil respecte, désormais, la même convention orthographique que les autres codes.

¹⁵⁴ Voir *infra* n° 729 et s.

d'une mesure procédurale, le droit d'information, permettant au titulaire des droits de parfaire ses prétentions¹⁵⁵. L'ensemble de ce dispositif procède de l'externalisation de fonctions du droit pénal puisqu'est attribué, au juge civil, un instrument procédural inquisitoire et est instaurée une mesure à vocation sanctionnatrice.

31. La sanction réparatrice, oxymore communément admis en droit de la propriété intellectuelle - Bien que l'autorisation légale du dépassement de la seule indemnisation du préjudice subi soit récente, la confusion entre indemnisation et sanction a toujours été entretenue par la doctrine spécialiste de droit de propriété intellectuelle. L'étude comparative des plans et des index des ouvrages généraux de droit de la responsabilité civile délictuelle et de droit de la propriété intellectuelle révèle une différence de champ sémantique, qui prend sens à l'aune des débats sur l'introduction de ces nouveaux dommages-intérêts. Les plans des ouvrages généraux de droit de la responsabilité civile délictuelle comportent tous des développements consacrés à la réparation du préjudice. Le terme réparation est employé à l'exclusion de tout autre et les index ne comportent pas d'entrée relative à la sanction, seule la notion de peine privée y est mentionnée¹⁵⁶. Nonobstant le rappel du principe de réparation intégrale du préjudice, le seul champ lexical démontre que le droit de la responsabilité civile a pour objet de réparer et non de sanctionner. *A contrario*, dans les ouvrages généraux de droit de la propriété intellectuelle, qu'ils soient ou non restreints à l'une de ses deux branches, la majorité des plans relatifs à l'action en contrefaçon sont fondés sur la dichotomie sanctions civiles et sanctions pénales¹⁵⁷. Les développements consacrés aux sanctions civiles sont, pourtant, sous-divisés en paragraphes relatifs, soit aux réparations en nature et aux réparations par équivalent¹⁵⁸, soit aux cessations et réparations¹⁵⁹. Certes, la notion de sanction comporte trois acceptions. Elle peut être consécration, peine ou contrainte¹⁶⁰. La sanction, critère de la norme juridique, désigne la conséquence de la violation de la norme. Néanmoins, cette conception générique de la sanction doit être distinguée de sa conception fonctionnelle. Dans cette deuxième hypothèse, la sanction désigne la réponse concrète au dommage causé, elle

¹⁵⁵ Voir *infra* n° 654 et s.

¹⁵⁶ Not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^e éd., 2017 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 14^e éd., 2017 ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4^e éd., 2016.

¹⁵⁷ Not. J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 1^{re} éd., 2016 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd., 2017 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018 – Seul, Monsieur le Professeur Pollaud-Dulian préfère faire référence aux conséquences civiles de la contrefaçon, sans employer ni le terme sanction, ni le terme réparation : F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014.

¹⁵⁸ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd., 2017 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018.

¹⁵⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017

¹⁶⁰ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, n° 26, chron. p. 197-204.

constitue le « *tarif* » de la règle¹⁶¹. Il convient alors de ne pas assimiler la sanction, mesure afflictive réservée à la désignation de la peine, et la réparation du préjudice. Cette théorie est corroborée par l'absence d'utilisation de la notion de sanction par les civilistes. La réparation ou la compensation du préjudice ne constitue pas une peine¹⁶². Cette insidieuse fonction répressive de l'action civile en contrefaçon ne date pas de la réforme élaborée par la loi de transposition de la directive¹⁶³. Les auteurs historiques majeurs, Desbois et Roubier, usaient déjà d'oxymores pour présenter les conséquences civiles de l'action en contrefaçon, le premier exposant les « *condamnations civiles* »¹⁶⁴, le second, les « *sanctions restitutives et réparatrices* »¹⁶⁵. Il apparaît donc qu'en droit de la propriété intellectuelle, l'action civile a toujours été sous-tendue par la notion de sanction.

32. L'externalisation des fonctions du droit pénal par la création de l'HADOPI -

L'externalisation des prérogatives des acteurs de la procédure pénale s'observe, aussi, au profit d'une autorité administrative indépendante. En effet, le législateur a doté la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) de prérogatives d'enquête et de sanction. Si ses attributions relatives à sa mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin ont été progressivement restreintes, par l'intervention respective du Conseil constitutionnel¹⁶⁶ et d'un décret¹⁶⁷, à quelques prérogatives d'investigations et à l'incitation au respect de ces droits, le recours à cette instance témoignait d'un souci du législateur de délester le juge judiciaire d'un contentieux de masse pour lequel n'existait pas de réponse pénale effective.

33. L'accroissement du *corpus* de normes répressives - Outre la création de normes spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, sous l'impulsion du législateur et des juges, le droit de la propriété intellectuelle bénéficie de nouveaux fondements d'engagement de la responsabilité.

¹⁶¹ *Id.*, spéc. p. 200 et s.

¹⁶² Toutefois, la sanction-réparation, instaurée en droit pénal, tend, elle aussi, à effacer cette distinction – voir *infra* n° 499 et n° 818.

¹⁶³ Loi, n° 2007-1544, du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon, transposant la directive, 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁶⁴ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978.

¹⁶⁵ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. 1.

¹⁶⁶ Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

¹⁶⁷ Décret, n° 2013-596, 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle.

2- Des normes répressives externes au droit de la propriété intellectuelle

34. L'ouverture du livre troisième du code pénal aux informations - L'adaptation des infractions contre les biens, codifiées dans le livre troisième du code pénal, aux biens incorporels¹⁶⁸ et plus précisément, aux informations, est susceptible de s'étendre aux objets protégés par le droit de la propriété intellectuelle. D'une part, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a expressément reconnu l'application de l'abus de confiance aux informations¹⁶⁹, d'autre part, depuis son arrêt *Herbreteau*, rendu en 1986¹⁷⁰, elle adapte les éléments de l'infraction de vol afin de l'appliquer à la reproduction d'informations¹⁷¹. A l'aune de cette évolution jurisprudentielle, le délit de contrefaçon, incriminant la multiplication de biens-informations appropriés sur le fondement du droit de la propriété intellectuelle, apparaît potentiellement dépourvu d'utilité.

35. L'amende civile, en attente de consécration - La réforme du droit de la responsabilité civile, dont le projet a été adopté par la Chancellerie le 13 mars 2017¹⁷², est attendue. Le projet comporte une mesure, ardemment souhaitée par une partie de la doctrine, l'amende civile¹⁷³. Si le législateur la consacrait, elle serait applicable au droit de la propriété intellectuelle. Destinée à sanctionner l'auteur d'un dommage qui a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, l'amende civile est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés, sans qu'elle puisse être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. L'objectif de la mesure est clair, confisquer les profits réalisés grâce à la faute¹⁷⁴. Néanmoins, appliquée au droit de la propriété intellectuelle, elle pourra être prononcée en sus des dommages-intérêts. Par la conjugaison de ces deux mesures, le juge pourra prononcer deux sanctions, susceptibles de confisquer deux fois le montant des bénéfices réalisés¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Voir *infra* n° 292 et s.

¹⁶⁹ Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929: *Bull. crim.* 2017, n° 940.

¹⁷⁰ Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau*: *Bull. crim.* 1986, n° 148.

¹⁷¹ Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336: *Bull. crim.* 2015, n° 119.

¹⁷² *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté par le Garde des Sceaux le 13 mars 2017.

¹⁷³ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 36 ; P. Hennion-Jacquet, « Dommages-intérêts et sanctions pécuniaires en droit de la concurrence », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol (dir.), Dalloz, 2016, p. 345-357 – voir *infra* n° 743.

¹⁷⁴ Voir *infra* n° 744.

¹⁷⁵ Sur les difficultés présentées par le cumul de ces deux sanctions : voir *infra* n° 790 et s.

III - Des réseaux de normes répressives formant la matière pénale

36. Des normes en réseaux, formant la matière pénale - L'étude des dispositions relatives au respect du droit de la propriété intellectuelle révèle ainsi l'inconstance du législateur, accroissant les sanctions pénales des atteintes, sans obtenir les résultats escomptés, et déplaçant progressivement les mécanismes répressifs dans d'autres champs du droit. Dans quelques hypothèses, les infractions du code pénal complètent le *corpus* d'infractions du code de la propriété intellectuelle, comblant les vides juridiques laissés par le législateur. Toutefois, les évolutions jurisprudentielles et les apports législatifs récents sont sources de concours de qualifications¹⁷⁶. L'engagement de la responsabilité civile entraîne l'application des dispositions spéciales, tant procédurales, le droit d'information, que substantielles, les dommages-intérêts, dont les fonctions sont empruntées au droit pénal. Les principes de droit commun de la responsabilité civile sont écartés au profit de dispositions spéciales répressives, lesquelles seront complétées par l'amende civile. En raison de leur nature répressive, ces sanctions entrent en conflit avec les peines prévues par le droit pénal de la propriété intellectuelle¹⁷⁷. La dichotomie traditionnelle des voies d'engagement de la responsabilité, la voie civile et la voie pénale, est remplacée par des réseaux de normes substantiellement répressives, dont seulement certaines sont organiquement pénales (A), qui forment la matière pénale de la propriété intellectuelle¹⁷⁸ (B).

A- La formation de réseaux de normes répressives

37. L'émergence de réseaux de normes répressives - Le terme réseau, est apparu au XIIe siècle pour désigner un « *petit filet de chasse ou de pêche* ». A partir du XVIe siècle, un réseau est un « *tissu en forme de rets* ». Dans son acception moderne, le réseau constitue un ensemble de lignes, de fils entrecroisés. Traditionnellement le droit est présenté sous forme pyramidale, construction humaine, géométrique, parfaite, dont la forme ne supporte aucune excroissance, sauf à en perdre son nom. Cette métaphore, qui suppose une hiérarchisation des éléments constituant la pyramide, a été instaurée par la doctrine positiviste. Bien que cette solide figure ait traversé les siècles, les évolutions sociales, étatiques, les mouvements de formation et de reformation de l'organisation mondiale, imposent au droit une certaine flexibilité. Les interactions entre les sources du droit ébranlent cette pyramide et les liens tissés entre les organes législatifs et judiciaires des Etats, le dialogue des législateurs et des juges, particulièrement prégnant au sein de l'Union européenne, font émerger une organisation du droit en réseau. Si Madame le Professeur Delmas-Marty emprunte à Deleuze et à Guattari la

¹⁷⁶ Voir *infra* n° 374 et s.

¹⁷⁷ Voir *infra* n° 799.

¹⁷⁸ Cette forme elliptique, plus légère, désigne la matière pénale du droit de la propriété intellectuelle.

figure du rhizome¹⁷⁹, Monsieur le Professeur Ost et van de Kerchove théorisent l'organisation du droit et des droits objectifs en réseau¹⁸⁰. La notion de réseau révèle les interactions entre les normes, les flux entre les nœuds et les communications entre les organes de création et d'interprétation des normes. Ces Professeurs expliquent qu'« *aucun point n'est privilégié par rapport à un autre ; aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel* »¹⁸¹, décrivant ce qui constitue l'essence du réseau. La nature répressive des normes, précédemment observées en droit de la propriété intellectuelle, induit leur structure en réseau. D'une part, le débordement de la répression, hors des frontières du droit pénal¹⁸², implique qu'elle n'est plus menée uniquement dans un rapport hiérarchique vertical, représentant l'Etat sanctionnant les individus en raison d'une atteinte à l'ordre public, à un intérêt collectif. La répression s'instaure, aussi, dans un rapport horizontal et constitue un instrument de résolution des conflits entre les individus. D'autre part, ces normes se complètent ou se superposent, entrent en conflit. Madame le Professeur Delmas-Marty constate que « [...] *le double mouvement, d'extension des domaines couverts et de diversification des sanctions applicables, aboutit à placer les divers réseaux extra-pénaux en situation de concurrence par rapport au réseau pénal dont on ne saisit plus toujours la signification propre* »¹⁸³. Cependant, l'organisation en réseau des normes juridiques destinées au respect du droit de la propriété intellectuelle, n'exclut pas l'existence de rapports hiérarchiques. En effet, cette théorie dialectique du droit¹⁸⁴, prenant en considération le caractère mouvant de sa structure, n'a pas vocation à remplacer le paradigme de l'agencement hiérarchique des normes juridiques. L'obligation de respect des droits fondamentaux, à laquelle veille la Cour européenne des droits de l'homme, démontre l'existence de rapports verticaux entre les normes. La jurisprudence de la Cour européenne bouleverse les réseaux de normes répressives instaurés par le législateur. La complémentarité qu'il dessine entre les dommages-intérêts et les peines ainsi qu'entre les dommages-intérêts et l'amende civile n'est qu'apparente. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'appréhension de ces normes répressives par la catégorie autonome de matière pénale révèlent leur rivalité.

Afin de pouvoir appréhender la profusion d'instruments procéduraux, d'infractions et de sanctions dont le droit de la propriété intellectuelle peut bénéficier, il est nécessaire de les observer dans leurs interactions en ayant recours à la notion de matière pénale.

¹⁷⁹ M. Delmas-Marty, « Introduction », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (dir.), LGDJ, 1988, p. 212 - G. Deleuze et F. Guattari, *Rhizome*, Editions de Minuit, 1976, repris dans *Mille plateaux*, Editions de Minuit, 1980, p. 9.

¹⁸⁰ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

¹⁸¹ *Id.*, p. 24.

¹⁸² M. Delmas-Marty, *Code pénal d'hier, code pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, Dalloz-Sirey, 1986, n° 4, chron. p. 27-34, spéc. p. 29-30

¹⁸³ M. Delmas-Marty, *Code pénal d'hier, code pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, Dalloz-Sirey, 1986, n° 4, chron. p. 27-34, spéc. p. 30.

¹⁸⁴ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 37.

B- La notion de matière pénale, révélatrice d'une concurrence normative

38. Les normes répressives constitutives de la matière pénale - Dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, la démarche du législateur apparaît confuse. Les phénomènes, déjà évoqués d'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle et de contestation de sa légitimité, conduisent paradoxalement le législateur à poursuivre l'inflation législative et l'augmentation des *quanta* des peines. Parallèlement, il instaure de nouveaux instruments de protection, en externalisant les fonctions du droit pénal. Dès lors, le droit de la propriété intellectuelle est parcouru de normes répressives. Bien qu'organiquement distinctes du droit pénal, à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ces normes relèvent de la matière pénale. Autonome des catégories juridiques étatiques, la matière pénale transcende le droit pénal pour qualifier les mesures substantiellement répressives, adoptées par les Etats. Corrélativement, la Cour élabore des notions autonomes d'infraction et de peine, définies par des critères déterminés au fil des décisions¹⁸⁵ et dont l'articulation est parfois complexe¹⁸⁶. La catégorie de matière pénale a été élaborée par la Cour européenne pour empêcher les Etats d'adopter des dispositions répressives et des règles procédurales les mettant en œuvre, échappant à l'exigence du respect des principes fondamentaux en raison de leur autonomie par rapport au droit pénal tel que nationalement défini¹⁸⁷. Cette méthode, consistant à instaurer des mesures répressives extra-pénales, réduisait l'effectivité des principes fondamentaux. La notion de matière pénale et son autonomie permettent désormais d'assurer leur respect¹⁸⁸ en empêchant les Etats de contourner les droits fondamentaux par une externalisation de la fonction répressive réalisée par un déplacement seulement formel de la norme. En effet, par l'intervention de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'externalisation de la répression produit l'effet inverse recherché par les Etats, puisqu'elle induit l'extension du champ d'application de ces principes. Madame le Professeur Delmas-Marty estime que leur application, à l'ensemble des sanctions répressives, met en cohérence les sanctions pénales avec les sanctions des autres réseaux¹⁸⁹. Appliquée aux normes

¹⁸⁵ CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et a. c/ Pays-Bas* ; CEDH, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*, spéc. § 28 ; CEDH, 8 juin 1995, n° 15917/89, *Jamil c/ France*, spéc. § 31 ; CEDH, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *M. c/ Allemagne*, spéc. § 120 – voir *infra* n° 764 et n° 765.

¹⁸⁶ M. van de Kerchove, « Les frontières des normes pénales », in *Normes, normes juridiques, normes pénales, Pour une sociologie des frontières*, P. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. van de Kerchove (dir.), L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 1997, t. 2, p. 77-113, spéc. p. 87 et s.

¹⁸⁷ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 32 et s.

¹⁸⁸ M. Delmas-Marty, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.* 1986, chron., p. 27-34.

¹⁸⁹ M. Delmas-Marty, « Pour des principes directeurs de législation pénale », *RSC*, 1985, p. 225 ; M. Delmas-Marty, « Code pénal d'hier, code pénal d'aujourd'hui (...) », *art. cit.*, spéc. p. 32-34. Par exemple, Le principe *non bis in idem* exclut le cumul des peines avec les dommages-intérêts spécifiques à ce droit et, éventuellement, l'amende civile.

répressives adoptées en droit de la propriété intellectuelle, la qualification de matière pénale révèle une concurrence entre les normes pénales et les dispositions de droit civil répressif¹⁹⁰.

39. La structure et la substance insatisfaisante de la matière pénale de la propriété intellectuelle - L'externalisation des fonctions du droit pénal et leur attribution aux autres réseaux de responsabilité n'est pas un phénomène spécifique au droit de la propriété intellectuelle. Ce constat s'inscrit dans un mouvement plus général, observé, notamment, en droit de la concurrence et en droit de l'environnement¹⁹¹. Un mouvement inverse est aussi observé en droit pénal, lequel se voit attribuer une fonction réparatrice¹⁹². La convergence du droit de la responsabilité civile et du droit de la responsabilité pénale, bouleversant le paradigme de leur distinction, dépasse le droit de la propriété intellectuelle. L'adoption de l'amende civile consacrerait l'effacement de la frontière entre ces deux voies et marquerait le droit commun de la responsabilité civile du sceau de la répression. Cependant, si le droit de la propriété intellectuelle participe de cette évolution du droit et enrichit la matière pénale, son étude révèle sa défaillance dans la protection de ce droit. L'ineffectivité et l'inefficacité du droit pénal de la propriété intellectuelle, ainsi que la rivalité entre le droit civil répressif et le droit pénal n'offrent pas au droit de la propriété intellectuelle une protection efficace. La juxtaposition des normes répressives, au gré des réformes, sans réflexion sur leur articulation et leur inefficacité à lutter contre les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle, impose d'apporter une cohérence à cette matière pénale.

IV - Le dépassement de la protection de la propriété intellectuelle par le droit pénal de la propriété

40. Le droit de propriété, objet d'un droit pénal commun - L'instauration de normes organiquement civiles et substantiellement pénales et la rareté de la mise en mouvement de l'action publique, à l'initiative des procureurs de la République, traduisent le désengagement de l'Etat dans la protection du droit de la propriété intellectuelle. L'accroissement des incriminations et des *quanta* des peines n'est plus que symbolique et nourrit la contestation de la légitimité de l'existence du droit pénal de la propriété intellectuelle. Ce détournement de la répression vers des normes extra-pénales, conjugué à l'affaiblissement de l'intérêt du droit de la propriété intellectuelle par l'ouverture jurisprudentielle et législative des infractions du livre troisième du code pénal aux informations, invite à dépasser les contours de ce droit pour

¹⁹⁰ Voir *infra* n° 799.

¹⁹¹ M. Chagny et B. Deffains, *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, coll. Essai, 2015, spéc. p. 262 et s. ; L. Neyret, « L'extension de la responsabilité civile en droit de l'environnement », *RCA* 2013, n° 5, doss. 29 – Voir *infra* n° 739 et n° 745.

¹⁹² B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 42, 2007 - voir *infra* n° 818.

élaborer, après avoir justifié sa qualification (A), une protection pénale fondée sur le droit de propriété (B).

A- Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété

41. Le droit de la propriété intellectuelle à l'épreuve de sa qualification - La qualification du droit de la propriété intellectuelle est incessamment débattue. Aucune des différentes qualifications, précédemment exposées¹⁹³, n'emporte l'unanimité. Les difficultés émanent de la méthode employée. L'opération juridique de qualification exige une analyse objective et, en principe, exclut les considérations d'opportunité, incitant à l'adoption d'une qualification en raison des avantages présentés par son régime juridique. Or, le droit de la propriété intellectuelle cristallise les oppositions entre intérêt général et intérêt privé, voire entre des intérêts privés. Les fonctions sociales des droits de la propriété intellectuelle, en principe seulement déterminantes des régimes juridiques, sont devenues les fondements de la qualification. Les droits de propriété littéraire et artistique ont vocation à encourager et enrichir la culture tandis que les droits de propriété industrielle, en principe, favorisent l'innovation et le développement industriel. Les droits de propriété intellectuelle sont alors devenus des instruments de politique culturelle et industrielle. L'opération de qualification est menée en faveur du public, des consommateurs ou des professionnels, dont l'intérêt est d'avoir accès aux biens, objets de ces droits, et de bénéficier de leur exploitation à titre gratuit ou peu onéreux. En effet, l'accès revendiqué n'est plus seulement intellectuel mais, aussi, juridique. Des enjeux de politique publique perturbent l'opération de qualification juridique, alors qu'ils ne devraient que façonner le régime lui étant attaché. Ainsi, le droit de propriété intellectuelle est considéré comme étant un monopole temporaire et exceptionnellement accordé par l'Etat¹⁹⁴. Le droit de la propriété intellectuelle semble alors cantonné à une existence sur un marché, faisant exception à la libre concurrence. Pourtant, l'appréhension juridique du lien entre les hommes et leurs créations dépasse cette logique de marché.

42. L'origine naturelle de la propriété intellectuelle - Un rapport propriétaire s'instaure, naturellement, entre l'homme et ses créations. L'Etat reconnaît l'existence de ce rapport propriétaire et lui confère une protection juridique. Dès lors, ces créations sont l'objet d'un droit de propriété. Le rôle de l'Etat se limite donc à organiser son régime juridique, afin qu'il soit exercé conformément à ses fonctions sociales. Celles-ci étrangères à la qualification du droit, déterminent seulement les limites du droit de propriété, garantissant sa légitimité¹⁹⁵. Les arguments fondés sur l'absence de caractère absolu et perpétuel des droits de propriété

¹⁹³ Voir *supra* n° 5.

¹⁹⁴ Voir *infra* n° 910.

¹⁹⁵ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939) - Voir *infra* n° 878.

intellectuelle, loin d'exclure cette qualification, la conforte. Le droit de propriété n'est pas un droit absolu et, en toutes circonstances, imprescriptible. Le superlatif de l'article 544 du code civil est relatif et les différents régimes juridiques appliqués aux biens corporels et incorporels démontrent que ce droit supporte des limites. Estimer que la qualification de droit de propriété exige une exclusivité absolue conduirait à ne jamais l'appliquer. Certes, la liste des exceptions au droit d'auteur et, dans une moindre mesure, aux droits voisins, s'allonge au gré des réformes de sources interne et européenne. Toutefois, elles n'ont pas encore renversé le principe¹⁹⁶. D'autres auteurs estiment que la nature des biens exclut leur appropriation. Pourtant, la possession intellectuelle des choses et des droits, dont les racines se situent dans le droit romain, offre un terrain favorable à leur appropriation et l'exclusivité inhérente au droit de propriété représente un pouvoir qui peut s'exercer sur les biens incorporels malgré leur caractère non rival. L'analyse des régimes juridiques des droits de propriété intellectuelle à l'aune de la théorie renouvelée de la propriété, élaborée par Messieurs les Professeurs Zenati-Castaing et Revet, confortera cette qualification¹⁹⁷.

43. La stabilité offerte par la qualification jusnaturaliste de droit de propriété - Le risque de renversement du paradigme du droit de la propriété intellectuelle, le principe de protection juridique des créateurs tendant à devenir secondaire, écarté au profit de droits accordés aux tiers, est permis par la conception positiviste du droit. Elle dote l'Etat du pouvoir d'accorder des droits, leur légitimité procédant uniquement de l'organe étatique. Par un raisonnement circulaire contestable, l'Etat, source de droits, constitue aussi le fondement de leur légitimité. Une telle théorie laisse l'Etat maître de confisquer les droits qu'il accorde, sans contestation possible. Cette conception positiviste explique l'instabilité du droit de la propriété intellectuelle, aux prises avec les politiques publiques - en 2011, la Commission européenne entendait « *doper* » la créativité et l'innovation¹⁹⁸. Alors que le jusnaturalisme ne permet à l'Etat que d'ajuster les régimes juridiques des droits conformément à ses fonctions sociales et à leurs évolutions¹⁹⁹, le positivisme lui accorde le pouvoir de renverser les équilibres naturels.

¹⁹⁶ Le maintien de cette hiérarchie n'est toutefois pas aisé. Voir les discussions et les différentes stratégies envisagées lors du Colloque « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation ? », RLDI 2013, n° 94.

¹⁹⁷ Voir *infra* n° 917 et s.

¹⁹⁸ Commission européenne, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, Communication, 24 mai 2011, COM(2011) 287 final ; Ph. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information », *RTD com.* 2003, p. 285 ; V.-L. Benabou, « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 531 – Sur l'instabilité du droit pénal, spécifique au brevet : L. Petit, « Le contentieux de la contrefaçon de brevets en France », in *La défense des droits de la propriété industrielle en Europe, aux Etats-Unis et au Japon*, Mélanges offerts à Dieter Stauder, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Du C.E.I.P.I., 2001, p. 87 à 112.

¹⁹⁹ P. Cretois, « La propriété repensée par l'accès », *Revue internationale de droit économique* 2014/3, t. XXVIII, p. 319-334.

B- Le droit de propriété, fondement de la protection pénale du droit de propriété intellectuelle

44. Le rétablissement de la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle - La qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété met en exergue sa valeur sociale. Valeur structurelle et constante²⁰⁰, le droit de la propriété intellectuelle incarne, en tant que droit de propriété, une valeur sociale essentielle. Elevée au rang de droit fondamental, elle participe de l'ordre social et, dès lors, est légitime à être protégée par le droit pénal²⁰¹. L'étude de ses fonctions sociales et des conséquences des atteintes aux droits sur l'ordre public soutiendra cette légitimité²⁰², néanmoins affaiblie par l'absence de leur désapprobation sociale.

45. La protection pénale fondée sur le droit de propriété - La qualification du droit de la propriété intellectuelle et les évolutions des infractions du livre troisième du code pénal invitent à construire un droit pénal de la propriété. Des infractions communes, dont l'objet est le droit et non la chose, seraient complétées par des infractions spécifiques à chaque régime juridique. Le droit pénal de la propriété intellectuelle serait alors épuré au profit de ces infractions communes, ne laissant subsister que quelques incriminations indispensables²⁰³. Sa qualification de droit de propriété, juridiquement traduite par une protection pénale commune, offrirait au droit de la propriété intellectuelle la stabilité dont il est actuellement privé. Cette nouvelle structure du droit pénal applicable au droit de la propriété intellectuelle et l'élaboration de peines efficaces contre les infractions lucratives permettent de repenser la fonction de l'HADOPI dans la lutte contre les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet et de supprimer la fonction répressive des dommages-intérêts pour rétablir le principe de réparation intégrale. Dès lors, la matière pénale de la propriété intellectuelle acquerrait la cohérence dont elle manque. Si l'imparfaite protection du droit de la propriété intellectuelle par le réseau de normes pénales (PARTIE I) tend à être suppléée par des réseaux de normes constitutives de la matière pénale, sa mise en cohérence apparaît indispensable (PARTIE II).

²⁰⁰ Ce qui n'exclut pas la variation de ses contours et de biens, objets du rapport propriétaire – voir *infra* n° 868 et s.

²⁰¹ Voir *infra* n° 950 et s.

²⁰² Voir *infra* n° 986 et s.

²⁰³ Voir *infra* n° 1065 et s.

PARTIE I
L'IMPARFAITE PROTECTION DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
PAR LE DROIT PÉNAL

46. La protection du droit de la propriété intellectuelle par un droit pénal spécial -

Le législateur confère au droit de la propriété intellectuelle une protection pénale. Historiquement, la reconnaissance de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle sur une création est corrélée à l'instauration d'infractions et de peines²⁰⁴. Ainsi, le législateur a élaboré des dispositions pénales pour chaque droit de propriété intellectuelle. Certaines formelles, d'autres substantielles, elles forment un ensemble suffisamment cohérent pour être considérées comme constituant un droit pénal spécial, dont l'ampleur est révélée par la lecture du code de la propriété intellectuelle. Les incriminations sont nombreuses, certaines relatives à des atteintes directes aux droits, d'autres seulement périphériques. De surcroît, les quelques lacunes de ce droit pénal spécial sont complétées par les infractions du livre troisième du code pénal, relatif aux crimes et délits contre les biens.

47. L'échec de la mise en œuvre du droit pénal spécial - Bien que spécial, ce droit pénal de la propriété intellectuelle est ineffectif. Son absence de mise en œuvre, tant par le ministère public que par les victimes des infractions, est principalement due aux choix peu pertinents des peines. La nature lucrative de la contrefaçon et des autres infractions directes aux droits est connue, néanmoins, la peine d'amende n'est pas déterminée de manière à absorber les bénéfices réalisés grâce à l'infraction et dissuader les contrefacteurs avides de profits économiques. Le fort développement législatif du droit pénal de la propriété intellectuelle, confinant à l'inflation, est alors contrarié par une dépénalisation judiciaire. La protection du droit de la propriété intellectuelle par son droit pénal spécial apparaît seulement théorique.

48. De nouveaux fondements de protection - L'inertie du droit pénal de la propriété intellectuelle peut, toutefois, être atténuée par le dynamisme récemment insufflé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation et le législateur aux délits contre les biens du livre troisième du code pénal. Confronté à l'indispensable protection pénale des biens incorporels, les Hauts magistrats, à l'occasion de contentieux sur la reproduction d'informations, accordent une acception intellectuelle aux éléments matériels de ces infractions, tandis que le législateur instaure une protection pénale des données contenues dans les systèmes de traitement automatisé. Cette ouverture du livre troisième du code pénal aux biens incorporels et, plus précisément, aux informations, étend le champ pénal du droit de la propriété intellectuelle. Cependant, en raison de leur conception intellectuelle, ces infractions convergent vers celles spécifiques aux droits de propriété intellectuelle. Les atteintes à ces droits sont désormais

²⁰⁴ Voir *supra* n° 18 et n° 19.

susceptibles d'être sanctionnées, soit sur le fondement du droit pénal de la propriété intellectuelle, soit sur le fondement de certains délits du livre troisième du code pénal.

49. Un réseau instable de normes pénales - Le droit de la propriété intellectuelle dispose d'un réseau complexe de normes pénales (TITRE I). Cependant, son étude révèle l'échec du droit pénal de la propriété intellectuelle, pourtant à l'origine de la protection de ce droit et spécialement élaboré à cette fin (TITRE II).

TITRE I
UN RESEAU COMPLEXE DE NORMES PENALES
APPLICABLES AU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

50. Le droit pénal de la propriété intellectuelle - Le droit pénal de la propriété intellectuelle et les infractions codifiées dans le livre troisième du code pénal forment un réseau de normes applicables au droit de la propriété intellectuelle. L'adaptation du droit pénal au droit de la propriété intellectuelle est une gageure pour le législateur. Chaque droit de propriété intellectuelle dispose d'un régime juridique spécifique, en constante évolution. En effet, l'ouvrage législatif est régulièrement retravaillé par le législateur et les juges, tant internes qu'euro-péens. L'instabilité de ce droit, due à la diversité de ses sources, heurte les principes fondamentaux auxquels est soumis le droit pénal. L'adaptation du droit pénal, tant substantiel que formel, s'avère, aussi, périlleuse à l'aune des spécificités des infractions aux droits de propriété intellectuelle. Massives et transfrontalières, elles imposent une certaine souplesse à ce droit exceptionnel et, en principe, enserré dans les frontières de l'Etat.

51. Des infractions du livre troisième du code pénal modernisées - La construction minutieuse de ce droit pénal, symétrique aux régimes juridiques des droits, contraste avec la généralité des délits contre les biens, du livre troisième du code pénal, applicables au droit de la propriété intellectuelle. Dans un vaste mouvement jurisprudentiel, la Chambre criminelle de la Cour de cassation confère, ou reconnaît, une acception intellectuelle aux infractions de vol, d'abus de confiance et de recel. La modernisation indispensable de ces infractions, aux fins de protection des biens incorporels, profite au droit de la propriété intellectuelle. Suffisamment larges, les incriminations englobent les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Ce *corpus* est complété par les infractions aux systèmes de traitement automatisé de données, dont les réformes récentes leur permettent d'appréhender les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Dès lors, des liens apparaissent entre ce livre troisième du code pénal et le code de la propriété intellectuelle.

52. Le vaste réseau de normes pénales du droit de la propriété intellectuelle - Le champ pénal du droit de la propriété intellectuelle est plus vaste que ne le laisse penser la seule lecture du code de la propriété intellectuelle. Il dispose d'un réseau de normes pénales, substantielles et formelles. Au droit pénal, spécialement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle (CHAPITRE I), s'ajoutent des infractions codifiées dans le livre troisième du code pénal (CHAPITRE II).

CHAPITRE I

Un droit pénal spécialement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle

« Les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »²⁰⁵

53. Le mariage de deux droits aux antipodes l'un de l'autre - Il émane de la fonction du droit pénal de s'adapter aux droits qu'il protège. Dès lors, le droit pénal doit épouser le droit de la propriété intellectuelle. Cependant, construit par le droit civil, malléable et soumis aux turbulences législatives et jurisprudentielles internes et européennes, le droit de la propriété intellectuelle exige une souplesse dont, *a priori*, le droit pénal, contraint par les principes fondamentaux, ne dispose pas. De surcroît, le droit de la propriété intellectuelle est assailli d'atteintes que le droit pénal semble impuissant à réprimer. Massives et transfrontalières, les infractions heurtent la nature exceptionnelle et territoriale du droit pénal. La construction d'un droit pénal, spécialement dédié à la protection du droit de la propriété intellectuelle, impose au législateur un travail plus complexe que la seule élaboration d'incriminations, de sanctions et d'instruments procéduraux spécifiques. Une adaptation plus profonde s'avère nécessaire. Pour marier le droit pénal au droit de la propriété intellectuelle, le législateur doit déjouer les obstacles constitués par la logique civiliste de ce dernier (SECTION I) et par la nature des atteintes qu'il subit (SECTION II).

²⁰⁵ J.-M.-E. Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code Civil, prononcé le 21 janvier 1801.

SECTION I - L'adaptation réussie du droit pénal au caractère civiliste du droit de la propriété intellectuelle

54. Le droit pénal sous l'influence du caractère civiliste du droit de la propriété intellectuelle - L'adaptation du droit pénal au droit de la propriété intellectuelle apparaît difficile, tant ses principes achoppent sur les régimes juridiques de ce dernier. En effet, le droit de la propriété intellectuelle devient pluriel à l'aune des régimes juridiques des droits qui le composent. Diversité des régimes, détail des prérogatives émanant de chaque droit, variations de conditions d'attribution du droit, le droit de la propriété intellectuelle est un singulier pluriel²⁰⁶. Si une unité peut être trouvée, elle n'affleure pas de la rédaction des dispositions. De surcroît, construit au gré des évolutions techniques et technologiques, ce droit est marqué du sceau de la jurisprudence, tant interne que de celle la Cour de justice de l'Union européenne. Certes adaptées à sa construction particulière, les incriminations soulèvent, toutefois, quelques débats car la concordance entre les éléments matériels des infractions et les prérogatives définies par les dispositions civiles n'est pas toujours évidente. (PARAGRAPHE I). Nonobstant la résolution des difficultés posées par les éléments de l'incrimination, la mise en œuvre des infractions est perturbée par le flou entourant les conditions d'attribution des droits de propriété intellectuelle et l'étendue des prérogatives qui en émanent. Compétent pour statuer sur les conditions préalables et les causes objectives d'irresponsabilité, le juge pénal vogue sur les eaux tumultueuses de la jurisprudence des juridictions civiles et de la Cour de justice de l'Union européenne (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - Des éléments d'incriminations sous influence civiliste

55. Rigueur du droit pénal versus plasticité du droit de la propriété intellectuelle - Deux techniques ont été employées pour adapter les éléments matériels des incriminations aux prérogatives issues du droit de propriété intellectuelle concerné. L'une consiste à énoncer les actes portant une atteinte directe au droit, l'autre procède d'un renvoi aux droits énoncés par les dispositions civiles. Néanmoins, chacune soulève des difficultés d'interprétation des incriminations (I). L'élément moral a, quant à lui, été soumis aux turbulences des réformes. Bien que le droit pénal général régit le degré d'intentionnalité nécessaire aux fautes pour constituer un délit, la jurisprudence travaille dans le sens d'un rapprochement entre les fautes civiles et les fautes pénales constitutives d'atteintes aux droits de la propriété intellectuelle (II).

²⁰⁶ J. Raynard, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527-540.

I- La concordance entre éléments matériels et prérogatives des droits

56. Deux méthodes d'incrimination, sources de difficultés interprétatives -

L'incrimination des comportements, par la loi pénale, constitue la mise en scène de leur désapprobation sociale. Elles incarnent la norme de comportement, soit qu'elles n'en soient que l'expression, soit qu'elles en soient créatrices. Ce lien étroit, que la loi pénale entretient avec la norme, lui permet, aussi, de jouer un rôle pédagogique auprès des membres de la société. Ces fonctions du droit pénal apparaissent essentielles en droit de la propriété intellectuelle, en raison de la contestation de sa légitimité. Pourtant, il semble à la lecture des incriminations, spécifiquement élaborées pour ce droit, que la pédagogie n'a pas guidé le législateur dans ses choix légistiques. Deux méthodes sont employées pour définir les infractions, l'une normative, l'autre par renvoi aux dispositions civiles. Si chacune est source de difficultés d'interprétation des actes incriminés (A), la méthode normative soulève des interrogations particulières concernant la protection pénale des droits moraux des auteurs et des artistes-interprètes (B).

A- Les méthodes d'incrimination des actes portant atteinte aux droits

57. Des incriminations complexes - Si les lois occupent une « *position professorale* »²⁰⁷, la loi pénale constitue « *un outil d'enseignement* »²⁰⁸. Les formulations simples et courtes, en principe adoptées par le législateur en droit pénal, permettent aux infractions d'être facilement comprises et mémorisées par tous. Le droit de la propriété intellectuelle ne bénéficie pas de cette clarté. En effet, les incriminations suivent le morcellement du droit de la propriété intellectuelle. Certes, les dispositions pénales relatives au droit d'auteur et aux droits voisins sont réunies dans le même chapitre, mais le législateur a prévu plusieurs infractions qui portent, distinctement, sur le droit d'auteur et sur les droits voisins. L'unité matérielle n'est donc pas prolongée par une unité substantielle. De surcroît, la qualification de contrefaçon n'a pas été étendue à toutes les infractions directes aux droits. L'absence de dénomination des infractions rend leur insertion impossible dans le vocabulaire courant²⁰⁹ et accentue leur aspect technique. Le manque d'unité des infractions est renforcé par leur élaboration selon deux méthodes différentes. La méthode normative exige de les définir précisément. Or, leurs formulations, longues et complexes, rendent leur compréhension fastidieuse et comportent des différences avec les dispositions civiles (1). La méthode par renvoi évite ces écueils, mais implique de savoir naviguer entre les dispositions du code de la propriété intellectuelle (2). Ces méthodes sont mises en œuvre de telle manière qu'elles ne favorisent pas la fonction pédagogique du droit pénal et excluent l'existence de formules mémorables, telles qu'il en existe dans le code pénal.

²⁰⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 157.

²⁰⁸ *Id.*, p. 155 et s. ; Ch. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale » *RSC* 2004, p. 194.

²⁰⁹ La notion de contrefaçon n'est d'ailleurs pas toujours utilisée à bon escient dans le vocabulaire courant, souvent remplacée, dans les domaines du droit d'auteur et des droits voisins, par les termes plagiat et piratage. Un effort pédagogique de la part du législateur apparaît indispensable.

1- La méthode normative, une méthode exigeante

58. L’incrimination expresse des actes - Pour les infractions au droit d’auteur²¹⁰ et aux droits voisins, ainsi que les infractions au droit des marques, le législateur a choisi de mettre en œuvre la fonction normative du droit pénal, énonçant la liste des actes illicites. Les éléments matériels de ces incriminations sont alors précisément déterminés.

59. La nécessaire interprétation des éléments matériels énoncés - Les dispositions civiles du droit d’auteur et des droits voisins énoncent les prérogatives accordées sur les biens concernés, tandis que les dispositions pénales exposent les actes qui, lorsqu’ils sont commis en violation de ces prérogatives, constituent des délits. Ces actes doivent être interprétés, afin qu’ils puissent être appliqués aux nouvelles méthodes d’accès aux œuvres et interprétations permises par les nouvelles technologiques. Ainsi, la notion angliciste de *streaming* a fait l’objet de débats pour déterminer s’il relevait d’un acte de reproduction ou de représentation. Le *streaming*, dérivé du mot « *stream* » signifiant courant, flux ou flot, constitue une technique de lecture en continu d’un fichier audio ou vidéo, soit à mesure qu’il est diffusé, soit sur demande et seul un stockage provisoire est réalisé sur le disque dur de l’ordinateur. En principe, la mise à disposition, sans l’autorisation du titulaire des droits, constitue un délit de contrefaçon au titre de la représentation illicite de l’œuvre. En effet, l’auteur bénéficie, sur le fondement de l’article L. 122-1 du code de la propriété intellectuelle, du droit de représentation de son œuvre. Ce droit est défini, par l’article L. 122-2 alinéa 1^{er}, comme étant « *la communication de l’œuvre au public par un procédé quelconque* ». En outre, l’article 8 du Traité de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, du 20 décembre 1996, étend le droit de représentation à la communication des œuvres, « *par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public [...] de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit, de manière individualisée* ». La directive du 22 mai 2001²¹¹, en son article 3.1, accorde aux auteurs « *le droit exclusif d’autoriser ou d’interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de telle manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement* ». Madame Féral-Schuhl constate alors que la notion de communication de l’œuvre au public est désormais plus adaptée que la notion de représentation, marquant « *l’évolution de la notion de représentation qui ne se limite plus à une communication destinée à un public réuni en un même lieu, au même moment. Le public peut ainsi être constitué d’utilisateurs localisés en différents endroits, à des moments différents* »²¹². Cette évolution de la notion de représentation permet donc d’appréhender la diffusion des œuvres par la technique du *streaming* et de la sanctionner

²¹⁰ A l’exception de celles au droit d’auteur sur les logiciels – voir *infra* n° 62 et n° 63.

²¹¹ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information.

²¹² Ch. Féral-Schuhl, *Cyberdroit, le droit à l’épreuve de l’Internet*, Dalloz, 5^e éd., 2009-2010, n° 72.12, p. 414.

sur le fondement de l'article L. 335-3 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle. Bien que provisoire, la copie sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur peut, quant à elle, être sanctionnée sur le fondement de la reproduction illicite, puisque l'exception de l'article L. 122-5, 6° du code de la propriété intellectuelle, est soumise à la condition d'utilisation licite de l'œuvre. La notion de communication au public fait régulièrement l'objet de précisions, notamment de la part de la Cour de justice de l'Union européenne dont la ligne jurisprudentielle se révèle tortueuse ce qui ne facilite pas le travail d'interprétation des juges répressifs.

60. L'absence de concordance entre un élément matériel et les prérogatives - En droit des marques, l'article L. 716-10 a) du code de la propriété intellectuelle est doté d'une portée normative contestable. Il incrimine la détention de marchandises présentées sous une marque contrefaisante, acte qui ne relève pourtant pas de ceux que peut interdire le titulaire des droits sur le fondement des dispositions civiles. Les articles L. 713-2 et L. 713-3 du même code permettent au titulaire d'interdire la reproduction, l'usage, l'apposition ou l'usage d'une marque reproduite pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement ou similaires à ceux-ci, lorsqu'il résulte un risque de confusion dans l'esprit du public. Il peut, aussi, interdire la suppression et la modification d'une marque régulièrement apposée, ainsi que l'imitation et l'usage d'une marque imitée pour des produits identiques ou similaires, s'il peut en résulter un risque de confusion. La seule détention d'une marchandise présentée sous une marque contrefaisante ne correspond à aucun des actes précités. Bien que la notion d'usage soit interprétée largement par la jurisprudence, il semble qu'elle ne puisse qualifier un acte de détention. Le législateur n'a pas saisi l'occasion de la réforme des dispositions pénales du droit des marques par la loi du 9 mars 2004, dite Perben II²¹³, pour résoudre ce problème²¹⁴. Or, une réflexion sur cet élément matériel est nécessaire en raison du rapprochement des législations des Etats membres sur les marques par la directive européenne. En effet, les dispositions civiles doivent être interprétées à la lumière de la directive, laquelle limite le droit d'interdire du titulaire des droits sur la marque aux usages du signe, par un tiers, dans la vie des affaires²¹⁵. Les prérogatives exclusives du propriétaire de la marque sont donc limitées à son usage dans la vie des affaires. Seuls les actes de détention de conditionnements, d'étiquettes, de marquages, de dispositifs de sécurité ou d'authentification ou tout autre support sur lequel la marque est apposée peuvent être interdits, à la double condition qu'ils aient pour but l'offre et la mise sur

²¹³ Loi, n° 2004-204, du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

²¹⁴ J. Passa, « Le droit pénal des marques après la loi Perben II du 9 mars 2004 », *D.* 2005, p. 433. Une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait pourtant condamné des individus pour détention de marchandises présentées sous une marque contrefaisante : Cass. crim., 30 mars 1994, n° 93-80.762.

²¹⁵ Art. 5 de la directive, 89/104/CEE, du 21 déc. 1988, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. Cette directive était en vigueur à l'époque de la réforme des dispositions répressives par la loi dite Perben II. La directive actuellement en vigueur a conservé cette limite aux prérogatives du titulaire du droit de propriété sur la marque. Elle est énoncée à l'article 10 de la directive (UE) 2015/2436, du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques.

le marché de ces produits et qu'ils soient effectués dans la vie des affaires²¹⁶. L'infraction de détention d'une marchandise contrefaisante n'est soumise, par la loi française, qu'à la condition d'absence de motif légitime. Afin d'éviter que les dispositions pénales permettent de sanctionner un acte que la directive n'a pas fait entrer dans le champ des prérogatives du titulaire du droit, il convient de considérer que l'absence d'usage dans la vie des affaires constitue un motif légitime, limitant l'interdiction de la simple détention²¹⁷.

61. Les écueils de la méthode normative - La méthode normative employée par le législateur, est, certes, conforme à la fonction expressive du droit pénal, mais présente quelques écueils. D'une part, les actes incriminés sont parfois si précis qu'ils doivent être adaptés aux nouvelles pratiques par une interprétation jurisprudentielle. D'autre part, le législateur doit vérifier, lors de l'élaboration de dispositions répressives, la cohérence des actes incriminés avec ceux civilement déterminés et tels qu'interprétés à la lumière des directives européennes. Les prérogatives émanant des droits de propriété intellectuelle sont limitativement définies afin de concilier ce droit de propriété avec les autres libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression et de communication et la liberté du commerce et de l'industrie. Dès lors, le législateur ne peut faire l'économie de cette recherche de cohérence, au risque d'étendre illégitimement le champ de ces prérogatives et de porter atteinte à l'harmonisation européenne.

2- La méthode du renvoi, une méthode peu pédagogique

62. Le renvoi aux dispositions civiles - L'élément matériel des infractions relatives aux logiciels, aux bases de données, aux dessins et modèles, aux brevets d'invention et aux obtentions végétales n'est constitué que de la référence à l'atteinte aux droits. Elles disposent que les atteintes portées aux droits, tels que définis par la loi, sont punies d'une peine d'emprisonnement et d'une peine d'amende. Le législateur a donc choisi de procéder par renvoi aux dispositions civiles. Si cette méthode démontre que la loi pénale n'est que l'expression des valeurs exprimées par les dispositions civiles du droit de la propriété intellectuelle, elle apparaît peu pédagogique car les infractions ne sont intelligibles qu'en relation avec ces dispositions.

²¹⁶ Art. 11, b) de la directive (UE) 2015/2436, du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. La CJCE, dans son arrêt *Arsenal Football Club* (CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, *Arsenal Football Club*), a précisé que la condition d'usage dans la vie des affaires implique un usage qui « *se situe dans le contexte d'une activité commerciale visant un avantage économique et non dans le domaine privé* ».

²¹⁷ CA Versailles, 1^{er} déc. 2015, n° 14/05712 : « [...] la détention légitime des marchandises présentées sous une marque contrefaisante au sens de l'article L. 716-10 précité comprend tous les actes qui ne concourent pas à l'offre ou à la mise sur le marché de la marchandise contrefaisante » ; et par une interprétation *a contrario* : CA Paris, 4^e ch. A, 1^{er} juin 2005, n° 04/09317 ; CA Pau, ch. corr., 5 mars 2009, n° 09/00009 – Toutefois, les détenteurs de marchandises présentées sous une marque contrefaisante sont souvent condamnés, aussi, pour importation ou exportation de ces marchandises, réalisée dans les circonstances de leur activité professionnelle. La condition d'usage dans la vie des affaires, imposée par la directive, est alors remplie. Pour un exemple récent : Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 16-85.951. Les individus qui détiennent de telles marchandises, importées après un voyage à l'étranger et destinées à leur usage personnel sont plus souvent sanctionnés sur le fondement des dispositions du code des douanes que sur celui de l'article L. 716-10 a) du code de la propriété intellectuelle.

63. Une méthode peu pédagogique - La méthode d'incrimination par renvoi est utilisée sans cohérence par le législateur. Les droits de l'auteur sur le logiciel sont définis positivement par les dispositions civiles, tandis que les droits des producteurs de bases de données, des propriétaires de dessins et modèles, ainsi que de brevets sont définis négativement. Les dispositions civiles dressent la liste des actes interdits aux tiers, à défaut de consentement du propriétaire. Seule une lecture *a contrario* permet alors de connaître les prérogatives qui leur sont dévolues²¹⁸. Cette technique d'incrimination par renvoi aux dispositions civiles est, certes, plus simple pour le législateur, puisqu'elle lui évite de devoir modifier les dispositions répressives à chaque réforme des prérogatives, mais paraît peu pédagogique, car elle impose de savoir naviguer entre les articles du code. Elle pourrait, toutefois, être justifiée par l'énoncé, par les dispositions civiles, des actes interdits aux tiers. A travers le prisme du droit pénal, ceux-ci apparaissent comme les éléments matériels des infractions. Cependant, ce raisonnement est anéanti par l'exposé sous forme positive des droits de l'auteur sur le logiciel ainsi que l'énoncé, sous forme négative, des droits sur les marques. Une explication pourrait être trouvée dans l'origine de la codification des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins et des infractions au droit des marques dans le code pénal. Néanmoins, dans un souci de cohérence, l'élaboration des infractions aux droits sur le logiciel et aux droits des producteurs de bases de données aurait pu suivre la méthode normative employée pour les autres infractions au droit d'auteur et aux droits voisins.

64. L'interprétation unifiée des actes incriminés par renvoi - Bien que les incriminations renvoient aux dispositions civiles, elles n'échappent pas à l'interprétation des actes relevant des prérogatives issues du droit de propriété intellectuelle. Néanmoins, elle favorise la cohérence des interprétations des juridictions répressives et des juridictions civiles. Bien que moins rigoureuse sur le plan légistique, cette méthode ne présente pas les difficultés nées de la méthode normative, notamment concernant les droits moraux des auteurs et artistes-interprètes.

B- La protection pénale controversée des droits moraux

65. L'absence de protection pénale expresse des droits moraux de l'auteur et de l'artiste-interprète - L'auteur dispose, sur son œuvre, du droit de divulgation, du droit à la paternité, du droit au respect de l'œuvre et du droit de repentir ou de retrait. Cependant, l'auteur d'un logiciel voit ses droits limités par l'article L. 121-7 du code de la propriété intellectuelle. Perpétuels, inaliénables et imprescriptibles, ces droits, dits moraux, sont classés dans la catégorie des droits de la personnalité, droits extrapatrimoniaux. L'artiste-interprète jouit, aussi,

²¹⁸ Bien que les droits du titulaire du certificat d'obtention végétale soient définis de manière positive au I de l'article L. 623-4 du code de la propriété intellectuelle, le législateur a considéré nécessaire de rappeler, au V de cette disposition, les actes qui sont interdits aux tiers en l'absence de consentement du titulaire du certificat.

de droits moraux sur les interprétations²¹⁹. Plus limités que ceux de l'auteur, ils ne concernent que le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation²²⁰. Absents des textes d'origine, de 1791 et 1793, les droits moraux n'ont donc pas bénéficié de la sanction pénale élaborée pour la contrefaçon. Malgré leur consécration dans la loi du 11 mars 1957 et les réformes des incriminations, aucune disposition pénale du code de la propriété intellectuelle n'a été spécifiquement et expressément dédiée à la protection de ces droits. Elle n'est donc susceptible d'être révélée que par interprétation. Nonobstant la division de la doctrine, la protection pénale des droits moraux de l'auteur est désormais reconnue par la jurisprudence (1), tandis que celle des droits moraux de l'artiste-interprète semble encore exclue (2).

1- La reconnaissance d'une protection pénale des droits moraux de l'auteur

66. La résistance de la doctrine face à l'évidence - L'analyse de l'article L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle démontre qu'il offre une protection pénale des droits moraux de l'auteur sur son œuvre, sans qu'une interprétation extensive soit nécessaire (a). Pourtant, cette protection est contestée par une partie de la doctrine spécialisée, qui ne semble pas convaincue par la jurisprudence constante de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, depuis plus de vingt ans (b).

a- L'interprétation stricte, favorable à la protection pénale

67. L'évaluation du champ des infractions - Les dispositions pénales, relatives au droit d'auteur et aux droits voisins, incriminent des actes qui constituent une violation directe des droits patrimoniaux. *A priori*, la violation des droits moraux n'engage donc pas la responsabilité pénale²²¹. Toutefois, une lecture attentive permet d'observer que les incriminations n'excluent pas les atteintes à ces droits. L'article L. 335-3 alinéa 1 précise qu'« *est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, [...], d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi* ». Ces actes visés par ces dispositions pénales ne sont illicites qu'à condition qu'ils soient commis en violation des droits de l'auteur. Or, en vertu de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, les droits moraux sont constitutifs du droit de propriété intellectuelle attribué à l'auteur sur son œuvre. L'article L. 335-1 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *toute édition [...] au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est*

²¹⁹ T. Azzi, « Le droit moral de l'artiste-interprète », *Propri. intell.* 2008, n° 28, p. 278.

²²⁰ Art. L. 212-2 du CPI.

²²¹ Les atteintes au droit moral de l'auteur engagent la responsabilité civile : Cass. civ 1^{re}, 29 mai 2001 : *D.* 2001, AJ 1952 ; *Propri. intell.*, 2001, p. 71, obs. P. Sirinelli ; *JCP E* 2003, 278, n° 9, obs. A. Ratovo ; *CCE* 2008, n° 81, note Ch. Caron.

*une contrefaçon [...] »*²²². Cette disposition fait référence à la propriété et non aux droits de l'auteur. Deux interprétations sont possibles. Si la propriété est considérée comme étant le droit de propriété et que celui-ci est entendu, conformément à la théorie d'Aubry et Rau, comme un droit réel patrimonial, les droits moraux n'entrent pas dans le champ de cette incrimination. La notion de propriété peut, aussi, être appréhendée sous l'angle de la théorie de Messieurs les Professeurs Zenati et Revet²²³. La propriété, constituée de l'existence de droits sur une chose, englobe alors les droits moraux et leur offre une protection pénale sur ce fondement.

68. La protection pénale directe des droits à la paternité et au respect de l'œuvre - Il est des hypothèses dans lesquelles la reproduction, la représentation ou la diffusion d'une œuvre est autorisée par l'auteur, mais, postérieurement à son accord, le cessionnaire du droit porte atteinte à la paternité de l'auteur ou au respect de l'œuvre. Les droits patrimoniaux de l'auteur ont été respectés. L'atteinte concerne seulement ses droits moraux. Les actes de reproduction, de représentation et de diffusion sont réalisés « *en violation des droits de l'auteur* », en violation de ses droits moraux. Bien qu'elles soient rares en pratique, ces situations démontrent que le droit à la paternité et le droit au respect de l'œuvre peuvent être protégés, directement, sur le fondement de l'article L. 335-3 du code de la propriété et de manière autonome par rapport aux droits patrimoniaux.

69. La protection pénale des droits de divulgation et de retrait liée à celle des droits patrimoniaux - L'incrimination des actes de diffusion et d'édition offrent une protection pénale directe au droit de divulgation et au droit de retrait. En effet, lorsqu'une œuvre est diffusée ou reproduite, sans l'autorisation de son auteur, alors que celui-ci ne l'a pas encore divulguée, cet acte peut, au regard d'une interprétation stricte de la disposition, être pénalement sanctionné. Symétriquement, lorsque la diffusion ou la reproduction d'une œuvre est poursuivie malgré l'exercice, par son auteur, de son droit de retrait, l'infraction de diffusion ou la reproduction est susceptible de constituer le fondement d'une sanction pénale. Certes, de tels actes portent aussi atteinte aux droits patrimoniaux de reproduction ou de représentation. Dans cette situation, l'atteinte est commune au droit moral et au droit patrimonial. Si l'intention coupable est constituée par la volonté de diffuser une œuvre qui ne l'a pas encore été ou de poursuivre sa diffusion malgré le repentir de l'auteur, la déclaration de culpabilité peut porter, tant sur l'atteinte au droit patrimonial, que sur l'atteinte au droit moral. Seule l'hypothèse de la mise en circulation d'une œuvre unique offre une protection pénale aux droits de divulgation et de

²²² L'acte de reproduction est donc incriminé par les deux articles. L'acte d'édition étant plus limité que l'acte de reproduction, l'article L. 335-3 aurait dû être substitué à l'article L. 335-2 : en ce sens, E. Dreyer, « Les nouvelles incriminations... Retour sur cinquante ans de droit pénal d'auteur », *LPA* 6 déc. 2007, n° 244, p. 52-67.

²²³ Voir *infra* n° 917 et s.

retrait, indépendamment des droits patrimoniaux, car ni le droit de reproduction ni le droit de représentation ne sont alors atteints²²⁴.

70. La protection pénale des droits moraux sur une œuvre tombée dans le domaine public - A ces cas portant sur des œuvres bénéficiant encore de la protection des droits patrimoniaux, peut être ajouté celui relatif aux œuvres tombées dans le domaine public. Point de droits patrimoniaux à défendre, uniquement des droits moraux. Les démonstrations précédentes mettent en exergue la protection pénale possible de ces droits sur le fondement de l'article L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle.

De telles analyses sont confirmées par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Pourtant, la doctrine demeure divisée.

b- L'opposition de la doctrine à la jurisprudence de la Chambre criminelle

71. Les réticences de la doctrine - La doctrine est divisée au sujet de la reconnaissance d'une protection pénale des droits moraux de l'auteur sur son œuvre. Cette controverse plonge ses racines dans les lois de 1791 et 1793, qui ne mentionnent pas le droit moral. Certes, le privilège des éditeurs parisiens sur les œuvres, a été aboli à la Révolution, mais la reconnaissance, dans ces lois, d'un droit de propriété intellectuelle sur les œuvres de l'esprit, était encore empreinte d'une dimension principalement économique. Les droits moraux des auteurs sur leurs œuvres ont alors été reconnus par la jurisprudence et ont été consacrés par le législateur, dans la loi du 11 mars 1957. Bien qu'elle annonçât un changement de conception du droit de la propriété intellectuelle et que son article 71 n'excluait pas les droits moraux de son champ d'application, leur protection pénale fut discutée²²⁵. Les juridictions évoluèrent vers la reconnaissance d'une protection pénale des droits moraux²²⁶, mais la controverse doctrinale traversa le siècle²²⁷.

²²⁴ Sur le droit de divulgation et l'acte de diffusion : G. Gavin, « Vers une sanction pénale du droit moral », *RIDA* avr. 1961, XXXI, p. 3-17, spéc. p. 11-13.

²²⁵ En faveur de la protection pénale : H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, spéc. n° 744-746 – *Contra* : E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 3^e éd., 1908, n° 527 ; TGI Seine, ord. de réf., 25 sept. 1959 : *JCP* 1959, II, 11319, note R. Plaisant ; *JCP* 1957, I, 1398, n° 50, note R. Savatier.

²²⁶ Lire : G. Davin, « Vers une sanction pénale du droit moral », *RIDA* 1961, XXXI, p. 3-17.

²²⁷ En faveur d'une protection pénale : C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^e éd., 1999, n° 388 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, th. dir. A. Françon, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 205, 1989, spéc. n° 265 ; E. Dreyer, « La protection pénale du droit moral de l'auteur », *CCE* 2007, n° 9, ét. 20, p. 14-17. Opposés à une protection pénale : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 1048, p. 911 ; A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd., 2012, n° 1076, p. 874 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 785 et s., p. 844 et s. ; A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité, Etude de droit comparé français et allemand*, th. dir. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002, n° 991, p. 700. Pour une synthèse des arguments avancés par les deux courants doctrinaux, lire : A. Françon, « Les sanctions pénales de la violation du droit moral », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 171-180, spéc. p. 173 et s.

72. La reconnaissance jurisprudentielle de la protection pénale des droits moraux -

Dans son arrêt du 13 décembre 1995, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme, dans un conclusif aux allures de principe, que « *caractérise la contrefaçon par diffusion, prévue par l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle, la mise sur le marché de l'art d'une œuvre originale, même abandonnée par son auteur, lorsqu'elle est faite en violation du droit moral de divulgation qu'il détient sur celle-ci en vertu de l'article L. 121-2 de ce Code* »²²⁸. Cette décision, uniquement fondée sur l'atteinte à un droit moral de l'auteur, consacre la protection pénale de ces droits, indépendamment de celle des droits patrimoniaux²²⁹.

Plus récemment, l'atteinte au droit moral de l'auteur a servi de fondement à une condamnation pour édition et débit d'œuvres contrefaites, tombées dans le domaine public²³⁰. La Cour a considéré, qu'en l'espèce, l'atteinte portée au respect dû à ces œuvres résulte « *tant de l'affaiblissement, sur certaines reproductions, des formes des œuvres créées par les auteurs concernés, que de la présentation de ces reproductions comme des tirages anciens susceptibles d'être attribués aux artistes* ». Les bronzes ainsi réalisés constituaient donc des contrefaçons d'œuvres de l'esprit, portant atteinte au droit moral des auteurs, dont l'édition et le débit constituent des délits sanctionnés sur le fondement de l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle. Quelques mois plus tard, elle rend un arrêt de cassation, au visa des articles L. 335-3 et L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle. La cour d'appel avait refusé de sanctionner un architecte qui, lors d'une rénovation, avait repeint deux sculptures et recouvert l'une d'elles de métal, aux motifs de l'absence de reproduction, de représentation ou de diffusion de ces sculptures, ne permettant pas de caractériser l'élément matériel de l'infraction. La Cour de cassation considère qu'une « *nouvelle présentation de l'œuvre est réalisée par sa communication au public sous une forme altérée ou modifiée* », offrant ainsi une protection pénale au droit moral de l'auteur²³¹. Cette jurisprudence constante de la Cour de cassation²³², applicable à tous les droits moraux²³³, donne à cette infraction son entière dimension, sans porter atteinte au principe d'interprétation stricte de la loi pénale²³⁴.

²²⁸ Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 93-85.256 : *Bull. crim.* 1995, n° 379.

²²⁹ La notion de diffusion a été longuement étudiée par la doctrine et cette décision de la Cour de cassation a suscité des commentaires sur son rapprochement du droit de divulgation (A. Françon, « Les sanctions pénales de la violation du droit moral », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 171-180, spéc. p. 178 et s.). Pourtant, la Cour ne fait qu'appliquer les conditions de l'incrimination en caractérisant l'acte, puis la violation du droit (Voir en ce sens : E. Dreyer, « La protection pénale du droit moral de l'auteur », *CCE* 2007, n° 9, ét. 20, p. 14-17, spéc. n° 6). De surcroît, l'acte de diffusion est désormais appliqué aux atteintes aux droits patrimoniaux, excluant l'identification de cet acte à ce droit.

²³⁰ Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156.

²³¹ Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *Bull. crim.* 2002, n° 156 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 124, obs. J.-H. Robert ; *Prop. intell.* 2003, n° 6, p. 52, obs. A. Lucas ; *CCE* 2002, comm. 150, obs. Ch. Caron.

²³² La protection pénale des droits moraux a été récemment réaffirmée, de manière indirecte : Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 15-84.620.

²³³ La violation du droit à la paternité est, aussi, pénalement sanctionnée : Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954 : *Bull. crim.* 1997, n° 310.

²³⁴ En ce sens : R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, t. 3, par A. Vitu, éd. Cujas, 1981, n° 1105, p. 853.

73. Une interprétation cohérente au regard de l'importance des droits - Une telle protection apparaît cohérente à l'aune du régime juridique de ces droits, qui démontre que le législateur leur accorde une importance plus élevée qu'aux droits patrimoniaux²³⁵. La violation des droits patrimoniaux ne peut, logiquement, engager la responsabilité pénale, si la violation d'un droit moral n'engage que la responsabilité civile. Elle coïncide, aussi, avec la protection pénale d'autres droits de la personnalité, tels que le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'honneur. Surtout, cette jurisprudence affirme que le délit de contrefaçon protège le droit de l'auteur sur son œuvre et non uniquement les atteintes aux utilités économiques du droit.

74. La reconnaissance de la protection pénale par le Conseil constitutionnel - Si une partie de la doctrine conteste encore la protection pénale des droits moraux de l'auteur sur son œuvre, le rejet, par le Conseil constitutionnel, de l'amendement, dit *Vivendi*, à la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information²³⁶, ne laisse plus de doute²³⁷. L'un des arguments, fondant le rejet de cet amendement visant à exonérer de responsabilité pénale les éditeurs de logiciels destinés au travail collaboratif ou à l'échange de fichiers ou d'objets, qui ne sont pas soumis à rémunération du droit d'auteur, relevait qu'il aurait pour effet de priver de protection pénale les droits moraux des auteurs ayant renoncé à la rémunération. La reconnaissance de la protection pénale de ces droits est, certes, déduite d'une interprétation *a contrario* de la décision. Néanmoins, justifiée par le principe de légalité des délits et des peines et le principe d'égalité, elle est sagement reconnue et ne semble plus pouvoir être contestée²³⁸. Si la protection pénale des droits moraux des auteurs est acquise, celle des droits moraux des artistes-interprètes est encore débattue.

2- Le refus d'une protection pénale des droits moraux de l'artiste-interprète

75. Les droits moraux des artistes-interprètes sur leurs interprétations - A la différence des articles L. 335-2 alinéa 1 et L. 335-3 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle, l'incrimination des actes portant atteinte aux droits patrimoniaux de l'artiste-interprète n'offre pas de protection pénale aux droits moraux. L'article L. 335-4 alinéa 1 mentionne les actes qui, lorsqu'ils sont réalisés sans l'autorisation de l'artiste-interprète, constituent un délit. Or, l'article L. 212-3 énonce les actes soumis à autorisation, lesquels sont identiques à ceux visés par l'article L. 335-4 alinéa 1. Ceux-ci ne concernent pas les droits

²³⁵ Paradoxe soulevé par Monsieur le Professeur Pollaud-Dulian à la suite de son argumentation contre la protection pénale des droits moraux : F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2014, 2^e éd., n° 1752, p. 1178.

²³⁶ Loi, n° 2006-961, du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

²³⁷ Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, spéc. consid. 57.

²³⁸ E. Dreyer, « La protection pénale du droit moral de l'auteur », *CCE* 2007, n° 9, ét. 20, p. 14-17, spéc. n° 18 et s.

moraux de l'auteur. Certes, la fixation, la reproduction, la communication, la mise à disposition du public et la télédiffusion d'une prestation peuvent être réalisées en violation de l'un des droits moraux de l'artiste-interprète. Néanmoins, cette disposition pénale ne faisant pas référence, de manière générale, aux droits de l'artiste-interprète, la protection des droits moraux sur ce fondement résulterait d'une interprétation extensive de la loi. Aucune décision n'a, à notre connaissance, été rendue en ce sens. Cependant, il n'apparaît pas logique de protéger pénalement les droits moraux de l'auteur et de refuser une telle protection à ceux de l'artiste-interprète. Les mêmes arguments que ceux présentés pour le droit d'auteur, pourraient être exposés, plaidant en faveur d'une protection pénale de ces droits.

76. Une influence civiliste étendue à l'élément moral des incriminations - Si la concordance entre les actes incriminés et les prérogatives civilement énoncées est parfois incertaine, l'influence du droit civil sur le droit pénal de la propriété intellectuelle peut être observée concernant l'élément moral des incriminations.

II- Le rapprochement entre élément moral et faute civile

77. L'apparence de l'intentionnalité et la consistance de la négligence - Les infractions aux droits de la propriété intellectuelle ne font pas, toutes, mention expresse du caractère intentionnel de l'acte incriminé. Bien qu'il existe des règles de droit pénal général, applicables à toutes les infractions, peu important qu'elles soient extérieures au code pénal, l'indétermination règne sur quelques infractions. Elle offre une certaine liberté à la jurisprudence, qui module la nature de la faute exigée pour engager la responsabilité pénale (A). Cependant, l'œuvre prétorienne ne se limite pas à choisir entre le caractère intentionnel et le caractère matériel de ces délits. Elle consiste, principalement, à élaborer, en dehors de toute disposition légale, une présomption de mauvaise foi du prévenu. La condition d'intentionnalité des délits, émanant de la loi ou de la jurisprudence, est alors vidée de son intérêt. Une simple faute de négligence ou d'imprudence est suffisante pour engager la responsabilité pénale. La faute exigée par le droit pénal est devenue symétrique à celle requise par le droit civil, la différence résidant dans l'exonération de responsabilité sur le fondement de la bonne foi, imposée au droit pénal par le principe fondamental de la présomption d'innocence (B).

A- La recherche du caractère intentionnel des infractions

78. L'absence d'harmonisation de l'élément moral des incriminations - L'étude des incriminations spécifiques au droit de la propriété intellectuelle révèle l'absence d'harmonie de leur élément moral. Certaines font ouïr leur caractère intentionnel, quand d'autres restent silencieuses. Cette dissonance n'apparaît pas uniquement entre les droits de propriété intellectuelle, elle se manifeste, aussi, en leur sein. Convient-il alors d'en déduire que ces

dernières constituent des infractions non intentionnelles, n'exigeant que la preuve de leur élément matériel ? La succession des règles de droit pénal général ont fait évoluer l'élément moral des infractions (1). Bien que limpides, ces règles ne permettent pas de dissiper le flou entourant les infractions aux droits de la propriété intellectuelle. La jurisprudence joue alors un rôle majeur dans la détermination du caractère intentionnel de ces délits (2).

1- La détermination de l'élément moral à l'aune du droit pénal général

79. L'articulation des règles de droit pénal général - L'article 121-3 alinéa 1 du code pénal énonce qu'*« il n'y a pas de crime ou de délit sans intention de le commettre »*. Le troisième alinéa de cet article précise qu'un délit peut être constitué, *« lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait »*. La règle paraît simple. En principe, tous les délits sont intentionnels, peu important que certains mentionnent ce caractère, tandis que d'autres le passent sous silence. Exceptionnellement et lorsque le législateur le prévoit expressément, les délits peuvent être constitués par une faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité²³⁹. Toutefois, à la lumière de l'article 339 de la loi du 16 décembre 1992²⁴⁰, la lecture des infractions devient ardue. En effet, il apporte une précision au principe d'intentionnalité des délits, en disposant que *« tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément »*. Par conséquent, lorsqu'une incrimination ne comporte pas d'élément moral, il convient de rechercher la date de son adoption. Les délits non intentionnels adoptés avant l'entrée en vigueur du code pénal, le 1^{er} mars 1994, sont automatiquement transformés en délit d'imprudence ou de négligence, alors que ceux, postérieurs, sont, par principe, intentionnels. La mise en œuvre de ces règles, en droit de la propriété intellectuelle, se révèle complexe.

2- L'application du droit pénal général aux infractions aux droits de la propriété intellectuelle

80. L'articulation des règles à travers le temps - Afin de déterminer si les actuelles infractions aux droits de la propriété intellectuelle sont des délits intentionnels ou des délits

²³⁹ A. Legal, « L'imprudence et la négligence comme source de responsabilité pénale », *RIDP* 1961, p. 1079 et s. ; Y. Mayaud, « De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière pénale », *D.* 1997, p. 37 et s.

²⁴⁰ Loi, n° 92-1336, du 16 déc. 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.

d'imprudence ou de négligence, il convient de vérifier si elles existaient avant le 1^{er} mars 1994. Si, à cette date, les délits ne comportaient pas d'élément moral et si la jurisprudence n'exigeait pas la preuve d'une faute intentionnelle, ils doivent être considérés comme étant des délits de négligence ou d'imprudence. Les délits créés postérieurement sont tous intentionnels, sauf à ce que le législateur ait expressément précisé qu'ils sont constitués par une faute d'imprudence ou de négligence.

81. Le caractère intentionnel des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins -

Les infractions portant directement atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins ne mentionnent pas d'élément moral. Antérieures à l'entrée en vigueur de l'actuel code pénal, elles sont néanmoins considérées, par la Cour de cassation, comme étant intentionnelles²⁴¹. Cependant, pour faciliter leur mise en œuvre, la jurisprudence applique une présomption de mauvaise foi²⁴². Les délits périphériques à ces droits, constitués par la fourniture de logiciel permettant de porter atteinte aux droits et par les atteintes aux mesures techniques de protection et d'information, sont postérieurs à la création de l'actuel code pénal et précisent que les actes doivent avoir été commis sciemment. L'article L. 343-4 du code de la propriété intellectuelle, qui incrimine les atteintes aux droits des producteurs de bases de données, ne mentionne pas leur caractère intentionnel. Ajouté par la loi du 1^{er} juillet 1998 relative aux droits des producteurs de bases de données²⁴³, le principe énoncé à l'article 121-3 du code pénal lui est applicable.

82. Les infractions intentionnelles aux droits de propriété industrielle -

Les infractions au droit des dessins et modèles²⁴⁴ et au droit des obtentions végétales²⁴⁵, codifiées dès 1992, sont expressément intentionnelles.

En droit des brevets, l'incrimination principale, renvoyant aux dispositions civiles, mentionne que les atteintes doivent être portées « *sciemment* »²⁴⁶. Le délit sanctionnant le fait de se prévaloir indûment de la qualité de propriétaire d'un brevet ou d'une demande de brevet ne précise pas d'élément intentionnel²⁴⁷. Présent dès la codification du droit de la propriété intellectuelle, il conviendrait alors de consulter la jurisprudence afin de savoir si une faute intentionnelle était exigée. Cependant, à notre connaissance, aucune juridiction répressive n'a rendu de décision sur ce fondement.

²⁴¹ Cass. crim., 11 avr. 1889 : *Bull. crim.* 1889, p. 150 (droit d'auteur) ; Cass. crim., 28 oct. 1998, n° 97-84.895 (droit des artistes-interprètes).

²⁴² Voir *infra* n° 84 et s.

²⁴³ Loi, n° 98-536, du 1^{er} juill. 1998, portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

²⁴⁴ Art. L. 521-10 du CPI.

²⁴⁵ Art. L. 623-32 du CPI.

²⁴⁶ Art. L. 615-14 du CPI.

²⁴⁷ Art. L. 615-12 du CPI.

83. La complexité de l'élément moral des infractions au droit des marques - Les infractions au droit des marques collectives de certification sont expressément qualifiées d'intentionnelles²⁴⁸.

Les difficultés portent sur les articles L. 716-9 et L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle, qui ont été modifiés par la loi du 9 mars 2004, dite Perben II. Celle-ci a réuni, à l'article L. 716-10, les actes précédemment incriminés par ces deux articles et le contenu de l'article L. 716-9 a été totalement recréé. Par conséquent, en l'absence de précision et en application de l'article 121-3 du code pénal, les infractions, codifiées à l'article L. 716-9, doivent être considérées comme étant intentionnelles. Concernant l'article L. 716-10, deux principales interprétations sont envisageables²⁴⁹. Il est concevable que leur réécriture ait eu pour effet de rendre ces infractions implicitement intentionnelles. Le législateur a, notamment, reformulé les actes de détention et de vente de marchandises présentées sous une marque contrefaisante. La précision portant sur la connaissance du caractère contrefaisant de la marque, apposée sur le produit détenu, et le terme « *sciemment* », qualifiant les actes relatifs à la vente, ont été supprimés. Toutefois, ce terme a été maintenu concernant la substitution de produits ou services. Afin que soit cohérente cette première interprétation, qui confère un caractère intentionnel à l'ensemble des infractions au droit des marques, il convient de considérer que ce terme a été laissé par oubli. La deuxième interprétation est fondée sur une analyse de chaque acte incriminé. La détention sans motif légitime exigeait la preuve de la connaissance du caractère contrefaisant de la marque apposée sur le produit. La suppression de cette mention, par la loi Perben II, ne remet pas en cause le caractère intentionnel²⁵⁰. Les délits d'importation et d'exportation de marchandises, présentées sous une marque contrefaisante, sont issus de la loi du 5 février 1994²⁵¹. Le principe de l'article 121-3 n'est donc pas applicable et l'infraction devrait être considérée comme étant non intentionnelle. Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation approuve la recherche d'un élément intentionnel par les juges du fond²⁵². L'offre à la vente et la vente de marchandises ont perdu leur adverbe « *sciemment* » en 2004, sans que cela ne remette en cause leur caractère intentionnel. Livrer un produit ou fournir un service autre que celui demandé, sous une marque enregistrée, a toujours été expressément considéré comme étant une faute intentionnelle. Dès lors, les seules infractions non intentionnelles semblent être celles constituées par des actes de reproduction, d'imitation, d'utilisation, d'apposition, de suppression et de modification de la marque. N'ayant jamais été qualifiées d'intentionnelles par

²⁴⁸ Art. L. 716-11 du CPI.

²⁴⁹ D'autres interprétations sont proposées par la doctrine : J. Passa, « Le droit pénal des marques après la loi Perben II du 9 mars 2004 », *D.* 2005, p. 433, spéc. n° 3-5 ; S. Durrande, « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau Code pénal », *D.* 1999, chron., p. 319 et s.

²⁵⁰ Cass. crim., 21 oct. 2003, n° 02-87.156 ; Cass. crim., 13 juin 2012, n° 11-83.129.

²⁵¹ Loi, n° 94-102, du 5 févr. 1994 relative à la répression de la contrefaçon et modifiant certaines dispositions du code de la propriété intellectuelle.

²⁵² Cass. crim., 4 mai 2006, n° 05-85.883 : la condamnation porte sur l'importation, la détention, la vente et l'offre à la vente de marchandises présentées sous une marque contrefaisante. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir recherché l'élément intentionnel pour l'ensemble de ces actes.

le législateur, les juges appliquent la solution prévue par l'alinéa 3 de l'article 121-3 du code pénal, en exigeant seulement la preuve d'une imprudence ou d'une négligence²⁵³. Néanmoins, si la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 avril 2010²⁵⁴, a approuvé l'extension, par la cour d'appel, de la faute de négligence ou d'imprudence à l'ensemble des articles L. 716-9 et L. 716-10, elle a récemment approuvé une cour d'appel qui a recherché et caractérisé l'élément intentionnel des délits de contrefaçon de marque et d'importation de marchandises présentées sous une marque contrefaisante, pour condamner les prévenues sur le fondement des articles L. 716-9 a) et L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle²⁵⁵. Cette seconde interprétation est certainement plus rigoureuse juridiquement, mais elle conduit à une disparité de la force répressive des infractions au droit des marques. Certes, il ne paraît pas incohérent de considérer que les actes de reproduction, d'imitation, d'utilisation, d'apposition, de modification et de suppression d'une marque doivent être plus facilement réprimés que ceux d'importation, d'exportation et de transbordement en vue de vendre, de fournir ou d'offrir à la vente des marchandises présentées sous une marque contrefaisante, en raison des peines plus sévères appliquées à ces derniers. Pourtant, cela ne justifie pas la différence d'élément moral attaché à ces actes et aux actes de détention, d'importation, d'exportation, de vente et d'offre de vente et de substitution de produit ou de service, tous incriminés à l'article L. 716-10 et sanctionnés par des peines identiques. Or, dans la majorité des situations, le contrefacteur ne se limite pas à l'apposition ou l'imitation de la marque d'autrui, des actes de vente ou d'importation et d'exportation sont aussi commis, et les juges font rarement une application distributive de l'élément moral. La recherche d'une cohérence de l'élément moral des infractions au droit des marques et, plus largement, au droit de la propriété intellectuelle est nécessaire²⁵⁶. Elle semble avoir été trouvée par le truchement de la présomption prétorienne de mauvaise foi qui retire au caractère intentionnel des délits, sa fonction protectrice du prévenu.

²⁵³ Cass. crim., 7 avr. 2010, n° 09-82.770 : La Cour de cassation approuve, malgré sa contestation au moyen, l'argumentation de la cour d'appel concernant l'élément moral des infractions d'apposition de marque et de vente de marchandises présentées sous une marque contrefaisante. Après avoir longuement démontré la culpabilité des prévenues quant à l'infraction d'apposition de marque, la cour affirme que « *la notion de bonne et mauvaise foi est étrangère à la notion de contrefaçon, puisque les articles L. 716-9 et L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle, tels qu'ils résultent de la loi du 29 octobre 2007, ne nécessitent pas [...] que soit caractérisée l'existence d'un élément intentionnel, une simple négligence ou inadvertance suffisant* ».

²⁵⁴ Cass. crim., 7 avr. 2010, n° 09-82.770 : la cour d'appel énonce que « *la société Aglaé invoque sa bonne foi, précisant que la société Stock secret lui aurait garanti le caractère authentique des produits ; que force est de relever toutefois que la notion de bonne et mauvaise foi est étrangère à la notion de contrefaçon, puisque les articles L. 716-9 et L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle, tels qu'ils résultent de la loi du 29 octobre 2007, ne nécessitent pas, pour être constitués, que soit caractérisée l'existence d'un élément intentionnel, une simple négligence ou inadvertance suffisant* ».

²⁵⁵ Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 16-85.951.

²⁵⁶ Il convient, aussi, de songer aux hypothèses où le bien est protégé par plusieurs droits de propriété intellectuelle.

B- L'atténuation du caractère intentionnel par la présomption de mauvaise foi

84. La présomption de mauvaise foi étendue à tous les droits - Nonobstant l'exigence d'une faute intentionnelle ou d'une faute d'imprudence ou de négligence, la jurisprudence confère une unité à ces infractions en présumant la mauvaise foi du prévenu. Présumé avoir porté atteinte au droit concerné, il devra alors démontrer sa bonne foi pour échapper à la sanction pénale. Celui-ci pourra invoquer une erreur de fait sur l'appropriation du bien concerné, néanmoins, l'efficacité de la preuve est considérablement réduite par la Cour de cassation qui exige que l'erreur ne soit pas fautive²⁵⁷. Dès lors qu'elle est réfragable, la présomption de mauvaise foi ne heurte pas le principe de présomption d'innocence établi par l'article 6.2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²⁵⁸ ou résultant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁵⁹. Cette solution appliquée en droit de la propriété intellectuelle n'est donc pas isolée car il n'est pas rare que le caractère intentionnel de la faute, requis par la loi, voit ses effets atténués par les juges, s'ils estiment que l'intention peut être déduite de l'acte consciemment commis par un individu²⁶⁰. Une telle justification peut être transposée en droit de la propriété industrielle, puisque l'enregistrement ou le dépôt permet de connaître l'existence d'un droit de propriété sur ces biens²⁶¹. Ainsi, il a été jugé que « *l'élément moral du délit de contrefaçon est caractérisé par l'apposition volontaire de la marque appartenant à autrui* »²⁶². La Chambre criminelle a aussi reproché à une cour d'appel d'avoir relaxé un prévenu, poursuivi pour détention de marchandises, présentées sous une marque contrefaisante, aux fins de leur vente, sans que la bonne foi de l'individu ait été prouvée²⁶³. Cependant, appliquée au droit d'auteur²⁶⁴, la présomption de mauvaise foi donne prise à la critique. L'absence de fichier national, répertoriant les biens qualifiés d'œuvres de l'esprit, exige une grande prudence de la part de l'individu, qui souhaite faire usage d'un tel bien. Il devra vérifier, d'abord, s'il remplit la condition d'originalité, ensuite si le bien est ou non tombé dans le domaine public, enfin, si son utilisation relève d'une

²⁵⁷ Voir *infra* n° 94.

²⁵⁸ CEDH, 7 oct. 1988, n° 10519/83, *Salabiaku c/ France* ; CEDH, 30 mars 2004, n° 53984/00, *Radio-France et a. c/ France*.

²⁵⁹ Cons. constit., 11 juin 1999, n° 99-411 DC.

²⁶⁰ Monsieur le Professeur Mercadal constate que « *la jurisprudence n'a pas de théorie de l'intention, elle a une politique criminelle de l'intention* » : B. Mercadal, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *RSC* 1967, p. 1, spéc. n° 6.

²⁶¹ Certes, l'enregistrement ou le dépôt ne garantit pas l'absence de nullité ou l'absence de déchéance des droits sur le bien, mais ils constituent un indice, invitant à la prudence, pour l'individu qui souhaiterait faire usage de ces biens.

²⁶² Cass. crim., 26 avr. 2000, n° 98-86.067 : *Bull. crim.* 2000, n° 166, p. 484.

²⁶³ Cass. crim., 13 juin 2012, n° 11-83.129 – Dans le même sens : CA Lyon, 29 janv. 2009, n° 411/08

²⁶⁴ Cass. crim., 25 mars 1957 : *Bull. crim.* 1957, p. 152 ; Cass. crim., 15 mai 1934 : *Bull. crim.* 1934, p. 101. Plus récemment, dans un arrêt portant sur le droit d'auteur et sur le droit de l'artiste-interprète, la Cour de cassation a déclaré que l'intention doit être déduite de la matérialité du délit et, par conséquent, que la relaxe exige la preuve de la bonne foi du prévenu (Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 94-82.512 : *Bull. crim.* 1995, n° 378 ; *RIDA* 1996, n° 169, p. 279, obs. A. Kéréver) ; TGI Lille, 7^e ch., 29 janv. 2004, n° 768/04 : le tribunal affirme expressément que la mauvaise foi des prévenus est présumée.

exception au droit d'auteur et passe avec succès l'épreuve du test en trois étapes²⁶⁵. Les avocats et les magistrats des juridictions civiles, spécialisées en droit de la propriété intellectuelle, connaissent l'étendue des difficultés d'évaluation de l'originalité et de la mise en œuvre de ce test. Si la présomption de mauvaise foi est déduite de la similitude entre les œuvres et est souvent étayée par la nature du bien ou les circonstances dans lesquelles les actes litigieux ont été commis²⁶⁶, afin de faciliter la répression de la contrefaçon, elle s'avère, dans certains cas, très sévère pour le prévenu²⁶⁷.

85. La présomption de mauvaise foi renforcée pour les professionnels - L'étude de la jurisprudence démontre que le renversement de la présomption de mauvaise foi est épineux pour les professionnels. Les juges du fond, approuvés par la Chambre criminelle, écartent les arguments de ces prévenus tendant à prouver leur bonne foi, en déclarant que, compte tenu de leur qualité de professionnel, ils ne pouvaient ignorer la nature contrefaisante des marchandises. Les juges font peser une obligation de prudence sur les professionnels, lesquels doivent, notamment, démontrer qu'ils ont entrepris des démarches de vérification des marchandises²⁶⁸. Cette obligation est renforcée lorsque les marchandises sont importées de Chine²⁶⁹. Le renversement de la présomption est encore plus ardu lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit concernée bénéficie d'une large renommée²⁷⁰.

86. D'une faute intentionnelle à une faute de négligence ou d'imprudence - Le caractère intentionnel de ces infractions aux droits de la propriété intellectuelle est considérablement atténué par la présomption de mauvaise foi. La preuve de la négligence ou de l'imprudence ne permet pas au prévenu d'être exonéré de responsabilité pénale. Ce renversement de la présomption a pour conséquence de transformer ces infractions en simples

²⁶⁵ Voir *infra* n° 106 et s. et n° 114.

²⁶⁶ Sur les circonstances entourant les actes litigieux : E. Dreyer, *JCL Contrefaçon et fraude en matière littéraire et artistique – Éléments constitutifs. Sanctions*, Fasc. 20, MAJ févr. 2015, spéc. n° 93 et s.

²⁶⁷ Si la rencontre fortuite permettait, il y a encore quelques années, de justifier des ressemblances entre des œuvres musicales (Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006, n° 05-11.780, *Djobi Djoba* : *Bull. civ. I* 2006, n° 246 ; *RTD com.* 2006, p. 596, obs. F. Pollaud-Dulian), l'accès à ces œuvres par Internet, rend désormais cet argument difficile à soutenir.

²⁶⁸ Cass. crim., 4 mai 2006, n° 05-85.883 (droit des marques) ; Cass. crim., 21 oct. 2003, n° 02-87.156 (droit des marques) ; CA Lyon, 29 janv. 2009, n° 411/08 (droit des dessins et modèles) ; Cass. crim., 4 avr. 2018, n° 16-87.414 ; Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 03-85.699 (droit d'auteur) ; CA Paris, pôle 5, 12^e ch., 14 sept. 2010, n° 10/00160.

²⁶⁹ Cass. crim., 29 févr. 2000, n° 98-88.175 (droit des marques) - La cour d'appel énonce que le prévenu « aurait dû être d'autant plus prudent et diligent que les produits achetés proviennent de Chine, pays bien connu pour alimenter le marché mondial de la contrefaçon ; il en ressort que la négligence et l'imprudence de Gérard Nizard s'assimilent à une carence grave pour un importateur et caractérisent l'élément intentionnel de l'infraction » ; Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 16-85.951 (droit des marques).

²⁷⁰ Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 03-85.699 : La Cour de cassation maintient l'arrêt rendu sur appel en affirmant que, « professionnel averti de la vente de mobilier "haut de gamme", il ne pouvait ignorer que ces œuvres, dont l'un des coauteurs est notoirement connu, bénéficient, en France de la protection du droit d'auteur » - Dans le même sens : Cass. crim., 8 mars 2011, n° 10-81.160.

délits d'imprudence ou de négligence²⁷¹. Le caractère artificiel de l'intentionnalité rapproche ces fautes de celles engageant la responsabilité civile. En effet, en principe, une faute d'imprudence ou de négligence suffit à engager la responsabilité de leur auteur sur le fondement de l'article 1240 du code civil. En droit de la propriété intellectuelle, la responsabilité est engagée dès que la violation d'un droit est démontrée, la preuve de la bonne foi étant inopérante. Est-ce le signe d'une unité entre les actions civiles et pénales ? Bien que certains pourraient s'en féliciter, un tel rapprochement s'effectue au mépris des fonctions de ces réseaux de responsabilité. La responsabilité civile est plus aisée à engager car elle a vocation à indemniser le préjudice subi par le titulaire du droit et à replacer les parties, en principe sans perte ni profit, dans la situation qui était la leur, antérieurement à la réalisation de la faute. La responsabilité pénale a, principalement, vocation à dissuader et à punir les actes commis par violence ou par ruse, en raison de l'atteinte grave qu'ils portent à l'ordre public²⁷². Une faute de négligence ou d'imprudence ne devrait alors qu'exceptionnellement déclencher une réaction étatique. De surcroît, le droit pénal est subsidiaire au droit civil, ce qui exclut qu'ils soient placés au même niveau. Il est donc des rapprochements qui ne sont pas souhaitables.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

87. L'empreinte civiliste sur les éléments des infractions directes aux droits de propriété intellectuelle est forte. Les éléments matériels sont mis en œuvre conformément à l'interprétation des prérogatives des droits par les juridictions civiles et la Cour de justice de l'Union européenne. Malgré quelques divergences entre les dispositions pénales et les dispositions civiles, une cohérence existe entre la répression des infractions et l'engagement de la responsabilité civile. Cependant, cette convergence des interprétations impose une certaine souplesse au droit pénal, laquelle prête le flanc à la critique lorsqu'il se contorsionne au mépris de ses fonctions et des principes fondamentaux.

PARAGRAPHE II - Des conditions de qualification des infractions sous influence civiliste

88. La soumission de la qualification des infractions au droit civil - L'élément matériel et l'élément moral d'une incrimination ne sont, parfois, pas suffisants pour qualifier le fait d'infraction. En droit de la propriété intellectuelle, les incriminations comportent une condition préalable, l'existence d'un bien, objet de ce droit. Si certains de ces biens sont définis par le législateur, d'autres ne peuvent être identifiés que par des critères déterminés par les juges. Or, à la jurisprudence interne, qui manque parfois de stabilité, s'ajoute celle de la Cour de justice

²⁷¹ S. Durrande, « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau Code pénal », *D.* 1999, chron. p. 319 et s. Monsieur le Professeur Dreyer suggère d'« abandonner le caractère artificiel d'une élément intentionnel présumé et de sanctionner, à la place, un délit non intentionnel » : E. Dreyer, *JCL Contrefaçon et fraude en matière littéraire et artistique – Eléments constitutifs. Sanctions*, Fasc. 20, MAJ févr. 2015, n° 122-123.

²⁷² Voir *supra* n° 963 et n° 976.

de l'Union européenne. Les juges répressifs doivent alors emprunter l'une de ces voies, afin d'apprécier l'un des éléments essentiels des incriminations, conformément aux exigences du principe de légalité et de celui d'interprétation stricte qui en découle (I). Cette soumission, au droit civil, de la qualification des faits par les juridictions répressives, apparaît aussi dans l'hypothèse où le prévenu soulève des causes objectives d'irresponsabilité pénale. L'étendue des droits de propriété intellectuelle est bordée par des exceptions et des limites, légales ou jurisprudentielles, qui permettent de concilier les intérêts de leurs titulaires avec ceux des utilisateurs, des consommateurs et des partenaires ou concurrents commerciaux. Le droit pénal doit alors composer avec les interprétations de ces exceptions et limites, parfois divergentes entre les juridictions internes et la Cour de justice de l'Union européenne, tout en respectant les principes fondamentaux auxquels il est soumis (II).

I- Les conditions préalables des infractions, l'existence de biens, objets de droits de propriété intellectuelle

89. Le bien, objet de droit de propriété intellectuelle, condition préalable de l'infraction - Les délits de contrefaçon ou les délits assimilés, portant une atteinte directe à un droit de propriété intellectuelle, supposent l'existence d'un tel droit sur le bien concerné. Afin de vérifier l'existence du droit de propriété intellectuelle revendiqué, il convient de déterminer si le bien satisfait les conditions d'appropriation par ce droit. Une infraction à un droit de propriété intellectuelle ne peut être ainsi qualifiée, si le bien, sur lequel portent les actes incriminés, n'est pas l'objet d'un tel droit. L'existence d'un bien, objet de droit de propriété intellectuelle, constitue la condition préalable de toute infraction à un droit de propriété intellectuelle, laquelle est définie, par Madame Thellier de Poncheville, comme étant « *la situation juridique de droit ou de fait constitutive de l'incrimination et distincte de l'infraction, et qui représente le bien juridique pénalement protégé* »²⁷³.

90. Les critères d'identification des biens, objets de droits de propriété industrielle - Le législateur a déterminé des critères permettant d'identifier les biens, objets de droits de propriété industrielle. Ainsi, seuls les dessins et modèles, nouveaux et présentant un caractère propre, peuvent recevoir protection²⁷⁴. Ne sont brevetables que les inventions nouvelles, impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle²⁷⁵. Les conditions d'attribution d'un certificat d'obtention végétale sont définies aux articles L. 623-1 et L. 623-2 du code de la propriété intellectuelle. Les marques sont des signes distinctifs, susceptibles de représentation graphique²⁷⁶.

²⁷³ B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, th. dir. A. Varinard, PUAM, 2010, spéc. n° 20, p. 31.

²⁷⁴ Art. L. 511-2 du CPI.

²⁷⁵ Art. L. 611-10 du CPI.

²⁷⁶ Art. L. 711-1 et L. 711-2 du CPI.

91. Les critères d'identification des biens, objets de droits de propriété littéraire et artistique - Concernant les biens, objets de droits de propriété littéraire et artistique, le législateur fait montre d'une rigueur inégale. Les interprétations et les phonogrammes ou vidéogrammes sont définis au livre deuxième du code et ne présentent pas de difficulté d'appréciation. L'infraction aux droits des producteurs de bases de données suppose l'existence d'une base de données et la réunion des conditions d'attribution des droits au producteur. Si ces dernières sont clairement énoncées à l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle²⁷⁷, la notion de base de données, dont la définition, codifiée à l'article L. 112-3 alinéa 2, est issue de la directive du 11 mars 1996²⁷⁸, suscite quelques interrogations²⁷⁹. Cependant, dans cette branche de la propriété intellectuelle, ce sont les œuvres de l'esprit, objets de droit d'auteur, qui, en l'absence de définition légale, cristallisent les difficultés.

92. La domination de la jurisprudence civile sur l'interprétation des critères de qualification - Que les critères de qualification des biens, objets de droit de propriété intellectuelle, soient ou non légalement déterminés, une interprétation jurisprudentielle est nécessaire à leur mise en œuvre. En droit de la propriété intellectuelle, la jurisprudence joue un rôle essentiel dans l'appréciation des conditions préalables aux infractions ; or dans cette branche du droit, le contentieux relève principalement des juridictions civiles. Par conséquent, si les juridictions répressives bénéficient d'une compétence pour apprécier les conditions préalables (A), elles sont inévitablement influencées par la jurisprudence civile (B).

A- L'appréciation des conditions préalables, compétence des juridictions répressives

93. La compétence du juge répressif relative aux exceptions substantielles - La présomption de mauvaise foi du prévenu entraîne la présomption de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle (1). Ainsi, les conditions préalables des infractions constituent des exceptions substantielles qui doivent être soulevées par le prévenu, afin d'être examinées par le juge répressif (2).

1- L'existence présumée des conditions préalables

94. Une présomption induite par la présomption de mauvaise foi - Il a été démontré que la jurisprudence relative aux infractions aux droits de propriété intellectuelle instaure une présomption de mauvaise foi du prévenu²⁸⁰. L'intention, élément moral des infractions lorsque

²⁷⁷ Le producteur d'une base de données bénéficie d'une protection de son contenu lorsque « *la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* ».

²⁷⁸ Directive, n° 96/9/CE, du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

²⁷⁹ M. Vivant, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne », *D.* 1995, p. 197.

²⁸⁰ Voir *supra* n° 84 et s.

celles-ci ne sont pas des infractions de négligence ou d'imprudence, réside dans la conscience de commettre l'acte, ainsi que la conscience de porter atteinte à une valeur sociale protégée. En droit de la propriété intellectuelle, l'intention suppose donc que le prévenu ait eu conscience que son acte était susceptible de porter atteinte à un droit. Dès lors, il doit avoir connaissance de la protection du bien par un tel droit. Toutefois, la présomption de mauvaise foi emporte celle de la connaissance de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle grevant le bien. Présumer la mauvaise foi a pour incidence de présumer que la condition préalable de l'infraction est satisfaite²⁸¹. En principe, l'existence du droit de propriété intellectuelle n'aura pas à être démontrée en prouvant que les critères d'appropriation du bien sont remplis²⁸². Concernant les dessins et modèles, les marques et les brevets, cette présomption, conforme à celle qui existe en droit civil, peut être justifiée par leur enregistrement ou dépôt. L'absence de telles formalités administratives rend la justification plus difficile pour les biens relevant du droit de la propriété littéraire et artistique. Or, si le prévenu peut invoquer l'erreur de fait tenant à l'appropriation du bien concerné, la Cour de cassation exclut l'erreur fautive. Malgré la complexité de la détermination de l'existence du droit d'auteur sur un bien, la Chambre criminelle se montre ferme²⁸³. En théorie, pour la victime de l'infraction, cette présomption constitue donc un avantage indéniable du droit pénal sur le droit civil. En pratique, s'il est des biens dont la qualification n'est pas contestée par le prévenu, celui-ci argue souvent de l'absence de droit de propriété intellectuelle sur le bien pour exciper de sa bonne foi²⁸⁴. Une telle contestation amène alors à s'interroger sur la compétence du juge pénal pour qualifier le bien et constater l'existence ou non de droits de propriété intellectuelle.

2- La compétence relative à l'exception substantielle de qualification du bien

95. « Le juge de l'action est le juge de l'exception » - Il est fréquent que pour statuer sur la culpabilité d'un individu, le juge répressif doive se prononcer sur des questions qui ne relèvent pas du droit pénal. En effet, les infractions peuvent être constituées de conditions préalables, qui relèvent de la branche du droit concernée par la protection pénale. Ainsi, l'existence d'un droit de propriété intellectuelle constitue la condition préalable aux délits de contrefaçon et délits assimilés. Afin d'éviter les exceptions préjudicielles à effet dilatoire, l'article 384 du code de procédure pénale, consacrant la jurisprudence antérieure, dispose que

²⁸¹ Sur le lien entre l'élément moral et la condition préalable de l'infraction : B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, th. dir. A. Varinard, PUAM, 2010, spéc. n° 580, p. 299.

²⁸² Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156 (droit d'auteur) ; Cass. crim., 27 juin 2018, n° 16-86.478 : la Cour de cassation affirme que « *dès lors que les prévenus n'ont apporté aucun élément de nature à mettre en cause la nouveauté ou le caractère propre du modèle de sac à main que la société Céline a régulièrement enregistré [...], la cour n'avait pas à rechercher elle-même si le modèle de sac à main enregistré était nouveau et présentait un caractère d'originalité* ».

²⁸³ Desbois expliquait que « *celui-là, en n'ouvrant pas les yeux, inspire la conviction qu'il les a fermés pour ne pas voir* » : Cass. crim., 30 mars 1944 : D. 1945, p. 247, note H. Desbois.

²⁸⁴ Dans cette hypothèse, la partie civile a la charge de la preuve de l'originalité de l'œuvre : CA Paris, 20 mars 2002, n° 2000/07284.

« le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement, ou que le prévenu n'excipe d'un droit réel immobilier ». Sauf à ce que la loi confère une compétence exclusive aux juridictions civiles pour statuer sur la qualification du bien, le juge pénal peut connaître de l'exception, soulevée par le prévenu, relative à l'absence de droit de propriété intellectuelle sur le bien prétendument contrefait. Le droit des obtentions végétales prévoit que, lorsque le tribunal correctionnel est saisi d'une action publique, par une personne morale, pour atteinte aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention végétale²⁸⁵, il doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction civile ait constaté la réalité du délit. L'infraction ne peut donc être caractérisée par la juridiction répressive que si l'atteinte à ce droit est constatée par la juridiction civile. Le législateur a précisé que les exceptions de nullité du certificat ou la demande reconventionnelle relative à la propriété du certificat ne peuvent être soulevées que devant les juridictions civiles. Cette solution peut être expliquée par la technicité de ce domaine dans lequel, de surcroît, les actions sont rares. A l'exception du droit des obtentions végétales, la compétence du juge pénal est reconnue pour tous les autres droits de propriété intellectuelle²⁸⁶. La compétence des juridictions répressives pour statuer sur l'exception relative à la marque contrefaite, tirée de son dépôt frauduleux ou du défaut de caractère distinctif, a été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 19 mai 2016²⁸⁷. Si aucune partie civile ne s'est constituée, le ministère public est donc chargé de répondre à la contestation, afin que le juge puisse rendre sa décision. Dans l'hypothèse inverse, la charge de la preuve de la qualification du bien, démontrant l'existence de droits de propriété intellectuelle, pèse sur la partie civile.

96. L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil - La compétence du juge pénal pour connaître de la qualification du bien concerné et, incidemment, de l'existence de droits de propriété intellectuelle sur celui-ci, amène à s'interroger sur la force attachée à cette décision. Son refus de considérer le bien comme objet d'un droit de propriété intellectuelle s'impose-t-il au juge civil ? Le juge pénal est-il compétent pour prononcer la nullité *erga omnes* d'une marque, d'un brevet ou d'un dessin et modèle ? Aucune disposition légale n'établit de principe selon lequel la chose jugée au pénal s'imposerait au juge civil. Différents arguments ont été avancés par la doctrine, mais aucun ne fait autorité²⁸⁸. En droit de la propriété intellectuelle, la décision du juge pénal est limitée au litige dont il connaît. La qualification de la condition préalable retenue par le juge pénal ne vaut que pour ce qui est jugé au principal. Cette solution est conforme à celle retenue pour les juridictions civiles en matière de droits de propriété littéraire et artistique. Concernant les biens, objets d'un droit de propriété industrielle, si le juge

²⁸⁵ Sur le fondement de l'article L. 623-32-2 du CPI.

²⁸⁶ Il sera constaté que la compétence du juge pénal pour statuer sur l'existence de droits de propriété intellectuelle réduit pourtant l'attractivité de cette procédure.

²⁸⁷ Cass. crim., 19 mai 2016, n° 14-86.971.

²⁸⁸ B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, th. dir. A. Varinard, PUAM, 2010, spéc. n° 727 et s., p. 367 et s.

pénal est compétent pour se prononcer sur le moyen de nullité soulevé par voie d'exception, cette décision n'a de force qu'*inter partes*. La nullité *erga omnes* d'un brevet, d'une marque ou d'un dessin ou d'un modèle est réservée, par la jurisprudence, au juge civil.

97. De la compétence à la dépendance interprétative - Si les juridictions répressives sont compétentes pour statuer sur l'exception substantielle portant sur l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, elles ne font pas œuvre jurisprudentielle autonome quant à l'interprétation des critères d'appropriation des biens par ce droit.

B- L'appréciation des conditions préalables, conforme au droit civil interne

98. Le juge pénal, volontairement sous influence du droit civil - En l'absence de règle établie par le législateur, l'autonomie d'interprétation du juge pénal ne fait pas consensus au sein de la doctrine²⁸⁹. Si l'étude de la jurisprudence démontre son autonomie dans certains contentieux, car il s'inscrit à contre-courant des solutions retenues par les juridictions civiles²⁹⁰, il existe des domaines où le juge pénal se réfère aux règles et interprétations adoptées par le juge civil. Les méandres du droit de la propriété intellectuelle ne sont pas aisément praticables pour le juge répressif. Elaboré par le législateur et enrichi par la jurisprudence des juridictions civiles et de la Cour de justice de l'Union européenne, ce droit oblige le juge pénal à savoir naviguer entre les interprétations. Prudent, il renonce à son autonomie jurisprudentielle (1), afin d'appliquer les critères de qualification, conformément au droit civil interne (2).

1- L'absence d'autonomie jurisprudentielle des juridictions répressives

99. L'absence d'autonomie jurisprudentielle en droit de la propriété intellectuelle - En droit de la propriété intellectuelle, que le législateur ait procédé par renvoi aux dispositions civiles ou qu'il ait expressément incriminé les actes engageant la responsabilité pénale, toutes les infractions portent la mention du bien, objet de droit de propriété intellectuelle concerné, à l'exception de l'article L. 335-2, qui ne précise pas la notion d'œuvre de l'esprit²⁹¹, et de l'article L. 521-10, qui renvoie aux dispositions civiles sans préciser que les atteintes incriminées sont relatives à un dessin ou à un modèle. Le juge pénal peut-il faire œuvre d'interprétation autonome de ces notions ? Lorsque ces biens et leurs critères de qualification sont définis par le législateur, il semble que le juge pénal doive, conformément au principe de légalité des délits

²⁸⁹ Les différentes opinions doctrinales peuvent être regroupées autour des deux grandes conceptions du droit pénal. S'il est considéré comme un droit normatif, l'autonomie jurisprudentielle est acceptée. A l'inverse, elle est exclue pour ceux qui considèrent que le droit pénal est, principalement, un droit sanctionnateur. Pour un exposé des différents courants doctrinaux : B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, op. cit., spéc. n° 100 et s., p. 78 et s.

²⁹⁰ *Id.*, spéc. n° 107 et s., p. 80 et s. – Il en est ainsi quant à la caractérisation de l'existence d'un droit de propriété, préalable à l'application de l'infraction de vol : voir *infra* n° 309 et s.

²⁹¹ Seul l'article L. 335-3 précise que les actes incriminés portent sur une œuvre de l'esprit.

et des peines, appliquer ces définitions, même si elles relèvent de la législation civile. En effet, dans cette hypothèse, la fonction principale du droit pénal est sanctionnatrice. La condition préalable, qu'elle soit incluse ou non dans l'incrimination, doit être mise en œuvre telle que définie par la norme extra-pénale, fondant l'obligation pénalement sanctionnée. Les règles applicables, pour interpréter la condition préalable, sont celles relevant du domaine de la norme de qualification de cette condition. Si la protection du bien peut être autonomisée par le juge pénal, sa détermination ne saurait l'être²⁹². L'étude de la jurisprudence relative au droit de la propriété intellectuelle confirme cette analyse et apparaît cohérente avec la présomption de mauvaise foi et la présomption d'existence d'un droit de propriété intellectuelle dont elle émane.

2- L'appréciation influencée par la loi et la jurisprudence civile interne

100. Un juge répressif en faveur des solutions internes - Lorsque les conditions d'appropriation des biens, par le droit de la propriété intellectuelle, sont légalement définies, le juge pénal adopte une interprétation stricte de la loi française, parfois au détriment de l'objectif de rapprochement des législations des Etats membres, poursuivi par le Conseil et le Parlement européen (a). Lorsque ces conditions sont définies par la jurisprudence, le juge répressif adopte les interprétations des juridictions civiles internes, écartant les audaces jurisprudentielles de la Cour de justice de l'Union européenne (b).

a- L'appréciation conforme à la définition légale des biens, objets de droits de propriété intellectuelle

101. L'application stricte des critères de qualification des dessins et modèles - L'article L. 511-2 du code de la propriété intellectuelle soumet la protection des dessins et modèles aux conditions de nouveauté et de caractère propre. Chacune est précisée par les dispositions suivantes. Lorsque la protection au titre du droit de la propriété intellectuelle est contestée, les juges mentionnent les descriptions des biens, fournies par la partie civile, et indiquent s'il en émane un caractère nouveau et propre à cette création²⁹³.

102. Le critère de qualification de la marque, de la loi française à la directive européenne - Pour constituer une marque, le signe doit être distinctif. Bien qu'exigé par le législateur, ce critère de qualification de la marque n'est défini ni par la loi française, ni par la directive européenne. L'article L. 711-2 du code de la propriété intellectuelle établit une liste de signes dépourvus de caractère distinctif, incluant les signes et dénominations qui, dans le

²⁹² B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, th. dir. A. Varinard, PUAM, 2010, spéc. n° 189, p. 112.

²⁹³ Cass. crim., 4 avr. 2018, n° 16-87.414.

langage courant ou professionnel, relèvent exclusivement de la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service. L'article 4 de la directive²⁹⁴ dissocie les marques dépourvues de caractère distinctif de celles qui sont exclusivement composées de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce. La Cour de justice de l'Union européenne exige que ces caractères soient autonomes, la distinctivité ne pouvant être déduite de l'absence de caractère usuel²⁹⁵. En effet, le caractère distinctif est apprécié par rapport aux consommateurs et à la capacité du signe à distinguer les produits de ceux des entreprises concurrentes, tandis que le caractère usuel ou générique s'apprécie par rapport aux concurrents, le droit ne pouvant les priver d'un signe nécessaire à la désignation de leurs produits.

103. L'application du critère de qualification conforme à la loi française - Si le juge pénal doit, comme le juge civil, interpréter cette condition d'attribution d'un droit de propriété intellectuelle, sur le signe, à la lumière de la directive et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'étude de la jurisprudence des juridictions répressives démontre que le caractère usuel du signe sert, néanmoins, à caractériser sa distinctivité. Ainsi, dans une affaire relative à une marque, déposée par la société *Montblanc Simplo*, constituée d'anneaux dont la forme et les emplacements sur le capuchon du stylo sont précisément déterminés, les prévenus arguent de son absence de caractère distinctif en raison de l'utilisation fréquente de ces anneaux sur les capuchons de stylos par des concurrents. En raison de cette utilisation antérieure au dépôt de la marque, la cour d'appel conclut que ces anneaux, ainsi disposés, « *constituaient exclusivement, tant pour les consommateurs que pour les professionnels, la désignation usuelle du produit* » et déclare ce signe dépourvu de caractère distinctif. La Cour de cassation casse l'arrêt, non en raison de l'amalgame entre caractère distinctif et caractère usuel, mais aux motifs que les juges auraient dû vérifier le caractère usuel à la date du dépôt et non uniquement antérieurement à celui-ci²⁹⁶. Le juge pénal applique donc le critère de qualification de la marque conformément à la loi française, faisant fi des exigences européennes. Si une telle interprétation s'inscrit à contre-courant du rapprochement des législations des Etats membres voulu par l'Union européenne, elle procède, néanmoins, d'une interprétation stricte de la loi française. De surcroît, la notion de distinctivité est empreinte d'une forte subjectivité. Il suffit de lire les nombreuses décisions rendues par les juridictions civiles pour s'apercevoir que le caractère distinctif d'une marque ne peut être apprécié objectivement²⁹⁷, sauf à recourir aux caractères

²⁹⁴ Directive (UE), n° 2015/2436, du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques.

²⁹⁵ CJCE, 8 avr. 2003, aff. jtes C-53/01, *Linde : Propr. intell.* 2003, n° 9, p. 420, obs. G. Bonet ; CJCE, 12 avr. 2004, aff. C-218/01, *Henkel : D.* 2005, p. 500, obs. S. Durrande.

²⁹⁶ Cass. crim., 23 janv. 2001, n° 00-80.562 – voir aussi : Cass. crim., 25 janv. 2011, n° 10-81.659.

²⁹⁷ Si la marque « Ultra Doux » déposée par la société Garnier, désignant des shampoings, a été annulée, pour absence de distinctivité, par la cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 11 févr. 2001 : *Gaz. Pal.* 2001, 2, jurispr. p. 2049, note V. Staeffen), la même chambre, de cette même cour, a infirmé la décision du tribunal de grande instance de Nanterre, jugeant que la marque « Punch des Iles », désignant la boisson alcoolisée du même nom, fabriquée sur l'île de la Réunion, n'est pas distinctive. La marque « Nutri-Rich » est reconnue comme étant

nécessaire, générique et usuel du signe. Outre une lecture stricte de la loi française, les juridictions répressives tentent de satisfaire l'exigence de prévisibilité des décisions émanant du principe de légalité des délits²⁹⁸ en employant une méthode d'appréciation des signes, la plus objective possible.

L'ignorance de la dimension européenne par la jurisprudence répressive peut, aussi, être constatée quant à l'appréciation des conditions préalables, dépourvues de définition légale.

b- L'appréciation conforme à la définition jurisprudentielle interne des biens

104. Des lacunes législatives - L'œuvre de l'esprit n'est pas définie par la loi. Elle constitue l'objet du droit d'auteur, dont le régime juridique est organisé au livre premier de la première partie du code de la propriété intellectuelle. Or, le législateur n'a, ni défini les œuvres de l'esprit, ni déterminé de critères de qualification. L'absence de définition légale de la condition préalable des infractions au droit d'auteur porte-t-elle atteinte au principe de légalité des délits ?

105. L'interprétation du principe de légalité des délits - Le principe de légalité des délits et des peines, fondé sur les articles 5, 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que sur l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, exige, notamment, que la loi soit claire, prévisible et accessible. Il apparaît, *a priori*, que l'absence de définition légale de ces conditions préalables porte atteinte à ce principe. Cependant, il fait l'objet d'une jurisprudence fournie. A l'aune des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, il semble que ces lacunes législatives ne puissent fonder une inconvencionnalité de ces infractions. Les notions de droit et de loi employées à l'article 7 de la Convention européenne ont été précisées par la Cour. La loi et le droit sont entendus comme le *jus*, l'ensemble des règles de droit positif, englobant la loi au sens organique, ainsi que les règlements, la jurisprudence, la coutume et les principes généraux du droit²⁹⁹. D'une part, cette conception large est adaptée aux différents systèmes juridiques des Etats membres du Conseil de l'Europe. D'autre part, elle confère souplesse aux infractions, qui doivent pouvoir suivre les évolutions sociales et juridiques³⁰⁰. La Cour européenne a, en effet, conscience que, si l'infraction doit être clairement définie par la loi, la précision absolue est impossible à atteindre et, de surcroît, n'est pas souhaitable. Le recours à des catégories

distinctive par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 4e ch. A, 1er juin 2005, n° 04/09317 : *PIBD* 2005, III, p. 587 ; *RTD com.* 2005, p. 714, obs. J. Azéma), laquelle fonde son raisonnement sur celui de la CJCE, élaboré à l'occasion de la reconnaissance de la marque « Baby Dry » désignant des couches pour bébés (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-383/99 : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 6279 ; *PIBD* 2002, III, p. 31 ; *GAPI* 2001, p. 361, obs. B. Humblot). Certes, la Cour de justice de l'Union européenne tente de guider les juges dans leur appréciation du caractère distinctif, mais bien d'autres exemples, démontrant la subjectivité de l'appréciation de la distinctivité des marques, pourraient être cités.

²⁹⁸ Voir *infra* n° 105.

²⁹⁹ CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*, §52 ; CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S.W c/ Royaume Uni*, § 35.

³⁰⁰ CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S.W c/ Royaume Uni*, § 36.

générales évite une rigidité excessive et offre une capacité d'adaptation de la loi, réalisée par son interprétation jurisprudentielle³⁰¹. Par conséquent, le principe de légalité des délits et l'exigence de clarté, qui en émane, sont satisfaits lorsqu'à partir du libellé de la loi et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, les individus savent quels actes et omissions engagent leur responsabilité³⁰². Néanmoins, certaines exigences limitent la délégation, à la jurisprudence, de la précision des lois. La Cour européenne impose des conditions qualitatives, notamment celles d'accessibilité et de prévisibilité³⁰³.

En l'absence de définition légale de l'œuvre de l'esprit, la jurisprudence est-elle suffisamment prévisible afin d'écarter l'inconventionnalité des articles L. 621-1, L. 335-2 et L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle ?

106. L'originalité, critère jurisprudentiel de qualification de l'œuvre de l'esprit - L'œuvre de l'esprit, objet du droit d'auteur, n'est pas définie par le législateur. Certes, quelques indices apparaissent au fil du code. L'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle enseigne que l'œuvre de l'esprit procède d'une création. Cette notion est ouverte à tous les genres, à toute forme d'expression et n'est pas limitée par des critères de mérite, ni de destination³⁰⁴. L'article L. 112-2 du même code comporte une liste de quatorze catégories de biens, considérés comme étant des œuvres de l'esprit, complétée par l'article L. 112-3, relatif aux bases de données. Cette liste n'étant pas exhaustive, le choix d'un critère, à défaut d'une définition, est indispensable. D'abord nouveauté³⁰⁵, il devient originalité. Cependant, dans le langage courant, l'originalité procède de la nouveauté. Une définition de ce critère jurisprudentiel était alors nécessaire. Ce fut dans sa décision relative à la célèbre affaire *Cavour* que la cour d'appel de Paris présente l'œuvre de l'esprit comme portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur³⁰⁶. Desbois fixa cette définition en affirmant, « *il suffit, pour qu'une œuvre donne prise aux droits d'auteur, qu'elle soit originale, au sens subjectif du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens objectif* »³⁰⁷. L'objectivité de la nouveauté est laissée au droit de la propriété industrielle, tandis que le droit d'auteur est parcouru par la subjectivité du critère d'originalité. Défini comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, ce critère de qualification justifie l'absence de formalités nécessaires à l'opposabilité du droit ainsi que l'existence des droits moraux, qui traduisent le lien imprescriptible entre l'auteur et son œuvre. Ce critère n'est pas dépourvu de fondement législatif, puisqu'il apparaît à l'article L. 112-3 du

³⁰¹ CEDH, 6 oct. 2011, n° 50425/06, *Soros c/ France*, § 51 et 52.

³⁰² CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*, § 52 ; CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S.W c/ Royaume Uni*, § 35 et 36 ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2006, n° 67335/01, *Achour c/ France* § 41.

³⁰³ CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*, § 52 ; CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S.W c/ Royaume Uni*, § 35 et 36 ; *JCP G* 1996, I, 3910, n° 28, obs. F. Sudre ; CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France*, § 29 ; *RSC* 1997, p. 462, obs. R. Koering-Joulin ; *Dr. pén.* 1997, comm. 11, obs. J.-H. Robert.

³⁰⁴ Art. L. 112-1 du CPI.

³⁰⁵ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 260, p. 262.

³⁰⁶ CA Paris, 10 avr. 1862 : *D.* 1863, 1, 53.

³⁰⁷ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 3.

code de la propriété intellectuelle au sujet des œuvres transformatives, à l'article L. 122-8 relatif au droit de suite des « *œuvres originales graphiques et plastiques* », ainsi qu'à l'article L. 112-4, soumettant la protection du titre d'une œuvre de l'esprit à la condition d'originalité. Il apparaît aussi dans la Convention de Berne³⁰⁸ et dans quelques directives européennes³⁰⁹. Toutefois, ce critère, et de surcroît, sa définition, ne bénéficient pas d'une reconnaissance expresse légale et générale. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'exclut cependant pas qu'une disposition légale puisse être complétée par la jurisprudence, dès lors que les conditions d'accessibilité et de prévisibilité sont satisfaites.

107. Les définitions jurisprudentielles du critère d'originalité - La jurisprudence regorge de variantes de la définition de l'originalité³¹⁰. L'empreinte de la personnalité devient la marque ou le reflet de la personnalité. Messieurs les Professeurs Vivant et Bruguière font référence à une décision du tribunal de grande instance de Nanterre employant l'expression « *empreinte émotionnelle personnelle* »³¹¹. L'esthétique et le mérite fondent, parfois, les décisions des juges du fond³¹². La protection du logiciel par le droit d'auteur a incité la jurisprudence à adopter un vocabulaire plus adapté, moins romantique pour une œuvre dont la création réside dans le code source réalisé par le programmeur. Ainsi, dans son arrêt *Pachot*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation définit l'originalité d'un logiciel comme « *l'effort personnalisé se matérialisant dans une structure individualisée* »³¹³. D'abord une empreinte, l'œuvre de l'esprit est devenue un effort. Cette valse des définitions de l'originalité n'aurait que peu d'importance si elle ne faisait entrer dans la danse que des créations artistiques, ainsi que l'annonce la dénomination du droit de propriété concerné. Or, cette « *notion à géométrie variable* »³¹⁴, pourtant clé de voûte du droit d'auteur, permet aux juges d'accorder la protection à des paniers à salade, des boulons, ainsi qu'à des rétroviseurs ou des phares de voiture et d'exclure certaines créations mécanisées telles que les photographies³¹⁵. Le visiteur de ce « *musée imaginaire des œuvres selon le droit [...] construit à partir d'une acceptation (quasi)*

³⁰⁸ Art. 2 § 3 de la Convention de Berne, du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

³⁰⁹ Directive, 96/9/CE, du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, spéc. art. 3 ; Directive, 2006/116/CE, du 12 déc. 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, spéc. art. 6 ; Directive, 2009/24/CE, du 23 avr. 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, spéc. art. 1.

³¹⁰ Madame le Professeur Benabou envisage alors cette notion au pluriel : V.-L. Benabou, « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », *Legicom* 2014/2, (n° 53), p. 5-15.

³¹¹ TGI Nanterre, 10 mars 1993 : *RIDA* 1993, n° 157, p. 343, note Y. Gaubiac.

³¹² Lire : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 268 et 269, p. 269-270. Pour un exemple récent qui fait couler beaucoup d'encre : CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : la cour constate « *un réel parti pris esthétique empreint de la personnalité de leur auteur* » et précise qu'il n'est pas démontré que « *les photographies revendiquées appartiennent à un genre éculé* ».

³¹³ Cass. Ass. pl., 7 mars 1986, n° 83-10.477 : *Bull. AP* 1986, n° 3, p. 5.

³¹⁴ Expression utilisée par le conseiller Jonquères dans son rapport préalable à ce qui sera appelé l'arrêt *Pachot* ; Cass. Ass. pl., 7 mars 1986, n° 83-10.477 : *Bull. AP* 1986, n° 3, p. 5 ; *Rev. dr. propr. intell.* 1986, n° 3, p. 203.

³¹⁵ Sur l'incidence de la définition de l'originalité sur le périmètre de la protection et la recherche d'un critère unique : V.-L. Benabou, « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France. Situation et propositions », in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Rencontres franco-allemandes, IRPI, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2007, n° 29, p. 165-184.

commune, parfois marquée de résignation [...] »³¹⁶, s'interroge alors sur la prévisibilité de la qualification des biens d'œuvres de l'esprit. L'inconventionnalité des articles L. 335-2 et L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle menace.

108. Essai d'une définition unitaire et objective par la Cour de justice de l'Union européenne - Dans son arrêt *Infopaq* du 16 juillet 2009³¹⁷, la Cour de justice de l'Union européenne a autonomisé la notion d'originalité et a élaboré une définition unitaire et transversale³¹⁸. Si sa démarche peut sembler cavalière, elle a le mérite de proposer aux Etats une certaine sécurité juridique quant à l'application du critère d'originalité et, incidemment, à celle du droit d'auteur. L'œuvre originale est une « *création intellectuelle propre à son auteur* ». L'arrêt SAS invite à une lecture en deux temps de cette définition³¹⁹. L'œuvre est une création intellectuelle, qui n'est éligible à la protection sur le fondement du droit d'auteur qu'à condition d'être propre à son auteur. Certes, dans les arrêts rendus après l'arrêt *Infopaq*, la Cour de justice reprend les anciennes formules en faisant référence au « *reflet de la personnalité de l'auteur* »³²⁰ ou à la « *touche personnelle de l'auteur* »³²¹, mais elle se fonde aussi sur les « *choix libres et créatifs de l'auteur* » lors de la réalisation de la photographie³²² et de la base de données³²³. Dans ces décisions, ces choix, effectués librement, déterminent l'existence d'une création intellectuelle³²⁴. Cet amalgame pourrait être évité et la liberté de choix, dont dispose l'auteur, pourrait constituer un indice d'une création qui lui est propre, en d'autres termes, de l'originalité de la création intellectuelle. Certains estiment que cette référence aux libres choix fait ressurgir une conception plus objective de l'originalité et « *teint[e] [cette notion] d'une couleur plus industrielle qu'artistique* » puisqu'elle suggère davantage un travail de sélection,

³¹⁶ M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques », *D.* 2010, n° 13, p. 776-783, spéc. p. 783.

³¹⁷ CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening* : *RDTI* 2009, n° 67, p. 61-85, comm. V.-L. Benabou ; *GAPI*, comm. 15, obs. V.-L. Benabou et comm. 17, obs. M. Vivant ; *JCP E* 2010, p. 1691, n° 12, obs. D. Sardin ; *Propr. intell.* 2009, n° 33, p. 378, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com* 2009, p. 715, obs. Ph. Gaudrat.

³¹⁸ V.-L. Benabou, « L'originalité, un janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome du droit de l'Union », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 17-34, spéc. p. 21 et s.

³¹⁹ CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10, *SAS Institute Inc. c/ World Programming Ltd.*

³²⁰ CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verglas GmbH* : *GAPI*, comm. 13, obs. T. Azzi et comm. 22, obs. S. Carre ; *D.* 2012, p. 2837, ét. P. Sirinelli ; *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 30, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2012, p. 109 et 118, obs. F. Pollaud-Dulian.

³²¹ CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo ! UK Ltd et a.* : *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 421, obs. V.-L. Benabou ; *JCP E* 2012, n° 1489, § 4, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière ; *D.* 2012, p. 2838, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2012, comm. 75, note J. Larrieu.

³²² CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verglas GmbH*, spéc. pt. 92 et 97 : *art. cit.*

³²³ CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo ! UK Ltd et a.* : *art. cit.*

³²⁴ Ainsi que le suggère Monsieur le Professeur Gervais (D. Gervais, « Originalité(s) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 389-399), un rapprochement avec l'arrêt *Feist* rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis, fondant l'originalité sur les choix effectués par l'auteur : U.S Supreme Court, March 27, 1991, *Feist Publ'ns Inc c/ Rural Tel. Serv. Co.*, 499 US 340, 346 (1991).

qu'une création arbitraire³²⁵. Pourtant, la création naît des choix des artistes. Leurs écrits foisonnent d'explications sur leurs choix lors de la création de leurs œuvres, lesquels dépendent souvent du contexte personnel, artistique, politique ou social de l'époque. Les grands mouvements artistiques, la formation de communautés d'artistes et leurs manifestes révèlent l'existence de ces choix. Sans détourner le droit d'auteur de la protection des créations artistiques, le critère de liberté de choix offre à l'originalité un aspect objectif et n'est pas si éloigné de l'empreinte de la personnalité que semblent le penser ces auteurs. L'empreinte de la personnalité de l'auteur est une définition de l'originalité objectivement impossible à mettre en œuvre pour un juge³²⁶. Comment déceler cette empreinte alors que la personnalité de l'auteur lui est inconnue ? L'appréciation est inévitablement subjective, voire artificielle. A contrario, la liberté de choix de l'auteur peut être perçue par l'absence de trop fortes contraintes techniques qui excluent l'existence de choix. La difficulté résidera alors dans l'évaluation de ces contraintes techniques. Créer une chaise demande à l'artiste de se conformer à de nombreuses contraintes techniques, imposées par la fonction de celle-ci, limitant la palette de ses choix artistiques, tandis que sculpter « un homme qui marche »³²⁷ offre une liberté de choix, seulement enserrés par la nécessité de faire tenir cet homme debout. La démonstration du caractère propre à l'auteur de la création intellectuelle par le constat des choix effectués librement semble permettre une application plus objective de la notion à l'ensemble des catégories d'œuvres de l'esprit³²⁸ et davantage conforme au rôle du juge.

109. La jurisprudence des juridictions répressives - En l'absence de directive justifiant la construction d'une notion autonome et unitaire par la Cour de justice de l'Union européenne, il semble que les Etats membres restent libres de ne pas appliquer cette définition au profit de leurs critères nationaux. Cependant, il a été démontré que l'incertitude jurisprudentielle relative à l'application de la notion d'originalité pourrait contrevenir aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. La détermination d'une définition unique et d'application constante par la Cour de justice pourrait écarter le risque d'inconventionnalité des articles L. 335-2 et L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle.

Jusqu'à la publication de l'arrêt *Infopaq*, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, les juridictions répressives ne démontrent pas une fidélité sans faille à la formule

³²⁵ V.-L. Benabou, « L'originalité, un janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome du droit de l'Union », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 17-34, spéc. p. 27. Dans le même sens : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 275, p. 277 et s.

³²⁶ Monsieur le Professeur Vivant affirme qu'il est « évident, pour qui regarde les choses sans a priori, qu'en certains cas la référence faite par le juge à l'originalité est purement rhétorique. Le mot est utilisé parce qu'il doit l'être. Mais, soucieux de rendre telle décision, le juge la rendra à l'abri du mot sans être dupe du fait qu'il le prive de sens » : M. Vivant, « Considérations au fil de la plume sur la norme subtile », in *Libre Droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 1059.

³²⁷ L'homme qui marche, œuvre d'Alberto Giacometti.

³²⁸ Notamment pour les logiciels et les bases de données, afin de rétablir les principes d'indifférence de genre et de destination.

canonique d’empreinte de la personnalité de l’auteur, caractérisant l’originalité d’une œuvre de l’esprit. En 1998, la Chambre criminelle de la Cour de cassation casse l’arrêt rendu sur appel, en raison de l’absence de démonstration de « *l’apport intellectuel de l’auteur* »³²⁹. En 2009, elle maintient l’arrêt d’appel ayant conclu à l’absence de « *caractère d’originalité de nature à révéler la personnalité de son auteur* »³³⁰. Concernant l’appréciation de l’originalité d’un logiciel, la Cour de cassation rejette le pourvoi, notamment fondé sur la contestation de l’originalité, en approuvant la démonstration de la satisfaction de ce critère par les juges du fond. La cour d’appel affirme que l’expertise démontre l’existence de « *choix créatifs caractéristiques de véritables programmes* », réalisés par le programmeur³³¹.

Si la démonstration de l’originalité de la création, par les choix réalisés par l’auteur et la liberté dont il disposait, semble ensuite être la technique employée par les juridictions répressives, les formules définissant le critère d’originalité révèlent un retour aux sources au droit d’auteur français, ignorant la définition élaborée par la Cour de justice. Dans son arrêt du 18 octobre 2011, la Cour de cassation approuve la chambre de l’instruction de la cour d’appel d’avoir confirmé le non-lieu concernant la contrefaçon d’un cours oral de droit pénal³³². L’ordonnance démontrait que les choix effectués par l’enseignant, chargé de travaux dirigés, pour établir le plan de son cours, étaient classiques et que, nonobstant les différences existantes avec certains ouvrages, il ressort de la décision que les choix étaient fortement réduits, ce qui ne laissait guère de place à l’originalité. Elle conclut à « *l’absence d’effort créatif portant l’empreinte de la personnalité de leur auteur* ». Cette formulation, ainsi que la « *création portant l’empreinte de la personnalité de leur auteur, qui caractérise l’originalité* », apparaissent dans une série d’arrêts rendus au sujet de pièces détachées de voitures, tant dans les motifs des juges du fond que dans le conclusif de l’un des arrêts de la Cour de cassation³³³. Toutefois, la technique employée pour démontrer l’originalité est celle des choix effectués par le créateur de ces pièces ; or l’analyse de ces choix, par les juges du fond, confine à la recherche d’un parti-pris esthétique, critère inopérant pour qualifier une œuvre de l’esprit. Lorsque cette recherche n’est pas satisfaite et amène le juge à écarter la protection sur le fondement du droit d’auteur, la Cour de cassation casse l’arrêt en rappelant cette définition de l’originalité³³⁴. Ces longues démonstrations de l’originalité de ces pièces de voiture contrastent fortement avec la rapidité de la démonstration de l’originalité des sacs à main de marque Chanel³³⁵ ou de productions cinématographiques et de séries télévisées³³⁶. Si l’argumentation succincte de l’originalité de

³²⁹ Cass. crim., 7 oct. 1998, n° 97-83.243 : *Bull. crim.* 1998, n° 248.

³³⁰ Cass. crim., 16 juin 2009, n° 08-87.193 : *Bull. crim.* 2009, n° 123.

³³¹ Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098.

³³² Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-81.404.

³³³ Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-85.695 ; Cass. crim., 13 déc. 2011, n° 10-85.380 ; Cass. crim., 30 avr. 2014, n° 12-80.745.

³³⁴ Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-85.695 : *RTD com.* 2011, p. 100, F. Pollaud-Dulian.

³³⁵ Cass. crim., 27 juin 2018, n° 16-86.478 : les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, se contentent pourtant de décrire les éléments des sacs pour en conclure au caractère original.

³³⁶ Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 16-86.881 : *Bull. crim.* 2018, n° 113. La cour d’appel affirme qu’« *à l’évidence, des productions cinématographiques mais aussi des séries télévisées sont, de part leur créativité et leur complexité*

ces dernières peut trouver une justification à l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle, la rapidité de la démonstration de l'originalité des sacs à main révèle que la Chambre criminelle n'exige pas une grande rigueur de la part des juges du fond, pourtant chargés de répondre à la contestation de l'originalité, déterminante de la culpabilité du prévenu. Si les juridictions répressives semblent objectiver le critère d'originalité, en étudiant la liberté et les choix dont l'auteur dispose pour créer, et, ainsi, tentent de réduire l'imprévisibilité de la jurisprudence, elles écartent la définition proposée par la Cour de justice, élaborée depuis presque dix ans.

110. L’empreinte du droit civil interne - Les conditions préalables des infractions aux droits de propriété intellectuelle sont appréciées par le juge répressif, conformément aux dispositions civiles qui les définissent ou à leur interprétation par les juges civils internes. Si le choix de l'absence d'autonomie jurisprudentielle des juridictions répressives confère une stabilité à la mise en œuvre de ces infractions et une cohérence par rapport aux décisions civiles, le contournement des solutions interprétatives, élaborées par la Cour de justice de l'Union européenne, n'apparaît pas toujours justifié. Cette méthode, adoptée par le juge pénal, est remarquée, aussi, concernant la mise en œuvre des causes objectives d'irresponsabilité pénale.

II- Les exceptions et limites aux droits de propriété intellectuelle, causes objectives d'irresponsabilité pénale

111. L'exclusion de la qualification d'infraction par l'autorisation de la loi - L'article 122-4 alinéa 1 du code pénal dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». Ces faits justificatifs sont, sous l'empire du code pénal actuel, des causes d'irresponsabilité en raison du fait qu'ils ne suppriment pas uniquement la responsabilité pénale, ils excluent, plus largement, le caractère délictueux des actes commis. En effet, certaines circonstances entourant la réalisation de l'acte peuvent le rendre conforme aux prescriptions légales ou réglementaires. La loi, qui instaure une incrimination délictuelle, peut donc se voir limitée par une autre loi, qui établit des exceptions, excluant la qualification de délit. Ces exceptions légales peuvent être explicitement rattachées à une incrimination. De surcroît, une loi peut énoncer les conditions dans lesquelles l'acte est autorisé, sans mentionner l'incrimination. Le lien entre l'infraction et l'exception est alors implicite. Dans cette hypothèse, l'application des infractions exige une connaissance précise de la branche du droit concernée. Cette limite à la qualification délictuelle des actes incriminés constitue une atténuation de l'autonomie du droit pénal car il ne peut

et quelle qu'en soit la qualité, des œuvres originales et protégées par le code de la propriété intellectuelle » (nous soulignons). Cette décision est approuvée par la Cour de cassation qui approuve les critères de créativité et de complexité tout en précisant que l'originalité est démontrée quelle que soit la qualité de ces œuvres.

ignorer les prescriptions de la loi civile et le régime juridique du droit concerné. Ainsi l'exige la cohérence entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile³³⁷.

112. Les exceptions et limites aux droits de propriété intellectuelle - Le droit de la propriété intellectuelle comporte des exceptions et des limites qui permettent au législateur de le concilier avec les autres droits et libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression et de communication ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie³³⁸. Enoncées pour chaque droit de propriété intellectuelle, les exceptions correspondent aux actes qui, dans certaines circonstances, ne peuvent être interdits par le titulaire du droit³³⁹. A ces exceptions ont été ajoutées des limites, telles que l'épuisement des droits après la première mise en circulation du bien, autorisée par le titulaire du droit, au sein de l'Union européenne, ou la déchéance des droits sur une marque pour absence d'usage sérieux. Le droit de l'Union européenne influence aussi l'envergure des droits de propriété intellectuelle. En droit des marques, deux limites sont imposées. D'une part, la directive rapprochant les législations des Etats membres prévoit, expressément, que les droits sur la marque ne s'exercent que dans la vie des affaires. D'autre part, la Cour de justice de l'Union européenne précise dans quelles circonstances l'usage d'une marque peut être interdite à un tiers en instaurant la notion de fonctions de la marque. D'origine jurisprudentielle, cette notion semble avoir été implicitement prise en considération dans l'article relatif aux droits conférés par la marque, de la dernière directive³⁴⁰.

113. L'appréhension des exceptions et limites aux droits de propriété intellectuelle par le juge pénal - La présomption de mauvaise foi implique que ces exceptions et limites, qui constituent des causes objectives d'irresponsabilité pénale, ne sont prises en considération par le juge pénal qu'à condition que le prévenu les soulève pour sa défense, au titre d'une exception. Toutefois, la mise en œuvre de ces exceptions par le juge pénal n'est pas aisée car leur interprétation est imprégnée de jurisprudence civile, à laquelle s'ajoute la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Les exceptions légales au droit d'auteur (A) et les limites au droit des marques (B) méritent une attention particulière, tant elles nourrissent les débats doctrinaux.

³³⁷ Cass. crim., 28 janv. 1978 : *Bull. crim.* 1978, n° 27 (Une personne ayant reçu de bonne foi une chose provenant d'une infraction et dont elle a ensuite appris l'origine frauduleuse ne peut être condamnée sur le recel en raison de l'article 2279 du code civil selon lequel « *en fait de meuble, possession vaut titre* »).

³³⁸ Voir *infra* n° 901 et s.

³³⁹ Principalement : art. L. 122-5 pour le droit d'auteur ; art. L. 211-3 pour les droits voisins ; art. L. 513-6 pour le droit des dessins et modèles ; art. L. 613-5 pour le droit des brevets ; art. L. 623-4-1 pour le droit des obtentions végétales ; art. L. 713-3 et L. 713-6 du CPI pour le droit des marques.

³⁴⁰ Art. 10 § 2 de la directive (UE), 2015/2436, du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques.

A- Les exceptions au droit d'auteur, causes objectives d'irresponsabilité pénale

114. L'interprétation stricte des exceptions au droit d'auteur par les juridictions répressives - Les exceptions, énoncées à l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, majoritairement issues de la transposition de la directive du 22 mai 2001³⁴¹, font l'objet de vifs débats, notamment fondés sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³⁴². Si au regard des progrès technologiques et des nouvelles pratiques de diffusion des contenus sur Internet, l'interprétation de certaines exceptions n'est pas encore clairement établie, les juges répressifs doivent pouvoir adopter une interprétation suffisamment prévisible pour répondre aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme³⁴³. En effet, observé par le prisme du droit pénal, cet article instaure des causes d'irresponsabilité pénale du prévenu. Par conséquent, en principe, ils doivent en faire une interprétation stricte afin de respecter le champ d'application des infractions déterminées par le législateur. Ainsi, dans un arrêt du 5 février 2008, relatif à la contrefaçon par diffusion, sur un site Internet, de créations et défilés de mode, la Cour de cassation déclare inopérant le moyen fondé sur l'exception de l'article L. 122-5, 9° du code de la propriété intellectuelle, en ce qu'il est inapplicable aux créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure, nonobstant leur protection sur le fondement de l'article L. 112-2 du même code³⁴⁴.

115. L'interprétation *in favorem* de l'exception de copie privée - Outre la mise en œuvre du test en trois étapes, imposé aux Etats membres par la directive, dite société de l'information³⁴⁵, transposée en droit français par la loi, dite DADVSI³⁴⁶, l'exception de copie privée a fait l'objet d'un long débat portant sur la nature de la source de la copie. L'exception de copie privée est-elle soumise à la condition de la licéité de la source ? Malgré la transposition du test en trois étapes et la reconnaissance à l'article L. 331-7 de la possibilité de subordonner, par une mesure technique de protection, le bénéfice effectif de l'exception de copie privée à un accès licite, la controverse fut intense. Il a fallu attendre la loi du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée³⁴⁷, précisant à l'article L. 122-5 alinéa 1, 2° que l'exception ne concerne que les copies réalisées à partir d'une source licite, pour que le débat soit clos³⁴⁸.

³⁴¹ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

³⁴² Pour un panorama complet des débats, lire : A. Lucas, « Droits des auteurs - Droits patrimoniaux, exceptions au droit exclusif », *JCL Propriété littéraire et artistique*, Fasc. n° 1248, MAJ 1^{er} juin 2018.

³⁴³ Voir *supra* n° 105.

³⁴⁴ Cass. crim., 5 févr. 2008, n° 07-81.387 : *Bull. crim.* 2008, n° 28 ; *RTD com.* 2008, p. 320, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RSC* 2008, p. 618, J. Francillon.

³⁴⁵ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

³⁴⁶ Loi, n° 2006-961, du 1^{er} août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

³⁴⁷ Loi, n° 2011-1898, du 20 déc. 2011 relative à la rémunération pour copie privée.

³⁴⁸ L'exigence de la source licite a été réaffirmée par la CJUE, CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-435/12, *ACI Adam BV c/ Stichting de Thuiskopie*, spéc. pt. 35 « Or, si les Etats membres disposaient de la faculté d'adopter ou non une

Cependant, l'étude de la jurisprudence des juridictions répressives met en exergue le fait que les tribunaux n'ont pas attendu la consécration de cette condition, ni par la loi de 2006, ni par la loi de 2011, pour soumettre le bénéfice de l'exception de copie privée à la condition de la licéité de la source. Dès le 2 février 2005, le tribunal correctionnel de Pontoise condamne, pour contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, un individu à l'origine d'un réseau *peer to peer*. Pour confirmer le jugement, la cour d'appel relève que, concernant la reproduction et la diffusion des œuvres de l'esprit, ces actes ont été réalisés « *à partir de sources non autorisées par leurs auteurs respectifs et sans qu'aucun droit ne soit versé à ces derniers* ». Elle en conclut que le prévenu ne peut valablement se prévaloir de l'exception de copie privée, fondée sur l'article L. 122-5, 2° du code de la propriété intellectuelle. La cour fonde sa décision sur la condition de source licite, pourtant absente de cette disposition, alors qu'elle aurait pu, pour parvenir à la même solution, interpréter cette exception à la lumière de la directive et appliquer le test en trois étapes. La cour d'appel refuse, au prévenu, le bénéfice de cette exception, par une interprétation favorable aux auteurs³⁴⁹. Une telle interprétation fut confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mai 2006. La cour d'appel avait relaxé le prévenu du chef de contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit, au mépris des droits de l'auteur. Elle accorde au prévenu le bénéfice de l'exception de copie privée, aux motifs qu'il n'a été démontré aucun usage collectif des copies. Le pourvoi, formé par les sociétés titulaires des droits, invitait la Cour à mettre en œuvre le test en trois étapes et, ainsi, de reconnaître que l'exception exigeait que la source de la copie soit licite. La Chambre criminelle casse l'arrêt d'appel en reprochant à la cour de ne pas avoir expliqué « *les circonstances dans lesquelles les œuvres avaient été mises à disposition du prévenu* » et de ne pas avoir répondu aux parties civiles, qui arguaient que l'exception, constituant « *une dérogation au monopole de l'auteur, [...] suppose [...] que sa source soit licite et nécessairement exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires des droits [...]* »³⁵⁰. Si le juge pénal ne fait pas une interprétation stricte de la loi et ajoute une condition au texte, une telle interprétation est néanmoins conforme à l'article 9-2 de la Convention de Berne, à l'article 13 des accords ADPIC, ainsi qu'à l'article 5-5 de la directive dite société de l'information. Rendu à l'époque des débats sur la loi de transposition de la directive, cet arrêt était l'occasion pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation de se montrer favorable à une interprétation protectrice du droit d'auteur. En effet, la lecture de l'arrêt rendu par la cour d'appel de renvoi démontre que la référence au test en trois étapes et à la source licite n'était pas nécessaire pour condamner le prévenu. La cour d'appel d'Aix-en-Provence se prononce le 5 septembre 2007 et statue dans le même sens que la Cour de cassation mais, étonnamment, n'applique ni le test, ni

législation qui permet que des reproductions pour un usage privé soient également réalisées à partir d'une source illicite, il en résulterait, de toute évidence, une atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur » : RTD com. 2014, p. 603, obs. F. Pollaud-Dulian ; D. 2014, p. 2078, obs. P. Sirinelli.

³⁴⁹ CA Versailles, 16 mars 2007, n° 05/00568.

³⁵⁰ Cass. crim., 30 mai 2006, n° 05-83.335.

la condition de source licite³⁵¹. L'énoncé des faits démontre un tout autre visage de l'affaire que celui très succinctement présenté par la Cour de cassation. Certes, le prévenu a téléchargé des œuvres à partir d'un site Internet et en a prêté des copies à ses amis, mais ce site Internet fonctionne grâce à un logiciel de type *peer to peer*. Par conséquent, il téléchargeait et diffusait aussi des œuvres, sans l'autorisation des titulaires de droits. Il ne saurait alors bénéficier des exceptions de représentation dans le cercle de famille et de copie privée, puisque ni le prêt à des amis, ni la copie qui, en raison du logiciel *peer to peer*, avait pour effet de mettre les œuvres à disposition du public, n'entrent dans le champ de ces exceptions. L'analyse de ces arrêts démontre que les juridictions répressives mettent en œuvre les exceptions au droit d'auteur, non pas en faveur du prévenu par une interprétation souple, mais par une interprétation stricte, voire extensive, favorable aux titulaires des droits. La condition de source licite est désormais expressément requise par la loi. Les juridictions répressives en font donc application³⁵².

Bien qu'ayant une assise légale, les exceptions au droit d'auteur n'échappent pas à l'interprétation jurisprudentielle de la part des juges répressifs. Le droit des marques présente une difficulté d'une autre dimension, celle des limites instaurées par la directive européenne et par la Cour de justice de l'Union européenne, sans que le législateur ne s'en soit saisi.

B- Les limites au droit des marques, causes objectives d'irresponsabilité pénale

116. Les conditions d'usage d'une marque en tant que marque, dans la vie des affaires

- Le législateur français a déterminé plusieurs conditions d'exercice du droit sur la marque afin de le concilier avec la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'expression³⁵³. De surcroît, les dispositions légales internes doivent être interprétées à la lumière de la directive, rapprochant les législations des Etats membres, et de sa mise en œuvre par la Cour de justice de l'Union européenne. Or, dès la première directive, l'Union européenne enserrait le droit des marques dans une stricte limite, celle de la vie des affaires³⁵⁴. Reprise en 2008, cette limite apparaît désormais à l'article 10 de la directive du 16 décembre 2015³⁵⁵, mais n'a toujours pas été transposée dans le droit français. La précision de cette notion a été l'occasion, pour la Cour de justice, de réduire l'envergure du droit sur la marque aux usages du signe en tant que marque. L'usage d'une marque, par un tiers, n'engage sa responsabilité, qu'à la condition qu'elle soit utilisée en tant que marque et, par conséquent, qu'elle porte atteinte à ses fonctions. L'opposition du droit sur la marque à un tiers est donc soumise à deux conditions : le signe

³⁵¹ CA Aix-en-Provence, 5^e ch. corr., 5 sept. 2007, n° 2007/501 - Dans une affaire similaire de réseau *peer to peer*, le tribunal de grande instance de Lille s'était prononcé dans le même sens : TGI Lille, 7^e ch., 29 janv. 2004, n° 768/04.

³⁵² Pour un exemple récent : Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 16-86.881 : *Bull. crim.* 2018, n° 113.

³⁵³ Le législateur exige, dans certaines circonstances, la démonstration d'un risque de confusion ou que le droit ne soit pas tombé en déchéance.

³⁵⁴ Directive, 89/104/CEE, du 21 déc. 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, art. 5.

³⁵⁵ Directive (UE), 2015/2436, du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques.

litigieux doit être utilisé dans la vie des affaires et cet usage doit porter atteinte à l'une des fonctions de la marque.

117. La vie des affaires, terrain d'élection du droit des marques - Les directives successives, rapprochant les législations des Etats membres, limitent l'exercice du droit des marques au terrain de la vie des affaires. Cette notion constitue une condition supplémentaire aux actes visés par la loi française, susceptibles d'être interdits par le titulaire du droit. Elle a été définie par la Cour de justice des communautés européennes, dans son arrêt *Arsenal football club*, comme étant « *le contexte d'une activité économique visant à un avantage économique et non dans le domaine privé* »³⁵⁶. L'avocat général avait précisé que l'utilisation à laquelle le titulaire peut s'opposer « *n'est pas n'importe quelle utilisation présentant un avantage matériel pour l'utilisateur ni même une utilisation qui serait susceptible d'être traduite en termes économiques, mais uniquement [...] l'utilisation faite dans la vie des affaires, dans les échanges commerciaux qui ont pour objet, précisément, de distribuer des biens et services sur le marché* »³⁵⁷. Si les ADPIC indiquent que constitue une violation des droits du titulaire, l'usage d'une marque sans autorisation, « *au cours d'opérations commerciales* », ni une activité commerciale au sens strict du terme, ni la qualité de commerçant ne sont nécessaires à la qualification de vie des affaires. Afin que l'usage soit considéré comme étant réalisé dans la vie des affaires, celui-ci doit seulement poursuivre un but économique. En effet, l'absence d'offre au public n'exclut pas un usage dans la vie des affaires. La simple détention de produits marqués en vue d'une future commercialisation ou la reproduction d'une marque, lors de la phase de fabrication des produits, constitue des usages dans la vie des affaires, nonobstant l'absence de contact avec le consommateur. Outre la définition de la notion de vie des affaires, la Cour de justice a ajouté une autre limite à l'exercice du droit sur la marque³⁵⁸. L'usage du signe par un tiers ne peut être interdit que s'il est utilisé en tant que marque. La circonstance de la vie des affaires est alors insuffisante à permettre au propriétaire d'interdire l'usage de sa marque. Il faut, aussi, qu'elle soit utilisée par le tiers en tant que marque³⁵⁹.

118. L'atteinte à l'une des fonctions de la marque, condition d'interdiction de son usage - Si l'usage du signe ne tend pas à désigner des produits ou services, il ne peut être qualifié d'usage en tant que marque, quand bien même il serait réalisé dans la vie des affaires. Le titulaire du droit peut seulement interdire les actes qui portent atteinte aux fonctions de la marque ; or en principe, seul le signe utilisé en tant que marque est susceptible d'y porter

³⁵⁶ CJCE, 12 nov. 2002, aff. C.206/01, *Arsenal football club c/ Matthew Reed*, pt. 40 (Il convient toutefois de noter que cette décision n'a pas été rendue sur question préjudicielle en interprétation de la notion de « vie des affaires »).

³⁵⁷ CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, *Arsenal football club c/ Matthew Reed* : D. Ruiz-Jarabo Colomer, concl. du 13 juin 2002.

³⁵⁸ CJCE, 16 nov. 2004, aff. C-245/02, *Anheuser-Busch*, pt. 60.

³⁵⁹ CJCE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Google France c/ Louis Vuitton et alii*.

atteinte³⁶⁰. En réservant l'exercice du droit des marques « *aux cas dans lesquels l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque* »³⁶¹, la Cour de justice en fait un droit finalisé. Pour arguer d'une atteinte à son droit sur sa marque, le titulaire doit démontrer que le signe litigieux est « *de nature à accréditer l'existence d'un lien matériel dans la vie des affaires entre les produits du tiers et l'entreprise de provenance de ces produits* »³⁶².

Les fonctions de la marque ont été découvertes progressivement par la Cour de justice. La fonction essentielle, qui consiste en la garantie d'identité d'origine des produits et des services, a été énoncée dès 1974, dans l'arrêt *Terrapin contre Terranova*³⁶³. Le signe, utilisé par le tiers, peut porter atteinte au lien constitué par la marque entre le produit ou le service et l'entreprise, s'il est susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur. L'atteinte à la fonction essentielle peut, selon la Cour, être démontrée par l'existence d'un risque de confusion³⁶⁴. Les autres fonctions, dites secondaires, sont la communication, l'investissement, la valeur économique et la publicité. Elles ont été découvertes, par la Cour, dans son arrêt *L'Oréal* rendu en 2009³⁶⁵. L'atteinte à l'une de ces fonctions, par un signe utilisé dans la vie des affaires, autorise le titulaire du droit sur la marque à agir en contrefaçon³⁶⁶. Cependant, la Cour a entrepris de restreindre les définitions de ces fonctions, afin de ne pas élargir le champ du droit des marques qu'elle avait borné par la notion de vie des affaires³⁶⁷. En principe, l'usage d'un signe comme dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, certes réalisé dans la vie des affaires, mais non en tant que marque, ne peut être interdit. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne nuance cette solution en permettant au titulaire du droit d'agir, lorsque cet autre signe distinctif est utilisé en lien avec des produits ou services couverts par la marque et ce, même en l'absence d'apposition du signe, puisqu'il peut porter atteinte à sa fonction essentielle³⁶⁸.

³⁶⁰ CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, *Arsenal football club c/ Matthew Reed* ; CJCE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Google France c/ Louis Vuitton et alii*.

³⁶¹ CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, *Arsenal football club c/ Matthew Reed*, spéc. pt. 51.

³⁶² CJCE, 16 nov. 2004, aff. C-245/02, *Anheuser-Busch*, spéc. pt. 60 et 73 ; CJUE, 13 juill. 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Google c/ Vuitton et alii* ; CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, *Portakabin* ; CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora*.

³⁶³ CJCE, 22 juin 1976, aff. C-119/75, *Terrapin c/ Terranova* ; CJCE, 17 oct. 1990, aff. C-10/89, *Hag II* ; CJCE, 18 juin 2002, aff. C-299/99, *Philips* ; CJCE, 12 févr. 2004, aff. C-218/01, *Henkel*.

³⁶⁴ CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure NV*, spéc. pt. 59 – Pour une critique de l'utilisation de ce critère pour déterminer l'atteinte à la fonction essentielle de la marque et la confusion qui en résulte entre appréciation *in abstracto* et *in concreto*, lire : J. Passa, « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? utilité ? », *Propriété intellectuelle* 2012, n° 6, ét. 11.

³⁶⁵ CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure NV*, spéc. pt. 63. Ces fonctions ont été ensuite reprises dans d'autres arrêts : CJUE, 13 juill. 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Google c. Vuitton et alii*, (fonction de publicité et de référencement) ; CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora*, (fonction d'investissement).

³⁶⁶ CJUE, 13 juill. 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Google c. Vuitton et alii*, spéc. pt. 79 ; CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora*, spéc. pt. 37 et 38. Il semble toutefois que les atteintes aux fonctions secondaires sont réservées aux signes identiques à la marque, utilisés pour des produits ou services identiques.

³⁶⁷ Pour une démonstration du rôle résiduel de ces fonctions, lire : J. Passa, « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? utilité ? », *Propriété intellectuelle* 2012, n° 6, ét. 11, spéc. pt. 16 et s.

³⁶⁸ CJUE, gde ch., 11 sept. 2007, aff. C-17/06, *Céline : RTD eur.* 2007, p. 689, obs. J. Schmidt-Szalewski ; *RTD com.* 2007, p. 712, J. Azéma.

119. L'appréhension de la condition de vie des affaires par le droit pénal - Cette jurisprudence de la Cour de justice fait l'objet de nombreuses critiques³⁶⁹. L'appréhension de ces conditions par le juge pénal soulève plusieurs difficultés. Bien qu'elle n'ait pas été transposée en droit interne, la notion de vie des affaires apparaît dans la directive. Par conséquent, cette limite doit être appliquée par les juridictions françaises, qui ont l'obligation d'interpréter les dispositions du code de la propriété intellectuelle à la lumière de celles des directives. De surcroît, la définition élaborée par la Cour de justice semble suffisamment stable pour que l'exigence de prévisibilité de la mise en œuvre des délits soit satisfaite. Cependant, cette condition a pour effet de réduire considérablement le champ des infractions. Si la condition d'usage dans la vie des affaires est implicitement comprise à l'article L. 716-9 du code de la propriété intellectuelle, puisque les actes incriminés doivent avoir été réalisés « *en vue de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer ces marchandises* », elle ne l'est pas à l'article L. 716-10, à l'exception du b). L'ajout de la condition de vie des affaires réduit considérablement les hypothèses d'application de cette disposition. Elle exclut, notamment, la sanction, sur le fondement de l'article L. 716-10 a), des voyageurs qui importent en France, pour leur usage personnel, des marchandises présentées sous une marque contrefaisante et achetées dans un pays étranger. L'absence d'usage dans la vie des affaires pourrait alors être soulevée par le prévenu, comme cause d'irresponsabilité pénale. L'ajout de cette condition modifie la politique criminelle menée par le législateur français, caractérisée par la volonté de lutter à tous niveaux contre la contrefaçon de marques afin de protéger le droit de propriété, pour la réduire à la seule protection du marché³⁷⁰.

120. L'appréhension de la condition d'atteinte aux fonctions de la marque par le droit pénal - L'usage de la marque en tant que marque et les atteintes aux fonctions de la marque, qui en résultent, soulèvent quelques interrogations. Cette condition n'apparaît pas dans la directive de 2008. La Cour de justice a donc ajouté une condition à son article 5. A l'aune du droit pénal, elle semble alors porter atteinte au principe de légalité des délits. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que la jurisprudence fait partie des sources du droit et complète la loi, nécessairement rédigée en des termes généraux. Toutefois, dans cette hypothèse, la Cour de justice de l'Union européenne n'apporte pas une précision à la directive, elle instaure une nouvelle condition, qui réduit l'envergure du droit des marques. Il semble alors que la condition d'usage en tant que marque et celle des atteintes aux fonctions de la marque, qui déterminent un tel usage, ne puissent être appliquées par le juge pénal. Cependant, il convient de souligner que l'article 10 de la directive de 2015 présente une légère différence avec l'article 5 de celle de 2008. Désormais, le titulaire du droit sur une marque peut, lorsque

³⁶⁹ J. Passa, « Caractérisation de la contrefaçon par référence aux fonctions de la marque : la Cour de justice sur une fausse piste », *Propriété ind.* 2011, n° 1, ét. 1.

³⁷⁰ Sur la différence des objectifs de lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, entre le législateur français et l'Union européenne, voir *infra* n° 338.

les conditions sont réunies, « *interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires, pour des produits ou services, d'un signe* ». La mention de l'usage pour des produits ou services a été ajoutée et pourrait être considérée comme une référence à la jurisprudence de la Cour de justice. Le lien est néanmoins ténu et il semble que le juge pénal ne peut, sans porter atteinte au principe de légalité des délits, appliquer cette condition.

121. La mise en œuvre des conditions par le juge pénal - Il apparaît que la majorité des affaires, dont ont à connaître les juridictions répressives, concerne des atteintes réalisées par des professionnels. En effet, les décisions publiées portent sur des actes commis dans les circonstances d'une activité économique. Les condamnations, sur le fondement de l'article L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle, ne portent que sur ces actes ayant vocation à conférer un avantage économique aux prévenus. Un arrêt rendu par la Chambre criminelle, le 26 novembre 2013, permet de constater que, nonobstant l'absence de référence expresse de la cour d'appel à l'usage dans la vie des affaires et aux atteintes aux fonctions de la marque, le pourvoi, qui argue de l'application de ces deux conditions, ne peut qu'être rejeté, car celles-ci ressortent implicitement des faits reprochés au prévenu³⁷¹. Ces conditions, issues du droit de l'Union européenne, pourraient constituer des causes objectives d'irresponsabilité pénale. Toutefois, l'étude de la jurisprudence interne démontre qu'elles n'ont, jusqu'à présent, pas été soumises aux débats judiciaires devant les juridictions répressives.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

122. Lorsque le prévenu soulève, pour sa défense, une exception substantielle portant sur la condition préalable d'une infraction à un droit de propriété intellectuelle ou une cause objective d'irresponsabilité constituée par une exception ou une limite au droit, le juge pénal est confronté à l'application de dispositions civiles ou d'éléments jurisprudentiels. De surcroît, situé au confluent du droit français et du droit de l'Union européenne, le droit de la propriété intellectuelle est parfois écartelé entre une conception interne, protectrice du droit de propriété, et une conception unioniste, protectrice du marché européen. Contraint d'œuvrer au sein de cet édifice instable, sans pouvoir se départir des principes irriguant le droit pénal, le juge répressif semble avoir trouvé sa voie. D'une part, il interprète les dispositions civiles en faveur des titulaires de droits, oscillant opportunément entre interprétation stricte et interprétation souple, notamment concernant les exceptions au droit d'auteur. D'autre part, écartant les interprétations de la Cour de justice de l'Union européenne, il adopte celles des juridictions civiles internes. Néanmoins, lorsque les critères jurisprudentiels apparaissent trop subjectifs pour être conformes aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'efforce de les objectiver, parfois en s'inspirant du travail d'harmonisation de la Cour de justice.

³⁷¹ Cass. crim., 26 nov. 2013, n° 12-86.502.

CONCLUSION DE LA SECTION I

123. Bien que d'essence pénale, les infractions aux droits de propriété intellectuelle sont marquées d'une forte empreinte civiliste. Ce droit, construit tant par la loi que par la jurisprudence, constitue un édifice mouvant, capable de s'adapter aux secousses produites par les innovations technologiques et aux nouvelles pratiques des utilisateurs et des consommateurs. Appliqué au droit de la propriété intellectuelle, le droit pénal doit alors suivre ces mouvements. Des éléments des incriminations – matériel et moral, aux éléments de détermination de l'infraction, conditions préalables et causes objectives d'irresponsabilité, il épouse les dispositions et interprétations civiles internes. Abandonnant son autonomie, le juge répressif fait le choix de ne pas fragiliser l'édifice en ajoutant des nouvelles interprétations à celles des juridictions civiles internes et de la Cour de justice de l'Union européenne. En accueillant cette influence civiliste, il offre une certaine sécurité juridique aux prévenus. En effet, les décisions des juridictions pénales en ce domaine étant rares, il est difficile de percevoir une ligne jurisprudentielle. Or, la présomption de mauvaise foi du prévenu entraîne celle des conditions préalables des infractions, ainsi que celle des exceptions et limites au droit. Les individus doivent alors pouvoir évaluer les conséquences de leurs actes à l'aune d'une jurisprudence prévisible et accessible, car le renversement de ces présomptions s'avère difficile.

SECTION II - L'adaptation délicate du droit pénal à la nature des infractions aux droits de propriété intellectuelle

124. Le droit pénal de la propriété intellectuelle, confronté à la masse et à l'extraterritorialité des infractions - Si le législateur et le juge ont su adapter le droit pénal à la nature civiliste du droit de la propriété intellectuelle, la nature des atteintes subies par ce droit constitue un obstacle plus difficile à franchir. Les infractions aux droits de propriété intellectuelle sont massives et font fi des frontières étatiques. Ces deux caractéristiques mettent le droit pénal en difficulté. D'une part, son caractère exceptionnel n'est pas adapté au traitement des contentieux de masse. D'autre part, instrument de souveraineté nationale, il n'a, en principe, pas vocation à être appliqué hors des frontières. Les infractions commises dans le cyberspace cumulent ces deux difficultés. Le Conseil d'Etat a remarqué que les interventions de l'Etat dans le cyberspace manquent d'efficacité en raison de « *la facilité de création d'un site internet ayant été convaincu d'activité illicite ; la nécessité d'obtenir l'exécution de décisions administratives ou juridictionnelles des Etats étrangers ; le décalage entre la vitesse d'évolution de l'univers numérique et le temps des processus institutionnels et juridictionnels* »³⁷². Le droit pénal, tant substantiel que procédural, doit alors être adapté à ces infractions massives et transfrontalières, commises dans l'espace physique ou le cyberspace. A défaut, il se déroberait à son objectif de protection du droit de la propriété intellectuelle. Entre application de solutions de droit pénal commun et création d'instruments spécifiques, le législateur accroît le champ du droit pénal substantiel et ouvre les portes des procédures simplifiées et accélérées au droit de la propriété intellectuelle, afin de résorber la masse des infractions (PARAGRAPHE I). L'adaptation du droit pénal, à la nature transfrontalière des infractions, apparaît plus ardue. Les infractions aux droits de propriété intellectuelle se jouent des frontières de l'espace physique – ou en jouent – et parcourent le cyberspace, par nature dépourvu de frontières. Certes, le législateur français a adopté des règles étendant la compétence du droit pénal et des juridictions répressives françaises à des infractions dont les éléments constitutifs ne sont pas commis sur le territorial national et les a adaptées au cyberspace. Cependant, en raison de sa nature territoriale, le droit de la propriété intellectuelle ne profite pas de ces évolutions. Si la lutte contre la cybercriminalité gagne en efficacité, le droit pénal ne peut lutter contre les infractions transfrontalières aux droits de la propriété intellectuelle qu'avec une action conjointe des autres Etats. La coopération procédurale ne présente pas de difficulté, mais l'harmonisation des incriminations et des sanctions exige une coordination, difficile à instaurer, tant au niveau de l'Union européenne, qu'au niveau international (PARAGRAPHE II).

³⁷² Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'Etat, 2014, p. 131.

125. La massification des infractions due au développement de leurs moyens - Les infractions aux droits de propriété intellectuelle se sont intensifiées en raison du développement des moyens de transport des marchandises physiques et des moyens de communication, principalement par Internet. Des marchandises contrefaisantes, fabriquées à l'autre bout du monde, sont, désormais, rapidement accessibles. La dématérialisation des supports des biens, objets de droits de propriété intellectuelle, notamment de droit d'auteur et de droits voisins, et leur circulation sur Internet, offre aux contrefacteurs la possibilité de les reproduire à l'infini ou de les rendre accessibles à tous, simultanément. Le développement des réseaux *peer to peer* a principalement contribué à la massification des atteintes, car cette technique fait de l'utilisateur un diffuseur. La massification des infractions aux droits de la propriété intellectuelle est observée dans l'espace physique, laquelle touche majoritairement les droits de propriété industrielle, ainsi que dans le cyberspace, principalement concernant les droits de propriété littéraire et artistique.

126. Le droit pénal, transcendant ses difficultés d'appréhension des infractions de masse - Le droit pénal, droit exceptionnel et subsidiaire, n'est, à l'origine, pas conçu pour endiguer un nombre massif d'infractions. Pourtant, dans certains domaines, une massification des infractions peut être observée. Ainsi, les infractions aux règles du code de la route et les infractions relatives à la consommation de stupéfiants ont vu leur volume fortement augmenter. Le droit de la propriété intellectuelle n'est alors pas le seul concerné par ce phénomène. Les difficultés d'appréhension de ces infractions de masse ont pour origine des causes endogènes et exogènes au droit pénal (I). Malgré ces difficultés, le législateur tente d'adapter le droit pénal afin qu'il puisse vaincre ce phénomène. Le droit de la propriété intellectuelle bénéficie de solutions de droit commun, ainsi que de solutions spécifiques (II).

I- Les causes des difficultés d'appréhension des infractions de masse par le droit pénal

127. Les causes d'inadaptation du droit pénal aux infractions de masse - Tant le droit pénal substantiel, que la procédure pénale, se révèlent inadaptés à la répression des contentieux de masse. Ces difficultés sont induites par la nature du droit pénal (A), ainsi que par des causes externes (B).

A- Les causes endogènes au droit pénal

128. L'instant du droit pénal et le temps procédural - Deux causes endogènes au droit pénal peuvent expliquer ses difficultés d'appréhension des infractions de masse. Les incriminations ne peuvent concerner que des actes portant gravement atteinte à l'ordre public.

Par conséquent, le droit pénal n'apparaît pas légitime à agir préventivement, en sanctionnant des comportements malgré l'absence de trouble. Cette limite du droit pénal rend difficile la lutte contre des infractions qui exigent une politique préventive ferme (1). La seconde cause tient au caractère exceptionnel du droit pénal. Sa procédure est élaborée conformément à ce caractère. En principe plus lente que la procédure civile et contrainte par le respect des principes fondamentaux, directeur du procès pénal, elle limite considérablement les juridictions dans le traitement des contentieux massifs (2).

1- L'exigence d'un trouble à l'ordre public

129. Le trouble causé à l'ordre public, condition d'incrimination des comportements - La lutte contre les infractions de masse exige de mener une politique préventive des infractions afin d'empêcher l'adoption de comportements qui favorisent leur réalisation. En principe, le droit pénal n'est légitime à appréhender que les comportements portant une atteinte grave à l'ordre public³⁷³. Ceux qui représentent uniquement une menace n'apparaissent pas légitimes à entrer dans le champ pénal. Il convient alors de distinguer la fonction de dissuasion de la loi pénale et la fonction de prévention des autres lois. Ces dernières agissent sur les causes et les moyens de la criminalité, tandis que la loi pénale a pour objet de faire naître une crainte dans l'esprit des individus pour les détourner de la commission d'une infraction. La prévention, contrairement à la dissuasion, n'est pas fondée sur la peur que les lois créent chez les individus. La dissuasion participe, certes, de la prévention générale, mais cette dernière ne s'y résume pas. Montesquieu explique, au sujet des Etats modérés, que, « *dans ces Etats, un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes, qu'à les prévenir [...]* »³⁷⁴. S'inscrivant dans cette conception, Beccaria enseigne qu'« *il vaut mieux prévenir les délits que les punir* »³⁷⁵. Si la prévention des infractions est essentielle à la politique criminelle, elle ne relève pas de la loi pénale. Monsieur le Professeur Cusson définit la prévention générale comme « *le pouvoir qu'auraient les lois et leur application d'empêcher les citoyens de commettre des crimes* ». Elle est « *le résultat des influences additionnées qu'exercent la loi et son application* »³⁷⁶. La prévention est mise en œuvre par d'autres lois dans des domaines divers, tels que l'éducation, l'urbanisme ou la santé. Beccaria identifie cinq préceptes susceptibles de prévenir les délits, qui sont la bonté des lois, les progrès des sciences³⁷⁷, l'intégrité des

³⁷³ Voir *infra* n° 976.

³⁷⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Flammarion, coll. Le monde de la philosophie, 2008, partie I, livre VI, chap. IX, p. 153.

³⁷⁵ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, p. 283.

³⁷⁶ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 160.

³⁷⁷ « *Voulez-vous prévenir les délits ? Faites que les lumières accompagnent la liberté* » : C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, p. 287.

magistrats, les récompenses promises à la vertu³⁷⁸ et l'éducation³⁷⁹. Garofalo, faisant référence aux écrits d'éminents criminologues, dresse la liste des actions que l'Etat peut mener pour prévenir la criminalité³⁸⁰. Parmi celles-ci, la lutte contre l'oisiveté, la suppression d'impôts – « *cause continue d'agitation* », l'instauration de la liberté d'échange³⁸¹ et, par conséquent, la suppression de certains monopoles qui encouragent la contrebande, la construction de maisons ouvrières à des prix abordables, l'amélioration de l'éclairage nocturne ainsi que de meilleures lois civiles et commerciales. Il résume, en trois points, toutes les mesures efficaces susceptibles de prévenir la criminalité : une bonne police, une bonne administration de la justice et le développement de l'éducation morale publique³⁸².

130. La prévention, par les incriminations, de comportements menaçant l'ordre public - Pourtant, certaines incriminations résultent de la politique de prévention des atteintes à l'ordre public puisqu'elles concernent des comportements qui ne représentent qu'une menace pour l'ordre public. Parfois, la menace est sérieuse et directe car l'atteinte était voulue. Il en est ainsi des tentatives d'infractions. Il semble légitime que la tentative soit sanctionnée car l'absence de résultat est indépendante de la volonté de l'auteur. L'incrimination des actes de complicité apparaît, aussi, légitime en ce qu'ils ont facilité, voire permis, la réalisation de l'infraction. Toutefois, le législateur choisit, parfois, d'incriminer des menaces indirectes pour l'ordre public. Essentiellement préventives, ces incriminations forment des infractions obstacles. « *Incrimination d'un comportement dangereux, pas forcément immoral, mais sans conséquence dommageable immédiate et donc inoffensif en lui-même* »³⁸³, l'infraction obstacle n'a pas pour objet de sanctionner l'atteinte à l'ordre public, mais l'extériorisation de l'intention criminelle. Cet « *ouvrage avancé de la répression* »³⁸⁴, dont la légitimité peut être discutée³⁸⁵, relève de l'utilitarisme et d'une volonté politique d'endiguer le plus efficacement possible certaines atteintes à l'ordre public. Quand bien même l'incrimination de ce type de comportements offrirait une prévention efficace des atteintes à la propriété, la légitimité du développement de telles dispositions peut être discutée. Le droit civil semble plus légitime à assurer cette protection, en amont de toute atteinte à l'ordre public, encore faudrait-il élaborer un régime juridique spécial, dépourvu de condition de preuve d'un dommage. Néanmoins, afin de lutter contre la massification des infractions aux droits de propriété intellectuelle, le législateur a instauré plusieurs infractions préventives, en incriminant le fait de fournir des

³⁷⁸ C. Beccaria constate néanmoins à ce sujet, « *j'observe à ce propos un silence universel dans les lois de toutes les nations d'aujourd'hui* » : C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, p. 293.

³⁷⁹ « *Enfin le moyen le plus sûr mais le plus difficile de prévenir les délits est de perfectionner l'éducation [...]* » : *ibid.*

³⁸⁰ R. Garofalo, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Félix Alcan, 2^e éd., 1890, p. 212 et s.

³⁸¹ La « *liberté d'échange* » correspond, aujourd'hui, à la liberté de concurrence.

³⁸² R. Garofalo, *La criminologie : (...), op. cit.*, p. 223.

³⁸³ J. Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 21^e éd., 2016, n° 440, p. 371.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ Voir *infra* n° 981 et s.

moyens de porter atteinte aux droits et le fait de porter atteinte ou de fournir des moyens de porter atteinte aux mesures techniques de protection et d'information³⁸⁶. Le législateur a donc adapté le droit pénal, lui conférant une fonction préventive utile dans la lutte contre les infractions de masse. Une adaptation de sa procédure peut, aussi, être observée.

2- L'exigence du respect des droits fondamentaux

131. La procédure d'un droit exceptionnel et subsidiaire - Le droit pénal a été élaboré pour sanctionner les atteintes les plus graves aux valeurs sociales essentielles. C'est un droit d'exception, qui n'intervient que subsidiairement, lorsque les autres réseaux de sanctions sont inefficaces à faire cesser ces atteintes. Il est mis en œuvre par une procédure qui correspond à son caractère exceptionnel. La nature de ses sanctions, notamment celles privatives de liberté, a aussi une incidence sur la procédure. Elle impose le respect de principes et droits fondamentaux. Le rythme procédural est alors plus lent que celui de la procédure civile. Toutefois, en raison de l'ampleur de certains contentieux le législateur a instauré des procédures spécifiques, certaines ouvertes à diverses infractions, d'autres limitées à un domaine. Ainsi, en matière d'infractions au code de la route, l'article 36 de loi du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle³⁸⁷, a instauré l'amende forfaitaire délictuelle liée à une procédure inspirée de celle dédiée aux amendes contraventionnelles. Les procédures de jugement correctionnel ont été diversifiées. La célérité est acquise grâce à une réduction des délais ou une flexibilité des acteurs de la procédure, telle que dans la procédure de comparution immédiate³⁸⁸. Elle est aussi recherchée dans la simplification de la procédure, qui permet au président du tribunal de statuer à juge unique, sans débat préalable, par ordonnance pénale³⁸⁹. Désormais, la reconnaissance de culpabilité de l'intéressé influe sur la procédure, puisqu'il peut bénéficier, avec son accord, d'une procédure plus rapide³⁹⁰. Elle réduit le rôle du juge à l'homologation des propositions formulées par le procureur de la République et acceptées par l'intéressé. Ces procédures sont applicables aux infractions, dont le volume du contentieux paralyse les procédures traditionnelles.

132. Une procédure soumise au respect des droits fondamentaux - Au caractère massif de certains contentieux s'ajoute la nature obscure des délits. Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, spécifiquement celles au droit d'auteur et droits voisins réalisées grâce à Internet, sont certes massives mais, aussi, dissimulées. La détection des infractions nécessiterait, parfois, la mise en œuvre d'une procédure qui heurterait les exigences des principes directeurs. En matière d'infractions relatives au trafic de stupéfiants, lesquelles combinent massification et

³⁸⁶ Voir *infra* n° 141.

³⁸⁷ Loi, n° 2016-1547, du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³⁸⁸ Art. 393 et s. du CPP.

³⁸⁹ Art. 495 et s. du CPP.

³⁹⁰ Art. 495-7 et s. du CPP.

dissimulation, des règles dérogatoires ont été instaurées, notamment concernant l'enquête. Ainsi, des règles spéciales organisent les opérations d'infiltration et les perquisitions nocturnes. Des dérogations existent, aussi, en droit de la propriété intellectuelle. Les douanes sont dotées de pouvoirs exceptionnels³⁹¹. Des agents ont pour mission de détecter les actes contrefaisants sur Internet et bénéficient de moyens d'investigations, qui font écho à ceux des missions d'infiltrations menées par les brigades dédiées à la lutte contre le trafic de stupéfiants³⁹². Des adaptations sont donc réalisées par le législateur afin d'atténuer les difficultés d'appréhension des contentieux de masse par le droit pénal. Cependant, des choix de politique criminelle freinent la lutte contre certains contentieux de masse.

B- Les causes exogènes au droit pénal

133. Les choix de politique criminelle - Les juridictions sont submergées par les contentieux de masse en raison du manque de moyens qui sont mis à leur disposition. L'attribution de moyens d'enquête, l'affectation de magistrats et les moyens dédiés au suivi de l'exécution des peines jouent un rôle déterminant dans la capacité d'absorption de ces contentieux. Ainsi, la détection des infractions sur Internet exige d'importants moyens techniques et requiert un nombre élevé d'agents, spécifiquement formés aux nouvelles technologies. Or, la politique criminelle est menée en fonction des objectifs politiques du gouvernement. Le Garde des Sceaux incite les juridictions, par des circulaires, à s'intéresser à certains contentieux, plutôt qu'à d'autres. Des priorités sont déterminées et il semble que le droit de la propriété intellectuelle en soit exclu. Ainsi, la lutte contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle, commises sur Internet, est délaissée au profit de la protection de l'intégrité des personnes.

134. L'adaptation au droit de la propriété intellectuelle - Malgré ces causes d'inadaptation du droit pénal aux infractions de masse, le législateur a entrepris d'adapter tant le droit pénal substantiel que la procédure pénale. En droit de la propriété intellectuelle, des adaptations communes aux droits peuvent être identifiées. Le droit d'auteur et les droits voisins étant particulièrement touchés par une consommation débridée d'œuvres et autres phonogrammes et vidéogrammes sur Internet, le législateur a développé des solutions spécifiques à ces droits.

³⁹¹ Voir *infra* n° 186.

³⁹² Voir *infra* n° 468.

II- L'adaptation du droit pénal de la propriété intellectuelle aux infractions de masse

135. Des solutions communes aux solutions spécifiques - Le législateur a adapté le droit pénal de la propriété intellectuelle afin qu'il constitue un instrument de lutte contre les infractions massives que connaissent certains droits. Le droit d'auteur, les droits voisins, le droit des marques et le droit des dessins et modèles sont ceux les plus touchés par ce phénomène. Si les infractions au droit des brevets ont des conséquences économiques parfois funestes pour les entreprises, titulaires des certificats, le contentieux n'apparaît pas autant étendu que celui relatif à ces autres droits. La contrefaçon de brevets est, certes, fortement lucrative, mais elle requiert des moyens techniques et technologiques qui peuvent constituer un frein. Les adaptations ont été réalisées, tant sur le plan du droit pénal substantiel, que sur celui de la procédure. Le législateur a instauré de nouveaux outils de lutte contre les infractions de masse, qui bénéficient à tous les droits de propriété intellectuelle (A), tandis que le droit d'auteur et les droits voisins, particulièrement atteints par la massification de la contrefaçon sur Internet, font l'objet de réformes spécifiques (B).

A- Les solutions communes aux droits de propriété intellectuelle

136. Des solutions de droit pénal substantiel et de procédure pénale - L'adaptation du droit pénal à la nature massive des infractions aux droits de la propriété intellectuelle concerne le droit pénal substantiel et le droit pénal formel. D'une part, le législateur instaure de nouvelles incriminations. Spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, elles sont parfois inspirées d'autres contentieux (1). D'autre part, il permet au juge de mettre en œuvre les procédures de droit commun simplifiées et, donc, plus rapides (2).

1- L'instauration de nouvelles incriminations

137. L'incrimination de comportements et la prise en considération de situations favorisant la massification des infractions - La lutte contre les infractions de masse exige, certes, d'incriminer les actes portant directement atteinte au droit protégé, mais, aussi, d'incriminer des comportements qui facilitent ces atteintes. Les conditions de l'incrimination de complicité réduisant les hypothèses de sa mise en œuvre, le législateur a incriminé, pour certains droits de propriété intellectuelle, le fait de fournir des moyens permettant de porter atteinte à ces droits, ainsi que le fait d'inciter à utiliser ces moyens (a). Outre ces nouvelles incriminations, des circonstances aggravantes, terreaux de la massification des infractions, ont été instaurées afin d'accroître la sévérité des peines encourues (b).

a- L'incrimination de la fourniture de moyens

138. L'incrimination protégeant le droit d'auteur et les droits voisins - L'article L. 335-2-1 du code de la propriété intellectuelle vise les actes d'édition, de mise à disposition ou de communication au public, d'un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public, dépourvue d'autorisation, d'œuvres ou d'objets protégés. Le fait d'inciter, sciemment, à l'usage de ce logiciel, constitue aussi un délit. Bien que les peines soient identiques à celles prévues pour les actes de contrefaçon, ces actes sont clairement distingués des atteintes directes portées au droit d'auteur et aux droits voisins. Cette disposition, créée par la loi du 1^{er} août 2006, dite DADVSI³⁹³, n'est pas issue de la directive qu'elle transpose³⁹⁴, mais de la proposition de la Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique³⁹⁵. Cette disposition a vocation à lutter contre les éditeurs et fournisseurs de logiciels *peer to peer*, qui ont joué un rôle important dans le développement des atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet.

139. L'incrimination protégeant le droit des brevets - L'article L. 613-4 du code de la propriété intellectuelle interdit, à défaut de consentement, la livraison ou l'offre de livraison, de moyens de mise en œuvre de l'invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci. Deux conditions alternatives sont exigées. Le tiers doit savoir que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre ou les circonstances doivent rendre évidente l'aptitude ou la destination de ces moyens. Cette incrimination comporte une limite. Elle n'est pas applicable aux moyens constituant des produits qui se trouvent couramment dans le commerce. Cette limite comporte une exception. Lorsque le tiers incite la personne, à laquelle il livre le produit, à commettre un acte de contrefaçon, sa responsabilité peut être engagée. En raison de l'utilisation de la technique d'incrimination par renvoi, cette infraction de fourniture de moyens est assimilée aux atteintes directes au droit du propriétaire du brevet. Le fournisseur de moyens est donc assimilé au contrefacteur et ses actes sont qualifiés de « *contrefaçon par fourniture de moyens* ». Il est intéressant de noter que seul le droit des brevets prévoit l'engagement de la responsabilité civile du fournisseur de moyens. L'article L. 613-4 du code de la propriété intellectuelle interdit la livraison ou l'offre de livraison de moyens de mise en œuvre de l'invention et l'article L. 615-1 permet d'engager la responsabilité civile de l'auteur de cette faute³⁹⁶. En l'absence de disposition spéciale, civile, établie pour les autres droits, la responsabilité civile du fournisseur de moyens ne pourra pas être engagée. En effet, le droit commun de la responsabilité ne pourra

³⁹³ Loi, n° 2006-961, du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

³⁹⁴ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

³⁹⁵ CSPLA, Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne, avis 2005-2.

³⁹⁶ Sur la mise en œuvre de la contrefaçon par fourniture de moyens de mise en œuvre de l'invention : Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-29.378 : E. Py, « Contrefaçon par fourniture de moyens : le cas des consommables », *Propri. ind.* 2017, n° 11, comm. 59.

servir de fondement car, si la faute peut être prouvée en raison de l'existence d'une incrimination, en l'absence d'atteinte au droit, il n'existe pas de préjudice.

140. L'incrimination protégeant le droit des marques - L'article L. 716-9 c) du code de la propriété intellectuelle incrimine le fait de donner des instructions ou des ordres pour la commission d'actes de production industrielle de marchandises présentées sous une marque contrefaisante ou celle d'actes, visés au a), de transport et de franchissement de frontières de telles marchandises, dans le but de les vendre, de les fournir, de les offrir à la vente ou de les louer.

141. Des infractions préventives, périphériques à la contrefaçon - Sanctionner pénalement les individus, qui fournissent les moyens de commettre des actes de contrefaçon ou assimilés, permet de mener une lutte périphérique à la contrefaçon, une lutte en amont des atteintes directes aux droits. Ces actes sont similaires aux actes de complicité, définis à l'article 121-7 du code pénal. Ils s'apparentent au fait de sciemment faciliter la préparation ou la consommation d'un délit, par aide ou assistance. Les actes d'incitation ou les instructions et ordres, incriminés en droit d'auteur et droits voisins ainsi qu'en droit des marques, correspondent à la complicité par instructions. Cependant, la complicité est liée à une infraction principale. Certes, il n'est pas nécessaire d'agir contre l'auteur de cette infraction, ni même de l'avoir identifié, pour pouvoir agir contre le complice. L'absence de répression de l'infraction principale ne fait pas obstacle à la sanction du complice. Toutefois, il est indispensable que l'existence d'un fait principal punissable ait été constatée³⁹⁷ ; or les infractions de fourniture de moyens sont des infractions obstacles, sanctionnées sans considération du résultat. Le fournisseur de moyens peut être poursuivi alors qu'aucune atteinte directe aux droits n'a été commise. Contrairement à la complicité, la fourniture de moyens de contrefaçon n'exige donc pas, pour être sanctionnée, l'existence d'une infraction principale punissable. L'engagement de la responsabilité pénale du fournisseur de moyens, indépendamment de celui du contrefacteur, permet une lutte plus rapide et plus efficace que l'engagement de la responsabilité sur le fondement de la complicité. Son incrimination résulte d'un choix politique, afin de prévenir la commission des infractions aux droits de propriété intellectuelle. En incriminant de tels comportements, le législateur agit en amont des actes de contrefaçon et tente d'endiguer le phénomène de massification de ces délits.

142. Des actes, aux circonstances - Outre ces incriminations, facilitant la sanction des comportements portant indirectement atteinte aux droits de propriété intellectuelle, le législateur a instauré deux circonstances, en principe aggravantes, qui permettent de sanctionner plus sévèrement les atteintes directes au droit.

³⁹⁷ Cass crim., 28 nov. 2006 : *Bull. crim.* 2006, n° 294. En droit de la propriété intellectuelle : CA Paris, pôle 5, ch. 12, 26 sept. 2011, n° 10/1053.

b- L'incrimination de diverses circonstances aggravantes

143. L'instauration de la circonstance aggravante de bande organisée - La loi du 9 mars 2004, dite Perben II³⁹⁸, a inséré dans le code de la propriété intellectuelle, pour chaque droit faisant l'objet d'une protection pénale, la circonstance aggravante de commission du délit en bande organisée. Cette circonstance accroît les peines en rendant le délit passible de sept ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende. Concernant l'atteinte portée aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention végétale, la peine prévue pour le délit simple étant une amende de 10 000 euros, la peine aggravée consiste en l'ajout d'une peine d'emprisonnement d'une durée de six mois.

L'incrimination de cette circonstance démontre la volonté du législateur de lutter contre la délinquance organisée, commettant des actes de contrefaçon et assimilés. Si la massification des infractions en droit d'auteur et droits voisins, dans le cyberspace, est principalement due à des individus isolés, dans l'espace physique, elle est souvent le fait de bandes criminelles organisées, dont les activités ne sont pas limitées aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle³⁹⁹. Cependant, le législateur ne fait pas bénéficier ce droit de la procédure spécifique, applicable à la criminalité et la délinquance organisée, prévue aux articles 706-73 à 706-80 du code de la procédure pénale. La circonstance de bande organisée n'est donc prise en considération, en droit de la propriété intellectuelle, que par la création d'une nouvelle infraction et de peines aggravées, sans que la répression en soit facilitée par la procédure prévue à cet effet.

144. La circonstance aggravante de commission du délit au moyen d'un réseau de communication au public en ligne - La loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, du 14 mars 2011, comporte un chapitre II dédié à la lutte contre la cybercriminalité, qui instaure, pour chaque droit de propriété industrielle pénalement protégé, une circonstance aggravante relative à la commission du délit sur un réseau de communication au public en ligne. Les peines prévues sont identiques à celles instaurées pour les actes commis en bande organisée. En droit des dessins et modèles, des marques et des brevets, ces délits sont passibles de sept ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende, tandis qu'en droit des obtentions végétales, une peine d'emprisonnement de six mois est ajoutée à la peine d'amende de 10 000 euros prévue pour un délit simple. Cette circonstance aligne le droit de la propriété industrielle sur le droit de la propriété littéraire et artistique⁴⁰⁰, lequel bénéficie, depuis la loi, dite HADOPI 2⁴⁰¹, d'une disposition spéciale relative aux atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins commises au moyen d'un service de communication au

³⁹⁸ Loi, n° 2004-204, du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

³⁹⁹ Voir *infra* n° 1034 et n° 1035.

⁴⁰⁰ Cette circonstance n'est pas prévue pour les atteintes au droit des producteurs de bases de données.

⁴⁰¹ La loi, n° 2009-1311, du 28 oct. 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

public en ligne⁴⁰². Cependant, l'incrimination de cette circonstance, en droit de la propriété industrielle, aggrave davantage les peines qu'en droit d'auteur et droits voisins. En effet, l'article L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle prévoit uniquement une peine complémentaire de suspension de l'accès à ce service, pour une durée maximale d'un an. Afin de garantir l'efficacité de cette mesure, le législateur a prévu une interdiction, pour la même période, de souscrire un autre contrat portant sur un service de même nature, auprès de tout autre opérateur⁴⁰³. Sans considération du caractère dissuasif de ces mesures, lequel sera analysé ultérieurement⁴⁰⁴, cette peine complémentaire n'est proportionnellement pas équivalente à l'augmentation de quatre ans de la peine d'emprisonnement et à la multiplication par 2,5 du montant de l'amende, prévues en droit de la propriété industrielle. L'effet de l'incrimination de cette circonstance aggravante en droit de la propriété littéraire et artistique peut même s'avérer inverse à celui fortement aggravant, constaté en droit de la propriété industrielle. Le juge a le pouvoir de substituer la peine complémentaire aux peines principales encourues pour un délit⁴⁰⁵. Si la peine complémentaire de suspension de la connexion est substituée aux peines d'emprisonnement et d'amende, la circonstance de commission du délit au moyen d'un service de communication au public en ligne a alors un effet atténuant, plutôt qu'aggravant. A ce constat, doit être ajoutée la simplification de la procédure prévue par le code de la procédure pénale, lorsque les délits incriminés aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 sont commis au moyen d'un tel service. Outre la substitution de peines, l'individu peut bénéficier de la procédure simplifiée d'ordonnance pénale⁴⁰⁶. Certes, la circonstance de commission du délit sur un réseau de communication au public en ligne est prise en considération dans les deux branches du droit de la propriété intellectuelle, afin de lutter contre la massification des infractions favorisée par ce moyen de communication. Toutefois, l'analyse de ces incriminations et de leurs effets démontre que la lutte n'est pas menée avec la même philosophie. Alors qu'en droit de la propriété industrielle, le législateur a réagi de manière classique en accroissant les peines, en droit de la propriété littéraire et artistique, le législateur n'a pas cédé à l'escalade des sanctions et a consacré une peine et une procédure adéquates à ce contentieux⁴⁰⁷.

⁴⁰² La circonstance n'est pas incriminée dans les mêmes termes dans ces deux branches de la propriété intellectuelle. L'article L. 335-7 fait référence au service de communication au public en ligne, alors que les dispositions de droit de la propriété industrielle mentionnent le réseau de communication au public en ligne. En outre, la première qualifie expressément le service de « *moyen* » de commission du délit, tandis que les seconds, en employant le terme « *sur* », en font un lieu de réalisation de l'infraction. Si ces différences n'ont pas d'incidence sur la mise en œuvre de ces incriminations, l'harmonisation est encore manquée.

⁴⁰³ Cette peine complémentaire et les obligations consécutives qui pèsent sur l'abonné sanctionné ont été déclarées conforme à la Constitution par le Conseil : Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, consid. 21 et 22.

⁴⁰⁴ Voir *infra* n° 544.

⁴⁰⁵ Art. 131-11 du CP.

⁴⁰⁶ Voir *infra* n° 173.

⁴⁰⁷ Voir *infra* n° 544.

145. L'adaptation du droit pénal substantiel renforcée par celle de la procédure -

L'adaptation des incriminations à la massification des infractions est insuffisante si elle n'est pas accompagnée d'une simplification de la procédure, afin d'éviter un encombrement paralysant des juridictions.

2- L'application de procédures simplifiées

146. Des procédures simplifiées, spécifiques aux contentieux de masse -

Outre la procédure de comparution immédiate prévue à l'article 395 du code de procédure pénale, applicable aux délits de contrefaçon et assimilés, le législateur a instauré des aménagements procéduraux, qui, certes, ne sont pas spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, mais y trouvent un terrain d'élection.

147. La composition pénale -

Spécifiquement créée pour les contentieux de masse et applicable aux auteurs des faits qui n'ont encore jamais été condamnés, la composition pénale, qualifiée de procédure alternative aux poursuites, est devenue au fil des réformes, une procédure simplifiée, proche de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁴⁰⁸. Lorsque les faits relèvent de délits, punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans ou d'une peine principale d'amende, le procureur de la République peut proposer, avant que l'action publique ne soit mise en mouvement, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une mesure de composition pénale à l'individu qui reconnaît avoir commis les faits qui lui sont reprochés. L'article 41-2 du code de procédure pénale présente une liste de mesures qui peuvent être proposées à l'individu, notamment le versement d'une amende au Trésor public, la remise des choses ayant servi ou étant destinées à servir à la commission de l'infraction ou les choses qui en sont le produit ou encore plusieurs stages et formations. S'il accepte la proposition, la composition pénale est validée par le président du tribunal, s'il la refuse, l'action publique sera mise en mouvement. Cette procédure se révèle d'une grande souplesse, car elle autorise les juridictions à élaborer des modèles procéduraux variés⁴⁰⁹.

148. La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité -

Pour les délits prévus par le code de la propriété intellectuelle, punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans⁴¹⁰, le procureur de la République, peut d'office ou sur demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance

⁴⁰⁸ Art. 41-2 du CPP.

⁴⁰⁹ F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2016, n° 1179 et s., p. 815 et s.

⁴¹⁰ Il s'agit, en droit de la propriété intellectuelle, des délits commis dans des circonstances de nature à aggraver les peines, tels que les délits commis en bande organisée, sur un réseau de communication au public en ligne, ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé ou la sécurité de l'homme ou de l'animal.

préalable de culpabilité, dès lors qu'il a reconnu les faits qui lui sont reprochés⁴¹¹. Une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues sont proposées à l'individu, par le procureur de la République, sans que la peine d'emprisonnement ne puisse excéder la moitié de la durée encourue. Si cette proposition est acceptée par l'individu, le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué est chargé de l'homologuer. Si elle est refusée, il est renvoyé devant le tribunal correctionnel.

149. Des procédures simplifiées aux fins de célérité - Ces procédures tendent à réduire le temps de répression des infractions. Le droit de propriété intellectuelle participe donc de la diversification des vitesses de la justice pénale. Si l'accélération de la procédure est nécessaire pour traiter un contentieux de masse, le législateur doit néanmoins être attentif à ce qu'en ce domaine, la justice « *accélérée* » ne devienne pas une justice « *expéditive* »⁴¹². De surcroît, la diversité des mesures, notamment applicables en cas de composition pénale, donne au procureur la possibilité d'adapter au mieux la réponse pénale à l'infraction commise.

150. Des règles communes aux règles spécifiques - Si le législateur tente d'adopter des solutions communes aux différents droits de propriété intellectuelle, le droit d'auteur et les droits voisins requièrent des solutions spécifiques en raison de la massification des infractions commises au moyen d'Internet.

B- Les solutions spécifiques au droit d'auteur et aux droits voisins

151. Des solutions de droit pénal substantiel et de procédure pénale - A l'image de l'adaptation du droit pénal menée pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, son adaptation spécifique en droit d'auteur et en droits voisins porte sur le droit pénal substantiel, grâce à de nouvelles incriminations (1), et sur la procédure pénale, grâce à l'application de l'ordonnance pénale à ce contentieux (2).

1- L'instauration de nouvelles incriminations

152. De la dépenalisation à l'inflation pénale législative - L'évolution du droit pénal de la propriété littéraire et artistique, dans le domaine de l'Internet, illustre parfaitement l'indécision du législateur. D'abord vouée à une dépenalisation de certaines atteintes commises sur Internet (a), cette branche du droit de la propriété intellectuelle a, en raison de son échec, subi une inflation pénale législative (b).

⁴¹¹ Art. 495-7 et s. du CPP.

⁴¹² M. van de Kerchove, « Eclatement et recomposition du droit pénal », RSC 2000, p. 5.

a- L'échec de la dépénalisation de certaines atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins

153. La contraventionnalisation de certaines atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins - Les réflexions menées lors de l'élaboration de la loi de transposition de la directive 2001/29/CE, dite société de l'information⁴¹³, ont abouti à une proposition de contraventionnalisation de certaines atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins. L'article 24 de la loi prévoyait l'incrimination des actes de téléchargement sur le disque dur de l'ordinateur (*download*), ainsi que celle des actes de téléchargement sur le réseau, aux fins de mise à disposition du public (*upload*). Etaient ainsi contraventionnalisées, d'une part, « *la reproduction non autorisée, à des fins personnelles, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme protégé par un droit d'auteur ou un droit voisin* », lorsque ces biens ont été « *mis à disposition au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair* » et, d'autre part, « *la communication au public, à des fins non commerciales* », de ces biens « *au moyen d'un service de communication au public en ligne, lorsqu'elle résulte automatiquement et à titre accessoire de leur reproduction* » réalisée au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair. Cette dépénalisation par changement de catégorie d'infractions⁴¹⁴ était justifiée par la disproportion entre les peines encourues pour les délits de contrefaçon et les peines prononcées par les tribunaux, qui avaient à connaître de ces actes spécifiques. Un tel écart est, selon ces parlementaires, révélateur de l'inadaptation de la réponse pénale à ces pratiques largement répandues sur Internet. La catégorie des délits devait donc être abandonnée, au profit de celle des contraventions. La peine suggérée était de 38 euros pour les actes de *download* et de 150 euros pour ceux d'*upload*⁴¹⁵.

154. L'inconstitutionnalité de la contraventionnalisation fondée sur l'utilisation de logiciels d'échange de pair à pair - Ce déclassement de ces infractions a été déclaré contraire au principe d'égalité devant la loi pénale, par le Conseil constitutionnel. Il affirme, dans sa décision du 27 juillet 2006, que « *les personnes qui se livrent, à des fins personnelles, à la reproduction non autorisée ou à la communication au public d'objets protégés au titre de ces droits sont placées dans la même situation, qu'elles utilisent un logiciel d'échange de pair à pair ou d'autres services de communication au public en ligne ; que les particularités des réseaux d'échange de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement*

⁴¹³ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁴¹⁴ Sur les notions de dépénalisation et décriminalisation, voir *infra* n° 830 et n° 831.

⁴¹⁵ M. Thiollière, *Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires culturelles, Sénat, 12 avr. 2006, n° 308, (2005-2006), spéc. p. 191.

qu’instaure la disposition contestée »⁴¹⁶. Dès lors, la contraventionnalisation a été abandonnée au profit de la création de nouvelles infractions.

b- L’accroissement de la pénalisation des comportements

155. Trois nouvelles catégories d’infractions - Face à l’impossibilité de dépénaliser ces atteintes au droit d’auteur et aux droits voisins sur Internet, le législateur a choisi la voie contraire, celle de l’inflation pénale. Après avoir mis à la charge des titulaires de connexions à Internet, une obligation de veille de celle-ci, le législateur a incriminé la négligence caractérisée dans l’exécution de cette obligation (i). Les prestataires techniques sur Internet voient leur responsabilité pénale engagée en cas d’inexécution de nouvelles obligations (ii). Les mesures techniques de protection et d’information, instaurées dans le but d’empêcher les actes de contrefaçon ou assimilés, sont protégées pénalement contre les atteintes directes et indirectes (iii).

i- La responsabilité pénale du titulaire de la connexion à Internet

156. De l’obligation de veille à la contravention de négligence caractérisée - La loi, dite DADVSI⁴¹⁷, avait instauré à l’article L. 335-12 du code de la propriété intellectuelle, l’obligation, à la charge du titulaire de l’accès à des services de communication au public en ligne, de veiller à ce que celui-ci ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d’œuvres de l’esprit, sans autorisation du titulaire des droits. Elle avait vocation à inciter les titulaires de connexion à Internet à être vigilants et à prévenir les actes de contrefaçon. Dépourvue de sanction, elle fut abrogée par la loi, dite HADOPI 1⁴¹⁸, et remplacée par une obligation similaire, mais plus large, puisqu’étendue aux droits voisins, et mieux adaptée, grâce à la mention des actes de « *mise à disposition* » et de « *communication au public* ». Le projet de loi prévoyait une sanction de suspension de la connexion à Internet, prononcée par la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, autorité administrative indépendante instaurée par celui-ci. La dévolution de cette sanction à une autorité administrative, laquelle n’est pas une autorité judiciaire, a été déclarée contraire à la Constitution, en raison de la nature de la liberté qu’elle restreint⁴¹⁹. L’obligation et la réponse graduée de la Haute autorité, en réaction à sa violation, ont été maintenues par la

⁴¹⁶ Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, consid. 65 : D. 2006, p. 2157, comm. C. Castets-Renard ; D. 2006, p. 2167, ét. G. Kessler ; CCE 2006, n° 10, comm. 140, obs. C. Caron.

⁴¹⁷ Loi, n° 2006-961, du 1^{er} août 2006 relative aux droits d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information.

⁴¹⁸ Loi, n° 2009-669, du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

⁴¹⁹ Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, consid. 16 – Pour l’analyse de cette décision, voir *infra* n° 626 et n° 627.

loi, dite HADOPI 2⁴²⁰. Prenant en considération la censure du Conseil constitutionnel, le législateur a qualifié de négligence caractérisée, la résistance aux recommandations de l'HADOPI relatives à la sécurisation de la connexion. Les conditions et la sanction par une contravention de cinquième classe, de cette négligence caractérisée, ont été déterminées par décret et codifiées à l'article R. 335-5 du code de la propriété intellectuelle. Outre la peine d'amende, le titulaire de la connexion encourait une peine complémentaire de suspension de la connexion à Internet, prononcée par les juridictions répressives⁴²¹. Ce dispositif a été validé par le Conseil constitutionnel, le 22 octobre 2009⁴²². Si le gouvernement avait eu la volonté de confier la sanction de l'obligation de veille de connexion à une autorité administrative, délaissant le droit pénal au profit du droit administratif répressif⁴²³, la décision du Conseil l'a incité à retrouver le chemin des sanctions pénales.

157. La création d'un nouveau degré de responsabilité - Le droit pénal de la propriété intellectuelle voit son champ d'application accru par l'instauration d'une contravention de négligence caractérisée, aujourd'hui seulement sanctionnée par une peine d'amende, la peine complémentaire de suspension de la connexion à Internet ayant été abrogée par décret, le 8 juillet 2013⁴²⁴. Contrairement à ce qu'une lecture rapide des dispositions pourrait laisser croire, cette contravention n'est pas mise en œuvre préalablement à la commission de tout délit de contrefaçon ou assimilé. Elle est subordonnée à l'existence d'une atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins, commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, dont la constatation par l'HADOPI a déclenché la réponse graduée. Le titulaire de la connexion ne peut être sanctionné sur ce fondement, qu'à condition que des atteintes aient été, à nouveau, constatées, malgré les recommandations de l'HADOPI. Si cette infraction joue un rôle dissuasif⁴²⁵, elle ne peut être qualifiée de préventive, puisqu'elle suppose qu'ait été constatée une atteinte directe aux droits. Cette infraction ajoute un degré de responsabilité, celle du titulaire de la connexion. Celui-ci doit être considéré comme le fournisseur du moyen de commettre des actes délictueux sur Internet. Toutefois, les conditions d'engagement de sa responsabilité sont spécifiques, puisqu'une connexion à Internet n'est pas un moyen principalement dédié aux atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins. Cette contravention ne peut être qualifiée d'infraction obstacle, puisqu'une atteinte aux droits doit avoir été constatée, et ne peut être assimilée à la complicité, car elle n'exige pas que l'atteinte ait été

⁴²⁰ Loi, n° 2009-1311, du 28 oct. 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

⁴²¹ La loi dite HADOPI 2 a, aussi, instauré la peine complémentaire de suspension de la connexion à Internet en cas de délit de contrefaçon ou assimilé, précédemment étudiée – voir *supra* n° 144.

⁴²² Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2006-590 DC, consid. 21.

⁴²³ Voir *infra* n° 616 et s.

⁴²⁴ Décret, n° 2013-596, du 8 juill. 2013, supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle.

⁴²⁵ Cette fonction dissuasive est toutefois considérablement atténuée depuis l'abrogation de la peine complémentaire de suspension de la connexion à Internet – voir *infra* n° 630.

judiciairement constatée. La contravention de négligence caractérisée occupe alors une place intermédiaire entre la complicité et la fourniture de moyens.

ii- La responsabilité pénale des prestataires techniques sur Internet

158. Une responsabilité pénale limitée - La loi pour la confiance dans l'économie numérique⁴²⁶, transposant la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique⁴²⁷, instaure un régime de responsabilité spécifique pour les personnes physiques ou morales, qui stockent des contenus à la demande d'utilisateurs, afin qu'ils soient mis à disposition du public par des services de communication au public en ligne. Le législateur a estimé nécessaire de doubler l'énoncé des conditions d'engagement de leur responsabilité. L'article 6-I-2 est relatif à la responsabilité civile, l'article 6-I-3, à la responsabilité pénale. La responsabilité civile ou pénale de ces intermédiaires techniques ne peut être engagée en raison des contenus stockés à la demande des utilisateurs, s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible⁴²⁸. Ces conditions d'exonération de responsabilité ne sont pas applicables lorsque l'utilisateur a agi sous leur autorité ou leur contrôle. La lecture *a contrario* de l'article 6-I-3 permet alors de connaître les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale peut être engagée. Si ces conditions, notamment celle relative au caractère intentionnel, siéent parfaitement au droit pénal, la symétrie créée par le législateur a été déplorée par la doctrine civiliste. En effet, nombreux sont les auteurs qui se sont insurgés contre l'engagement de la responsabilité civile pour faute, « *à rebours de l'évolution de la responsabilité depuis plus de deux siècles* »⁴²⁹. A l'aune du développement de la responsabilité sans faute, ce régime apparaît fortement favorable aux intermédiaires techniques. Toutefois, à travers le prisme du droit pénal de la propriété intellectuelle, ce régime est conforme à ceux appliqués aux fournisseurs de moyens de contrefaçon ou autres délits assimilés. Les incriminations de fourniture de moyens sont toutes intentionnelles.

159. La recherche d'une peine - Etonnamment, la disposition fondant l'engagement de la responsabilité pénale des intermédiaires techniques ne prévoit aucune peine ; or le stockage et la transmission à un service de communication au public en ligne ne correspondent à aucun acte incriminé par les articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle. A défaut de peine encourue, cette disposition pénale est dépourvue d'effectivité. Cependant, le

⁴²⁶ Loi, n° 2004-575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique.

⁴²⁷ Directive, 2000/31/CE, 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.

⁴²⁸ L'article 6-I-5 énonce les conditions qui permettent de présumer la connaissance du caractère litigieux du contenu stocké.

⁴²⁹ P. Sirinelli, « Le cadre juridique applicable à la protection des contenus en ligne et au "peer to peer" », in *Livre Blanc sur le « Peer-to-Peer »*, SNEP, Paris, 25 oct. 2007, p. 130.

stockage d'un contenu en connaissance de son caractère litigieux et le fait de ne pas avoir agi promptement pour le rendre inaccessible peuvent être qualifiés de recel. La dématérialisation de la notion de chose, objet du recel, permet de considérer que l'hébergeur, détient, voire transmet, le contenu au service de communication, en sachant qu'il provient d'un délit⁴³⁰. Le recel-profit peut aussi être caractérisé, puisqu'il bénéficie, en connaissance de cause, du produit d'un délit. L'ineffectivité de l'article 6-I-3 de la loi pour la confiance en l'économie numérique pourra donc être corrigée par l'engagement de la responsabilité de ces intermédiaires techniques sur le fondement du recel.

160. L'interprétation large de la notion d'hébergeur en faveur de l'extension de leur régime de responsabilité - La définition de l'hébergeur fait l'objet d'une interprétation extensive par les juridictions civiles et par la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, bien que la loi transposition ait été adoptée quatre ans après la directive, celle-ci comme celle-là, se sont rapidement révélées insuffisantes. Les définitions des fonctions des différents intermédiaires techniques correspondent au web 1.0 ; or au début des années 2000, il était déjà progressivement remplacé par le web 2.0, marqué par le décloisonnement des services fournis par les intermédiaires techniques. Si, aux prémices de l'Internet, un hébergeur avait une activité de stockage de contenus, qui n'étaient diffusés au public que par un service de communication au public en ligne édité par un tiers, les innovations technologiques permirent à l'hébergeur d'éditer lui-même ce service. Par conséquent, l'hébergeur, tel que défini par la directive et par la loi, dont le régime de responsabilité est fortement limité, est devenu rare. Or, aucune disposition n'est applicable aux personnes physiques ou morales qui ont cette double activité de stockage et de communication au public, des contenus fournis par les utilisateurs. Ce rôle actif dans la diffusion des contenus, qui ne correspond néanmoins pas à celui d'un éditeur en raison de l'absence de sélection des contenus et de choix éditoriaux, n'est pas appréhendé par la loi⁴³¹. Refusant de prendre en considération cette lacune des textes, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne font une application large de la notion d'hébergeur et étendent le champ d'application de leur régime de responsabilité. Pourtant, des services dont l'activité économique est davantage orientée vers la communication des contenus au public, par la fourniture d'une aide de recherche ou l'incitation à consulter certains contenus, en d'autres termes, par la mise à disposition d'outils d'interaction avec le public, ne peuvent légitimement se voir appliquer un régime de responsabilité dont le caractère favorable est justifié par l'activité unique de stockage des contenus⁴³². Les articles 13 et 14 de la proposition de directive sur le

⁴³⁰ Sur l'évolution des éléments matériels du recel, voir *infra* n° 344 et s.

⁴³¹ La proposition de directive du 9 décembre 2015, relative au contrat de fourniture de contenu numérique (COM/2015/634 final) révèle la difficile définition du fournisseur de contenu numérique et de la variété des activités des plateformes sur Internet : J. Sénéchal, « La notion de fournisseur de contenu numérique : quel rôle pour les plateformes en ligne ? », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 20.

⁴³² J.-A. Bénazéraf, « Qualification et responsabilité des sites contributifs », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 173 ; P. Sirinelli, J.-A. Bénazéraf et A. Bensamoun, « Pour une évolution des textes applicables à certains prestataires de services ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 186.

droit d'auteur dans le marché unique numérique étaient destinés à combler cette lacune, en instaurant des obligations à la charge des prestataires de service qui stockent et communiquent au public les contenus fournis par les utilisateurs⁴³³. Sous la pression, notamment, des GAFA, son adoption fut rejetée le 5 juillet 2018⁴³⁴.

161. La réception de l'interprétation large par les juridictions répressives - L'extension de la définition des hébergeurs, au-delà des limites prévues initialement par la directive, est principalement due au dialogue entre les juridictions civiles du fond, la première Chambre civile de la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne. Les juridictions répressives ont peu l'occasion de statuer sur l'article 6-I-3 de la loi pour la confiance en l'économie numérique. Dans deux décisions, la Chambre criminelle de la Cour de cassation refuse la qualification d'hébergeur à des directeurs de publication⁴³⁵. Seul l'arrêt rendu, dans l'affaire *Radioblog*, le 25 septembre 2012, met en œuvre la qualification d'hébergeur. Cette décision est atypique car les prévenus, qualifiés d'hébergeurs, sont responsables d'un service qui ne stocke pas de contenus et sont sanctionnés sur le fondement de l'article L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, nonobstant son incompatibilité avec l'activité d'un hébergeur⁴³⁶. En effet, la Cour explique que le site Internet litigieux permettait à des utilisateurs d'accéder à des phonogrammes et de les écouter, grâce à un système d'indexation fonctionnant par des liens hypertextes et un moteur de recherche. Un logiciel offrait aussi la possibilité de constituer une liste d'œuvres musicales, de l'écouter, de la partager ou de la transférer. Dans un premier temps, la Cour de cassation maintient la décision de la cour d'appel d'avoir qualifié ces actes, d'actes de fixation, reproduction, communication et mise à disposition du public des phonogrammes. Si les qualifications de fixation et reproduction sont discutables, les autres semblent justifiées par la mise à disposition du public des œuvres stockées sur d'autres sites, au moyen des liens hypertextes. La Cour se prononça sur cette qualification par une obscure formule, indiquant que « *tout service de communication au public en ligne d'œuvres protégées, sans avoir obtenu les autorisations requises [...], [entre] dans les prévisions des articles L. 335-4 [...] du code de la propriété intellectuelle* ». Dans un second temps, elle répond au moyen tendant à bénéficier de l'article 6-I-3 de la loi pour la confiance en l'économie numérique. Elle affirme alors que « *l'hébergeur* » ne peut bénéficier de cette exonération de responsabilité pénale, si une des conditions alternatives, quant à la connaissance du caractère litigieux du contenu, n'est pas

⁴³³ Proposition de directive du 14 sept. 2016 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM(2016) 593 final.

⁴³⁴ La détermination du régime de responsabilité des intermédiaires techniques fait l'objet d'importantes pressions de la part des représentants de ces sociétés. Pour une analyse des stratégies d'influence lors de l'adoption de la directive dite société de l'information, lire : J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. dir. P.-Y. Gautier, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2009, n° 382-406, p. 164-176.

⁴³⁵ Cass. crim., 3 nov. 2015, n° 13-82.645 : *Bull. crim.* 2015, n° 839 ; Cass. crim., 14 mars 2017, n° 15-87.319.

⁴³⁶ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224 : *Bull. crim.* 2012, n° 196 ; *D.* 2012, p. 3005, comm. E. Dreyer ; *JCP G* 2012, p. 1007, note J.-M. Bruguière.

remplie. Implicitement, elle qualifie donc ce service d'hébergeur. D'une part, son résumé des faits démontre que le site Internet ne stockait pas de données, mais fonctionnait uniquement par liens hypertextes. D'autre part, l'article L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle est incompatible avec la qualification d'hébergeur, puisqu'il incrimine des actes de reproduction et de communication au public, qui excluent le bénéfice de cette qualification. Cette décision reste toutefois isolée et, en l'absence d'autres arrêts, il paraît impossible de savoir si la Chambre criminelle ferait encore application de la conception extensive de la qualification d'hébergeur.

iii- *L'incrimination des atteintes directes et indirectes aux mesures techniques*

162. Les mesures techniques, protection technique des droits - Afin de lutter contre la reproduction et la diffusion massive d'œuvres, de phonogrammes, de vidéogrammes et de programmes, sur Internet, les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins ont recours à des mesures techniques de protection et d'information. Les mesures techniques de protection organisent « *la police de l'accès ou de l'utilisation* » du bien protégé⁴³⁷. Sont ainsi utilisées des procédures d'identification ou des systèmes de cryptage, à clé publique ou à clé privée, afin de rendre effective l'exclusivité des droits. Les mesures techniques d'information permettent, quant à elles, une gestion des droits⁴³⁸. Un codage interne ou externe permet d'identifier les œuvres de l'esprit et les biens protégés sur le fondement des droits voisins et de les suivre. Elles ont aussi vocation à permettre une preuve plus facile de la violation des droits.

La protection de ces mesures a été prévue dès le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur⁴³⁹, puis par la directive du 22 mai 2001⁴⁴⁰, qui les définit à son article 6.3 et exige, en son article 6.1, que les Etats membres « *prévoient une protection juridique appropriée* ». La directive impose aux Etats de trouver un juste équilibre entre ces mesures techniques, qui assurent l'effectivité, tant des droits, que des exceptions à ces droits. Les premières ne doivent, en effet, pas empêcher la mise en œuvre des secondes, bénéficiant à l'utilisateur. Elles doivent aussi être conciliées avec les exigences d'interopérabilité. Cet équilibre fait néanmoins l'objet de vifs débats. Modification du contenu des droits, contractualisation des exceptions, substitution des droits par la technique, celle-ci vidant ceux-là de toute utilité, obstacle à l'interopérabilité, les analyses critiques sont nombreuses⁴⁴¹.

⁴³⁷ A. Lucas, « Le droit d'auteur et protections techniques », Rapport général, in *Le droit d'auteur en cyberspace*, ALAI, Journées d'étude, Amsterdam, 4-8 juin 1996, p. 343-356, spéc. p. 345.

⁴³⁸ *Id.*, spéc. p. 346 et s.

⁴³⁹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WTC), 20 déc. 1996, spéc. art. 11.

⁴⁴⁰ Directive 2001/29/CE, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁴⁴¹ S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, th. dir. Y. Poulet, Larcier, 2007 ; C. Bernault, « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI* 2006, n° 19 ; A. Latreille, « Quelles limites à l'effectivité des exceptions ? Les limitations techniques, conditions de régulation et périmètre des exceptions », *RLDI* 2013, n° 94. Deux économistes ont démontré que les mesures techniques ne remplaceront pas le droit d'auteur, faute d'une efficacité supérieure à celle de la mise en œuvre des droits : J. Farchy et F. Rochelandet, « La remise en cause du

163. La protection juridique de la protection technique des droits - La loi française de transposition de la directive⁴⁴² confère une protection pénale aux mesures techniques, en consacrant plusieurs infractions. Cette loi est complétée par un décret qui prévoit deux séries d'infractions⁴⁴³. Les dispositions relatives au droit d'auteur et aux droits voisins sont identiques. Ces normes instaurent trois degrés de responsabilité⁴⁴⁴. La loi incrimine les actes portant une atteinte indirecte aux mesures techniques par la fourniture de moyens conçus ou spécialement adaptés à cet effet⁴⁴⁵. Le délit est expressément intentionnel. Concernant les mesures techniques d'information, il est soumis à un dol spécial, puisque les actes de suppression ou de modification des informations doivent avoir été réalisés dans « *le but de porter atteinte à un droit d'auteur*⁴⁴⁶, *de dissimuler ou de faciliter une telle atteinte* ». Le fournisseur de moyens est le plus sévèrement puni car il encourt une peine de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Sont punis des mêmes peines les actes visant à la diffusion d'œuvres ou de biens, objets de droits voisins, dont un élément d'information a été supprimé ou modifié. Le délit est intentionnel et le dol spécial consistant en la volonté de porter atteinte au droit, de dissimuler ou faciliter une telle atteinte devra être démontré⁴⁴⁷. Les atteintes directes aux mesures techniques efficaces, commises sciemment, par une intervention personnelle, sont passibles d'une peine d'amende de 3 750 euros⁴⁴⁸. Le dol spécial est aussi prévu en matière de mesure technique d'information. Le décret prévoit un dernier degré de responsabilité, engagée en cas de détention en vue d'un usage personnel ou d'utilisation d'un moyen conçu ou spécialement adapté pour porter atteinte à une mesure technique. De surcroît, il incrimine le fait de recourir à un service conçu ou spécialement adapté à cet effet. Ces incriminations constituent des contraventions de quatrième classe⁴⁴⁹.

Ces infractions se situent en périphérie des délits directs contre les droits de propriété intellectuelle, puisqu'elles n'exigent pas que leur atteinte soit démontrée. Ces trois degrés de responsabilité offrent aux titulaires des droits la possibilité de mener une lutte préventive contre la contrefaçon des œuvres de l'esprit et des biens, objets de droits voisins.

droit d'auteur sur Internet : de l'illusion technologique à l'émergence de barrières à l'entrée », *Revue d'économie industrielle*, vol. XCIX, 2^e trimestre 2002. *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, p. 49-64. Pour un panorama international à l'aube de la réglementation : ALAI, *Le droit d'auteur en cyberspace*, Journées d'étude, Amsterdam, 4-8 juin 1996, p. 343-432.

⁴⁴² Loi, n° 2006-961, du 1^{er} août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁴⁴³ Décret, n° 2006-1763, 23 déc. 2006, relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins.

⁴⁴⁴ T. Maillard, « La "réponse pénale graduée" en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information, *RLDI* 2007, n° 23.

⁴⁴⁵ Art. L. 335-3-1, II ; art. L. 335-3-2, II ; art. L. 335-4-1, II ; art. L. 335-4-2, II du CPI.

⁴⁴⁶ La disposition est identique pour les droits voisins.

⁴⁴⁷ Art. L. 335-3-2, III et L. 335-4-2, III du CPI.

⁴⁴⁸ Art. L. 335-3-1, I ; art. L. 335-3-2, I ; art. L. 335-4-1, I ; art. L. 335-4-2, I du CPI.

⁴⁴⁹ Art. R. 335-3 et R. 335-4 du CPI.

164. La complexité de la mise en œuvre de cette protection juridique - Ces dispositions ne sont pas aisées à mettre en œuvre. D'une part, les éléments matériels de ces infractions sont techniques. Le juge doit constater l'existence d'un décodage ou d'un décryptage des mesures techniques ou l'utilisation de moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique et justifier que la mesure technique est efficace. Le recours à un expert s'avère, souvent, indispensable. Concernant les mesures techniques efficaces, le législateur les définit comme des mesures qui atteignent leur objectif de protection⁴⁵⁰. Dès lors, sont efficaces... des mesures efficaces. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 26 septembre 2011, rendu dans l'affaire *Nintendo*, éclaire la tautologie législative⁴⁵¹. Après avoir rappelé tout le processus décrit par la société Nintendo et avoir mentionné le manque de preuves apportées par les prévenues, la cour conclut qu'à l'aune des explications de l'expert, les consoles et les cartes de jeux comportent bien des mesures techniques de protection. Parmi l'ensemble des indications apparaissant au rapport d'expertises, la multitude des mesures techniques, la sophistication des protocoles de communication et la force des protections semblent avoir été déterminantes dans l'appréciation du juge. L'efficacité d'une mesure technique n'est donc pas caractérisée par son résultat, une telle analyse conduirait à nier le caractère efficace en raison d'une atteinte qui lui serait portée et anéantirait l'intérêt de la protection. L'efficacité est déterminée par les moyens utilisés et la recherche de l'efficacité, quand bien même des atteintes seraient possibles. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans sa décision du 23 janvier 2014, portant sur les mesures techniques utilisées par la société Nintendo, que celles-ci peuvent être placées tant sur les cartes, supports des jeux, que sur les consoles, moyens de mise en œuvre des jeux⁴⁵². Une telle interprétation peut être adoptée par le juge pénal français, sans porter atteinte au principe d'interprétation stricte, puisque les infractions ne précisent pas où les mesures techniques doivent être situées.

165. L'interopérabilité, cause d'irresponsabilité exclue de la disposition pénale - Plusieurs causes d'irresponsabilité pénale étaient citées par la proposition de loi. Après la censure du Conseil constitutionnel, il ne reste que les actes réalisés à des fins de recherche et à des fins de sécurité informatique. Le Conseil constitutionnel a précisé que la recherche devait être entendue comme « *la recherche scientifique en cryptographie et à condition qu'elle ne tende pas à porter préjudice aux titulaires des droits* »⁴⁵³. Les actes, réalisés à des fins d'interopérabilité, devaient aussi être exclus du champ de ces infractions, mais le Conseil a considéré, qu'en l'absence de définition, cette notion est trop imprécise pour être conforme au principe de légalité des délits et des peines⁴⁵⁴. Cependant, l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle prévoit que « *les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet*

⁴⁵⁰ Art. L. 331-5 al. 2 du CPI.

⁴⁵¹ CA Paris, pôle 5, ch. 12, 26 sept. 2011.

⁴⁵² CJUE, 23 janv. 2014, aff. C-355/12, *Nintendo c/ PC Box : RLDI* 2014, n° 102, comm. B. Galopin.

⁴⁵³ Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, consid. 62.

⁴⁵⁴ Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, consid. 58-61.

d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect des droits d'auteur ». Si des demandes relatives à la délivrance d'informations essentielles à l'interopérabilité des produits peuvent être formulées devant l'HADOPI, qui dispose d'un pouvoir d'injonction conférant l'accès à ces informations, il semble donc que les actes de contournement, de neutralisation ou de suppression d'un mécanisme de protection ou de contrôle ou la distribution de moyens permettant ces actes, ne peuvent être justifiés par le prévenu, par la recherche de l'interopérabilité. La saisine de l'HADOPI apparaît comme inévitable pour tout fabricant ou fournisseur qui souhaiterait obtenir des informations aux fins d'interopérabilité car le champ de ces incriminations ne leur offre pas cet axe de défense. Il en est de même pour les exceptions, dont la quête d'effectivité ne saurait justifier l'atteinte portée à ces mesures ou la distribution de moyens permettant d'y porter atteinte. En supprimant cette cause d'irresponsabilité, le législateur offre une protection très puissante au droit d'auteur et aux droits voisins, voire excessive à l'aune de leur obligation de respect de l'interopérabilité et des exceptions. Bien que l'articulation entre ces intérêts divergents soit âprement débattue en doctrine, l'HADOPI n'a, jusqu'à présent, été saisie qu'une seule fois pour avis, au sujet de l'interopérabilité⁴⁵⁵.

166. L'interopérabilité, cause d'irresponsabilité fondée sur une disposition civile - Malgré la décision du Conseil constitutionnel de supprimer la cause d'irresponsabilité fondée sur l'interopérabilité et la dévolution, à l'HADOPI, d'une mission de veille relative à l'interopérabilité, la parade était simple à trouver pour les utilisateurs et a été éprouvée par les sociétés commercialisant des *linkers*, portant atteinte aux mesures techniques de protection instaurées par la société Nintendo sur ses consoles et ses jeux vidéo. Les prévenues arguent de l'impossible qualification de mesures techniques de protection, des mécanismes utilisés par la société Nintendo, en raison du fait qu'ils ne visent qu'à empêcher l'interopérabilité entre la console et les cartouches de jeux. Cet argument tend à faire du respect de l'interopérabilité, la condition de qualification de mesure technique de protection, mais n'a pu être examiné ni par le tribunal de grande instance de Paris, faute de preuve⁴⁵⁶, ni par la cour d'appel, faute de fondement correct visé par la répression⁴⁵⁷. Toutefois, considérant que les mécanismes concernés sont des mesures techniques de protection efficaces⁴⁵⁸, la cour étudie les *linkers* et conclut qu'ils ont été conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à ces mesures. A l'argument de la nécessité de contournement de ces mesures aux fins d'interopérabilité, la cour répond que les prévenues ne justifient pas avoir effectué de démarches auprès de l'HADOPI et, par conséquent, ne peuvent invoquer, pour leur défense, l'exception d'interopérabilité des systèmes. La saisine de l'HADOPI semble donc être un préalable indispensable à une

⁴⁵⁵ HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 108 – Le bilan 2016-2017 ne mentionne pas de nouvel avis.

⁴⁵⁶ TGI Paris, 3^e ch., 3 déc. 2009 : *RLDI* 2010, n° 57, note A.-S. Lampe et S. Leriche.

⁴⁵⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 12, 26 sept. 2011.

⁴⁵⁸ Voir *supra* n° 165.

exception, qui malgré son absence dans l’incrimination, peut être soulevée, sur le fondement de l’article L. 331-5 alinéa 4 du code de la propriété intellectuelle. La décision du Conseil constitutionnel n’a eu d’effet qu’à l’égard de la méthode d’interprétation de cette condition. Exclue de l’incrimination sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines, elle est consacrée par une disposition civile et peut ainsi être interprétée soupagement par la jurisprudence, interprétation qui peut être adoptée par les juridictions répressives, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme⁴⁵⁹. De surcroît, une méthode de contrôle de proportionnalité de ces mesures par rapport à l’interopérabilité a été élaborée par la Cour de justice de l’Union européenne⁴⁶⁰. Les critères d’appréciation déterminés par la Cour ont été, ensuite, appliqués en faveur de la société Nintendo, par la juridiction italienne qui l’avait saisie⁴⁶¹. Il convient alors d’attendre, afin de savoir si les juridictions répressives françaises se saisiront de ces critères pour mener ce contrôle de proportionnalité, dans l’hypothèse où le prévenu soulèverait une cause d’irresponsabilité fondée sur l’interopérabilité et justifierait avoir, préalablement, saisi l’HADOPI.

167. L’adaptation du droit pénal substantiel renforcée par celle de la procédure -

L’expansion du champ pénal du droit d’auteur et des droits voisins tend à endiguer les infractions. Néanmoins, l’incrimination de comportements périphériques à ceux portant une atteinte directe aux droits n’est pas suffisante. La procédure pénale doit, aussi, être adaptée.

2- L’adoption de nouveaux instruments procéduraux

168. Augmentation du nombre d’enquêteurs et accélération de la procédure -

La massification des infractions au droit d’auteur et aux droits voisins sur Internet et les difficultés d’identification de leurs auteurs exigent d’adapter la procédure pénale. Si des services étatiques ont été spécifiquement créés pour les enquêtes sur Internet, notamment pour décroisonner l’espace national et international⁴⁶², le recours aux acteurs privés apparaît indispensable pour lutter contre ces infractions de masse. Ceux-ci agissent soit dans les circonstances d’une procédure judiciaire, soit en relation avec l’HADOPI (a). Ces droits de propriété intellectuelle bénéficient, aussi, de l’ordonnance pénale, une procédure simplifiée, commune à quelques contentieux (b).

⁴⁵⁹ Voir *supra* n° 105.

⁴⁶⁰ CJUE, 23 janv. 2014, aff. C-355/12, *Nintendo c/ PC Box* : *RLDI* 2014, n° 102, comm. B. Galopin.

⁴⁶¹ Trib. di Milano, 6 nov. 2015, aff. 11739/2009, *Nintendo c/ PC Box* : *RLDI* 2016, n° 126, comm. A. Rudoni et A. Dufaure.

⁴⁶² Voir *infra* n° 199 et s.

a- La diversification des acteurs chargés des enquêtes

169. La participation d'acteurs privés - Face à la massification des infractions sur Internet, le législateur a instauré une collaboration entre les autorités publiques et les acteurs privés de l'Internet, afin d'identifier et de collecter plus efficacement les preuves de ces infractions. Des entreprises ou associations sont habilitées à lutter contre les atteintes à la propriété intellectuelle sur Internet. Il en est ainsi de l'Agence pour la protection des programmes, qui contrôle et informe les services de police de l'existence de telles atteintes et participe aux enquêtes grâce à ses agents assermentés. Agréés par le Ministre de la culture, ils peuvent constater les infractions, dresser des procès-verbaux et engager des poursuites.

170. La collaboration des intermédiaires techniques - Les principaux acteurs privés appelés à collaborer pour lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, commises sur Internet, sont les prestataires de services sur Internet. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique met à la charge des prestataires techniques des obligations dont la violation constitue des infractions⁴⁶³. Ainsi, les fournisseurs d'accès à Internet et les hébergeurs ont l'obligation d'informer promptement les autorités publiques des activités illicites qui leur sont signalées ainsi que de mener des activités de surveillance, ciblée et temporaire, à la demande des autorités judiciaires⁴⁶⁴ et de conserver des données permettant l'identification des personnes ayant contribué à la création de contenus⁴⁶⁵. A défaut, ils encourrent une peine d'un an d'emprisonnement et une amende de 75 000 euros⁴⁶⁶.

171. La création d'une autorité administrative indépendante, spécialisée dans les atteintes au droit d'auteur et droits voisins sur Internet - Le ministère public peut aussi s'appuyer sur l'HADOPI, dont une des missions est de faire respecter les droits de propriété intellectuelle sur Internet. La réponse graduée, qu'elle est chargée de mettre en œuvre, constitue un préalable aux poursuites pénales exercées contre l'internaute contrefacteur ou le titulaire de la connexion à Internet⁴⁶⁷. Cette autorité administrative indépendante bénéficie, notamment, de la collaboration d'acteurs privés, qui jouent un rôle indispensable dans la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet.

⁴⁶³ Sur l'élaboration du régime de responsabilité des intermédiaires techniques conformément à leur obligation de coopération : M. Clément-Fontaine, « De la contrainte à la coopération : l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques », in *L'efficacité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, M. Béhar-Touchais (dir.), Actes des journées des 14, 15 et 16 octobre 2014, IRJS, 2015, vol. 1, p. 3-15.

⁴⁶⁴ Art. 6-I-7 de la LCEN.

⁴⁶⁵ Art. 6-II de la LCEN.

⁴⁶⁶ Art. 6-VI de la LCEN.

⁴⁶⁷ Sur le rôle de l'HADOPI dans la lutte contre les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet - voir *infra* n° 569 et s.

172. L'effet de l'augmentation des infractions détectées sur la procédure pénale - Le développement des acteurs chargés des enquêtes sur Internet permettant l'accroissement du nombre d'infractions identifiées impose une accélération du temps procédural.

b- L'application d'une procédure simplifiée

173. L'ordonnance pénale, un aménagement procédural - Lorsque les délits de contrefaçon et assimilés, prévus aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, ont été commis au moyen d'un service de communication au public en ligne, le procureur de la République peut décider de recourir à la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale⁴⁶⁸. Cette procédure a été instaurée par la loi dite HADOPI 2⁴⁶⁹ et a été validée par le Conseil constitutionnel, le 22 octobre 2009⁴⁷⁰. Cette procédure permet au président du tribunal de statuer sans débat préalable. Sa mise en œuvre est donc soumise à plusieurs conditions. Elle exige, notamment, que les faits soient simples et établis et que les renseignements sur la personnalité, les charges et les ressources de l'auteur, majeur au jour de l'infraction, soient suffisants pour déterminer la peine. En outre, en raison de la faible gravité des faits, le prononcé d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende d'un montant supérieur à 5 000 euros ne doit pas être nécessaire. Enfin, le recours à cette procédure ne doit pas être de nature à porter atteinte aux droits des victimes. Appliquée au droit d'auteur et aux droits voisins, cette procédure constitue un fort assouplissement car, contrairement à ce qui est prévu en matière de vol ou de stupéfiants⁴⁷¹, l'ensemble des actes contrefaisants sont susceptibles d'être concernés⁴⁷².

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

174. Malgré la nature inadaptée du droit pénal aux infractions de masse, le législateur a su œuvrer, en droit de la propriété intellectuelle, pour lui conférer une certaine efficacité. L'adaptation se traduit par des solutions communes aux droits de la propriété intellectuelle et des solutions spécifiques au droit d'auteur et aux droits voisins. Le droit de la propriété intellectuelle n'est pas le seul contentieux de masse auquel est confronté le droit pénal. Par conséquent, le législateur a pu s'inspirer de solutions adoptées dans d'autres domaines, notamment pour créer de nouvelles incriminations, et ouvrir, à ce droit, les procédures simplifiées de droit commun. L'incrimination de nouveaux comportements, portant

⁴⁶⁸ Art. 495, II, 12° du CPP.

⁴⁶⁹ La loi, n° 2009-1311, du 28 oct. 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

⁴⁷⁰ Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, spéc. consid. 11.

⁴⁷¹ Seules les infractions de vol simple et d'usage de stupéfiants peuvent être jugées par ordonnance pénale.

⁴⁷² Certes, en pratique, en raison des conditions de sa mise en œuvre, une telle procédure est rarement appliquée aux contrefaçons par importation ou exportation ou commises en bande organisée. Néanmoins, le législateur a choisi de ne pas réduire cette procédure aux seuls actes de contrefaçon par reproduction, représentation ou diffusion sur Internet.

indirectement atteinte aux droits de propriété intellectuelle, et la création de nouveaux degrés de responsabilité ont pour effet d'étendre le champ du droit pénal de la propriété intellectuelle. Par conséquent, en ce domaine, la lutte contre les infractions de masse se traduit par une inflation pénale. La nature transfrontalière des infractions aux droits de propriété intellectuelle n'exige pas l'adoption de nouvelles infractions, mais l'adaptation de la procédure pénale et l'harmonisation du droit pénal substantiel des Etats.

PARAGRAPHE II - Le droit pénal de la propriété intellectuelle confronté à des infractions transfrontalières

175. Les adaptations de deux droits territoriaux à l'internationalisation des infractions - Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle apparaissent de moins en moins circonscrites à un seul territoire national. Il est fréquent que les actes constitutifs des infractions soient commis dans différents Etats. Les marchandises contrefaisantes franchissent les frontières ou circulent sur Internet, espace globalisé où les frontières étatiques n'existent que par le truchement des règles d'application de la loi dans l'espace. Le caractère transfrontalier de ces infractions constitue une difficulté tant pour le droit de la propriété intellectuelle, que pour le droit pénal, puisqu'ils sont des droits territoriaux. La nature territoriale du droit de la propriété intellectuelle est double. Elle porte sur la limitation territoriale du droit de la propriété intellectuelle, la protection des biens étant limitée aux frontières de l'Etat, ainsi que sur la règle de conflit de loi qui désigne la loi de l'Etat pour le territoire duquel l'existence et l'effet du droit sont revendiqués. Celle du droit pénal est déterminée par sa fonction d'instrument de souveraineté des Etats au sein de leurs frontières. Toutefois, ces deux droits ont été adaptés à l'internationalisation de la circulation des biens. Au niveau international, le droit de la propriété intellectuelle est régi par plusieurs conventions. Si elle semble encore superficielle à cette échelle, l'harmonisation substantielle des droits de propriété intellectuelle est menée en profondeur par l'Union européenne. Le droit pénal est aménagé dans ses aspects formel et substantiel. Des services et organismes, spécialisés dans la lutte contre les infractions transfrontalières ou la cybercriminalité⁴⁷³, sont compétents en droit de la propriété intellectuelle. Des traités et conventions organisent, aussi, la coopération des Etats dans la lutte contre certaines infractions. Cependant, bien que le droit pénal bénéficie d'une extension de son champ d'application au-delà des frontières étatiques, évitant ainsi l'impunité de certaines infractions, le droit de la propriété intellectuelle contrarie ce débordement de souveraineté étatique. Si le droit pénal de la propriété intellectuelle est, principalement, internationalisé par le truchement de sa procédure (I), il bénéficie, aussi, ponctuellement, d'une harmonisation substantielle. En effet, afin que la lutte soit efficace et que les règles de coopération ne restent pas lettres mortes, les Etats doivent s'engager, par des conventions, à incriminer des

⁴⁷³ Le terme cyberdélinquance est moins usité que celui de cybercriminalité, le terme criminalité étant entendu dans son acception générale.

comportements portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle et à les sanctionner pénalement. Pourtant, l'harmonisation du droit pénal substantiel de la propriété intellectuelle est encore trop résiduelle pour être efficace (II).

I- L'adaptation du droit pénal formel aux infractions transfrontalières

176. Des règles procédurales pour l'espace physique et pour le cyberspace - L'adaptation de la procédure pénale aux infractions transfrontalières a été réalisée par l'instauration de règles communes, dont bénéficie le droit de la propriété intellectuelle, ainsi que par la création de dispositions spécifiques à ce droit. Ces règles, communes et spéciales sont applicables aux infractions commises dans l'espace physique (A), tandis que d'autres sont particulières à la cybercriminalité (B). Si le corpus de règles procédurales apparaît suffisamment complet pour être efficace, la nature territoriale du droit de la propriété intellectuelle anéantit certaines adaptations.

A- L'adaptation générale de la procédure pénale

177. Les infractions transfrontalières, sources de nouvelles règles procédurales - La procédure pénale se voit dotée d'acteurs dédiés à la lutte contre les infractions transfrontalières (1) et de règles spécifiques de compétence de la loi pénale française (2). Si ces adaptations ne concernent pas uniquement le droit de la propriété intellectuelle, celui-ci bénéficie, aussi, de règles spécialement créées pour son contentieux.

1- Les acteurs dédiés à la lutte contre les infractions transfrontalières

178. Des services et organismes dédiés à la lutte contre les infractions transfrontalières - La lutte contre les infractions transfrontalières ne peut être menée efficacement sans la coopération des Etats. Des organismes facilitent la coordination des enquêtes. Certains sont dotés d'un vaste domaine de compétences, d'autres ont été spécifiquement créés pour lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle (a). Le caractère de ces infractions confère aux douanes un rôle indispensable. Le droit de la propriété intellectuelle bénéficie de dispositions communes, mais est, aussi, à l'origine de la création de certaines règles dérogatoires (b).

a- La coopération des Etats au service du droit de la propriété intellectuelle

179. La coopération des Etats au service du droit de la propriété intellectuelle - La dimension transfrontalière des atteintes aux droits de propriété intellectuelle a amené les Etats à coopérer, tant au niveau régional, qu'international.

180. La coopération régionale des Etats - Au niveau régional, Europol dispose d'un mandat pour lutter contre la contrefaçon et le piratage de produits⁴⁷⁴ et, en tant que plateforme d'information, il permet une coopération efficace entre les services répressifs des Etats membres. Depuis l'adoption du traité de Lisbonne, ses compétences opérationnelles ont été accrues⁴⁷⁵. Au mois de juillet 2016, Europol et l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, lequel accueille l'Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, ont fondé une Coalition coordonnée contre les atteintes à la propriété intellectuelle⁴⁷⁶, facilitant les enquêtes transfrontalières. Europol, compétent en matière de prévention et de lutte contre les formes graves de la criminalité internationale, ne peut intervenir en matière de contrefaçon que lorsque des indices concrets révèlent l'existence d'une structure ou d'une organisation criminelle et qu'au moins deux Etats membres sont affectés « *d'une manière telle que, au vu de l'ampleur, de la gravité et des conséquences des infractions, une action commune des Etats membres s'impose* »⁴⁷⁷. Si Europol assure la coordination des organes de police, Eurojust permet la coordination des organes judiciaires⁴⁷⁸. Créé en 2002, il a pour mission de promouvoir et de renforcer la coopération et la coordination entre les autorités nationales contre la criminalité transfrontalière grave, au sein de l'Union européenne, dont fait partie la contrefaçon. Eurojust peut informer les procureurs généraux, des infractions dont il a connaissance, et leur demander de procéder à des enquêtes ou d'engager des poursuites.

181. Le droit de la propriété intellectuelle exclu du champ de compétence du Parquet européen - Si le droit de la propriété intellectuelle bénéficie de mesures de coopération étatique régionale, il est exclu de la coopération renforcée, instaurée par la création du Parquet européen⁴⁷⁹. Le Parquet européen offre seulement aux Etats membres un organe de centralisation des enquêtes pour les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union⁴⁸⁰, prévues par la directive du 5 juillet 2017⁴⁸¹.

⁴⁷⁴ Décision du Conseil, 6 déc. 2001, étendant le mandat d'Europol à la lutte contre les formes graves de criminalité internationale énumérées à l'annexe de la convention Europol : *JOCE*, C 362, 18 déc. 2001, p. 1.

⁴⁷⁵ Cons. UE, 6 avr. 2009, portant création de l'Office européen de police (Europol), déc. 2009/371/JAI.

⁴⁷⁶ *Intellectual property crime coordinated coalition* (IPC3).

⁴⁷⁷ Article 2-1 de la convention Europol. Selon Monsieur Segnana, chef du service juridique d'Europol, cette deuxième condition « *peut être considérée comme une manifestation du principe de subsidiarité, et vise à garantir qu'Europol n'intervienne que dans les cas où des réseaux criminels transnationaux sont à l'œuvre* » : O. Segnana, « Europol et la lutte contre la contrefaçon », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 107.

⁴⁷⁸ P. Beauvais, « Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen », *Dr. pén.* 2010, n° 9, ét. 18, p. 10-14.

⁴⁷⁹ Règlement (UE) 2017/1939, 12 oct. 2017, mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

⁴⁸⁰ L. Kuhl et R. Panait, « Les négociations pour un Parquet européen : un organe d'enquête et de poursuite européen pour la lutte antifraude dans l'Union européenne ou un deuxième acteur de coordination judiciaire ? », *RSC* 2017, p. 41.

⁴⁸¹ Directive (UE), 2017/1371, du 5 juill. 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.

182. La coopération internationale des Etats - Au niveau international, Interpol participe à la lutte contre la contrefaçon sur saisie des services de police des Etats membres. Il assure leur coordination, leur apporte son expertise et met à leur disposition les données utiles à leurs enquêtes. Si ses missions concernent, principalement, la contrefaçon qui présente un risque pour la santé et la sécurité des consommateurs, une Unité œuvres d'art et, en son sein, une Cellule contrefaçon, ont été créées afin d'assurer la protection du patrimoine culturel mondial. Interpol participe alors à des opérations de grande envergure. Entre le 1^{er} et le 15 octobre 2016, l'opération Jupiter 2016, menée en Amérique du Sud, a permis la saisie de trois millions de produits contrefaisants, représentant une valeur totale de 93 millions de dollars américains, le démantèlement de 34 réseaux criminels et 240 arrestations et ouvertures d'enquêtes.

183. La diversité des acteurs - Outre ces organismes de coopération étatique aux fins d'enquêtes, la lutte contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle est menée par les services douaniers.

b- Le rôle spécifique des douanes en droit de la propriété intellectuelle

184. Les sources des règles douanières - Le droit douanier de la propriété intellectuelle bénéficie, d'une part, des règles du droit commun douanier, tant national qu'eupéen⁴⁸² et, d'autre part, de règles spéciales à la propriété intellectuelle. Ces dernières ont été instaurées par le législateur national, par le législateur eupéen, grâce au règlement du 12 juin 2013⁴⁸³, et par l'accord des Etats membres de l'Organisation mondiale du commerce, par le truchement de l'accord sur les ADPIC⁴⁸⁴. La dimension eupéenne et internationale de la réglementation douanière en matière de propriété intellectuelle apporte une harmonisation, qui confère à l'action des douanes plus de simplicité et d'efficacité.

185. La double incrimination de délits douaniers - Pour chaque droit de propriété intellectuelle bénéficiant d'une protection pénale, le législateur a expressément indiqué que l'exportation, l'importation et le transbordement d'objets contrefaisants constituent des délits pénaux. En principe punis des mêmes peines que la contrefaçon, elles augmentent lorsque les actes sont commis en bande organisée. Ces dispositions ont pour objet de sanctionner spécifiquement des actes constituant une infraction douanière et font écho aux dispositions du code des douanes, notamment à l'article 414 qui sanctionne de trois ans d'emprisonnement et d'une amende pouvant avoir un montant égal à deux fois la valeur de l'objet de la fraude, l'importation ou l'exportation de marchandises prohibées par ce code. Les peines sont portées

⁴⁸² Code des douanes de l'Union.

⁴⁸³ Règlement (UE) n° 608/2013, 12 juin 2013, concernant le contrôle par les autorités douanières du respect des droits de propriété intellectuelle et abrogeant le règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil.

⁴⁸⁴ Art. 51 et s. de l'accord sur les ADPIC.

à dix ans d'emprisonnement et à une amende équivalente à dix fois la valeur de l'objet, notamment lorsque ces actes sont commis en bande organisée. Les marchandises prohibées sont désignées à l'article 38 alinéa 1, parmi lesquelles se trouvent les marchandises dont « *l'importation ou l'exportation est interdite à quelque titre que ce soit* » et l'alinéa 4, 9° de ce même article prévoit que les marchandises contrefaisantes sont des marchandises prohibées. La combinaison de ces articles amène à qualifier les actes d'importation et d'exportation de marchandises contrefaisantes de délits douaniers. Dès lors, un même fait pourra être sanctionné de peines différentes à l'issue de deux procédures distinctes, l'une fondée sur les dispositions du code de la propriété intellectuelle, l'autre sur les dispositions du code des douanes. Cette double incrimination pose d'autant plus de difficultés que l'action en matière de délits douaniers est engagée par le ministère public⁴⁸⁵ et relève de la compétence des tribunaux correctionnels⁴⁸⁶, tout comme les délits relevant du code de la propriété intellectuelle⁴⁸⁷.

186. Les pouvoirs exorbitants de droit commun des douanes administratives, spécifiques à la lutte contre la contrefaçon - Le législateur a conféré à l'administration des douanes des pouvoirs exorbitants de droit commun, spécifiquement dédiés à la lutte contre la contrefaçon.

D'une part, en dehors de toute procédure judiciaire, soit sur demande du titulaire de droits de propriété intellectuelle, soit à leur initiative, les agents des douanes peuvent procéder à la retenue de marchandises soupçonnées d'être contrefaisantes. Tous les droits de propriété intellectuelle, exceptés les produits semi-conducteurs, bénéficient d'une telle procédure. Ces contrôles permettent de réduire l'importation, l'exportation ou la circulation de marchandises contrefaisantes, auxquelles sont assimilés les objets qui servent à les produire. Cette procédure de retenue est dérogatoire du droit commun, qui ne donne compétence à l'administration douanière de procéder à la saisie d'objets passibles de confiscation que dans l'hypothèse où une infraction douanière a été constatée⁴⁸⁸. Or, la retenue intervient en dehors de toute constatation d'infractions aux droits de propriété intellectuelle, cette mesure n'étant pas subordonnée à l'examen, par les agents des douanes, du bien-fondé de la demande des titulaires de droits⁴⁸⁹. La retenue peut être demandée par le propriétaire, par le titulaire d'un droit exclusif d'exploitation en matière de dessins et modèles et de marques ou par toute personne habilitée à exploiter l'invention ou l'indication géographique. Elle doit être suivie de l'engagement d'une

⁴⁸⁵ Art. 343 1° du code des douanes.

⁴⁸⁶ Art. 357 1° du code des douanes.

⁴⁸⁷ Sur l'application de la règle *non bis in idem* dans l'hypothèse de l'ouverture, pour les mêmes faits, d'une procédure pénale et d'une procédure administrative : F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2016, n° 435-1, p. 318 et s. – voir *infra* n° 791 et s.

⁴⁸⁸ Art. 323 al. 2 du code des douanes

⁴⁸⁹ La procédure de retenue spécifique au droit de la propriété intellectuelle l'est aussi par sa dénomination qui, en droit commun douanier ne concerne pas la retenue d'objets mais de personnes.

procédure au fond, soit civile, soit pénale⁴⁹⁰. L'absence d'uniformité de ces dispositions, pourtant issues de la même loi peut être déplorée car l'ouverture de cette procédure à tous les titulaires de droits d'exploitation, quelle que soit la nature du droit, aurait permis d'intensifier uniformément la lutte contre l'importation et l'exportation de produits contrefaisants.

D'autre part, les douanes disposent d'un très fort pouvoir en ce qu'elles peuvent procéder à la destruction, avant-dire droit, des marchandises soupçonnées contrefaisantes, dès lors que le titulaire des droits de propriété intellectuelle donne son accord, en assume les frais et se porte garant des conséquences d'une telle destruction. Le droit commun des douanes n'offre une telle possibilité, pour certaines catégories de marchandises, qu'à la condition qu'une ordonnance du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction ait été rendue sur requête de l'administration des douanes⁴⁹¹. Une telle garantie procédurale n'est pas appliquée au droit des douanes spécifique à la propriété intellectuelle, permettant la destruction des marchandises sur simple déclaration écrite du titulaire des droits. Si l'efficacité, voire l'efficience, de cette procédure, qui évite les coûts de stockage et écarte le risque que ces marchandises intègrent le marché, est évidente, la protection des droits de leurs propriétaires paraît incertaine, quand bien même le titulaire des droits de propriété intellectuelle se porterait garant. Cette procédure n'offre pas les garanties de respect des droits fondamentaux qu'implique celle instaurée par le code des douanes, permettant, notamment, de former un appel suspensif de l'ordonnance autorisant la destruction⁴⁹². Cependant, les services des douanes constituent un vecteur efficace de la lutte contre la contrefaçon. En 2016, en France, ils ont saisi 9,24 millions d'articles contrefaisants, parmi lesquels, principalement, des vêtements et des jouets⁴⁹³.

187. La contribution des douanes judiciaires à la lutte contre la contrefaçon - A l'issue de l'action des douanes, une option est offerte au demandeur, il peut agir au fond, soit au civil, soit au pénal. L'action menée par les douanes administratives n'est donc pas réservée à la procédure pénale. Cependant, l'existence d'une protection pénale du droit de la propriété intellectuelle donne la possibilité au ministère public d'engager des poursuites pénales, même si le titulaire des droits décide de ne pas engager d'action au fond. Elle offre, aussi, la possibilité au procureur de la République ou au juge d'instruction, chargé d'une enquête relative à des actes de contrefaçon, de requérir les services d'agents des douanes. En effet, les agents des douanes de catégorie A et B peuvent être habilités à effectuer des enquêtes judiciaires sur réquisition du procureur de la République ou sur commission rogatoire du juge d'instruction. Depuis la loi de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007, ils sont compétents pour l'ensemble des infractions aux droits de propriété intellectuelle. Ces agents, formant le Service

⁴⁹⁰ L'ouverture de la procédure douanière à d'autres personnes que le titulaire des droits n'a d'intérêt que lorsqu'une action publique est ensuite ouverte.

⁴⁹¹ Art. 389 bis du code des douanes.

⁴⁹² E. Belfayol, *Le contentieux pénal douanier*, Economica, 2016, p. 184.

⁴⁹³ La douane française, résultats 2016 (<http://www.douane.gouv.fr/Portals/0/fichiers/douane/resultat-2016/infographies-resultats-2016.pdf>).

national de douanes judiciaires, consacrent un tiers de leur activité à la lutte contre la contrefaçon et complètent les missions des services douaniers de la Direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières.

188. L'incidence de la construction européenne sur les compétences des douanes - Une harmonisation des règles relatives aux douanes des Etats de l'Union européenne est réalisée par le règlement, du 9 octobre 2013, portant refonte du code des douanes de l'Union⁴⁹⁴. Il concerne les conditions de validité de la demande d'intervention et les pouvoirs des agents des douanes. Il est complété, dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, par un règlement relatif au contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle⁴⁹⁵. Cet ensemble législatif permet de mener une lutte à double sens contre la contrefaçon. D'une part, les agents peuvent lutter contre l'introduction de produits contrefaisants sur le territoire de l'Union européenne, notamment par leur interception avant leur introduction sur le marché, et, d'autre part, ils peuvent intervenir lorsque de tels produits sont destinés à être exportés ou sont sur le point de quitter le territoire de l'Union. Toutefois, l'action des douanes est limitée aux produits dont le caractère contrefaisant n'est pas dû à un conflit entre cocontractants et exclut les marchandises dépourvues de caractère commercial, introduites par des voyageurs dans leur bagages personnels, et entrant dans les limites de franchise douanière⁴⁹⁶. En raison de l'existence de ces règles européennes, le droit interne s'applique seulement aux cas qui n'entrent pas dans le champ d'application du règlement de l'Union.

189. Les règles internes, dérogatoires au droit de l'Union européenne - Outre ce contrôle d'entrée et de sortie du territoire de l'Union européenne des produits grevés d'un droit de propriété intellectuelle, l'article 215 alinéa 1 du code des douanes, modifié par un arrêté du 11 décembre 2001⁴⁹⁷, puis par un arrêté du 25 avril 2015⁴⁹⁸, permet aux agents des douanes de déroger au principe d'interdiction de contrôle des marchandises qui entrent ou qui sortent du territoire français, dès lors qu'elles ont pour provenance ou destination un autre Etat de l'Union, en raison de leur caractère sensible. Ils peuvent exiger la preuve de la circulation régulière de ces marchandises. Dans la liste, figurent les marchandises contrefaisantes. Ce contrôle, qui n'a, jusqu'à présent, pas été jugé contraire aux articles 28 et 34 du TFUE, ni aux dispositions du code des douanes de l'Union⁴⁹⁹, renforce la lutte contre la contrefaçon sur le territoire de l'Union européenne.

⁴⁹⁴ Règlement (UE) 2013/952, 9 oct. 2013, établissant le code des douanes de l'Union (refonte).

⁴⁹⁵ Règlement (UE) 2013/608, 12 juin 2013, concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle.

⁴⁹⁶ Art. 1-4 et art. 1-5 du règlement (UE) 2013/608, 12 juin 2013, concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle.

⁴⁹⁷ Arrêté du 11 déc. 2001 portant application de l'article 215 du code des douanes.

⁴⁹⁸ Arrêté du 25 avr. 2015 modifiant l'arrêté du 11 décembre 2001 portant application de l'article 215 du code des douanes.

⁴⁹⁹ Ch. Soulard, *Guide pratique du contentieux douanier*, LexisNexis, 2^e éd., 2015, n° 255, p. 170 et s.

190. L'Organisation mondiale des douanes, organe de coopération des services nationaux - L'Organisation mondiale des douanes permet l'échange d'informations entre les administrations douanières. Outre son expertise, elle apporte aux services douaniers des Etats membres son assistance technique et propose des formations aux administrations douanières. Le caractère transfrontalier des atteintes a donc favorisé l'instauration de divers systèmes de coopération, tant au niveau européen, qu'au niveau international. L'adoption de règles de compétence de la loi pénale française tend à renforcer cet édifice, mais la nature territoriale du droit de la propriété intellectuelle contrarie cette adaptation.

2- Les règles de compétence dédiées à la lutte contre les infractions transfrontalières

191. Les infractions transfrontalières aux droits de propriété intellectuelle - La contrefaçon et les autres actes, portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle, comportent souvent un élément d'extranéité, car ils sont rarement, exclusivement, localisés sur le territoire national⁵⁰⁰. Il convient de déterminer si les juridictions et la loi françaises sont compétentes pour connaître du litige ; or le droit pénal et le droit civil apportent des réponses différentes.

192. La compétence des juridictions répressives françaises soumise à celle de la loi pénale - Tandis qu'en droit civil, la détermination des juridictions étatiques compétentes est autonome de la détermination de la loi applicable, en droit pénal, la compétence de la loi française emporte celle des juridictions nationales. En application de l'article 7, 2) du règlement dit Bruxelles I bis⁵⁰¹, la juridiction compétente, pour connaître de la responsabilité civile délictuelle, est celle du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. La loi française offre, quant à elle, une option à la victime, qui pourra choisir entre la juridiction du lieu du fait générateur du dommage et celle du lieu du dommage. Une fois la compétence juridictionnelle déterminée, la loi applicable au litige doit être identifiée⁵⁰². *A contrario*, les juridictions répressives françaises ne sont compétentes que pour appliquer les lois pénales

⁵⁰⁰ Le cas spécifique des atteintes aux droits de propriété intellectuelle au moyen d'Internet sera étudié ultérieurement – voir *infra* n° 203 et s.

⁵⁰¹ Règlement (UE) n° 1215/2012, 12 déc. 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (entré en vigueur le 10 janv. 2015).

⁵⁰² En droit de la responsabilité civile délictuelle, la loi applicable est déterminée par la règle de conflit de loi, qui dépend de la qualification de la question de droit posée et de l'élément de rattachement de cette règle de conflit. Il convient, aussi, de choisir la source correcte de la règle de conflit applicable, qui peut être nationale, européenne ou conventionnelle. Le droit commun français et le règlement dit Rome II (règlement (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles) accordent une compétence de principe à la *lex loci delicti* (art. 4 §1 du règlement Rome II). La jurisprudence affine cette règle, en présence de délits complexes. Le choix entre le lieu du fait générateur et le lieu du dommage est alors déterminé par le principe de proximité avec le litige. Le règlement ajoute nombre d'exceptions, certaines générales, d'autres spécifiques à certaines matières. Ainsi, l'article 8 prévoit deux règles de conflits, l'une pour les atteintes à un droit de propriété intellectuelle national, l'autre pour les atteintes à un droit de propriété intellectuelle européen. Cette règle européenne de conflit de loi est toutefois de moins en moins nécessaire en raison de l'harmonisation européenne des règles matérielles régissant la propriété intellectuelle. En effet, dès lors que les lois en conflit sont équivalentes, le droit international privé permet l'application de l'une ou de l'autre, sans prise en considération de la règle de conflit.

françaises. Cette règle rend la procédure plus simple et moins incertaine pour la victime. Néanmoins, dès lors que la loi française n'est pas compétente, la victime devra saisir les juridictions étrangères, ce qui peut rendre la procédure plus complexe qu'au civil⁵⁰³.

193. Les règles de compétence de la loi pénale française - Certes, « [...] les délices des conflits de juridictions sur la notion de lieu du fait dommageable, qui existent en matière civile, se posent certainement moins en matière pénale »⁵⁰⁴, mais, en principe, les règles de compétence de la loi pénale française, qui fondent celle des juridictions françaises, sont plus simples à mettre en œuvre et moins sujettes à interprétation⁵⁰⁵. L'article 113-2 du code de procédure pénale dispose que la loi pénale française s'applique, dès lors qu'un élément constitutif de l'infraction est commis sur le territoire de la République. Malgré la nature territoriale du droit pénal, le législateur a édicté des règles permettant à la loi pénale de porter sa compétence au-delà des frontières⁵⁰⁶. Lorsque le délit est commis hors du territoire français, la loi pénale et, par conséquent, les juridictions françaises sont compétentes s'il a été commis par un français et que la législation du pays punit ces faits⁵⁰⁷. Dans le cas des délits punis d'emprisonnement, la nationalité française de la victime emporte, aussi, leur compétence⁵⁰⁸. De surcroît, la loi pénale française est applicable aux complices de délits commis à l'étranger, si les actes caractérisant la complicité ont été réalisés sur le territoire de la République et si ces délits sont punis par la loi française ainsi que par la loi étrangère et si une décision définitive a été rendue par la juridiction étrangère⁵⁰⁹. En délocalisant la loi pénale, par la consécration de la « doctrine de l'ubiquité », le législateur relocalise la répression des infractions⁵¹⁰.

194. L'inapplication, en droit de la propriété intellectuelle, des règles d'extension de compétence de la loi pénale française - En principe, ces règles de droit commun sont

⁵⁰³ L'interdiction faite aux juridictions répressives françaises d'appliquer une loi pénale étrangère est vivement critiquée : D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2015, n° 29, p. 24 ; A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2005, n° 122 et s.

⁵⁰⁴ P.-Y. Gautier, « Conflits de lois, conflits de juridictions : pour la simplification », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 143, spéc. n° 2, p. 145.

⁵⁰⁵ Cependant, les règles adoptées n'excluent pas les hypothèses de procédures parallèles, menées par différents Etats. La décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil, du 30 nov. 2009, relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales, transposée tardivement par la loi n° 2015-993, du 17 août 2015, portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne, n'apporte pas de solution aux Etats membres de l'Union, le principe *non bis in idem* ayant été laissé de côté : B. Thellier de Poncheville, « La transposition manquée de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative aux conflits de compétences », *AJ Pénal* 2015, p. 528.

⁵⁰⁶ Pour une définition précise du principe de territorialité du droit pénal : D. Chilstein, « La dimension internationale des infractions d'affaires », *Dr. et patri.* 2006, n° 149. L'auteur explique que « [...] le principe de territorialité n'a jamais signifié que les infractions commises en dehors de France n'étaient pas justiciables des tribunaux français ».

⁵⁰⁷ Art. 113-6 du CPP.

⁵⁰⁸ Art. 113-7 du CPP.

⁵⁰⁹ Art. 113-5 du CPP.

⁵¹⁰ M. van de Kerchove, « Eclatement et recomposition du droit pénal », *RSC* 2000, p. 5.

applicables en droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, le principe de territorialité de ce droit exclut leur application⁵¹¹. La Cour de cassation, par un arrêt remarqué, du 29 novembre 2011⁵¹², casse un arrêt d'appel justifiant la compétence de la loi pénale française par la nationalité de la victime, au visa de l'article 5§2 de la Convention de Berne, qui dispose que l'étendue, la protection et les moyens de recours sont exclusivement régis par la législation où la protection est réclamée, et de l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle, qui impose que l'acte de contrefaçon soit réalisé en France. L'atteinte portée au droit d'auteur ayant eu lieu en Italie, la loi italienne est compétente, peu important la nationalité française de la victime. Cette décision, justifiée sur le fondement de l'article L. 335-2, est critiquable quant à l'application de l'article 5§2 de la Convention de Berne, car elle n'a pas pour objet d'harmoniser la protection pénale accordée par les Etats au droit de la propriété littéraire et artistique. Nonobstant ce fondement, la Cour de cassation écarte l'application de l'article 113-7 du code pénal, au profit de l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle, la nécessité de caractériser la localisation des actes de contrefaçon sur le territoire français faisant échec à la compétence de la loi pénale française fondée sur la nationalité de la victime⁵¹³. Cette limitation de la compétence de la loi pénale française fut, un temps, équilibrée par une interprétation souple de la notion d'éléments constitutifs de la contrefaçon. En effet, la Cour de cassation l'appliquait au consentement à la reproduction d'une œuvre et au dommage subi⁵¹⁴. De surcroît, elle affirmait que la loi française était compétente, nonobstant le faible effet de la contrefaçon sur le territoire français⁵¹⁵. Cette souplesse, permettant à la loi pénale française de connaître d'infractions aux droits de propriété intellectuelle, dont l'essentiel était commis à l'étranger, n'apparaissait pas légitime en droit d'auteur, l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle énonçant que, pour sanctionner la publication, à l'étranger, d'ouvrages contrefaisants, l'acte de contrefaçon⁵¹⁶, doit avoir eu lieu en France⁵¹⁷. Cette conception est,

⁵¹¹ A. Huet, « L'incidence de la territorialité des marques et brevets nationaux sur la compétence des tribunaux français en matière de contrefaçon », in *Mélanges Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 253-272, spéc. p. 266 ; J. Passa, « Propriété intellectuelle et droit pénal international : incompétence de la loi et du juge français à l'égard d'actes accomplis à l'étranger. À propos de Cass. crim., 19 juin 2007 : *JCP E* 2007, 2504 ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, th. dir. M. Vivant, Litec, 1990, n° 523, note 534 ; A. Huet et R. Koering-Joulin, *JCL international*, Fasc. 403-20, 2013, n° 20.

⁵¹² Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *Bull. crim.* 2011, n° 240 ; *JCP G* 2012, 248, note E. Dreyer ; *RSC* 2012, p. 167, note J. Francillon ; *D.* 2012, p. 2339, obs. L. d'Avout, et p. 2836, obs. P. Sirinelli ; *Propri. intell.* 2012, p. 41, obs. A. Lucas ; *CCE* 2013, n° 15, chron. 1, obs. M.-E. Ancel.

⁵¹³ Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 : *D.* 2011, p. 1055, note E. Dreyer ; *RSC* 2011, p. 651, obs. J. Francillon ; *RTD com.* 2011, p. 356, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁵¹⁴ Cass. crim., 2 févr. 1977, n° 75-90.944 : *Bull. crim.* 1977, n° 41 ; *RIDA* 1977, n° 3, p. 139 ; Cass. crim., 6 juin 1991, n° 90-80.755 : *Bull. crim.* 1991, n° 240 ; *JCP G* 1991, IV, 357 ; *D.* 1993, somm. p. 86, obs. C. Colombet : La Cour de cassation reconnaît la compétence de la loi française dans le cas d'une contrefaçon, commise à l'étranger, d'une œuvre dont le titulaire des droits d'exploitation est étranger, en raison du fait qu'elle a eu pour effet de porter atteinte à la rémunération proportionnelle de l'auteur français. Cette décision prête le flanc à la critique car, d'une part, l'élément de rattachement est l'effet de l'infraction et non un élément constitutif et, d'autre part, l'auteur français est une victime par ricochet.

⁵¹⁵ Cass. crim. 29 janv. 2002, n° 01-83.122 : *Bull. crim.* 2002, n° 13 ; *D.* 2002, AJ, p. 1352.

⁵¹⁶ La reproduction en violation du droit d'auteur.

⁵¹⁷ Cette disposition est la seule du code de propriété intellectuelle à énoncer une règle d'application de la loi pénale dans l'espace et à en faire un élément constitutif de l'infraction de contrefaçon.

aujourd'hui, abandonnée. La Cour de cassation, dont l'arrêt du 29 novembre 2011 constitue un exemple, fait une application stricte de la notion d'éléments constitutifs de la contrefaçon, la limitant aux actes qui peuvent être interdits par le titulaire des droits⁵¹⁸.

Les dispositions du droit de la propriété intellectuelle et leur interprétation jurisprudentielle font échec à la mise en œuvre des règles communes d'application de la loi pénale dans l'espace. L'extension maximale de la compétence territoriale de la loi pénale est réduite à peau de chagrin par le droit de la propriété intellectuelle que, ni le législateur, ni le juge n'ont su adapter à l'internationalisation de la circulation des marchandises contrefaisantes. L'autonomisation de la compétence des juridictions répressives par rapport à la compétence législative pourrait permettre l'application de ces dispositions de droit commun et éviter le risque que les infractions aux droits de propriété intellectuelle, commises à l'étranger, restent impunies.

195. L'application de la loi pénale française aux conditions préalables des infractions aux droits de propriété intellectuelle - Concernant les conditions préalables aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle, la Cour de cassation, dans ses arrêts *ABC News*, a condamné le « dépeçage » du droit d'auteur et rend compétente la loi du pays pour lequel la protection est réclamée⁵¹⁹. Cette solution est transposable au juge répressif qui, uniquement compétent pour appliquer la loi pénale française, appliquera, aussi, la loi civile du for pour statuer sur les conditions préalables⁵²⁰.

196. L'effet des décisions à l'étranger - La procédure pénale comporte, toutefois, une difficulté quant à l'effet des décisions françaises à l'étranger. Le caractère national des règles de procédure pénale empêche de leur conférer une valeur à l'étranger et, réciproquement, les décisions étrangères sont privées d'efficacité en France. Une collaboration entre Etats est donc indispensable, ainsi que l'harmonisation des règles d'extradition. Malgré cette difficulté, néanmoins atténuée au sein de l'Union européenne par l'adoption de la décision-cadre du 23 octobre 2009⁵²¹, le droit commun de la procédure pénale comporte des avantages, inhérents à sa nature, pour lutter contre les atteintes transfrontalières aux droits de propriété intellectuelle. Certes, l'atténuation du caractère territorial du droit pénal par les règles d'extension de la compétence de la loi répressive n'a pas d'effet en droit de la propriété intellectuelle.

⁵¹⁸ Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *Bull. crim.* 2011, n° 240 ; *D.* 2012, p. 2836, comm. P. Sirinelli ; *RSC* 2012, p. 167, comm. J. Francillon.

⁵¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : *Bull. civ I* 2013, n° 68 ; *RIDA* 2013, n° 236, p. 445, obs. P. Sirinelli ; *JCP G* 2013, I, 493, obs. A. Lucas-Schloetter ; *JCP G* 2013, I, 701, note E. Treppoz ; *D.* 2013, p. 2004, note T. Azzi ; *Prop. intell.* 2013, p. 306, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2013, p. 725, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2013, n° 94, 3111, obs. P.-D. Cervetti ; *JCP E* 2014, n° 8, p. 1444, obs. F. Marchadier.

⁵²⁰ Sur la compétence du juge pénal pour statuer sur les conditions préalables, voir *supra* n° 95.

⁵²¹ Décision-cadre 2009/829/JAI du Conseil, du 23 oct. 2009, concernant l'application, entre les Etats membres de l'Union européenne, du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire. Cette décision-cadre a été transposée par la loi n° 2015-993 du 17 août 2015, portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne.

L'inadaptation au caractère transfrontalier des infractions ne provient pas de la procédure pénale, mais du droit de la propriété intellectuelle, dont la nature territoriale n'a pas été assouplie par le législateur.

197. De l'espace physique au cyberspace - La procédure pénale présente des avantages inhérents à sa nature, pour lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Même le caractère territorial du droit pénal ne fait pas obstacle à son application aux infractions transfrontalières, fréquentes en droit de propriété intellectuelle. Cette adaptabilité est observable, aussi, en matière d'infractions commises sur Internet.

B- L'adaptation spécifique de la procédure pénale à la cybercriminalité

198. L'adaptation de la procédure pénale à la cybercriminalité au service du droit de la propriété intellectuelle - Selon l'ONU, la notion de cybercriminalité recouvre « *tout comportement illégal faisant intervenir des opérations électroniques qui visent la sécurité des systèmes informatiques et des données qu'ils traitent* » et, dans une acception plus large, « *tout fait illégal commis au moyen d'un système ou d'un réseau informatique ou en relation avec un système informatique* »⁵²². Le 30 juin 2014, le Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité a rendu un rapport dans lequel il définit la cybercriminalité comme regroupant « *toutes les infractions pénales tentées ou commises à l'encontre ou au moyen d'une système d'information et de communication, principalement Internet* »⁵²³. La Convention du Conseil de l'Europe du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité distingue quatre types d'infractions, parmi lesquelles les infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle⁵²⁴. Cette qualification permet au droit de la propriété intellectuelle de bénéficier de toutes les ressources matérielles et procédurales dédiées à la cybercriminalité⁵²⁵, tant des acteurs spécialisés dans la lutte contre ces infractions (1), que des règles de procédure pénale spécialement adaptées (2).

1- Les acteurs dédiés à la lutte contre la cybercriminalité

199. La coopération internationale des services d'enquêtes - Une coopération spécifique des services nationaux d'enquêtes est instituée dans le domaine de la cybercriminalité, afin de lutter plus efficacement contre certains crimes et délits. La Division centrale de la police

⁵²² Dixième Congrès des Nations unies, du 10 au 17 avr. 2000, à Vienne, intitulé « la prévention du crime et le traitement des délinquants ».

⁵²³ Rapport sur la cybercriminalité, *Protéger les INTERNAUTES*, Rapport établi par le Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, rendu le 30 juin 2014.

⁵²⁴ Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, 23 nov. 2001, Budapest, n° 185.

⁵²⁵ Sur le développement d'un arsenal législatif dédié à la lutte contre la cybercriminalité : D. Chilstein, « Législation sur la cybercriminalité en France », *RIDC* 2010, vol. LXII, n° 2, p. 553-606.

judiciaire comporte une plate-forme opérationnelle, la Section centrale de coopération opérationnelle de police, qui regroupe les trois organes de coopération que sont Europol, Interpol et le système d'information Schengen. La coopération des Etats permet une meilleure prévention et une lutte plus efficace contre la cyberdélinquance.

Au niveau européen, Eurojust assure la coordination et la coopération des autorités nationales dans la criminalité transfrontalière grave. Composé de 27 magistrats nationaux, cette agence améliore la coordination des enquêtes et des poursuites, ainsi que l'efficacité des autorités des Etats membres. Cette unité centrale est complétée par le réseau judiciaire européen décentralisé qui permet l'échange d'informations entre les magistrats travaillant sur un dossier pénal. La contrefaçon commise en bande organisée sur Internet fait partie de ses missions. Un accord de coopération a été conclu en 2004 entre Eurojust et Europol.

200. La création de services d'enquêtes spécialisés dans la cybercriminalité - Une qualification d'investigateur en cybercriminalité a été créée et permet aux agents de police ou de gendarmerie de travailler spécifiquement dans la lutte contre les infractions liées aux réseaux d'information et de communication. En effet, depuis 2014, la Police nationale comporte une Sous-direction de lutte contre la cybercriminalité, à laquelle a été intégré l'office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication. Cet office forme une structure interministérielle, composée de policiers et gendarmes et comprend cinq sections : une section de l'Internet organisée autour de la plate-forme de signalement PHAROS, une section opérationnelle chargée de lutter contre les infractions au système informatique ou commises grâce au système informatique, une section d'assistance technique, de recherche et de développement, une section de formation sur la cybercriminalité à destination des enquêteurs et une section des relations internationales. Concernant la recherche de preuves, l'institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale dispose d'une division criminalistique, ingénierie et numérique, avec un département informatique-électronique, notamment compétent en matière de contrefaçon. Cette division réalise des examens scientifiques et des expertises judiciaires, apporte un soutien technique aux enquêteurs et aux magistrats en effectuant, notamment, des réparations et analyses de disques durs, des mesures radioélectriques, des perquisitions dans des environnements complexes comme les entreprises, et des exploitations d'objets électroniques. Au niveau régional, des brigades sont spécialisées dans les enquêtes sur la cyberdélinquance. Il en est ainsi de la Brigade d'enquêtes sur les fraudes aux technologies de l'information, compétente en matière de contrefaçon de logiciels, dans le ressort de Paris et de la petite couronne.

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peut aussi exercer ses pouvoirs de surveillance et de contrôle sur Internet grâce à son Centre de surveillance du commerce électronique, intégré depuis 2009, au Service national des enquêtes. Ce service coopère avec le service Cyberdouane de la Direction des douanes, pour lutter contre la contrefaçon sur Internet, notamment, la contrefaçon de marques. En effet, ce service, créé la

même année au sein de la Direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières, chargée de recueillir et de centraliser les informations sur la fraude, de procéder à des enquêtes et de lutter contre la fraude, a pour mission la surveillance du réseau Internet. Ses compétences sont limitées à cette mission, les agents ne peuvent intervenir lors de la transmission d'informations, par exemple dans le contexte de téléchargements illicites d'œuvres de l'esprit. Ils peuvent, néanmoins, acquérir des biens soupçonnés être contrefaisants, afin de démontrer leur illicéité. Ils peuvent aussi, en vertu de leurs compétences générales, effectuer des saisies sur le fret postal et express, transportant les biens qui ont fait l'objet de transactions sur Internet⁵²⁶.

201. Des règles procédurales spécifiques au bénéfice de ces acteurs - La création d'acteurs spécialisés dans la lutte contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle commises sur Internet, n'est pas suffisante. Elle doit être accompagnée de règles procédurales spécifiques portant sur la compétence de la loi pénale française et sur la recherche de preuves.

2- Les règles procédurales dédiées à la lutte contre la cybercriminalité

202. L'adaptation des règles de procédure pénale à la cybercriminalité - Deux grands domaines de la procédure pénale ont été adaptés à la lutte contre les infractions réalisées dans le cyberspace. Ce lieu incorporel de commission des infractions a bouleversé, inutilement, les règles de compétence de la loi pénale dans l'espace (a), mais a imposé l'adaptation des règles d'enquêtes et de collecte des preuves (b).

a- L'adaptation des règles de compétence de la loi pénale dans l'espace

203. Des tâtonnements, à l'instauration d'une nouvelle règle - Lorsque les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sont commises au moyen d'Internet, la question de la compétence de la loi française est systématiquement posée. En effet, la commission de telles atteintes par l'intermédiaire d'Internet présente une double difficulté pour le droit international, qu'il soit civil ou pénal. D'une part, le bien est immatériel et, d'autre part, l'espace dans lequel se situent les actes illicites, est lui aussi immatériel⁵²⁷. Comment alors déterminer le siège d'un rapport de droit qui ne peut être précisément localisé⁵²⁸ ? Si les solutions apportées par la jurisprudence civile ont eu une influence sur la jurisprudence pénale (i), en 2016, le législateur

⁵²⁶ L'article 26 du règlement permet aux douanes d'agir en présence de petits envois. Toutefois, la combinaison des paragraphes 19, 6 et 7 de l'article 2 de ce règlement écarte les atteintes au droit des brevets et, par conséquent, limite la lutte contre la circulation des médicaments contrefaisants.

⁵²⁷ V. Fauchoux, P. Deprez et J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, LexisNexis, 2^e éd., 2013, n° 100 et s., p. 73 et s.

⁵²⁸ F.-C. von Savigny, *Traité de droit romain*, Paris, 1848, Panthéon-Assas, 1860, t. 8, p. 109, § 630.

a introduit un nouvel article, dans la partie générale du code pénal, énonçant un critère de rattachement au territoire français, des délits et des crimes commis au moyen d'Internet (ii).

i- L'influence de la jurisprudence civile sur la jurisprudence pénale

204. Les solutions de droit civil international - En droit de la responsabilité civile délictuelle, différents critères de localisation du dommage ont été adoptés par la jurisprudence et différentes théories ont été élaborées par la doctrine⁵²⁹. Parmi celles-ci, deux principales théories de localisation du dommage se sont affrontées⁵³⁰. La théorie de l'accessibilité localisait le dommage partout où l'information était accessible, tandis que la théorie de la focalisation le situait dans le ou les pays spécialement visés par le site Internet⁵³¹. Cette deuxième théorie, élaborée dans le domaine de la contrefaçon sur Internet, constitue une approche restrictive de la théorie de l'accessibilité. Elle permet d'identifier plus précisément le lieu où le dommage est ressenti. Initialement favorable à la théorie de l'accessibilité⁵³², la jurisprudence française a ensuite adopté celle de la focalisation⁵³³, ce qui évite que la loi française soit applicable à tous les actes délictueux commis sur Internet. Sous l'influence de trois arrêts rendus par la CJUE,

⁵²⁹ Pour une rétrospective : M. Vivant, « Internet », *Rép. internat. Dalloz*, oct. 2017, n° 22 et s. – La loi applicable en droit de la propriété intellectuelle fait l'objet d'une littérature abondante : T. Azzi, « Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois, De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II », *Prop. intell.* 2009, n° 33, p. 324 ; T. Azzi et E. Treppoz, « Contrefaçon et conflits de lois : quelques remarques sur la liste des conventions internationales censées primer le règlement Rome II », *D.* 2011, p. 1293 ; H. Gaudemet-Tallon, « Droit international privé de la contrefaçon : aspects actuels », *D.* 2008, p. 735 ; J. Passa, « Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur Internet », *RLDI* 2010, n° 63, suppl., p. 23 – Pour une analyse de la loi applicable à l'aune de la qualification de droit de propriété : M. Vivant, « Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle », *D.* 2011, p. 2351.

⁵³⁰ Une troisième théorie, fondée sur le critère du lieu de diffusion de l'information, a été élaborée sans être accueillie par les juges : D. Chilstein, « Le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international », *Legicom* 2014/1, n° 52, p. 51-58, spéc. p. 53.

⁵³¹ Pour une élaboration de cette théorie dite de « ciblage » : M. Vivant, « Internet, support publicitaire : régulation et déontologie », *Gaz. Pal.* 1997, n° 2, doct. 1503.

⁵³² Par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225 : *D.* 2004, p. 276, obs. C. Manara ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 632, note O. Cachard ; *RTD com.* 2004, p. 281, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP G* 2004, II, 10055, note C. Chabert.

⁵³³ Cass. com., 20 mars 2007, n° 04-19.679 : *D.* 2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 322, note E. Treppoz ; *JCP G* 2007, II, 10088, note M.-E. Ancel ; Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188 : *Bull. civ. I* 2012, n°162 ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2^e éd., 2015, comm. T. Azzi ; *RTD com.* 2012, p. 780, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. intell.* 2012, p. 416 et 420, obs. A. Lucas ; *D.* 2012, p. 2348, P. Tréfigny.

pourtant fortement critiqués⁵³⁴, la Cour de cassation applique, de nouveau, la théorie de l'accessibilité⁵³⁵.

205. L'adoption par les juges répressifs de la théorie de la focalisation - En droit pénal, avant la création de l'article 113-2-1 du code pénal⁵³⁶, il n'existait pas de critère de compétence de la loi, spécifique aux infractions commises sur Internet. Certes, la Convention de Budapest, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004⁵³⁷, harmonise certaines infractions, instaure de nouveaux instruments procéduraux et met en place un système de coopération internationale, mais elle n'établit aucun critère de compétence des Etats pour connaître des infractions commises sur Internet⁵³⁸.

En l'absence de critère légal spécifique, les juges ont, dans un premier temps, considéré que la lecture traditionnellement expansionniste de l'article 113-2 alinéa 2 du code pénal, leur permettait de connaître d'infractions, dès lors que le site Internet était accessible en France⁵³⁹. La théorie de l'accessibilité accordait, comme en droit civil, un rayonnement très large à la loi française et favorisait le *forum shopping*⁵⁴⁰. Illégitime, puisqu'elle permettait toujours aux juridictions de se déclarer compétentes, cette théorie était parfois vaine, faute d'exécution

⁵³⁴ CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. Muir Watt ; *D.* 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2012, p. 1279, note T. Azzi ; *RTD com.* 2012, p. 554, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP G* 2012, n° 28, p. 35, note S. Francq ; *Europe* 2011, comm. 499, obs. L. Idot ; *CCE* 2012, chron. 1, n° 6 et n° 10, obs. M.-E. Ancel ; CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, *Wintersteiger* : *D.* 2012, p. 1926, note T. Azzi ; *D.* 2012, p. 2331, obs. L. D'Avout ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2012, p. 554, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Europe* 2012, comm. 263, obs. L. Idot ; *CCE* 2012, n° 3, p. 30, obs. M.-E. Ancel ; CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney* : *D.* 2013, p. 411, note T. Azzi ; *RTD Eur.* 2013, p. 897, note E. Treppoz ; *RTD com.* 2013, p. 731, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Europe* 2013, comm. 558, obs. L. Idot ; *CCE* 2014, chron. 1, n° 3 et s., obs. M.-E. Ancel.

⁵³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 10-15.890, 11-24.019 et 11-26.822 : *Prop. intell.* 2014, n° 51, p. 181, obs. A. Lucas ; *RLDI* mars 2014, n° 3375, obs. L. Costes ; *RIDA* 2014. 513, obs. P. Sirinelli ; Cass. com. 5 juill. 2017, n° 14-16.737, *Société Concurrency c/ Samsung et Amazon* : *Bull. civ. IV* 2017, n° 1027 ; *Dalloz IP/IT* 2018, p. 140, obs. M. Minois ; *CCE* 2017, comm. 72, obs. G. Loiseau ; *CCC* 2017, comm. 196, obs. M. Malaurie-Vignal ; Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 2017, n° 16-10.428 : *Bull. Civ. I* 2017, n° 1110 ; *Dalloz IP/IT* 2018, p. 122, obs. T. Azzi.

⁵³⁶ Voir *infra* n° 207.

⁵³⁷ Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, 23 nov. 2001, Budapest, n° 185.

⁵³⁸ L'article 22 renvoie à la législation des Etats.

⁵³⁹ Les premières décisions datent de l'affaire Yahoo et de la mise à disposition d'objets nazis à partir d'un site de vente aux enchères américain : TGI Paris, ord. de réf., 22 mai et 20 nov. 2000 : *CCE* 2000, comm. n° 92, p. 132, obs. J.-Ch. Galloux ; TGI Paris, 17^e ch., 26 févr. 2002 : *CCE* 2002, n° 77, obs. A. Lepage ; CA Paris, 11^e ch., 17 mars 2004 : *CCE* 2005, comm. n° 72, obs. A. Lepage. Cette théorie a encore récemment été retenue dans une affaire de dénigrement de produits pharmaceutiques : Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-86.944 : *Bull. crim.* 2008, n° 5.

⁵⁴⁰ Sur cette dérive, due à la théorie de l'accessibilité adoptée par les juridictions répressives : D. Chilstein, « Le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international », *Legicom* 2014/1, n° 52, p. 51-58, spéc. p. 54.

possible à l'étranger⁵⁴¹. Dans un arrêt du 14 décembre 2010⁵⁴², la Cour de cassation a alors appliqué la théorie de la focalisation⁵⁴³. En l'espèce, les chansons d'un artiste-interprète français ont été mises à disposition du public, par un site Internet rédigé en allemand, hébergé en Allemagne et produit par une société allemande. La cour d'appel écarte l'exception d'incompétence des juridictions françaises aux motifs que les chansons sont françaises et que le site, bien que rédigé en allemand, comporte des icônes permettant de le faire fonctionner sans connaissance de la langue allemande. Elle en conclut que le site était, aussi, destiné au public français. La Cour casse cet arrêt en raison de l'insuffisance des preuves à caractériser l'orientation du site vers le public français et rappelle que la perpétration de la contrefaçon sur le territoire national est un élément constitutif de l'infraction. Cette précision montre que la preuve de l'orientation du site vers le public français aurait permis de caractériser la perpétration de la contrefaçon sur le territoire national. La Cour de cassation emprunte donc la voie de la focalisation, délaissant celle de l'accessibilité. Ce choix est conforme à la fonction du droit pénal, qui est de sanctionner les atteintes graves à l'ordre public. Un site accessible en France, mais qui n'est pas orienté vers le public français, ne trouble que faiblement l'ordre public. Néanmoins, la Cour exclut l'application de la règle de compétence de la loi pénale française fondée sur la nationalité de la victime. En l'espèce, la victime étant française, la compétence aurait pu être retenue sur le fondement de l'article 113-7 du code pénal⁵⁴⁴. De surcroît, en exigeant que la contrefaçon soit réalisée en France, elle ajoute une condition à l'article L. 335-4 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle applicable aux faits. Celui-ci incrimine la communication ou la mise à disposition du public d'un phonogramme, dépourvue d'autorisation de l'artiste-interprète ou du producteur du phonogramme, sans préciser quel public est concerné. Par une lecture stricte, l'incrimination n'est pas limitée au public français. La communication de ces chansons, au public, quel qu'il soit, étant un élément constitutif de l'infraction, celle-ci aurait dû être, à tout le moins, réputée commise sur le territoire français. L'interprétation stricte de cette disposition pénale par la Chambre criminelle l'aurait donc conduite à une autre solution⁵⁴⁵. Cependant, le choix de la théorie de la focalisation concorde

⁵⁴¹ J. Francillon, « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et la cybercriminalité », in *Le droit international du Web*, Lamy, Droit de l'Immatériel, dossier spéc., déc. 2011 ; E. Dreyer, « L'internationalisation de la communication. Les lois applicables. Le droit pénal international », in *Traité du droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, p. 1269, spéc. p. 1280 et s. ; A. Huet, « Droit pénal international et internet », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 663 et s.

⁵⁴² Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 : *D.* 2011, p. 1055, obs. E. Dreyer ; *RTD com.* 2013, p. 731, note F. Pollaud-Dulian ; *RSC* 2011, p. 651, obs. J. Francillon ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 192, note J. Knetsch ; *RPDP* 2011, n° 1, p. 203, obs. D. Chilstein.

⁵⁴³ Cet arrêt est rendu après un premier arrêt adoptant aussi la théorie de la focalisation : Cass. crim., 9 sept. 2008, n° 07-87.281 : *D.* 2009, p. 1992, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny, spéc. p. 2000.

⁵⁴⁴ Lorsque la victime est française, même si le site Internet n'est pas orienté vers le public français, l'atteinte à l'ordre public national semble suffisante pour rendre la compétence de la loi pénale française légitime.

⁵⁴⁵ La rédaction de cette disposition est peu précise et il semble néanmoins que le législateur ait fait référence au public français sans toutefois le nommer. Cela démontre, une fois encore, que la rédaction des infractions aux droits de propriété intellectuelle mériterait d'être reprise avec plus de rigueur juridique.

avec la jurisprudence relative à la compétence de la loi pénale française dans l'hypothèse d'actes de contrefaçon commis en dehors d'Internet⁵⁴⁶.

206. L'imperfection du critère d'orientation du site Internet - Ce critère d'« *orientation du site Internet vers le public français* » donne prise à la critique⁵⁴⁷. La caractérisation d'une telle orientation exige de recourir à un faisceau d'indices, technique peu conforme au principe de légalité criminelle. Soumise à l'interprétation des juges, la détermination de la loi applicable et, incidemment, de la compétence des juridictions françaises, est alors peu prévisible⁵⁴⁸. En outre, ces incertitudes présentent une importante difficulté procédurale. Tant que les juges du fond n'ont pas statué sur la compétence de la loi française, les organes d'enquête et d'instruction travaillent dans l'incertitude de leur compétence. Plusieurs solutions avaient été proposées pour résoudre les difficultés posées par ce critère⁵⁴⁹, mais, en 2016, le législateur a choisi de contourner ces difficultés en ajoutant un article 113-2-1 au code pénal.

ii- La création d'une règle de compétence de la loi pénale dans le cyberspace

207. Le nouveau critère de compétence de la loi pénale dans le cyberspace - Ignorant les propositions doctrinales, qui avaient le mérite d'intégrer cette question dans une réflexion générale sur l'application de la loi pénale dans l'espace, le législateur a introduit un article 113-2-1 dans le code pénal, disposant que « *tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République* ». Profitant d'un texte spécifique à la lutte contre le crime organisé et le terrorisme⁵⁵⁰, le législateur a inséré, dans la partie générale du code pénal, une règle de compétence de la loi pénale française dans le cyberspace, applicable quelle que soit la nature du délit ou du crime⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ Voir *supra* n° 194.

⁵⁴⁷ E. Dreyer, « La compétence territoriale limitée de la loi pénale en matière de contrefaçon sur internet », *D.* 2011, n° 15, p. 1055-1059.

⁵⁴⁸ D. Chilstein, « Le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international », *Legicom* 2014/1, n° 52, p. 51-58, spéc. p. 56.

⁵⁴⁹ Pour un panorama des solutions proposées par la doctrine : J. Francillon, « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », *RLDI* 2012, n° 81, 2728.

⁵⁵⁰ Loi, n° 2016-731, du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale : R. Parizot, « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », *RSC* 2016, p. 376 ; M.-E. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2017, n° 1, chron. 1.

⁵⁵¹ En établissant cette règle de compétence, le législateur français use de la dérogation autorisée par l'article 22 §2 de la Convention sur la cybercriminalité, adoptée par le Conseil de l'Europe, le 23 novembre 2001, laquelle proposait aux Etats, pour déterminer leur compétence, d'adopter le critère territorial de commission de l'infraction ou de nationalité de son auteur (art. 22, §1).

208. Un critère fortement critiquable - Ce nouveau critère de rattachement⁵⁵², d'une part, risque d'ébranler toute la construction de la compétence de la loi pénale dans l'espace et, d'autre part, ne permet pas de résoudre toutes les situations. Pour la même infraction, le législateur instaure deux solutions différentes, en fonction de l'espace, matériel ou immatériel, dans lequel elle est commise. Dans l'espace physique, l'infraction doit avoir été, au moins par un de ses faits constitutifs, commise sur le territoire de la République⁵⁵³. Dans le cyberspace, le législateur a choisi de contourner la difficulté de localisation de l'infraction en retenant le critère du lieu de résidence de la victime. En l'absence de précision, les résidences, tant habituelles qu'occasionnelles, peuvent conférer compétence à la loi française⁵⁵⁴. De surcroît, ce critère étant unique, qu'en sera-t-il lorsque la victime sera inconnue ? Les critères de compétence, active ou personnelle passive, de la loi pénale devront-ils alors être appliqués ? Enfin, ce critère de rattachement de l'infraction au territoire français semble aussi artificiel que celui de la nationalité de la victime. Toutefois, ce dernier pouvait être justifié par le trouble causé à l'ordre public, par l'intermédiaire de l'atteinte portée à une personne de nationalité française, quand bien même l'acte n'aurait pas été commis sur le territoire national. Il semble légitime que l'Etat français, par l'intermédiaire du droit pénal, protège les citoyens français. De tels arguments ne peuvent justifier le critère, plus (trop !) large, de résidence. En réputant l'infraction commise sur le territoire français, dès lors que la victime a sa résidence en France, le législateur exclut le texte relatif aux infractions commises à l'étranger, alors même qu'il aurait pris naturellement sa place à la suite des articles 113-6 et 113-7 du code pénal. Il convient d'attendre les prochaines décisions pour savoir si les juges appliqueront cette disposition aux infractions aux droits de propriété intellectuelle commises sur Internet.

209. L'influence du cyberspace sur les règles d'enquête et de preuves - L'instauration d'une règle de compétence de la loi pénale dans le cyberspace n'a d'intérêt que si les enquêtes peuvent aboutir à l'identification de l'auteur de l'infraction et à la constitution de preuves suffisantes.

b- L'adaptation des règles d'enquête et de preuve

210. L'adaptation des moyens d'investigation et de collecte des preuves - Les mesures d'investigations, applicables à l'espace physique, peuvent être mises en œuvre dans le cyberspace. Il en est ainsi des perquisitions et des saisies. Toutefois, la dématérialisation des éléments de preuve impose d'adapter certaines règles et d'en créer de nouvelles. Une série de lois a permis de développer de nouveaux moyens d'investigation, notamment les lois

⁵⁵² Le critère de résidence habituelle était appliqué pour certaines infractions, telles que le délit d'excision (art. 222-16-2 du CP) ou les crimes et les délits commis dans le but de contraindre à un mariage (art. 221-5-4, 222-6-3, 222-16-2 du CP).

⁵⁵³ Voir *supra* n° 193 et s.

⁵⁵⁴ Le législateur ne semble pas avoir entendu les critiques refusant une trop large compétence de la loi française.

d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, dites LOPSI⁵⁵⁵ et LOPSI II⁵⁵⁶, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁵⁵⁷ et de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II⁵⁵⁸. Deux lois destinées à la lutte contre le terrorisme ont, aussi, participé au développement des moyens d'investigation numérique⁵⁵⁹. De surcroît, l'article 19.2 de la Convention de Budapest incite les parties à adopter des procédures qui permettent d'agir rapidement⁵⁶⁰. Cette convention, spécifique à la cybercriminalité, fournit aux Etats des procédés rendant plus efficaces l'instruction des dossiers et les poursuites et adapte les moyens d'enquête et de poursuite au cyberspace. Certains s'interrogent alors sur l'existence d'une cyber-procédure pénale⁵⁶¹. Comme dans l'espace physique, des infiltrations, enquêtes sous pseudonyme et des procédures de « coup d'achat » peuvent être mises en œuvre par des enquêteurs spécialisés ou les douanes, dont la compétence a été étendue à tous les droits de propriété intellectuelle par la loi du 11 mars 2014, renforçant la lutte contre la contrefaçon⁵⁶².

211. L'adaptation des règles de perquisition - Les mesures de perquisitions exigeaient que les enquêteurs soient autorisés à s'introduire dans les systèmes informatisés. Les perquisitions peuvent être effectuées directement sur le disque dur des ordinateurs ou à distance sur les réseaux. Elles doivent apporter les mêmes garanties que les perquisitions physiques, tant sur le caractère irréfutable des preuves collectées⁵⁶³, qu'en matière de droit de la défense. Lorsque les données sont déplacées sur un serveur à l'étranger, la perquisition ne peut être effectuée que sur commission rogatoire internationale. Le déplacement ou la suppression des preuves par les auteurs des infractions, facilité par leur dématérialisation, imposait l'assouplissement du principe de spécialité des perquisitions. En effet, en application de ce principe, la recherche des éléments de preuve ne peut être effectuée que pour une infraction précise et dans un lieu déterminé. L'article 19 de la Convention de Budapest a permis une extension du droit de perquisitionner à partir du système informatique initial, vers un autre système ou vers ses composants.

⁵⁵⁵ Loi, n° 2002-1094, du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

⁵⁵⁶ Loi, n° 2011-267, du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

⁵⁵⁷ Loi, n° 2004-575, du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁵⁵⁸ Loi, n° 2004-204, du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁵⁵⁹ Loi, n° 2014-1353, du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ; loi, n° 2016-731, du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁵⁶⁰ Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, 23 nov. 2001, Budapest, n° 185.

⁵⁶¹ C. Féral-Schuhl, « Une procédure pénale adaptée à l'Internet se dessine : entre "cyber-enquêteurs" et collaboration des fournisseurs et utilisateurs », *A.J. pénal* 2005, p. 228 ; F. Dechamps et C. Lambilot, *Cybercriminalité, Etat des lieux*, Anthemis, 2016 ; M. Quémener et Y. Charpenel, *Cybercriminalité, Droit pénal appliqué*, Economica, 2010 ; M. Quémener et J. Ferry, *Cybercriminalité, Défi mondial et réponses*, Economica, 2007 ; E. Freyssinet, *La cybercriminalité en mouvement*, Lavoisier, 2012.

⁵⁶² M. Quémener, « Les techniques spéciales d'enquête en matière de lutte contre la cybercriminalité », *AJ Pénal* 2015, p. 403.

⁵⁶³ Les copies temporaires ou cookies ne sont donc pas des preuves suffisantes pour caractériser la responsabilité pénale personnelle d'un individu.

212. L'adaptation des règles de saisies - Concernant les saisies, les données ne peuvent faire l'objet d'une saisie telle qu'effectuée dans l'espace physique. La saisie des données informatiques est une copie de ces données. La loi pour la confiance dans l'économie numérique a permis de prendre une copie des éléments contenus sur le disque dur d'un système informatique. Elle doit être réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition. Le support physique des données peut aussi être placé sous main de justice. Néanmoins, placer le disque dur d'un ordinateur sous main de justice est insuffisant lorsqu'il ne peut être lu que par cet ordinateur, en raison de programmes informatiques installés par le propriétaire. Selon les articles 41 et 43 de cette loi, le procureur de la République ou le juge d'instruction peut ordonner l'effacement définitif des données contenues sur le support physique lorsqu'il ne fait pas l'objet d'une main de justice, si la détention ou l'usage en est illégal ou dangereux pour la sécurité des personnes et des biens.

213. La contribution des intermédiaires techniques à l'identification des auteurs des infractions - Afin de faciliter la collecte de ces données par les services d'enquête, l'article 6.II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique fait peser, sur les intermédiaires techniques, une obligation de conservation des données. Le décret du 25 février 2011⁵⁶⁴ établit la liste des données qui peuvent être conservées et met un terme aux différentes interprétations jurisprudentielles de la loi⁵⁶⁵. En principe, les données de connexion ne doivent pas porter sur le contenu des correspondances ni sur les informations consultées, mais, exceptionnellement, dans le cadre des enquêtes de flagrant délit, les officiers de police judiciaire peuvent demander aux opérateurs de télécommunication de préserver le contenu des informations consultées par les personnes utilisatrices des services fournis. Cette obligation n'est pas opposable aux intermédiaires techniques établis en dehors de l'Union européenne. Par conséquent, la communication des données d'identification est requise sur le fondement des articles 145, 809 ou 873 du code de procédure civile⁵⁶⁶. Pourtant, l'article 5-I de la loi du 6 janvier 1978 relative aux traitements des données personnelles peut être appliqué⁵⁶⁷, solution retenue par le tribunal de commerce de Paris dans sa décision du 28 janvier 2014 relative à Google⁵⁶⁸.

214. De la coopération à l'harmonisation - Confronté à des infractions transfrontalières, commises dans l'espace physique et dans le cyberspace, le droit de la propriété intellectuelle

⁵⁶⁴ Décret, n° 2011-219, 25 févr. 2011, relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

⁵⁶⁵ Ph. Gaudrat et F. Sardain, *Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations*, Larcier, 2015, t. 2, n° 944 et s., p. 505 et s.

⁵⁶⁶ Dans les affaires Twitter et Google : CA Paris, 12 juin 2013, n° 13-06106 ; TGI Paris, ord. de réf., 4 avr. 2013, *Mathieu S. c/ Twitter Inc.* ; T. com. Paris, ord. de réf., 1^{er} févr. 2013, *Uptoten c/ Google Ireland* : *RLDI* 2013, n° 91, 3037, obs. L. Costes.

⁵⁶⁷ Ph. Gaudrat et F. Sardain, *Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations*, Larcier, 2015, t. 2, n° 949, p. 508.

⁵⁶⁸ T. com. Paris, 1^{re} ch., 28 janv. 2014, *M. X. c/ Google Inc., Google France*.

bénéficie de normes procédurales adaptées. Communes à toutes les branches du droit ou spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, ces dispositions procédurales, concernant tant les acteurs que les règles de compétence et d'enquête, renforcent la lutte contre la contrefaçon et autres délits assimilés. La coopération procédurale des Etats doit être accompagnée d'une harmonisation du droit pénal substantiel, afin d'anéantir les stratégies des contrefacteurs.

II- L'adaptation du droit pénal substantiel aux infractions transfrontalières

215. Le droit pénal substantiel de la propriété intellectuelle, ignoré par la communauté internationale et l'Union européenne - Si le droit de la propriété intellectuelle bénéficie d'une harmonisation substantielle, tant au plan international qu'europpéen, aucune norme n'harmonise son droit pénal. Cependant, l'harmonisation des régimes juridiques des différents droits de propriété intellectuelle n'est pas sans incidence sur le droit pénal. Le degré d'harmonisation substantielle n'étant pas identique et les instruments, offrant aux Etats l'opportunité de rapprocher leurs législations pénales, étant différents à ces deux échelles, les infractions transfrontalières aux droits de propriété intellectuelle ne présentent pas les mêmes difficultés, pour le droit pénal, au sein de la communauté internationale (A), qu'au sein de l'Union européenne (B).

A- L'échec de l'harmonisation internationale du droit pénal substantiel de la propriété intellectuelle

216. L'absence criante du droit pénal substantiel des normes internationales relatives aux droits de propriété intellectuelle - Le droit de la propriété intellectuelle a très tôt été organisé par des normes internationales. La Convention de Paris relative à la protection de la propriété industrielle et la Convention de Berne dédiée à la protection des œuvres littéraires et artistiques datent de la fin du XIX^e siècle. Depuis, de nombreuses conventions et traités ont été adoptés, dans une approche sectorielle des droits. Si la communauté internationale démontre alors sa volonté d'harmoniser *a minima* les régimes juridiques de ces droits, aucune norme n'incrimine les atteintes (1). L'internationalisation de ces atteintes a pourtant un effet dévastateur sur l'économie et les règles de coopération en matière de procédure pénale apparaissent insuffisantes pour mener une lutte efficace. Certains Etats ont alors souhaité conclure un accord comportant des dispositions de droit pénal substantiel, imposant la sanction pénale de certains actes. Son rejet par le Parlement européen a mis un terme aux velléités de rapprochement des législations répressives des Etats membres avec celles des Etats extérieurs à l'Union (2).

- 1- Les normes internationales relatives aux droits de propriété intellectuelle, dépourvues d'incriminations

217. L'absence d'harmonisation de la protection pénale des droits de propriété intellectuelle - L'harmonisation des régimes juridiques des droits de propriété intellectuelle à l'échelle internationale exige de composer avec les cultures juridiques d'Etats aux différences fortement marquées. Parmi l'ensemble des normes internationales, l'Accord sur les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce atteint le niveau le plus élevé d'harmonisation des législations. Néanmoins, celui-ci apparaît encore insuffisant pour permettre d'y inclure l'incrimination d'actes portant atteinte à ces droits (a). Par conséquent, si certains textes internationaux font mention du droit pénal, ils se limitent à inciter les Etats à recourir au droit pénal, comme instrument de protection du droit de la propriété intellectuelle (b).

- a- La généralité des normes internationales, obstacle à l'incrimination des actes contrefaisants

218. La multiplication des normes internationales de rapprochement des législations et de coopération des Etats - Les conventions ou traités internationaux, élaborés en droit de la propriété intellectuelle, peuvent être répartis en deux catégories. Certains ont pour objet la reconnaissance d'un bien, en tant qu'objet de droit de propriété intellectuelle. Ils énoncent les conditions d'appropriation, harmonisent quelques prérogatives, imposent la reconnaissance mutuelle de ces droits et organisent la coopération des Etats. Ces instruments multilatéraux, visant au rapprochement des législations, sont élaborés, principalement⁵⁶⁹, par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)⁵⁷⁰. L'approche sectorielle des droits de la propriété intellectuelle par l'OMPI, chaque convention ou traité étant limité à un droit, est complétée par l'Accord, conclu sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, portant sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁵⁷¹. Cet Accord tend à harmoniser, *a minima*, les prérogatives et les conditions d'exercice des droits de propriété intellectuelle. Si certaines dispositions sont impératives, tandis que d'autres sont facultatives,

⁵⁶⁹ D'autres Conventions existent, élaborées par le Conseil de l'Europe, telles que la Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention (1963) et la Convention sur la cybercriminalité (2001). Sur cette deuxième Convention, voir *infra* n° 221.

⁵⁷⁰ Les Traités de l'OMPI portent : sur le droit d'auteur et est intégré à la Convention de Berne (WTC - 1996), sur le droit des marques (TLT - 1994), le droit des brevets (PLT - 2000), sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT - 1996). L'OMPI administre aussi certaines conventions conclues avant sa création, telles que la Convention de Rome pour la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961), la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1883) et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886), ou créées en collaboration avec d'autres organisations internationales, telles que la Convention de Genève pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (1971).

⁵⁷¹ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1 C de l'Accord de Marrakech, instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994.

les Etats sont libres d'adopter une législation plus protectrice. Une deuxième catégorie de conventions porte sur l'enregistrement international des biens, objets de droits de propriété industrielle⁵⁷², lesquelles sont complétées par des conventions relatives aux classifications de ces biens⁵⁷³.

219. Des normes dépourvues de définitions d'infractions aux droits - Aucun de ces instruments internationaux de rapprochement des législations et de coopération des Etats ne comporte de disposition incriminant les comportements portant atteinte à ces droits de propriété intellectuelle. Cette absence peut, certes, être expliquée par le choix des parties contractantes de ne pas interférer dans la souveraineté des Etats, mais elle peut aussi trouver une justification dans la nature du droit de la propriété intellectuelle. Lorsque des infractions exigent une lutte internationale, les Etats ne se montrent pas systématiquement réticents à harmoniser leur droit pénal substantiel et à adopter des infractions communes⁵⁷⁴. Cette différence d'approche réside dans la nature des droits atteints. Lorsque des incriminations sont élaborées par ces conventions, la fonction normative du droit pénal est mise en œuvre⁵⁷⁵. En effet, les actes concernés portent atteinte aux droits fondamentaux ou à la sécurité des Etats. L'existence du droit est affirmée par la norme extra-pénale, mais la détermination des comportements illicites relève, uniquement, du droit pénal. *A contrario*, en droit de la propriété intellectuelle, le droit pénal ne constitue qu'un instrument de protection des droits, dont les régimes juridiques sont déterminés par des normes extra-pénales. La norme de répression est limitée à la sanction des comportements, lesquels sont définis par une norme civile⁵⁷⁶. Par conséquent, le droit pénal de la propriété intellectuelle abandonne son autonomie pour embrasser les dispositions civiles et leurs interprétations jurisprudentielles⁵⁷⁷. Une marchandise ou un acte contrefaisant ne peut donc être défini qu'à l'aune de la norme de comportement extra-pénale. Contrairement aux stupéfiants,

⁵⁷² Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels (1925) ; Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international (1979) ; Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (1979) ; Traité de coopération en matière de brevets (2001) ; Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets (1977). Ces traités et arrangements font régulièrement l'objet d'actes de modification et de règlements visant à leur exécution.

⁵⁷³ Arrangement de Locarno instituant une classification internationale pour les dessins et modèles industriels (1979) ; Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques (1979) ; Arrangement de Vienne instituant une classification internationale des éléments figuratifs des marques (1985) ; Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets (1979).

⁵⁷⁴ Il en est ainsi, notamment, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, de la Convention des Nations unies contre la corruption, de la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, de la Convention des Nations unies contre la corruption, ou, plus récemment, de la Convention du Conseil de l'Europe sur les infractions visant des biens culturels.

⁵⁷⁵ La fonction normative du droit pénal est contestée par Monsieur le Professeur Dreyer : E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 90, p. 70.

⁵⁷⁶ Sur la distinction entre norme de comportement et norme de répression en droit international : M. Massé, « Internationalité et droit pénal », *RLDA* 2002, n° 46, supplément.

⁵⁷⁷ Voir *supra* n° 64.

la nature contrefaisante d'une marchandise est circonstancielle. Elle ne peut être déterminée qu'en fonction des conditions dans lesquelles la marchandise a été produite ou mise sur le marché, circonstances définies par les dispositions civiles. En ce domaine, la fonction sanctionnatrice du droit pénal prédomine. Définir les infractions aux droits de la propriété intellectuelle, comme le font les conventions précédemment citées, impliquerait d'harmoniser, préalablement, les régimes juridiques des droits de propriété intellectuelle. Or, ces conventions et traités ne définissent pas suffisamment, précisément, les conditions d'appropriation des biens, les prérogatives des titulaires des droits et leurs limites, pour que des actes, portant atteinte à ces droits, puissent être incriminés. L'adoption d'infractions communes par le truchement de ces instruments internationaux exige un degré supplémentaire de précision des régimes juridiques. Seule l'incitation au recours au droit pénal, pour protéger le droit de la propriété intellectuelle, semble alors possible.

b- La seule incitation au recours du droit pénal par les normes internationales

220. Le recours au droit pénal imposé par l'Accord sur les ADPIC, en droit des marques et en droit d'auteur - La majorité des normes internationales, spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, qui font mention de la nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle par des mesures et des procédures efficaces, ne précisent pas leur nature⁵⁷⁸. Deux normes se distinguent. La Convention de Genève relative à la protection des producteurs de phonogrammes incite à la protection de ce droit par des sanctions pénales⁵⁷⁹. L'Accord sur les ADPIC définit, quant à lui, *a minima*, le champ du droit pénal. Son article 61 impose aux Etats de prévoir des peines et des procédures pénales « *au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à l'échelle commerciale* ». Il leur laisse la possibilité de déterminer de telles mesures pour les actes portant atteinte aux autres droits de propriété intellectuelle, « *en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale* ». Cet accord fonde la légitimité du recours au droit pénal sur le caractère intentionnel et la dimension commerciale des atteintes. Bien que limitée à l'exigence du recours au droit pénal, cette disposition est révélatrice des difficultés d'incrimination des atteintes aux droits de propriété intellectuelle par une norme internationale. D'une part, les actes de contrefaçon de marque varient en fonction des législations. Le recours au droit pénal est plus ou moins étendu en fonction des incriminations nationales, dépendantes de la définition des prérogatives par les normes extra-pénales. D'autre part, la notion de piratage n'est pas consacrée dans tous les Etats. La simple référence aux atteintes directes au droit des marques et au droit d'auteur aurait évité

⁵⁷⁸ Il en est ainsi du Traité de l'OMPI du 20 déc. 1996 sur le droit d'auteur (art. 14), du Traité de l'OMPI du 20 déc. 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (art. 23) et du Traité de Beijing du 24 juin 2012 sur les interprétations et exécutions audiovisuelles (art. 20).

⁵⁷⁹ Convention de Genève du 29 oct. 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (art. 3).

ces difficultés d'interprétation. Enfin, la condition d'échelle commerciale, dépourvue de définition, trouve difficilement application dans les législations auxquelles elle est étrangère. Cette disposition impose, aussi, le recours à certaines peines. Les Etats doivent prévoir une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende, lesquelles peuvent être cumulées. Il est précisé que ces peines doivent être suffisantes pour être dissuasives et proportionnées aux autres peines appliquées pour des délits de gravité correspondante. L'Accord sur les ADPIC n'exige donc pas que les Etats bouleversent leur échelle interne des peines. De surcroît, il recommande, « *dans les cas appropriés* », que soient prévues des mesures de saisie, de confiscation et de destruction des marchandises et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit. Sans incriminer d'actes et sans définir ni de plancher, ni de plafond des peines encourues, cet accord international exige que les Etats sanctionnent pénalement les actes de contrefaçon de marques et d'œuvres de l'esprit. Néanmoins, une telle exigence est insuffisante pour mener une lutte internationale contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Les critères de détermination des peines sont trop vagues pour instaurer, dans tous les Etats, un niveau de répression équivalent. En outre, l'absence d'exigence du caractère effectif des procédures pénales laisse aux Etats la possibilité de consacrer des mesures pénales, qui, en pratique, constituent des coquilles vides.

221. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, un pas en avant, un pas en arrière - Afin de mener « *une politique pénale commune destinée à protéger la société de la criminalité dans le cyberspace* », le Conseil de l'Europe a élaboré une Convention sur la cybercriminalité qui comporte des mesures de droit pénal substantiel et des mesures de procédure pénale⁵⁸⁰. Son article 10 exige des Etats membres du Conseil et des Etats signataires, qu'ils érigent en infraction pénale, les atteintes à la propriété intellectuelle définies par leur législation nationale. Si cette exigence, relative à tous les droits de propriété intellectuelle, apparaît plus large que celle imposée par l'Accord sur les ADPIC, elle comporte plusieurs limites, qui réduisent fortement le champ du droit pénal. D'une part, cette disposition ne concerne que les atteintes définies conformément aux engagements internationaux relatifs aux droits de propriété intellectuelle. Elle fait ainsi référence à la Convention de Berne, à l'Accord sur les ADPIC et aux Traités de l'OMPI. Par conséquent, les dispositions nationales, protégeant les droits de propriété intellectuelle au-delà de ce qui est requis par ces normes internationales, n'entrent pas dans le champ de l'obligation d'incrimination définie par cette Convention. D'autre part, cette obligation est limitée aux actes intentionnels, commis à l'échelle commerciale et au moyen d'un système informatique. La notion d'échelle commerciale n'est toujours pas définie, mais celle de système informatique est précisée à l'article 1-a. Elle désigne « *tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un programme, un traitement automatisé*

⁵⁸⁰ Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, 23 nov. 2001, Budapest, n° 185.

de données ». Cette troisième condition, exigée par l'objet de la Convention, réduit un peu plus le recours au droit pénal. Enfin, le droit moral des auteurs et des artistes-interprètes est expressément exclu du champ de cette obligation.

Bien qu'une telle disposition soit de nature à accroître le recours au droit pénal pour lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises au moyen d'un système informatique, en l'absence de précision quant à la qualification de ces infractions et aux peines, le rapprochement entre les législations se révèle être fragile. Son troisième paragraphe tend à anéantir ces efforts, car il dispose qu'une partie à la Convention peut « *dans des circonstances bien délimitées, se réserver le droit de ne pas imposer de responsabilité pénale au titre des paragraphes 1 et 2 du présent article* ». Cette possibilité est soumise aux conditions que d'autres recours efficaces soient disponibles et que ce choix ne porte pas atteinte à ses engagements internationaux, précédemment mentionnés. Certes, l'exclusion du recours au droit pénal est circonscrite à « *des circonstances bien délimitées* ». Dépourvue de juridicité, cette expression laisse néanmoins aux Etats la possibilité de réduire considérablement les incriminations des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, dont le champ était déjà fortement limité par les conditions d'intentionnalité, d'échelle commerciale et d'utilisation d'un système informatique.

222. Des interrogations sur l'effectivité de la Convention du Conseil de l'Europe dite Médicrime - Un constat identique peut être dressé au sujet de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique⁵⁸¹. Elle exige que certains actes, tels que la fabrication de contrefaçons, la fourniture, l'offre de fourniture, le trafic, le stockage, l'importation et l'exportation de contrefaçons, soient érigés en infractions⁵⁸². L'énoncé de ces actes, qui appellent la mise en œuvre du droit pénal, soulève plusieurs remarques. D'une part, cette Convention est limitée à la détermination d'actes, lesquels devront être incriminés conformément aux législations nationales. L'énoncé de ces actes n'est donc pas constitutif d'incriminations. D'autre part, la notion de contrefaçon n'a pas le même sens qu'en droit de la propriété intellectuelle. Selon l'article 4-J, elle désigne « *la présentation trompeuse de l'identité et/ou de la source* » du produit. Cette notion, dont la définition est trop vague pour dessiner les contours, risque d'induire de fortes disparités d'incriminations⁵⁸³. Sa réception en droit de la propriété intellectuelle semble alors incertaine car aucun droit de propriété intellectuelle n'est mentionné par la Convention et la définition de

⁵⁸¹ Conseil de l'Europe, Convention sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique du 28 oct. 2011, n° 211.

⁵⁸² Art. 5 et 6 de la Convention.

⁵⁸³ C. Sourzat, « La question de l'effectivité de la Convention Médicrime », in *La contrefaçon de médicaments : les premiers pas d'une réaction normative internationale*, C. Jourdain-Fortier et I. Moine-Dupuis (dir.), Actes du colloque, Dijon, 15 juin 2012, LexisNexis, 2013, vol. XL, p. 111-131.

la notion de contrefaçon n'apporte qu'un éclairage ténu sur les droits concernés par ces actes⁵⁸⁴. Il convient aussi de souligner que l'effort de mobilisation du droit pénal dans le domaine des produits médicaux est fortement limité par la possibilité, pour les parties à la Convention, de se réserver « *le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques* » l'obligation d'incrimination de ces actes lorsqu'ils portent sur des excipients, des éléments ou des matériaux utilisés dans la fabrication des produits. Enfin, si la Convention exige des parties qu'elles adoptent des mesures de saisie, de confiscation et de destruction, le quantum des peines principales, que sont les peines d'emprisonnement et les peines d'amende, n'est pas mentionné. La peine privative de liberté, imposée pour les actes précités, est donc dépourvue de précisions quant à sa durée ou à son effectivité.

223. Des instruments internationaux insuffisants - Bien que l'Accord sur les ADPIC, la Convention sur la cybercriminalité et la Convention dite Médicrime tendent à consacrer le droit pénal comme instrument de lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, ces normes apparaissent insuffisantes à rapprocher les législations des Etats et à permettre une lutte efficace. Le différend entre les Etats-Unis et la Chine sur l'application de l'Accord sur les ADPIC en est une parfaite illustration. Le Groupe spécial, chargé de régler le différend, certes a reconnu que la loi sur le droit d'auteur et les mesures de destruction et de mise hors circuit des marchandises contrefaisantes contrevenaient à l'Accord, mais a considéré que les seuils d'infraction pénale, institués par la loi chinoise, étaient conformes aux dispositions⁵⁸⁵. En effet, ces seuils, en-deçà desquels les actes de contrefaçon ne peuvent être qualifiés d'infraction pénale, sont justifiés par la notion d'échelle commerciale. Le groupe spécial explique qu'elle autorise que la mise en œuvre du droit pénal soit subordonnée à une certaine ampleur de l'activité illicite, laquelle est évaluée à l'aune de l'importance de l'activité commerciale habituelle et ordinaire pour ce type de produits, sur le marché concerné⁵⁸⁶. L'Accord sur les ADPIC ne réduit donc pas les distorsions entre les législations répressives et cette affaire démontre que seule l'harmonisation des incriminations et des sanctions encourues permet une lutte efficace contre la contrefaçon internationale. En l'absence d'harmonisation du droit pénal substantiel, appliqué au droit de la propriété intellectuelle, l'Union européenne et ses Etats membres ainsi que l'Australie, le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, la République de Corée, le Japon, le Royaume du Maroc, les Etats-Unis mexicains, la Nouvelle-Zélande, la République de Singapour et la Confédération suisse ont élaboré un accord commercial anti-contrefaçon.

⁵⁸⁴ La définition de la notion de contrefaçon par la Convention laisse penser que le droit des marques est seul concerné. Pourtant, il semble que la lutte contre la contrefaçon des brevets qui sous-tendent la fabrication des médicaments est indispensable à la lutte menée par la Convention Médicrime.

⁵⁸⁵ OMC, Rapport du groupe spécial, Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter, 29 janv. 2009, WT/DS362/R.

⁵⁸⁶ *Id.*, spéc. § VII.532 et s.

2- L'échec de l'harmonisation du droit pénal substantiel par l'accord commercial anti-contrefaçon

224. Le rejet des prémices d'une harmonisation du droit pénal substantiel - L'accord commercial anti-contrefaçon (ACTA) a été élaboré, en 2011, afin de lutter contre la prolifération des atteintes aux droits de propriété intellectuelle à l'échelle internationale, nuisant au commerce et à l'économie. Entre coopération et renforcement de la protection des droits, l'ACTA est un traité de mise en œuvre. Certes, négocié hors de l'enceinte de l'Organisation mondiale du commerce⁵⁸⁷, il s'inscrit, toutefois, en complément de l'Accord sur les ADPIC. Il ne consacre pas de nouveau droit de propriété intellectuelle, ne définit ni les biens protégés sur ce fondement, ni les conditions de protection. Il n'a vocation qu'à harmoniser les moyens de protection de certains droits de propriété intellectuelle. Parmi les nombreuses mesures proposées, celles de nature pénale font l'objet d'une section IV. Les premières dispositions portent sur la définition des infractions, les suivantes portent sur l'engagement de la responsabilité pénale, sur les mesures probatoires et conservatoires ainsi que sur les peines principales et complémentaires. Bien qu'élaboré par un nombre réduit de pays ou organisations, l'ACTA constitue le premier acte international d'harmonisation des infractions aux droits de propriété intellectuelle, dépassant la seule coopération procédurale des Etats (a). L'Union européenne, pourtant dépourvue d'un tel instrument après l'abandon de la directive relative aux mesures pénales de lutte contre la contrefaçon⁵⁸⁸, a été exclue de cet Accord, par le rejet de son adoption par le Parlement européen (b).

a- Les prémices de l'harmonisation du droit pénal substantiel par l'ACTA

225. L'incrimination imposée de certains actes - L'article 23 de l'Accord détermine des infractions pénales, pour lesquelles l'harmonisation est effectuée *a minima*. Il énonce, dans un premier temps, de manière générale, que doivent être pénalement sanctionnés, les actes délibérés de contrefaçon de marques ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur ou à des droits connexes, commis à l'échelle commerciale. La formulation est proche de celle adoptée à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC, seule a été ajoutée la référence aux droits connexes, connus en France sous la dénomination droits voisins⁵⁸⁹. La notion d'échelle commerciale est définie dans sa plus faible acception, puisqu'il est précisé qu'elle comprend, au moins, les actes « *commis à titre d'activités commerciales en vue d'un avantage économique ou commercial* ».

⁵⁸⁷ L'Inde, la Chine, le Brésil et l'Argentine ont longuement résisté à la négociation d'un nouvel accord, renforçant les mesures prévues par l'Accord sur les ADPIC. L'opacité des négociations et les fuites des moutures ont fortement desservi cet Accord, nourrissant les fantasmes quant à son contenu et aux atteintes aux libertés fondamentales qui en résulteraient.

⁵⁸⁸ Voir *infra* n° 240 et s.

⁵⁸⁹ A la section suivante, l'Accord incite, aussi, les parties à appliquer ces mesures pénales aux atteintes commises dans l'environnement numérique.

direct ou indirect »⁵⁹⁰. Une note précise que ces actes de contrefaçon et de piratage, dans les conditions précédemment énoncées, comprennent les actes d'importation et d'exportation de marchandises contrefaisantes, lesquels peuvent être substitués par l'incrimination des actes de distribution, de vente ou d'offre à la vente de telles marchandises. Deux séries d'actes, qui en droit français, entrent dans les actes précédemment énoncés, sont, ensuite, précisément incriminés. La première concerne les actes d'importation et d'utilisation délibérée, à l'intérieur du pays, dans le cadre d'échanges commerciaux et à l'échelle commerciale, d'étiquettes ou d'emballages, comportant une marque identique à une marque enregistrée, utilisés, dans le cadre d'échanges commerciaux, pour des marchandises ou des services identiques à ceux pour lesquels cette marque est enregistrée. La seconde porte sur les copies, non autorisées, d'œuvres cinématographiques diffusées dans un lieu de projection généralement ouvert au public. Si le recours au droit pénal est obligatoire pour la première série d'actes, il n'est que facultatif pour la seconde. L'article impose l'engagement de responsabilité pénale du complice et incite les parties à incriminer la tentative des infractions au droit des marques précitées. La simple faculté laissée aux Etats d'engager la responsabilité pénale des personnes morales affaiblit toutefois l'édifice, car, hormis la copie d'œuvres cinématographiques, l'incrimination des actes est soumise à la condition d'échelle commerciale.

226. La regrettable absence de rapprochement des sanctions - L'article 24 de cet Accord reprend l'alternative offerte aux Etats, par l'Accord sur les ADPIC, de prévoir des peines d'emprisonnement ou des peines d'amende. Outre le fait que ces peines ne sont pas applicables aux copies illicites d'œuvres cinématographiques⁵⁹¹, aucun seuil n'est déterminé. En l'absence de qualification des infractions, définies par l'article précédent, les mêmes critiques peuvent être formulées quant à l'absence d'harmonisation des sanctions, constituant pourtant le nerf d'une lutte efficace contre la contrefaçon à l'échelle internationale. Certes, l'objectif de dissuasion et la condition de proportionnalité sont expressément énoncés. Néanmoins, une telle précision n'apparaît pas suffisante au regard de la diversité des législations des parties à l'Accord.

227. Les mesures de saisie à titre conservatoire et probatoire - Les marchandises, précitées, soupçonnées d'être contrefaisantes, ainsi que les matériaux et instruments ayant servi à commettre les atteintes alléguées, doivent pouvoir être saisis. Cette mesure doit aussi être applicable aux éléments de preuve documentaire relatifs à l'atteinte alléguée et aux actifs directement ou indirectement produits par celle-ci. De surcroît, les parties ont la faculté de prévoir la saisie de ces actifs.

⁵⁹⁰ Définir les actes commis à l'échelle commerciale comme des actes relevant d'activités commerciales n'est, toutefois, pas très éclairant.

⁵⁹¹ Les mesures de saisies, de confiscation et de destruction leur sont néanmoins applicables.

228. Les peines complémentaires, adaptées à l'objectif de dissuasion - La majorité des peines complémentaires prévues sont connues du droit français. Elles concernent la confiscation ou la destruction des marchandises contrefaisantes, ainsi que des matériaux et instruments principalement utilisés dans la création de ces marchandises. Les marchandises portant atteinte au droit d'auteur, qui ne sont pas détruites, doivent, sauf circonstances exceptionnelles, être écartées des circuits commerciaux. L'Accord prévoit, aussi, une mesure de confiscation des actifs directement ou indirectement issus de l'activité illicite, tant pour le droit des marques, que pour le droit d'auteur. Cette confiscation est obligatoire pour les infractions graves et facultative pour les autres. Certes, la notion de gravité de l'infraction, déjà limitée par la notion d'échelle commerciale, apparaît trop souple pour permettre une harmonisation des législations concernant cette mesure. Toutefois, l'ACTA a le mérite de prévoir cette confiscation, essentielle à la lutte contre le caractère lucratif de la contrefaçon.

229. Le rôle du ministère public - Cette section relative aux mesures pénales se referme sur l'obligation pour les parties de prévoir une compétence pour les autorités compétentes d'ouvrir une enquête et d'engager une action, de leur propre chef. Traduite en des termes juridiques français, les infractions définies à l'article 23 doivent pouvoir être poursuivies par le ministère public, sans qu'une plainte préalable de la victime soit nécessaire. Cette mesure procédurale tend à imposer aux Etats d'agir, indépendamment de la volonté des titulaires de droits de voir les contrefacteurs pénalement sanctionnés. Cette disposition affirme, implicitement, l'existence du trouble à l'ordre public créé par les actes de contrefaçon.

230. Les prémices d'une harmonisation avortée - Bien qu'imparfaites, ces prémices de l'harmonisation du droit pénal substantiel, spécial au droit de la propriété intellectuelle, auraient pu constituer la première pierre d'un édifice répressif commun d'envergure internationale. Bien que l'Union européenne ait participé aux négociations, l'Accord fut rejeté par son Parlement.

b- Le rejet de l'ACTA par le Parlement européen

231. Une forte opposition de l'Union européenne - En raison de la présence de cette section IV dédiée aux mesures pénales, l'entrée en vigueur de l'ACTA était soumise à l'approbation du Parlement européen et à sa ratification par chaque Etat membre, sans modification possible du texte⁵⁹². Plusieurs avis de commissions ont été rendus préalablement au vote. La commission des libertés civiles⁵⁹³, la commission de l'industrie, de la recherche et

⁵⁹² Sur le contexte de sa négociation et de son vote par le Parlement européen : V. Ruzek, *Communautarisation et mondialisation du droit de la propriété intellectuelle*, th. dir. D. Gadbin, Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, 2016, n° 122, n° 503-512, p. 284-289.

⁵⁹³ Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, *Avis sur la compatibilité de l'accord commercial anti-contrefaçon [...] avec les droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 4 juin 2012, Doc. 2011/0167(NLE).

de l'énergie⁵⁹⁴, la commission du développement⁵⁹⁵, la commission des affaires juridiques⁵⁹⁶ et la commission du commerce international⁵⁹⁷ se sont montrées défavorables à l'adoption de cet Accord. Elles arguaient, notamment, d'incertitudes quant au respect des libertés et des droits fondamentaux, principalement par les dispositions relatives aux « *moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle dans l'environnement numérique* » et au droit d'information. La prise en considération des avantages économiques indirectement issus des actes illicites a, aussi, été source de nombreuses interrogations. Les organes de l'Union européenne se montraient donc défavorables à l'adoption de l'ACTA⁵⁹⁸. Au début de l'année 2012, plusieurs Etats membres ont refusé de ratifier l'Accord et ceux qui l'avaient signé ont suspendu le processus de ratification. La Commission européenne avait saisi la Cour de justice afin de savoir si cet accord était conforme aux libertés fondamentales de l'Union. Néanmoins, le vote du Parlement a eu lieu avant que la Cour ne rende son avis. Le 4 juillet 2012, l'Accord fut rejeté par 478 voix, tandis que seulement 39 voix étaient favorables à son adoption.

232. L'échec de l'harmonisation internationale, reflet de l'échec de l'harmonisation européenne - Si certains Etats, au rôle primordial dans la lutte internationale contre la contrefaçon, en étaient absents⁵⁹⁹, cet Accord avait le mérite de conférer au droit de la propriété intellectuelle les prémices d'une harmonisation de sa protection pénale. Ces mesures étaient largement inspirées de la proposition de directive européenne sur les mesures pénales de lutte contre la contrefaçon⁶⁰⁰ ; or elles ont subi le même sort que la directive. En effet, malgré une volonté officielle de lutter contre la circulation des marchandises contrefaisantes au moyen du droit pénal, l'Union européenne, pourtant prolifique en directives et règlements relatifs au droit de la propriété intellectuelle, le délaisse.

B- Le désintérêt de l'Union européenne pour le droit pénal de la propriété intellectuelle

233. L'absence de mise en œuvre de la compétence de l'Union européenne pour l'harmonisation du droit pénal de la propriété intellectuelle - Malgré la consécration, par le Traité de Lisbonne, de la compétence de l'Union européenne dans le domaine du droit pénal,

⁵⁹⁴ Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie, *Avis sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon*, 5 juin 2012, Doc. 2011/0167(NLE).

⁵⁹⁵ Commission du développement, *Avis sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon [...]*, 5 juin 2012, Doc. 2011/0167 (NLE).

⁵⁹⁶ Commission des affaires juridiques, *Avis sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon [...]*, 4 juin 2012, Doc. 2011/0167 (NLE).

⁵⁹⁷ Commission du commerce international, *Recommandation sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon [...]*, 22 juin 2012, Doc. 2011/0167(NLE).

⁵⁹⁸ European Parliament, *The anti-counterfeiting trade agreement (ACTA) : an assessment*, Study of the Policy Department, 2011.

⁵⁹⁹ La Russie, la Chine, l'Inde et le Brésil ne sont pas parties à l'ACTA.

⁶⁰⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 26 avr. 2006, COM (2006)168 final.

les directives et règlements, consacrés aux droits de propriété intellectuelle, sont dépourvus de disposition pénale. Cette absence n'a pas les mêmes causes qu'en droit international. En ce domaine, l'Union européenne foisonne d'instruments de rapprochement des législations. Elle a, aussi, institué un système de marques et de dessins et modèles de l'Union européenne, ainsi qu'un brevet unitaire dont l'entrée en vigueur est encore attendue. L'harmonisation des régimes juridiques des droits de la propriété intellectuelle au sein de l'Union européenne favorise l'instauration d'incriminations communes. Elle offre un terrain favorable à la mise en œuvre de la fonction sanctionnatrice du droit pénal. Pourtant, si certains font mention de la nécessité d'instaurer des sanctions⁶⁰¹, aucun n'incite les Etats à recourir à des peines. Bien que la compétence de l'Union pour « *ordonner le multiple* »⁶⁰² apparaisse utile pour harmoniser les peines du droit pénal de la propriété intellectuelle (1), celle-ci délaisse cet instrument essentiel de protection (2).

1- La nécessaire harmonisation des peines par l'Union européenne

234. La compétence de l'Union européenne au service de l'harmonisation des peines du droit pénal de la propriété intellectuelle - Le Traité de Lisbonne a consacré la jurisprudence entreprenante de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'harmonisation des législations répressives des Etats membres (a). La reconnaissance des compétences d'incrimination des comportements et de choix des sanctions ne bénéficie pourtant pas au droit de la propriété intellectuelle. Si l'harmonisation des incriminations apparaît nécessaire, celle des régimes juridiques des différents droits la rend moins indispensable qu'un accord sur les peines (b).

a- L'entrée du droit pénal dans le champ de compétences partagées de l'Union européenne

235. L'incidence du Traité de Lisbonne sur la compétence de l'Union européenne - Après les deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, faisant fi de la politique de coopération intergouvernementale régissant le troisième pilier, en accordant un pouvoir d'incrimination à la Communauté européenne en matière d'environnement⁶⁰³ et de

⁶⁰¹ Directive, n° 96/9/CE, du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (art. 12) ; Directive, n° 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (art. 8) ; Règlement (CE) n° 2100/94, 27 juill. 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales (art. 107).

⁶⁰² M. Delmas-Marty, « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne », in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, t. 39, p. 229-242, spéc. p. 239.

⁶⁰³ CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, Commission c/ Conseil : « *En principe, la législation pénale tout comme les règles de procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté* », toutefois, cela « *ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre les mesures nécessaires en relation avec le droit* ».

transport maritime⁶⁰⁴, un pouvoir décisionnel en matière répressive est désormais reconnu à l'Union européenne par le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. L'Union européenne est donc compétente pour harmoniser les législations répressives des Etats membres, par voie de directives, impliquant un vote à la majorité qualifiée et non à l'unanimité. Elle peut déterminer des règles minimales de définition des infractions pénales et de leurs sanctions⁶⁰⁵. Si cette compétence est principalement reconnue pour les infractions relevant de domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière, elle peut aussi définir des règles minimales relatives aux infractions et sanctions dans des domaines qui font l'objet d'une harmonisation au niveau de l'Union et dont la mise en œuvre requiert le recours au droit pénal. La Cour de justice de l'Union européenne se voit accorder un rôle d'interprétation des notions de droit pénal consacrées dans les directives, qui tend à parfaire l'harmonisation législative⁶⁰⁶.

236. Le droit pénal spécial de l'Union européenne, dépourvu de droit pénal général -

Cette compétence, accordée à l'Union européenne, a été très critiquée, certes, en raison de la perte de pouvoir souverain des Etats⁶⁰⁷, mais, aussi en l'absence de concepts de droit pénal général communs aux Etats membres⁶⁰⁸. En effet, au-delà de la définition des infractions et des sanctions, il semble essentiel à une lutte efficace contre les délits et les crimes, au niveau européen, d'adopter des règles communes de droit pénal général, principalement concernant les règles d'engagement de la responsabilité, les conditions d'irresponsabilité, les règles de prescription, les conditions de détermination des peines par les juges, notamment concernant le sursis applicable aux peines d'emprisonnement, et les règles de mise en œuvre. Sans ces dispositions, l'harmonisation des infractions et des sanctions n'engage qu'un rapprochement théorique et superficiel des législations, rapidement anéanti par la pratique. Dès lors, l'entrée du droit pénal dans le domaine des compétences partagées de l'Union européenne aurait permis d'harmoniser les sanctions pénales spécifiques au droit de la propriété intellectuelle.

pénal des Etats membres » : D. 2006., pan. 1259, obs. C. Nourrisat ; *AJ Pénal* 2005, p. 414, obs. L. Riuny ; *RSC* 2005, p. 940, obs. S. Manacorda ; *RSC* 2006, p. 155, obs. L. Idot.

⁶⁰⁴ CJCE, 23 oct. 2007, aff. C-440/05, *Commission c/ Conseil*.

⁶⁰⁵ Art. 83 TFUE.

⁶⁰⁶ A. Gogorza, « Le rôle de la CJUE en matière pénale », *Dr. pén.* 2010, n° 9, ét. 19, p. 15-18, spéc. n° 16 et s., p. 17 et s.

⁶⁰⁷ M. Massé, « La souveraineté nationale », *RSC* 1999, p. 905 et s.

⁶⁰⁸ E. Rubi-Cavagna, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne », *RSC* 2009, p. 501. A la demande de la Commission européenne et du Parlement européen, un *corpus juris* a été élaboré sous la direction de Madame le Professeur Delmas-Marty, relatif aux dispositions pénales protégeant les intérêts financiers de l'Union européenne (M. Delmas-Marty (dir.), *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, 1997), lequel a fait l'objet d'une nouvelle publication, enrichie de trois volumes portant sur la vérification de la compatibilité des propositions avec les législations nationales (M. Delmas-Marty et J. Vervaele (dir.), *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres. Dispositions pénales pour la protection des finances de l'Europe*, Antwerpen, Groningen, Oxford Intersentia, 2000-2001, 4 vol.).

b- Les peines, domaine de mise en œuvre nécessaire de la compétence en droit de la propriété intellectuelle

237. L'harmonisation des incriminations induite par l'harmonisation des régimes juridiques des droits de propriété intellectuelle - Est-il nécessaire que l'Union européenne mette en œuvre sa compétence d'incrimination des comportements dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle ? Les régimes juridiques des droits de propriété intellectuelle sont harmonisés de manière suffisamment précise pour que la lecture des directives suffise à renseigner sur les prérogatives des titulaires des droits. Si, en ce domaine, le droit pénal ne fait office que d'instrument de sanction, est-il nécessaire de déterminer des incriminations au niveau européen ? La simple exigence du recours au droit pénal, pour protéger ces droits et sanctionner les atteintes, devrait suffire. De l'harmonisation des régimes juridiques, procéderait, inévitablement, l'harmonisation des incriminations⁶⁰⁹. La technique de renvoi aux normes européennes, telle qu'employée par le législateur français en droit des brevets, à l'article L. 613-17-2 du code de la propriété intellectuelle, étant fortement contestable⁶¹⁰, les Etats pourraient définir des incriminations coïncidant avec les prérogatives définies par le législateur européen. Certes, il est possible qu'un Etat incrimine un acte pourtant absent d'une directive. L'incrimination, par la loi française, de la suppression de la marque en violation des droits de son titulaire, est topique⁶¹¹. Si cette incrimination est conforme à l'article L. 713-2 b) du même code, la directive du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, en vigueur, ne porte pas l'interdiction d'un tel acte. Nonobstant l'interprétation large de l'usage d'une marque en violation des droits de son propriétaire, il semble que la suppression d'une marque ne puisse être qualifiée d'usage. Or, le considérant 9 de la directive indique que celle-ci a pour objectif d'offrir au titulaire de la marque une protection identique dans tous les Etats membres. A la lumière de la directive, il apparaît alors que l'acte de suppression de la marque ne peut pas être interdit par le titulaire des droits, n'engageant ni la responsabilité civile, ni la responsabilité pénale. L'incrimination de l'acte de suppression d'une marque régulièrement apposée ne paraît pas être légitime à l'aune de cette directive. Cette difficulté perdure, car les directives postérieures, dont la dernière date du 16 décembre 2015, n'interdisent toujours pas cet acte. Malgré le risque de divergences ponctuelles entre les législations nationales et les directives, il ne semble pas indispensable à la lutte contre la contrefaçon au moyen du droit pénal, d'élaborer des incriminations communes. De surcroît, l'ordre public de

⁶⁰⁹ Cette influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal des Etats membres avait déjà été remarquée par Monsieur le Professeur Boulloc au sujet du droit communautaire : B. Boulloc, « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in *Droit pénal, droit européen*, Mélanges offerts à Georges Levasseur, Litec, 1992, p. 103-120.

⁶¹⁰ L'article L. 613-17-2 du code de la propriété intellectuelle comporte une incrimination bien singulière puisque les éléments matériels sont définis par deux règlements européens, auquel il renvoie, et la sanction est déterminée par un autre article du code, auquel il fait référence. Le caractère intentionnel de l'infraction n'étant pas expressément mentionné, l'incrimination est dépourvue de substance.

⁶¹¹ Art. L. 716-10 c) du CPI.

l'Union européenne, ne rend pas souhaitable l'incrimination des comportements dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle.

238. L'influence de l'ordre public de l'Union européenne sur le choix des infractions - L'incrimination des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, par l'Union européenne, risque de modifier la conception de ce droit. En effet, la compétence de l'Union européenne en matière de droit de propriété intellectuelle est une compétence partagée avec les Etats membres, liée à la protection du marché intérieur. L'ordre public européen est alors essentiellement constitué par les règles économiques et commerciales organisant ce marché⁶¹². Les prérogatives des droits de propriété intellectuelle sont définies conformément à cet objectif⁶¹³ et les incriminations ne porteraient donc que sur ces actes mettant en péril cet ordre public⁶¹⁴. Or, la protection des droits de propriété intellectuelle par la législation française est fondée sur la protection du droit de propriété⁶¹⁵. Les régimes juridiques de ces droits et, par conséquent, les infractions, n'ont pas vocation à seulement protéger les utilités économiques de ces droits. Cette divergence de conception du droit de la propriété intellectuelle apparaît clairement en droit des marques. Tandis que la directive limite l'exclusivité des prérogatives sur la marque à l'usage de celle-ci, en tant que marque, dans la vie des affaires, une telle limite n'a pas été transposée en droit français. Certes, elle s'impose à lui par un jeu d'interprétation, mais l'étude des infractions démontre que la législation française protège l'entier droit de propriété et non, uniquement, les prérogatives économiques qui en émanent. Si la mutation de nature des droits de propriété intellectuelle, induite par les directives de l'Union européenne, pointe déjà à travers leurs régimes juridiques, la détermination des infractions par l'Union européenne achèverait cette transformation. Le droit de l'Union aurait alors, certainement, un « *effet d'inhibition* » par la paralysie de certaines normes pénales d'interdiction, et un « *effet d'incitation* » par la modération ou l'aggravation de la répression de quelques comportements⁶¹⁶.

239. La nécessaire harmonisation des peines - L'absence d'incrimination dans les normes de l'Union européenne ne semble pas, après analyse, source de difficulté pour une lutte efficace contre la contrefaçon. Toutefois, imposer aux Etats membres de recourir au droit pénal, comme instrument de protection des droits de propriété intellectuelle n'apparaît pas suffisant.

⁶¹² S. Manacorda, « Le droit pénal et l'Union européenne », *RSC* 2000, p. 95 (Certes, antérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'analyse de l'ordre public conserve néanmoins sa pertinence).

⁶¹³ Sur l'intérêt communautaire guidant l'harmonisation du droit d'auteur au niveau communautaire : V.-L. Benabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, th. dir. A. Françon, Bruylant, Bruxelles, 1997, n° 384, p. 232.

⁶¹⁴ Monsieur le Professeur Chilstein explique que « l'attraction du pouvoir pénal par les instances communautaires est implicitement inscrite dans la logique de surdétermination de l'ordre public au niveau européen ». L'ordre public de l'Union européenne tend à absorber celui des Etats membres : D. Chilstein, « Sources du droit pénal et construction européenne », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Litec, coll. Colloques et Débats, 2011, n° 32, p. 15-28, spéc. p. 17.

⁶¹⁵ Voir *infra* n° 881 et s.

⁶¹⁶ Sur ces deux effets : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 139 et s.

L'efficacité de la lutte contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle exige une harmonisation de la nature et du *quantum* des peines. En effet, par le jeu des règles d'application de la loi pénale dans l'espace et des règles de conflit de lois, un contrefacteur peut échapper à de lourdes peines encourues dans un Etat, pour se voir appliquer des sanctions moins sévères. La détermination de la nature des sanctions, ainsi que d'un plancher et d'un plafond que les Etats devront respecter lors de l'instauration de ces peines dans leur législation, ne semble pourtant pas être un objectif inatteignable. A cette disparité des peines doit être ajoutée la diversité des règles de prescription des délits dans les Etats membres de l'Union. L'absence d'harmonisation des délais de prescription, ainsi que leur point de départ, offre aux contrefacteurs la possibilité d'échapper aux sanctions. Si une proposition de directive, relative au droit pénal de la propriété intellectuelle, avait principalement vocation à harmoniser les sanctions, l'Union européenne a rapidement abandonné ses ambitions répressives en ce domaine.

2- L'abandon de la proposition de directive relative aux mesures pénales protégeant le droit de la propriété intellectuelle

240. Une proposition formulée dans un contexte dynamique d'harmonisation des législations répressives des Etats membres - Une proposition de directive, relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, a été élaborée en 2005, puis modifiée en 2006 après l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005⁶¹⁷. Une communication de la Commission avait alors incité à modifier les propositions de directives et de décisions-cadre portant sur des mesures de droit pénal. La proposition de directive, modifiée et présentée par la Commission, le 26 avril 2006⁶¹⁸, s'inscrit donc dans ce contexte d'extension de la compétence de la Communauté européenne en matière pénale, par interprétation du Traité par la Cour de justice de la Communauté européenne. Elle tend à compléter la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, par une protection pénale de ces droits, et à renforcer les dispositions minimales instaurées par l'Accord sur les ADPIC. En effet, celui-ci n'a pas permis une harmonisation des dispositions pénales et le considérant 3 légitime cette proposition de directive par le constat de disparités importantes dans le niveau des sanctions, qui ne permettent pas de lutter efficacement contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. De surcroît, ses dispositions sont élaborées à l'aune de celle de la proposition de décision-cadre relative à la lutte contre la criminalité organisée⁶¹⁹.

⁶¹⁷ CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, *Commission c/ Conseil*.

⁶¹⁸ Proposition modifiée de directive relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 26 avr. 2006, 2005/0127(COD).

⁶¹⁹ Proposition de décision-cadre relative à la lutte contre la criminalité organisée, 19 janv. 2005, COM(2005) 6 final. Cette proposition a été adoptée par le Conseil le 24 octobre 2008 : Décision-cadre, 2008/841/JAI, du 24 oct. 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, voir *infra* n° 245.

241. Une proposition de directive centrée sur l'harmonisation des peines - L'étude de la proposition démontre que la nature et le niveau des peines constituent le cœur de la réforme souhaitée. L'article 3 est dédié aux infractions, mais ne comporte aucune incrimination. Il impose seulement aux Etats membres de qualifier d'infraction pénale « *toute atteinte intentionnelle à un droit de propriété intellectuelle commise à l'échelle commerciale, ainsi que la tentative d'une telle atteinte, la complicité et l'incitation à une telle atteinte* ». Le champ du droit pénal est largement ouvert par la proposition, puisqu'elle concerne tous les droits de propriété intellectuelle, tant ceux prévus par la législation communautaire que par la législation nationale⁶²⁰. Toutefois, la notion d'échelle commerciale limite les incriminations. Cette notion, dont les difficultés d'interprétation ont été révélées par l'application de l'Accord sur les ADPIC par la Chine, n'a pourtant pas été définie par la proposition de directive. Cependant, l'action de la Communauté européenne semble moins porter sur l'harmonisation des infractions, que sur l'harmonisation des sanctions auxquelles elle consacre trois articles. Le premier article porte sur la nature des sanctions. Il exige que les Etats membres prévoient une peine privative de liberté pour les personnes physiques, auteurs des infractions définies à l'article 3. Il ajoute que les personnes physiques et les personnes morales doivent être sanctionnées des peines d'amende et de confiscation des objets, instruments et produits provenant des infractions ou des biens dont la valeur correspond à ces produits. Les atteintes intentionnelles commises à l'échelle commerciale doivent donc être sanctionnées de ces trois peines. Une liste de peines complémentaires est ensuite proposée par la Commission, qui devront être appliquées « *dans les cas appropriés* » par les Etats. Ces peines de destruction des biens portant atteinte aux droits, de fermeture d'établissement, d'interdiction d'exercice d'activité commerciale, de placement sous contrôle judiciaire, de dissolution judiciaire, d'interdiction de recevoir des aides et subventions publiques ainsi que la publication des décisions judiciaires sont connues du droit pénal français. Le deuxième article concerne le niveau des sanctions. Celui s'avère être décevant car il manque l'objectif d'harmonisation du quantum des sanctions énoncé en préambule de la proposition de directive. En effet, il ne prévoit que des plafonds *minima*. La peine maximale d'emprisonnement, uniquement prévue pour les atteintes commises dans le cadre d'une organisation criminelle, doit être « *d'au moins quatre ans* ». Une peine supérieure à quatre ans pourra être déterminée comme plafond, mais une peine inférieure pourra être prononcée ou consacrée comme peine plancher. Le même schéma est retenu pour les peines d'amende, pour lesquelles il est précisé qu'elles peuvent être pénales ou non pénales. Un plafond minimum de 100 000 euros de l'amende encourue est prévu pour tous les cas, à l'exception des atteintes commises dans le cadre d'une organisation criminelle, lesquelles devront être sanctionnées d'une peine d'amende dont le maximum doit au moins atteindre 300 000 euros. Ces peines manquent l'objectif de dissuasion par anéantissement du caractère lucratif des atteintes. Certes, la confiscation des produits provenant des infractions est prévue.

⁶²⁰ Art. 1^{er} de la directive.

Toutefois, il eut été possible de prévoir une corrélation entre le montant de l'amende et les profits réalisés.

242. Une harmonisation des peines limitée à certaines circonstances de commission des infractions - Cette disposition de la directive est révélatrice du déplacement du centre de gravité de la lutte dont souffre le droit de la propriété intellectuelle observé en droit interne⁶²¹. Le plafond minimum de la durée de la peine d'emprisonnement est mentionné uniquement pour les infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle ou lorsqu'elles entraînent un risque pour la santé ou la sécurité des personnes. Ce sont moins les atteintes aux droits que les circonstances entourant ces atteintes qui fondent l'harmonisation des sanctions. La référence à la notion d'organisation criminelle est topique, puisque l'article renvoie à la proposition décision-cadre relative à la lutte contre la criminalité organisée. Le troisième article porte sur l'étendue des pouvoirs de confiscation des biens appartenant à la personne physique ou morale, auteur des atteintes, au moins lorsqu'elles ont été commises dans le cadre d'une organisation criminelle et renvoie, pour l'application de la peine de confiscation, à la décision-cadre du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime⁶²².

243. L'exigence d'une lutte active de la part des Etats membres - La dernière disposition substantielle de la proposition de directive impose aux Etats membres de ne pas subordonner le déclenchement des enquêtes ou des poursuites à une plainte de la victime⁶²³. L'Union européenne exige des Etats qu'ils mènent une lutte active et indépendante de la réaction des victimes, d'une part, en raison du caractère occulte de ces infractions, susceptibles d'être ignorées des victimes et, d'autre part, en raison de l'identité parfois inconnue de la victime.

244. L'abandon de la proposition de directive - Imparfaite, cette proposition avait, néanmoins, le mérite d'instaurer un certain degré d'harmonisation des législations répressives des Etats membres, dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle. Malgré sa modification, puis l'adoption, le 25 avril 2007, d'une résolution par le Parlement européen⁶²⁴, la proposition de directive fut retirée le 18 septembre 2010 et le droit pénal de la propriété intellectuelle n'a plus fait l'objet de proposition de directive.

245. Une harmonisation indirecte de certaines sanctions - En l'absence d'harmonisation du droit pénal de la propriété intellectuelle, la lutte contre la contrefaçon est réalisée, par l'Union

⁶²¹ Voir *infra* n° 1030 et s.

⁶²² Décision-cadre, n° 2005/212/JAI, du 24 févr. 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime.

⁶²³ Art. 8 de la proposition de directive.

⁶²⁴ Parlement européen, Résolution sur la proposition de directive modifiée relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, T6-0145/2007.

européenne, de manière indirecte, par la lutte contre la criminalité organisée. Une proposition de décision-cadre, relative à la lutte contre la criminalité organisée, a été adoptée en 2008⁶²⁵. Elle harmonise, notamment, la durée des peines d'emprisonnement applicables. Toutefois, le degré de rapprochement des législations est plus faible que celui qui était prévu dans la proposition de directive spécifique au droit de la propriété intellectuelle. En effet, elle fixe la durée maximale de l'emprisonnement entre deux ans et cinq ans au moins⁶²⁶.

246. Le choix de l'Union européenne d'un autre réseau de protection - Malgré la compétence de l'Union européenne pour incriminer des comportements et les avancées considérables en matière de procédure pénale, la dernière communication de la Commission relative au contrôle du respect de la propriété intellectuelle montre qu'elle délaisse le droit pénal au profit d'autres instruments de lutte⁶²⁷, tels que les dommages-intérêts, dont l'analyse de la directive, dite société de l'information⁶²⁸, démontrera qu'ils peuvent être qualifiés de punitifs⁶²⁹. L'Union européenne semble préférer le droit civil répressif au droit pénal, comme instrument de protection. La réforme instaurée par le Traité de Lisbonne ne profite donc pas au droit pénal de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

247. Bien que le législateur ait réussi à atténuer la « *maladresse [du droit pénal] à saisir tout ce qui bouge* »⁶³⁰, le droit de la propriété intellectuelle, aussi territorial, oppose une certaine résistance. Malgré quelques écueils, l'adaptation de la procédure pénale au caractère transfrontalier des infractions aux droits de propriété intellectuelle apparaît réussie. Pourtant, les auteurs de ces infractions profitent des disparités du droit pénal substantiel des Etats. L'harmonisation des incriminations et des peines est indispensable, mais impose que les Etats s'accordent. L'expérience fut menée tant au niveau international, qu'au niveau de l'Union européenne et, dans les deux cas, fut un échec pour les Etats membres de l'Union. Certes, le droit pénal de la propriété intellectuelle bénéficie, indirectement, de l'harmonisation, principalement par l'Union européenne, des régimes juridiques des différents droits de propriété intellectuelle. L'harmonisation substantielle de ces droits a nécessairement une incidence sur le droit pénal, puisque sa mise en œuvre est influencée par les solutions civiles, tant législatives que jurisprudentielles. L'harmonisation du droit pénal substantiel de la propriété intellectuelle s'effectue donc indirectement et uniquement sur les éléments matériels et moraux des incriminations.

⁶²⁵ Décision-cadre, 2008/841/JAI, du 24 oct. 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée.

⁶²⁶ Art. 3 de la Décision-cadre, 2008/841/JAI, du 24 oct. 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée.

⁶²⁷ Commission européenne, *Un système équilibré de contrôle du respect de la propriété intellectuelle pour relever les défis sociétaux d'aujourd'hui*, Communication, 29 nov. 2017, SWD(2017) 430 final.

⁶²⁸ Directive, 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁶²⁹ Voir *infra* n° 712 et s.

⁶³⁰ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p.108.

CONCLUSION DE LA SECTION II

248. Les infractions aux droits de la propriété intellectuelle présentent deux difficultés qui contraignent le droit pénal à s'adapter. Dans le cas des infractions de masse, le législateur a adopté la stratégie de l'inflation pénale. L'incrimination de comportements, ne troublant qu'indirectement l'ordre public, apparaît nécessaire, mais suscite des critiques. La gradation de la sévérité des peines par le truchement de circonstances aggravantes, liées à la massification des infractions, semble judicieuse, mais la nature des peines et leur *quantum* auraient, aussi, dû être adaptés⁶³¹. Confronté aux infractions transfrontalières, le droit de la propriété intellectuelle se révèle moins souple que le droit pénal. La stratégie pertinente aurait été d'harmoniser les législations répressives des Etats afin de vaincre les manœuvres des contrefacteurs pour échapper aux sanctions plus sévères de certains Etats. Le manque de volonté des gouvernements et des législateurs nationaux a, jusqu'à présent, abouti à l'abandon des projets d'harmonisation. Les dernières communications de la Commission européenne montrent que l'Union privilégie la voie civile, en la dotant des fonctions traditionnelles du droit pénal.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

249. Un droit pénal, tant substantiel que formel, a été spécialement élaboré pour protéger le droit de la propriété intellectuelle. Cependant, le travail législatif n'est pas parfait, les incriminations manquent parfois de cohérence par rapport aux prérogatives définies par le droit civil. En outre, le caractère souple et technique du droit de la propriété intellectuelle oblige les juges répressifs à suivre la jurisprudence civile. Les infractions sont alors placées sous l'influence du droit civil, faisant perdre au droit pénal son autonomie. De surcroît, le législateur n'a pas compté ses efforts pour adapter le droit pénal à la nature massive ou transfrontalière des infractions aux droits de la propriété intellectuelle. Malgré l'absence d'harmonisation des incriminations et des sanctions, tant au niveau européen qu'au niveau international, et la résistance du droit de la propriété intellectuelle au caractère transfrontalier des infractions, de nombreux instruments substantiels et formels ont été instaurés. Le champ pénal du droit de la propriété intellectuelle est vaste et, à la lecture du code, ce droit apparaît fortement pénalisé. Pourtant, concurrencé par les infractions du livre troisième du code pénal et confronté à la dépénalisation judiciaire du droit de la propriété intellectuelle, ce droit pénal spécial se révèle inefficace, voire ineffetif.

⁶³¹ Voir *infra* n° 527 et s.

CHAPITRE II

Des infractions du code pénal applicables au droit de la propriété intellectuelle

*« C'est à la minceur de son droit pénal que l'on juge
du degré de civilisation d'un Etat, et de l'harmonie entre ses citoyens »⁶³²*

250. L'expansion du réseau de normes pénales - Le livre troisième du code pénal est composé d'infractions « *contre les biens* ». Son champ est vaste et formé par défaut, puisqu'il accueille les infractions dont le domaine d'application ne bénéficie pas d'une codification particulière. Ne pouvant être intégrées dans le code civil, en raison de la diversité des droits qui le compose, les infractions relatives au droit de propriété sur les biens corporels sont placées dans le code pénal. Le *corpus* d'infractions de ce livre est hétérogène, car il concerne des biens de diverses natures, et est dépourvu d'exhaustivité, puisque des biens en sont exclus. Conséquemment, les infractions du livre troisième du code pénal ne sauraient constituer le droit pénal commun des biens. Les infractions aux droits de la propriété intellectuelle, d'abord codifiées dans le code pénal, ont été ensuite placées dans le code de la propriété intellectuelle, lors de sa création. Elles forment un ensemble cohérent et coexistent avec les infractions du livre troisième du code pénal, sans rapport hiérarchique (SECTION PRELIMINAIRE). En principe, les infractions du code de la propriété intellectuelle suffisent à la protection de ce droit. Néanmoins, ponctuellement, celles du livre troisième du code pénal sont susceptibles de combler les vides répressifs laissés par le droit pénal de la propriété intellectuelle. Dès lors, les infractions de ces deux codes forment un réseau de protection pénale au service du droit de la propriété intellectuelle (SECTION I). Ce réseau connaît une expansion considérable grâce à l'ouverture, par les juges et le législateur, du livre troisième du code pénal aux informations et aux données. La consécration de l'appréhension, par ces infractions, des biens incorporels non rivaux accroît les incriminations applicables au droit de la propriété intellectuelle. Cependant, la protection pénale des informations et données est réalisée sans considération de leur caractère appropriable. Dès lors, par analogie, les biens-informations⁶³³, objets de droit de propriété intellectuelle, peuvent être appréhendés par ces infractions, sans qu'il soit nécessaire de vérifier leurs conditions d'appropriation. L'amplification de la protection du droit de la propriété intellectuelle, par l'entrée de ces infractions dans son réseau de normes pénales, tend, paradoxalement, à faire disparaître ce droit (SECTION II).

⁶³² G. Levasseur, « Le problème de la dépénalisation », *Archives de politique criminelle* 1983, n° 6, p. 53-69.

⁶³³ Voir *supra* n° 7 et s.

SECTION PRELIMINAIRE - L'absence de hiérarchie entre le code pénal et le code de la propriété intellectuelle

251. Le réseau formé par le code pénal et le code de la propriété intellectuelle - « *Le code n'est pas seulement une manière de pratiquer le droit, il est surtout une manière de le percevoir* »⁶³⁴. Par cette affirmation, Monsieur le Professeur Zenati avertit les juristes de l'incidence de la codification sur leur perception du droit. Certes, les codes ont pour fonction de révéler le droit, de « *met[tre] au jour une réalité non apparente* »⁶³⁵, mais il est indispensable de garder à l'esprit qu'ils peuvent, aussi, dissimuler certaines évidences. Le code de la propriété intellectuelle et le code pénal, plus précisément son livre troisième, contiennent des dispositions protégeant pénalement des choses et des droits. Tandis que le code de la propriété intellectuelle bénéficie d'une unité répressive, les infractions portant toutes, directement ou indirectement, sur un droit de la propriété intellectuelle, le livre troisième du code pénal est composé d'infractions disparates, protégeant tant l'intégrité des biens que les droits dont ils sont les objets. Malgré quelques exceptions, le champ d'application du premier apparaît strictement défini, alors que le domaine du second est indéterminé, soumis aux évolutions des biens (PARAGRAPHE I). Le code pénal étant plus ancien et ayant un domaine plus étendu que le code de la propriété intellectuelle, il pourrait, *a priori*, être considéré comme accueillant le droit pénal commun des biens. Pourtant, son étude amène à exclure cette qualification et, par conséquent, tout rapport hiérarchique entre ces codes (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - La distinction des champs du code de la propriété intellectuelle et du code pénal

252. Les champs des codes - Auparavant contenues dans le code pénal, les infractions relatives aux droits de propriété intellectuelle en ont été extraites et introduites dans le code de la propriété intellectuelle. Ce détachement, effectué lors de la création du code de la propriété intellectuelle, était dû par la volonté de donner une unité matérielle au droit de la propriété intellectuelle en regroupant, dans un ouvrage unique, ses régimes juridiques et ses sanctions. Toutefois, cette codification crée une rupture, tant matérielle qu'intellectuelle, avec les infractions du code pénal et marque la dispersion des infractions relatives aux biens. Contrastant avec la cohérence des infractions du code de la propriété intellectuelle (I), le livre troisième du code pénal, relatif aux infractions contre les biens, fait office « *d'auberge espagnole* »⁶³⁶ (II).

⁶³⁴ F. Zenati, « Les notions de code et de codification (contribution à la définition du droit écrit) », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 217-253, spéc. p. 217.

⁶³⁵ *Id.*, spéc. p. 246.

⁶³⁶ Expression employée par Monsieur le Professeur J.-P. Chazal pour décrire le code civil, elle convient parfaitement, aussi, au code pénal : J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum, Mélanges offerts à Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279-309, spéc. p. 288.

I- Le code de la propriété intellectuelle, un champ clos par la nature du droit

253. Le phénomène des vases communicants - La loi du 1^{er} juillet 1992⁶³⁷ a créé le code de la propriété intellectuelle en lui conférant valeur de loi, tout en abrogeant, simultanément, les dispositions législatives préexistantes et faisant l'objet de cette codification⁶³⁸. Les articles 422, 422-1, 422-2, 423-1, 423-2, 423-5 et 425 à 429 du code pénal, relatifs aux marques, aux brevets, aux œuvres de l'esprit, aux prestations, phonogrammes, vidéogrammes ou programmes ont été abrogés afin d'être insérés dans le code de la propriété intellectuelle. Cette « *abrogation-déplacement* »⁶³⁹ a vidé le code pénal des incriminations et sanctions relatives aux droits de propriété intellectuelle.

254. L'unité répressive du code de la propriété intellectuelle - Le code de la propriété intellectuelle ne constitue pas un ensemble parfait car certaines dispositions intéressant le droit de la propriété intellectuelle n'y sont pas codifiées, telles que celles relatives au nom commercial, et d'autres portent sur des biens dont l'appropriation par ce droit est discutée⁶⁴⁰. Par conséquent, lorsqu'elle porte sur ces biens, la protection pénale fait l'objet de ces mêmes débats. Toutefois, à l'exception de l'infraction au secret de fabrication, celui-ci ayant été exclu de la qualification de droit de propriété intellectuelle⁶⁴¹, les infractions codifiées dans cet ouvrage assurent, toutes, directement ou indirectement, la protection d'un droit de propriété intellectuelle. En droit de la propriété littéraire et artistique, les atteintes aux mesures techniques de protection et d'information engagent la responsabilité pénale de l'auteur⁶⁴², alors que de telles mesures ne sont pas, elles-mêmes, l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. L'infraction de négligence caractérisée, dont la légitimité a été sujet de nombreux débats, protège indirectement les œuvres de l'esprit et autres biens, objets de droits voisins du droit d'auteur, sur Internet⁶⁴³. Dans les deux branches du droit de la propriété intellectuelle, la contrefaçon par fourniture de moyens, parente de la complicité, protège, aussi, indirectement ces droits⁶⁴⁴. Ces infractions gravitent autour des différentes incriminations des actes de contrefaçon ou actes assimilés, afin d'assurer une protection la plus complète possible du droit de la propriété intellectuelle. Si les infractions, présentes dans le code de la propriété

⁶³⁷ Loi, n° 92-597, du 1^{er} juill. 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative).

⁶³⁸ Art. 5 de la loi n° 92-597 du 1^{er} juill. 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative).

⁶³⁹ V.-L. Benabou et V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI, Mission de recherche Droit et Justice, La Documentation française, 1998, n° 41, p. 39.

⁶⁴⁰ Voir *supra* n° 3 et s.

⁶⁴¹ Voir *supra* n° 4 - Il convient de noter que l'infraction portant sur les secrets de fabrique n'est que « *reproduite* » dans le code de la propriété intellectuelle, la disposition renvoyant au code du travail.

⁶⁴² Art. L. 335-3-1 et L. 335-3-2 ; art. L. 335-4-1 et L. 335-4-2.

⁶⁴³ Voir *supra* n° 156 et n° 157.

⁶⁴⁴ Voir *supra* n° 138 et s.

intellectuelle, évoluent dans un champ clos par son objet⁶⁴⁵, le code pénal, regroupant des infractions disparates, est ouvert aux vents des évolutions sociales et technologiques.

II- A la recherche de la clé du champ du livre troisième du code pénal

255. Le code pénal, entre protection des choses et protection des droits - Le livre troisième du code pénal, intitulé « *Des crimes et délits contre les biens* » est ambigu. La notion de bien englobe-t-elle les choses et les droits ou constitue-t-elle uniquement une référence aux choses entrées dans le patrimoine ? L'étude de ses dispositions démontre qu'il concerne autant la protection des choses que la protection des droits, principalement le droit de propriété. En effet, le premier titre de ce livre, qui s'intitule « *Des appropriations frauduleuses* », annonce une liste d'infractions portant atteinte au droit de propriété. Les infractions de vol⁶⁴⁶, d'extorsion⁶⁴⁷, d'escroquerie et les infractions voisines de celle-ci⁶⁴⁸, telles que la filouterie, ainsi que les détournements, tels que l'abus de confiance⁶⁴⁹, n'incriminent pas d'actes portant atteinte aux choses, mais aux droits de son possesseur. Le deuxième titre, relatif aux « *[...] autres atteintes aux biens* », comporte tant des incriminations d'actes matériels contre les choses, telles que les infractions de destructions, de dégradations et de détériorations⁶⁵⁰, que des infractions consistant en des atteintes aux droits, sans que la chose soit matériellement atteinte⁶⁵¹, notamment le recel, les infractions assimilées ou voisines⁶⁵² et le blanchiment⁶⁵³. Une quatrième infraction, formée par les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données⁶⁵⁴, est placée dans ce titre. Sa nature hybride porte sur les atteintes aux droits, ainsi que sur les atteintes au système. Les dispositions du code pénal peuvent donc être classées en deux catégories : les infractions sanctionnant principalement les atteintes aux choses et, incidemment, les atteintes aux droits dont elles sont l'objet, et les infractions qui sanctionnent uniquement les atteintes aux droits, principalement le droit de propriété, la chose n'étant pas

⁶⁴⁵ Si, à l'exception de celle relative aux secrets de fabrication, les infractions codifiées dans le code de la propriété intellectuelle ont toutes pour dénominateur commun la protection d'un droit de propriété intellectuelle, elles sont parfois utilisées par le législateur pour protéger des biens qui ne semblent pourtant pas être objets de tels droits. Ainsi, l'article L. 141-5 II du code du sport incrimine les atteintes au droit de propriété du Comité national olympique et sportif français portant sur les emblèmes olympiques nationaux et autres symboles et dénominations s'y rapportant et renvoie aux peines prévues par le code de la propriété intellectuelle pour les infractions au droit des marques (articles L. 716-9 à L. 716-13 du code de la propriété intellectuelle). Pourtant, la Cour de cassation affirme que le régime juridique de ces biens est autonome du régime juridique des marques de fabrique, de commerce et de service. Pourquoi alors renvoyer aux peines prévues en droit des marques ? Si le champ répressif du code de la propriété intellectuelle est clos, d'autres codes ou lois y font référence, afin d'y trouver protection.

⁶⁴⁶ Art. 311-1 à 311-16 du CP.

⁶⁴⁷ Art. 312-1 à 312-15 du CP.

⁶⁴⁸ Art. 313-1 à 313-9 du CP.

⁶⁴⁹ Art. 314-1 à 314-13 du CP.

⁶⁵⁰ Art. 322-1 à 322-18 du CP.

⁶⁵¹ Il convient de nuancer cette affirmation concernant l'infraction de blanchiment, car elle ne porte directement atteinte ni aux biens, ni aux droits de son propriétaire.

⁶⁵² Art. 321-1 à 321-12 du CP.

⁶⁵³ Art. 324-1 à 324-9 du CP.

⁶⁵⁴ Art. 323-1 à 323-7 du CP.

matériellement affectée. L'étude de l'envergure du champ de protection des biens et, précisément les biens incorporels, permet d'identifier le critère de distinction entre les infractions qui relèvent du code de la propriété intellectuelle et celles introduites dans le code pénal.

256. Les biens incorporels, objets d'infractions du code pénal - Les infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal, portent tant sur des biens corporels, que sur des biens incorporels. Certains délits ont, dès la création du code actuel, expressément inclus des biens incorporels. Il en est ainsi de l'abus de confiance, portant notamment sur des fonds et des valeurs, et du blanchiment, dont les revenus de l'auteur de l'infraction d'origine côtoient les termes généraux désignant les autres objets possibles⁶⁵⁵. Des infractions ont, aussi, spécifiquement été créées pour protéger des biens incorporels. La soustraction frauduleuse d'énergie est incriminée à l'article 311-2 du code pénal et, si elle n'est pas qualifiée de vol, elle y est assimilée. Malgré les vifs débats relatifs à la notion de soustraction et son application aux biens incorporels, une telle infraction a pu être consacrée en raison de la nature rivale de ce bien. En effet, l'énergie est, certes, un bien incorporel, mais elle ne peut être consommée simultanément à deux endroits différents. Par conséquent, lorsque l'énergie est détournée de son acheminement normal, le bénéficiaire du contrat de fourniture d'énergie ne peut en disposer. Elle lui est donc soustraite. De surcroît, un chapitre entier est consacré aux systèmes de traitement automatisé de données⁶⁵⁶. Un tel système bénéficie d'une protection contre les atteintes matérielles. Sont incriminés son altération, par la suppression ou la modification des données qu'il contient⁶⁵⁷, et le fait d'entraver ou de fausser son fonctionnement⁶⁵⁸. L'accès et le maintien frauduleux font l'objet d'une incrimination⁶⁵⁹, qui a vocation à protéger le droit du propriétaire du système, lequel peut en autoriser ou en interdire l'accès. Enfin, le code pénal protège certaines informations et données, biens incorporels non rivaux. Les informations relatives à la vie privée⁶⁶⁰, les données à caractère personnel⁶⁶¹, ainsi que les informations protégées par le secret professionnel⁶⁶² ou le secret des correspondances⁶⁶³ sont protégées en raison des atteintes à la personnalité que peuvent produire certains usages ou la seule prise de connaissance frauduleuse⁶⁶⁴. Dès lors, les informations et les données ne sont pas dépourvues de toute protection pénale. Néanmoins, jusqu'à la modification de l'article 323-3 du code pénal

⁶⁵⁵ Voir *infra* n° 329 et s. sur l'abus de confiance et n° 284 sur le blanchiment.

⁶⁵⁶ Art. 323-1 à 323-8 du CP.

⁶⁵⁷ Art. 323-1 al. 2 du CP.

⁶⁵⁸ Art. 323-2 du CP.

⁶⁵⁹ Art. 323-1 al. 1 du CP.

⁶⁶⁰ Art. 226-1 à 226-7 du CP.

⁶⁶¹ Art. 226-16 à 226-24 du CP.

⁶⁶² Art. 226-13 à 226-14 du CP.

⁶⁶³ Art. 226-15 du CP.

⁶⁶⁴ Art. 226-15 du CP.

par la loi du 13 novembre 2014⁶⁶⁵, cette protection était accordée, uniquement, en raison de la nature spécifique de ces informations.

257. Le code pénal, un champ ouvert - La diversité des biens protégés par les dispositions du code pénal, met en exergue l'étendue de son champ d'application. Toutefois, ce champ dispose-t-il d'une clé ? Le législateur soumet-il l'entrée de biens cherchant protection pénale, à l'examen d'un ou plusieurs critères ? Aucun critère commun, intrinsèque aux biens protégés ou aux droits s'y rapportant, ne peut être identifié. Cependant, si le champ de ce code ne semble pas avoir de clé, le code de la propriété intellectuelle en a une, le droit auquel il est consacré⁶⁶⁶. Puisque ni la nature incorporelle des biens, ni leur caractère rival ou non rival ne font obstacle à leur entrée dans le code pénal, le critère de répartition des infractions entre le code pénal et le code de la propriété intellectuelle est constitué de la nature du droit de propriété attaché aux biens. En effet, aucun bien incorporel, objet d'une disposition du code pénal, n'est protégé par un droit de propriété intellectuelle et, *a contrario*, les biens incorporels, objets d'infractions du code de la propriété intellectuelle sont protégés par ce droit. Certes, la protection des systèmes de traitement automatisé de données pose quelques difficultés. D'une part, les droits des producteurs de bases de données, consacrés postérieurement à la protection des systèmes de traitement automatisé de données, entrent en conflit avec ces dispositions du code pénal. D'autre part, l'interprétation extensive, par la jurisprudence, de la notion de système de traitement automatisé de données absorbe des biens, en principe, objets de droits de propriété intellectuelle⁶⁶⁷. Cependant, les concours d'infractions ne sont pas nés de la création des infractions contre les systèmes de traitement, par le législateur⁶⁶⁸. Le champ du code pénal est donc formé par défaut, notamment par rapport au code de la propriété intellectuelle. Le champ ouvert du code pénal côtoie celui, fermé, du code de la propriété intellectuelle et seuls les efforts d'organisation du législateur permettent au premier de ne pas devenir un fourre-tout d'infractions. Si l'autonomie de ces deux codes procède de la distinction de leurs champs respectifs, l'évolution des dispositions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données et les interprétations prétorienne de certaines infractions tendent à faire disparaître ce critère de distinction⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ Loi, n° 2015-912, du 24 juill. 2015 relative au renseignement – voir *infra* n° 357 et s.

⁶⁶⁶ Certes, le législateur fait parfois entrer, dans ce code, des biens qui ne sont pas appropriés sur le fondement d'un droit de propriété intellectuelle – voir *supra* n° 4, les débats et l'exclusion des secrets de fabrication de cette qualification.

⁶⁶⁷ Sur ces deux constats - Voir *infra* n° 381 et s.

⁶⁶⁸ Voir *infra* n° 378 et s.

⁶⁶⁹ Voir *infra* n° 374 et s.

258. Une autonomie, synonyme d'absence de hiérarchie - Si le code pénal comporte des infractions contre les biens qui n'entrent pas dans un code spécifiquement dédié à un domaine juridique, le code de la propriété intellectuelle voit son champ délimité par la nature du droit qu'il concerne, le droit de la propriété intellectuelle. En principe, ces deux codes sont donc autonomes, l'un et l'autre ne répondant pas à la logique du code pilote et code suiveur (I). En outre, malgré leur aspect général, les infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal, ne constituent pas un droit pénal commun des biens (II).

I- L'absence de code pilote et de code suiveur

259. Les notions de code pilote et code suiveur - Dans leur étude relative à la codification de la propriété intellectuelle, Madame le Professeur Benabou et Monsieur Varet expliquent qu'elle a donné naissance à la technique du code pilote et du code suiveur⁶⁷⁰. Le code pilote comporte des dispositions qui sont reproduites, de manière identique, dans un autre code, le code suiveur. Par conséquent, la modification d'une disposition dans le code pilote entraîne, automatiquement, la modification de sa photographie dans le code suiveur. Ils expliquent que *« la disposition a beau avoir plusieurs facettes, elle est rattachée par priorité au code pilote. Ainsi, lorsque le code de la propriété intellectuelle joue le rôle du code pilote, il s'impose comme étant le code de référence. A l'inverse, lorsqu'il n'est que suiveur, il traduit une situation, si ce n'est d'infériorité, du moins de vassalité vis-à-vis du code pilote »*⁶⁷¹.

260. Le code pénal et le code de la propriété intellectuelle, deux codes autonomes - Il a été démontré que, grâce au champ déterminé du code de la propriété intellectuelle, les infractions portant sur un bien, objet d'un droit de propriété intellectuelle, n'entrent pas dans le code pénal. Aucune infraction codifiée dans le code de la propriété intellectuelle n'est reproduite dans le code pénal et inversement⁶⁷². Si le code de la propriété intellectuelle constitue un code pilote quant au régime juridique des biens, objets de droit de propriété intellectuelle⁶⁷³, le code pénal ne joue pas le rôle du code suiveur concernant la répression des atteintes à ce régime. A l'inverse, si le code pénal joue, parfois, par ses dispositions du livre III, le rôle de

⁶⁷⁰ V.-L. Benabou et V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI, Mission de recherche Droit et Justice, La Documentation française, 1998.

⁶⁷¹ *Id.*, n° 178, p. 154.

⁶⁷² Les renvois du code de la propriété intellectuelle au code pénal ne concernent que sa partie générale, notamment relative aux règles d'engagement de la responsabilité des personnes morales et au régime des peines qu'il détermine.

⁶⁷³ Le code de la propriété intellectuelle joue, aussi, dans quelques cas, le rôle du code suiveur puisque son article L. 621-1 reproduit l'incrimination prévue dans le code du travail à l'article L. 1227-1 en cas d'atteinte à un secret de fabrique, tandis que son article L. 721-1 reproduit les règles de détermination des appellations d'origine, codifiées à l'article L. 115-1 du code de la consommation.

code pilote, ce n'est jamais avec le code de la propriété intellectuelle. Il n'existe aucun rapport de vassalité entre les infractions contre les biens codifiées dans ces deux codes. Le volet pénal du code de la propriété intellectuelle est donc autonome du livre III du code pénal, relatif aux crimes et délits contre les biens⁶⁷⁴. Certes, les infractions contre les biens, présentes dans le code pénal, trouvent une application plus large que les infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, mais les premières n'acquièrent pas « *la valeur d'une référence de principe* »⁶⁷⁵. Par conséquent, le droit pénal des biens relève du droit pénal spécial et est dépourvu de disposition commune aux infractions contre les biens.

II- L'absence de droit pénal commun des biens

261. Le code pénal, entre droit pénal général et droit pénal spécial - Le code pénal est composé de livres, dont le premier concerne les « *dispositions générales* » et les suivants portent sur les crimes et délits dans des domaines spécifiques. Cette structure est source d'une division désormais traditionnelle du droit pénal, le droit pénal général et le droit pénal spécial. Le premier est qualifié de général car il regroupe les dispositions relatives aux règles d'application de la loi pénale et aux peines, susceptibles d'être mises en œuvre pour toutes les infractions. Le qualificatif « *générales* » évite les difficultés liées à la polysémie de la notion de droit commun⁶⁷⁶, qui aurait, de surcroît, fait miroiter une unité dont les dispositions concernées sont dépourvues. Le second est spécial, car il concerne les différents domaines pénalement protégés. La composition de ce livre fait apparaître les trois sujets de droit pénal, les personnes, les biens et l'Etat, qui se voient attribuer des infractions spécifiques. Gassin énonce que « *traditionnellement, on entend par lois spéciales celles qui donnent une règle particulière à une série de cas déterminés. On les oppose aux lois générales qui déterminent les règles applicables à tous les cas qui composent un genre donné de rapports juridiques* »⁶⁷⁷. Bien que ces mots soient issus d'une étude du code civil, ils trouvent un clair écho dans l'organisation du code pénal.

⁶⁷⁴ Un droit autonome est défini par J.-P. Chazal comme étant « *un droit qui est auto-institué et qui s'auto-réglemente, s'auto-alimente* » : J.-P. Chazal, « *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux* », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum, Mélanges offerts à Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279-309, spéc. p. 289.

⁶⁷⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27^e éd., 2002, n° 107, p. 208 : la notion de droit commun renvoie à « la place d'un sous-ensemble de règles à l'intérieur d'un même système juridique, celui-ci gardant la valeur d'une référence de principe » ; Sur la qualité de texte de référence du droit commun, voir aussi les définitions proposées par Monsieur le Professeur Saintourens dans sa thèse de doctorat : B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. dir. J. Derrupé, Bordeaux 1, 1986, p. 17.

⁶⁷⁶ J.-L. Thireau, *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy et PUF, 1^{er} éd., 2003, V° droit commun, p. 445 ; J.-P. Chazal, « *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux* », *art. cit.*

⁶⁷⁷ R. Gassin, « *Les lois spéciales et droit commun* », *D.* 1961, chron., p. 91, spéc. n° 1.

262. Le droit pénal spécial du livre troisième du code pénal - Le troisième livre du code pénal comporte une liste de crimes et délits contre les biens. Parce qu'ils sont codifiés dans l'un des codes les plus anciens, la tentation est grande de considérer qu'ils forment le droit pénal commun des biens. Le droit commun est constitué des règles convergentes de différents droits, d'un ensemble de lois. Il est « *tension entre l'unité et la diversité* », il représente la « *part d'unité dans la diversité* »⁶⁷⁸. Notion à l'origine géographique, le droit commun devient, dans l'esprit des juristes, synonyme de matrice à laquelle se rattacheraient les branches de droit spécial. Le commun est alors le général⁶⁷⁹, confinant à l'idéal⁶⁸⁰. Certes, les infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal, ont un caractère général, notamment en raison des termes très larges utilisés dans les incriminations. Ces infractions peuvent être appliquées à un grand nombre de situations, en témoigne l'infraction de vol. Néanmoins, la généralité n'induit pas le commun. Si le droit pénal de la propriété intellectuelle est spécial en ce qu'il est spécifique à ce domaine, il ne prend pas sa source dans les infractions du code pénal et n'y fait pas exception. Or, le droit commun n'apparaît que dans la tension entre ce qui unit et ce qui sépare. Dans le silence du code de la propriété intellectuelle, certains actes peuvent être sanctionnés sur le fondement du code pénal, mais l'infraction mise en œuvre ne protège qu'accessoirement le droit de propriété intellectuelle atteint⁶⁸¹. En outre, si le blanchiment peut être appliqué, sans difficulté d'interprétation, dans les circonstances d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, il ne constitue pas, à lui seul, le droit pénal commun des biens. En l'absence d'instauration, par le législateur, de dispositions communes, il ne peut donc pas être qualifié de droit pénal commun des biens⁶⁸². A défaut de tronc commun, les infractions contre les biens du code pénal et le droit pénal de la propriété intellectuelle peuvent être considérés comme des pôles, dont les interactions forment un réseau⁶⁸³ ou, à l'image du rhizome, constituent des nœuds d'arborescence d'un système a-centré, dépourvu de hiérarchie⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum, Mélanges offerts à Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279-309, spéc. p. 283.

⁶⁷⁹ *Id.*, spéc. p. 283 et s.

⁶⁸⁰ D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 74 et s. ; J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *art. cit.*, spéc. p. 283 et s.

⁶⁸¹ Voir *infra* n° 264 et s.

⁶⁸² L'évolution des dispositions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données, tant prétorienne que légale, pourrait néanmoins aboutir à la création d'un droit pénal commun des biens informatiques – voir *infra* n° 378 et s.

⁶⁸³ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 2002, spéc. p. 449 et s.

⁶⁸⁴ G. Deleuze et F. Guattari, *Rhizome*, Editions de Minuit, 1976, repris dans *Mille plateaux*, Editions de Minuit, 1980, p. 9.

CONCLUSION DE LA SECTION PRELIMINAIRE

263. Le champ répressif du code de la propriété intellectuelle est déterminé par le droit qui en est l'objet et le champ du troisième livre du code pénal, indéterminé, est ouvert aux infractions contre les biens qui ne disposent pas d'un code de rattachement. Si les interactions existent, elles sont dépourvues de rapport hiérarchique, tant sur la forme, puisqu'en ce domaine la structure code pilote-code suiveur n'apparaît pas, que sur le fond, car les infractions du code pénal ne forment pas un droit pénal commun des biens. Par conséquent, les infractions contre les biens, insérées dans le code pénal, et le droit pénal de la propriété intellectuelle constituent un réseau de protection pénale des biens et des droits.

SECTION I - Les infractions utiles aux droits de propriété intellectuelle

264. Des infractions du code pénal, complémentaires à celles du code de la propriété intellectuelle - Dans le silence du code de la propriété intellectuelle, certains biens trouvent une protection pénale auprès des infractions codifiées dans le code pénal. En effet, les infractions spécifiques au droit d'auteur ne sanctionnent que les atteintes commises au cours d'une reproduction, d'une représentation ou d'une diffusion de l'œuvre de l'esprit⁶⁸⁵. Par conséquent, un acte, portant atteinte à l'intégrité de l'œuvre et, conséquemment, au droit moral de l'auteur, ne peut être sanctionné sur ces fondements, en l'absence d'acte de reproduction ou de représentation concomitant. Cette hypothèse concerne les œuvres uniques, dont le support est indissociable de l'œuvre de l'esprit. Les atteintes matérielles, causées à ces œuvres, peuvent alors être sanctionnées sur le fondement de l'infraction de destruction, de détérioration ou de dégradation et leur soustraction constitue une infraction de vol. Outre une protection pénale des œuvres uniques (PARAGRAPHE I), le code pénal offre une protection accrue aux droits de la propriété intellectuelle, car l'infraction de blanchiment permet d'appréhender les biens et les produits issus de sa violation. Elle permet d'anéantir leur caractère lucratif, pierre de touche de la dissuasion en ce domaine (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - Les infractions utiles à la protection du droit sur les œuvres uniques

265. L'œuvre à exemplaire unique, vilain petit canard du droit de la propriété intellectuelle - Certaines œuvres d'art sont indissociables de leur support d'origine. La fusion avec leur support ou avec la matière qui les constitue, les rend uniques. Leur reproduction entraîne, inévitablement, une perte de valeur. Malgré leur forte présence dans les beaux-arts, le droit de la propriété intellectuelle ignore cette fusion, protégeant l'œuvre de l'esprit, indépendamment du support (I). Dès lors, le droit pénal de la propriété intellectuelle comporte des lacunes dans la protection de ces œuvres uniques. Ces vides répressifs peuvent, néanmoins, être comblés par les infractions du code pénal. Cette étude révèle la complémentarité des infractions des deux codes (II).

I- L'appréhension juridique de la fusion artistique de l'œuvre et du support

266. La fusion artistique de l'œuvre et du support - Cette distinction, juridiquement essentielle, entre œuvre de l'esprit et support se trouve parfois contrariée par la pratique artistique. Si certaines œuvres existent indépendamment de leur support, telle l'œuvre littéraire, d'autres y sont liées, telle l'œuvre picturale. La première, indépendante, peut être reproduite, à l'identique, sur différents supports de diverses natures. L'exemplaire reproduit de l'œuvre est

⁶⁸⁵ L'article L. 335-2 du CPI vise l'édition et toute autre production et l'article L. 335-3 du même code concerne la reproduction, la représentation ou la diffusion.

doté de la même valeur que l'exemplaire original⁶⁸⁶. L'œuvre littéraire fait partie de ces biens dotés d'ubiquité, définis par Monsieur le Professeur Libchaber comme « *les biens dont le corpus peut se multiplier sans que l'identité en soit altérée* »⁶⁸⁷. Ainsi, les œuvres picturales, graphiques et plastiques ne peuvent être dupliquées. Le travail de l'artiste, effectué manuellement⁶⁸⁸, directement sur le support ou avec les matériaux, induit la fusion de l'œuvre et du support⁶⁸⁹. Liées à leur support ou à leur matière, ces œuvres ne peuvent exister, de manière identique, indépendamment de ceux-ci. Il en est ainsi d'une sculpture où la matière, support, se confond avec l'œuvre, forme donnée à la matière⁶⁹⁰. Les œuvres de César illustrent parfaitement cette fusion. Ses premières compressions sont réalisées avec des voitures. La voiture est tant le médium, la matière, que l'œuvre, dans sa forme compressée. La série des expansions, qui s'oppose à celle des compressions, est réalisée avec de la mousse polyuréthane. Il laisse couler la mousse sur le sol et lui donne la dimension souhaitée. L'œuvre et la matière se confondent parfaitement. Des œuvres picturales, dont le trait laisse percevoir le geste de l'artiste, constituent des exemplaires uniques, dont la reproduction, même par un parfait copiste, serait de moindre valeur, puisqu'elle est, notamment, liée à l'artiste, et ne fera pas naître les mêmes droits. Il convient alors de distinguer deux sortes de biens incorporels, objets de droits de propriété intellectuelle, ceux qui peuvent être reproduits à l'infini, la copie ayant la même valeur que l'exemplaire original, et ceux, uniques, dont la reproduction, n'émanant pas de l'auteur, a une valeur moindre⁶⁹¹.

267. La distinction juridique de l'œuvre et du support - L'alinéa premier de l'article L. 111-3 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ». Selon ce texte, l'œuvre de l'esprit et le support sont deux biens distincts et la différenciation expresse entre « *propriété incorporelle* » et « *propriété de l'objet matériel* » implique une différence de nature du droit de propriété, dont ils sont l'objet. Le support est grevé du droit de propriété relatif aux biens

⁶⁸⁶ La différence de valeur entre deux exemplaires d'une œuvre littéraire tient à la valeur du support, non à la valeur de l'œuvre elle-même. Toutefois, si l'exemplaire original est manuscrit, celui-ci aura une valeur plus importante que les exemplaires reproduits car l'auteur aura lui-même travaillé, directement, sur le support.

⁶⁸⁷ R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 37.

⁶⁸⁸ Monsieur le Professeur Lucas, Madame Lucas-Schloetter et Madame le Professeur Bernault mettent en exergue le « *rôle essentiel de l'exécution personnelle* » de l'artiste. Toutefois, au regard des créations informatisées, l'expression « *exécution manuelle* » semble davantage appropriée. En effet, sont exclues de la catégorie des œuvres à exemplaire unique, les œuvres picturales réalisées informatiquement car elles sont reproductibles à l'infini (A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 235, p. 258).

⁶⁸⁹ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, th. dir. M. Vivant, Litec, 1990, spéc. n° 147, évoquant la « *symbiose de l'œuvre d'art plastique et de son support corporel* » ; Cass. civ.1^{re}, 18 mars 1986, n° 84-13.749 : *Bull. civ.* I 1986, n° 71 (employant le verbe incorporer) : *JCP G* 1987, II, 20723, concl. M. Gulphe.

⁶⁹⁰ Le langage courant désigne d'ailleurs, de manière générique, les œuvres sculpturales par leur matière, ainsi « *un bronze* » ou « *un marbre* ».

⁶⁹¹ N'étant pas des biens objets de droit de propriété intellectuelle, nous écartons de l'étude les biens incorporels dont la reproduction est impossible, tels que les créances, les actions, la clientèle ou les fonds de commerce.

corporels, alors que l'œuvre est objet du droit de propriété dite intellectuelle, attaché aux biens incorporels ayant la spécificité d'être les produits d'une création intellectuelle de l'homme⁶⁹². Le support et l'œuvre ne bénéficient donc pas du même régime juridique.

268. Le régime juridique ignorant la fusion artistique de l'œuvre et du support - Malgré la fusion artistique entre l'œuvre et le support, la première ne peut être juridiquement assimilée au second. L'évolution fut lente⁶⁹³, mais il est désormais acquis que les droits de propriété doivent être distingués, nonobstant l'incorporation de l'œuvre au support⁶⁹⁴. Le principe civiliste de l'accession, selon lequel le droit du propriétaire d'une chose s'étend à tout ce qui s'y unit ou s'y incorpore, est donc inopérant. Cependant, la protection pénale du support déborde sur l'œuvre, car l'atteinte portée à l'un affecte l'autre. Grâce à cette fusion, l'œuvre bénéficie des infractions du code pénal sanctionnant les atteintes au support.

II- La protection des œuvres uniques sur le fondement du code pénal

269. Les œuvres uniques, placées sous la protection du code pénal - Un coup de couteau dans une toile, sa destruction ou sa soustraction, porte atteinte à l'œuvre unique et aux droits de l'auteur sur celle-ci. Dans le silence du droit pénal de la propriété intellectuelle (A), les infractions de destructions, dégradations ou détériorations, ainsi que l'infraction de vol, codifiées dans le code pénal, protègent l'œuvre et les droits de l'auteur, par le truchement de la sanction des atteintes portées au support (B).

A- Les limites du droit pénal de la propriété intellectuelle dans la protection des œuvres uniques

270. Les limites de la protection pénale des droits moraux et des droits patrimoniaux de l'auteur - Le droit pénal spécifique au droit de la propriété intellectuelle comporte des limites relatives, tant à la protection des droits moraux, notamment le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre (1), qu'à la protection des droits patrimoniaux (2).

⁶⁹² Seuls quelques biens incorporels font l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Sur l'hétérogénéité de la propriété incorporelle : A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 20, p. 21 ; J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, PUF, coll. Thémis, 19^e éd., 2000, p. 388 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 210, p. 83 ; H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G* 2010, p. 1100. – Voir *supra* n° 11.

⁶⁹³ J.-C. Ginsburg, « Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international privé », *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 245-258.

⁶⁹⁴ La Cour de cassation avait affirmé que « le droit de reproduire le tableau par la gravure doit être compris au nombre des droits et facultés que transmet à l'acquéreur une vente faite sans réserve » (Cass. ch. réunies, 27 mai 1842 : *DP* 1842, n° 1, p. 297) mais, la loi du 9 avril 1910, relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des œuvres d'art, affirma le principe selon lequel l'aliénation du support n'emporte pas cession du droit de reproduction.

1- Les limites de la protection pénale du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre

271. Le droit au respect de l'œuvre, prérogative du droit moral de l'auteur - L'auteur est titulaire de droits moraux⁶⁹⁵ sur son œuvre. Ils relèvent des droits de la personnalité car l'œuvre est, selon la conception romantique du droit d'auteur, l'émanation de la personnalité de l'auteur⁶⁹⁶. Les droits moraux confèrent aux auteurs quatre prérogatives : le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre⁶⁹⁷, le droit à la paternité⁶⁹⁸, le droit de divulgation⁶⁹⁹ et le droit de retrait⁷⁰⁰. Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre protège celle-ci contre toute altération ou déformation dans sa forme ou dans son esprit, en l'absence d'autorisation de l'auteur⁷⁰¹. La suppression d'un élément de l'œuvre⁷⁰², les retouches⁷⁰³ ou les adjonctions⁷⁰⁴ sont des atteintes à l'intégrité de l'œuvre⁷⁰⁵. Ce droit s'impose à tout tiers, tant aux cessionnaires de droits patrimoniaux⁷⁰⁶, qu'aux propriétaires du support de l'œuvre⁷⁰⁷. Ainsi, quand bien même l'auteur d'une œuvre picturale aurait cédé son droit d'usage sur celle-ci, il conserverait le droit de s'opposer à toute modification, correction ou addition, même minime⁷⁰⁸, susceptible d'altérer son caractère et de dénaturer son esprit⁷⁰⁹.

272. L'atteinte au droit moral constitutive du délit de contrefaçon - Il a été démontré que, malgré l'absence de référence expresse aux droits moraux de l'auteur, les incriminations des articles L. 335-2 alinéa 1 et L. 335-3 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle protègent ces droits⁷¹⁰. En effet, la Cour de cassation a affirmé, d'une part, que la contrefaçon est

⁶⁹⁵ L'emploi du pluriel est apparu avec la codification, en raison des différences de régime juridique de chaque prérogative, masquant alors l'unité du droit moral et ses règles communes.

⁶⁹⁶ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 381 ; F. Pollaud-Dulian, « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780 ; D. Lefranc, « L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », *D.* 2002, p. 1926-1933 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 215, p. 239 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 5^e éd., 2017, n° 252, p. 227 – *contra*. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 533, p. 475.

⁶⁹⁷ Art L. 121-1 du CPI.

⁶⁹⁸ Art L. 121-1 du CPI.

⁶⁹⁹ Art L. 121-2 et s. du CPI.

⁷⁰⁰ Art L. 121-4 du CPI.

⁷⁰¹ CA Paris, 28 juill. 1932 : *DP* 1934, 2, 139, note G. Lepointe.

⁷⁰² CA Paris, 28 oct. 2011 : *Propri. intell.* 2012, n° 42, p. 26, obs. A. Lucas.

⁷⁰³ CA Paris, 11 juin 1990 : *D.* 1991, somm. 89, obs. C. Colombet.

⁷⁰⁴ Cass. crim. 3 mars 1898 : *S.* 1899, 1, 303 ; CA Versailles, ch. réun., 19 déc. 1994 : *RIDA* avr. 1995, p. 289, note A. Kéréver.

⁷⁰⁵ L'auteur n'a pas à établir une atteinte à son honneur ou sa réputation, condition exigée par l'article 6 bis de la Convention de Berne.

⁷⁰⁶ CA Paris, 20 nov. 1935 : *S.* 1936, 2, 170, note F. Gény.

⁷⁰⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 6 juill. 1965 : *Bull. civ I* 1965, n° 454 ; *JCP* 1965, II, 14339, concl. R. Lindon.

⁷⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, n° 95-22.282 : *Bull. civ I* 1998, n° 75 ; *RIDA* 3/1998, p. 213, note A. Kéréver ; *D.* 1998, p. 471, note A. Françon.

⁷⁰⁹ CA Paris, 28 juill. 1932, *Chaliapine* : *DP* 1934, 2, p. 139, note G. Lepointe ; CA Paris, 20 nov. 1935 : *S.* 1936, 2, 170, note F. Gény ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1968, *Salvador Dali* : *Bull. civ I* 1968, n° 87 ; *RTD com.* 1969, p. 492, obs. H. Desbois ; Cass. Ass. plén., 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Microfor* : *Bull. AP* 1987, n° 4 ; *JCP G* 1988, II, 20932, rapp. S. Nicot et note J. Huet ; *JCP E* 1988, II, 15093, n° 4, obs. M. Vivant et A. Lucas.

⁷¹⁰ Voir *supra* n° 72 et s.

constituée par « l'atteinte portée aux droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi »⁷¹¹ et, d'autre part, qu'elle peut être constituée par l'atteinte au droit de divulgation⁷¹², au droit à la paternité⁷¹³ ou au droit au respect de l'œuvre⁷¹⁴. Elle se fonde sur l'article L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle, dont la rédaction, très large⁷¹⁵, englobe les atteintes, tant aux droits patrimoniaux, qu'aux droits moraux.

273. Les limites du délit de contrefaçon en cas d'atteinte au droit au respect de l'œuvre

- La reconnaissance de la protection pénale des droits moraux de l'auteur sur son œuvre comporte des limites. Contrairement aux affirmations catégoriques de certains juges du fond⁷¹⁶, la Cour de cassation, en application du principe de légalité des délits et des peines et d'interprétation stricte de la loi pénale, limite son application aux atteintes aux droits moraux, réalisées dans les circonstances d'une reproduction⁷¹⁷, d'une représentation⁷¹⁸ ou d'une diffusion⁷¹⁹ illicite de l'œuvre. Par conséquent, les atteintes aux droits moraux, commises indépendamment de tout acte illicite de reproduction ou de communication de l'œuvre, ne peuvent être sanctionnées sur le fondement de l'article L. 335-3 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle. Ainsi en est-il des actes de dégradation ou de destruction d'une œuvre, portant atteinte au respect de celle-ci. Le baiser d'une "amatrice d'art" déposé sur un tableau de Cy Twombly, y laissant une trace de rouge à lèvres, ou le coup de marteau porté à l'œuvre *Fountain* de Marcel Duchamp constituent, certes, des atteintes au droit moral de l'auteur, mais, à défaut d'acte de reproduction, de représentation ou de diffusion de l'œuvre, ne peuvent être qualifiés d'infractions de contrefaçon. Une limite identique apparaît quant à la protection des droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre.

2- Les limites de la protection pénale des droits patrimoniaux

274. Les limites du délit de contrefaçon en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux - Les articles L. 335-2 et L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle protègent pénalement les droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre. Ces droits, constitués du droit de reproduction

⁷¹¹ Cass. crim., 6 juin 1991, n° 90-80.755, *Formento* : *Bull. crim.* 1991, n° 240 ; Cass. crim., 29 janv. 2002, n° 01-83.122 : *Bull. crim.* 2002, n° 13.

⁷¹² Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 93-85.256 : *Bull. crim.* 1995, n° 379 ; *RTD com.* 1996, p. 462, obs. A. Françon.

⁷¹³ Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954 : *Bull. crim.* 1997, n° 310 ; *Gaz. Pal.* 1998, n° 2, p. 529, note Leclerc.

⁷¹⁴ Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156 : *CCE* 2002, comm. 150, 2^e arrêt, note Ch. Caron ; *RTD com.* 2003, p. 85, obs. A. Françon ; Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *Bull. crim.* 2002, n° 156 ; *CCE* 2002, comm. 150, 1^{er} arrêt, note Ch. Caron ; *Légipresse* 2002, III, p. 206, note Ch. Alleaume.

⁷¹⁵ « en violation des droits de l'auteur tels qu'ils sont définis par les règlements et les lois ».

⁷¹⁶ CA Paris, 13^e ch., 5 oct. 1995 : *RIDA* 1996, n° 2, p. 303 (est sanctionnée « toute atteinte portée aux droits d'auteur et en particulier au droit moral ») ; TGI Paris, 31^e ch., 9 mai 1995 : *RIDA* 1996, n° 1, p. 282 (« l'atteinte au droit moral d'un auteur constitue le délit de contrefaçon »).

⁷¹⁷ Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954 : *Bull. crim.* 1997, n° 310 ; *art. cit.* ; Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156 : *art. cit.*

⁷¹⁸ Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *Bull. crim.* 2002, n° 156 ; *art. cit.*

⁷¹⁹ Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 93-85.256 : *Bull. crim.* 1995, n° 379 ; *art. cit.*

et du droit de représentation, permettent à l'auteur de maîtriser la communication de son œuvre au public. Pourtant, ce dispositif de protection des droits patrimoniaux est limité. Seules sont sanctionnées les reproductions, représentations ou diffusions de l'œuvre en violation des droits de l'auteur. Qu'en est-il lorsque l'acte litigieux ne constitue pas une multiplication illicite de l'œuvre, mais la soustraction ou la destruction d'une œuvre à exemplaire unique⁷²⁰ ? Ces actes portent atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur car ils l'empêchent de l'exploiter⁷²¹. Malgré les conséquences importantes de tels actes sur les droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre, les dispositions pénales du code de la propriété intellectuelle ne les incriminent pas. Le droit pénal de la propriété intellectuelle comporte donc des limites, car il ne permet pas de sanctionner tous les actes portant atteinte aux droits de l'auteur sur son œuvre. Ces lacunes peuvent être comblées par les incriminations contenues dans le code pénal. Les infractions de destruction, de détérioration et de dégradation, ainsi que celle de vol, trouvent application et protègent les droits moraux et les droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre à exemplaire unique.

B- L'application des infractions du code pénal aux atteintes aux œuvres uniques

275. La protection des œuvres uniques par les infractions du code pénal - Certaines infractions, codifiées dans le code pénal, apportent une protection aux œuvres uniques, dont elles sont dépourvues sur le fondement du droit pénal de la propriété intellectuelle : les infractions de destruction, dégradation ou détérioration (1) et l'infraction de vol (2).

1- Les infractions de destruction, dégradation et détérioration au service de l'œuvre unique

276. Les infractions de destruction, dégradation et détérioration - Les actes de destruction, de dégradation et de détérioration des biens sont sanctionnés sur le fondement du code pénal⁷²². En l'absence de définitions légales, les juges considèrent que la destruction est constituée par la mise en pièces du bien⁷²³, la détérioration est l'acte qui rend le bien inapte à sa fonction⁷²⁴ et la dégradation est caractérisée par ses conséquences, la diminution de l'utilité

⁷²⁰ Est incluse l'hypothèse des œuvres à exemplaires limités, dont le sort est identique à celui des œuvres à exemplaire unique. Ainsi, les œuvres photographiques se trouvent à la frontière distinguant les œuvres uniques, fusionnant avec leur support, et les œuvres infiniment reproductibles, distinctes du support. Certes, une photographie est indéfiniment reproductible mais, les photographes d'art effectuent souvent des tirages numérotés. Le nombre de reproductions est donc limité. Cela permet aux photographies d'acquérir une valeur plus importante. De l'atteinte au support, le papier, naît une atteinte à l'œuvre, la photographie, sanctionnée sur le fondement des articles 322-1 ou 322-3-1 du CP.

⁷²¹ Si l'œuvre n'a pas encore été divulguée, la soustraction ou la destruction de l'œuvre à exemplaire unique porte atteinte au droit de divulgation, prérogative de droit moral de l'auteur.

⁷²² Art. 322-1 à 322-18 du CP.

⁷²³ Cass. crim., 7 janv. 1998, n° 97-83.205.

⁷²⁴ Cass. crim., 2 mai 2001, n° 00-85.144 ; Cass. crim., 6 sept. 2006, n° 05-86.671.

du bien ou la minoration de sa valeur⁷²⁵. Néanmoins, ces effets peuvent aussi être observés en cas de détérioration du bien. La distinction entre la détérioration et la dégradation apparaît donc peu aisée. L'article 322-1 du code pénal, constituant la disposition générale, prévoit une sanction de deux ans d'emprisonnement et une amende de 30 000 euros, à l'exception du dommage léger⁷²⁶ qui constitue, sur le fondement des articles 322-1 alinéa 2 et R. 635-1 du code pénal⁷²⁷, une contravention de cinquième classe⁷²⁸. Lorsque ces actes portent sur « *un bien culturel qui relève du domaine public mobilier ou qui est exposé, conservé ou déposé, même de façon temporaire, soit dans un musée de France, une bibliothèque, une médiathèque ou un service d'archives, soit dans un lieu dépendant d'une personne publique ou d'une personne privée assurant une mission d'intérêt général, soit dans un édifice affecté au culte* »⁷²⁹, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende, laquelle peut être élevée jusqu'à la moitié de la valeur du bien⁷³⁰. Cette incrimination spécifique aux biens culturels a, toutefois, un champ d'application réduit, car elle ne concerne pas les œuvres relevant du domaine privé. Le législateur a donc choisi d'apporter une protection spécifique à certains biens culturels, notamment des œuvres de l'esprit, non pas en raison de leur caractère didactique, mais en raison de leur lien avec la mission culturelle de l'Etat⁷³¹. Davantage que l'atteinte à l'œuvre, cette disposition sanctionne l'atteinte à cette mission étatique. Pourtant, il semble que toutes les œuvres, même celles exposées dans un musée privé, méritent d'être protégées avec la même force. Madame le Professeur Rassat s'insurge contre ce choix en qualifiant ce texte d'« *affligeante vision marxisante des choses car ce qui est condamnable quand on détruit un tableau de Van Gogh, c'est qu'on ait détruit un tableau de Van Gogh, pas*

⁷²⁵ Cass. crim., 31 mars 2005, n° 04-80.541.

⁷²⁶ La qualification de délit ou de contravention ne dépend donc pas de l'importance de l'atteinte au droit de propriété, mais de l'importance de l'atteinte matérielle au bien. Pourtant, le dommage matériel léger peut constituer une atteinte importante au droit de propriété. Outre le manque de pertinence d'un tel critère, son imprécision semble contrevenir au principe de légalité criminelle, car il est tentant de considérer l'ampleur du dommage au regard de l'intensité de l'atteinte à sa valeur économique. Sur la nécessaire distinction entre atteinte matérielle et atteinte économique, lire : E. Bonis et R. Ollard, *JCL. Pénal Code*, art. 322-1 à 322-4-1, Fasc. 20 : Destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes, MAJ 4 juin 2018, spéc. n° 77 et s.

⁷²⁷ Exceptés les inscriptions, signes et dessins effaçables sur les façades, véhicules, voies publiques et mobiliers urbains qui, quelle que soit la gravité du dommage, constituent des délits sanctionnés sur le fondement de l'article 322-1 alinéa 2 du code pénal.

⁷²⁸ L'infraction de destruction, dégradation, détérioration est une infraction de résultat.

⁷²⁹ Art. 322-3-1 3° du CP.

⁷³⁰ Le mécanisme de l'amende proportionnelle, souhaitable en principe, a pourtant été critiqué. Si l'on fait perdre à l'Etat un élément de son patrimoine culturel, pourquoi la sanction est-elle indexée sur la moitié de la valeur du bien, seulement ? En cas de dégradation ou de détérioration du bien, Madame le Professeur Rassat s'interroge sur la possibilité de prononcer une peine d'amende égale au prix de la restauration du bien (M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 280, p. 340). Toutefois, l'amende n'est pas fixée en fonction du préjudice causé à la victime de l'infraction, mais en fonction de l'atteinte portée à l'ordre public. Si la peine d'amende équivaut au prix de la restauration, cela signifie qu'elle a vocation à réparer le préjudice économique subi et non à sanctionner le comportement, dans un but de dissuasion pour l'avenir.

⁷³¹ Ce n'est qu'un lien, plus ou moins distendu, car l'incrimination n'impose pas que l'Etat soit propriétaire du bien. Le propriétaire peut être une personne privée, qui le met à disposition d'un musée pour une exposition temporaire.

*de savoir à qui il appartenait. Quel que soit leur propriétaire, les œuvres artistiques et les objets historiques font partie du patrimoine de l'humanité et devraient être protégés comme tels »*⁷³².

277. L'application de ces infractions à l'œuvre unique - La destruction, la dégradation et la détérioration du support de l'œuvre portent, aussi, atteinte à la forme, protégée par le droit d'auteur, dans laquelle est concrétisée l'œuvre. L'atteinte à l'intégrité d'une œuvre à exemplaire unique⁷³³ peut alors être sanctionnée sur ce fondement, à défaut de bénéficier d'une protection pénale par le droit de la propriété intellectuelle⁷³⁴. La trace de rouge à lèvres laissée sur le tableau de Cy Twombly⁷³⁵ et le coup de marteau fracassant l'urinoir de Marcel Duchamp⁷³⁶ ont, ainsi, été sanctionnés sur le fondement de l'article 322-3-1 3° du code pénal. Il ne s'agit alors plus de savoir, comme en droit d'auteur, quel droit a été atteint, le droit moral ou le droit patrimonial, mais quel dommage a été causé à l'œuvre. Ces infractions comblent le vide juridique laissé par le législateur en droit de la propriété intellectuelle et assurent une forte protection au droit moral de l'auteur, notamment grâce à la possible majoration de la peine d'amende jusqu'à la moitié de la valeur de l'œuvre.

278. La sanction de la violation, par le propriétaire du support, des limites de ses droits - La distinction des droits de propriété, nonobstant la fusion de l'œuvre et du support, pose néanmoins une difficulté au regard de ces incriminations. Le propriétaire du support d'une œuvre unique peut-il détruire celui-ci, sans être sanctionné en raison de la destruction de l'œuvre ? En vertu de l'abusus, tout propriétaire est, en principe, libre de détruire son bien. Cependant, la destruction du support entraîne inévitablement la destruction de l'œuvre, portant alors atteinte aux droits que l'auteur a sur celle-ci, et inversement. Ces deux droits de propriété sont d'égale valeur, chacun étant consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme comme droit fondamental. Il convient alors d'appliquer le principe de proportionnalité, cher à la Cour européenne des droits de l'homme. Si, dans l'affaire des *Fresques de Juvisy*, la cour d'appel de Paris⁷³⁷ avait fait prévaloir le droit de propriété du support, semble-t-il au regard de certaines particularités de l'espèce, les juges cherchent toujours un point d'équilibre entre les intérêts des deux propriétaires⁷³⁸. Ainsi, les atteintes que

⁷³² M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 280, p. 339 - L'auteur semble toutefois faire une confusion, la protection n'est pas subordonnée à la qualité du propriétaire de l'œuvre, ou du bien culturel, mais au lieu d'exposition.

⁷³³ Ou reproduite par l'auteur, dans un nombre limité de copies.

⁷³⁴ Voir *supra* n° 67 et s.

⁷³⁵ TGI Avignon, 16 nov. 2007 : B. Edelman, « Du baiser-vampire à la "dégradation" d'un concept », *D.* 2008, p. 588.

⁷³⁶ TGI Tarascon, 20 nov. 1998 : *D.* 2000, Jur. 128 ; B. Edelman, « de l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », *D.* 2000, p. 98 ; TGI Paris, 24 janv. 2006 : *D.* 2006, Jur. 1827, note A. Tricoire et en appel : CA Paris, 12^e ch., 9 févr. 2007.

⁷³⁷ CA Paris, 27 avr. 1934 : *DH* 1934, p. 385.

⁷³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 1965, *Bernard Buffet* : *Bull. civ I* 1965, n° 454 ; *JCP* 1965, II, 14339, concl. R. Lindon ; CA Paris, 25^e ch., 10 juill. 1975 : *RIDA* 1977, n° 1, p. 118, note A. Françon ; *D.* 1977, p. 342, note C. Colombet ;

le propriétaire du support peut porter au droit de l'auteur au respect de son œuvre sont subordonnées à la démonstration d'un juste motif, apprécié *in concreto*, selon la nature, l'emplacement ou l'état de l'œuvre, ainsi qu'à la gravité de l'atteinte⁷³⁹. Le droit de propriété du propriétaire du support est donc limité par les droits de l'auteur sur son œuvre. La destruction du support d'une œuvre à exemplaire unique, par le propriétaire de celui-ci, fait encourir les sanctions prévues à ces dispositions, en raison de la destruction de celle-là.

Si l'œuvre unique, qui ne peut être détachée de son support, trouve une protection dans les infractions de destruction, dégradation et détérioration, elle peut, aussi, être protégée par l'infraction de vol.

2- L'infraction de vol au service de l'œuvre unique

279. La soustraction d'une œuvre unique qualifiée d'infraction de vol - En raison de sa fusion avec son support, l'œuvre unique peut être appréhendée, transmise et, par conséquent, soustraite. Acquérant une certaine matérialité par le truchement de son support, l'œuvre unique peut donc être l'objet d'une infraction de vol et, incidemment, d'une infraction de recel. Si la notion de soustraction, élément matériel de l'infraction de vol, se heurte à la nature ubiquitaire de certains biens incorporels⁷⁴⁰, il n'en est rien pour l'œuvre à exemplaire unique.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

280. Les infractions du code pénal, dont les éléments matériels peuvent appréhender les œuvres uniques, trouvent application dans les failles du droit pénal de la propriété intellectuelle. La fusion de l'œuvre avec son support permet aux infractions de destruction, de dégradation et de détérioration, ainsi qu'aux infractions de vol et, par conséquent, de recel, d'offrir une protection directe à celle-ci. La complémentarité des infractions du code de la propriété intellectuelle et de celles du code pénal offre au droit de la propriété intellectuelle une protection pénale complète. Le code pénal confère, aussi, une protection générale indirecte au droit de la propriété intellectuelle grâce à l'infraction de blanchiment. Instrument de lutte contre le caractère lucratif des infractions, le blanchiment constitue une solution pour endiguer la massification de la contrefaçon.

RTD com. 1976, p. 359, obs. H. Desbois ; CA Versailles, 1^{re} ch., 28 janv. 1999 : JCP E 1999, p. 1482, obs. Brochard.

⁷³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1991, *Munch* : RIDA 1992, n° 3, p. 161.

⁷⁴⁰ Voir *infra* n° 314 et s.

PARAGRAPHE II - L'infraction de blanchiment, une protection indirecte du droit de la propriété intellectuelle

281. L'infraction de blanchiment au service du droit de la propriété intellectuelle - Les infractions aux droits de propriété intellectuelle forment un contentieux de masse. Ces infractions prospèrent en raison de leur caractère lucratif. La contrefaçon enrichit les organisations criminelles et constitue un moyen de financement des organisations terroristes⁷⁴¹. Une lutte efficace contre ces infractions exige donc de confisquer les bénéfices réalisés. Si des peines complémentaires de droit commun ont précisément été instaurées à ces fins, elles sont insuffisantes lorsque les bénéfices directement issus de la contrefaçon ont déjà été réinvestis. L'incrimination des actes de blanchiment est suffisamment large pour permettre aux délits de contrefaçon et délits assimilés, de constituer les infractions d'origine (I) et est suffisamment souple pour lutter efficacement contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle (II).

I- La contrefaçon, délit d'origine de l'infraction de blanchiment

282. Définition du blanchiment et distinction avec le recel - Désignant, à l'origine, les investissements de la mafia dans les entreprises de blanchisserie, lors de la prohibition aux Etats-Unis, le blanchiment concerne, aujourd'hui, « *la gestion économique* », « *l'ingénierie financière du produit de la délinquance* »⁷⁴². Il réprime certaines aides apportées à l'auteur d'un crime ou d'un délit, après sa réalisation, et lutte contre l'économie souterraine qui en découle. Certes, les infractions de recel et de blanchiment ont en commun l'acte de dissimulation, mais à la différence de l'infraction de recel qui réprime le fait de tirer profit du produit d'un délit ou d'un crime, le blanchiment sanctionne la gestion économique des produits des infractions, principalement par des organisations professionnelles. Si certains auteurs mettent en évidence les points de friction entre le recel et le blanchiment, proposant alors de redéfinir leurs domaines respectifs⁷⁴³, ces deux infractions conservent une complémentarité. Le blanchiment est défini à l'article 324-1 du code pénal et chaque alinéa porte sur un comportement spécifique. « [...] *Le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect* » concerne la fourniture d'un alibi, le fait de légitimer des revenus ou biens issus d'infractions. Ce comportement est donc bien différent de ceux réprimés par le recel. [...] *Le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* » permet de sanctionner le fait d'intégrer des produits

⁷⁴¹ Voir *infra* n° 1034.

⁷⁴² M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 1048, p. 1179.

⁷⁴³ G. Beaussonie, « Quelques observations à partir de (et non sur) l'"auto-blanchiment" », *AJ Pénal* 2016, p. 192 ; P. Cazalbou, *Etude de la catégorie des infractions de conséquence (contribution à une théorie des infractions conditionnées)*, th. dir. B. de Lamy, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 63, 2016.

d'infractions dans des opérations économiques licites afin de faire disparaître leur caractère délictuel ou criminel. La frontière entre cette incrimination et celle du recel est ténue. Si le fait d'apporter son concours à une opération n'implique pas, nécessairement, l'exercice d'un pouvoir sur la chose, en pratique l'auteur d'un tel acte sera souvent receleur, en recevant le produit de l'infraction ou en servant d'intermédiaire de transmission. L'ajout de l'intermédiaire de transmission à l'incrimination de recel rend ardue la distinction entre les deux infractions. Toutefois, les opérations, limitativement listées, pour lesquelles la personne apporte son concours, permettent de les différencier. La distinction est aussi effectuée au regard de l'esprit des deux incriminations, l'une visant des pratiques organisées, à vocation professionnelle, l'autre, la délinquance individuelle et occasionnelle.

283. L'indétermination des délits et crimes préalables au blanchiment - L'infraction d'origine, condition préalable au blanchiment, ne peut être qu'un crime ou un délit, mais l'incrimination n'en précise pas la nature exacte. Si, dans un premier temps, le blanchiment a été une infraction spéciale dont l'infraction d'origine ne pouvait relever que du trafic de stupéfiants⁷⁴⁴, elle est aujourd'hui une infraction générale⁷⁴⁵. L'indifférence de la nature de l'infraction d'origine autorise une véritable politique criminelle de lutte contre le blanchiment de capitaux d'origine illicite, peu important leur origine infractionnelle. Outre le fait que la loi du 13 mai 1996 a étendu la circonférence de l'infraction de blanchiment, elle en a allégé la preuve, facilitant sa mise en œuvre⁷⁴⁶. Par conséquent, tout crime ou délit peut constituer l'infraction d'origine du blanchiment, dès lors que ce dernier n'est pas spécifiquement incriminé, comme en matière de trafic de stupéfiants, de proxénétisme et de terrorisme.

284. L'étendue des biens susceptibles de blanchiment - Le blanchiment n'est plus exclusivement une infraction propre à la monnaie. Les actes de dissimulation relevant du blanchiment peuvent concerner soit des revenus, soit des biens, soit le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. L'article 1-b de la Convention de Strasbourg relatif au blanchiment précise que la notion de biens, visée au premier alinéa de l'article 324-1 du code pénal, correspond au « *bien de toute nature qu'il soit corporel ou incorporel, meuble ou immeuble [...] ainsi d'ailleurs que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur*

⁷⁴⁴ Art. 222-38 du CP.

⁷⁴⁵ La loi du 13 mai 1996, relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime, a créé l'article 324-1 du code pénal, siège de l'infraction générale de blanchiment.

⁷⁴⁶ M. Segonds, « Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *AJ Pénal* 2016, p. 168.

le bien »⁷⁴⁷. La notion de produit englobe « tous les résultats, quels qu'ils soient, obtenus par tous les auteurs d'infractions, quelles qu'elles soient »⁷⁴⁸.

285. La contrefaçon, délit d'origine du blanchiment - L'incorporalité des biens ne constituant pas un obstacle à l'application de l'infraction de blanchiment et le droit de la propriété intellectuelle n'incriminant pas spécifiquement les actes relevant du blanchiment, le délit d'origine peut être une contrefaçon⁷⁴⁹ ou, plus généralement, tout délit incriminant une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Une infraction spécifique de blanchiment commis dans les circonstances d'un délit douanier est prévue à l'article 145 du code des douanes⁷⁵⁰, pour laquelle la contrefaçon constitue, également, une infraction d'origine⁷⁵¹. L'application de cette infraction de conséquence, au droit de la propriété intellectuelle, apparaît essentielle à l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon et les autres délits assimilés.

II- La lutte contre le blanchiment au service de la lutte contre la contrefaçon

286. L'infraction de blanchiment, instrument d'anéantissement de la lucrativité de la contrefaçon - Le caractère lucratif de la contrefaçon constitue une des causes de sa massification. En l'absence d'instauration, en droit de la propriété intellectuelle, d'instruments spécifiques à la lutte contre les infractions lucratives⁷⁵², le délit de blanchiment représente une solution efficace. En effet, lutter contre les individus qui aident à la dissimulation ou à la légitimation des biens contrefaisants ou des revenus issus de la contrefaçon permet, indirectement, d'anéantir le caractère lucratif des infractions aux droits de propriété intellectuelle. Son efficacité est accrue par la lutte contre les personnes qui facilitent la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur de l'infraction d'origine, sans qu'ils doivent être directement issus de cette infraction. Grâce à la définition extensive du blanchiment, les profits en cascade, issus de l'infraction de contrefaçon, peuvent être appréhendés sur ce fondement. Les sanctions encourues ont, aussi, vocation à anéantir le

⁷⁴⁷ Conseil de l'Europe, Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, 8 nov. 1990, art 1-b, terminologie : M. Daury-Fauveau, *JCL. Pénal Code*, art. 324-1 à 324-9. Fasc. 20 : Infraction générale de blanchiment – conditions et constitution, MAJ 4 juin 2018, spéc. n° 40 et s.

⁷⁴⁸ G. Beaussonie, « Quelques observations à partir de (et non sur) l'"auto-blanchiment" », *AJ Pénal* 2016, p. 192.

⁷⁴⁹ Cass. crim. 22 mai 2013, n° 12-83.772 ; Cass. crim. 30 avr. 2014, n° 13-85.044 ; Cass. crim. 19 févr. 2014, n° 13-80.223.

⁷⁵⁰ Art. 145 du code des douanes : « Seront punis d'un emprisonnement de deux à dix ans, de la confiscation des sommes en infraction ou d'une somme en tenant lieu lorsque la saisie n'a pas pu être prononcée, de la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction et d'une amende comprise entre une et cinq fois la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction ceux qui auront, par exportation, importation, transfert ou compensation, procédé ou tenté de procéder à une opération financière entre la France et l'étranger portant sur des fonds qu'ils savaient provenir, directement ou indirectement, d'un délit prévu au présent code ou d'une infraction à la législation sur les substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants ».

⁷⁵¹ Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 13-80.223 : *RTD com.* 2014, p. 435, obs. B. Bouloc.

⁷⁵² Voir *infra* n° 533.

caractère lucratif, tant des infractions d'origine que de celle du blanchiment. D'une part, le blanchiment est sanctionné de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende⁷⁵³. D'autre part, l'article 324-3 du code pénal prévoit que « *la peine d'amende peut être élevée jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment* » et parmi la longue liste de peines complémentaires pouvant être prononcées par le juge, apparaît celle de la confiscation du produit de l'infraction⁷⁵⁴. Outre ces sanctions, les conditions d'inculpation pour infraction de blanchiment ont acquis, grâce à la jurisprudence de la Cour de cassation, une souplesse qui lui confère une utilité certaine dans la lutte contre la contrefaçon.

287. La souplesse de l'incrimination relative à l'auteur du blanchiment - L'ampleur du champ d'application conférée, par le législateur, à l'infraction de blanchiment est accrue par les interprétations de la Cour de cassation. En principe, le blanchiment étant une infraction de conséquence, il ne peut, tout comme le recel⁷⁵⁵, être imputé à l'auteur de l'infraction préalable⁷⁵⁶. Pourtant, en l'absence d'interdiction expresse de la part des dispositions nationales et de la possibilité, laissée aux Etats, par les Conventions de Strasbourg⁷⁵⁷ et de Varsovie⁷⁵⁸, ainsi que la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée⁷⁵⁹, d'incriminer l'auto-blanchiment, la Cour de cassation sanctionne le blanchiment réalisé par l'auteur de l'infraction d'origine⁷⁶⁰. Si le premier alinéa peut concerner l'auteur de l'infraction, celui-ci facilitant, lui-même, la justification mensongère des produits qu'il a mal acquis, le deuxième alinéa, réprimant le fait d'apporter son concours à une opération, peut-il viser l'auteur de l'infraction ? La Cour apporte une réponse positive car l'auteur de l'infraction peut agir pour le compte d'une structure délictuelle et apporter son concours à une opération de placement des produits d'une infraction qu'il a lui-même réalisée. Dans son arrêt du 9 décembre 2015, la

⁷⁵³ Art. 324-1 al. 3 du CP.

⁷⁵⁴ Art. 324-7 8° du CP.

⁷⁵⁵ Sur les liens entre recel et blanchiment ainsi que sur l'opportunité de l'infraction de blanchiment, voir Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4^e éd., 2013, n° 648, p. 431.

⁷⁵⁶ En ce sens, la directive n° 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 et l'article 415 du code des douanes.

⁷⁵⁷ Convention du Conseil de l'Europe, signée à Strasbourg, le 8 novembre 1990, relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime.

⁷⁵⁸ Convention du Conseil de l'Europe, signée à Varsovie, le 16 mai 2005, relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme.

⁷⁵⁹ Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, New York, 2004.

⁷⁶⁰ Cass. crim., 25 juin 2003, n° 02-86.182 : *Dr. pén.* 2003, comm. 142, note M. Véron ; *RSC* 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof ; Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81.165 : *Bull. crim.* 2004, n° 12 ; *JCP G* 2004, II, 10081, note H. Matsopoulou ; *D. aff.* 2004, p. 1377, obs. Cutajar ; *Dr. pén.* 2004, comm. 48, obs. M. Véron ; *RSC* 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof ; Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-83.220 : *Bull. crim.* 2008, n° 43 ; *JCP G* 2008, I, 10103, note J. Lasserre-Capdeville ; *D.* 2008, p. 1585, note C. Cutajar ; *Rev. pénit.* 2008, p. 402, obs. V. Malabat ; *RSC* 2008, p. 607, obs. H. Matsopoulou ; *JCP G* 2008, I, 146, obs. J.-H. Robert ; Cass. crim., 2 juin 2010, n° 09-82.013 : *Bull. crim.* 2010, n° 99 ; *RTD com.* 2010, p. 184, obs. B. Bouloc ; *AJ Pénal* 2010, p. 441, obs. J. Lasserre-Capdeville ; Cass. crim. 9 déc. 2015, n° 15-83.204 : *Bull. crim.* 2015, n° 840 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 7, p. 18, obs. R. Méza ; Cass. crim. 14 juin 2017, n° 16-84.921 : *RSC* 2017, p. 750, obs. H. Matsopoulou ; *D.* 2017, p. 2501, G. Roujou de Boubée. Sur la répression de l'auto-blanchiment et le respect de la *ratio legis*, voir Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4^e éd., 2013, n° 648, p. 431 et s.

Chambre criminelle énonce, dans un chapeau intérieur, que « *l'article 324-1, alinéa 2, du code pénal, instituant une infraction générale et autonome de blanchiment, distincte, dans ses éléments matériel et intentionnel, du crime ou du délit ayant généré un produit, réprime, quel qu'en soit leur auteur, des agissements spécifiques de placement, dissimulation ou conversion de ce produit, de sorte que cette disposition est applicable à celui qui blanchit le produit d'une infraction qu'il a commise* »⁷⁶¹. De surcroît, elle rejette tous les pourvois arguant de l'atteinte au principe de légalité criminelle, quel que soit le fondement invoqué⁷⁶².

Une telle interprétation semble pourtant contraire à l'esprit du texte. L'auteur d'une infraction est puni en raison de son acte, non pour le fait d'avoir voulu tirer profit de celui-ci, souhait d'autant plus évident si l'infraction est de nature lucrative. Il apparaît difficilement concevable de sanctionner l'auteur d'une infraction pour cet acte puis de le sanctionner, une deuxième fois, pour le fait d'avoir voulu dissimuler le produit de cette infraction, conséquence logique de tout acte délictueux. A l'aune des exigences procédurales, le délinquant peut-il se voir reprocher de dissimuler le produit de son infraction, sans que ses droits de la défense en soient anéantis ? Ce raisonnement a exclu le cumul des infractions de vol et de recel, puisque le voleur détient nécessairement la chose qu'il a soustraite. La logique imposait alors d'exclure la sanction de l'auto-blanchiment. Malgré les critiques doctrinales⁷⁶³, la Cour de cassation a choisi d'emprunter une autre voie. Cette souplesse acquise par l'infraction de blanchiment sert, néanmoins, la lutte contre la contrefaçon puisque les contrefacteurs pourront être, aussi, sanctionnés sur le fondement du blanchiment, dès lors qu'ils cherchent à introduire les biens contrefaisants sur un marché légal ou les profits obtenus dans le système économique légal, ou encore à justifier de manière mensongère l'origine de ces profits ou des biens contrefaisants.

288. La souplesse de l'incrimination relative à l'extranéité de l'infraction d'origine -

La Cour de cassation a renforcé la lutte contre le blanchiment lorsqu'il comporte un élément d'extranéité. Le principe d'autonomie de l'infraction de blanchiment par rapport à l'infraction d'origine lui a permis de considérer qu'il suffit que le fait d'origine, commis à l'étranger, soit sanctionné par une infraction interne pour que les actes de blanchiment, réalisés en France, puissent être sanctionnés⁷⁶⁴. Peu importe donc que le fait d'origine n'entre dans aucune

⁷⁶¹ Cass. crim., 9 déc. 2015, n° 15-83.204 : *Bull. crim.* 2016, n° 840.

⁷⁶² Sur le fondement de l'article 8 de la DDHC : Cass. crim., 27 mars 2013, n° 12-85.115 : *Bull. crim.* 2013, n° 71 ; *D.* 2013, p. 1647, obs. C. Mascala ; *RPDP* 2013, p. 927, note M. Segonds ; Cass. crim. 16 sept. 2015, n° 15-83.204 : *Dr. pén.* 2015, comm. 136, obs. Ph. Conte – Sur le fondement de l'article 7 de la CEDH : Cass. crim., 30 oct. 2013, n° 12-84.189 : *Rev. pénit.* 2013, p. 927, note M. Segonds – Sur le fondement de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : Cass. crim., 9 déc. 2015, n° 15-83.204 : *Bull. crim.* 2016, n° 840.

⁷⁶³ Outre les commentaires sous les décisions précédemment citées : G. Beaussonie, « Quelques observations à partir de (et non sur) l'"auto-blanchiment" », *AJ Pénal* 2016, p. 192 ; H. Mastopoulou, « Incrimination de l'auto-blanchiment », *RSC* 2017, p. 750 ; L. Saenko, « *Non bis in idem* et (auto) blanchiment », *RTD com.* 2017, p. 205 ; E. Clément, « Concours et cumuls des infractions contre les biens » ; *AJ Pénal* 2017, p. 219.

⁷⁶⁴ Cass. crim., 24 févr. 2010, n° 09-82.857 : *Bull. crim.* 2010, n° 37 ; *Rev. pénit.* 2010, p. 447, obs. M. Segonds ; *JCP G* 2010, 629, note C. Cutajar.

qualification pénale de l'Etat où il a été commis. La Cour se conforme, ainsi, à la recommandation du Groupe d'Action Financière selon laquelle « *les pays peuvent prévoir que la seule condition requise est que les actes auraient été qualifiés d'infractions sous-jacentes s'ils avaient été commis sur le territoire national* »⁷⁶⁵. En application de cette jurisprudence, un acte de contrefaçon, nonobstant le fait qu'il ne soit pas incriminé dans le pays où il est commis, constitue l'infraction d'origine du blanchiment. Malgré l'absence de sanction de l'acte de contrefaçon, peuvent être sanctionnées les personnes aidant les contrefacteurs, notamment à dissimuler ou à justifier, de manière mensongère, l'origine des bénéfices issus de la contrefaçon.

289. Les limites de l'incrimination de blanchiment - La lutte contre le blanchiment des profits issus de la contrefaçon n'est toutefois possible que tant que la contrefaçon constitue un délit. En effet, les contraventions sont exclues du champ d'application de l'infraction de blanchiment. Par conséquent, la contraventionnalisation de la contrefaçon⁷⁶⁶ fermerait la porte à la lutte contre l'injection des revenus de la contrefaçon dans l'économie légale ou contre l'introduction, sur le marché, de biens contrefaisants et offrirait la possibilité aux contrefacteurs de continuer de vivre des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle⁷⁶⁷.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

290. L'infraction de blanchiment constitue un instrument de lutte périphérique au droit de la propriété intellectuelle. Il a vocation à anéantir la nature lucrative des infractions de contrefaçon et autres délits assimilés. Confisquer les profits réalisés directement ou indirectement est un moyen efficace de décourager les contrefacteurs. De surcroît, en menant cette lutte indirecte contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle, le ministère public agit, préventivement, contre les autres crimes et délits commis par les organisations criminelles ou terroristes, en asséchant leurs sources de financement. La présence du délit de blanchiment dans le réseau de normes pénales applicables au droit de la propriété intellectuelle rappelle que la protection pénale de ce droit s'inscrit dans un contexte plus large que la seule défense du droit de propriété⁷⁶⁸.

CONCLUSION DE LA SECTION I

291. Le code pénal comporte des infractions contre les biens, qui peuvent se révéler utiles à la protection des droits de propriété intellectuelle. D'une part, en raison de sa fusion avec son support ou avec les matériaux qui la composent, l'œuvre unique est exclue de certaines incriminations du code de la propriété intellectuelle. Elle trouve alors une protection, certes accessoire à celle de son support, sur le fondement des infractions de destruction, dégradation

⁷⁶⁵ Recommandation n° 1, Normes du Gafi, les quarante recommandations, 20 juin 2003.

⁷⁶⁶ Voir *supra* n° 153 et s. et *infra* n° 616 et s.

⁷⁶⁷ Le même raisonnement peut être tenu au sujet de l'infraction de recel, *infra* n° 348.

⁷⁶⁸ Voir *infra* n° 1016 et s.

et détérioration, de l'infraction de vol et, incidemment, de l'infraction de recel. Outre cette protection spécifique et directe, le code pénal apporte, grâce au délit de blanchiment, une protection générale et indirecte, aux droits de propriété intellectuelle. La nature lucrative de la contrefaçon, contre laquelle le droit pénal de la propriété intellectuelle apparaît démun⁷⁶⁹, peut être combattue par la mise en œuvre de l'infraction de blanchiment. Elle empêche de tirer profit des revenus de la contrefaçon préalablement commise et est assortie de sanctions au caractère dissuasif certain. Par leurs interactions nées de leurs caractères complémentaires ou ampliatifs, ces infractions du code de la propriété intellectuelle et du code pénal participent de la formation du réseau de normes conférant une protection pénale au droit de la propriété intellectuelle. La densité de ce réseau croît en raison de l'adaptation des infractions du livre troisième du code pénal aux biens incorporels non rivaux.

⁷⁶⁹ Voir *infra* n° 526 et s.

SECTION II - L'ouverture du livre troisième du code pénal aux informations, variété de biens incorporels non rivaux

292. D'une protection limitée à une protection générale des informations par le code pénal - Le code pénal n'est pas étranger à la protection des informations. Limitativement déterminées en fonction de leur nature, elles sont pénalement protégées en raison des atteintes à la personnalité que produisent certains actes ou comportements. L'enregistrement ou la divulgation, sans autorisation, d'informations relatives à l'intimité de la vie privée⁷⁷⁰, la divulgation d'informations relevant du secret professionnel⁷⁷¹ ou la simple prise de connaissance frauduleuse d'informations contenues dans une correspondance⁷⁷², le fait de ne pas respecter les conditions du traitement des données à caractère personnel⁷⁷³, l'examen frauduleux des caractéristiques génétiques d'une personne⁷⁷⁴ sont des actes pénalement sanctionnés. Le législateur a défini chaque information et leur protection est précisément circonscrite. Outre ces informations relatives aux personnes, le code pénal protège celles, couvertes par le secret de la défense nationale, dont la divulgation peut porter atteinte à la nation, à l'Etat et à la paix publique⁷⁷⁵. La protection pénale des informations a été étendue grâce à l'adaptation de quelques infractions contre les biens, codifiées au livre troisième du code pénal. Leurs éléments matériels des délits de vol, d'abus de confiance et de recel, traditionnellement considérés comme supposant une maîtrise physique du bien, reçoivent désormais une acception intellectuelle⁷⁷⁶. Ainsi, les juges les appliquent aux informations et plus largement, aux biens incorporels non rivaux. En effet, la non-rivalité « *tient à ce que la consommation d'un bien par un agent économique ne diminue pas la consommation d'un autre agent* »⁷⁷⁷. Cette notion économique traduit le caractère reproductible, à l'infini d'un bien, sans que ses caractéristiques en soient modifiées. Les informations sont donc, par essence, des biens incorporels non rivaux. La consécration, ou parfois la simple reconnaissance de l'existence de cette acception, a été réalisée à l'occasion d'un contentieux relatif à la reproduction d'informations ou de données informatisées. La saisie ponctuelle de ce comportement par les juridictions répressives n'avait pas, semble-t-il, de vocation systémique. Pourtant, à l'étude, l'ouverture du livre troisième aux informations constitue une page grande ouverte aux biens incorporels non rivaux. En effet, les difficultés présentées par la reproduction d'informations résident dans le caractère incorporel et le caractère non rival de ces biens. Physiquement

⁷⁷⁰ Art. 226-1 à 226-7 du CP.

⁷⁷¹ Art. 226-13 à 226-14 du CP.

⁷⁷² Art. 226-15 du CP.

⁷⁷³ Art. 226-16 à 226-24 du CP.

⁷⁷⁴ Art. 226-25 à 226-30 du CP.

⁷⁷⁵ Livre IV du code pénal.

⁷⁷⁶ Il sera démontré que l'expression « intellectualisation de l'élément matériel » est plus juste que celle de « dématérialisation de l'élément matériel » parfois employée par la doctrine spécialiste de droit pénal, l'acte incriminé n'étant pas immatériel – voir *infra* n° 325.

⁷⁷⁷ Ph. Chantepie, « Révolution(s) numériques(s) des industries culturelles », *Annales des Mines – Réalités industrielles* 2010/4 (nov. 2010), p. 34-41, spéc. p. 38.

insaisissables, l'usage ou la jouissance par l'un n'en prive pas les autres. L'écueil de l'application de ces infractions aux informations se situe donc dans leur nature non rivale. De surcroît, l'entrée des informations dans le giron de ces infractions, sans réflexion quant à la légitimité de la revendication de droits sur celles-ci, produit, aussi, d'importants effets systémiques (PARAGRAPHE I). Une évolution similaire, à l'initiative du législateur, est observée en matière de systèmes de traitement automatisé de données. La loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme⁷⁷⁸, a modifié les dispositions du code pénal, notamment l'article 323-3, en incriminant l'extraction, la détention, la reproduction et la transmission frauduleuses des données contenues par le système de traitement automatisé. En sanctionnant ces actes, le législateur dépasse la seule protection des systèmes de traitement automatisé pour protéger les données qu'ils contiennent, sans qu'aucun critère relatif à leur nature n'ait été établi (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - L'adaptation prétorienne des infractions du code pénal aux biens incorporels non rivaux

293. Des interprétations prétoriennes favorables à la protection des biens incorporels non rivaux - En application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, les biens incorporels étaient exclus du champ de certaines infractions du code pénal. En effet, la référence aux *choses* dans les incriminations de vol ou de recel et l'utilisation de verbes, tels que soustraire⁷⁷⁹, détenir⁷⁸⁰, remettre⁷⁸¹, impliquent la corporalité du bien concerné. La formulation de ces incriminations montre que le législateur n'avait pas à l'esprit la protection des biens incorporels. Néanmoins, les juges ont entrepris de dématérialiser la « chose », considérée comme étant l'objet de ces infractions, et de conférer à l'élément matériel du vol une acception intellectuelle. Ainsi, les biens incorporels, notamment les biens non rivaux, entrent dans son champ d'application. L'infraction d'abus de confiance a suivi la même évolution. Délit déjà applicable aux biens incorporels, l'acception intellectuelle de ses éléments matériels a été renforcée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, l'ouvrant, aussi, aux biens incorporels non rivaux. L'adaptation de ces infractions de résultat, favorisant la protection des informations (I), n'est pas sans incidence sur l'infraction de conséquence qu'est le recel (II).

⁷⁷⁸ Loi, n° 2014-1353, du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

⁷⁷⁹ Infraction de vol.

⁷⁸⁰ Infraction de recel.

⁷⁸¹ Infraction d'abus de confiance.

I- L'adaptation des infractions de résultat aux biens incorporels non rivaux

294. Une adaptation à la mesure de la nature non rivale des biens incorporels - Le vol et l'abus de confiance représentent les deux faces de l'appropriation frauduleuse d'un bien. Le premier sanctionne l'appropriation en l'absence de droit sur le bien, le second, l'appropriation en violation des droits qui lui ont été conférés. Si l'interprétation stricte de l'infraction de vol exclut son application aux biens incorporels, l'incrimination de l'abus de confiance a été adaptée, par le législateur, aux biens incorporels. Néanmoins, elle ne peut porter, sans difficulté, sur des biens incorporels de nature non rivale. En effet, les biens incorporels rivaux exigent, certes, que la possession soit considérée de manière juridique et non matérielle, mais ils répondent aux mécanismes de possession et de dépossession, puisqu'ils ne peuvent bénéficier, simultanément, à plusieurs personnes. *A contrario*, les biens incorporels non rivaux ignorent la dépossession car leur utilisation par plusieurs personnes, sans atteinte à son intégrité, est possible. Une analyse de la situation du propriétaire d'un bien incorporel non rival, permet, toutefois, de comprendre que l'usage frauduleux par des tiers porte atteinte à la possession juridique de son bien. Il peut toujours exercer ses prérogatives d'usus, d'abusus et de fructus, cependant son droit d'autoriser ou d'interdire l'usage de son bien, inhérent à son droit de propriété, est atteint et l'usage frauduleux de son bien peut affaiblir ses prérogatives, notamment en raison d'une perte de valeur du bien. L'accueil des biens incorporels non rivaux, par le vol (A) et l'abus de confiance (B), a donc exigé d'atténuer, voire de supprimer, la conception corporelle, matérielle, de leurs éléments d'incriminations.

A- La conception intellectuelle de l'infraction de vol

295. La contextualisation de la problématique - La question de l'ouverture du champ de l'infraction de vol à la reproduction d'informations est apparue dans le contexte de photocopies de documents, par des salariés, à l'insu de leur employeur, dans un but étranger à leurs fonctions. De tels actes ne sont justifiés que lorsqu'ils permettent au salarié d'organiser sa défense dans les circonstances d'un litige prud'homal avec son employeur. Par conséquent, en l'absence de ce fait justificatif, la reproduction, par un salarié, sans l'autorisation de son employeur, d'une information relative à l'entreprise, peut-elle être sanctionnée sur le fondement de l'infraction de vol ? Bien que la majorité des décisions aient été rendues dans ce contexte, cette problématique est aussi apparue dans les hypothèses de reproduction, par des tiers, de données concernant des entreprises.

296. L'œuvre prétorienne d'adaptation de l'infraction de vol, l'art du clair-obscur - Dix-sept arrêts, relatifs à cette problématique, ont été rendus par la Cour de cassation. Leur étude met en exergue le fait que, souvent, elle maintient les décisions rendues par les cours

d'appel et ce, quels que soient leur sens et leur portée. Ces juridictions étant diverses⁷⁸², aucune ligne jurisprudentielle n'apparaît. La Cour de cassation maintient, tant les arrêts qualifiant la reproduction d'informations de vol de contenu informationnel, que ceux qualifiant cet acte de soustraction frauduleuse de documents ou de fichiers informatiques. Par conséquent, la conception de l'infraction de vol fluctue en fonction des choix des juges du fond et ces décisions forment un ensemble dépourvu de cohérence⁷⁸³. La chose est alors occasionnellement dématérialisée (1) et l'élément matériel acquiert une acception intellectuelle (2), sans que ces deux évolutions soient, toujours, corrélatives.

1- La dématérialisation variable de la chose

297. La dématérialisation de la chose, essentielle à la juste qualification d'infraction de vol - La corporalité inhérente à la notion de chose constitue, *a priori*, un obstacle majeur à l'entrée des informations dans le champ de l'infraction de vol. Si certains juges du fond, et parfois la Cour de cassation, résistent à la dématérialisation⁷⁸⁴ de cet élément en décentrant le vol sur le support (a), elle permet de recentrer le délit sur l'information, dont l'appréhension constitue la source du litige (b).

a- La résistance à la dématérialisation par le décentrement de l'infraction sur le support

298. L'absence de dématérialisation, source de décentrement de l'infraction de vol - Traditionnellement, une chose est considérée comme étant corporelle. L'incrimination du vol étant la « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* », les biens incorporels sont, en principe, exclus de son champ d'application (i). Les juges souhaitant sanctionner les salariés reproduisant des informations relatives à leur entreprise, sans l'autorisation de leur employeur, mais refusant la dématérialisation de cette condition, ont choisi de prendre en considération le support. Pourtant, le litige n'a pas, pour origine, l'appréhension du support, mais la reproduction et l'utilisation des informations qu'il contient. La résistance à la dématérialisation de la chose volée a donc pour effet de décentrer l'infraction (ii).

⁷⁸² Cinq arrêts ont été rendus par la cour d'appel de Versailles, deux par la cour d'appel de Paris, deux par celle de Poitiers, deux par celle de Nancy et deux par celle de Rennes. Les autres ont été rendus par les cours d'appel de Reims, Pau, Nîmes, Amiens, Douai et Dijon.

⁷⁸³ Voir en annexe le tableau de synthèse des arrêts (tableau n° 1).

⁷⁸⁴ Puisque les biens sont soit corporels, soit incorporels (voir *supra* n° 6), le terme dématérialisation n'est pas exact car la chose ne perd pas sa matière mais sa corporalité. Néanmoins, aucun mot ne traduit la perte de l'aspect corporel d'un bien. La langue française n'offre qu'un terme pour désigner la perte de matière : la dématérialisation. Malgré son imperfection, celui-ci sera employé pour conserver la fluidité du texte.

i- La corporalité de la chose

299. La « chose », un bien en devenir - Le terme « chose » est imprécis⁷⁸⁵. Madame Reboul-Maupin affirme que « *la notion de "chose" relève d'une civilisation primitive. La chose est alors considérée comme matérielle, concrète et corporelle* »⁷⁸⁶. Est une chose, ce qui a une existence matérielle ; est un bien, ce qui a une existence juridique patrimoniale. Les choses sont des biens en devenir, dès lors qu'elles sont susceptibles d'appropriation. En d'autres termes, la condition de transformation d'une chose en bien est l'existence de droits sur celle-ci. La généralité de la notion de chose est, toutefois, enserrée par sa nature corporelle.

300. La nature corporelle de la chose - Le droit des biens est confronté à un paradoxe, une chose est traditionnellement considérée comme étant corporelle ; or les biens peuvent être soit corporels, soit incorporels⁷⁸⁷. Par conséquent, si toutes les choses appropriées sont des biens, tous les biens ne sont pas des choses. Si Villey constatait qu'« *infecté de matérialisme, le Bien est souvent Chose* »⁷⁸⁸, l'incorporalité est devenue une caractéristique majeure des biens créés grâce aux évolutions technologiques récentes. Les rédacteurs du code pénal⁷⁸⁹ ont-ils alors employé le terme chose en raison de son sens matériel ou, au contraire, pour son imprécision afin de permettre à l'infraction de vol d'évoluer et d'être appliquée à divers biens ? Si, lors de la rédaction de l'infraction, le terme chose a été employé dans son sens matériel⁷⁹⁰, son extension aux biens incorporels semble, aujourd'hui, inévitable. L'incrimination de la soustraction frauduleuse d'énergie, assimilée au vol, encourage la dématérialisation de la chose⁷⁹¹.

ii- L'incidence de la corporalité de la chose sur la mise en œuvre de l'infraction de vol

301. Le décentrement de l'infraction de vol sur le support corporel - Bien que le problème se cristallise dans la reproduction des informations, en présence d'un support corporel, la majorité des juges décentrent l'infraction de vol sur celui-ci.

⁷⁸⁵ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 103, p. 131.

⁷⁸⁶ N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^e éd., 2016, n° 17, p. 19. Dans le même sens, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. op. cit.*, n° 97, p. 123.

⁷⁸⁷ « [...] le mot « bien » désigne tous les droits ayant une valeur patrimoniale, peu importe que leur objet soit corporel ou incorporel. » N. Reboul-Maupin, *Droit des biens, op. cit.*, n° 20, p. 21.

⁷⁸⁸ M. Villey (dir.), « Les biens et les choses », in *Les biens et les choses*, Arch. philo. dr., Sirey, 1979, t. 24, p. 2.

⁷⁸⁹ Principalement Guy Jean-Baptiste Target.

⁷⁹⁰ L'existence d'infractions spécifiques à la propriété intellectuelle, intégrées dans le code pénal, pourrait constituer un argument en ce sens.

⁷⁹¹ Art. 331-2 du CP.

Dans l'arrêt de principe, *Logabax*, du 8 janvier 1979⁷⁹², la Chambre criminelle de la Cour de cassation considère que la reproduction, par photocopie, de documents de l'entreprise, par un salarié qui n'en a que la simple détention matérielle⁷⁹³, constitue une appréhension frauduleuse de ceux-ci, pendant le temps nécessaire à leur reproduction. Alors que la cour d'appel utilise le terme « *appropriation frauduleuse* », la Cour de cassation lui substitue celui d'« *appréhension* », tandis que le terme soustraction est absent du conclusif. En précisant que le prévenu « *n'avait que la simple détention matérielle* » des documents et que leur appréhension a eu lieu durant le temps nécessaire à leur reproduction, les juges mettent en exergue leur conception matérielle de l'infraction de vol. Nonobstant le fait que le litige porte sur la reproduction de l'information, les juges qualifient l'acte de vol au regard de l'action sur le support. Si Madame Lucas de Leyssac soutient que le vol de l'information, seule, a été consacré⁷⁹⁴, Monsieur le Professeur Devèze⁷⁹⁵ constate avec d'autres⁷⁹⁶, que cette argumentation est difficile à suivre car la qualification de l'infraction de vol est centrée sur la maîtrise physique des documents, en atteste la référence au temps nécessaire à leur reproduction⁷⁹⁷.

Le décentrement de l'infraction de vol sur le support, initié dans cet arrêt, est réitéré par la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts. Dans sa décision du 24 octobre 1990⁷⁹⁸, elle reprend le raisonnement et la terminologie utilisés dans l'arrêt *Logabax*. Elle approuve la cour d'appel, qui qualifie de vol « *l'appréhension de documents* » par un salarié, pour en réaliser des photocopies et affirme qu'il les a détenus « *le temps nécessaire à la réalisation des photocopies* ».

Dans son arrêt du 30 novembre 1993⁷⁹⁹, la Cour de cassation réaffirme le décentrement de l'infraction de vol sur le support des informations. Un salarié reproduit des données commerciales de son entreprise, contenues sur des bandes magnétiques. Pour qualifier l'acte d'infraction de vol, la cour d'appel avait jugé que la soustraction portait sur des données

⁷⁹² Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038 : *Bull. crim.* 1979, n° 13 ; RSC 1996, p. 863, obs. R. Ottenhof ; D. 1979, p. 509, note P. Corlay ; RSC 1996, p. 659, obs. R. Ottenhof ; D. 1979, I.R., p. 182, obs. G. Roujou de Boubée ; M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, chron., p. 43 ; M.-L. Rassat in *Le rapport de la Cour de cassation* (1979), JCP 1981, ét. G, 1, 3041, n° 95 ; M. Massé, « Droit pénal et informatique », in *Emergence du droit de l'informatique*, éd. des Parques, 1984, p. 155.

⁷⁹³ Détention matérielle sans remise de la possession. La Cour de cassation fait la distinction entre la détention matérielle qu'elle nomme détention et la possession juridique qu'elle nomme possession.

⁷⁹⁴ M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une atteinte juridique aux biens ? », D. 1985, chron., p. 43.

⁷⁹⁵ J. Devèze, « Le vol de "biens informatiques" », JCP E 1986, n° 20, ét. p. 14712, spéc. pt. 16.

⁷⁹⁶ Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038 : *Bull. crim.* n° 13 ; D. 1979, p. 509, note P. Corlay ; D. 1979, I.R., p. 182, obs. G. Roujou de Boubée ; M.-L. Rassat in *Le rapport de la Cour de cassation* (1979), JCP 1981, ét. G, 1, 3041, n° 95.

⁷⁹⁷ Cette référence atteste aussi du fait que l'intervention de possession peut être temporaire. La soustraction, pour permettre la qualification de vol, n'est pas nécessairement définitive. Cette solution a été initialement instaurée pour l'emprunt de voiture sans l'accord du propriétaire : Cass. crim., 19 févr. 1959, n° 58-91.898 : *Bull. crim.* n° 121 ; D. 1959, J., p. 331, note G. Roujou de Boubée ; JCP 1959, II, 11178, note M. Chambon.

⁷⁹⁸ Cass. crim., 24 oct. 1990, n° 89-84.485 : *Bull. crim.* 1990, n° 355 ; RSC 1996, p. 863, obs. R. Ottenhof.

⁷⁹⁹ Cass. crim., 30 nov. 1993, n° 92-81.960.

commerciales informatisées, contenues dans ces bandes. Le pourvoi met en exergue la distinction qu'il convient de réaliser entre le support matériel, en l'espèce les bandes magnétiques, et leur contenu immatériel, en l'espèce les données commerciales. Il précise que « [...] le vol n'est constitué que s'il porte sur le support matériel dont la soustraction frauduleuse est constatée. » et soutient que la cour d'appel n'a pas constaté la soustraction des bandes magnétiques. La Cour de cassation rejette le pourvoi, tout en substituant les notions de détention matérielle des documents et d'appréhension frauduleuse à celle de soustraction des données commerciales. Elle énonce que « [...] se rend coupable de vol le préposé qui, détenant matériellement certains documents – en l'espèce des données commerciales appartenant à son employeur – prend, à des fins personnelles, à l'insu de ce dernier, des copies de ces documents et appréhende ainsi frauduleusement ceux-ci, pendant le temps nécessaire à leur reproduction ». En définissant les documents comme des données commerciales, la Cour effectue une acrobatie intellectuelle, lui permettant de rejeter le pourvoi tout en rectifiant la décision de la cour d'appel. Si le terme soustraction était impropre en raison de l'absence de dépossession de l'entreprise de ces données, la décision de la cour d'appel avait, pourtant, le mérite de centrer l'infraction de vol sur la reproduction des données, source du litige. Le décentrement de l'infraction sur les documents démontre la volonté des Hauts magistrats de maintenir la conception matérielle du vol.

Le 18 octobre 1994⁸⁰⁰, la Chambre criminelle assimile la soustraction à l'appréhension des documents et focalise sa décision sur le support. Elle indique que, se rend coupable de vol le préposé qui, détenant matériellement des documents appartenant à son employeur, les appréhende temporairement en vue d'effectuer leur reproduction à des fins personnelles et qualifie, indifféremment, cet acte de « soustraction » et d'« appréhension ». La réapparition de la notion de soustraction et sa juxtaposition au terme appréhension laissent penser qu'ils sont équivalents, contrairement à ce qui apparaissait dans les décisions antérieures. Néanmoins, la qualification de soustraction est justifiée, dans cet arrêt, par la mise en exergue de la temporalité et de la matérialité de la détention des documents, impliquant la dépossession temporaire de l'employeur. Si le vol de documents, durant le temps de la reproduction des informations qu'il contient, est juridiquement constitué, le litige ne porte à l'évidence pas sur la dépossession temporaire de ces documents, subie par l'employeur, mais sur la reproduction de leur contenu et leur utilisation à des fins étrangères à l'entreprise.

Le décentrement de l'infraction de vol sur les documents, contenant les informations dont la reproduction est source de litige, permet donc aux juges de sanctionner les salariés tout en maintenant leur refus de faire des informations l'objet du vol. Cette hostilité à la dématérialisation de la chose volée est confirmée par la Cour de cassation le 2 septembre 2008, laquelle choisit de maintenir un arrêt dans lequel la cour d'appel, ayant à se prononcer sur l'utilisation, par un salarié, de fichiers clients et fournisseurs de l'entreprise, pour constituer ses

⁸⁰⁰ Cass. crim., 18 oct. 1994, n° 93-83.519.

propres listings, énonce le principe selon lequel « *l'élément matériel de l'infraction de vol, défini par l'article 311-1 du code pénal, consiste dans la soustraction frauduleuse d'une chose corporelle appartenant à autrui* » et ajoute que seuls « *des textes spécifiques, tels la loi du 30 septembre 1986 qui réprime la captation de programme télévisé, prévoient et répriment l'appréhension de choses immatérielles* ». En raison de l'absence de preuve du détournement d'un bien corporel, elle conclut à un non-lieu⁸⁰¹.

302. L'itération du décentrement de l'infraction de vol en présence d'un support incorporel - Le développement de l'informatique a permis aux supports corporels d'être remplacés par des supports incorporels, les fichiers informatiques substituant le papier. Cette évolution technologique aurait pu laisser penser que les juges poursuivraient leur œuvre de dématérialisation de l'objet de l'infraction de vol en sanctionnant le vol d'informations ou de données et non plus le vol des supports de celles-ci. Pourtant, les premiers arrêts relatifs à la reproduction de données informatiques n'ont pas été inscrits dans le sillage des arrêts *Herbreteau* et *Bourquin*⁸⁰². En effet, les juges ont appliqué le même raisonnement que celui tenu en matière de photocopies de documents. Dans son arrêt du 3 mars 1992⁸⁰³, la Cour de cassation qualifie l'impression, par un salarié, d'une liste du personnel enregistrée sur l'ordinateur mis à sa disposition, d'appréhension du fichier informatique. Si l'employeur reproche bien à son salarié d'être entré en possession de la liste du personnel, les juges caractérisent l'infraction de vol au regard de l'action du prévenu sur le support, le fichier informatique. C'est donc l'appréhension du fichier et non celle de son contenu qui constitue l'infraction. Il est intéressant de constater que le décentrement de l'infraction est effectué par la Cour de cassation. En effet, bien que la cour d'appel fasse référence à la liste du personnel, donc aux informations, la Chambre criminelle utilise, à la place, le terme fichier informatique, renvoyant au support. Le 24 octobre 2000⁸⁰⁴, la Cour maintient l'arrêt de la cour d'appel qui qualifie la reproduction et la communication, par un salarié, de la liste de clients de sa société à une autre, de vol de fichiers informatiques. Un tel décentrement de l'infraction de vol a, encore, été mis en œuvre récemment par la Cour de cassation, suivant les décisions des juges du second degré. Dans les deux affaires, les photocopies de documents papiers, la reproduction de documents informatiquement enregistrés et l'impression d'un courriel sont qualifiées d'appropriation frauduleuse de documents⁸⁰⁵.

303. Des confusions entre données et supports - Nonobstant le décentrement, par les cours d'appel et, parfois, la Cour de cassation, de l'infraction de vol sur le support, une

⁸⁰¹ Cass. crim., 2 sept. 2008, n° 08-80.177.

⁸⁰² Voir *infra* n° 305 et n° 306.

⁸⁰³ Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964 : *Dr. pén.* 1992, comm. 254, obs. M. Véron ; *RSC* 1993, p. 546, obs. P. Bouzat ; *RSC* 1996, p. 659, obs. R. Ottenhof ; *D.* 1994, somm. 157, obs. G. Roujou de Boubée.

⁸⁰⁴ Cass. crim., 24 oct. 2000, n° 99-80.666.

⁸⁰⁵ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411 et Cass. crim., 24 janv. 2018, n° 16-86.597.

confusion entre données et documents apparaît dans certains arrêts. Dans l'arrêt *Antonielli*, rendu le 1^{er} mars 1989⁸⁰⁶, la Cour de cassation affirme que la cour d'appel a caractérisé tous les éléments constitutifs de l'infraction de vol, tandis qu'elle justifie la qualification de soustraction frauduleuse de documents par le fait que les données y figurant sont des biens incorporels, propriété exclusive de l'entreprise. Si les documents constituent l'objet du vol, il semble inutile de rechercher le propriétaire des données, sauf à ce que la propriété du support soit déterminée par celle des données. Un raisonnement similaire, mené par les juges du second degré, est maintenu par la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 janvier 1994⁸⁰⁷. Bien qu'elle affirme que la cour d'appel a caractérisé le délit de vol, en tous ses éléments, tant matériel qu'intentionnel, la confusion règne dans sa décision. Elle explique « *qu'en gardant par devers elle des copies, et en effectuant des photocopies de pièces qui ne lui appartenaient pas, en en prenant possession et en disposant à son gré des documents litigieux, elle s'est approprié les informations et a porté indiscutablement atteinte au droit de propriété de l'employeur* ». Elle déduit des actes matériels réalisés sur les documents, une appropriation des informations qu'ils contiennent, mais ne précise pas si l'infraction de vol concerne celles-ci ou leurs supports. L'assimilation des documents et des données qu'ils contiennent est encore plus flagrante dans l'arrêt du 30 novembre 1993⁸⁰⁸. La Cour énonce que « [...] *se rend coupable de vol le préposé qui, détenant matériellement certains documents – en l'espèce des données commerciales appartenant à son employeur – [...]* ». Certes, définir les documents comme des données commerciales lui permet de décentrer le vol sur le support sans casser l'arrêt de la cour d'appel, mais ce raisonnement contraste avec celui tenu dans l'arrêt *Bourquin*⁸⁰⁹, distinguant parfaitement le vol de disquettes du vol du contenu informationnel. Ces raisonnements, assimilant les données à leur support et déterminant la propriété de ceux-ci à l'aune de celles-là, alors que l'infraction n'est pas qualifiée de vol de données ou de contenu informationnel, constituent, selon Monsieur Detraz, une des manifestations de la dématérialisation de l'objet du vol⁸¹⁰. Si elle n'apparaît qu'en filigrane dans ces décisions, la dématérialisation de la chose est complète dans les décisions des cours d'appel, suivies par la Cour de cassation, lesquelles recentrent l'infraction sur l'objet du litige, l'information ou les données.

⁸⁰⁶ Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, *Antonielli* : *Bull. crim.* 1989, n° 100 ; M. Vivant et A. Lucas, « Droit de l'informatique (suite) », *JCP E* 1990, II, 15761, n° 18 ; M.-P. Lucas de Leyssac, « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *RSC* 1990, p. 507.

⁸⁰⁷ Cass. crim., 19 janv. 1994, n° 93-80.633 : *RSC* 1994, p. 767, obs. R. Ottenhof.

⁸⁰⁸ Cass. crim., 30 nov. 1993, n° 92-81.960.

⁸⁰⁹ Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bourquin* : *Bull. crim.* 1989, n° 14.

⁸¹⁰ S. Detraz, « Vol du contenu informationnel de fichiers informatiques », *D.* 2008, p. 2213.

b- La dématérialisation au service du recentrement de l'infraction sur l'objet du vol

304. Le contournement des obstacles formés par l'objet du vol et sa condition préalable - Dès lors que les juges acceptent de faire entrer les informations ou les données dans le champ de l'infraction de vol, en dématérialisant la chose, le délit retrouve son objet (i). Toutefois, l'étude des décisions révèle que les juges éludent la difficulté posée par la condition préalable du vol, l'appropriation de la chose. Bien qu'ils recherchent le propriétaire de ces informations ou données, ils prennent pour acquis leur caractère appropriable. Pourtant, l'intensité des débats sur l'appropriation des informations ne cesse de croître (ii).

i- La consécration des informations comme objets du vol

305. Le recentrement de l'infraction de vol sur son objet - Lorsque les cours d'appel estiment que la condition de « chose » ne fait pas obstacle à l'entrée des biens incorporels dans le champ de l'infraction de vol, la Cour de cassation maintient leurs décisions. Cette dématérialisation permet de recentrer l'infraction de vol sur les informations, dont la reproduction constitue la source du litige. Ainsi, l'arrêt *Herbreteau*, rendu le 29 avril 1986⁸¹¹, porte sur la fourniture de « tirage » de plans d'une société, par un salarié, à une société concurrente. La cour d'appel conclut à la « soustraction frauduleuse des plans » et la Cour de cassation affirme qu'elle a justifié sa décision. Si l'emploi du terme soustraction prête le flanc à la critique en raison de l'absence de dépossession de l'employeur de ces plans⁸¹², la prise en considération des informations et non de leur support pour qualifier l'infraction de vol démontre une volonté des juges du fond de sanctionner la reproduction des informations et non la seule appréhension de leur support. Cette décision ouvre la voie à la reconnaissance du vol d'informations. Dans son arrêt du 9 septembre 2003⁸¹³, la Cour de cassation maintient la décision de la cour d'appel qualifiant la reproduction et l'utilisation du contenu informationnel d'une disquette, support d'un logiciel, de vol de données informatiques, éludant toute référence au support, mais d'autres décisions se révèlent être plus nuancées.

306. La qualification distributive, entre recentrement et décentrement de l'infraction - Dans son arrêt *Bourquin*, rendu le 12 janvier 1989⁸¹⁴, la Cour de cassation maintient la décision de la cour d'appel qualifiant le fait, pour des salariés, d'avoir entreposé chez eux,

⁸¹¹ Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau* : *Bull. crim.* 1986, n° 148 ; *D.* 1987, p. 131, note M.-P. Lucas de Leyssac ; *RSC* 1987, p. 701, obs. P. Bouzat ; *RSC* 1996, p. 863, obs. R. Ottenhof ; *RSC* 1996, p. 659, obs. R. Ottenhof.

⁸¹² Voir *infra* n° 318 sur la conception intellectuelle de la notion de soustraction.

⁸¹³ Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098.

⁸¹⁴ Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bourquin* : *Bull. crim.* 1989, n° 14 ; M. Vivant et A. Lucas, « Droit de l'informatique (suite) », *JCP E* 1990, n° 18, p. 15761 ; *Gaz. Pal.* 14-15 juil. 1989, p. 23, obs. J.-P. Doucet ; M.-P. Lucas de Leyssac, « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *RSC* 1990, p. 507.

soixante-dix disquettes dont quarante-sept comportaient la reproduction de travaux et données commerciales de leur entreprise, de vol de soixante-dix disquettes et de vol du contenu informationnel de quarante-sept d'entre elles, durant le temps nécessaire à la reproduction des informations. Tant l'ordonnance de renvoi que la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, distinguent expressément le vol des disquettes et le vol du contenu informationnel d'une partie d'entre elles. Si cette qualification distributive apparaît justifiée puisque les disquettes ont bien été soustraites à l'employeur, elle semble plus contestable dans l'arrêt du 4 mars 2008⁸¹⁵. En effet, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, statuant sur la reproduction de données et de fichiers informatiques enregistrés sur des disques durs externes d'une entreprise, concluent à la qualification de « *vol de fichiers informatiques* » et « *vol du contenu informationnel* ». Pourtant, les fichiers ne sont pas reproduits pour eux-mêmes, mais pour ce qu'ils contiennent. Par conséquent, caractériser un vol du contenant, en sus du vol du contenu, décentre l'infraction de vol sur un élément qui ne constitue pas le véritable objet du litige. La prudente dématérialisation de l'objet du vol est renforcée par l'expression « *contenu informationnel* ». Périphrase euphémistique, elle met en exergue le contenu, créant un lien avec le contenant, afin d'atténuer la reconnaissance du vol d'informations. Cette expression n'apparaît pas dans les décisions portant exclusivement sur les données, assumant pleinement le recentrement de l'infraction de vol sur son objet.

307. La consécration du vol de données - Le 20 mai 2015⁸¹⁶, la Cour de cassation statue à rebours des décisions des juges du fond et consacre, expressément, le recentrement de l'infraction sur le véritable objet du vol. Un individu télécharge des fichiers contenus dans le système informatique d'une agence nationale⁸¹⁷, les fixe sur différents supports et les communique à des tiers. La poursuite porte sur le vol de données. Le tribunal de grande instance, probablement influencé par le revirement effectué le 2 septembre 2008 par la Chambre criminelle qui ne conteste pas le principe, énoncé par les juges du second degré, limitant l'élément matériel du vol à la soustraction frauduleuse d'une chose corporelle, conclut, en l'absence de dépossession, à « *l'absence de soustraction matérielle de documents* »⁸¹⁸. La cour d'appel constate, dans un premier temps, que les données ont été téléchargées avant d'être fixées sur différents supports et diffusées ensuite à des tiers et, dans un second temps, qu'il est établi, en tout état de cause, que le prévenu a fait des copies de fichiers informatiques inaccessibles au public à des fins personnelles à l'insu et contre le gré de leur propriétaire. Conformément à la jurisprudence majoritaire de la Cour de cassation et en dépit des premières

⁸¹⁵ Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 : *D.* 2008, p. 2213, note S. Detraz ; *CCE* 2008, n° 12, étude 25, obs. J. Huet ; M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière, « Droit de l'informatique », *JCP E* 2009, n° 27, p. 1674 ; *RSC* 2009, p. 131, obs. J. Francillon.

⁸¹⁶ Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *Bull. crim.* 2015, n° 119.

⁸¹⁷ Il s'agit plus précisément du serveur hébergeant l'extranet.

⁸¹⁸ TGI Créteil, 11^e ch. corr., 23 avr. 2003 : (<https://www.doctrine.fr/d/TGI/Creteil/2013/KFVE7B286822FCA5B968CE0>).

constatations, les juges qualifient ces actes de « *vol de fichiers informatiques* »⁸¹⁹. La Cour de cassation conclut à la « *soustraction de données* ». Elle rappelle que les actes litigieux sont le téléchargement, la fixation et la diffusion des données, ce qui lui permet de recentrer l'infraction sur l'objet du litige. Cette consécration, par la Cour de cassation, dans cet arrêt publié au bulletin, des données en tant qu'objet de vol, n'a toutefois pas été suivie par d'autres décisions, puisque dans ses arrêts de 2017 et 2018, précédemment mentionnés⁸²⁰, elle approuve les cours d'appel ayant choisi la qualification d'appropriation frauduleuse de documents.

308. Une lente évolution mais une consécration précipitée - Consacrer les informations, ou données, comme objet de vol implique, néanmoins, que celles-ci soient susceptibles d'appropriation. En effet, une *res commune* ne peut être volée. Malgré la vive controverse, les juges répressifs recherchent les propriétaires des informations litigieuses, affirmant, implicitement, que les informations sont susceptibles d'appropriation.

ii- Le contournement de la condition préalable d'appropriation des informations

309. La condition préalable à l'infraction de vol, l'appropriation de la chose - Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Par conséquent, seule une chose appropriée peut être volée. La dématérialisation de la chose n'empêche pas la condition préalable d'être remplie, puisque la nature incorporelle et non rivale des informations ne fait pas obstacle à leur appropriation⁸²¹. Néanmoins, toutes les informations ne peuvent être appropriées, car il est indispensable au fonctionnement de notre société démocratique et, plus précisément, à l'exercice de la liberté d'expression et de communication, que certaines informations aient un statut de *res communes*⁸²². Il revient, alors, au législateur de définir les conditions d'appropriation des informations. Seules celles répondant à ces conditions pourront faire l'objet d'un droit de propriété et, incidemment, être l'objet d'un vol. Les débats relatifs à l'appropriation des informations et des données sont intenses⁸²³. D'une part, des informations, dont l'appropriation est reconnue depuis longtemps, voient leurs régimes juridiques évoluer.

⁸¹⁹ CA Paris, Pôle 4, ch. 10, 5 févr. 2014, n° 13/04833.

⁸²⁰ Voir *supra* n° 302.

⁸²¹ P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », S. 1984, 16^e cahier, chron. XVII, p. 97-104 ; J.-Ch. Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », D. 1994, p. 229 – voir *infra* n° 923 et s. sur l'appropriation des choses incorporelles.

⁸²² A. Lucas-Schloetter, « Le domaine commun informationnel », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 90.

⁸²³ P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *art. cit.* ; P. Catala, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 et s. ; J.-P. Chamoux, *L'appropriation de l'information*, Litec, 1986 ; E. Mackaay, « La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? », *Dr. informatique et télécoms* 1986/2 ; J. Passa, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* 2001/91, p. 64 ; M. Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique* 2006/4, (t. XX, 4), p. 361-388 ; P. Berlioz, « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », *RTD Com* 2012, p. 263 ; C. Zolynski, « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes ? », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 94.

Les biens, objets de droit de la propriété intellectuelle, accueillis dans la catégorie des informations⁸²⁴, forment un exemple topique. Les consécutions jurisprudentielles de nouvelles conditions de qualification des œuvres de l'esprit, l'accroissement de la liste des exceptions au droit d'auteur, ainsi que l'élaboration, au gré des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, de conditions de protection des marques, témoignent des difficultés de concilier le droit de propriété sur ces biens et les autres droits fondamentaux⁸²⁵. D'autre part, la consécution des secrets des affaires et la qualification du droit portant sur les données à caractère personnel nourrissent une vive controverse doctrinale⁸²⁶.

310. L'affirmation péremptoire de l'appropriation des informations litigieuses - Avant de qualifier d'infraction de vol les actes relatifs à une information, les juges doivent vérifier qu'elle est grevée d'un droit de propriété. Pourtant, lorsqu'ils ne se contentent pas d'affirmer que l'auteur du vol s'est « *approprié les informations* »⁸²⁷, les juges mentionnent seulement leur propriétaire. Aucun de ces arrêts ne comporte la démonstration de l'existence d'un droit de propriété sur ces informations. Ainsi, dans son arrêt *Antonielli*⁸²⁸, la Cour de cassation reproduit les termes de la cour d'appel, affirmant que « *les données comptables et commerciales figurant sur les documents et transmises à un tiers constitu[ent] des biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise* ». Si l'appropriation de telles données, par une entreprise, peut, rétroactivement, être discutée à l'aune de la directive relative aux secrets d'affaires⁸²⁹, l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 20 mai 2015⁸³⁰ prête incontestablement le flanc à la critique. Un individu profite d'une faille du système informatique de l'extranet de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) et télécharge des données qu'il transmet à un tiers et qu'il utilise pour rédiger un article. Il est déclaré coupable de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données et de vol. La cour d'appel considère que le vol porte sur les fichiers informatiques, tandis que la Cour de cassation conclut au vol de données.

⁸²⁴ Voir *supra* n° 7 et s..

⁸²⁵ Démonstration du fait que les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, sont des informations – Voir *supra* n° 7 et s..

⁸²⁶ P. Berlioz, « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », *RTD com* 2012, p. 263 ; J. Lapousterle, « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », *D.* 2014, p. 682 ; J. Lapousterle, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 493 ; E. Treppoz, « Le secret d'affaires dans l'anti-chambre de la protection de la propriété intellectuelle », *RTD eur.* 2017, p. 868 ; J.-Ch. Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD com.* 2018, p. 643 ; C. Zolynski, « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes ? », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 94 ; A. Bensamoun, « Création et données : différence de notions = différence de régime ? », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 85 ; C. Bernault, « Ouverture des données publiques et propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 103.

⁸²⁷ Cass. crim., 19 janv. 1994, n° 93-80.633.

⁸²⁸ Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, *Antonielli* : *Bull. crim.* 1989, n° 100.

⁸²⁹ Directive (UE), 2016/943, du 8 juin 2016 du Parlement et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁸³⁰ Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *Bull. crim.* 2015, n° 119.

Ces données n'auraient pas dû être librement accessibles, puisque l'accès au système aurait dû être protégé par le contrôle d'accès. L'accès a été permis par le dysfonctionnement de ce contrôle. Tous les arguments, sur lesquels l'accusé appuie sa défense au cours de la procédure, portent sur l'absence de caractère frauduleux du maintien dans le système et l'absence de caractère confidentiel des informations en raison de leur publication dans une partie non protégée du site. Toutefois, il eut été intéressant de s'interroger sur la nature de ces informations, indépendamment de leur enregistrement dans ce système. Aucune précision n'est apportée par le tribunal correctionnel, la cour d'appel ou la Cour de cassation. Les décisions révèlent uniquement qu'elles étaient destinées à un usage interne et que les fichiers ont été utilisés, après leur reproduction, pour accompagner un article portant sur les nano-matériaux et un autre relatif à la légionellose. La Cour de cassation conclut que l'individu a « *soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire* ». Cependant, ni l'arrêt de la cour d'appel, ni celui de la Cour de cassation ne justifie l'existence d'un droit de propriété sur ces données. Or, contrairement à ce qui transparaît dans ces décisions, l'attribution de la propriété de ces données à l'Agence nationale ne peut être déduite du fait que l'accès au système de traitement automatisé n'était pas libre. L'affirmation de l'existence d'un droit de propriété, au profit d'une Agence nationale, sur des informations qui semblent concerner la santé publique laisse dubitatif. Faut-il en conclure que les informations, quelle que soit leur nature, peuvent être appropriées par n'importe qui ? Faut-il, aussi, comprendre que toute personne qui détient une information et en limite l'accès, par une décision unilatérale, en devient propriétaire ? Par la reconnaissance, fort contestable, d'une appropriation dépourvue de condition, cette décision ouvre un boulevard de protection pénale aux informations⁸³¹.

311. La mise à l'écart contestable du droit de la propriété intellectuelle - Si cet accusé peut se voir reprocher de n'avoir pas argué de l'absence de fondement juridique justifiant l'appropriation de ces informations, une telle critique ne peut être formulée à l'encontre des individus condamnés pour vol qui ont, pourtant, fait valoir l'inexistence de droit de propriété intellectuelle sur les données litigieuses. Devant la cour d'appel, un individu, ayant reproduit des plans de matériels élaborés au sein d'une société, expose que ces modèles n'étaient pas protégés par un brevet. Le 29 avril 1986, la Chambre criminelle maintient la décision de condamnation pour vol, prononcée par les juges du second degré, et précise qu'elle « *n'était nullement tenue, pour statuer sur le délit de vol dont elle était saisie, de déterminer si les reproductions effectuées concernaient ou non des modèles protégés par un brevet* »⁸³². La Cour affirme, implicitement, que la condition préalable d'appropriation des informations ne requiert

⁸³¹ L'infraction de reproduction des données contenues dans un système de traitement automatisé ne pouvait, en raison des règles d'application de la loi dans le temps, être invoquée. Néanmoins, la solution aurait été identique car elle ne comporte pas de condition d'appropriation de ces données – Voir *infra* n° 360 et s.

⁸³² Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau* : *Bull. crim.* 1986, n° 148.

pas de démontrer l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, mais elle reste silencieuse quant au fondement de l'appropriation de ces informations.

Une telle décision n'est pas isolée⁸³³ et amène à s'interroger sur l'utilité de l'existence du droit de la propriété intellectuelle. En effet, dans une affaire aboutissant à un arrêt de la Chambre criminelle, du 4 mars 2008⁸³⁴, un individu, ayant reproduit des plans de bases et des plans de découpe élaborés par une société, est mis en examen pour vol et contrefaçon par reproduction ou édition d'une œuvre de l'esprit. Un dysfonctionnement dans la procédure a conduit le tribunal à disjoindre les procédures, pour statuer sur les seules poursuites du chef de vol et renvoyer le dossier, pour le surplus, donc pour l'infraction de contrefaçon, au ministère public aux fins de régularisation de la procédure. La cour d'appel, qui statue uniquement sur l'infraction de vol, constate que l'individu a copié des données et fichiers informatiques appartenant à la société, afin de se les approprier et de pouvoir en disposer. La condamnation pour vol de fichiers informatiques et du contenu informationnel est maintenue par la Cour de cassation ; or la sanction de la reproduction des données sur le fondement du vol rend inutile l'étude de l'infraction de contrefaçon⁸³⁵. La reconnaissance générale d'un droit de propriété sur les informations semble aboutir à la disparition de l'infraction de contrefaçon, au profit du vol. Elle n'est alors convoquée que lorsque l'infraction de vol ne peut sanctionner certains actes. Dans son arrêt du 9 septembre 2003⁸³⁶, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir condamné un ancien salarié, d'une part, pour vol de données informatiques relatives à un logiciel, en raison de l'absence d'autorisation de son propriétaire, de sa reproduction et de son usage et, d'autre part, pour contrefaçon en raison des modifications apportées à ce logiciel. Pourtant, l'article 335-3 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle sanctionne tant la reproduction, que la modification d'un logiciel, portant atteinte aux droits de son auteur. Le fondement de l'infraction de vol n'apparaissait donc pas utile. Mettre à l'écart le droit de la propriété intellectuelle, dont l'application est soumise à des conditions, au profit d'un droit de propriété qui en est dépourvu, accorde une protection plus large aux informations, dont les effets systémiques ne semblent pas avoir été anticipés.

312. L'évolution corrélative des conditions de « chose » et de « soustraction » - La dématérialisation de la chose, objet du vol, et l'entrée des informations dans le champ de cette infraction doivent être accompagnées de l'évolution de la condition de soustraction. En effet, les informations sont des biens non rivaux. Contrairement aux biens incorporels rivaux, dont la jouissance par l'un exclut tous les autres⁸³⁷, elles sont accessibles, simultanément, à un nombre

⁸³³ Récemment, la Cour de cassation a écarté l'application du droit de la propriété intellectuelle pour conclure à l'abus de confiance, en raison de la destruction d'un enregistrement de sons et d'images, remis de manière précaire. – voir *infra* n° 453.

⁸³⁴ Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002.

⁸³⁵ Voir *infra* n° 453 et s.

⁸³⁶ Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098.

⁸³⁷ Il en est ainsi de l'électricité, des créances ou de la clientèle.

infini d'individus. La transmission de ces biens s'effectue par leur multiplication et n'en dépossède pas leur détenteur originel. Si la notion de soustraction s'applique aux biens incorporels rivaux⁸³⁸, peut-elle être mise en œuvre lorsque l'objet du litige concerne un bien non rival ? L'entrée des biens incorporels non rivaux dans le champ de l'infraction de vol ne semble être permise qu'au prix de l'évolution de la notion de soustraction ou de sa substitution par une autre notion.

2- L'intellectualisation de l'élément matériel de l'infraction de vol

313. La conservation de la notion de soustraction permise par la mutation de l'infraction - Dans le processus d'adaptation de l'infraction de vol aux biens incorporels non rivaux, les juges modifient, dans un premier temps, l'élément matériel pour, dans un second temps, de nouveau employer le terme soustraction. Néanmoins, pour caractériser l'acte de reproduction des informations, lequel exclut toute dépossession, les juges confèrent à l'élément matériel une acception intellectuelle (a). Cette mutation, autorisant à qualifier la reproduction de soustraction, traduit un changement d'objet de l'infraction de vol. Celle-ci ne porte plus sur la chose, mais sur le droit (b).

a- La consécration de l'acception intellectuelle de l'élément matériel du vol

314. La matérialité inhérente à la soustraction - Le terme « *soustraction* » comporte deux acceptions usuelles. L'une fait référence au droit, « *prise de possession d'une chose contre le gré et à l'insu de son détenteur légitime* »⁸³⁹ ; l'autre aux mathématiques, « *opération notée – (moins), inverse de l'addition, qui, deux nombres a et b étant donnés, consiste à trouver un nombre c , nommé différence, tel que $a = b + c$* »⁸⁴⁰. Apparu au XII^{ème} siècle et emprunté au latin tardif *subtractio*, traduit par enlèvement, il vient du verbe soustraire, *subtrahere*, qui signifie enlever, retirer, et a conservé ce sens⁸⁴¹. La soustraction induit un déplacement physique de la chose⁸⁴². Dans le contexte juridique, ce terme conserve cette conception matérielle, car il désigne une « *action en général subreptice et frauduleuse [...] de retirer d'un ensemble tel ou tel élément ; action de dérober* »⁸⁴³. Ainsi, dès 1837, la Cour de cassation formule ce qui deviendra la définition classique du vol : « *Le vol consistant à soustraire frauduleusement la chose d'autrui, il n'y a vol dans le sens de la loi que lorsque la chose, objet du délit, passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu et contre le gré du*

⁸³⁸ Le vol d'énergie a alors été consacré à l'article 311-2 du code pénal – voir *supra* n° 300.

⁸³⁹ Dictionnaire Larousse, V° soustraction.

⁸⁴⁰ Dictionnaire Larousse, V° soustraction.

⁸⁴¹ E. Baumgartner et P. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

⁸⁴² Enlever, retirer, retrancher.

⁸⁴³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V° soustraction.

premier ; pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir une chose à l'insu ou contre le gré du propriétaire »⁸⁴⁴. Le vol implique donc un arrachement, un enlèvement. Cette conception de l'infraction de vol est issue de la controverse qui a opposé, à Rome, les Sabinien et les Proculien au sujet du *furtum*, défini comme la mainmise frauduleuse sur la chose d'autrui. Alors que les premiers affirmaient que les infractions contre les biens impliquaient leur déplacement, les seconds soutenaient que le déplacement n'était pas nécessaire. Si les atteintes matérielles pouvaient concerner les biens meubles comme les biens immeubles, il a été considéré que les atteintes juridiques se limitaient aux biens meubles⁸⁴⁵. Toutefois, les Proculien obtinrent la suppression de la condition de déplacement pour les atteintes juridiques aux biens meubles. Ainsi, le *furtum* pouvait être appliqué, que la chose ait été ou non soustraite⁸⁴⁶, qu'elle ait été volée ou qu'il n'y ait eu qu'une interversion de la possession par le dépositaire, laquelle est aujourd'hui qualifiée d'abus de confiance.

315. Multiplier = soustraire ? - Les biens incorporels sont économiquement répartis en deux catégories, les biens rivaux et les biens non rivaux. La nature rivale du bien implique l'exclusivité de sa jouissance. Par conséquent, lorsqu'elle est frauduleusement exercée par un individu, elle a pour effet d'en priver le légitime détenteur et peut donc être qualifiée de soustraction. Appliqué à un bien incorporel non rival, cet acte n'aura pas ce même effet, car il ne pourra être effectué qu'au moyen de la reproduction de ce bien, qui n'en prive pas le détenteur originel. Certes, en l'absence d'autorisation, une telle reproduction porte atteinte au droit du propriétaire du bien, mais elle ne peut être sanctionnée sur le fondement de l'infraction de vol qu'au prix d'une « *déformation abusive de la théorie générale de [celle-ci]* » et au mépris du principe d'interprétation stricte de la loi pénale⁸⁴⁷. En effet, pour faire entrer les biens incorporels non rivaux dans son champ, il convient, préalablement, de répondre à cette question, tant mathématique que juridique : une multiplication constitue-t-elle une soustraction ?

316. La modification de l'élément matériel de l'infraction de vol - Le changement de vocabulaire caractérisant l'élément matériel de l'infraction de vol a été initié, par la Cour de cassation, dans le contexte de la reproduction, par un salarié, d'informations relatives à l'entreprise et sans autorisation de l'employeur. La remise, au salarié, par son employeur, des documents contenant ces informations excluait la qualification de soustraction. Cependant, elle

⁸⁴⁴ Cass. crim., 18 nov. 1837, *Beaudet* : *Bull. crim.* 1837, n° 405 ; S. 1838.1.366. La formule est reprise dans les arrêts postérieurs : Cass. crim., 14 déc. 1839 : *Bull. crim.* 1839, n° 380 ; S. 1840.1.550 ; Cass. crim., 2 mai 1845 : S. 1845.1.474, *DP* 1845.1.298 ; Cass. crim., 27 janv. 1898 : *D.* 1899.I.327.

⁸⁴⁵ Les biens immeubles sont, encore aujourd'hui, exclus du champ de l'infraction de vol, peu important qu'ils puissent être occupés par des personnes se comportant frauduleusement comme étant leur propriétaire.

L'occupation illicite de biens immeubles fait alors l'objet d'infractions spécifiques, notamment celles définies aux articles 322-4-1 du code pénal et L. 126-3 du code de la construction et de l'habitation. – Lire : Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4^e éd., 2013, n° 531, p. 353.

⁸⁴⁶ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4^e éd., 2013, n° 524, p. 348.

⁸⁴⁷ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 95, p. 122.

n'est pas accompagnée de prérogatives portant sur ces documents. Par conséquent, l'infraction d'abus de confiance était inapplicable. Ces litiges se situaient donc dans le vide juridique existant entre l'infraction de vol et l'infraction d'abus de confiance. La Chambre criminelle a alors affirmé que « *la détention matérielle, non accompagnée de la remise de la possession, n'est pas exclusive de l'appréhension frauduleuse constitutive du vol* »⁸⁴⁸. La notion d'appréhension est alors préférée à celle de soustraction en raison du fait qu'elle ne suppose pas un arrachement du bien à son propriétaire. Elle insuffle, aussi, à l'élément matériel du vol, une dimension intellectuelle. En effet, l'appréhension est, usuellement⁸⁴⁹, « *l'acte par lequel l'esprit saisit un objet de pensée, comprend quelque chose* »⁸⁵⁰. Le terme latin *apprehendere*, dont est issu le verbe appréhender, signifiait « *saisir concrètement* », puis a pris la signification de « *concevoir intellectuellement* ». La chronologie de ces acceptions se retrouve dans l'ancien français où, au XVe siècle, le verbe appréhender avait le sens de « *saisir, prendre* » et, au XVIe siècle, le sens de « *saisir par l'esprit* », celles-ci ayant traversé les siècles⁸⁵¹. Néanmoins, l'usage de la notion d'appréhension n'a pas eu pour effet une intellectualisation complète de l'élément matériel. Elle apparaît dans les arrêts pour désigner la maîtrise physique du document. Dans les arrêts du 8 janvier 1979, dit *Logabax*, du 24 octobre 1990, du 30 novembre 1993 et du 18 octobre 1994, les juges précisent que l'appréhension a eu lieu durant le temps nécessaire à la reproduction. La référence à la temporalité anéantit toute possibilité d'intellectualisation de l'appréhension. Si cette référence à la temporalité n'est pas mentionnée dans l'arrêt du 3 mars 1992, il est indiqué que le salarié n'avait que « *la détention matérielle du fichier informatique* ». Entre tautologie et oxymore, cette expression renforce la matérialité de l'infraction de vol. L'assimilation de l'appréhension et de la détention a aussi été réalisée par les juges du second degré, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 24 octobre 1990 et ainsi que dans l'arrêt du 30 novembre 1993. Dans l'arrêt *Bourquin*, bien que la Cour de cassation, maintenant la décision de la cour d'appel, conclue, notamment, au vol du contenu informationnel, elle précise que celui-ci a eu lieu « *durant le temps nécessaire à la reproduction des informations* ». Dans cette décision, les juges sanctionnent donc, grâce à la qualification de vol, l'appréhension du contenu et non sa reproduction.

317. L'élément matériel innomé au service de son intellectualisation - Le 4 mars 2008⁸⁵², la Cour de cassation maintient la décision des juges du second degré, qualifiant de « *vol de contenu informationnel* », la copie, sur des supports matériels, de données et fichiers informatiques appartenant à une société afin, pour le salarié, de se les approprier, d'en disposer

⁸⁴⁸ Cass. crim., 21 avr. 1964 : *Bull. crim.* 1964, n° 120 ; *D.* 1964, p. 398 ; *JCP* 1965, II, 13973, 1^{ère} esp., note R. Ottenhof - Confirmé par les arrêts postérieurs, notamment : Cass. crim., 8 janv. 1979, *Logabax* : *Bull. crim.* 1979, n° 13 ; Cass. crim., 11 juin 1990 : *Bull. crim.* 1990, n° 238 ; Cass. crim., 8 févr. 1993 : *Bull. crim.* 1993, n° 65.

⁸⁴⁹ Ce terme ne possède pas de définition juridique.

⁸⁵⁰ Dictionnaire Larousse, V° appréhension.

⁸⁵¹ E. Baumgartner et P. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

⁸⁵² Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002.

et de les utiliser au bénéfice d'une autre. Le prévenu fait valoir, dans son pourvoi, que l'entreprise n'a jamais été dépossédée de ces données, qu'elles « *demeurent disponibles et accessibles à tous sur le serveur* », excluant toute soustraction. La Cour de cassation n'a pas été convaincue par cette argumentation et affirme que le délit de vol a été caractérisé dans tous ses éléments, tant matériel qu'intentionnel, sans toutefois caractériser explicitement la « *soustraction* », comme il lui était demandé. Contrairement à l'arrêt *Bourquin*, dans lequel elle apparaissait déjà, cette qualification porte bien sur la reproduction des données et non, uniquement, sur leur appréhension durant le temps de leur copie. Certes, ainsi que le déplore Madame le Professeur Lepage, « *la Cour de cassation a cherché dans cet arrêt [non publié au bulletin] à en dire le moins possible* »⁸⁵³, mais l'absence de caractérisation expresse à l'élément matériel du vol sous-tend son intellectualisation. Dans d'autres décisions, cette évolution est plus nettement marquée et plus spectaculaire en raison de la référence à la notion de soustraction.

318. La consécration de l'acception intellectuelle de la notion de soustraction - Malgré ce que l'étude de la notion de soustraction laissait penser⁸⁵⁴, les juges l'utilisent pour qualifier la reproduction de données. Elle a été assimilée à l'appréhension temporaire de documents dans l'arrêt du 18 octobre 1994 et, dans celui du 2 septembre 2008, la Cour de cassation maintient la décision de la cour d'appel affirmant que l'élément matériel de l'infraction de vol est constitué par la soustraction frauduleuse d'une chose corporelle. Toutefois, ces deux décisions sont isolées, car l'analyse des arrêts révèle que la soustraction de données constitue, aussi, l'élément matériel du vol⁸⁵⁵. Si, dans l'arrêt *Herbreteau*, la cour d'appel, dont la décision est approuvée par la Cour de cassation, conclut à la soustraction frauduleuse des plans sans indiquer clairement le lien avec leur reproduction, la qualification de soustraction est déduite des actes litigieux, précisément énoncés par les juges. Ainsi, dans la décision rendue le 9 septembre 2003, il est précisé que le contenu informationnel d'une disquette a été reproduit et cet acte est qualifié de soustraction frauduleuse. Dans celle du 20 mai 2015, la Chambre criminelle rappelle que le prévenu a téléchargé des données, qu'il les a fixées sur différents supports et diffusées à des tiers et conclut qu'il a « *soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire* ». Par conséquent, elle élude la difficulté mise en évidence par les premiers juges, insistant sur le fait que la soustraction implique une dépossession et constatant que le téléchargement et l'enregistrement de données ne constituent pas une « *soustraction matérielle de documents* ». Conclure à une « *soustraction des données* » permet à la Cour de répondre

⁸⁵³ A. Lepage, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies, oct. 2007 – oct. 2008 », *Dr. pén.*, 2008, n° 12, chron. 10, spéc. pt. 22. L'incrimination d'accès frauduleux dans un système de traitement automatisé de données ne s'applique pas en l'espèce car les données étaient accessibles à tous sur le réseau. Le caractère frauduleux de l'accès n'est donc pas caractérisé. A. Lepage émet l'hypothèse qu'en l'absence d'infraction propre à l'informatique applicable aux faits, la Cour de cassation a choisi d'appliquer le vol. Elle constate une « [...] certaine malléabilité de l'infraction de droit commun qu'est le vol afin de permettre la répression ».

⁸⁵⁴ Voir *supra* n° 314.

⁸⁵⁵ Sur l'arrêt *Antonielli*, voir *infra* n° 321.

implicitement au tribunal que la soustraction peut être, aussi, juridique. La notion de soustraction acquiert alors une acception intellectuelle. Ces décisions démontrent que l'acte de reproduction d'une information constitue une soustraction.

319. Multiplier = soustraire ! - La Chambre criminelle de la Cour de cassation défie donc les lois mathématiques en affirmant que la multiplication est une soustraction. Cette remarquable identité n'est possible que par le détachement de la notion de soustraction de sa conception matérielle car la reproduction d'une information ne l'arrache pas à son détenteur, ne la lui enlève pas. La soustraction est alors entendue dans un sens intellectuel. Bien qu'il conteste l'utilisation du terme soustraction ainsi que le recours au vol, qui constitue « *un procédé discutable, qui viole la lettre de la loi* »⁸⁵⁶, Monsieur le Professeur Conte constate alors que « *si la soustraction matérielle est celle de l'objet lui-même, la soustraction juridique est plus exactement celle de la possession de cet objet* »⁸⁵⁷. La conception intellectuelle de la soustraction fait l'objet de nombreuses critiques. Monsieur le Professeur Francillon estime que l'acte de soustraction ne peut s'appliquer aux biens incorporels que sont les informations ou les données informatisées. Il affirme que « *[...] cette soustraction – qu'elle soit matérielle ou juridique – s'analyse en un acte de dépossession, c'est-à-dire en un acte ayant pour effet de priver le propriétaire, même temporairement, de ses droits sur la chose objet du vol* »⁸⁵⁸. La captation d'une information n'a pas cet effet de privation de droits, sauf à ce que les informations contenues sur le support d'origine soient détruites ou effacées. Certes, le propriétaire n'est pas dépossédé des données mais, la reproduction d'une donnée est un droit appartenant au propriétaire de celle-ci⁸⁵⁹. En reproduisant les données et en les utilisant sans l'autorisation du propriétaire, le prévenu le prive, ne serait-ce que temporairement, de l'exercice de son droit d'autoriser ou de refuser ces actes. L'infraction de vol ne sanctionne donc plus uniquement la dépossession matérielle de la chose, elle sanctionne, aussi, l'atteinte aux prérogatives du droit de propriété, notamment le droit d'accorder ou de refuser l'usus et le fructus à un tiers. L'intellectualisation de l'élément matériel de l'incrimination de vol induit une modification de la conception de l'infraction de vol⁸⁶⁰.

320. Le maintien de l'acception intellectuelle en cas de décentrement de l'infraction sur le support - Nonobstant la consécration du vol de données, la Cour de cassation continue

⁸⁵⁶ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4^e éd., 2013, n° 530, p. 352 et 353.

⁸⁵⁷ *Id.*, n° 524, p. 348.

⁸⁵⁸ J. Francillon, « Piratage informatique. Accès, maintien, modification de données dans un STAD sans l'autorisation du maître du système. Vol de fichiers », *RSC* 2014, p. 119.

⁸⁵⁹ Cass. crim., 24 oct. 1990, n° 89-84.485 : *Bull. crim.* 1990, n° 355 ; *RSC* 1996, p. 863, obs. R. Ottenhof ; déjà interprété en ce sens, Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Logabax* : *Bull. crim.* 1979, n° 13 ; C. Girault, « Soustraction de documents d'entreprise par les salariés en vue de se défendre en justice », *JCP E* 2004, n° 38, comm. p. 1345, spéc. n° 4 - Le droit de la propriété intellectuelle accorde un droit de reproduction des biens sur lequel il porte.

⁸⁶⁰ Voir *infra* n° 323 et s.

de suivre les cours d'appel qui décentrent l'infraction sur le support. Toutefois, l'intellectualisation de l'élément matériel est conservée par les juges, car depuis que la reproduction est qualifiée de soustraction, le vol est moins l'enlèvement de la chose à son propriétaire que l'exercice des prérogatives de son droit⁸⁶¹, à son insu ou contre son gré. Malgré sa double acception, la notion d'appréhension est alors abandonnée. Il apparaît, désormais, que la notion caractérisant l'élément matériel de l'infraction de vol décentré sur le support, est celle d'appropriation. Le 8 décembre 1998, après la série d'arrêts dans lesquels les juges caractérisent l'appréhension frauduleuse des documents, la Cour de cassation casse l'arrêt relaxant les prévenus et énonce, dans un attendu de principe, au visa des articles 379 ancien et 311-1 du code pénal que « *toute appropriation de la chose d'autrui, contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur caractérise la soustraction frauduleuse constitutive du vol* ». Elle assimile l'appropriation à la soustraction, confirmant l'intellectualisation de cette dernière. Elle sous-entend, aussi, que le vol est une appropriation frauduleuse. Cette interprétation de l'infraction de vol est confirmée par les arrêts du 28 juin 2017 et du 24 janvier 2018, dans lesquels la Cour de cassation rejette les pourvois formés contre les décisions des cours d'appel, qualifiant la photocopie de courrier, l'impression d'un courriel et le téléchargement de documents informatiquement enregistrés d'appropriation des documents. Dans le premier arrêt, la Chambre criminelle précise que l'appropriation peut s'effectuer par tout moyen de reproduction. La reproduction, sans l'autorisation du propriétaire, constitue donc une appropriation frauduleuse.

321. L'influence de l'acception intellectuelle sur l'étendue de l'élément matériel - Dès l'arrêt *Herbreteau*, la modification de l'infraction de vol a été perçue par Monsieur le Professeur Croze qui le qualifie de « *vol d'usage* »⁸⁶², défini comme « *le vol d'une chose dont l'auteur entend simplement se servir momentanément* »⁸⁶³. Dans leur commentaire de l'arrêt du 4 mars 2008, dans lequel la qualification distributive de vol de fichiers informatiques et vol de contenu informationnel apparaît, en référence à l'arrêt *Bourquin*, Madame Mallet-Poujol et Messieurs les Professeurs Vivant et Bruguière constatent un « *glissement* » du « *vol-soustraction* » au « *vol-reproduction* »⁸⁶⁴. Cette qualification définit implicitement les limites de l'infraction de vol et exclut le simple fait de mémoriser le contenu d'un document. Si la chose, objet du vol, peut désormais être incorporelle, elle doit être transférée d'un support à un autre. La dématérialisation de l'objet du vol ne supprime pas la nécessité d'un support, qu'il soit corporel ou incorporel. Cette condition induit l'existence d'un acte matériel et exclut tout acte purement cérébral. Pourtant, l'acte de reproduction est-il le seul à caractériser l'élément matériel de vol

⁸⁶¹ Voir *infra* n° 321 sur l'étendue des prérogatives concernées.

⁸⁶² Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau* : *Bull. crim.* 1986, n° 148 ; *JCP G* 1987, II, 20788, obs H. Croze.

⁸⁶³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V° vol d'usage.

⁸⁶⁴ M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière, « Droit de l'informatique » : *JCP E* 2009, n° 27, p. 1674, spéc. pt. 22.

dans sa version intellectuelle ? Les qualifications de soustraction des données et d'appropriation des documents portent, dans tous les arrêts, sur des actes de reproduction. Certes, la reproduction est souvent suivie de l'utilisation des données ou copies des documents, puisque la première est réalisée dans le but de la seconde, mais l'acte d'utilisation, seul, peut-il, lui aussi constituer l'élément matériel du vol ? L'usage, comme la reproduction, constitue une prérogative du droit de propriété. Il serait alors logique que l'usage de données caractérise l'élément matériel de cette infraction. Néanmoins, l'usage, seul, présente une difficulté qui n'apparaît pas avec la reproduction. En effet, l'usage d'informations ou de données n'implique pas qu'il porte précisément sur les informations détenues par leur propriétaire, par le truchement de leur support. L'arrêt *Antonielli* met évidence cette difficulté. Un salarié détient des documents comptables du fait de ses activités professionnelles au sein d'une entreprise. Il utilise ces documents pour établir des tableaux et des graphiques qu'il communique à un tiers, à l'insu de son employeur. Les données n'ont pas été transmises au tiers, telles qu'elles figurent sur ces documents. Le salarié a analysé ces données, les a organisées sous forme de tableaux graphiques, lesquels ont, ensuite, été transmis au tiers. Ce ne sont alors ni les documents, ni les données, mais le résultat issu du traitement cérébral des données qui a été transmis. Il n'est, par conséquent, pas question de reproduction mais, de communication d'informations après analyse des données, d'exploitation de ces données après leur transformation, leur interprétation. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, déduit de l'utilisation des documents pour établir des tableaux graphiques ensuite communiqués à des tiers, l'usurpation de leur possession et conclut à leur soustraction frauduleuse. L'utilisation des documents constitue une usurpation de leur possession car, indique la cour d'appel, les données qu'ils contiennent relèvent de la propriété exclusive de l'entreprise. Utiliser des documents, sans autorisation de leur propriétaire, relève de l'exercice frauduleux d'une prérogative du propriétaire. Néanmoins, ces documents ne sont utilisés que pour être analysés. Les informations transmises aux tiers ne sont pas celles contenues dans ces documents, mais celles issues de l'analyse. Si les juges avaient adopté le même raisonnement que celui fondant les arrêts *Logabax* et *Bourquin*, en précisant que l'usurpation de la possession des documents avait eu lieu durant le temps de leur analyse, l'usage en tant qu'élément matériel du vol aurait été délimité. Dès lors, cet arrêt marque une évolution plus poussée de l'élément matériel du vol car il sanctionne la « transmission » de données après la réalisation d'un travail intellectuel à partir des documents de l'entreprise⁸⁶⁵. En d'autres termes, il sanctionne l'exploitation de l'interprétation des données.

Les inquiétudes de la chambre de l'instruction, rappelées dans l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 2 septembre 2008, semblent y faire écho. L'accusation du chef de vol, d'un salarié, par son employeur, d'avoir dérobé des fichiers clients et fournisseurs de la société, afin de constituer ses propres listings avait abouti à un non-lieu par la chambre de l'instruction. Elle explique qu'elle n'a pu déterminer si leur constitution résulte d'un détournement d'un support

⁸⁶⁵ L'abus de confiance, apparu plus tard, aurait davantage correspondu à l'acte ayant conduit aux poursuites.

écrit ou d'un outil de stockage de données informatiques, ce qui aurait été qualifié de vol, de la réalisation d'une copie de fichiers sur un support écrit ou un outil de stockage informatique ou du recours à une exceptionnelle mémoire, ces deux dernières hypothèses ne permettant pas de caractériser l'élément matériel du vol. Si la réalisation d'une copie, par quelque moyen que ce soit⁸⁶⁶, constitue, désormais, l'élément matériel du vol, la mémorisation semble toujours exclue.

322. Le changement d'objet du vol, effet de son intellectualisation - L'intellectualisation de l'élément matériel du vol permet, certes, de conserver la notion de soustraction et, ainsi, d'appliquer l'incrimination telle que rédigée par le législateur, mais elle produit une transformation de l'infraction par une substitution d'objet, la chose laissant place au droit.

b- La transformation de l'infraction de vol, corrélative à sa conception intellectuelle

323. Le vol, exercice frauduleux d'une prérogative du droit de propriété - Si la soustraction constitue la prise de possession illégitime d'une chose, elle n'implique plus nécessairement la dépossession du véritable propriétaire. Ce nouvel éclairage apporté à l'infraction de vol est conforté par l'utilisation du terme appropriation, qui implique moins de déplacer la chose que de se comporter en propriétaire de celle-ci. Par l'intellectualisation de son élément matériel, l'infraction de vol semble davantage correspondre à l'usurpation de prérogatives du droit de propriété qu'à la dépossession du propriétaire de sa chose. Messieurs les Professeurs Pradel et Danti-Juan constatent, dès lors, qu'il s'agit moins de soustraire la chose que d'en « *usurper la possession* »⁸⁶⁷, cette notion devant, désormais, remplacer celle-là. Ils considèrent qu'est nécessaire au vol une interversion de la possession de la chose, le propriétaire la perdant au profit de l'auteur de l'acte litigieux. L'étude de la jurisprudence met en exergue le fait que la focalisation de l'infraction de vol sur l'usurpation de la possession induit un délaissement des actes matériels réalisés sur la chose. L'atteinte au bien s'efface au profit de la caractérisation d'une atteinte aux droits portant sur ce bien. Cette évolution est conforme au titre I, intitulé « *des appropriations frauduleuses* », dans lequel est codifiée l'infraction de vol, puisqu'il met en exergue l'accaparement d'un droit et non l'accaparement d'une chose⁸⁶⁸. Cette conception du vol, en tant qu'atteinte à l'exclusivité du droit de propriété par l'exercice frauduleux d'une ou plusieurs de ses prérogatives, était celle induite par le plan de l'ancien code pénal. En effet, le titre II relatif aux « *crimes et délits contre les particuliers* », comportait un chapitre II, intitulé « *crimes et délits contre les propriétés* », qui s'ouvrait sur « *les vols* ». Certes, la condition de soustraction apparaissait déjà dans l'incrimination codifiée à l'article 379, mais les intitulés du plan du code conféraient au vol sa véritable nature, une atteinte au

⁸⁶⁶ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411.

⁸⁶⁷ J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, p. 498, n° 838.

⁸⁶⁸ Contrairement au livre III, dont le titre annonce une atteinte aux biens.

droit de propriété et non une atteinte aux biens⁸⁶⁹. Par conséquent, l'objet de l'infraction de vol en est modifié. Le vol ne porte plus sur le bien, en tant que chose, mais sur le droit de propriété exercé sur ce bien. Dès lors, le droit est l'objet de l'infraction de vol et la chose, corporelle ou incorporelle, en est l'*instrumentum*.

324. Le dol spécial déduit de l'élément matériel intellectualisé - Cette évolution de l'élément matériel, de l'atteinte au bien par son enlèvement à son propriétaire, à l'atteinte au droit de propriété par l'exercice d'une de ses prérogatives, s'effectue par son rapprochement au dol spécial de l'infraction. En effet, le dol général de l'infraction de vol est la volonté de commettre l'acte, en sachant qu'il est interdit. L'auteur de l'acte doit avoir conscience d'agir contre le gré du propriétaire. Le dol spécial, quant à lui, a évolué. Caractérisant la volonté de s'approprier la chose, il est, aujourd'hui, situé dans l'intention de se comporter, même momentanément, en propriétaire de celle-ci. De l'exercice d'une prérogative du droit de propriété, sans l'autorisation du propriétaire, peut donc être déduit le dol spécial du vol. Lorsque les juges relèvent que le salarié, en reproduisant les informations, a usurpé la prérogative de reproduction de l'employeur, et qualifient l'acte litigieux d'appréhension ou de détention de documents⁸⁷⁰, l'élément moral est distinct de l'élément matériel de l'infraction. Il est donc nécessaire de le caractériser indépendamment. Une telle distinction tend à disparaître lorsque les juges qualifient la reproduction d'un contenu informationnel, en l'absence d'autorisation, d'acte de soustraction frauduleuse et en déduisent la volonté de s'approprier les informations⁸⁷¹. Les actes de reproduction et d'utilisation des fichiers ou des données constituent, désormais, l'élément matériel de l'infraction de vol et servent de fondement à l'élément intentionnel⁸⁷². Celui-ci peut donc être déduit de la preuve de l'exercice d'une prérogative du propriétaire. Il est possible de pousser le raisonnement jusqu'à s'interroger sur la pertinence de ces deux éléments et à la possible absorption de l'élément moral par l'élément matériel dans son acception intellectuelle.

325. Intellectualisation et non dématérialisation de l'infraction - La notion de dématérialisation est employée par la doctrine spécialiste de droit pénal pour qualifier cette évolution de l'élément matériel du vol – ainsi que ceux de l'abus de confiance et du recel – voire celle de l'infraction⁸⁷³. Pourtant, ni la soustraction, ni les éléments matériels des

⁸⁶⁹ A l'aune des infractions contenues dans le titre deuxième de l'actuel code pénal, il apparaît que les biens, visés dans son intitulé, sont des choses et non des droits.

⁸⁷⁰ Cass. crim., 24 oct. 1990, n° 89-84.485 : *Bull. crim.* 1990, n° 355.

⁸⁷¹ Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098.

⁸⁷² Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964 ; Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 ; Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *Bull. crim.* 2015, n° 119 ; Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411 ; Cass. crim., 24 janv. 2018, n° 16-86.597.

⁸⁷³ R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, th. dir. V. Malabat, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2010 : not. « dématérialisation du droit pénal » ; « dématérialisation des autres infractions », « dématérialisation de la soustraction » ; G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, th. dir. B. de Lamy, LGDJ, Bibli. dr.

infractions d'abus de confiance et de recel, ni les infractions elles-mêmes, ne sont immatérielles. L'adaptation de l'infraction de vol aux biens incorporels est traduite par la mise en exergue du lien juridique entre le bien et son propriétaire. Il ne s'agit donc pas d'enlever de la matière, mais de rendre cohérent le comportement incriminé avec la nature du bien et du droit de propriété concerné. Si le bien est incorporel, le rapport propriétaire ne peut s'exercer que de manière intellectuelle. Le lien juridique entre le bien et son propriétaire n'apparaît qu'intellectuellement, par la seule conscience de son existence. Il ne peut être concrétisé par une détention physique du bien. L'élément matériel est donc intellectualisé car il porte uniquement sur le lien juridique. Toutefois, l'appréhension, l'appropriation, voire la soustraction intellectuelle d'une information, impliquent, à l'exception de l'arrêt Antonielli, la réalisation d'un acte physique, ne serait-ce que par un clic sur un clavier ou sur un écran. Ni le comportement, ni l'élément matériel, ni l'infraction ne sont alors dématérialisés⁸⁷⁴.

326. L'avenir de la conception intellectuelle de l'infraction de vol - La Cour de cassation a consacré, expressément, le vol de données. Toutefois, depuis 2015, elle a choisi, de nouveau, de décentrer le vol sur le support des informations. Certains estiment que la décision du 20 mai 2015 a été influencée par l'introduction, quelques mois auparavant, de l'incrimination de reproduction frauduleuse de données contenues dans un système de traitement automatisé, qui ne pouvait trouver application, en l'espèce, en raison des règles d'application de la loi dans le temps. Cependant, la décision de la Cour de cassation de ne pas maintenir la qualification, par la cour d'appel, de vol de fichiers informatiques, pour, néanmoins, conclure à la condamnation pour vol, ne semble pas pouvoir être interprétée comme un regret ou une compensation de ne pas avoir pu mettre en œuvre la nouvelle incrimination. En l'absence de ligne jurisprudentielle, il semble difficile de savoir si la mutation observée de l'infraction de vol sera consolidée. L'évolution de l'abus de confiance, dont les conditions s'adaptent mieux aux biens incorporels non rivaux, encouragera peut-être la Cour de cassation, à rester sur la voie de la conception intellectuelle de l'infraction de vol.

B- La conception intellectuelle de l'infraction d'abus de confiance

327. L'adaptation de l'abus de confiance aux biens incorporels non rivaux - L'abus de confiance est défini, par l'article 314-1 du code pénal, comme « *le fait par une personne de*

privé, t. 532, 2012 : not. « *la dématérialisation de la remise* », « *la dématérialisation du recel* », « *la dématérialisation du blanchiment* » ; G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215 ; R. Ollard, « La dématérialisation des infractions contre le patrimoine », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, J.-C. Saint-Pau (dir.), éd. Cujas, 2012, p. 41-52 ; C. de Jacobet de Nombel, « Le recel d'information », *Dr. pén.* 2008, n° 9, ét. 21, spéc. n° 16 : « *la dématérialisation de l'acte de recel* ».

⁸⁷⁴ Bien que Monsieur le Professeur Beaussonie qualifie l'évolution des éléments matériels des infractions de dématérialisation, il démontre que l'élément matériel acquiert une acception intellectuelle : G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, th. dir. B. de Lamy, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 532, 2012, spéc. n° 226, p. 95 et n° 243, p. 101.

détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». La dématérialisation de l'objet de l'infraction de l'abus de confiance par le législateur offre aux juges la possibilité de faire entrer divers biens incorporels dans son champ d'application (1). Corrélativement, la condition préalable de remise et l'élément matériel, le détournement, ont été intellectualisés (2).

1- La dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance

328. Une dématérialisation rationnelle - Tant le législateur que les juges reconnaissent que l'abus de confiance peut porter sur un bien incorporel (a). Cette dématérialisation de l'objet de ce délit se révèle conforme à ses origines (b).

a- Les biens incorporels, objets d'abus de confiance

329. La dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance par le législateur - L'incrimination de l'abus de confiance cite deux biens pouvant constituer l'objet de cette infraction, les fonds et les valeurs, et ajoute qu'il peut concerner « *un bien quelconque* ». Cette expression, préférée à celle de « *chose quelconque* » initialement proposée afin d'exclure expressément les biens immeubles⁸⁷⁵, a pour effet d'ouvrir cette infraction à tous biens, qu'ils soient corporels ou incorporels. En effet, le choix du terme « *bien* », renforcé par l'adjectif « *quelconque* », inclut implicitement les biens incorporels. De surcroît, les fonds et les valeurs sont des biens incorporels. Enfin, la rédaction de l'article 408 de l'ancien code pénal énumérait les biens susceptibles d'être objets d'abus de confiance, dont certains peuvent être considérés comme étant de nature incorporelle puisque leur valeur se situe dans leur contenu⁸⁷⁶ : « *effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge* »⁸⁷⁷. Toutefois, les biens immeubles sont toujours exclus du champ de l'infraction d'abus de confiance⁸⁷⁸. Si cette exclusion est fondée sur l'argument de l'impossibilité de les déplacer⁸⁷⁹, lequel s'applique aux biens incorporels, elle est, aussi, justifiée par le délai de prescription acquisitive et la réalisation de formalités *ad validitatem* nécessaires à l'acquisition de la propriété d'un bien immeuble, conditions auxquelles ne sont pas soumis les biens incorporels. En outre, une telle exclusion évite au juge pénal d'être chargé du contentieux locatif. Malgré la dématérialisation législative de l'objet de l'abus de confiance, des résistances

⁸⁷⁵ N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964.

⁸⁷⁶ G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215 ; M.-L. Rassat, « De l'objet de l'abus de confiance », *Dr. Pén.* 2015, n° 4, ét. 10.

⁸⁷⁷ Malgré cette liste n'excluant pas les biens incorporels, la Cour de cassation réservait l'infraction d'abus de confiance aux biens corporels.

⁸⁷⁸ Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-83.707 : *JCP G* 2009, n° 31-35, p. 25, obs. G. Beaussonie.

⁸⁷⁹ Cass. crim., 10 oct. 2001, n° 00-87.605 : *Bull. crim.* 2001, n° 205 ; *Dr. pén.* 2002, n° 1, comm. 1, obs. M. Véron.

doctrinales à la reconnaissance de l'application de cette infraction aux biens incorporels perdurèrent⁸⁸⁰, lesquelles ont été vaincues par la jurisprudence⁸⁸¹.

330. La reconnaissance prétorienne de divers biens incorporels, objets d'abus de confiance - La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu moult arrêts acceptant que l'abus de confiance porte sur des biens incorporels. Certes, elle n'affirme qu'implicitement qu'ils entrent dans l'incrimination de l'abus de confiance en énonçant, dans un chapeau intérieur, que « *les dispositions de l'article 314-1 du code pénal s'appliquent à un bien quelconque, et non pas seulement à un bien corporel* »⁸⁸². Si l'objet de l'abus de confiance peut être « *quelconque* », donc incorporel, il ne peut, néanmoins, pas être « *n'importe quoi* »⁸⁸³. Le bien doit être doté d'une valeur patrimoniale⁸⁸⁴ et être susceptible d'appropriation⁸⁸⁵. Bien que la consécration soit implicite dans l'énoncé du principe, les arrêts de la Chambre criminelle sont porteurs d'exemples divers de biens incorporels expressément reconnus comme étant l'objet d'un abus de confiance. Ainsi en est-il du détournement d'un numéro de carte de crédit⁸⁸⁶, d'un projet d'entreprise⁸⁸⁷, de la connexion Internet d'une entreprise⁸⁸⁸, d'un

⁸⁸⁰ S. Fournier, « Quel domaine pour l'abus de confiance ? », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, D. 2009, p. 113 et s., spé. n° 13.

⁸⁸¹ G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *art. cit.* – L'auteur constate que si « *la réalité de la dématérialisation de l'abus de confiance est incontestable [...] sa portée est contestée* ».

⁸⁸² Cass crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *Bull. crim.* 2000, n° 338 ; D. 2001, n° 1, p. 423, note B. de Lamy ; *Dr. pén.* 2001, p. 385, obs. J. Pradel ; *RSC* 2001, p. 385 obs. R. Ottenhof ; *RTD civ* 2001, p. 912, obs. Th. Revet ; *RTD com.* 2001, p. 526, obs. B. Bouloc ; S. Jacopin, « Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse », *Dr. pén.* 2001, n° 4, chron 16.

⁸⁸³ N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », D. 2012, p. 964.

⁸⁸⁴ Cass crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *Bull. crim.* 2000, n° 338 ; Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Bull. crim.* 2011, n° 233 ; D. 2012, p. 137, note G. Beaussonie ; *Rev. pénit.* 2011, p. 914, obs. V. Malabat ; *AJ Pénal* 2012, p. 163, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Gaz. Pal.* 13-14 janv. 2012, p. 40, note E. Dreyer ; *Gaz. Pal.* 12 mars 2012, n° 11, p. 322, note S. Detraz – déjà Cass. crim., 30 mai 1996, n° 95-82.487 : *Bull. crim.* 1996, n° 224.

⁸⁸⁵ Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Bull. crim.* 2011, n° 233 : la Cour de cassation énonce, dans un attendu de principe, sous le visa de l'article 314-1 du code pénal, que « *les dispositions de ce texte s'appliquent à un bien quelconque, susceptible d'appropriation* » - Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304 : la Cour de cassation énonce, dans un attendu de principe, que « *peut faire l'objet d'un abus de confiance [...] tout bien susceptible d'appropriation* » ; *JCP G* 2016, n° 12, p. 575, note S. Detraz ; *RTD com.* 2016, p. 345, obs. B. Bouloc ; D. 2016, p. 1779, obs. L. Neyret et N. Reboul-Maupin ; D. 2016, p. 2424, obs. G. Roujou de Boubée.

⁸⁸⁶ Cass crim., 14 nov. 2000 : *Bull. crim.* 2000, n° 338.

⁸⁸⁷ Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *Bull. crim.* 2004, n° 218 ; D. 2005, p. 411, note B. de Lamy ; D. 2005, p. 961, obs. J. Raynard ; *JCP* 2005, II, 10034, note A. Mendoza-Caminade ; *RSC* 2005, p. 852, obs. R. Ottenhof ; *AJ Pénal* 2005, p. 22, obs. J. Leblois-Happe ; *RTD civ.* 2005, p. 164, obs. Th. Revet ; *RTD com.* 2005, p. 179, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.* 2004, comm. 179, note M. Véron.

⁸⁸⁸ *Crim.*, 19 mai 2004, n° 03-83.675 : *Bull. crim.* 2004, n° 126 ; *CCE* 2004, comm. 165, obs. A. Lepage ; D. 2004, p. 2748, obs. B. de Lamy ; *AJ Pénal* 2004, p. 286, obs. J. Coste ; *RTD com.* 2004, p. 824, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.* 2004, comm. 129, note M. Véron - L'utilisation à des fins personnelles d'un ordinateur et de la connexion Internet mis à disposition d'un salarié au titre de son activité professionnelle constitue un abus de confiance.

logiciel⁸⁸⁹, du temps de travail⁸⁹⁰, d'un enregistrement d'images et de sons⁸⁹¹. Les informations relatives à la clientèle ont, aussi, été reconnues, dans deux décisions, comme pouvant constituer l'objet d'un abus de confiance⁸⁹². Le 22 mars 2017, la Cour de cassation énonce, dans un chapeau intérieur, que « *constitue un abus de confiance le fait, pour une personne, qui a été destinataire, en tant que salariée d'une société, d'informations relatives à la clientèle de celle-ci, de les utiliser par des procédés déloyaux dans le but d'attirer une partie de cette clientèle vers une autre société* »⁸⁹³. Empruntant « *la voie de l'audace* »⁸⁹⁴, ces décisions sont source d'une évolution majeure car, auparavant, seules certaines informations étaient protégées par des dispositions spéciales⁸⁹⁵. Il est désormais de jurisprudence constante que des informations, dès lors qu'elles sont susceptibles d'appropriation, peuvent constituer l'objet d'un abus de confiance.

331. Informations et fichiers informatiques, des confusions techniques - Si la Cour de cassation a reconnu que l'abus de confiance peut porter sur des informations, la distinction avec leur support n'apparaît pas toujours clairement⁸⁹⁶. Dans un arrêt du 22 octobre 2014⁸⁹⁷, tant les juges du fond que les conseillers à la Cour de cassation semblent hésitants. Un salarié a capté⁸⁹⁸, à des fins personnelles, sur des supports et envoyé sur sa messagerie, des données, selon la cour d'appel, et, selon la Cour de cassation, des fichiers informatiques, issus d'une base informatisée appartenant à son entreprise. Toutes deux concluent au détournement de fichiers informatiques contenant des informations confidentielles. Pourtant, un fichier ne peut être assimilé à une donnée. Selon l'article 2 de la loi dite informatique et liberté⁸⁹⁹, un fichier est « *un ensemble structuré et stable de données* ». Il peut être corporel, telle une feuille de papier ou une clé USB, ou incorporel, tel un fichier informatique. Les données sont des informations, des

⁸⁸⁹ CA Rouen, ch. corr., 10 sept. 2009 : *Jurisdata* n° 2009-015814.

⁸⁹⁰ Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : *Bull. crim.* 2013, n° 145 : La Cour de cassation affirme que « *l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance* » ; *D.* 2013, p. 1936, note G. Beaussonie ; *JCP G* 2013, p. 933, note S. Detraz ; *Rev. pénit.* 2013, p. 650, obs. Ph. Conte ; *RSC* 2013, p. 813, obs. H. Matsopoulou ; *Dr. pén.* 2013, p. 158, obs. M. Véron.

⁸⁹¹ Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304.

⁸⁹² Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Bull. crim.* 2011, n° 233 ; Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929 : *Bull. crim.* 2017, n° 940 ; *Dr. pén.* 2017, n° 6, comm. 84, Ph. Conte ; *RSC* 2017, p. 747, obs. H. Matsopoulou.

⁸⁹³ Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929 : *Bull. crim.* 2017, n° 940.

⁸⁹⁴ N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964.

⁸⁹⁵ G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, th. dir. B. de Lamy, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 532, 2012, n° 217 et s. ; N. Thomassin, « Le bien susceptible d'abus de confiance (...) », *art. cit.* ; R. Ollard, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, n° 4, ét. 9 – Voir *infra* n° 333.

⁸⁹⁶ G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215.

⁸⁹⁷ Cass. crim., 22 oct. 2014, n° 13-82.630 : *D.* 2015, p. 415, note A. Mendoza-Caminade ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 8, p. 7, note J.-M. Garinot.

⁸⁹⁸ Le verbe « *capter* », employé tant par les juges du fond que par la Cour de cassation, est obscur. Il semble que les fichiers ont été copiés sur des supports.

⁸⁹⁹ Loi, n° 78-17, du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

renseignements, qui, pour être informatisés, sont codés. Celles-ci, lorsqu'elles sont regroupées, composent un fichier. Leur rapport contenant-contenu exclut donc leur assimilation⁹⁰⁰. Malgré l'existence de telles confusions, la jurisprudence démontre que l'incorporalité des biens ne constitue pas un obstacle à leur qualification d'objet d'abus de confiance. Cette évolution est conforme à l'analyse téléologique de cette infraction.

b- Une dématérialisation conforme aux origines du délit

332. La dématérialisation au service de la protection du commerce et de l'industrie -

L'article 408 de l'ancien code pénal témoignait de l'origine du délit d'abus de confiance. Forme de *furtum*, il a d'abord sanctionné, sans être ainsi nommé, le détournement ou la dissipation de certains objets remis pour l'exécution d'un contrat de dépôt. Protégeant les commerçants dans leurs relations et sanctionnant l'atteinte à la confiance essentielle aux relations économiques, l'infraction d'abus de confiance a été créée en 1810 et a évolué au gré de l'essor du commerce et de l'industrie⁹⁰¹. Ainsi, les effets, deniers, marchandises, billets, quittances et écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, cités dans l'incrimination codifiée à l'article 408, dessinent le domaine d'application de cette infraction. La suppression de cette liste lui offre la possibilité de s'adapter à l'évolution des biens, objets des relations économiques. Or, les biens incorporels se développent et les informations, de diverses natures, sont porteuses de valeurs économiques, essentielles aux entreprises. Lorsqu'elles relèvent du secret des affaires, elles bénéficient désormais d'une protection sur le fondement de la directive du 8 juin 2016⁹⁰². Les données à caractère personnel des consommateurs, dont la transmission est indispensable dans les relations commerciales verticales, sont, elles aussi, spécifiquement protégées⁹⁰³. Il n'apparaîtrait alors pas cohérent de protéger pénalement la confiance accordée au détenteur d'un bien corporel et non celle du détenteur d'un bien incorporel. Exclure, par principe, les biens incorporels du champ de l'abus de confiance aurait pour effet d'affaiblir la protection des rapports commerciaux et économiques.

333. La dématérialisation au service de la protection du droit de propriété -

L'infraction d'abus de confiance a vocation à protéger la propriété contre les détournements

⁹⁰⁰ G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *art. cit.*

⁹⁰¹ Y. Muller, « La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809.

⁹⁰² Directive (UE), 2016/943, du 8 juin 2016 du Parlement européen et du Conseil, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁹⁰³ Règlement (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

abusifs⁹⁰⁴. Sa nature d'instrument de protection du droit de propriété apparaissait clairement dans l'ancien code pénal, puisque l'abus de confiance était codifié au chapitre intitulé « *crimes et délits contre les propriétés* ». Conformément à ce dessein, les juges répressifs ne cessent d'étendre le champ de l'abus de confiance. Adoptant une « *conception concrète* » de la remise, ils affirment que, nonobstant l'existence civile d'un transfert de droit de propriété, celle-ci est précaire, dès lors que le détenteur ne dispose pas du *corpus* complet des prérogatives attachées à ce droit⁹⁰⁵. Permettant une application de cette infraction à tout détenteur ne disposant pas d'une pleine propriété, la Chambre criminelle offre ainsi une protection pénale, dans des hypothèses où le juge civil aurait constaté un transfert de propriété. Grâce à cette interprétation de la condition de remise, le droit de propriété trouve dans cette infraction une forte protection. Néanmoins, la poursuite d'un tel objectif conduit les juges à une certaine dérive. La présence d'un bien incorporel a été l'occasion, pour la Cour de cassation, de rappeler que l'appropriation est une condition indispensable pour qu'il puisse constituer l'objet d'un abus de confiance. Le 16 novembre 2011, à l'occasion d'un détournement, par un salarié, d'informations relatives à la clientèle de son entreprise, la Cour de cassation énonce, dans un attendu de principe, au visa de l'article 314-1 du code pénal, que « *les dispositions de ce texte s'appliquent à un bien quelconque, susceptible d'appropriation* »⁹⁰⁶. Ce principe a été réaffirmé dans un arrêt rendu le 16 décembre 2015, portant sur un enregistrement d'images et de sons⁹⁰⁷. Il apparaît clairement que l'obstacle à la qualification d'abus de confiance ne réside pas dans l'incorporalité du bien, mais dans sa nature appropriable. Toutefois, les juges concluent rapidement à l'appropriation de ces biens. Trop rapidement. En effet, si l'appropriation des biens corporels ne présente pas de difficulté, celle de certains biens incorporels, notamment des informations, est encore discutée. Or, dans le premier arrêt, la Cour affirme que « *les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné* ». Le syllogisme est, certes, incomplet puisque le conclusif ne correspond pas au principe énoncé, mais il apparaît implicitement que, si ces informations sont susceptibles d'être détournées, elles sont susceptibles d'appropriation. En concluant, dans son arrêt du 22 mars 2017, que l'abus de confiance peut porter sur les informations relatives à la clientèle, la Cour affirme, de nouveau implicitement, que ces informations sont susceptibles d'appropriation. Pourtant, un des arguments au pourvoi faisait valoir, dans cette deuxième affaire, que le caractère appropriable des informations n'avait pas été démontré. A l'aune des débats sur l'appropriation des informations et, plus spécifiquement des données à caractère personnel, il eut été intéressant que la Cour y réponde. L'affaire, menant à l'arrêt du 16 décembre 2015, est encore plus significative de la volonté de la Chambre

⁹⁰⁴ R. Ollard, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, n° 4, ét. 9 ; Y. Muller, « La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809.

⁹⁰⁵ R. Ollard, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, n° 4, ét. 9, spéc. n° 10 et s.

⁹⁰⁶ Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Bull. crim.* 2011, n° 233.

⁹⁰⁷ Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304.

criminelle de contourner la difficulté relative à l'appropriation de certains biens incorporels⁹⁰⁸. Un individu se voit remettre des cassettes-vidéos, portant l'enregistrement d'une interview, les transmet à la personne interviewée, qui efface l'enregistrement. La cour d'appel considère que, pour être susceptible d'appropriation, l'enregistrement doit remplir les conditions de qualification d'œuvre de l'esprit. Elle estime que seule l'existence d'un droit d'auteur permettrait à cet enregistrement de remplir la condition d'appropriation. En l'absence de preuve du critère d'originalité, la cour conclut à l'absence de qualification possible d'œuvre de l'esprit et, par conséquent, à l'absence d'appropriation. La Cour de cassation répond qu'« *un enregistrement d'images et de sons constitue un bien susceptible d'appropriation* » et sous-entend que son appropriation n'est pas nécessairement fondée sur l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle. L'affirmation est laconique – la Cour se garde bien d'indiquer qui est le propriétaire d'un tel enregistrement – et induit de nombreuses interrogations⁹⁰⁹. En reconnaissant un droit de propriété là où la majorité des civilistes, spécialistes de droit de la propriété intellectuelle ou non, l'excluent, la Chambre criminelle semble vouloir contourner le débat et adopter une conception autonome de l'appropriation⁹¹⁰. Certes, au regard du développement de nos sociétés, il est indispensable d'inclure les biens incorporels dans le champ de l'abus de confiance, notamment certaines catégories d'informations, mais l'application de la condition d'appropriation du bien, objet d'abus de confiance, doit être appliquée avec rigueur. Il semble, aussi, nécessaire que les conceptions pénalistes et civilistes acquièrent une cohérence.

334. L'incidence de la dématérialisation de l'objet de l'infraction - La dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance est nécessairement corrélée à l'intellectualisation des autres conditions de l'infraction. En présence d'un bien incorporel, l'aspect matériel de la remise est écarté, mettant en exergue son aspect juridique, en principe seulement sous-jacent. Le détournement, caractérisé par l'absence de restitution, de représentation ou par un usage non conforme à ce qui avait été déterminé, a toujours eu une nature mixte, matérielle et intellectuelle, cette dernière étant exacerbée en présence d'un bien incorporel.

2- Le renforcement de l'acception intellectuelle des éléments de l'abus de confiance

335. L'exacerbation de l'aspect juridique de la remise et du détournement - Madame le Professeur Rassat définit l'abus de confiance comme étant « *le détournement d'un bien qui*

⁹⁰⁸ Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304.

⁹⁰⁹ S. Detraz, « Application du délit de destruction du bien d'autrui à un enregistrement audiovisuel », *JCP G* 2016, n° 12, p. 575.

⁹¹⁰ Le refus de la Chambre criminelle de considérer la clientèle comme objet d'abus de confiance alors que la Première Chambre civile la qualifie de bien et autorise sa cession à titre onéreux est, aussi, révélateur de l'autonomisation de cette notion par les juges répressifs – R. Ollard, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, n° 4, ét. 9, spéc. n° 27 et s.

avait été remis, par la future victime, dans un but précis »⁹¹¹, mettant en exergue les deux actes essentiels à la caractérisation de cette infraction, la remise d'un bien et son détournement. L'incorporalité du bien concerné, induit, inévitablement, une conception juridique de ces conditions qui, *a priori*, sont d'essence matérielle. La mainmise sur un bien incorporel étant impossible, les juges ont donné, à la notion de remise, la signification de transfert de prérogatives sur le bien (a) et centrent l'élément matériel, le détournement, sur l'usage non conforme à ce qui avait été prévu lors de la remise (b).

a- La prédominance de la conception juridique de la condition de remise

336. La condition préalable de remise précaire - Les fonds, valeurs ou biens doivent avoir été expressément remis et acceptés. Ils ne doivent donc pas avoir été simplement laissés à disposition. Contrairement à l'article 408 de l'ancien code pénal, l'incrimination actuelle ne comporte pas de liste de contrats fondant la remise⁹¹². L'article 314-1 du code pénal précise uniquement que la remise doit avoir lieu à charge de rendre, représenter ou de faire un usage déterminé du bien. Par conséquent, la remise est accompagnée d'une obligation à la charge du détenteur. En raison du fait qu'il devra restituer, représenter ou faire un usage déterminé du bien, la remise de celui-ci est précaire. Monsieur le Professeur Beaussonie explique que le propriétaire du bien précarise le droit du détenteur par « *l'entremise d'une affectation* »⁹¹³. Les obligations du détenteur révèlent la nature précaire de la remise et excluent le transfert en pleine propriété⁹¹⁴. En effet, la confiance est accordée au détenteur, car il ne bénéficie pas de l'ensemble des prérogatives, issues du droit de propriété, sur le bien. La confiance n'existe qu'en raison de la précarité de la remise⁹¹⁵.

337. La conception juridique de la remise - *A priori*, la notion de remise implique le déplacement du bien, des mains d'un individu dans celles d'un autre, et induit la dépossession du premier en faveur du second. Le verbe remettre vient du latin *remittere*, qui signifie, notamment, relâcher, renoncer à. Au XIV^{ème} siècle, il prend le sens de mettre entre les mains de quelqu'un, ce qui nécessite la corporalité de la chose remise⁹¹⁶. Toutefois, l'incorporalité du bien ne constitue pas systématiquement un obstacle à sa remise matérielle. Les biens incorporels rivaux, en raison de leur fusion avec leur support ou leur matière, peuvent faire l'objet d'une

⁹¹¹ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 177, p. 220.

⁹¹² La liste des contrats, dont la violation pouvait être qualifiée d'abus de confiance, était constituée du contrat de dépôt, du contrat de travail, du contrat de louage, du contrat de mandat, du nantissement et du contrat de prêt à usage.

⁹¹³ G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215.

⁹¹⁴ Not. Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-86.343 : *D.* 2008, p. 958, obs. D. Rebut ; Cass. crim., 3 déc. 2008, n° 08-82.896.

⁹¹⁵ Y. Muller, « La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809.

⁹¹⁶ E. Baumgartner et Ph. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

telle remise. Il en est ainsi d'une œuvre unique, telle qu'une sculpture. Les biens incorporels non rivaux, dont la transmission, effectuée par leur reproduction, laisse un exemplaire au propriétaire, ne peuvent, quant à eux, être remis matériellement. Cependant, pour constituer la condition préalable, la remise ne doit pas seulement être matérielle, elle doit être accompagnée d'obligations et parfois, aussi, elle transfère des prérogatives sur le bien. Ce rapport juridique fonde la distinction entre les infractions de vol et d'abus de confiance. En effet, la détention purement matérielle, sans remise de la possession, est constitutive du vol⁹¹⁷. Le critère de distinction entre l'abus de confiance et le vol n'est donc pas la maîtrise physique du bien, mais l'existence de droits et obligations sur le bien. Dans l'hypothèse d'un vol, l'individu ne s'est vu accorder aucun droit sur le bien, nonobstant le fait qu'il soit à sa disposition. L'abus de confiance suppose l'existence d'une confiance, qui prend sa source dans la remise de droits et l'acceptation d'obligations relatives à ce bien⁹¹⁸. Dès lors, la remise du bien est, essentiellement, une remise juridique. L'absence de remise matérielle et l'absence de dépossession ne fait pas obstacle à la qualification d'abus de confiance, une remise juridique suffit⁹¹⁹. Par conséquent, l'abus de confiance peut porter sur des biens incorporels non rivaux.

338. L'évolution corrélative de la remise et du détournement - L'intellectualisation de la condition préalable de remise du bien, par la prépondérance de sa conception juridique, n'a d'intérêt que si l'élément matériel de détournement suit la même évolution.

b- Le détournement, un acte juridique

339. Le détournement, élément matériel de l'abus de confiance - L'élément matériel de l'infraction d'abus de confiance réside dans le détournement du bien remis. Si l'obligation de rendre, de représenter ou de faire un usage déterminé du bien induit la nature précaire de la remise, elle caractérise, aussi, le détournement du bien, dès lors qu'elle n'est pas exécutée. A l'instar de la remise, le détournement suppose, *a priori*, la maîtrise physique du bien. Apparue au XII^{ème} siècle et dérivé de tourner, le verbe détourner signifie, en vieux français, écarter,

⁹¹⁷ Voir *supra* n° 301.

⁹¹⁸ Y. Muller, « La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809.

⁹¹⁹ G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215 ; Toutefois, une dérive est constatée dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle qui admet la qualification d'abus de confiance alors qu'aucun bien n'a été remis (Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285) ou que le bien remis n'est pas identique à celui détourné (Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 10-88.722 : *Bull. crim.* 2011, n° 193 ; Cass. crim., 16 oct. 2013, n° 12-86.241 : *Bull. crim.* 2013, n° 191). Une analyse très développée a été menée par Monsieur le Professeur Ollard et Monsieur Detraz (S. Detraz et R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », *Dr. pén.* 2014, n° 11, ét. 20 ; S. Detraz et R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Deuxième partie », *Dr. pén.* 2014, n° 12, ét. 22). Néanmoins, de telles déformations de l'incrimination de l'abus de confiance ne sont pas spécifiques aux biens incorporels et, si elles semblent préfigurer une modification de la physionomie de l'infraction, celle-ci n'aura pas d'incidence sur son application aux biens incorporels. Par conséquent, cette évolution ne sera pas plus amplement étudiée.

tourner dans une autre direction⁹²⁰. Néanmoins, au XIV^{ème} siècle, il acquiert le sens de tourner à son profit, qui relève davantage d'une conception intellectuelle. Le détournement, qualifié d'abus de confiance, est constitué par la violation d'une de ces trois obligations. Par conséquent, il apparaît que le détournement est moins relatif au bien qu'aux droits sur le bien.

340. La conception juridique du détournement - Si la condition de détournement est observée par rapport au bien, sa restitution et sa représentation nécessitent une mainmise sur celui-ci. *A contrario*, l'usage n'implique pas, nécessairement, une maîtrise physique du bien. Certes, l'incrimination est limpide, le détournement concerne le bien. Cependant, il n'est caractérisé que lorsque le détenteur est dans l'impossibilité de rendre, représenter ou fait un usage du bien non conforme à ce qui avait été convenu lors de la remise. Le détournement correspond alors moins à la maîtrise physique du bien qu'à l'exercice de prérogatives de nature à violer l'obligation à laquelle s'est engagé le détenteur⁹²¹. Vouin affirme ainsi que « *le détournement [...] est plus une opération juridique qu'un acte physique ou matériel* »⁹²². Cette conception de l'élément matériel est conforme au but de cette infraction, protéger la confiance. En effet, le détournement constitue un abus de la confiance accordée au détenteur ; or elle est fondée non pas sur le bien, mais dans le rapport juridique établi entre le remettant et le détenteur. La confiance est trahie lorsque ce dernier agit de manière à faire obstacle à l'exécution de ces obligations⁹²³. La conception juridique du détournement existe depuis la création de l'infraction. L'application de l'abus de confiance aux biens incorporels ne nécessite donc pas l'adaptation de cette condition, elle en est le révélateur⁹²⁴.

341. Le détournement de biens incorporels - La Chambre criminelle affirme que des fichiers informatiques, remis à un salarié par son employeur pour un usage professionnel, ont été « *détournés en les dupliquant, pour son usage personnel* »⁹²⁵. Elle énonce, aussi, que « *les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné* »⁹²⁶. L'utilisation d'informations dans un but étranger à celui pour lequel elles ont été remises, constitue donc un détournement susceptible d'être qualifié d'abus de confiance, sans qu'il soit

⁹²⁰ E. Baumgartner et Ph. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

⁹²¹ R. Ottenhof, « Abus de confiance, nature du bien détourné », *RSC* 2002, p. 108.

⁹²² R. Vouin, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Précis, t. 1, 1971, 3^e éd., n° 66.

⁹²³ L'abus de confiance ne sanctionne pas pénalement la violation des obligations contractuelles. Il sanctionne uniquement les actes qui, intentionnellement, violent ou tendent à empêcher l'exécution de ces trois obligations, restituer, représenter ou faire un usage déterminé. Le juge répressif n'est donc pas, grâce à cette infraction, le juge du contrat.

⁹²⁴ G. Beaussonie, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215.

⁹²⁵ Cass. crim., 22 oct. 2014, n° 13-82.630 : *D.* 2015, p. 415, note A. Mendoza-Caminade ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 8, p. 7, note J.-M. Garinot.

⁹²⁶ Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Bull. crim.* 2011, n° 233.

nécessaire de démontrer un détournement du support de ces informations⁹²⁷. En présence d'un bien incorporel, le détournement consiste, souvent, en un usage non conforme à celui déterminé lors de la remise. Si les biens incorporels rivaux, tels qu'une œuvre d'art unique en raison de sa fusion avec son support, peuvent être restitués ou représentés, la nature non rivale d'autres biens incorporels y fait obstacle. La transmission d'une information, d'un logiciel, d'un brevet ou d'une marque s'effectue par reproduction. Les obligations de restitution et de représentation ne peuvent alors pertinemment fonder la remise de ces biens. L'obligation de destruction, mettant fin à leur accès, serait alors plus adaptée⁹²⁸.

342. L'importance de l'élément moral dans l'appréciation du détournement - Le détournement du bien, par son détenteur, par des actes susceptibles de porter atteinte aux obligations mises à sa charge lors de sa remise, ne constitue pas, automatiquement, un abus de confiance. Outre le préjudice, qui est souvent déduit du détournement⁹²⁹, le détournement doit avoir été réalisé intentionnellement. En effet, il convient de distinguer le simple retard dans la restitution ou la représentation, l'erreur dans l'usage, de l'abus de confiance pénalement sanctionnable. Le détournement suppose, comme tout acte pénalement sanctionné, un certain degré de gravité⁹³⁰. Certes, les actes constitutifs d'un détournement doivent empêcher l'exécution d'une des trois obligations à la charge du détenteur, mais ils doivent aussi avoir vocation à contrarier les droits du propriétaire ou tendre à s'approprier le bien, créant une interversion de titre. Le détenteur doit s'arroger des prérogatives incompatibles avec celles qui lui ont été transférées. Certains estiment qu'en exigeant une telle intention, la Chambre criminelle crée un dol spécial⁹³¹. L'intention frauduleuse est alors primordiale pour apprécier le détournement⁹³².

343. Les effets de la conception intellectuelle des infractions de résultat sur l'infraction de recel - La conception intellectuelle des infractions de vol et d'abus de confiance leur permet d'appréhender les biens incorporels non rivaux et, particulièrement, les informations. Le recel, infraction consécutive à une infraction commise préalablement, doit suivre ces évolutions. En effet, la logique et l'efficacité juridique imposent que, lorsqu'il est jugé qu'une information a été volée ou a fait l'objet d'un abus de confiance, celui qui en bénéficie soit sanctionné sur le fondement de l'infraction de recel.

⁹²⁷ La Cour de cassation prend en considération la valeur, indépendamment du support, depuis un arrêt du 30 mai 1996 (Cass. crim., 30 mai 1996, n° 95-82.487 : *Bull. crim.* 1996, n° 224) - *Contra.* Cass. crim., 9 mars 1987, n° 84-91.977 : *Bull. crim.* 1987, n° 111 ; JCP G 1988, II, 20913, note J. Devezé ; RSC 1988, p. 311, note P. Bouzat.

⁹²⁸ Les contrats de licence portant sur des logiciels imposent, en cas de résiliation par l'utilisateur, leur effacement du disque dur de l'ordinateur.

⁹²⁹ Cass. crim., 12 avr. 1967 : *Bull. crim.* 1967, n° 115 ; Cass. crim., 3 déc. 2003 : *Bull. crim.* 2003, n° 232 ; Cass. crim., 13 janv. 2010, n° 08-83.216 : *Bull. crim.* 2010, n° 6.

⁹³⁰ Voir *infra* n° 1044 et s.

⁹³¹ Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929 : *Bull. crim.* 2017, n° 940 ; *Dr. pén.* 2017, n° 6, comm. 84, Ph. Conte ; RSC 2017, p. 747, obs. H. Matsopoulou.

⁹³² Ph. Conte, « Détournement de clientèle », *Dr. pén.* 2017, n° 6, comm. 84.

II- L'influence de l'adaptation des infractions de résultat sur l'infraction de conséquence

344. Une évolution nécessaire à l'aune de la conception intellectuelle des infractions préalables - Confrontés à l'absence de définition de l'acte de recel par l'article 460 de l'ancien code pénal, les juges ont fait entrer de nombreux comportements dans son champ d'application. Le législateur a codifié cette construction prétorienne à l'article 321-1 du code pénal, sanctionnant tant la détention, la dissimulation et la transmission⁹³³, quand bien même l'agent ne rechercherait aucun bénéfice personnel, que le fait de bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit. Cette double incrimination confère au recel une adaptabilité favorable aux biens incorporels, lui permettant de suivre l'adaptation des infractions préalables aux biens incorporels non rivaux (A). Si le recel d'informations a fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante, l'évolution récente de l'infraction de vol devrait influencer sa consécration (B).

A- La dématérialisation des objets et l'intellectualisation des éléments matériels du recel

345. Le recel-détention et le recel-profit à l'épreuve des biens incorporels - Le recel est donc, désormais, défini comme étant « [...] *le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit* » ainsi que « [...] *le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit* ». Si le premier alinéa de l'incrimination du recel requiert une interprétation pour s'ouvrir aux biens incorporels (1), le second les accueille sans difficulté (2).

1- L'interprétation prétorienne au secours de la conception intellectuelle du recel-détention

346. L'adaptation fondée sur l'objet commun du recel-détention et de l'infraction préalable - Le premier alinéa de l'article 321-1 du code pénal énonce, deux fois, que le recel porte sur « *une chose* ». De cette « *chose* », naissent les mêmes difficultés que pour l'infraction de vol⁹³⁴. En principe, l'objet du recel doit être corporel et mobilier, mais la Cour de cassation fait une interprétation extensive de cette notion. Outre les biens immeubles⁹³⁵, les biens corporels peuvent constituer l'objet du recel. Elle admet le recel de créance⁹³⁶ ou le recel de logiciel⁹³⁷. La dématérialisation de la chose, objet du recel, est permise par la nature consécutive

⁹³³ Le fait de dissimuler et de transmettre implique nécessairement la détention. Ces deux actes n'ont vocation qu'à préciser deux natures particulières de la détention : la détention cachée et la détention temporaire.

⁹³⁴ Voir *supra* n° 299 et s.

⁹³⁵ Cass. crim., 10 oct. 2012, n° 11-85.914 (recel d'un terrain) : *Bull. crim.* 2012, n° 214.

⁹³⁶ Cass. crim., 18 janv. 1988, n° 87-80.298 : *Bull. crim.* 1988, n° 22 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 579, obs. B. Bouloc ; *RSC* 1988, p. 118, obs. P. Bouzat.

⁹³⁷ Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 14-84.627.

de cette infraction. En effet, le recel est une infraction de conséquence qui est commise à la suite d'une autre infraction, celle-ci pouvant être tout crime ou tout délit⁹³⁸. Or, bien que, depuis la réforme du 22 mai 1915⁹³⁹, le recel soit autonome, permettant au juge de sanctionner son auteur nonobstant l'absence de punition de l'auteur de l'infraction préalable, ces deux infractions sont liées par leur objet. L'objet de la première est dissimulé, détenu ou transmis par l'auteur de la seconde. Par conséquent, afin de ne pas restreindre excessivement le recel par rapport aux infractions d'origine portant sur des biens et non uniquement sur des choses corporelles, les juges acceptent d'étendre l'objet du recel aux biens incorporels.

347. La dématérialisation de l'objet du recel-détention favorisée par ses éléments matériels - Si la dématérialisation de l'objet du recel est encouragée par la nature de ce délit, grâce à ses éléments matériels elle se révèle plus aisée que celle de la chose volée. Selon ce premier alinéa, pour que le recel soit caractérisé, son objet doit être dissimulé, détenu, transmis. Un quatrième élément consiste dans le fait d'agir en tant qu'intermédiaire, dans le but de le transmettre. Les trois premiers éléments matériels supposent, *a priori*, une mainmise sur la chose, induite par la notion de détention. Si la dissimulation et la transmission sont distinctes de la simple détention de la chose, celles-ci supposent celle-là car la dissimulation est une détention secrète et la transmission, une détention temporaire. La conception matérielle de la détention, influençant celle de la dissimulation et de la transmission, prend sa source dans l'origine du verbe détenir. Apparu au XII^{ème} siècle, dérivé du latin *detinere* signifiant retenir et du français tenir, il a pour sens retenir, notamment, dès l'origine, retenir en captivité. Le verbe tenir, du latin vulgaire *tenire*, a dès le Moyen-Age le sens de serrer, étreindre, saisir, maîtriser⁹⁴⁰. Cependant, détenir acquiert une acception abstraite, en s'apparentant au pouvoir qu'un individu a sur une chose. La détention peut alors être, seulement, juridique. Ainsi, le 29 avril 1996, la Chambre criminelle affirme que « *le recel n'implique pas nécessairement la détention matérielle de l'objet recelé* »⁹⁴¹. Cette évolution influencera les notions de dissimulation et de transmission qui n'imposent plus une maîtrise physique de la chose. De surcroît, l'individu qui fait office d'intermédiaire, peut lui aussi, n'avoir qu'une maîtrise juridique de la chose. Ainsi, la Cour de cassation a sanctionné eBay pour recel de vente de biens contrefaisants tandis que la société gestionnaire de la plateforme d'enchères en ligne ne détenait pas physiquement ces biens⁹⁴². Une telle interprétation des éléments matériels ouvre le recel-

⁹³⁸ Cass. crim. 18 févr. 1927 : S. 1929.1.77 (détournement de correspondance) ; Cass. crim. 3 avr. 1995, n° 93-81.569 (information) : *Bull. crim.* 1995, n° 142 ; *JCP* 1995, II, 22429, note E. Durieux ; *RSC* 1995, p. 599, obs. J. Francillon – Sont toutefois exclus les crimes et délits qui donnent lieu à une incrimination spécifique du recel, celui-ci étant un élément constitutif de l'infraction, tel que le trafic de stupéfiants, le proxénétisme, le terrorisme ou les crimes de guerre.

⁹³⁹ A l'origine, le recel était un cas de complicité.

⁹⁴⁰ E. Baumgartner et P. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

⁹⁴¹ Cass. crim., 29 avr. 1996, n° 95-83.274 : *Bull. crim.* 1996, n° 174 ; *RTD Com.* 1997, p. 155, obs. B. Bouloc.

⁹⁴² CA Paris, pôle 5, 12^e ch., 23 janv. 2012, n° 11-00746 : *JCP G* 2012, n° 23, p. 675, note D. Dechenaud.

détention aux biens incorporels, rendant impropre l'emploi du terme « chose »⁹⁴³. Sur le fondement de cet alinéa, l'objet du recel est donc corporel ou incorporel, en fonction du bien, objet de l'infraction préalable à laquelle il se rapporte.

Si l'interprétation prétorienne des éléments matériels du recel-détention était nécessaire pour ouvrir cette infraction aux biens incorporels, elle ne l'est pas concernant le recel-profit.

2- La conception intellectuelle d'origine législative du recel-profit

348. Le produit d'un crime ou d'un délit, objet du recel-profit - Depuis la rédaction de l'article 321-1 du code pénal, le recel peut être le fait de bénéficier du produit de l'infraction d'origine. Contrairement au premier alinéa, celui-ci ne mentionne plus le terme « chose ». L'objet du recel-profit est le « produit ». La généralité de cette notion permet d'inclure les biens incorporels. En outre, elle induit, qu'à la différence du recel-détention, l'objet du recel-profit n'est pas celui de l'infraction préalable. Elle confère au recel un objet propre et dénoue le lien créé avec l'infraction préalable par le précédent alinéa.

349. L'élément matériel du recel-profit - L'individu qui bénéficie, par quelque moyen, du produit d'un crime ou d'un délit, commet un recel. D'une part, la notion de bénéfice inclut tant les profits économiques que l'avantage moral⁹⁴⁴. D'autre part, elle n'implique pas de détenir physiquement le produit. Par conséquent, outre la reconnaissance législative implicite du recel de biens incorporels, le recel s'ouvre, aussi, aux services. La Chambre criminelle a condamné pour recel, l'individu qui profite du vol d'un véhicule en s'y faisant transporter, consacrant le recel de service⁹⁴⁵. Le recel-profit est souvent caractérisé lorsque le produit du délit est un bien incorporel. Ainsi, le recel de créances, liées à des parts sociales⁹⁴⁶, et le recel de logiciel⁹⁴⁷, précédemment évoqués, constituent des recels-profits, ainsi que l'attribution d'un marché à la suite d'un délit de favoritisme, procurant au receleur un avantage injustifié⁹⁴⁸.

⁹⁴³ En ce sens, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 234, p. 285.

⁹⁴⁴ Le responsable d'une loge maçonnique qui utilise, lors de la sélection de candidats, des informations provenant de la violation du secret professionnel d'un officier de police, acquiert un avantage moral : Cass. crim., 20 juin 2006.

⁹⁴⁵ Cass. crim., 9 juill. 1970, n° 70-90.670 : *Bull. crim.* 1970, n° 236 ; *D.* 1971, p. 3, note Littman ; *JCP G* 1971, I, 16616, note A. Bénabent ; *RSC* 1973, p. 81, ét. Culiolo – Dans le même sens, not. Cass. crim., 7 mai 2002, n° 02-80.797 : *Bull. crim.* 2002, n° 108 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 108, note M. Véron ; *RTD com.* 2002, p. 736, obs. B. Bouloc.

⁹⁴⁶ Cass. crim., 18 janv. 1988, n° 87-80.298 : *Bull. crim.* 1988, n° 22 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 579, obs. B. Bouloc ; *RSC* 1989, p. 118, obs. P. Bouzat.

⁹⁴⁷ Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 14-84.627.

⁹⁴⁸ Cass. crim., 5 mai 2004, n° 03-85.503 : *Bull. crim.* 2004, n° 110 – Dans le même sens : Cass. crim., 20 avr. 2005, n° 04-83.017 : *Bull. crim.* 2005, n° 139 ; Cass. crim., 15 mai 2008, n° 07-88.369 : *Bull. crim.* 2008, n° 121 ; Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 13-80.009 ; Cass. crim., 17 févr. 2016, n° 14-87.934.

La dématérialisation des choses, objets du recel, et la reconnaissance de l'acceptation intellectuelle de ses éléments matériels, ouvrent la voie à la consécration du recel d'informations.

B- L'inévitable consécration du recel d'informations

350. Vers une stabilité de la jurisprudence encouragée par les évolutions de la protection des informations - Les arrêts de la Chambre criminelle portant sur le recel d'informations sont rares et fluctuants. Madame de Jacobet de Nombel explique, dans son étude du recel d'information, que la jurisprudence de la Cour varie en fonction du domaine concerné, celle-ci refusant de reconnaître un recel d'informations en matière de presse, mais l'acceptant dans d'autres circonstances⁹⁴⁹. Si le domaine du recel d'informations apparaît alors limité (1), la consécration du vol de données et de l'abus de confiance portant sur des informations rend la reconnaissance de ce recel indispensable (2).

1- Le domaine limité du recel d'informations

351. Le recel d'informations, un recel-profit - La Haute juridiction conclut, dès 1974, au recel de renseignements constituant un secret de fabrique⁹⁵⁰. Elle admet, aussi, le recel de délit d'initié constitué par l'utilisation d'informations privilégiées, ayant fait l'objet de ce délit, pour acheter des actions⁹⁵¹. Elle affirme que *« si le recel ne peut résulter de la simple détention d'informations privilégiées, il est caractérisé à l'égard de celui qui, réalisant, en connaissance de cause, des opérations sur le marché avant que ces informations soient connues du public, bénéficie du produit du délit d'initié ainsi consommé »*. Dans ces deux décisions, le recel n'est pas constitué par la seule détention des informations. Elles doivent avoir été utilisées, le détenteur doit avoir cherché à en retirer un profit pour que l'infraction soit formée. Il s'agit donc d'un recel-profit. La condition d'utilisation des informations, objets d'un délit préalable, est essentielle et cohérente. En effet, la simple détention d'informations, qu'elles soient reproduites ou non, sur un support corporel ou enregistrées dans un fichier informatique, ne constitue aucune atteinte à aucune valeur essentielle. L'individu qui se voit transmettre une information, notamment oralement, ne commet aucune infraction. Seuls les actes de transmission ou d'utilisation de ces informations, qu'il sait provenir d'un délit, pourront être sanctionnés⁹⁵². Ce raisonnement est maintenu par la Cour de cassation, dans son arrêt du 20 juin 2006, portant sur le recel d'informations couvertes par le secret professionnel⁹⁵³. Elle

⁹⁴⁹ C. de Jacobet de Nombel, « Le recel d'information », *Dr. pén.* 2008, n° 9, ét. 21.

⁹⁵⁰ Cass. crim., 7 nov. 1974, n° 72-93.034 : *Bull. crim.* 1974, n° 323 ; *JCP G* 1974, IV, 417.

⁹⁵¹ Cass. crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780 : *Bull. crim.* 1995, n° 324 : *Dr. pén.* 1996, comm. 189, note J.-H. Robert ; *Rev. Sociétés* 1996, p. 326, note B. Boulloc.

⁹⁵² En ce sens, C. de Jacobet de Nombel, « Le recel d'information », *Dr. pén.* 2008, n° 9, ét. 21, spéc. n° 20.

⁹⁵³ Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-86.491.

énonce que l'individu auquel ces informations ont été remises, en a fait usage dans l'exercice de ses responsabilités au sein de l'organisation privée à laquelle il appartient, alors que celles-ci ne peuvent être utilisées que dans un intérêt public. Il a ainsi « *tiré bénéfice du produit du délit* » de violation du secret professionnel.

Il convient, toutefois, de remarquer qu'en 2010, la Cour de cassation semble confondre les données avec le fichier informatique⁹⁵⁴. L'ancien salarié d'une société transmet à son nouvel employeur un fichier comportant les données relatives aux clients de la première, lequel avait été enregistré sur un CD-Rom⁹⁵⁵. Après avoir rappelé l'examen des données effectué par la cour d'appel, la Cour de cassation, constatant qu'elles appartiennent exclusivement à cette société, conclut qu'il a « *sciemment recelé les fichiers clients de son ancien employeur, [...], en les détenant et en les utilisant, après son licenciement [...]* ». Les données litigieuses sont organisées dans un fichier informatique, lui-même enregistré sur un CD-Rom. Il est étonnant que la Cour qualifie cette infraction de recel de fichiers et non de recel de données, ceux-ci ne pouvant être assimilés à celles-là. Néanmoins, il est possible que les juges aient souhaité sanctionner le recel d'informations à travers la notion de fichiers, le support physique étant, quant à lui, absent du conclusif. Si la référence au fichier, support incorporel des données, semble ici relever d'une confusion, la Cour de cassation refuse de sanctionner le recel d'informations en matière de presse, seul le recel de leur support étant admis.

352. L'exclusion du recel d'informations en matière de presse - Lorsque des informations, frauduleusement transmises à des journalistes, sont utilisées par ceux-ci, la Cour de cassation refuse la qualification de recel d'informations. Néanmoins, si les informations sont reproduites sur un support physique, elle sanctionne le recel de leur support. Ainsi, des journalistes, ayant publié des informations provenant de la violation d'un secret professionnel, étaient poursuivis pour recel d'informations et recel de photocopies contenant ces informations et provenant d'un vol. Dans son arrêt du 3 avril 1995, la Chambre criminelle affirme que la cour d'appel a, à bon droit, écarté la prévention de recel d'informations, pour ne retenir que le recel de photocopies⁹⁵⁶. D'une part, elle précise que l'article 460 du code pénal alors applicable ne réprime que le recel de choses et, d'autre part, dans un chapeau intérieur, elle énonce que « *une information, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux prévisions tant de cet article 460 que de l'article 321-1 du Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994 et ne relèverait le cas échéant si elle fait l'objet d'une publication contestée par ceux qu'elle concerne que des dispositions légales spécifiques à la liberté de la presse ou de la communication*

⁹⁵⁴ Cass. crim., 20 oct. 2010, n° 09-88.387 : E.-A. Caprioli, « Vol et recel d'informations commerciales », CCE 2011, n° 3, comm. 30 ; JCP G 2010, p. 1273, comm. S. Detraz.

⁹⁵⁵ L'arrêt est obscur quant à l'infraction de vol préalable, notamment en raison du fait qu'il aurait été commis par l'individu poursuivi pour recel.

⁹⁵⁶ Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : Bull. crim. 1995, n° 142 ; JCP G 1995, II, 22429, comm. E. Dérioux ; Dr. pén. 1995, comm. 175, note M. Véron ; D. 1995, p. 320, note J. Pradel ; RSC 1995, p. 599, obs. J. Francillon ; RSC 1995, p. 821, obs. R. Ottenhof ; RSC 1996, p. 645, obs. B. Bouloc.

audiovisuelle ». Elle rappelle ce principe, excluant les informations du champ de l'infraction de recel, codifiée dans le code pénal, dans sa décision du 12 juin 2007⁹⁵⁷. Elle énonce que « *si une information échappe aux prévisions de l'article 321-1 du code pénal qui réprime le seul recel d'une chose, et ne relève, le cas échéant, que des dispositions légales spécifiques à la liberté de la presse, tel n'est pas le cas du recel de document, provenant d'une violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel* ». La publication d'informations, dont la détention a été permise par une infraction préalable, ne peut donc être sanctionnée que sur le fondement des dispositions spécifiques à la liberté de la presse, l'article 321-1 du code pénal ne pouvant alors être appliqué qu'à leur support. Certes, lorsque l'information fait l'objet d'une publication, les infractions spécifiques au droit de la presse s'appliquent, sur le fondement de la règle *specialia generalibus derogant*⁹⁵⁸. En effet, en établissant ces règles spécifiques, le législateur a concilié la liberté d'expression avec le respect du secret professionnel et du secret de l'instruction. Toutefois, le décentrement du recel sur le support de l'information, pour contourner ces règles et sanctionner les journalistes, n'a pas convaincu la Cour européenne des droits de l'homme qui a sanctionné, deux fois, la France pour avoir condamné des journalistes, ayant publié des documents, obtenus grâce à la violation, par leur détenteur, du secret professionnel ou du secret de l'instruction, sur le fondement du recel⁹⁵⁹.

353. Une exclusion limitée - Malgré la généralité des termes choisis, tant dans l'arrêt de 1995 que dans celui de 2007, pour énoncer l'exclusion des informations du champ de l'infraction de recel, ce principe n'est appliqué que dans les hypothèses où des journalistes bénéficient du produit d'un délit de violation d'un secret en publiant les informations. Dans les circonstances où la liberté d'expression n'est pas mise en œuvre, l'information, à l'image des autres biens incorporels, peut constituer l'objet d'un recel, sans qu'il soit nécessaire de décentrer l'infraction sur le support. De surcroît, la reconnaissance du recel d'informations semble inévitable à l'aune des évolutions des infractions de vol et d'abus de confiance.

2- L'harmonisation du recel avec ses infractions préalables

354. L'infraction de conséquence, dans les traces des infractions préalables - Bien que le recel ait un domaine spécifique grâce à l'incrimination du recel-profit, il apparaît nécessaire

⁹⁵⁷ Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361 : *Bull. crim.* 2007, n° 157 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 143, obs. M. Véron ; *Rev. pénit.* 2008, p. 113, chron., J.-Ch. Saint-Pau.

⁹⁵⁸ Madame de Jacobet de Nombel explique que cette solution fait écho à celle appliquée en droit de la responsabilité civile, puisque la Cour de cassation affirme que les préjudices, causés par les abus de liberté d'expression et de communication, prévus et sanctionnés par la loi du 29 juillet 1881, ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Elle fait référence, notamment, à l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 12 juillet 2000 (Cass. Ass. pl., 12 juill. 2000, n° 98-11.155 : *Bull. civ. Ass. pl.* 2000, n° 8) : C. de Jacobet de Nombel, « Le recel d'information », *Dr. pén.* 2008, n° 9, ét. 21, spéc. n° 26 et 27.

⁹⁵⁹ CEDH, 21 janv. 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France* : *JCP G* 1999, II, 10120, note E. Derieux ; CEDH, 7 juin 2007, n° 1914/02, *Dupuis et a. c/ France* : *JCP G* 2007, II, 10127, note E. Derieux ; *Rev. pénit.* 2008, p. 113, chron., J.-Ch. Saint-Pau.

qu'en tant qu'infraction de conséquence, il s'adapte aux infractions qui lui sont préalables. Dès lors que les données et informations ont été reconnues comme pouvant constituer l'objet d'un vol et d'un abus de confiance, il semble indispensable, pour une complète efficacité juridique, de sanctionner l'individu qui exploite ces informations, en connaissance de leur origine frauduleuse, afin d'en retirer un quelconque profit⁹⁶⁰. En effet, il serait vain de sanctionner sur le fondement du vol ou de l'abus de confiance la reproduction d'une information et sa transmission à un tiers, si celui-ci peut impunément en disposer. La valeur essentielle attachée à cette information ne serait alors qu'imparfaitement protégée.

355. Le recel au temps de la protection de nouvelles informations - Une telle évolution concorde avec l'apparition de la protection de nouvelles catégories d'informations. Le règlement européen relatif à la protection des données personnelles⁹⁶¹ et la directive portant sur la protection du secret des affaires⁹⁶² définissent les conditions d'utilisation et de divulgation d'informations protégées par le secret des affaires ainsi que la conservation, la consultation, l'utilisation, la communication, la diffusion des données personnelles. L'efficacité de la protection de ces informations requiert la mise en œuvre de sanctions pénales nationales. L'inclusion des informations dans le champ des infractions de vol, d'abus de confiance et, par conséquent, de l'infraction de recel offre à ces nouvelles dispositions un arsenal répressif déjà établi et régulièrement mis en œuvre par les magistrats, rendant inutile la création de nouvelles incriminations.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

356. Les juges, conscients de la nécessité d'adapter les infractions du livre troisième du code pénal aux biens incorporels non rivaux, ont conféré aux infractions de vol, d'abus de confiance et de recel, une dimension intellectuelle. Une telle adaptation n'est pas sans incidence sur leur physionomie. Le droit de propriété est substitué aux choses, corporelles ou incorporelles, comme objet du vol et de l'abus de confiance. Conformément au droit romain, ces infractions retrouvent leur véritable objet, la chose n'étant que l'*instrumentum* de l'atteinte portée au droit de propriété. L'adaptation des infractions de vol, d'abus de confiance et de recel aux biens incorporels non rivaux et, plus particulièrement, aux informations, confère aux biens, objets de droits de propriété intellectuelle un nouveau *corpus* d'incriminations. L'extension du réseau de normes pénales applicables à ce droit relève, toutefois, davantage de la dilution que de l'enrichissement. En effet, la protection pénale des informations par les juges est réalisée

⁹⁶⁰ En ce sens, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018, n° 234, p. 285 et s.

⁹⁶¹ Règlement (UE), 2016/679, 27 avr. 2016, du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

⁹⁶² Directive (UE), 2016/943, du 8 juin 2016 du Parlement européen, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

sans réflexion sur le rapport juridique dont elles sont l'objet. Dès lors, elle fait naître de nombreuses interrogations sur son articulation avec le droit de la propriété intellectuelle⁹⁶³. Si les informations peuvent être protégées sans que l'existence d'un rapport juridique soit démontrée, les conditions d'appropriation des biens, objets de droits de propriété intellectuelle, aussi qualifiés d'informations, ont vocation à disparaître, emportant avec elles le droit de la propriété intellectuelle. Le réseau de normes pénales applicables au droit de la propriété intellectuelle pourrait alors perdre son objet. Bien que des débats intenses relatent les inquiétudes de la doctrine quant au maintien du libre parcours des informations⁹⁶⁴, le législateur semble y être sourd puisqu'il a consacré, par une loi du 13 novembre 2014, les incriminations d'extraction, de détention, de reproduction et de transmission frauduleuses de données contenues dans un système automatisé.

PARAGRAPHE II - La consécration législative d'une protection pénale générale des informations

357. L'interdiction de l'extraction, de la détention, de la reproduction et de la transmission frauduleuses de données contenues dans un système de traitement automatisé - Les infractions contre les systèmes de traitement automatisé de données sont les seules du livre troisième du code pénal à porter, expressément sur des biens incorporels non rivaux⁹⁶⁵. A l'origine, la protection pénale portait uniquement sur le droit de propriété relatif au système et sur son intégrité. Si quelques cumuls de qualifications avaient pu être remarqués⁹⁶⁶, ces infractions s'articulaient sans difficulté avec les autres infractions codifiées dans le code pénal, notamment celles relatives aux traitements des données à caractère personnel⁹⁶⁷. La modification de certaines dispositions du chapitre consacré à la protection des systèmes de traitement automatisé de données, par la loi du 13 novembre 2014⁹⁶⁸, pourrait être à l'origine d'un nouvel ordonnancement de la protection, pénale et extra-pénale, des informations. En effet, en voulant renforcer la lutte contre le terrorisme, le législateur a incriminé des actes portant sur les données contenues dans ces systèmes. Il ajoute à l'article L. 323-3 du code pénal, l'interdiction d'extraire, de détenir, de reproduire et de transmettre frauduleusement des données formant leur contenu. La protection ne porte donc plus sur le système de traitement, mais sur les données puisque la sanction de ces actes n'exige pas la démonstration d'une atteinte au système. Ces nouvelles incriminations, consacrant une protection pénale générale des données informatisées, sans considération de leur nature (I), bouleversent la cohérence interne du code pénal (II).

⁹⁶³ Voir *infra* n° 408 et s. sur les concours de qualifications entre les infractions du livre troisième du code pénal et celles du code de la propriété intellectuelle.

⁹⁶⁴ Les informations qui ne satisfont pas les conditions d'appropriation, actuellement établies par la loi.

⁹⁶⁵ Art. 323-1 à 323-8 du CP.

⁹⁶⁶ D. Chilstein, « Législation sur la cybercriminalité en France », *RIDC* 2010, vol. LXII, n° 2, p. 553-606, spéc. p. 563.

⁹⁶⁷ Art. 226-16 à 226-24 du CP.

⁹⁶⁸ Loi, n° 2014-1353, du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

I- Les données informatisées, biens incorporels non rivaux pénalement protégés

358. Le contournement de tous les obstacles à la protection pénale des informations -

Tous les obstacles à la reconnaissance des informations comme objets – ou *instrumenta* – de vol, d’abus de confiance et de recel, franchis par les juges au prix, parfois, d’acrobaties interprétatives⁹⁶⁹, ont été contournés, par le législateur, avec la loi du 13 novembre 2014⁹⁷⁰. La condition d’appropriation des informations est évacuée. Aucun critère relatif à la nature des données n’est exigé, la seule condition étant leur informatisation (A). En outre, si l’évolution de l’élément matériel vers une acception intellectuelle est conforme aux adaptations précédemment étudiées, la loi incrimine des actes susceptibles d’être purement intellectuels (B).

A- Une protection pénale dépourvue de condition

359. L’ajout d’un objet à l’article 323-3 du code pénal - Avant la réforme de 2014, l’article 323-3 du code pénal incriminait l’introduction, la suppression ou la modification frauduleuse des données contenues dans un système de traitement automatisé. Certes, ces actes portaient atteinte aux données, mais ils avaient, aussi, pour conséquence, la modification du système. En ajoutant l’interdiction d’extraire, de détenir, de reproduire et de transmettre frauduleusement les données contenues dans le système, le législateur a ajouté un objet à ce texte. En effet, la protection ne concerne plus le système, mais les données puisque leur reproduction et leur détention ne modifient pas le contenu du système.

360. La protection pénale de toutes les données informatisées - Ces nouvelles incriminations visent les données. Aucune précision n’est apportée par le législateur, si ce n’est qu’elles doivent être contenues dans un système de traitement automatisé. D’une part, il n’exige pas qu’elles soient l’objet d’un rapport juridique. Les données, nonobstant le fait qu’elles soient étrangères à un régime juridique spécifique, tel que celui des données à caractère personnel ou des secrets d’affaires, entrent donc dans le champ d’application de cette disposition. Le caractère frauduleux de la reproduction peut être caractérisé par le contournement de contrôles d’accès sécurisant le système. Lorsque l’accès au système est public, tel qu’un site Internet, le caractère frauduleux de la reproduction des données peut, notamment, être caractérisé par la violation des conditions générales d’utilisation du système⁹⁷¹. Toutefois, en l’absence de condition quant à la nature de ces données, tout éditeur d’un site Internet qui porte à la connaissance des utilisateurs sa décision d’interdire la reproduction des données le composant,

⁹⁶⁹ Voir *supra* n° 292 et s.

⁹⁷⁰ Loi, n° 2014-1353, du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

⁹⁷¹ CA Paris, pôle 4, ch. 11, 15 sept. 2017, *M. X. c/ Weezevent* : (disponible sur www.legalis.net) ; CCE 2018, n° 2, comm. 16, E.-A. Caprioli.

pourra bénéficier de l'application de cette disposition. La légitimité de l'appropriation des données est alors évacuée au profit d'une protection pénale générale.

361. La rupture avec la protection traditionnellement limitée des informations - Cette réforme marque une dissension profonde entre le droit pénal et le droit civil, quant à l'appréhension des informations par le droit. Dans une société démocratique, dont la liberté d'expression et de communication constitue une des garanties, toutes les informations ne peuvent être appropriées. Certaines bénéficient d'une protection, nécessaire au développement du commerce et de l'industrie, ainsi que de la culture. Il en est ainsi des droits de propriété intellectuelle. Un raisonnement similaire a amené l'Union européenne à protéger certaines informations commerciales⁹⁷². A l'inverse du droit de la propriété intellectuelle, qui accorde une protection aux biens afin qu'ils puissent être rendus publics, la directive dite secrets d'affaires élabore un régime juridique pour des informations, dont la valeur réside dans leur caractère confidentiel. La protection des informations, oscillant entre révélation et secret, concerne, aussi, les données à caractère personnel, les informations relevant du secret professionnel ou celles contenues dans des correspondances. La liste des informations juridiquement protégées est donc limitée afin de concilier les intérêts.

362. Une protection pénale dépourvue de réflexion sur le statut juridique des informations - La consécration législative d'une protection pénale générale des données informatisées laisse pantois. D'une part, la distinction de la protection entre les données informatisées et celles qui ne le sont pas n'apparaît pas légitime. Certes, issue d'une loi de lutte contre le terrorisme, justifiant la protection accordée aux données informatisées, cette disposition est, néanmoins, susceptible d'être appliquée en dehors des hypothèses d'infractions terroristes. Dès lors, ce critère de distinction de protection des données manque de pertinence car il fait naître une rupture d'égalité devant la loi. Les données sur un site Internet, quelles qu'elles soient, trouvent protection sur ce fondement, tandis que les données apparaissant sur un support corporel ne sont pénalement protégées qu'à condition de la démonstration de leur appartenance à une catégorie de données légalement déterminée. D'autre part, le législateur distend le lien entre le droit civil et le droit pénal. Traditionnellement, une chose ou un fait, appréhendé par le droit, voit son régime juridique civilement défini et une protection pénale lui est, éventuellement, accordée. En décidant de la protection pénale des données informatisées, le législateur leur confère le statut de biens, objets de droit réel, en dehors de tout régime juridique existant. Cette réforme procède d'un renversement de la logique juridique, puisque le droit pénal précède la réflexion sur l'appréhension de cette chose par le droit⁹⁷³.

⁹⁷² Directive (UE), 2016/943, du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁹⁷³ Voir *infra* n° 867 et s.

363. Une protection pénale trop étendue - Outre la protection des informations, dépourvue de condition permettant d'exclure du champ pénal celles nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression et de communication, le législateur a incriminé quatre actes dont l'un est susceptible d'être purement intellectuel.

B- L'incrimination d'actes matériels et intellectuels

364. L'extraction et la reproduction des données, actes matériels - L'extraction et la reproduction de données ne présentent pas de difficulté puisqu'elles impliquent la réalisation d'un acte matériel. De surcroît, l'incrimination porte sur des données informatisées, par conséquent, le législateur a choisi des termes adaptés aux biens incorporels non rivaux, qui n'exigent pas une dépossession du titulaire du système.

365. La transmission des données, entre acte matériel et intellectuel - Si la transmission peut être effectuée par un acte matériel, l'incrimination n'exclut pas qu'elle le soit oralement. Si une intervention physique de la personne est nécessaire, à défaut d'existence d'un support corporel, la matérialité de l'acte de transmission des données est fortement atténuée. La transmission orale d'une information s'apparente alors aux actes de communication au public, incriminés en droit de la propriété intellectuelle.

366. La détention des données, acte purement intellectuel - La notion de détention appliquée à des biens incorporels pourrait faire naître les mêmes interrogations qu'en matière de recel⁹⁷⁴. Il faut donc entendre ce terme dans son acception intellectuelle, la détention traduisant le pouvoir juridique qu'exerce une personne sur un bien. Toutefois, la mémorisation des données ne peut-elle pas constituer une détention ? Or, la seule détention cérébrale d'une information peut-elle être incriminée ? Si sa légitimité peut être discutée, il semble que des difficultés de preuve pourraient rendre cette infraction ineffective⁹⁷⁵.

367. Des infractions perturbant les équilibres au sein du code pénal - La protection générale des données contenues dans des systèmes de traitement automatisé, certes, peut être perçue comme l'approbation, par le législateur, de l'intellectualisation prétorienne des délits contre les biens codifiés dans le code pénal, notamment en raison de l'incrimination de la reproduction de données. Cependant, ces nouvelles infractions, relatives aux données informatisées, pourraient dépouiller celles de vol, d'abus de confiance et de recel, de leur nouvel objet, dès lors que les informations sont informatisées. Au sein du code pénal, des concours de

⁹⁷⁴ Voir *supra* n° 347.

⁹⁷⁵ Il est intéressant de remarquer que le droit pénal de la propriété intellectuelle incrimine la détention des biens, en vue, notamment, de leur vente, exportation ou importation. La détention du bien n'est incriminée qu'en raison de l'usage projeté, qui en est la cause.

qualifications pourraient, aussi, naître avec les infractions relatives aux traitements des données à caractère personnel⁹⁷⁶.

II- La protection pénale générale des données informatisées, source de bouleversements internes au code pénal

368. Des bouleversements internes au code pénal - Les efforts des magistrats pour adapter les infractions de vol, d'abus de confiance et de recel aux biens incorporels non rivaux sont susceptibles d'être anéantis par la consécration de ces incriminations. Dans l'hypothèse où des données, contenues sur un site Internet ou enregistrées sur un réseau intranet, sont reproduites frauduleusement, les infractions de vol et d'abus de confiance s'avèrent inutiles en présence de l'infraction de reproduction de données contenues dans un système de traitement automatisé. Il en est de même pour la détention des données qui a, de surcroît, pour avantage de ne pas constituer une infraction de conséquence comme le recel. En outre, en l'absence de définition légale, l'interprétation extensive, par les juges, de la notion de système de traitement automatisé⁹⁷⁷, réduit considérablement le champ d'application de ces infractions traditionnelles. Enfin, les actes faisant office d'éléments matériels sont similaires à ceux inclus dans la définition du traitement des données personnelles et pourront être à l'origine de concours idéaux d'infractions.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

369. La consécration d'une protection pénale générale des données informatisées soulève de nombreuses questions, tant sur l'absence de condition que sur le choix des éléments matériels, autorisant la répression d'actes purement intellectuels. La modification de l'article 323-3 du code pénal par cette loi du 13 novembre 2014 avait vocation à renforcer la lutte contre le terrorisme, toutefois, elle met en péril l'exercice de la liberté d'expression et de communication. L'ampleur du champ de ces nouvelles infractions amène à s'interroger sur leur articulation avec les infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle. Le constat est identique que celui réalisé à l'issue de la démonstration de l'adaptation des autres infractions du livre troisième du code pénal aux informations. Certes, ces nouvelles infractions relatives aux données contenues dans les systèmes de traitement automatisé sont susceptibles d'appréhender certaines atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Toutefois, la méthode employée bouleverse l'équilibre du réseau de normes pénales qui lui sont applicables. Il conviendra alors de s'interroger sur l'avenir de certaines infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle.

⁹⁷⁶ Ces infractions aux systèmes de traitement automatisé de données entrent, aussi, en concours avec les infractions du code de la propriété intellectuelle. Ces concours feront l'objet d'une étude approfondie – Voir *infra* n° 378 et s.

⁹⁷⁷ Voir *infra* n° 380 et n° 381.

CONCLUSION DE LA SECTION II

370. Tant les juges que le législateur œuvrent pour adapter les infractions, contenues dans le livre troisième du code pénal, aux caractères incorporels et non rivaux des biens. L'entreprise est audacieuse et exige une grande rigueur, dont manquent les juges et le législateur. Si l'adaptation de l'infraction d'abus de confiance est réalisée sans difficulté majeure, celle de l'infraction de vol est à l'origine d'une longue entreprise suscitant quelques acrobaties prétoriennes. Leur conception intellectuelle tend à accorder au droit de propriété son véritable statut d'objet de l'infraction, reléguant les choses, au rang d'*instrumentum* de l'atteinte portée au droit. Cependant, le travail législatif et prétorien aboutit à accorder une protection pénale à des informations auxquelles tout rapport d'appropriation a, jusqu'à présent, été refusé. L'absence de condition relative à la nature de ces informations crée une confusion car, en principe, seules certaines informations bénéficient d'un statut juridique et peuvent être appropriées, notamment sur le fondement du droit de la propriété intellectuelle. L'ouverture du livre troisième du code pénal aux biens non rivaux a donc pour effet d'étendre le réseau de normes pénales applicables au droit de la propriété intellectuelle. Ce foisonnement d'infractions protégeant ce droit pourrait apparaître salubre pour la lutte contre la contrefaçon. Or, tant le droit pénal du droit de la propriété intellectuelle que le droit de la propriété intellectuelle voient leur intérêt fortement diminuer.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

371. L'ordonnancement de la protection des biens, objets de droits de propriété intellectuelle, matérialisé par le code de la propriété intellectuelle et le code pénal, le second complétant le premier, est bouleversé. La méthode choisie pour adapter les infractions de vol, d'abus de confiance et de recel aux biens incorporels non rivaux, et la consécration légale d'une protection pénale générale des données informatisées désorganisent le réseau de normes pénales applicables au droit de la propriété intellectuelle. La protection pénale des informations, quelle que soit la nature du rapport juridique dont elles sont l'objet, réduit considérablement l'utilité du droit pénal de la propriété intellectuelle et amène à s'interroger sur la pertinence du maintien de l'existence de ce droit, dont les conditions d'appropriation deviennent superfétatoires, à l'aune d'une protection qui en est dépourvue. Si l'adaptation des infractions contre les biens, aux biens incorporels non rivaux, fait souffler un vent de modernité sur le code pénal, il appartient aux juges d'adopter une jurisprudence respectueuse des conditions d'appropriation des informations et au législateur de préciser les différents régimes juridiques. En dépassant ces difficultés et en comparant les infractions du livre troisième du code pénal avec celles du code de la propriété intellectuelle, il apparaît qu'elles sont source de nombreux concours de qualifications. Le réseau de droit pénal, applicable à la propriété intellectuelle, ressemble alors davantage à un sac de nœuds qu'à un beau filet.

CONCLUSION DU TITRE I

372. Le droit de la propriété intellectuelle est protégé par un réseau de normes pénales dont l'articulation se révèle complexe. Le droit pénal de la propriété intellectuelle constitue un droit spécialement élaboré par le législateur. Si son existence est corrélée à celle de la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle, leur alliance ne relève pas de l'évidence. Le caractère malléable, souple, du droit de la propriété intellectuelle dont la construction ressort en grande partie de la jurisprudence interne et européenne, s'oppose à la nature rigide du droit pénal enserré dans des principes fondamentaux. Bien que les écueils soient nombreux, l'analyse démontre que le législateur a su adapter le droit pénal au droit de la propriété intellectuelle. Certes, les infractions massives et transfrontalières présentent elles-aussi des difficultés pour le droit pénal. Néanmoins, elles ne sont pas spécifiques au droit de la propriété intellectuelle. Or, il appert que les solutions instaurées par le législateur, soit communes, soit pour des contentieux dont les infractions présentent ces mêmes caractéristiques, ne peuvent s'appliquer au droit de la propriété intellectuelle en raison d'une résistance de sa part. Les difficultés rencontrées par le droit pénal, pour lutter contre ces infractions, sont donc principalement dues au caractère technique du droit de la propriété intellectuelle, limitant la mise en œuvre de procédures rapides ou fondées sur un accord entre la victime et l'auteur de l'infraction, et à la nature territoriale de ce droit, excluant l'application des règles d'extraterritorialité du droit pénal.

Ce droit pénal forme un réseau de normes avec les infractions du livre troisième du code pénal. Certaines complètent utilement les vides répressifs du premier, d'autres s'y superposent. La modernisation de ces infractions, traditionnellement considérées comme limitées aux biens corporels, permet de les appliquer aux biens incorporels non rivaux, principalement aux informations. Le réseau de normes pénales applicables au droit de la propriété intellectuelle est alors enrichi de ces incriminations. Sa protection pénale déborde le code de la propriété intellectuelle pour se situer, aussi, dans le code pénal. De ces évolutions, deux constats, fondés sur l'ouverture de ces infractions aux informations, apparaissent déterminants pour l'étude de l'articulation de ces normes au sein du réseau. D'une part, leur application aux biens incorporels non rivaux implique une conception intellectuelle de ces infractions. L'objet de l'infraction n'est plus la chose, mais le droit de propriété. D'autre part, une protection générale est offerte aux informations, tant par la jurisprudence que par le législateur, sans considération de leur caractère appropriable. Si le premier constat tend à rapprocher les infractions du code pénal de celles du code de la propriété intellectuelle, le second atténue considérablement l'intérêt des infractions spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, dont l'application est soumise à la démonstration du caractère appropriable du bien-information concerné. La convergence de ces infractions laisse alors entrevoir une concurrence.

TITRE II

L'ÉCHEC DU DROIT PENAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

373. Le droit pénal de la propriété intellectuelle, entre inefficacité et ineffectivité - La protection du droit de la propriété intellectuelle par son droit pénal spécial est un échec. Les efforts du législateur pour l'adapter au caractère civiliste du droit de la propriété intellectuelle et aux spécificités de ses infractions s'avèrent vains. Deux causes de son ineffectivité peuvent être identifiées. La première, exogène, réside dans la concurrence entre les normes pénales du réseau, causée par l'évolution des infractions du livre troisième du code pénal. Certes, l'adaptation de ces infractions aux biens incorporels non rivaux et la protection des informations, sans considération de leur nature, accroît le *corpus* de normes au service du droit de la propriété intellectuelle. Cependant, une atteinte à un droit de propriété intellectuelle peut emprunter plusieurs qualifications. Des infractions du code de la propriété intellectuelle, ainsi que des infractions du code pénal sont susceptibles de servir de fondement à la condamnation de l'acte illicite. Bien que les premières soient spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, en l'absence de hiérarchie entre ces infractions⁹⁷⁸, la règle *specialia generalibus derogant* n'est d'aucun secours. De surcroît, dépourvue d'assise légale, le juge n'y est pas tenu. Malgré l'existence de règles déterminant son choix, les premières décisions démontrent que les juges appliquent l'infraction la moins difficile à mettre en œuvre. La concurrence entre les fondements n'est donc pas à l'avantage des infractions du code de la propriété intellectuelle. Si ces solutions sont encore rares, en raison de la jurisprudence récente et inconstante de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, l'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle paraît inévitable (CHAPITRE I). La seconde cause d'ineffectivité est endogène à ce droit pénal spécial. Si les adaptations des incriminations, au droit de la propriété intellectuelle, sont réussies, le choix de peines est peu judicieux ; or les fonctions de sanction et de dissuasion du droit pénal sont corrélatives aux peines. Ni leur nature, ni leur *quanta* ne leur permettent d'être efficaces. Pourtant, le droit pénal constitue un instrument parfaitement adapté à l'anéantissement de la nature lucrative des infractions et la doctrine utilitariste a, depuis longtemps, théorisé les conditions de mise en œuvre de la fonction de dissuasion du droit pénal. Nonobstant les exemples apportés notamment par le droit pénal fiscal, le législateur reste sourd à l'indispensable réforme des peines du droit pénal de la propriété intellectuelle. Inefficaces, elles n'incitent pas les victimes à agir sur ce fondement. Inadaptées, les procureurs sont peu enclins à poursuivre et, malgré la diversité des peines de droit commun, les juges ne font guère usage des peines complémentaires ou de substitution. L'inefficacité entraîne l'ineffectivité. Le droit pénal de la propriété intellectuelle, pris dans cette spirale, dont le mouvement est renforcé par l'augmentation régulière des *quanta* par le législateur, perd sa crédibilité (CHAPITRE II).

⁹⁷⁸ Voir *supra* n° 258 et s.

CHAPITRE I

Le droit pénal de la propriété intellectuelle à l'épreuve des concours de qualifications

« Attention, car les ressemblances sont grandes.
Ce sont des ressemblances identiques »⁹⁷⁹

374. Un effet de miroir - Les convergences entre les infractions du code de la propriété intellectuelle et celles du code pénal sont multiples. Historiquement, la contrefaçon de marque était assimilée à l'infraction de faux⁹⁸⁰. La contrefaçon d'œuvres de l'esprit peut, quant à elle, coïncider avec le faux artistique, notamment lorsque le droit de paternité n'est pas respecté⁹⁸¹. Les similitudes entre les infractions directes aux droits de propriété intellectuelle et le faux ou l'usage de faux peuvent, dans certaines circonstances, être source de concours de qualifications. Ces liens sont connus⁹⁸² et les récentes évolutions des infractions de vol, d'abus de confiance, de recel et de celles relatives aux systèmes de traitement automatisé de données invitent à l'étude des nouveaux concours de qualifications qui en résultent. En effet, en adaptant les éléments des infractions du livre troisième du code pénal aux biens incorporels non rivaux et en offrant une protection pénale aux informations, quelle que soit leur nature, le législateur et les juges ont, soit révélé l'ampleur de leurs champs d'application, soit les ont étendus. Les éléments matériels de ces infractions apparaissent similaires à ceux constituant les infractions du code de la propriété intellectuelle. La comparaison, entre, d'une part, le vol, l'abus de confiance, le recel et, d'autre part, les incriminations spécifiquement élaborées pour le droit de la propriété intellectuelle, révèle l'effet de miroir. Une convergence existe, aussi, entre les systèmes de traitement automatisé de données et les bases de données et les logiciels. Identiques par leurs éléments d'incrimination, sans toutefois être rédigées dans les mêmes termes, les incriminations portant sur ces biens entrent en concours.

375. La notion de concours de qualifications - Le concours de qualifications est formé lorsqu'un fait peut emprunter plusieurs qualifications pénales. Ce concours doit être distingué du concours d'infractions, défini à l'article 132-2 du code pénal, qui suppose qu'une infraction soit commise avant que l'individu n'ait été condamné pour une infraction précédente. Ce dernier doit, aussi, être différencié du concours né de la commission d'un seul fait, constituant

⁹⁷⁹ Eugène Ionesco, *La leçon*, in *La cantatrice chauve, suivie de La leçon*, Gallimard, coll. Folio, 1954, p. 130.

⁹⁸⁰ Voir *supra* n° 19.

⁹⁸¹ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 1038, p. 902 et s. ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 746, p. 800.

⁹⁸² S. Durrande, « L'artiste, le juge pénal et le faux artistique, plaider pour une loi méconnue », *RSC* 1989, p. 682 ; P. Henaff, « Les lacunes de la loi de 1895 sur le faux artistique », *CCE* 2006, ét. 5 ; A. Lucas-Schloetter, « La contrefaçon artistique : état des lieux », *CCE* 2011, ét. 3 ; A.-S. Chavent-Leclerc, « Faux et contrefaçon : quelles qualifications pénales ? », *Juris art etc* 2017, n° 46, p. 21.

la réalisation de plusieurs infractions. L'acte unique porte en lui la violation de plusieurs valeurs sociales. La doctrine a alors théorisé cette différence en qualifiant les premiers, de concours réels d'infractions, et les seconds, concours idéaux d'infractions⁹⁸³. Contrairement à ceux-ci, le concours de qualifications, identifié par Ortolan⁹⁸⁴, n'est pas envisagé par le législateur, puisqu'il serait l'aveu d'un travail législatif peu rigoureux.

376. Du rapprochement à l'élimination - La similarité des éléments des incriminations est source de concours de qualifications, car elle confère un choix entre les infractions contre les biens, situées dans le livre troisième du code pénal, et celles spécifiquement élaborées pour les droits de la propriété intellectuelle. En effet, en l'absence de rapport hiérarchique entre les infractions du livre troisième du code pénal et celles du code de la propriété intellectuelle, les droits de propriété intellectuelle, dont les biens constituent des informations particulières⁹⁸⁵, sont susceptibles de trouver une protection pénale sur le fondement de ces infractions (SECTION I). Si ces concours révèlent un rapprochement entre ces infractions, le droit pénal de la propriété intellectuelle n'en ressort pas victorieux. Contrairement aux concours idéaux d'infractions qui invitent au cumul des peines dans la limite du *quantum* le plus élevé, les concours de qualifications imposent au juge de choisir une incrimination. Certes, les règles de résolution de ces concours protègent l'effectivité des infractions du code de la propriété intellectuelle. Toutefois, celles-ci exigent la démonstration de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle et, par conséquent, la mise en œuvre des conditions d'attribution de ce droit⁹⁸⁶. Or, les difficultés d'application, inhérentes à ces conditions préalables, contrastent avec l'absence de condition de protection des informations sur le fondement des infractions du code pénal. Bien que l'appropriation de l'information doive, en principe, être démontrée, afin que sa reproduction puisse être sanctionnée sur le fondement du vol ou de l'abus de confiance, les juges se contentent de son affirmation⁹⁸⁷. Quelques arrêts révèlent déjà ce déplacement de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle vers le code pénal (SECTION II).

⁹⁸³ E. Clément, « Concours et cumuls des infractions contre les biens », *AJ Pénal* 2017, p. 219.

⁹⁸⁴ Ortolan, *Eléments de droit pénal*, Plon, 3^e éd, 1863, t. 1, n° 1147, p. 515.

⁹⁸⁵ Voir *supra* n° 7 et s.

⁹⁸⁶ Sur les conditions préalables des infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, voir *supra* n° 89 et s.

⁹⁸⁷ Voir *supra* n° 310 et n° 333.

SECTION I - Des concours de qualifications d'origine légale et prétorienne

377. Deux sources de concours de qualifications - Lorsqu'un fait est incriminé par plusieurs textes, il peut recevoir diverses qualifications. Elles peuvent être soit des « *infractions ubiquistes* », soit des « *faux jumeaux* »⁹⁸⁸. La nature ubiquiste des infractions est révélée par leur rédaction en des termes identiques et leur insertion dans différents codes, selon la technique de l'article pilote et de l'article suiveur⁹⁸⁹. Bien qu'il existe plusieurs dispositions, une seule infraction est réellement incriminée. Les « *faux jumeaux [...] sont des infractions définies en des termes sensiblement divergents et que la loi flanque généralement de peines distinctes* »⁹⁹⁰. Ils incriminent le même fait et protègent la même valeur. L'étude comparative des incriminations spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et de certaines infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal, révèle l'existence d'infractions-doublons constituant des « *faux jumeaux* ». De tels concours de qualifications sont l'œuvre du législateur (PARAGRAPHE I) ou du juge (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - Les concours de qualification d'origine légale

378. Les infractions aux systèmes de traitement automatisé de données et les infractions aux droits de la propriété intellectuelle en concours - Les concours de qualifications observés entre les incriminations relatives aux systèmes de traitement automatisé de données et celles spécifiques aux droits de propriété intellectuelle sont de deux sortes. Lorsque le bien, objet de droit de propriété intellectuelle, peut être qualifié de système de traitement automatisé de données, le concours de qualifications naît de l'identité des biens protégés et des éléments matériels incriminés (I). Si le bien, objet de propriété intellectuelle, constitue une donnée contenue dans un système de traitement automatisé, le concours prend alors sa source dans l'identité des éléments matériels incriminés⁹⁹¹ (II).

⁹⁸⁸ S. Detraz, « Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. Pal.* 2013, n° 247 à 248, p. 12-15, spéc. p. 14.

⁹⁸⁹ Par analogie avec les notions de code pilote et de code suiveur, voir *supra* n° 259.

⁹⁹⁰ S. Detraz, « Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. Pal.* 2013, n° 247 à 248, p. 12-15, spéc. p. 14.

⁹⁹¹ L'élément moral est, quant à lui, formé, pour toutes ces infractions, par le seul dol général, la volonté de réaliser l'acte incriminé. Si au regard de l'articulation des textes, et par ce qui semble être une maladresse du législateur, le droit des marques comporte quelques délits d'imprudence ou de négligence, la jurisprudence révèle qu'ils sont considérés comme étant intentionnels (voir *supra* n° 83). La correspondance de l'élément moral de ces infractions avec celui des infractions, codifiées dans le code pénal, peut alors être affirmée sans qu'il semble utile d'y consacrer davantage de lignes.

I- Les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, qualifiés de systèmes de traitement automatisé de données

379. Des concours parfaits - D'une part, des concours de qualifications existent entre les infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données et les infractions contre les droits du producteur d'une base de données. En effet, dès lors qu'elle est informatisée, une base de données peut être qualifiée de système de traitement automatisé de données. D'autre part, en s'abstenant de définir cette notion, le législateur laisse au juge une marge d'interprétation qui lui permet de l'appliquer aux logiciels. Des biens, objets de droits de propriété intellectuelle, peuvent alors être qualifiés de systèmes de traitement automatisé de données. La conjugaison de l'identité des biens concernés par ces infractions (A) à celle de leurs éléments matériels (B), fait apparaître des concours parfaits de qualifications.

A- La protection de biens identiques

380. L'absence de définition légale du système de traitement automatisé de données - Si la notion de système de traitement automatisé de données n'est pas définie par le législateur, une définition avait été proposée par le Sénat lors de l'élaboration de la loi dite Godfrain⁹⁹². Certes, elle n'a pas été retenue par l'Assemblée nationale, mais seulement en raison de considérations méthodologiques, ce qui autorise les juges à s'en inspirer⁹⁹³. Un système de traitement automatisé de données avait alors été défini comme « *tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoires, de logiciels, de données, d'organes d'entrées-sorties et de liaisons, qui concourent à un résultat déterminé, cet ensemble étant protégé par des dispositifs déterminés* »⁹⁹⁴. Il constitue donc un ensemble de divers éléments mis en relation afin d'obtenir un résultat déterminé. La condition de dispositif de sécurité a été écartée de la loi. Une telle définition est néanmoins difficile d'application pour des béotiens en informatique. L'absence de définition légale de cette notion a fondé le moyen d'inconventionnalité de l'article 323-3 du code pénal, en raison de l'atteinte portée au principe de légalité des délits et des peines, énoncé à l'article 7 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, soulevé par les avocats de Monsieur Kerviel, devant la cour d'appel de Paris. Bien qu'irrecevable car nouveau en appel, la cour d'appel y répond, d'une part, en rappelant, la définition proposée par le rapporteur au Sénat lors des travaux parlementaires et, d'autre part, en affirmant que « *la doctrine précise que la notion même de système suppose que ces éléments*

⁹⁹² Loi, n° 88-19, du 5 janv. 1988 relative à la fraude informatique.

⁹⁹³ J.-P. Buffelan, « La répression de la fraude informatique », *Expertises*, févr. 1988, p. 55 ; H. Croze, « L'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique (à propos de la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique) », *JCP G* 1988, I, 3333, spéc. n° 7 ; J. Devèze, « Commentaire de la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique », in *Lamy Droit de l'informatique* 1987, MAJ févr. 1988, p. 3, spéc. n° 53.

⁹⁹⁴ J. Thyraud, Rapport sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale, relative à la fraude informatique, Doc. Sénat, n° 3 (1987-1988), spéc. p. 51-53.

soient unis dans le but de produire un résultat déterminé : le traitement automatisé de données ; qu'en outre, la notion de données doit être considérée dans son acception la plus étendue comme la représentation d'une information, la forme et non la substance d'un élément de connaissance quelconque ; qu'il s'en déduit que les termes qui définissent la notion de "système de traitement automatisé de données" sont immédiatement intelligibles et n'ont d'ailleurs donné lieu à aucune difficulté d'interprétation par les tribunaux, la seule interrogation portant en jurisprudence sur la nature de l'élément intentionnel »⁹⁹⁵. Une telle affirmation semble oublier les errements jurisprudentiels quant à l'application de cette notion. Pourtant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 19 mars 2014⁹⁹⁶, rejette le pourvoi en affirmant que l'article 323-3 du code pénal « est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire ».

381. L'interprétation large de la notion de système de traitement automatisé de données - L'absence de définition légale laisse toute latitude au juge pour qualifier divers biens de systèmes de traitement automatisé de données. Or, contrairement à ce qu'affirme la cour d'appel de Paris dans l'arrêt précité, la variété de biens ainsi qualifiés révèle les difficultés d'interprétation. De manière audacieuse, le tribunal de grande instance de Paris a qualifié le système de carte bleue de système de traitement automatisé de données, dont les terminaux de paiement font partie intégrante⁹⁹⁷.

382. La qualification de logiciels de systèmes de traitement automatisé de données - Parmi les différents biens qualifiés de système de traitement automatisé de données par les juges, l'un d'eux retient l'attention car une telle qualification est source de concours. La condition d'ensemble composé de divers éléments a été écartée par la cour d'appel de Douai, afin d'accorder, à un logiciel, la qualification de système de traitement automatisé de données et la protection pénale qui en découle⁹⁹⁸. Elle sanctionne la copie d'un logiciel de comptabilité, effectuée sans autorisation, sur le fondement du code pénal, écartant la qualification de délit de contrefaçon. Empruntant la même voie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation qualifie, implicitement, un logiciel de comptabilité de système de traitement automatisé de données⁹⁹⁹. L'imprécision de la décision quant au bien concerné, permise par l'absence de contestation de la qualification, démontre le malaise des juges. En effet, un tiers a modifié la cotation d'actes effectués par le Groupement d'Imagerie Médicale. Il est indiqué que le prévenu a modifié le programme de gestion informatique du Groupement, « spécialement en remplaçant dans le logiciel » le code d'identification des actes, ce qui « constitue la modification de données contenues dans un système de traitement automatisé ». Cette même Chambre a, aussi, appliqué

⁹⁹⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 12, 24 oct. 2012, n° 11/00404.

⁹⁹⁶ Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416 : *Bull. crim.* 2014, n° 86.

⁹⁹⁷ TGI Paris, 13^e ch. corr., 25 févr. 2000, n° 25-022000.

⁹⁹⁸ CA Douai, 7 oct. 1992 : *JCP E* 1994, I, 359, n° 15, obs. M. Vivant.

⁹⁹⁹ Cass. crim., 8 févr. 2012, n° 11-81.865.

cette qualification à un système d'exploitation édité par Microsoft¹⁰⁰⁰, dont le rapprochement possible avec la notion de logiciel, programme d'ordinateur, démontre la difficulté d'appréhension de ces biens informatiques par le droit.

383. La base de données, « l'introuvable notion »¹⁰⁰¹ - La base de données, notion issue de la directive européenne qui a institué son régime juridique¹⁰⁰², est définie comme « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique et méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* »¹⁰⁰³. Monsieur le Professeur Vivant a démontré que les termes choisis confèrent à cette notion un si large champ, que ses frontières avec certains biens, tels que les index, les anthologies, les compilations ou les logiciels, sont difficiles à percevoir¹⁰⁰⁴. D'une part, la définition concorde mal avec la dénomination, puisqu'elle suppose qu'une base de données puisse être composée d'autres éléments que des données. D'autre part, les analogies avec d'autres biens sont décuplées par l'ouverture de la notion à la « *base papier* »¹⁰⁰⁵.

384. Les bases de données qualifiées de systèmes de traitement automatisé de données - L'absence de définition légale des systèmes de traitement automatisé de données et la définition baroque de la base de données offrent aux juges la possibilité de qualifier les bases de données électroniques de systèmes de traitement automatisé de données. En effet, un arrêt, rendu le 3 octobre 2007 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, révèle l'assimilation, par les juges, d'une base de données à un système de traitement automatisé de données¹⁰⁰⁶. Le prévenu avait utilisé un code d'accès à une base de données au-delà de la période pour laquelle il lui avait été remis. S'il est précisé que la base de données est sous-tendue par un logiciel, l'accès et le maintien frauduleux dans le système de traitement automatisé de données sont caractérisés par « *l'accès* » ou « *la connexion à la base de données* ». Une telle qualification est expressément réalisée dans la décision de la Cour de cassation du 19 mars 2014, relative à l'affaire Kerviel¹⁰⁰⁷ et maintient la décision de la cour d'appel qualifiant la base de données, utilisée par le prévenu, de système de traitement automatisé de données. En effet, la cour explique que celui-ci saisissait des opérations fictives « *dans la base de données Eliot* » et conclut « *qu'il est indéniable que le système informatique Eliot mis à la disposition [du*

¹⁰⁰⁰ Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.346 : *Bull. crim.* 2009, n° 177 ; *RSC* 2010, p. 178, J. Francillon ; *JCP G* 2010, p. 18, note A. Lepage ; *D.* 2009, p. 806, obs. J. Lasserre Capdeville.

¹⁰⁰¹ Référence au titre d'un article écrit par Monsieur le Professeur Vivant : M. Vivant, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne », *D.* 1995, p. 197.

¹⁰⁰² Directive, 96/9/CE, du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

¹⁰⁰³ Art. L. 112-3 al. 2 du CPI.

¹⁰⁰⁴ M. Vivant, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne », *D.* 1995, p. 197.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ Cass. crim., 3 oct. 2007, n° 07-81.045 : *Bull. crim.* 2007, n° 236.

¹⁰⁰⁷ Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416 : *Bull. crim.* 2014, n° 86.

prévenu], pour passer ses ordres, lesquels ensuite étaient déversés dans les diverses bases de données de la banque, est bien un système de traitement automatisé de données au sens de l'article 323-3 du code pénal ; que [celui-ci] a reconnu avoir saisi personnellement ou fait saisir par son assistant trader des opérations fictives dans la base Eliot ». Eliot est, tout au long de la décision, indifféremment désigné comme étant une base ou un système et la qualification retenue de l'infraction est celle d'atteinte au système de traitement automatisé de données. Cette étude démontre que, contrairement à ce que la Chambre criminelle affirme¹⁰⁰⁸, les termes de l'article 323-3 du code pénal n'apparaissent pas si clairs et précis. Néanmoins, dès lors que les bases de données et les logiciels peuvent être qualifiés de systèmes de traitement automatisé de données, leurs infractions portent sur des biens identiques. La convergence de ces notions vers une qualification unique est ironique car le droit de la propriété intellectuelle refuse leur assimilation. Outre la qualification des biens concernés, l'identité des éléments matériels des incriminations démontre l'existence de concours de qualifications.

B- L'incrimination d'éléments matériels identiques

385. Les éléments matériels des infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données - Un chapitre entier du code pénal est consacré aux systèmes de traitement automatisé de données¹⁰⁰⁹. Les infractions peuvent être classées en quatre catégories, celles qui portent atteinte au système, celles qui portent atteinte aux données et les infractions mixtes comprenant celles qui portent principalement atteinte au système et accessoirement aux données et, à l'inverse, celles qui portent principalement atteinte aux données et accessoirement au système. Un tableau organisant les différents actes incriminés est situé en annexe¹⁰¹⁰.

386. Les éléments matériels des infractions aux droits des producteurs de bases de données - Le code de la propriété intellectuelle incrimine les atteintes aux droits des producteurs de bases de données¹⁰¹¹. Ces droits, définis négativement par l'article L. 342-1, sont, d'une part, l'extraction par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base de données sur un autre support et, d'autre part, la réutilisation, par la mise à disposition du public, de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base.

387. L'absorption des infractions aux droits des producteurs de bases de données informatiques par celles relatives aux systèmes de traitement automatisé de données - Les actes attribués exclusivement au producteur de la base de données sont contenus dans les

¹⁰⁰⁸ Voir *supra* n° 380.

¹⁰⁰⁹ Art. 323-1 à 323-8 du CP.

¹⁰¹⁰ Voir Annexes, tableau n° 2.

¹⁰¹¹ Art. L. 343-4 du CPI.

incriminations du code pénal relatives aux systèmes de traitement automatisé de données. D'une part, l'extraction de données est incriminée à l'article 323-3 alinéa 1 du code pénal, sans qu'il soit nécessaire de démontrer un accès ou un maintien frauduleux dans le système. Cette infraction inclut alors l'extraction de données, par transfert sur un autre support, incriminée par le renvoi de l'article L. 343-4 du code de la propriété intellectuelle à l'article L. 342-1 du même code, qui n'impose pas, non plus, la preuve d'un accès frauduleux à la base. L'incrimination du code pénal concerne toute extraction de données. Elle est donc plus large que celle du code de la propriété intellectuelle, qui exige que l'extraction porte sur une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base¹⁰¹². D'autre part, la réutilisation, par mise à disposition du public, entre dans le champ de l'incrimination de la transmission des données contenues dans le système, codifiée à l'article 323-3 alinéa 1 du code pénal. Par conséquent, dès lors qu'une base de données est considérée comme étant un système de traitement automatisé de données, la protection pénale du code de la propriété intellectuelle devient inutile au regard de celle, plus large, offerte par le code pénal.

388. Les éléments matériels du délit de contrefaçon de logiciel - Les atteintes aux droits de l'auteur d'un logiciel constituent un délit de contrefaçon. L'article L. 335-3 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle, siège de l'incrimination, renvoie à l'article L. 122-6 qui définit ces droits. Sous réserve des limites déterminées à l'article L. 122-6-1, l'auteur dispose, exclusivement, du droit de reproduction permanente ou provisoire du logiciel, du droit de le traduire, de l'adapter, de l'arranger ou de le modifier, ainsi que sa reproduction en résultant, du droit de mise sur le marché, à titre onéreux ou gratuit, et de location des exemplaires du logiciel, dans la limite des règles d'épuisement des droits par la première vente.

389. L'absorption des infractions aux droits de l'auteur d'un logiciel par celles aux systèmes de traitement automatisé de données - La reproduction, la modification et la transmission de données constituent les actes matériels des infractions contre les systèmes de traitement automatisé de données et correspondent aux droits de l'auteur d'un logiciel. L'exercice frauduleux de ces droits peut donc être, aussi, sanctionné sur le fondement de l'article 323-3 du code pénal.

¹⁰¹² Dans sa décision du 15 septembre 2017, la cour d'appel de Paris se prononce sur l'extraction frauduleuse de données contenues dans un système de traitement automatisé. Appliquant la loi du 13 novembre 2014 incriminant l'extraction de données contenues dans un tel système, la cour conclut à la constitution de l'infraction pour les faits postérieurs à son entrée en vigueur, en ayant préalablement précisé que l'extraction correspond à 44 380 fichiers, dont 7 776 ont été retrouvés sur le site du prévenu, soit 16% des données du site Internet de la société victime. La cour semble soumettre la caractérisation du délit à une condition d'ampleur de l'extraction pourtant absente de la disposition légale. Une telle analyse rappelle les conditions d'atteinte aux droits des producteurs de bases de données. Une telle confusion, dans les régimes de ces infractions, apparaît d'autant plus intéressante que l'arrêt mentionne les conditions d'utilisation du site Internet, qui affirment que toute exploitation du contenu du site, sans l'accord de la société, est constitutive d'un acte de contrefaçon : CA Paris, pôle 4, ch. corr, 15 sept. 2017, n° 17/00303.

390. L'existence de « faux jumeaux » - Les atteintes aux droits de l'auteur d'un logiciel et du producteur d'une base de données ne sont pas incriminées dans les mêmes termes que les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données et aux données qu'ils contiennent. Néanmoins, l'identité de leurs objets, des éléments matériels et de l'élément moral fait apparaître des concours de qualifications, considérés comme étant parfaits en raison de l'identité de tous leurs éléments. Une deuxième série de concours de qualifications naît de l'identité d'éléments matériels des incriminations. Ceux-ci ne sont qu'imparfaits puisque la condition de l'existence d'un système de traitement automatisé de données, qui n'apparaît pas dans les infractions aux droits de propriété intellectuelle, doit être remplie afin que les dispositions du code pénal relatives à ces systèmes s'appliquent.

II- Les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, contenus dans un système de traitement automatisé de données

391. Des concours parfaits et imparfaits - Lorsqu'un système de traitement automatisé contient des données qui remplissent les conditions d'appropriation par le droit de la propriété intellectuelle, les actes portant sur ces données peuvent être sanctionnés, soit sur le fondement des infractions spécifiques à ce droit, soit sur le fondement de l'article 323-3 du code pénal. En effet, en protégeant les données contenues dans un système de traitement automatisé, quelle que soit leur nature, et incriminant les mêmes actes, cette disposition du code pénal bénéficie d'un champ d'application qui recouvre celui des infractions aux droits de propriété intellectuelle. Si l'existence d'un tel système constitue une condition préalable à l'application des infractions du code pénal, celle-ci représente une circonstance aggravante aux infractions à certains droits de propriété intellectuelle. Dans la première hypothèse, le concours de qualifications est imparfait car la condition d'existence du système est extrinsèque aux infractions aux droits de la propriété intellectuelle ; dans la seconde, le concours de qualifications est parfait par le caractère intrinsèque de cette condition à ces infractions. Lorsqu'un système de traitement automatisé de données contient des données, objets d'un droit de propriété intellectuelle (A), les actes portant sur ces données, peuvent être sanctionnés tant sur le fondement du code pénal, que sur celui du code de la propriété intellectuelle (B).

A- L'existence d'un système de traitement automatisé de données, entre condition préalable et circonstance aggravante

392. La condition préalable du système de traitement automatisé de données - Un chapitre entier du code pénal est consacré aux atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données. Les infractions qu'il comporte nécessitent toutes que l'existence d'un tel système soit démontrée. L'étude des éléments matériels des infractions a mis en évidence le fait que certaines sanctionnent des atteintes au système, d'autres sanctionnent des atteintes aux données.

Le système de traitement automatisé de données ne constitue donc pas, toujours, le bien protégé. En d'autres termes, il peut ne pas être l'objet de ces infractions. Elément constitutif des infractions, ce système contenant des données représente la situation juridique placée sous la protection de la loi pénale. Son existence doit alors, préalablement, être démontrée à la mise en œuvre des infractions de ce chapitre.

393. Le réseau ou service de communication au public en ligne, circonstance aggravante - Le code de la propriété intellectuelle prévoit que les peines encourues sont plus élevées lorsque les infractions à ce droit¹⁰¹³ ont été commises sur un réseau ou au moyen d'un service de communication au public en ligne¹⁰¹⁴. Oscillant entre lieu et instrument de réalisation de l'infraction, ils constituent des circonstances aggravantes, lesquelles sont définies comme étant « *des faits qui, déterminés par la loi, se joignent à une infraction préexistante et entraînent une élévation de la peine encourue dans des proportions également établies par le législateur* »¹⁰¹⁵. Tant fondées sur la gravité de l'acte que sur l'état dangereux du délinquant, elles ont pour effet d'accroître le niveau des peines encourues¹⁰¹⁶.

394. Le concours de qualifications parfait par deux notions identiques - Examiné à la lumière de cette étude, le réseau ou le service de communication au public en ligne, lieu ou moyen de réalisation de l'infraction au droit de propriété intellectuelle, parfait les concours de qualifications avec les infractions aux systèmes de traitement automatisé de données. En effet, la notion de réseau ou service de communication au public en ligne répond à la définition du système de traitement automatisé de données¹⁰¹⁷. La condition préalable de l'existence d'un système de traitement automatisé de données, exigée par le code pénal, constitue donc une circonstance aggravante en droit de la propriété intellectuelle. Par cet ajout, le législateur offre au juge un choix de qualifications. Il est intéressant de constater qu'en droit d'auteur et droits voisins, cette circonstance est sanctionnée d'une peine complémentaire de suspension de l'accès au service pour une durée maximale d'un an¹⁰¹⁸. En droit des marques, droit des brevets et droit des dessins et modèles, elle porte les peines à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende. Ces peines sont plus élevées que celles prévues en cas d'infractions au système de

¹⁰¹³ A l'exclusion des infractions au droit des producteurs de bases de données et de celles aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention végétale.

¹⁰¹⁴ Une fois encore, le terme utilisé en droit de la propriété littéraire et artistique n'est pas identique à celui choisi en droit de la propriété industrielle. Certes, dans la première branche, le législateur a pu utiliser le terme « *service* » afin d'insister sur les conséquences contractuelles de la suspension de l'accès. Néanmoins, cette subtilité participe de l'illisibilité des dispositions communes du droit de la propriété intellectuelle.

¹⁰¹⁵ C. de Jacobet de Nombel, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. dir. Ph. Conte, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2006, n° 2, p. 2.

¹⁰¹⁶ *Id.*, n° 8 et 9, p. 6 et 7 – Lire aussi : E. Dreyer, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », in *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale, Opinio Doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 63-70.

¹⁰¹⁷ CA Paris, pôle 4, ch. 11, 15 sept. 2017, *M. X. c/ Weezevent* : *JurisData* n° 2017-024213 ; CCE 2018, n° 2, comm. 16, p. 1, note E.-A. Caprioli.

¹⁰¹⁸ Art. L. 335-7 du CPI.

traitement automatisé de données, qui sont sanctionnées d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

395. L'importance des éléments matériels - Que l'existence d'un système de traitement automatisé de données soit une condition extérieure aux infractions aux droits de propriété intellectuelle et constitue alors une condition préalable ou qu'elle soit requise au titre d'une circonstance aggravante, les concours de qualifications imparfaits ou parfaits sont révélés par l'identité des éléments matériels de ces infractions.

B- Les éléments matériels des infractions, sources de concours de qualifications

396. L'identification de deux séries de concours de qualifications - Les infractions aux droits de la propriété intellectuelle incriminent des actes identiques à ceux constituant les atteintes relatives aux systèmes de traitement automatisé de données. Deux catégories d'infractions peuvent être distinguées, celles qui portent directement atteinte aux droits de propriété intellectuelle (1) et celles qui visent les mesures de sécurité du droit d'auteur et des droits voisins (2).

1- Les actes portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle, incriminés par le code pénal

397. Une trilogie de concours de qualifications - Les actes de reproduction (a), de transmission (b) et de modification (c) des biens, objets de droit de propriété intellectuelle, sont incriminés par différentes infractions, qui entrent en concours avec celles relatives aux données contenues dans un système de traitement automatisé.

a- La reproduction du bien

398. L'acte de reproduction - La reproduction d'un bien, objet d'un droit de propriété intellectuelle, est une prérogative exclusive du titulaire du droit. Réalisée sans l'autorisation du propriétaire d'une marque, de l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou d'un logiciel, de l'artiste-interprète ou du producteur du phonogramme, du vidéogramme ou du programme, elle engage la responsabilité pénale. Dès lors que ces biens sont contenus dans un système de traitement automatisé de données, tel un site Internet, une deuxième protection pénale leur est offerte sur le fondement de l'article 323-3 alinéa 1 du code pénal, qui réprime la reproduction des données contenues dans un tel système.

399. Les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, exclus du concours - Le droit des dessins et modèles ainsi que des brevets ne confèrent pas, en ces termes, de prérogative

exclusive de reproduction. Les articles L. 513-4 et L. 613-3 du code de la propriété intellectuelle interdisent, à défaut de consentement du propriétaire, la fabrication d'un produit incorporant le dessin ou le modèle ainsi que la fabrication d'un produit objet du brevet ou obtenu par le procédé objet du brevet. Certes, ces biens sont reproduits, mais la reproduction s'intègre dans un processus plus vaste de fabrication d'un produit. Il ne semble alors pas que cet élément matériel corresponde à celui de reproduction des données contenues dans un système de traitement automatisé¹⁰¹⁹.

b- La transmission du bien

400. L'acte de transmission - La notion de transmission, utilisée en matière de systèmes de traitement automatisé de données, n'apparaît pas en droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, certains actes incriminés procèdent d'une transmission. Une œuvre de l'esprit ne peut être diffusée sans l'autorisation de son auteur. Concernant les logiciels, le législateur a incriminé l'acte de mise sur le marché à titre gratuit ou onéreux et l'acte de location des exemplaires. En matière de prestations, phonogrammes, vidéogrammes et programmes, il s'agit d'une communication ou d'une mise à disposition du public. Dans l'hypothèse où ces biens, objets de droits de propriété intellectuelle, sont informatisés et contenus dans un système de traitement automatisé de données, ces actes peuvent être sanctionnés sur le fondement du code de la propriété intellectuelle ou sur le fondement du code pénal. Le concours de qualifications est formé par la synonymie des éléments matériels.

401. Incertitudes et exclusions de biens, objets de droit de propriété intellectuelle - Contrairement à l'acte de reproduction, celui de transmission est susceptible de trouver application en droit des dessins et modèles. En effet, l'article L. 514-4 du code de la propriété intellectuelle interdit l'offre et la mise sur le marché d'un produit incorporant un dessin ou un modèle, sans l'autorisation du propriétaire. Par conséquent, la transmission frauduleuse d'une donnée, dont le graphisme ou la typographie est protégé sur ce fondement, peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 323-1 du code pénal ainsi que sur le fondement de l'article L. 512-10 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle. Un doute subsiste, néanmoins, quant à la possibilité de qualifier ces données de produits, au sens du droit des dessins et modèles. Le droit des marques n'incrimine pas la transmission illicite d'une marchandise comportant une marque régulièrement reproduite. Seules les transmissions de marchandises présentées sous une marque contrefaisante sont visées dans les différentes dispositions répressives¹⁰²⁰. Lorsque la marque

¹⁰¹⁹ Il convient néanmoins de relever que le droit des dessins et modèles protège les symboles graphiques et typographiques. Or, la reproduction de données dont la forme graphique est protégée par un tel droit n'est pas incriminée à l'article L. 513-4 du code de la propriété intellectuelle. En l'absence de protection pénale sur ce fondement, l'infraction de reproduction des données contenues dans un système de traitement automatisé, peut alors être utile.

¹⁰²⁰ Art. L. 716-9 à L. 716-11 du CPI.

est régulièrement apposée sur le produit, la violation des conditions de mise sur le marché relève du droit des contrats et pourrait être pénalement sanctionnée sur le fondement de l'abus de confiance. Si la transmission, sans autorisation, d'un produit objet d'un brevet ou obtenu par un procédé, objet d'un brevet, est pénalement sanctionnée par l'article L. 615-14 du code de la propriété intellectuelle, il ne semble pas que des données puissent emprunter cette qualification. Une donnée peut-elle faire l'objet d'un brevet ou être obtenue par un procédé breveté ? Concernant le droit des obtentions végétales, les interdictions de différentes formes de transmission portent non pas sur la variété protégée mais sur le matériel de reproduction et de multiplication de celle-ci. Celui-ci ne pouvant constituer une donnée, les infractions à ce droit sont exclues du concours.

c- La modification du bien

402. L'acte de modification - Seuls le droit d'auteur sur le logiciel et le droit des marques incriminent l'acte de modification du bien. L'article L. 323-1 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle sanctionne la modification d'un logiciel, tandis que l'article L. 716-10 alinéa 1 c) sanctionne la modification de la marque. Ces actes correspondent parfaitement à la modification des données contenues dans un système de traitement automatisé, sanctionnée à l'article L. 323-3 alinéa 1 du code pénal. Le concours de qualifications apparaît dès lors que ces données sont constitutives d'une marque ou qu'elles forment un logiciel, lui-même contenu dans un système de traitement automatisé de données¹⁰²¹.

403. Les actes de modification induisant la reproduction du bien - L'article L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle, qui définit les droits de l'auteur d'un logiciel, lui réserve le droit de traduction, d'adaptation et d'arrangement. La rédaction de la disposition laisse penser que ces actes constituent des modifications du logiciel puisque cette liste est close par l'expression « *ou toute autre modification* ». Toutefois, il n'est pas certain que le concours de qualifications existe car ces actes supposent la reproduction du logiciel, la traduction, l'adaptation et l'arrangement apparaissant sur le nouvel exemplaire. Or, l'incrimination de modification des données par l'article 323-3 alinéa 1 du code pénal suppose que celles-ci soient modifiées directement dans le système de traitement automatisé. L'acte de reproduction nécessaire à ces modifications spécifiques du logiciel semble alors faire écran, ce qui empêche la concordance exacte des éléments matériels, nécessaire au concours de qualifications.

404. Les concours formés avec des infractions périphériques aux droits de propriété intellectuelle - Outre ces possibles concours de qualifications entre les infractions portant directement atteinte aux droits de la propriété intellectuelle et les infractions contre les données

¹⁰²¹ L'hypothèse dans laquelle le logiciel est qualifié de système de traitement automatisé de données a déjà été étudiée – voir *supra* n° 382.

contenues dans les systèmes de traitement automatisé, une deuxième série de concours existe, impliquant les atteintes aux mesures techniques de protection et d'information du droit d'auteur et des droits voisins.

2- Les actes portant atteinte aux mesures techniques de protection et d'information, incriminés par le code pénal

405. Les atteintes aux mesures techniques de protection et d'information - Dans l'hypothèse où des mesures techniques de protection et d'information sont attachées à une œuvre de l'esprit, à une interprétation, à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme, contenus dans un système de traitement automatisé de données, certains actes incriminés peuvent être sanctionnés, soit sur le fondement des articles L. 335-3-1, L. 335-3-2, L. 335-4-1 ou L. 335-4-2 du code de la propriété intellectuelle, soit sur le fondement des infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données. En effet, ces mesures informatiques constituent des données. La suppression du mécanisme de protection ainsi que la suppression ou la modification d'un élément d'information correspondent aux infractions de suppression et de modification des données contenues dans un système de traitement automatisé¹⁰²². Le contournement et la neutralisation du mécanisme de protection peuvent être sanctionnés sur le fondement de l'article 323-3 alinéa 1 du code pénal, si ces actes ont suscité la modification des données. Il est, aussi, possible d'envisager une sanction sur le fondement de l'article 323-2 alinéa 1 du code pénal au titre de l'entrave au fonctionnement du système ou en raison du fait d'avoir faussé son fonctionnement car le contournement et la neutralisation des mesures de protection ont pour conséquence le dysfonctionnement du système. Les infractions périphériques à celles portant directement atteinte à un droit de propriété intellectuelle participent donc, elles aussi, aux concours de qualifications.

406. Des doublons épars et circonstanciels - Seuls quelques actes incriminés dans le code de la propriété intellectuelle correspondent à ceux portant atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données. Ces concours de qualifications se forment ponctuellement, dans l'hypothèse où le bien, objet de droit de propriété intellectuelle, peut être qualifié de donnée et apparaît dans un système de traitement automatisé. A ces concours de qualifications d'origine légale, s'ajoutent ceux créés par l'interprétation jurisprudentielle des infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal.

¹⁰²² Art. 323-3 al. 1 du CP.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

407. La loi pénale protège les systèmes de traitement automatisé de données ainsi que les données qu'ils contiennent. Cette protection étendue favorise les concours de qualification avec les infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, tant directes que périphériques. Certains biens, objets de droit de propriété intellectuelle, peuvent être qualifiés de systèmes de traitement automatisé de données. L'étude de la jurisprudence démontre que l'absence de définition légale participe de la confusion des juges, confrontés à des biens informatiques dont les différences leur échappent en raison de leur technicité. De surcroît, le droit de la propriété intellectuelle porte sur des biens-informations susceptibles de constituer des données, incluses dans des systèmes de traitement automatisé. Dans cette deuxième hypothèse, les concours de qualifications sont nombreux. L'incrimination des actes de reproduction, de transmission et modification des données constitue un clair écho à l'infraction de contrefaçon. L'absence de condition quant aux données concernées offre un champ si large d'application à ces infractions, que les délits de contrefaçon et assimilés apparaissent inutiles. Outre ces concours d'origine légale, des concours de qualifications émanent de l'appréhension des biens incorporels non rivaux par les infractions du livre troisième du code pénal.

PARAGRAPHE II - Les concours de qualifications d'origine prétorienne

408. Les concours de qualifications favorisés par l'ouverture des infractions du code pénal aux biens incorporels non rivaux - L'évolution des infractions du livre troisième code pénal, instaurée par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, favorise leur rapprochement de celles spécifiques aux droits de propriété intellectuelle. Par un effet de miroir, les infractions du code pénal constituent le reflet de celles du code de la propriété intellectuelle. Le vol et la contrefaçon par reproduction incriminent, désormais, les mêmes actes. L'abus de confiance correspond aux violations des droits de propriété intellectuelle dans les circonstances de l'exécution d'un contrat de cession ou d'un contrat de licence. A ces concours de qualifications relatifs aux infractions de résultat (I), s'ajoutent les concours de qualifications portant sur l'infraction de conséquence qu'est le recel. Cette seconde série de concours révèle, par contraste avec la simplicité de l'infraction de recel, l'ampleur du morcèlement du droit pénal de la propriété intellectuelle (II).

I- Les concours de qualifications entre infractions de résultat

409. Le vol et l'abus de confiance en concours avec les infractions aux droits de propriété intellectuelle - Si, en droit de la propriété intellectuelle, le législateur n'a pas distingué la violation du droit en dehors de tout rapport juridique et celle commise dans les circonstances d'une cession de droits d'exploitation, les infractions de vol et d'abus de confiance marquent cette différence. Deux séries de concours de qualifications peuvent alors

être observées. L'une, relative au vol, a pour clé de voûte la reproduction du bien, objet d'un droit de propriété intellectuelle (A), l'autre, portant sur l'abus de confiance, prend sa source dans la violation des obligations liées au contrat de cession de droits ou au contrat de licence d'exploitation du bien (B).

A- Le concours de qualifications entre la contrefaçon et le vol

410. La reproduction de l'information, élément matériel de l'infraction de vol - Depuis une quinzaine d'années, l'interprétation de l'infraction de vol par la Chambre criminelle de la Cour de cassation tend vers la consécration de l'acte de reproduction comme élément matériel. Dans son arrêt du 9 septembre 2003¹⁰²³, elle maintient la qualification de la reproduction d'informations d'acte de soustraction frauduleuse. Le 4 mars 2008¹⁰²⁴, la reproduction de données est directement qualifiée de vol, sans que l'élément matériel ne soit nommé¹⁰²⁵. Dans sa décision du 20 mai 2015¹⁰²⁶, la Chambre criminelle conclut à la soustraction de données après avoir rappelé qu'elles ont été téléchargées, fixées et diffusées au public. De surcroît, nonobstant son application au support des informations, la Cour énonça, le 28 juin 2017¹⁰²⁷, que l'appropriation frauduleuse peut s'effectuer par tout moyen de reproduction. Peu important qu'elle soit qualifiée de soustraction ou qu'elle caractérise, directement, une appropriation, la reproduction frauduleuse d'une information est susceptible d'être sanctionnée sur le fondement de l'infraction de vol.

411. La reproduction du bien, élément matériel de la contrefaçon - Tous les droits de propriété intellectuelle accordent, dans certaines limites, à leur titulaire, le droit exclusif de reproduire le bien, objet du droit¹⁰²⁸. La violation de cette prérogative peut constituer un délit, parfois qualifié de contrefaçon par le législateur. Ainsi, la reproduction d'une œuvre, par quelque moyen que ce soit, en violation des droits de l'auteur, constitue un délit de contrefaçon¹⁰²⁹. Ce délit est aussi constitué par la reproduction d'un logiciel en violation des droits de son auteur¹⁰³⁰. La reproduction d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, en violation des droits de l'artiste-interprète, du producteur ou de l'entreprise de communication audiovisuelle, constitue une infraction innommée¹⁰³¹. L'extraction du contenu d'une base de données peut constituer un délit lorsqu'elle est effectuée

¹⁰²³ Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098.

¹⁰²⁴ Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002.

¹⁰²⁵ Voir *supra* n° 317.

¹⁰²⁶ Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *Bull. crim.* 2015, n° 119.

¹⁰²⁷ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411.

¹⁰²⁸ Bien que le droit de reproduction ne soit pas expressément visé par le droit des dessins et modèles et le droit des brevets, il est implicitement inclus dans l'acte de fabrication des produits incorporant le dessin ou le modèle, des produits objets du brevet ou des produits obtenus directement par le procédé, objet du brevet.

¹⁰²⁹ Art. L. 335-3 al. 1 du CPI.

¹⁰³⁰ Art. L. 335-3 al. 2 du CPI.

¹⁰³¹ Art. L. 335-4 al. 1 du CPI.

en violation du droit de son producteur¹⁰³². La reproduction d'une marque, d'une marque collective ou d'une marque collective de certification, en violation des droits du titulaire, constitue un délit¹⁰³³.

412. L'acte de reproduction, point de convergence des qualifications - La substitution de l'élément matériel de reproduction à celui de soustraction, par l'interprétation prétorienne de l'infraction de vol, crée un concours de qualifications entre celle-ci et les délits spécifiques aux droits de propriété intellectuelle. En effet, la transformation de l'incrimination de vol offre la possibilité de sanctionner la reproduction frauduleuse d'un bien, objet d'un droit de propriété intellectuelle¹⁰³⁴, soit sur le fondement de cette infraction, soit sur celui de l'infraction spécifique à ce droit.

413. L'exclusion des autres prérogatives du droit de propriété intellectuelle du concours de qualifications - En l'état de l'évolution prétorienne de l'infraction de vol, le concours de qualifications semble être limité aux actes de reproduction. En effet, bien que la Cour de cassation, dans son arrêt remarqué du 20 mai 2015¹⁰³⁵, fasse mention de l'acte de communication au public de données avant de conclure à leur soustraction, le lien entre cet acte et la notion de soustraction n'est pas réalisé suffisamment clairement pour pouvoir en déduire qu'il caractérise, lui aussi, l'élément matériel de l'infraction de vol. Il semble que les actes de téléchargement et de fixation, constituant la reproduction, aient été seuls déterminants dans la qualification d'acte de soustraction. Cette analyse peut être corroborée par l'interprétation de cette décision à l'aune de l'impossibilité pour les juges d'appliquer l'article 323-3 alinéa 1 du code pénal en raison du principe de non-rétroactivité¹⁰³⁶. La violation des autres prérogatives attribuées au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne peut donc pas être sanctionnée sur le fondement de l'infraction de vol. Néanmoins, le changement d'objet de l'infraction de vol, sous-jacent à l'évolution de ses éléments¹⁰³⁷, annonce l'ouverture de cette infraction aux autres actes portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle¹⁰³⁸.

414. La contrefaçon est un vol - N'en déplaise à de nombreux auteurs, spécialistes de droit de propriété intellectuelle, à l'aune de la jurisprudence de la Chambre criminelle, la contrefaçon est un vol. Ce concours de qualifications prend sa source dans la violation du droit exclusif de reproduction d'un bien, objet de droit de propriété intellectuelle. Plus nombreux en raison de la

¹⁰³² Art. L. 343-4 du CPI.

¹⁰³³ Art. L. 716-10 al. 1, c) du CPI.

¹⁰³⁴ Dans l'hypothèse où le bien n'a pas été remis à titre précaire, car cet acte sera étudié à l'aune de l'infraction d'abus de confiance.

¹⁰³⁵ Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *Bull. crim.* 2015, n° 119.

¹⁰³⁶ Voir *supra* n° 326.

¹⁰³⁷ Voir *supra* n° 322.

¹⁰³⁸ Voir *supra* n° 323.

diversité des éléments matériels, les concours de qualifications, auxquels participe l'abus de confiance, sont toutefois limités par la condition de la remise préalable du bien.

B- Les concours de qualifications entre les infractions aux droits de la propriété intellectuelle et l'abus de confiance

415. Les biens incorporels non rivaux, communs à l'abus de confiance et aux infractions aux droits de propriété intellectuelle - La Chambre criminelle de la Cour de cassation a accepté de faire entrer dans la catégorie de « *bien quelconque* », élément constitutif de l'incrimination de l'abus de confiance, des biens incorporels, tant rivaux que non rivaux. En effet, elle a qualifié d'abus de confiance, le détournement d'un projet d'entreprise¹⁰³⁹, d'informations relatives à la clientèle¹⁰⁴⁰, ainsi que l'effacement d'un enregistrement d'images et de sons¹⁰⁴¹. Or, si les biens incorporels non rivaux remplissent les conditions du droit de la propriété intellectuelle, ils peuvent prétendre à une protection pénale sur le fondement des infractions spécifiques à ce droit. Ainsi que le démontre le dernier exemple cité, certains biens entrent donc, tant dans le champ de l'abus de confiance, que dans celui des infractions aux droits de la propriété intellectuelle.

416. La remise précaire, une remise juridique fréquente en droit de la propriété intellectuelle - Afin d'ouvrir l'abus de confiance aux biens incorporels et, plus spécifiquement, aux informations, la jurisprudence s'est attachée à dématérialiser la notion de remise précaire, condition préalable à cette infraction. Il a été démontré que, désormais, la remise n'est plus considérée comme ayant pour effet la maîtrise corporelle du bien, mais comme étant la dévolution d'un pouvoir juridique sur celui-ci¹⁰⁴². Un bien incorporel non rival, tel qu'une information, une œuvre de l'esprit, une interprétation, une marque ou une invention brevetée, pourra être remis. La remise est précaire en ce qu'elle est accompagnée d'une obligation de restitution, de représentation ou de faire un usage déterminé du bien. Les obligations de représentation ou de restitution ne peuvent porter que sur ces biens matériels, voire des biens incorporels rivaux, tels des fonds. Seuls les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, fusionnant avec leur support, telles les œuvres d'art uniques, pourront alors être remis, à charge d'être rendus ou restitués. L'usage déterminé est la condition commune à tous les contrats portant sur un bien, objet d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Outre l'obligation de respecter les dispositions contractuelles portant sur les droits d'exploitation du bien, l'existence des droits moraux de l'auteur et de l'artiste-interprète, auxquels ils ne peuvent renoncer¹⁰⁴³, implique que

¹⁰³⁹ Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80285 : *Bull. crim.*, 2004, n° 218 – Voir *supra* n° 330.

¹⁰⁴⁰ Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Bull. crim.* 2011, n° 233 et Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929 : *Bull. crim.* 2017, n° 940 – Voir *supra* n° 333.

¹⁰⁴¹ Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304 – Voir *supra* n° 333.

¹⁰⁴² Voir *supra* n° 337.

¹⁰⁴³ La jurisprudence a apporté une certaine souplesse au droit à la paternité.

la pleine propriété ne puisse pas être transmise. Le cessionnaire a donc toujours l'obligation de faire un usage du bien dans le respect de ces droits. Concernant les biens, objets d'un droit de propriété industrielle, en l'absence de droit moral, la pleine propriété peut être transférée. La remise est précaire lorsque la concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive, porte sur une partie des droits.

417. La violation d'un droit de propriété intellectuelle, un détournement juridique -

L'intellectualisation de l'infraction d'abus de confiance a eu pour effet de révéler la nature juridique de l'acte de détournement. En effet, l'objet du détournement n'est pas tant le bien que le droit dévolu avec la remise¹⁰⁴⁴. Le détournement est commis par la violation de l'une des trois obligations caractérisant la précarité de la remise.

En droit de la propriété intellectuelle, la violation, par le cessionnaire ou le licencié, des droits d'exploitation cédés, constitue un délit de contrefaçon ou une infraction innommée. En raison de leur généralité les incriminations ne distinguent pas la violation du droit dans les circonstances d'un rapport juridique et la violation en dehors d'un tel rapport. Elles sont donc plus larges que celle de l'abus de confiance, dont l'élément matériel de détournement suppose une remise précaire préalable. Toutefois, la violation de ces droits, dans ces circonstances, constitue un acte de détournement. De surcroît, l'exploitation d'une œuvre de l'esprit ou d'une prestation doit respecter les droits moraux de l'auteur ou de l'artiste-interprète. Une atteinte à ces droits, dans cette circonstance d'exploitation du bien, est pénalement sanctionnée sur le fondement de la contrefaçon ou de l'infraction innommée aux droits de l'artiste-interprète¹⁰⁴⁵. Elle constitue, aussi, un détournement car le respect des droits moraux, implicitement mis à la charge du cessionnaire, participe de la détermination de l'usage du bien remis.

418. L'élément moral, l'intention de détourner le droit - Afin que l'abus de confiance soit caractérisé, il convient de démontrer que l'individu avait l'intention de détourner le droit, de contrarier les droits du remettant. En incriminant les actes portant atteinte aux droits de la propriété intellectuelle, le législateur n'a pas distingué ceux commis en l'absence de relation contractuelle, de ceux commis au cours de l'exécution d'un contrat. Néanmoins, il a prévu, pour chaque droit, une disposition relative à la circonstance aggravante de commission de ces infractions par un individu lié par convention à la partie lésée. Les peines sont alors portées au double. Toutes les incriminations prévoient que l'acte visé est réalisé en violation du droit concerné, ce qui implique que l'auteur de l'atteinte doit avoir la volonté de porter atteinte au droit. En effet, les infractions aux droits de propriété intellectuelle sont des infractions

¹⁰⁴⁴ Voir *supra* n° 340.

¹⁰⁴⁵ Sur les débats et l'interprétation jurisprudentielle des articles L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, voir *supra* n° 71 et n° 72.

intentionnelles¹⁰⁴⁶. Si les éléments moraux ne sont pas identiques, ils transcrivent tous deux la volonté de porter atteinte aux droits du remettant.

419. L'existence d'un concours de qualifications - Les infractions aux droits de la propriété intellectuelle et le délit d'abus de confiance n'ont pas été rédigés dans des termes identiques. Néanmoins, les premières, au champ plus large, englobent l'abus de confiance et la concordance entre les éléments matériels de ces infractions fait apparaître des concours de qualifications. L'atteinte à un droit de propriété intellectuelle commise au cours de l'exécution d'un contrat de cession de droits ou d'un contrat de licence, peut donc être sanctionnée, soit sur le fondement des infractions spécifiques à ce droit, soit le fondement de l'abus de confiance. Outre l'existence de concours de qualifications avec les infractions de résultat, que sont le vol et l'abus de confiance, l'étude des infractions aux droits de propriété intellectuelle permet d'identifier l'incrimination d'actes portant sur des biens contrefaisants, similaires à ceux constitutifs du recel.

II- Des concours de qualifications avec l'infraction de recel

420. Le recel face aux multiples infractions de conséquence et d'origine, spécifiques aux droits de propriété intellectuelle - Il a été démontré que la Chambre criminelle œuvre depuis plusieurs années à l'intellectualisation des éléments matériels de l'infraction de recel¹⁰⁴⁷. Après avoir énoncé que la détention matérielle du bien n'est pas nécessaire à son recel, elle a reconnu le recel de créances et le recel de logiciel. Si le recel-détention d'informations n'a jusqu'alors pas été consacré, le recel-profit permet de sanctionner l'usage d'une information dont la connaissance a été permise par un acte délictuel¹⁰⁴⁸. Des infractions de conséquence spécialement prévues en droit de la propriété intellectuelle forment l'écho du délit de recel. Ces concours de qualifications sont toutefois limités en raison, d'une part, du champ d'application plus étroit de ces infractions que celui du recel et, d'autre part, des concours d'infractions qui semblent possibles en droit de la propriété intellectuelle, mais exclus avec le recel (A). L'infraction de recel entre, aussi, en concours avec certaines infractions d'origine liées aux droits de propriété littéraire et artistique. En effet, le législateur a choisi de sanctionner comme infraction d'origine des actes qui sont pourtant consécutifs à des délits de contrefaçon. Au-delà de la pertinence du délit de recel comme fondement de leur sanction, les débats relatifs à l'incrimination de ces actes auraient gagné en clarté s'ils avaient été éclairés par cette infraction (B).

¹⁰⁴⁶ Voir *supra* n° 83 sur la difficulté d'interprétation de l'élément moral des infractions au droit des marques.

¹⁰⁴⁷ Voir *supra* n° 344 et s.

¹⁰⁴⁸ Voir *supra* n° 350 et s.

A- Les concours de qualifications entre infractions de conséquence

421. Des concours de qualifications justifiés ? - Des concours de qualifications existent entre les infractions de conséquence spécifiquement prévues pour le droit de la propriété intellectuelle et l'infraction de recel (1). Bien qu'une absorption des premières par la seconde puisse être envisagée, il convient de prendre en considération l'exclusion des concours réels d'infractions entre le recel et l'infraction d'origine (2).

1- L'existence de concours de qualifications

422. Multitude et complexité versus généralité et simplicité - Le code de la propriété intellectuelle comporte l'incrimination d'actes portant sur des biens contrefaisants. Ces infractions, consécutives à une contrefaçon, constituent le reflet de l'infraction de recel. La précision des actes incriminés par le droit de la propriété intellectuelle, aboutissant à la multiplication des infractions, contraste fortement avec la généralité des termes employés dans l'infraction de recel. Le caractère générique de ses éléments matériels permet d'absorber les actes relatifs aux biens contrefaisants, démontrant, ainsi, l'existence de concours de qualifications. Toutefois, il convient de préciser que le droit d'auteur et le droit des marques participent, seuls, de ces concours puisque les dispositions répressives des autres droits de propriété intellectuelle ne comportent pas d'infractions de conséquence. Les concours de qualifications sont formés autour des actes de détention (a), de vente (b) et de déplacement (c) des œuvres contrefaisantes ou des marchandises présentées sous une marque contrefaisante¹⁰⁴⁹.

a- L'acte de détention de biens contrefaisants, élément de convergence des qualifications

423. Un concours parfait de qualifications - En droit des marques, l'article L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle sanctionne le fait de détenir, sans motif légitime, des marchandises présentées sous une marque contrefaisante. La précision de l'absence de motif légitime peut, certes, laisser penser que le législateur a souhaité restreindre le champ de cette infraction, mais les dispositions générales du droit pénal enseignent qu'elle est inutile. La responsabilité pénale est toujours exclue lorsqu'un motif légitime la réalisation de l'acte incriminé. Ces motifs relèvent, soit d'une disposition répressive, soit d'une disposition civile. Par conséquent, les incriminations de la détention de marchandises contrefaisantes et de détention d'une chose provenant d'un délit concordent parfaitement, créant un concours de qualifications.

¹⁰⁴⁹ Un tableau synthétisant la correspondance des éléments matériels de l'infraction de recel et des infractions au droit d'auteur et au droit des marques est situé en annexe (tableau n° 3).

424. Le dol spécial de l'infraction de détention d'un ouvrage contrefaisant, limite au concours de qualifications - A l'origine, le droit d'auteur ne comportait pas d'incrimination de la détention d'ouvrages contrefaisants, cet acte étant alors sanctionné sur le fondement de l'infraction de recel¹⁰⁵⁰. Faisant fi du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, certains juges ont choisi de qualifier les actes de détention d'œuvres contrefaisantes, de délits de contrefaçon¹⁰⁵¹. Le législateur a rétabli une certaine orthodoxie juridique en distinguant, à l'article L. 335-2 du code de propriété intellectuelle, la détention d'ouvrages contrefaisants de la contrefaçon. Toutefois, la sanction est soumise à la condition de la démonstration du but poursuivi. En effet, elle doit avoir pour objectif leur débit, leur exportation, leur importation ou leur transbordement. L'application de cette infraction de détention est plus restreinte et plus ardue que celle de l'infraction de recel-détention car le dol spécial doit être prouvé. En l'absence d'actes préparatoires pouvant être constatés, cette intention sera difficilement démontrée. Le concours de qualifications est alors limité. Cependant, dans l'hypothèse où le dol spécial ne serait pas établi, l'infraction de recel-détention, qui n'exige pas une telle preuve, peut être mise en œuvre.

425. L'acte de vente, élément de convergence des infractions - Le concours de qualifications trouve un terrain d'élection plus vaste concernant la vente de biens contrefaisants, en raison de la profusion d'incriminations de cet acte en droit d'auteur et en droit des marques.

b- Variations sur le thème de la vente, œuvres de concours de qualifications

426. La multitude d'éléments matériels relatifs à la vente de biens contrefaisants - Le droit d'auteur sanctionne le débit d'ouvrages contrefaisants¹⁰⁵², tandis que le droit des marques incrimine la vente¹⁰⁵³, l'offre de vente¹⁰⁵⁴, la mise en vente¹⁰⁵⁵ et le fait d'avoir vendu¹⁰⁵⁶ des marchandises ou des produits sous une marque contrefaisante ou irrégulièrement employée. Outre la profusion de ces actes relatifs à la vente de biens contrefaisants, dont la somme des subtilités individuelles couvre tous les actes délictueux relatifs au transfert de propriété, la notion de débit, trop étroite, a été considérablement élargie. Si le débit consiste en une « *vente au détail* »¹⁰⁵⁷, la jurisprudence a étendu son champ d'application en le définissant comme « [...] toute diffusion de cette œuvre dans le public, par un moyen quelconque de nature à léser

¹⁰⁵⁰ Cass. crim., 8 avr. 1991, n° 89-83.371, *Lifszyc*.

¹⁰⁵¹ CA Paris, 11 janv. 1937 : *Ann. propr. ind.* 1938, p. 227 ; T. civ. Seine, 10^e ch., 19 mai 1956 : *RIDA* 1958, n° 18, p. 200 ; CA Paris, 4^e ch., 31 janv. 1985 : *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. p. 260 ; TGI Paris, 3^e ch., 8 janv. 1993 : *Expertises* 1993, p. 265.

¹⁰⁵² Art. L. 335-2 al. 3 du CPI.

¹⁰⁵³ Art. L. 716-10 al. 1, b) du CPI.

¹⁰⁵⁴ Art. L. 716-10 al. 1, b) du CPI.

¹⁰⁵⁵ Art. L. 716-11 al. 1, b) du CPI.

¹⁰⁵⁶ Art. L. 716-11 al. 1, b) du CPI.

¹⁰⁵⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V° débit (II).

les intérêts du propriétaire »¹⁰⁵⁸. Dès lors, la mise en vente d'ouvrages contrefaisants constitue une diffusion¹⁰⁵⁹. Certes, Monsieur le Professeur Lucas, Madame Lucas-Schloetter et Madame le Professeur Bernault observent que le débit peut être différencié de la diffusion en raison du fait qu'il suppose une pluralité d'exemplaires et une mise à disposition du public, ce qui impliquerait donc une certaine organisation professionnelle, contrairement à la diffusion, davantage individuelle¹⁰⁶⁰. Toutefois, la jurisprudence emploie ces deux termes indifféremment¹⁰⁶¹. Et ces auteurs en concluent que, malgré une possible distinction, la notion de diffusion a absorbé celle de débit¹⁰⁶². Cette interprétation permet de sanctionner, sur ce fondement, toute vente, qu'elle soit effectuée au détail ou par lots, ainsi que la transmission à titre gratuit d'œuvres contrefaisantes, qui n'a pas été incriminée par le législateur. En effet, l'infraction, codifiée à l'article L. 335-3 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle, ne porte que sur la diffusion d'œuvres de l'esprit en violation des droits de l'auteur¹⁰⁶³. La diffusion de biens contrefaisants en est alors exclue¹⁰⁶⁴. Les difficultés d'application de ces actes distincts, mais ayant tous le même effet, celui de la transmission d'un bien, résultent de leur étroitesse. La précision des incriminations, indispensable à l'aune des principes d'élaboration et d'interprétation des lois pénales, n'est pas mère de protection des valeurs sociales essentielles lorsqu'elle est extrême.

427. La multitude face à la généralité des éléments matériels du recel - Ces actes, consécutifs à la contrefaçon d'œuvres de l'esprit, de marques et à l'atteinte aux règles relatives aux marques collectives de certification, correspondent à des éléments matériels de l'infraction de recel. En effet, les actes de débit d'ouvrages contrefaisants et de vente de marchandises, présentées sous une marque contrefaisante, peuvent constituer, soit le fait de transmettre, soit le fait de bénéficier du produit d'un délit. Cette dernière qualification accueille, aussi, le fait d'avoir vendu un produit revêtu d'une marque collective de certification irrégulièrement employée. L'infraction de recel comporte deux avantages. D'une part, l'étendue de la notion de transmission permet de sanctionner tous les actes qui participent à la diffusion des biens contrefaisants et non uniquement les actes de vente. Il évite ainsi la multiplication des éléments matériels. D'autre part, l'interprétation large du recel-profit par la jurisprudence offre un instrument de lutte plus souple contre la nature lucrative de la contrefaçon. L'offre à la vente

¹⁰⁵⁸ Cass. crim., 28 janv. 1888 : *DP* 1888, 1, p. 400.

¹⁰⁵⁹ Cass. crim., 27 mai 1986 : *RIDA* 3/1987, p. 181 ; *D.* 1988, somm. p. 209, obs. C. Colombet.

¹⁰⁶⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 1242, p. 975.

¹⁰⁶¹ Pour la vente et l'offre de vente qualifiées de débit : Cass. crim., 28 janv. 1888 : *DP* 1888, 1, p. 400 ; Cass. crim., 6 mai 1981 : *D.* 1982, inf. rap., p. 48, obs. C. Colombet. Pour l'offre de vente qualifiée de diffusion : Cass. crim., 27 mai 1986, n° 85-91.701 : *Bull. crim.* 1986, n° 176 ; *RIDA* 3/1987, p. 181 ; *D.* 1988, somm. p. 209, obs. C. Colombet.

¹⁰⁶² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité (...), op. cit.*, n° 1242, p. 975.

¹⁰⁶³ Art. L. 335-3 du CPI

¹⁰⁶⁴ Par comparaison, l'article L. 335-2 al. 3 du CPI mentionne bien que le débit concerne des « *ouvrages contrefaisants* ».

de marchandises présentées sous une marque contrefaisante et la mise en vente d'un produit revêtu d'une marque collective de certification irrégulièrement employée, supposent que la transmission du bien n'ait pas encore eu lieu. Elles correspondent donc au recel-détention, peu important qu'il soit matériel ou intellectuel.

428. L'élément moral, la connaissance de la nature délictuelle des biens vendus - L'élément moral de connaissance de la provenance délictuelle de la chose ne présente pas de difficulté concernant les actes relatifs aux produits comportant une marque collective de certification, puisque le législateur a expressément indiqué qu'ils devaient avoir été « *sciemment* » réalisés¹⁰⁶⁵. *A contrario*, les incriminations de l'offre à la vente et de la vente de marchandises présentées sous une marque contrefaisante ainsi que du débit d'ouvrages contrefaisants, ne comportent pas d'élément moral. Toutefois, il a été démontré que ces infractions sont intentionnelles¹⁰⁶⁶. L'individu, qui vend des biens contrefaisants, ne voit sa responsabilité engagée qu'en raison de l'intention qu'il avait de commettre le délit.

429. La simplicité de l'infraction de recel - Ces concours de qualifications démontrent que ces actes peuvent être sanctionnés sur le fondement du recel et que cette variation législative sur le thème de la vente était inutile à leur répression. Ce morcèlement des infractions de conséquence au droit d'auteur et au droit des marques, à l'aune du délit de recel, apparaît, aussi, lors de l'étude comparative de l'incrimination des actes de déplacement des biens contrefaisants.

c- De la qualification des actes de déplacement à celle du rôle du transporteur

430. Les différentes qualifications d'actes de déplacement des biens contrefaisants - Le droit d'auteur et le droit des marques prévoient la sanction des actes d'exportation, d'importation, de réexportation et de transbordement d'ouvrages contrefaisants¹⁰⁶⁷ et de marchandises présentées sous une marque contrefaite¹⁰⁶⁸. L'incrimination de ces actes a vocation à sanctionner l'individu qui participe au déplacement du bien contrefaisant, notamment par le franchissement de frontières, et, incidemment, à sa diffusion dans différents Etats. Si le droit d'auteur n'érige aucune condition à la réalisation de cet élément matériel de l'infraction, le droit des marques comporte deux séries d'infractions, l'une soumise à une condition de dol aggravé – ou aggravant, l'autre dépourvue de cette condition. En effet, l'article L. 716-9 alinéa 1, a) du code de la propriété intellectuelle dispose que l'importation, l'exportation, la réexportation ou le transbordement des marchandises, présentées sous une

¹⁰⁶⁵ Art. L. 716-11 al 1, b) du CPI.

¹⁰⁶⁶ Voir *supra* n° 83.

¹⁰⁶⁷ Art. L. 335-2 al. 3 du CPI.

¹⁰⁶⁸ Art. L. 716-9 al. 1, a) et L. 716-10 al. 1, a) du CPI.

marque contrefaisante, engage la responsabilité pénale dès lors que ces actes sont réalisés « *en vue de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer* » ces marchandises. Ce dol restreint le champ d'application de ces infractions, mais justifie l'aggravation de la peine encourue pour la seule importation ou exportation de marchandises contrefaisantes, incriminée à l'article suivant. Les premiers actes sont sanctionnés de quatre ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende alors que les seconds sont passibles, comme les actes de contrefaçon de marques, de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

431. Le glissement de la qualification de l'acte à celle du rôle joué par son auteur - Ces différentes infractions, dont la diversité révèle le manque de réflexion générale sur la protection pénale des droits de propriété intellectuelle, peuvent toutes être qualifiées de recel. Ces actes d'exportation, d'importation, de réexportation et de transbordement permettent le déplacement des biens contrefaisants. L'individu, qui effectue ces actes, fait alors office d'intermédiaire afin de les transmettre. En incriminant, par une formule générale, le rôle joué par l'individu chargé du déplacement des biens d'origine délictuelle, le législateur a évité la multiplication des éléments matériels du recel. Le fait de faire office d'intermédiaire englobe tous ces actes de déplacement des biens contrefaisants et leur franchissement des frontières. Le concours de qualifications est, encore, démontré¹⁰⁶⁹.

432. L'exclusion du transit de marchandises du champ de l'infraction de recel - L'adoption d'un élément matériel plus général que ceux visés dans les incriminations du code de la propriété intellectuelle ne doit, toutefois, pas avoir pour conséquence de sanctionner des actes qui n'engagent pas la responsabilité de leur auteur en raison de normes supérieures à la loi française. En effet, l'étude de la série d'incriminations des actes de déplacement des biens contrefaisants met en exergue le silence entourant l'acte de transit de marchandises contrefaisantes. Celui-ci exclut l'hypothèse d'un concours de qualifications. Il semble important de préciser que, si l'acte de transit peut être qualifié de recel en raison de la détention de marchandises contrefaisantes ou du rôle d'intermédiaire tenu par l'individu chargé de leur transit, il n'est pas, nécessairement, de nature à engager la responsabilité pénale. Les règles édictées par l'Union européenne et les conventions internationales doivent être respectées. Le transit de marchandises contrefaisantes ne peut donc être qualifié de recel que lorsque ces normes autorisent leur contrôle douanier¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Le raisonnement concernant l'élément moral constitué par la connaissance de l'origine délictuelle du bien est identique à celui tenu au sujet de la vente du bien – voir *supra* n° 428.

¹⁰⁷⁰ Sur l'étude du transit de marchandises contrefaisantes, voir *supra* n° 185 et s.

2- La justification possible de l'existence de concours de qualifications

433. Les concours de qualifications justifiés par la reconnaissance de concours d'infractions - Il semble que l'existence de ces concours de qualifications pe être justifiée par les concours réels d'infractions que forment les délits de contrefaçon avec les infractions de conséquence spécifiques aux droits de propriété intellectuelle. En effet, les délits de contrefaçon d'une œuvre de l'esprit ou les infractions innommées assimilées aux actes de contrefaçon de marque entrent en concours avec les délits de conséquence portant sur des biens contrefaisants, précédemment étudiés. L'individu qui commet ces deux délits peut être déclaré coupable de ces infractions, mais n'est condamné qu'à une peine, de chaque nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé. En droit d'auteur et en droit des marques, les actes de contrefaçon, ou assimilés, sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Les peines prévues pour les infractions de conséquence sont identiques, à l'exception des actes commis en vue de vendre, de fournir, d'offrir à la vente ou louer les marchandises présentées sous une marque contrefaisante qui sont punis de quatre ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende¹⁰⁷¹. Le fait de reconnaître le contrefacteur coupable des infractions de conséquence n'aura donc pas d'incidence sur les peines encourues, sauf en cas de concours avec ces dernières. Cette solution, conforme aux articles 132-2 et 132-3 du code pénal, n'est pas retenue concernant le recel. En effet, la jurisprudence exclut tout concours d'infractions entre le recel et l'infraction d'origine. Un individu ayant commis un vol ne peut se voir condamner pour recel en raison de la détention du bien volé ou du profit qu'il en retire, car ces actes ne sont que le prolongement de l'intention coupable ayant déterminé le vol¹⁰⁷². L'incrimination d'infractions consécutives aux actes de contrefaçon peut donc être justifiée par la volonté de contourner cette solution jurisprudentielle. Si ces actes étaient sanctionnés sur le fondement du recel, ces concours réels d'infractions ne pourraient avoir lieu.

434. Des concours atypiques - Ces infractions de conséquence ne sont pas les seules à entrer en concours avec le délit de recel. Certains actes, incriminés comme des infractions d'origine par le droit de la propriété intellectuelle, relèvent, pourtant, du recel.

B- Les concours de qualifications entre infraction de conséquence et infractions d'origine

435. Le recel d'œuvres contrefaisantes sur Internet - Des concours de qualifications ont lieu entre l'infraction de recel et des infractions au droit d'auteur sur Internet qui, malgré leur nature consécutive à un acte de contrefaçon, sont sanctionnées sur le fondement du délit de

¹⁰⁷¹ Art. L. 716-9 du CPI.

¹⁰⁷² Cass. crim., 15 déc. 1959 : *Bull. crim.* 1959, n° 350 - Le recel étant sanctionné de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, tandis que le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende et l'abus de confiance de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, la reconnaissance d'un concours d'infractions accorderait l'avantage au recel.

contrefaçon. Outre le choix, en droit de la propriété intellectuelle, d'ignorer l'articulation entre infractions d'origine et infraction de conséquence – choix déjà observé lors de l'étude des concours de qualifications entre infractions de conséquence¹⁰⁷³, les débats sur le caractère illicite de ces actes auraient pu être éclairés par l'infraction de recel. Ces infractions, qui entrent en concours avec le recel, concernent le téléchargement (1) et l'accès aux œuvres par la technique du *streaming* (2).

1- La copie réalisée à partir d'une source illicite, un recel-profit

436. L'exception de copie privée et la condition de source licite - La reproduction d'une œuvre contrefaisante pour un usage privé entre-t-elle dans le champ de l'exception de copie privée¹⁰⁷⁴ ? Enoncé autrement, l'exception de copie privée d'une œuvre de l'esprit nécessite-t-elle que la source de la copie soit licite ? Cette question est apparue dans les circonstances de la reproduction, par les internautes, d'œuvres mises à disposition du public, sur Internet, sans l'autorisation du titulaire des droits. La massification du téléchargement d'œuvres contrefaisantes a amené à s'interroger sur le champ d'application de l'exception de copie privée. L'exigence de source licite a été retenue par plusieurs pays européens, tels que l'Espagne¹⁰⁷⁵, la Finlande¹⁰⁷⁶, la Suède¹⁰⁷⁷ et l'Allemagne¹⁰⁷⁸. En Hongrie, le Conseil d'experts de droit d'auteur, habilité par la loi pour donner des avis aux tribunaux, a adopté une décision affirmant que la copie privée réalisée à partir d'une source illicite ne répond pas aux exigences du triple test¹⁰⁷⁹. En France, malgré la transposition de cette condition à l'article L. 122-5 alinéa 4 du code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « *les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* », les débats furent intenses. Certains ont considéré que le bénéfice des exceptions de copie privée et de représentation dans le cercle de famille n'est légitime qu'à condition que l'exemplaire de l'œuvre ait été licitement constitué, permettant à l'auteur de percevoir des redevances. Si la source de la copie est une reproduction illicite de l'œuvre, mise à disposition du public sans l'autorisation de l'auteur, celui-ci a été privé du fruit de sa création. Dans cette hypothèse, ces exceptions au droit de l'auteur ne peuvent être mises en œuvre, au risque d'en détourner son esprit. La Cour de cassation¹⁰⁸⁰ et le

¹⁰⁷³ Voir *supra* n° 421 et s.

¹⁰⁷⁴ Art. L. 122-5 al. 1, 2° du CPI.

¹⁰⁷⁵ Loi du 7 juill. 2006, art. 31.2.

¹⁰⁷⁶ Loi du 20 oct. 2005, art. 11.5 : *RIDA* 4/2006, p. 53-109, J. Lienes, spéc. p. 81.

¹⁰⁷⁷ J. Rosén, « News from the Nordic countries », *RIDA* 1/2011, p. 163-207, spéc. p. 175.

¹⁰⁷⁸ Loi, du 10 sept. 2003 modifiée par la loi, du 26 oct. 2007, art. 53.1 : A. Lucas-Schloetter, « Lettre d'Allemagne, Qu'y a-t-il dans la "deuxième corbeille" » : *Propri. intell.* 2008, p. 368-375, spéc. p. 370.

¹⁰⁷⁹ Opinion n° SzJSzT 17/06, 11 mai 2006.

¹⁰⁸⁰ Cass. Crim., 30 mai 2006, n° 05-83.335 : *CCE* 2006, comm. 118, note Ch. Caron ; *D.* 2006, p. 2676, note E. Dreyer ; Cass. com., 7 juin 2006, n° 04-16.908 : *Bull. civ.* IV 2006, n° 138.

Conseil d'Etat¹⁰⁸¹ ont alors pris position en faveur de l'exigence de la licéité de la source de la copie, dont le bénéfice de l'exception est revendiqué. En se fondant sur la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information¹⁰⁸², une partie de la doctrine contesta ces décisions. En effet, elles ont abouti à l'introduction d'une nouvelle exception à l'article L. 122-5 alinéa 1, 6°, subordonnant la reproduction provisoire d'œuvres, dépourvue de valeur économique propre, à la licéité de l'utilisation. Elles ont aussi entraîné la codification d'une disposition, à l'article L. 331-7 alinéa 2, permettant aux titulaires de droits de subordonner le bénéfice des exceptions, notamment celle de copie privée, à un accès licite à l'œuvre¹⁰⁸³. La Cour de justice de l'Union européenne n'apporta pas l'éclairage tant attendu car, malgré les incitations de l'avocat général, elle resta silencieuse dans sa décision dite *Padawan*¹⁰⁸⁴. Le législateur a clos ce débat avec la loi du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée¹⁰⁸⁵, en précisant, à l'article L. 122-5 alinéa 1, 2°, que l'exception ne concerne que les copies réalisées à partir d'une source licite.

437. La reproduction réalisée à partir d'une source illicite, entre contrefaçon et recel

- Outre les débats relatifs à la licéité de la source de la copie privée, l'identité du copiste fut sujet de controverses. Certains auteurs, confortés par les décisions des juges du fond français¹⁰⁸⁶, considèrent que le copiste est celui qui met l'œuvre à disposition et répond à la requête, tandis que d'autres, se fondant sur plusieurs décisions étrangères¹⁰⁸⁷, affirment que le copiste est celui qui forme la requête de transfert de fichier. Le débat a été tranché en faveur de la seconde hypothèse, le copiste étant celui qui prend l'initiative du téléchargement sur son matériel informatique. Si un tel acte de reproduction¹⁰⁸⁸ relève de la qualification de délit de

¹⁰⁸¹ CE, 11 juill. 2008, n° 298779 : Pub. rec. Lebon ; *CCE* 2008, comm. 112, note Ch. Caron ; *RLDI* 2008/40, p. 1321, obs. A. Lucas-Schloetter ; *Propr. Intell.* 2008, p. 428, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2008, p. 747, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁰⁸² Loi, n° 2006-961, du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

¹⁰⁸³ Cependant, selon Monsieur Desurmont, cette disposition relative aux mesures techniques de protection n'aurait pas de sens si le caractère illicite de la source excluait, par principe, le bénéfice de l'exception de copie privée : Th. Desurmont, « Le régime de la copie privée », *CCE* 2006, n° 11, ét. 28, spéc. n° 3.

¹⁰⁸⁴ CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, *Padawan SL c/ SGAE* : *Propr. intell.* 2011, p. 108, obs. V.-L. Benabou ; *Propr. intell.* 2011, p. 93, obs. A. Lucas ; *RIDA* 1/2011, p. 353 et p. 299, obs. P. Sirinelli ; *JCP G* 2010, p. 1256, note L. Marino.

¹⁰⁸⁵ Loi, n° 2011-1898, du 20 déc. 2011 relative à la rémunération pour copie privée.

¹⁰⁸⁶ TGI Paris, 3^e ch., 25 nov. 2008, *Wizzgo* : *RIDA* 1/2009, p. 388 et p. 219, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2009, p. 312, obs. F. Pollaud-Dulian ; conf. par CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 déc. 2011 : *LEPI* mars 2012, 40, obs. C. Bernault.

¹⁰⁸⁷ Bundesgerichtshof, 22 avr. 2009, *Internet Video Recorder* : *GRUR* 2009, p. 845, note M. Becker ; CA, 2^e circuit, *Cartoon Network v. CSC Holdings*, 536 F.3d 121 : J.-C. Ginsburg, « Chronique des Etats-Unis », *RIDA* 4/2008, p. 167-355, spéc. p. 187 ; *Propr. intell.* 2009, p. 70, obs. V.-L. Benabou.

¹⁰⁸⁸ Le débat portant sur la transposition de la notion de reproduction à l'Internet est désormais clos. Le droit de reproduction, appartenant à l'auteur d'une œuvre, consiste, selon l'article L. 122-3 al. 1^{er} du CPI, en la « fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte ». L'article 4 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 instaure, aussi, au profit de l'auteur, le « droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci ». La Commission européenne, dans son Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (Commission européenne, *Livre vert sur le droit d'auteur et les*

contrefaçon et est sanctionné sur le fondement de l'article L. 335-3 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle, il répond, aussi, à la qualification de recel-profit. En effet, en reproduisant, par la technique du téléchargement, la copie illicitement mise à disposition du public sur Internet, l'individu bénéficie, en connaissance de cause¹⁰⁸⁹, du produit de l'infraction. Le concours de qualifications apparaît alors entre une infraction considérée, par le droit de la propriété intellectuelle, comme étant d'origine et une infraction de conséquence.

L'appréhension de la technique du *streaming* par le droit de la propriété intellectuelle a, aussi, été source d'intenses débats. La sanction de ces actes, sur le fondement de la contrefaçon, conduit à un concours de qualifications similaire.

2- Le *streaming* réalisé à partir d'une source illicite, un recel-profit

438. La technique du *streaming* - Le raisonnement quant à l'incrimination du *streaming* est similaire à celui tenu au sujet du téléchargement. Le *streaming* est un terme anglais issu du mot « *stream* » signifiant courant, flux ou flot et désigne une technique de lecture en continu d'un fichier audio ou vidéo, soit à mesure qu'il est diffusé, soit sur demande. Cette technique est différente de celle du téléchargement, qui implique d'avoir réalisé la copie intégrale du fichier sur son disque dur pour pouvoir y accéder. Grâce au *streaming*, seul un stockage provisoire est réalisé sur le disque dur.

439. L'incrimination de l'acte de *streaming* réalisé à partir d'une source illicite - Lorsque la mise à disposition de l'œuvre, sur Internet, est illicite, l'internaute qui utilise la technique du *streaming* pour y accéder, peut-il bénéficier de l'exception de copie provisoire ? Le problème se nouait, encore, sur la nature licite de la source. L'article L. 122-5 alinéa 1, 6° du code de la propriété intellectuelle autorise « *la reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire* » de l'œuvre « *lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique* », à condition qu'elle constitue une utilisation licite. Or, la reproduction provisoire effectuée par l'utilisateur, grâce à la technique du *streaming*, ne peut être licite qu'à la condition que l'œuvre ait été licitement mise à sa disposition. La mise à disposition, sans l'autorisation du titulaire des droits, constitue un délit de contrefaçon au titre de la représentation illicite de l'œuvre. Le débat entourant cette qualification de l'acte est désormais clos. En effet, l'auteur bénéficie, sur le fondement de l'article L. 122-1 du code de

droits voisins dans la société de l'information, 27 juill. 1995, COM(95) 382 final) affirme que le droit de reproduction s'applique « *pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique* » et que « *le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction* ». Il est donc acquis que la fixation d'une œuvre sur un support numérique est une reproduction.

¹⁰⁸⁹ L'argument des personnes qui téléchargent des œuvres sur Internet, selon lequel elles n'avaient pas connaissance du caractère illicite de la mise à disposition de la copie de l'œuvre n'est pas convaincant. L'environnement publicitaire de ces sites de téléchargement suffit à indiquer que la mise en ligne de l'œuvre n'a pas été autorisée par son auteur.

la propriété intellectuelle, du droit de représentation de son œuvre. Ce droit est défini, par l'article L. 122-22 alinéa 1^{er}, comme étant « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* ». En outre, l'article 8 du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, du 20 décembre 1996, étend le droit de représentation à la communication « *par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public* » des œuvres « *de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit, de manière individualisée* ». La directive du 22 mai 2001¹⁰⁹⁰, en son article 3.1, va plus loin en accordant aux auteurs « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de telle manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ». Madame Féral-Schuhl constate alors que la notion de communication de l'œuvre au public est désormais plus adaptée que la notion de représentation, marquant « *l'évolution de la notion de représentation qui ne se limite plus à une communication destinée à un public réuni en un même lieu, au même moment. Le public peut ainsi être constitué d'utilisateurs localisés en différents endroits, à des moments différents* »¹⁰⁹¹. Cette évolution de la notion de représentation permet donc d'appréhender la diffusion des œuvres par la technique du *streaming* et de la sanctionner sur le fondement de l'article L. 335-3 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle. Par conséquent, la lecture en *streaming* d'une œuvre mise à disposition, sur Internet, sans l'autorisation du titulaire des droits, ne constitue pas une utilisation licite de l'œuvre. L'internaute ne peut pas bénéficier de l'exception de copie provisoire et est sanctionné sur le fondement de la contrefaçon.

440. L'acte de *streaming* réalisé à partir d'une source illicite, un recel-profit -

L'utilisateur qui émet une requête pour regarder ou écouter, en *streaming*, une œuvre mise illicitement à disposition du public, bénéficie du produit d'un délit, en l'espèce, d'un bien contrefaisant. Il peut donc être sanctionné sur le fondement du recel-profit. Un auteur s'est interrogé sur le risque d'absence de définition de la notion de bénéfice, permettant de sanctionner une personne qui regarderait une œuvre d'art contrefaite et en tirerait ainsi un bénéfice intellectuel¹⁰⁹². Si une incertitude existe sur la sanction du bénéfice moral retiré d'un bien délictueux, en matière de *streaming*, l'internaute réalise une copie, certes provisoire, et, surtout, bénéficie d'un avantage économique puisqu'il évite une dépense. Ainsi, similairement à l'hypothèse précédente, l'accès illicite à une œuvre, grâce à la technique du *streaming*, peut être qualifié, soit de délit de contrefaçon, soit de délit de recel-profit.

¹⁰⁹⁰ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

¹⁰⁹¹ Ch. Féral-Schuhl, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, 5^e éd., 2009-2010, n° 72.12, p. 414.

¹⁰⁹² Voir *supra* n° 321.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

441. L'évolution des infractions de vol, d'abus de confiance et de recel, autorisant leur application aux biens incorporels non rivaux, ouvre de nouvelles voies de répression des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Les concours de qualifications naissent de l'acception intellectuelle des éléments matériels de ces infractions, consacrée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Malgré les réticences de la doctrine spécialiste du droit de la propriété intellectuelle, la mutation de l'infraction de vol est source d'une concordance avec les infractions de contrefaçon et les autres infractions directes aux droits de propriété intellectuelle. Désormais, il est possible d'affirmer que la contrefaçon est un vol. Des liens sont donc tissés par la jurisprudence entre les infractions des deux codes, formant un réseau de normes pénales plus vaste, au service du droit de la propriété intellectuelle. Cependant, plus concises et plus aisées à mettre en œuvre pour les juges répressifs, habitués à les appliquer dans d'autres contentieux, l'expansion de ce réseau par les infractions du code pénal pourrait aboutir à l'ineffectivité des infractions du code de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION DE LA SECTION I

442. L'ouverture du livre troisième du code pénal aux biens incorporels non rivaux, et plus précisément des informations, fait naître de nombreux concours de qualifications avec les infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle. Les techniques d'incriminations, diamétralement opposées, favorisent l'absorption des secondes par les premières. La profusion des actes incriminés par le droit de la propriété intellectuelle est due à l'empreinte très forte du droit civil sur la matière¹⁰⁹³ et le contraste avec la concision des infractions du code pénal n'en est que plus saisissant. En raison de la complexité et de la technicité des infractions du code de la propriété intellectuelle, le choix offert au juge apparaît à leur désavantage.

¹⁰⁹³ Voir *supra* n° 56 et s.

Section II - La résolution des concours de qualifications au détriment du droit pénal de la propriété intellectuelle

443. Les infractions aux droits de la propriété intellectuelle, perdantes des concours de qualifications - Ces infractions-doublons, dont les unes englobent les autres, sont dues au morcellement du droit pénal, élaboré au gré des contentieux et des objectifs politiques, sans réflexion générale. Madame le Professeur Malabat explique que ces « *infractions poupées russes* » procèdent de la prépondérance accordée à la fonction expressive du droit pénal¹⁰⁹⁴. Ces « *faux-jumeaux* »¹⁰⁹⁵ sont susceptibles de présenter quelques difficultés à l'aune des principes fondamentaux du droit pénal. Incriminant les mêmes faits, afin de protéger les mêmes valeurs, ces infractions sont néanmoins sanctionnées de peines différentes. Le principe d'égalité en est-il heurté au point que ces concours de qualifications doivent être déclarés inconstitutionnels ? Dans l'hypothèse où ces doublons ne seraient pas frappés d'inconstitutionnalité, le principe *non bis in idem* impose au juge de choisir une des infractions en concours. Si des règles existent pour guider les magistrats dans ce choix, la jurisprudence révèle qu'elles ne sont pas toujours suivies. Bien que les concours passent avec succès l'épreuve de la confrontation aux principes fondamentaux (PARAGRAPHE I), et bien que les règles de résolution n'aient pas pour effet d'écarter systématiquement les infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, les juges s'en écartent parfois, anéantissant l'utilité du droit pénal de la propriété intellectuelle (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - Les concours de qualifications à l'épreuve des principes fondamentaux

444. La conformité des concours de qualifications à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme - Les concours de qualifications révèlent le cloisonnement du droit pénal et, parfois, le manque de rigueur du législateur dans l'organisation du corpus d'infractions et dans la rédaction des incriminations, dont l'imprécision est source de concours. Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme limitent l'existence de ces concours par l'application, notamment, des principes de légalité et d'égalité devant la loi pénale (I). Cependant, les disparités de répression induites par les concours de qualifications étudiés semblent trop faibles pour qu'une censure soit encourue, à l'exception des concours entre les infractions aux systèmes de traitement automatisé de données et celles relatives aux mesures techniques de protection et d'information (II).

¹⁰⁹⁴ V. Malabat, « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La Réforme du code pénal et du code de procédure pénale, Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 71-77, spéc. p. 72 et 74.

¹⁰⁹⁵ S. Detraz, « Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 247 à 248, p. 12-15, spéc. p. 14.

I- Les concours de qualifications à l'aune des normes supérieures

445. Les conditions de constitutionnalité des concours de qualifications - Les incriminations-doublons doivent être examinées à la lumière des principes fondamentaux applicables en droit pénal. Du principe de légalité criminelle découle le principe de clarté et de précision de la loi pénale. Ce principe fait obstacle à toute décision arbitraire du juge¹⁰⁹⁶. Le législateur doit, aussi, respecter le principe de nécessité. Il ne peut interdire que les actions nuisibles à la société et n'établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Enfin, le principe d'égalité, énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose que la loi soit la même pour tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse. Le Conseil constitutionnel a appliqué ces principes dans sa décision du 28 juin 2013¹⁰⁹⁷. Saisi d'une question prioritaire sur la constitutionnalité de l'article L. 135-1 du code de l'action sociale et des familles, les Sages constatent que cette disposition punit la perception frauduleuse des aides sociales des peines encourues pour escroquerie, constituées de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, alors que le fait de se rendre coupable de fraude ou de fausse déclaration pour obtenir le revenu de solidarité active, l'aide personnalisée au logement ou l'allocation des adultes handicapés est puni d'une amende de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 114-13 du code de sécurité sociale, auquel renvoient les dispositions concernées par ces aides. Ces « *faits qualifiés par la loi de façon identique* » sont donc sanctionnés par des peines de sévérité et de nature différente. Le Conseil constitutionnel rappelle que de telles différences impliquent un traitement distinct, notamment en raison des règles de procédure applicables. Il décide alors que « *cette différence de traitement n'est justifiée par aucune différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi ; qu'en égard à sa nature et à son importance, la différence entre les peines encourues méconnaît le principe d'égalité devant la loi pénale* ». En présence de ce concours de qualifications entre une incrimination générale et des incriminations spéciales, le Conseil a choisi d'ignorer la possibilité de résoudre le concours par le principe *specialia generalibus derogant*¹⁰⁹⁸ et décide d'abroger la disposition générale. Le principe d'égalité devant la loi pénale, soulevé d'office par le Conseil constitutionnel, n'invalide pas, par principe, les concours de qualifications. Ceux-ci n'entrent en contradiction avec ce principe qu'en raison de la nature et de l'importance de la différence entre les peines encourues en l'espèce.

446. La conventionnalité des concours de qualifications - La décision rendue par le Conseil constitutionnel, le 28 juin 2013¹⁰⁹⁹, a été influencée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, déclarant contraire au principe de légalité criminelle, énoncé à l'article

¹⁰⁹⁶ Cons. constit., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

¹⁰⁹⁷ Cons. constit., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, *Association Emmaüs Forbach* : *Gaz. Pal.* 2013, n° 247-248, p. 12, comm. S. Detraz.

¹⁰⁹⁸ Voir *infra* n° 451.

¹⁰⁹⁹ Voir *supra* n° 445.

7 de la Convention, l'existence de deux incriminations, dans le droit maltais, qui sanctionnent les mêmes faits de deux peines différentes et qui laissent au ministère public le choix du fondement des poursuites¹¹⁰⁰. En effet, l'organe de poursuites avait la possibilité, soit de saisir les juridictions criminelles, soit les juridictions correctionnelles. La disparité de répression de ces deux infractions a alors emporté la décision de la Cour. Néanmoins, de telles solutions de semblent pas applicables aux concours de qualifications étudiés en droit de la propriété intellectuelle.

II- L'étude de la constitutionnalité des concours de qualifications étudiés

447. La particularité des concours de qualifications étudiés - Si ces solutions sont claires quant à l'absence d'exclusion automatique des concours de qualifications, Monsieur Detraz met en exergue la difficulté qui apparaît lorsque l'écart entre les peines n'est pas aussi important, les infractions relevant alors de la même catégorie¹¹⁰¹. L'auteur prend les exemples du délit de vol commis avec violences légères, puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, et du délit d'extorsion ordinaire, puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Il estime que lorsque les peines sont proches, le Conseil constitutionnel ne peut se substituer au législateur qui détient un plus large pouvoir d'appréciation de proportionnalité des peines. Dans cette hypothèse, la qualification sera laissée à l'appréciation du parquet et du juge, dans le respect des règles déterminant ce choix¹¹⁰². Un tel raisonnement est conforme à la décision rendue par le Conseil constitutionnel, le 12 janvier 2002, dans laquelle il ne déclare pas inconstitutionnelle la double incrimination du harcèlement moral, l'une codifiée dans le code pénal et l'autre dans le code du travail¹¹⁰³. Si la première a un champ d'application plus large que la seconde, celles-ci ne sont pas sanctionnées par des peines dont la disparité ferait naître une différence de traitement susceptible de rendre le concours de qualifications inconstitutionnel. Toutes deux maintenues, le choix entre ces incriminations est laissé aux magistrats, guidés, en l'espèce, par le principe *specialia generalibus derogant*¹¹⁰⁴. Les concours étudiés portent tous sur des infractions dont l'écart entre les peines encourues n'est pas suffisamment important pour induire des règles de procédure différentes¹¹⁰⁵. Seules les atteintes aux mesures techniques de protection et d'information sont sanctionnées d'une peine d'amende très inférieure à celles prévues pour les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données. En effet, les premières sont sanctionnées de 3 750 euros d'amende, tandis que les secondes sont passibles de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000

¹¹⁰⁰ CEDH, 22 janv. 2013, n° 42931/10, *Camilleri c/ Malte*.

¹¹⁰¹ S. Detraz, « Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. Pal.* 2013, n° 248, p. 12 et s.

¹¹⁰² Voir *infra* n° 449 et s.

¹¹⁰³ Cons. constit., 12 janv. 2002, n° 2001-455.

¹¹⁰⁴ Voir *infra* n° 451.

¹¹⁰⁵ Un tableau synthétisant les peines prévues pour les infractions en concours est situé en annexe (tableau n° 4).

euros d'amende. Si le concours de qualifications formé par ces deux infractions est susceptible d'être inconstitutionnel et inconventionnel, les autres n'encourent pas d'abrogation sur ce fondement. Cependant, en application du principe *non bis in idem*, une qualification devra être choisie. La jurisprudence a établi des règles guidant ce choix, desquelles elle s'écarte parfois.

PARAGRAPHE II - La résolution des concours défavorable au droit pénal de la propriété intellectuelle

448. Les infractions du code de la propriété intellectuelle écartées au profit de celles du code pénal - Si ces règles de résolution des concours de qualifications maintiennent, en théorie, l'effectivité des infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle (I), en pratique, celle-ci est anéantie par leur contournement par les juges, au profit de la mise en œuvre de l'infraction la plus simple (II).

I- Des règles préservant l'effectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle

449. Des règles équilibrant la résolution des concours de qualifications - Deux règles, l'une principale, l'autre subsidiaire, permettent de résoudre les concours et doivent guider les juges dans le choix de la qualification (A). En théorie, leur application préserve l'effectivité des infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle (B).

A- L'existence de règles de résolution des concours de qualifications

450. Les règles de résolution des concours de qualifications - Le principe *non bis in idem* exclut qu'un fait soit sanctionné plusieurs fois, sur différents fondements. Ainsi, la Cour de cassation affirme qu'« *une seule faute pénale ne peut être sanctionnée que par une seule peine* »¹¹⁰⁶. Lorsqu'un fait relève de deux qualifications, deux hypothèses doivent être distinguées. En présence d'une disposition générale et d'une disposition spéciale, en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*, la règle spéciale peut être préférée à la règle générale. En effet, la disposition spécialement élaborée est, en principe, plus adéquate que la disposition à caractère général. Toutefois, cette règle ne bénéficie d'aucune assise légale. Les juges répressifs sont alors libres de ne pas l'appliquer¹¹⁰⁷. Lorsque les deux infractions n'entretiennent

¹¹⁰⁶ Cass. crim., 2 févr. 1956 : *Bull. crim.* 1956, n° 127 ; Cass. crim., 16 mai 1984 : *Bull. crim.* 1984, n° 471. Elle a rappelé récemment qu'en présence de « *faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable* », le cumul de la qualification est exclu sur le fondement du principe *non bis in idem* : Cass. crim., 26 oct. 2016, 15-84.552 : *Bull. crim.* 2016, n° 276 ; RSC 2016, p. 778, obs. H. Mastopoulou ; *Rev. pénit.* 2016, p. 941, obs. G. Beaussonie ; JCP G 2017, 16, note N. Catelan ; *Dr. Pén.* 2017, comm. 1, note Ph. Conte – Dans le même sens, mais au sujet d'un concours réel d'infractions : Cass. crim., 25 oct. 2017, n° 16-84.133 : *Dr. pén.* 2018, n° 1, comm. 1, note Ph. Conte.

¹¹⁰⁷ F. Grua, « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001, avr.-juin, p. 319-325, spéc. n° 8, p. 323 : « [...] la jurisprudence l'applique environ une fois sur deux, ce qui l'apparente trop ostensiblement à la règle du pile ou face ».

pas de rapport hiérarchique, la Cour de cassation applique le principe de la plus haute expression pénale, traduit par l'adage *major poena minorem absorbet*. Le juge devra appliquer l'infraction sanctionnée de la peine la plus élevée¹¹⁰⁸. Par conséquent, seules les peines complémentaires de l'incrimination la plus grave pourront être prononcées¹¹⁰⁹.

B- L'application théorique de ces règles aux concours de qualifications étudiés

451. La résolution des concours par l'application de la règle de spécialité - Les concours de qualifications étudiés ne peuvent être résolus par l'application du principe *specialia generalibus derogante* car il a été démontré que les infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal, n'entretiennent pas de rapport hiérarchique avec celles codifiées dans le code de la propriété intellectuelle¹¹¹⁰. Néanmoins, les infractions codifiées dans le code de la propriété intellectuelle ont été spécialement élaborées pour la protection de ce droit. Il semble donc logique, en présence d'un bien susceptible d'être protégé par le droit de la propriété intellectuelle, d'examiner la condition préalable d'attribution de ce droit pour, ensuite, appliquer les infractions correspondantes. Toutefois, cette condition, telle que l'originalité de l'œuvre, la nouveauté de l'invention et le caractère distinctif du signe, cristallise souvent les débats et sa preuve constitue une étape difficile à franchir. En comparaison, l'absence de critère relatif à la nature des biens meubles, susceptibles d'entrer dans le champ de l'infraction de vol, d'abus de confiance, de recel ou des infractions aux systèmes de traitement automatisé de données, rend la mise en œuvre du droit pénal plus aisée¹¹¹¹. La résolution du concours de qualifications est alors susceptible de ne pas être à l'avantage du droit de la propriété intellectuelle, dont les dispositions pénales risquent d'être écartées au profit des infractions du code pénal.

452. La résolution des concours par l'application de la règle de la gravité - Dès lors que le principe de spécialité ne peut guider le choix, la règle subsidiaire d'application de l'infraction la plus grave doit être respectée. S'il est difficile de déterminer l'échelle de gravité entre les infractions aux droits de la propriété intellectuelle et celles relatives aux systèmes de traitement automatisé de données, la peine d'emprisonnement des premières étant moins élevée et la peine d'amende supérieure à celles prévues pour la seconde, les autres concours de qualifications peuvent être aisément résolus en application de cette règle. Dans l'hypothèse d'un concours de qualifications avec l'infraction de vol, celles spécifiques aux droits de propriété intellectuelle seront appliquées en raison d'une peine d'amende plus forte. Les autres concours, impliquant

¹¹⁰⁸ Cass. crim., 9 mai 1957 : *Bull. crim.* 1957, n° 393 ; Cass. crim., 26 oct. 1960 : *JCP G* 1960, IV,166 ; Cass. crim., 28 janv. 1969 : *Bull. crim.* 1969, n° 51 ; plus récemment : Cass. crim., 10 oct. 2000 : *Bull. crim.* 2000, n° 291 ; Cass. crim., 8 déc. 2009 : *Bull. crim.* 2009, n° 209.

¹¹⁰⁹ Cass. crim., 13 janv. 1951 : *Bull. crim.* 1951, n° 12.

¹¹¹⁰ Voir *supra* n° 258 et s.

¹¹¹¹ Voir *supra* n° 310, n° 333 et n° 351 et s.

l'abus de confiance ou le recel, emportent la mise en œuvre de ces infractions, les peines étant plus élevées que celles prévues par le droit de la propriété intellectuelle¹¹¹². Néanmoins, l'étude de la jurisprudence démontre que le choix de la qualification est parfois déterminé par la facilité, au détriment de l'application de ces règles.

II- Le contournement des règles au détriment de l'effectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle

453. Le refus d'appliquer les conditions d'attribution des droits de propriété intellectuelle - L'arrêt, rendu par la Cour de cassation le 16 décembre 2015¹¹¹³, permet de mesurer l'ampleur des conséquences de la jurisprudence de sa Chambre criminelle, dématérialisant les infractions contre les biens du code pénal et ignorant les conditions d'appropriation des biens incorporels non rivaux. Une personne réalise, avec l'assistance d'une autre, l'interview d'une troisième. L'assistante, sur pression de l'interviewée, lui remet, à l'insu du réalisateur, la cassette vidéo, support de l'enregistrement de l'interview. La personne qui était interviewée efface alors l'enregistrement. Celle-ci est poursuivie pour infraction de destruction d'un bien appartenant à autrui, tandis que l'assistante est poursuivie pour délit d'abus de confiance. Dans cet arrêt de principe, rendu au visa de ces deux infractions, la Cour énonce que « *peut faire l'objet d'un abus de confiance et du délit de destruction tout bien susceptible d'appropriation* ». Elle casse l'arrêt rendu par la cour d'appel, qui refuse d'appliquer ces qualifications en raison de l'absence de preuve de l'originalité de l'enregistrement de l'interview réalisée. La Cour de cassation considère que ces dispositions et le principe énoncé sous le visa ont été méconnus et affirme qu'« *un enregistrement d'images et de sons constitue un bien susceptible d'appropriation* », laissant supposer que la condition préalable à l'application de ces dispositions pouvait être remplie malgré l'absence de cette preuve. Pourtant, à l'aune des différents régimes du droit de propriété, seul le droit de la propriété intellectuelle et, applicable en l'espèce, le droit d'auteur, autorise l'appropriation d'un enregistrement de sons et d'images. Or, si la condition d'attribution d'un tel droit, qu'est l'originalité, n'est pas remplie, l'enregistrement ne peut être approprié. Dans cette hypothèse, le fait de l'avoir effacé ne peut donc pas être sanctionné sur le fondement de l'abus de confiance ou de destruction de biens. En affirmant qu'un enregistrement est susceptible d'appropriation, la Cour de cassation ne contredit pas la cour d'appel, mais en refusant d'accepter l'absence de droit de propriété à défaut de preuve de l'originalité de l'enregistrement, elle sous-entend que le droit de propriété peut être reconnu sans que cette condition soit remplie. Elle écarte alors le droit de propriété intellectuelle et sa protection pénale en faveur de l'application des infractions contre les biens du code pénal. Une telle décision implique que les conditions du droit de

¹¹¹² Un tableau synthétisant les peines prévues pour chaque qualification en concours est situé en annexe (tableau n° 4).

¹¹¹³ Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304 – Voir *supra* n° 307.

propriété intellectuelle sont désormais inutiles à l'appropriation de tels biens et fait perdre à ce droit, toute utilité. Cette décision s'inscrit dans la lignée des arrêts sanctionnant la reproduction d'informations sur le fondement du vol, limitant l'examen de la condition préalable d'appropriation à la simple affirmation de l'existence d'un droit de propriété¹¹¹⁴.

454. De l'inutilité du droit pénal de la propriété intellectuelle à son ineffectivité - Dans cette décision du 16 décembre 2015, outre l'énoncé de principes anéantissant l'utilité du droit de la propriété intellectuelle, la Cour de cassation contourne la règle d'application de la disposition spéciale et celle de l'infraction la plus grave, puisque l'infraction de destruction d'un bien est moins sévèrement punie que le délit de contrefaçon, qui sert de fondement répressif aux atteintes au droit moral de l'auteur¹¹¹⁵. Ces décisions montrent que les concours de qualifications entre les infractions contre les biens du code pénal et celles spécifiques aux droits de propriété intellectuelle ne sont pas à l'avantage de ces dernières. Si les biens, objets de droit de propriété intellectuelle, peuvent trouver une protection sur le fondement du code pénal, le droit pénal de la propriété intellectuelle risque alors de perdre son effectivité. En effet, quel serait l'intérêt de mettre en œuvre les infractions spécifiques à ce droit en démontrant, au préalable, que la condition de son attribution est remplie, si celles du code pénal, dépourvues de telles conditions, sont applicables ?

CONCLUSION DU SECTION II

455. Les concours de qualifications qui existent entre les infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal, et celles spécifiques aux droits de propriété intellectuelle n'ont pas, intrinsèquement, pour effet de rendre ces dernières ineffectives. Les règles de résolution de ces concours, objectivement établies, n'ont pas vocation à privilégier les infractions du code pénal plutôt que celles du code de la propriété intellectuelle pour protéger les biens incorporels non rivaux. Cependant, la jurisprudence, et particulièrement celle de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, tend à rendre ces infractions ineffectives. Leur mise à l'écart, au profit de celles du code pénal, tient à leur complexité d'application, notamment due à la condition préalable. De tels choix préfigurent, toutefois, l'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle, si ce n'est une remise en question de l'existence même de ce droit de propriété.

¹¹¹⁴ Voir *supra* n° 310.

¹¹¹⁵ Voir *supra* n° 66 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

456. Les concours de qualifications formés par les infractions du code pénal et les infractions du code de la propriété intellectuelle sont aussi nombreux qu'il existe d'éléments matériels dans les incriminations de ces dernières. La profusion des infractions spécifiquement élaborées pour le droit de la propriété intellectuelle côtoie la concision des délits contre les biens du livre troisième du code pénal. Réunies en concours, ces infractions offrent un véritable arsenal répressif aux biens incorporels non rivaux. Les droits de propriété intellectuelle, portant sur des biens-informations, peuvent être protégés, tant sur le fondement des infractions du code de la propriété intellectuelle, que sur celui des infractions du livre troisième du code pénal. Toutefois, malgré l'existence de deux règles de résolution des concours de qualifications, les juges contournent les difficultés présentées par les infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, notamment par la condition préalable de l'existence de ce droit, en appliquant les infractions du code pénal. En effet, leur adaptation aux biens incorporels non rivaux a mené à la reconnaissance d'une protection pénale générale des informations, dépourvue de condition quant à leur caractère appropriable. Dès lors, les infractions du code pénal sont plus aisées à mettre en œuvre. Certes, les décisions fondées sur l'existence d'un concours de qualifications sont encore rares, car l'évolution des infractions du code pénal vers une conception intellectuelle est récente. Néanmoins, par cette méthode de résolution des concours, les juges sonnent le glas du droit pénal de la propriété intellectuelle.

CHAPITRE II

Le droit pénal de la propriété intellectuelle à l'épreuve de la dépénalisation judiciaire

*« Le droit pénal est le droit le plus théâtral de tous les droits ;
c'est lui qui peut remuer l'opinion, susciter un Quatorze Juillet
et en lui les pouvoirs politiques tiennent leur instrument suprême de commandement »¹¹¹⁶*

457. Le paradoxe du droit pénal de la propriété intellectuelle - Le droit pénal de la propriété intellectuelle est confronté à deux mouvements contraires. Le législateur accroît, régulièrement, les incriminations et les sanctions, tandis que ces dispositions ne sont que rarement mises en œuvre devant les juridictions répressives. L'inflation législative est contrariée par la dépénalisation judiciaire du droit de la propriété intellectuelle. En effet, l'adaptation législative du droit pénal au droit de la propriété intellectuelle se révèle insuffisante lors de sa mise en œuvre. Mariés par le législateur, ces deux droits s'ignorent devant les juridictions. Tant le ministère public, que les victimes se montrent, souvent, indifférents à ce droit pénal spécial. En dépit de ses avantages, les victimes préfèrent agir, directement, sur le fondement du droit civil. Au constat de son ineffectivité s'ajoute celui de son inefficacité. Malgré un arsenal de peines, dont la diversité de nature permet d'atteindre un degré élevé d'individualisation, les juges répressifs prononcent des sanctions qui ne paraissent pas adaptées à une lutte efficace contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle¹¹¹⁷. La fonction de sanction de ce droit pénal spécial est anéantie et entraîne, dans son sillage, la fonction de dissuasion. De l'inefficacité à l'ineffectivité, le droit pénal de la propriété intellectuelle perd sa crédibilité. Soumis à un mouvement contraire à celui instauré par le législateur, le droit de la propriété intellectuelle subit une dépénalisation judiciaire, caractérisée par l'anéantissement de la fonction de sanction (SECTION I) et de la fonction de dissuasion de son droit pénal (SECTION II).

¹¹¹⁶ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 135.

¹¹¹⁷ L'efficacité est ici considérée dans son acception occidentale, pensée en termes de « *moyens tendus vers des fins* » et non dans le sens qui lui est donné par la pensée orientale. En effet celle-ci envisage l'efficacité en termes de conditions et de conséquences. « [...] *on ne fixe pas un but, on exploite une disposition ; l'efficacité est indirecte. [...] il n'est pas besoin de modéliser puis d'appliquer : l'acteur part d'une situation dont il exploite les potentialités. Cette efficacité procède des facteurs favorables de la réalité* » : J.-Ch. Galloux, « Synthèse du colloque », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Colloque du 9 décembre 2005, SLC, Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises, éd. Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. IV, 2006, p. 143-150, spéc. p. 149.

SECTION I - L'anéantissement de la fonction de sanction du droit pénal de la propriété intellectuelle

458. La paralysie de la fonction de sanction par l'ineffectivité du droit pénal - La procédure pénale présente des atouts indéniables par rapport à la procédure civile, pour lutter contre les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle. Pourtant, le ministère public engage rarement des poursuites et les titulaires de droits privilégient la voie civile. Les causes de cette inaction sont diverses et manquent, parfois, de cohérence avec les avantages inhérents au droit pénal et à sa procédure. Deux principales causes peuvent être observées. L'une réside dans la nature du contentieux. Le ministère public est peu accoutumé au droit de la propriété intellectuelle et la gravité du trouble à l'ordre public, causé par les infractions, est souvent mal évaluée. Les avocats des titulaires de droits, spécialisés en droit de la propriété intellectuelle, sont principalement formés au droit civil. Le ministère public et les victimes, chacun à travers un prisme différent, ne perçoivent donc pas les avantages de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle. L'autre cause d'inaction est liée à la mise en œuvre du droit pénal de la propriété intellectuelle. Les juges répressifs prononcent des peines considérées comme étant trop faibles par les titulaires de droits. Déçus des peines prononcées et des montants des dommages-intérêts reçus, ils saisissent alors rarement les juridictions pénales¹¹¹⁸. Considéré comme étant inefficace, le droit pénal de la propriété intellectuelle devient ineffectif et perd sa fonction de sanction. Les avantages offerts par la procédure pénale pour la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle (PARAGRAPHE I) s'avèrent insuffisants à encourager le ministère public et les victimes à mettre en mouvement l'action publique (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - Les avantages de la procédure pénale sur la procédure civile

459. L'adaptation des règles de chaque phase de la procédure pénale - Bien que la procédure civile comporte des règles et des mesures parfois très favorables au titulaire de l'action civile en contrefaçon, la procédure pénale présente des avantages qui, en principe, devraient encourager l'emprunt de la voie pénale. Outre les atouts des dispositions communes, le droit pénal formel de la propriété intellectuelle comporte des règles spécialement adoptées pour ce contentieux. Les trois phases de la procédure sont concernées : l'exercice de l'action publique (I), la mise en état de l'affaire (II) et le jugement (III).

¹¹¹⁸ C. Bernault, « La sanction pénale de la contrefaçon », *RLDI* 2012, p. 86 et s.

I- Les avantages relatifs à l'exercice de l'action publique

460. L'autonomie de l'engagement des poursuites - L'ouverture d'une procédure pénale en matière de propriété intellectuelle est, en principe, indépendante de l'action de la victime. Dès lors que des actes soupçonnés d'être contrefaisants ont été identifiés par les différents services précédemment étudiés¹¹¹⁹, l'action publique peut être exercée par le ministère public. Grâce au droit pénal, la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle n'est pas dépendante de l'action du titulaire des droits. Cependant, deux exceptions rendent l'action publique dépendante de la plainte de la victime. L'une relève du droit commun de la procédure pénale. Dans l'hypothèse où un délit a été commis à l'étranger et que les conditions de compétence de la loi française sont remplies, les poursuites ne peuvent, en principe¹¹²⁰, être engagées qu'à la requête du ministère public, précédée d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle de l'Etat où il a été commis¹¹²¹. Toutefois, à l'aune de l'interprétation actuelle des règles de compétence de la loi pénale française dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, il semble que cette hypothèse ne trouve pas application¹¹²². L'autre est spécifique aux obtentions végétales. Par combinaison des articles L. 623-33 et L. 623-32-2 du code de la propriété intellectuelle, lorsque l'action publique concerne des personnes morales soupçonnées d'avoir sciemment porté atteinte aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention végétale, elle ne peut être exercée que sur plainte de la partie lésée.

461. L'action en responsabilité du contrefacteur - En droit de la propriété intellectuelle, les personnes pouvant être à l'origine de l'engagement de la responsabilité pénale de l'auteur d'un acte de contrefaçon sont plus nombreuses que celles pouvant engager une action en contrefaçon devant les juridictions civiles. En effet, seul le titulaire du droit de propriété ou le cessionnaire du droit d'exploitation peut agir en responsabilité civile pour contrefaçon. La qualité pour agir est fondée sur la titularité des droits et non, uniquement, sur l'existence du préjudice subi. L'exclusivité de l'action est induite par l'exclusivité des droits¹¹²³. *A contrario*, toute personne peut informer le ministère public de la commission d'actes de contrefaçon. Ainsi, le distributeur exclusif d'une œuvre, ne peut, en l'absence de droits de propriété intellectuelle, agir en responsabilité civile de son contrefacteur, mais peut informer le procureur de la République. Certes, sur le fondement de l'article 2 du code de procédure pénale, seules

¹¹¹⁹ Voir *supra* n° 168 et s., n° 184 et s. et n° 199 et s.

¹¹²⁰ Les exceptions à ce principe ne concernent pas les infractions aux droits de propriété intellectuelle.

¹¹²¹ Art. 113-8 du CP.

¹¹²² Voir *infra* n° 194.

¹¹²³ Pour une analyse détaillée des titulaires de l'action civile, tant en droit de la propriété littéraire et artistique qu'en droit de la propriété industrielle, lire : F. Donaud, *Les acteurs du procès civil en contrefaçon*, th. dir. V.-L. Benabou, Université Paris-Saclay, 2016, n° 32 et s., p. 30 et s.

les personnes qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction pourront se constituer partie civile pour obtenir réparation de leurs préjudices¹¹²⁴.

462. La célérité de la procédure - Lorsque l'infraction est manifeste, les juridictions peuvent être saisies directement, sans qu'une information ait été préalablement ouverte. La saisine peut être réalisée par le ministère public, selon divers modes, notamment la citation directe, la convocation par procès-verbal, la comparution immédiate ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Elle peut aussi être à l'initiative de la partie civile, par citation directe de l'auteur des faits prétendument délictueux. Ces procédures présentent l'avantage d'être rapides et de permettre un jugement sur le fond ayant autorité de la chose jugée, contrairement à la procédure en référé au civil.

463. Le délai commun de prescription de l'action publique - Depuis la loi du 27 février 2017, portant réforme de la prescription pénale, l'article 8 du code de procédure pénale dispose que l'action publique des délits est prescrite par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise. Lorsque l'infraction est continue, le délai ne court qu'à compter du jour où la situation illicite a pris fin. Lorsque le délit est occulte ou dissimulé, le délai « *court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues* »¹¹²⁵. A titre de comparaison, l'article 2224 du code civil dispose que les actions civiles personnelles et mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La difficulté de ce *dies a quo* réside dans la preuve de l'absence de connaissance des faits. Que le délit soit instantané, continu ou occulte, le délai de prescription de l'action publique paraît plus avantageux pour la lutte contre la contrefaçon, que celui de l'action civile.

464. L'instauration d'un délai spécial de prescription de l'action civile - Ces délais de prescription de droits communs, civil et pénal, sont applicables à la propriété intellectuelle, sauf dans l'hypothèse de dispositions spéciales. La loi du 11 mars 2014, renforçant la lutte contre la contrefaçon¹¹²⁶, porte à cinq ans les délais de prescription d'action en contrefaçon et précise que le point de départ est le fait constitutif de la cause de l'action¹¹²⁷. Cette loi tente

¹¹²⁴ Il convient, toutefois, de rappeler que si les conditions d'un dommage personnel et direct ont, dans un premier temps, été interprétées strictement par la Cour de cassation afin de limiter l'attribution de prérogatives pénales aux victimes, elles sont désormais appréciées plus souples afin de satisfaire à l'actuel mouvement législatif favorable aux victimes : F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2016, n° 1370-1384, p. 939-951.

¹¹²⁵ Art. 9-1 al. 3 du CPP.

¹¹²⁶ Loi, n° 2014-315, du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

¹¹²⁷ J.-Ch. Galloux, « Les lois n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon et n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation », *RTD com.* 2014, p. 579.

d'harmoniser ce délai, d'une part, avec celui de droit commun civil et, d'autre part, entre les deux branches du droit de la propriété intellectuelle. En effet, le délai de droit commun de l'action civile était applicable en droit de la propriété littéraire et artistique, tandis qu'un délai spécial de trois ans était prévu en droit de la propriété industrielle. Cependant, dans le domaine de l'action civile, seule la durée du délai de prescription a été harmonisée, car le maintien de l'application de l'article 2224 du code civil au droit de la propriété littéraire et artistique entraîne une disparité de *dies a quo* entre celui-ci et le droit de la propriété industrielle¹¹²⁸.

465. L'incidence du délai spécial de prescription de l'action civile sur la prescription de l'action publique - Malgré la clarté des rapports parlementaires sur la limite de cette réforme aux délais de prescription de l'action civile¹¹²⁹, la seule modification, par l'article 16 de la loi¹¹³⁰, des délais indiqués dans les différents articles du code de la propriété intellectuelle a eu une incidence sur ceux de l'action publique. Lorsqu'il est applicable, le délai spécial concerne, dans certains cas, les deux actions et, dans d'autres, uniquement l'action civile. Dans le silence de la loi, l'action publique reste soumise au délai de droit commun.

Cette réforme n'a pas modifié le droit de la propriété littéraire et artistique, lequel, en l'absence de disposition spéciale, se voit appliquer le délai de droit commun de prescription de l'action publique. En droit des dessins et modèles, le délai spécial est applicable uniquement en matière civile¹¹³¹, l'action publique est alors soumise au délai de droit commun. Pour les brevets d'invention¹¹³² et les obtentions végétales¹¹³³, le délai spécial est applicable, tant à l'action civile, qu'à l'action publique. En droit des marques, l'article 716-5 alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle dispose que l'action en contrefaçon se prescrit par cinq ans. Aucun point de départ du délai n'est indiqué¹¹³⁴ et la nature de l'action concernée n'est pas précisée. S'il n'existe pas de doute quant à l'application de ce délai à l'action civile, les dispositions pénales

¹¹²⁸ Sur les variations du *dies a quo*, lire : F. Donaud, *Les acteurs du procès civil en contrefaçon*, th. dir. V.-L. Benabou, Université Paris-Saclay, 2016, n° 95 et s., p. 30 et s., p. 86 et s.

¹¹²⁹ La proposition de loi indique, dans l'exposé des motifs, que l'article 16 « propose d'aligner l'ensemble des délais de prescription du code de la propriété intellectuelle sur le délai quinquennal de droit commun » : Proposition de loi tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon, 30 sept. 2013, Sénat, n° 866 (2012-2013). L'expression « l'ensemble des délais de prescription » semble inclure ceux relatifs à l'action publique, mais le délai quinquennal mentionné est celui de l'action civile, le délai de droit commun de l'action publique étant alors de trois ans. Le flou semble être dissipé par les rapports du Sénat et de l'Assemblée nationale, qui limitent la réforme aux délais de prescription de l'action civile : M. Delebarre, *Rapport sur la proposition de loi (n° 1575) tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon*, 13 nov. 2013, Sénat, n° 133 (2013-2014) ; J.-M. Clément, *Rapport sur la proposition de loi (n° 1575) tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon*, 22 janv. 2014, AN, n° 1720.

¹¹³⁰ Loi, n° 2014-315, du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

¹¹³¹ Art. 521-3 du CPI.

¹¹³² Art. 615-8 du CPI – Bien que situé dans la section relative aux actions civiles, cet article dispose que le délai de prescription s'applique aux « actions en contrefaçon prévues par le présent chapitre » ; or ce chapitre comporte une deuxième section dédiée aux actions pénales.

¹¹³³ Art. 623-29 du CPI.

¹¹³⁴ Le législateur n'a pas saisi l'occasion de lever les incertitudes quant au point de départ de la prescription. Sur ces incertitudes : J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles*, LGDJ, 2^e éd., t. 1, 2009, n° 421, p. 586-589.

étant codifiées dans le chapitre suivant¹¹³⁵ et l'analyse des travaux parlementaires ayant démontré que la réforme portait sur la prescription de l'action civile, il ne semble pas possible de considérer que ce délai concerne, aussi, l'action publique¹¹³⁶. A l'instar du droit de la propriété littéraire et artistique et du droit des dessins et modèles, l'action publique en droit des marques est soumise au délai de prescription de droit commun.

Les différents délais applicables peuvent être ainsi synthétisés :

	Action civile		Action publique	
	Délai de droit commun	Délai de droit spécial	Délai de droit commun	Délai de droit spécial
Droits de propriété intellectuelle	5 ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits Art. 2224 Cciv	5 ans à compter du fait constitutif de la cause de l'action	6 ans à compter du jour où l'infraction a été commise (art. 8 CPP) ou application des <i>dies a quo</i> dérogatoires.	5 ans à compter du fait constitutif de la cause de l'action
Propriété littéraire et artistique	●		●	
Dessins et modèles		●	●	
Brevets		●		●
Obtentions végétales		●		●
Marques		●	●	

466. L'articulation du *dies a quo* et du caractère instantané ou continu du délit - Le *dies a quo* du délai de droit commun de l'action publique est corrélé au caractère de l'infraction, notamment le caractère instantané, continu ou occulte. Le caractère de l'infraction est déterminé par son élément matériel. Les délits aux droits de propriété intellectuelle, qualifiés ou non de contrefaçon, sont formés de divers éléments matériels. Par conséquent, en principe, leur

¹¹³⁵ Les infractions au droit des marques ont été codifiées dans le chapitre VI bis consacré à la retenue alors qu'elles ne concernent pas toutes des importations, exportations ou transbordements violant les règles douanières.

¹¹³⁶ En ce sens : J.-Ch. Galloux, « Les lois n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon et n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation », *RTD com.* 2014, p. 579 – Aucune décision publiée ne révèle l'interprétation prétorienne de cet article.

caractère varie et le *dies a quo* de la prescription de droit commun aussi. Si la jurisprudence et la doctrine s'accordent sur le caractère instantané des infractions aux droits de propriété industrielle¹¹³⁷, la détermination du caractère des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins apparaît moins certaine¹¹³⁸. L'application du délai de droit commun au droit de la propriété littéraire et artistique apparaît donc favorable à l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon, en raison de la souplesse du *dies a quo*. Bien que ces difficultés ne parcourent pas le droit de la propriété industrielle, il est regrettable que seuls, le droit des dessins et modèles et le droit des marques bénéficient de cette souplesse. Le droit des brevets et le droit des obtentions végétales se voient appliquer le délai de droit spécial et son point de départ fixe, à compter du fait constitutif de la cause de l'action, excluant toute possibilité de variation, nécessaire à la répression lorsqu'il ne semble pas justifié que l'auteur des faits échappe à la sanction¹¹³⁹.

En droit de la propriété littéraire et artistique, en droit des dessins et modèles et en droit des marques, l'application du délai, de droit commun, de prescription de l'action publique, rend celle-ci plus attractive que l'action civile en raison, tant de la durée plus longue du délai, que de la souplesse du *dies a quo*. En droit des brevets et en droit des obtentions végétales, le délai de droit spécial est applicable tant à l'action civile qu'à l'action publique. L'argumentation relative aux avantages de la procédure pénale, fondée sur le délai de prescription de l'action, perd donc de son intérêt quant à ces droits.

467. Des avantages en amont et en aval de la mise en mouvement de l'action publique - La procédure pénale est constituée de règles favorisant la mise en mouvement de l'action publique, tant par le ministère public que par les victimes. Elle est dotée d'avantages pour la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, que ne comporte pas la procédure civile. Les règles de mise en état de l'affaire apparaissent, aussi, plus favorables à cette lutte.

¹¹³⁷ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles*, LGDJ, 2^e éd., 2009, t. 1, n° 421, p. 586-589 ; n° 777, p. 1032-1035 ; J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle. Brevets d'invention – Protections voisines*, LGDJ, 2013, t. 2, n° 630-631, p. 683-685 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 791-792, p. 411-412 ; n° 951, p. 502 ; n° 1175-1177, p. 635-636 ; n° 1766, p. 1041.

¹¹³⁸ En droit d'auteur et droits voisins, par le jeu des exceptions, l'acte de reproduction doit souvent être accompagné d'un acte de communication au public pour constituer une infraction ; or la jurisprudence varie sur le caractère continu ou instantané de la communication au public. Si une partie de la doctrine s'accorde sur le caractère continu des délits de contrefaçon (P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 777 et s., p. 833 et s. ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 1134, p. 986 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 564, p. 555 ; P.-Y. Gautier, « De la prescription des infractions commises sur l'Internet et dans le monde physique », *D.* 2002, p. 1852), quelques auteurs refusent une qualification globale, préférant se fonder sur l'élément matériel de chaque infraction (A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 1306, p. 1021). De nombreuses infractions aux droits de propriété intellectuelle peuvent être qualifiées de continues ; or malgré quelques variations jurisprudentielles, la doctrine s'accorde sur le caractère continu de cette infraction – *Contra* : En droit de la propriété industrielle, le caractère continu ou instantané des infractions apparaît plus variant.

¹¹³⁹ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2018, n° 180, p. 231-235.

II- Les avantages relatifs à la mise en état de l'affaire

468. La diversité des mesures d'investigation - La procédure pénale met, au service de la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, des organes de police enquêtant sous la direction du procureur de la République ou du juge d'instruction et disposant d'importants pouvoirs d'investigations. Ils peuvent procéder à des captations de paroles, d'images ou de messages, mettre en œuvre des surveillances, voire des infiltrations, mener des enquêtes sous pseudonyme, faire des réquisitions aux fins de prestations matérielles ou de mise à disposition d'informations, ainsi que procéder à des perquisitions et des saisies d'indices. La procédure pénale distingue la délinquance isolée, de la délinquance organisée et accorde, dans les circonstances de cette dernière, des pouvoirs renforcés, sur le fondement de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Pour chaque droit de propriété intellectuelle, le législateur a prévu des dispositions spécifiques aux infractions commises en bande organisée. Certes, ces infractions sont exclues du champ d'application du titre XXV du code de procédure pénale, portant sur la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées¹¹⁴⁰. Néanmoins, en vertu de l'article 706-1, codifié au titre XIII du code de procédure pénale applicable aux infractions en matière économique et financière, les moyens de surveillance et d'infiltration spécifiques aux délits commis en bande organisée peuvent être mis en œuvre pour ces infractions¹¹⁴¹.

469. Les mesures de saisies aux fins de preuves - Le code de la propriété intellectuelle prévoit deux types de saisies ayant un objectif probatoire. La saisie-contrefaçon peut être requise par toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon, quel que soit le droit de propriété intellectuelle en cause, et est exécutée par un huissier en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par la juridiction civile compétente¹¹⁴². La constitution de garanties peut être ordonnée au demandeur. Cette procédure permet la description ou la saisie réelle des objets prétendus contrefaisants, des documents s'y rapportant ainsi que des matériels et instruments

¹¹⁴⁰ L'article 706-74 1° du code de procédure pénale dispose que, lorsque la loi le prévoit, les mesures mentionnées au titre XXV de ce code s'appliquent aux autres crimes et délits commis en bande organisée que ceux visés par les articles 706-73 et 706-73-1. Le délit de contrefaçon n'est pas mentionné par ces derniers et le législateur n'a pas prévu l'application de l'article 706-74 1° au droit de la propriété intellectuelle. Cette exclusion est justifiée à l'aune de l'objectif de lutte contre les atteintes à la sécurité, à la dignité, à la vie des personnes ou aux intérêts fondamentaux de la nation, poursuivi par ces mesures et des dérogations à la liberté individuelle et aux droits de la défense qui en résultent. Cependant, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 9 octobre 2014 (Cons. constit., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC), déclarant inconstitutionnelle l'entrée du délit d'escroquerie dans le champ d'application de ce titre, et la modification de l'articulation des mesures d'enquête et d'instruction et des conditions spécifiques de garde à vue, prévues à l'article 706-88, il semble que les délits de contrefaçon, commis en bande organisée, pourraient y être intégrés. La consécration, en droit de la propriété industrielle, de la circonstance aggravante des faits portant sur des marchandises dangereuses pour la santé ou la sécurité des personnes et le développement du financement d'activités terroristes par les bénéfices issus des actes de contrefaçon, constituent des arguments en faveur d'une telle intégration.

¹¹⁴¹ Art. 706-80 à 706-87 du CPP.

¹¹⁴² P. Véron (dir.), *Saisie-contrefaçon 2013-2014*, Dalloz, coll. Dalloz référence, 3^e éd., 2012.

utilisés pour produire ces objets¹¹⁴³. Elle ouvre la possibilité au demandeur d'agir au fond en empruntant soit la voie civile, soit la voie pénale. La deuxième procédure de saisie est effectuée par les officiers de police judiciaire dès la constatation des infractions aux dispositions du code de la propriété intellectuelle, à l'exception de celles relatives au droit des brevets et des obtentions végétales. Elle peut porter sur les objets contrefaisants, ainsi que sur le matériel destiné à leur fabrication.

Si la saisie-contrefaçon est une mesure judiciaire lorsqu'elle est suivie d'une action civile au fond, elle semble peu utile dès lors que le demandeur agit, ensuite, au pénal. En effet, la procédure pénale comporte, parmi les mesures d'investigations, des mesures de saisies et de perquisitions effectuées par les magistrats ou les officiers de police judiciaire¹¹⁴⁴. Ils peuvent saisir tous les objets relatifs aux faits incriminés et ceux en possession de personnes paraissant avoir participé à l'infraction. Ils peuvent, à cet effet, requérir l'assistance de toute personne qualifiée. Sauf exception, les objets saisis sont placés sous main de justice jusqu'au jugement. Les pouvoirs de saisie, conférés par le code de procédure pénale, semblent donc rendre inutile la mesure de saisie-contrefaçon, d'autant plus qu'ils évitent à la victime de devoir constituer une garantie. Outre leur inutilité, les dispositions, instaurant une saisie par les officiers de police judiciaire, forment un doublon avec les mesures d'investigations prévues par la procédure pénale et le code des douanes¹¹⁴⁵.

470. L'assouplissement de la licéité de la preuve en droit pénal - Si le principe de loyauté de la preuve a été largement assoupli, par le législateur, au profit des organes d'enquête, il a longtemps été conservé pour limiter la liberté de la preuve des autres personnes, notamment de la victime¹¹⁴⁶. Cependant, cette rigueur juridique sacrifiait, parfois, la vérité obtenue par un moyen illicite. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a donc admis, malgré la résistance d'une partie de la doctrine¹¹⁴⁷, que la partie civile verse au dossier d'une instruction pénale des preuves obtenues de manière dissimulée, voire illicite¹¹⁴⁸. Elle justifie cette

¹¹⁴³ Pour une analyse de la saisie-contrefaçon et de ses garanties procédurales : F. Donaud, *Les acteurs du procès civil en contrefaçon*, th. dir. V.-L. Benabou, Université Paris-Saclay, 2016, n° 186 et s., p. 166 et s.

¹¹⁴⁴ Art. 76, 96 et 97 du CPP faisant référence à l'article 56 et suivants, détaillant les modalités d'exécution de la mesure de saisie.

¹¹⁴⁵ Voir *infra* n° 468 et s. et *supra* n° 184 et s.

¹¹⁴⁶ Cass. crim., 12 juin 1952 : *JCP G* 1952, II, 7241, note Brouhot (condamnation de la transcription des propos tenus par un tiers au téléphone sur des questions suggérées par les policiers) ; Cass. crim., 19 juin 1989, n° 89-81.777 : *Bull. crim.* 1989, n° 261 (condamnation de l'utilisation d'un enregistrement téléphonique remis anonymement aux agents des douanes) ; M. Rousselet, « Les ruses et artifices dans l'instruction criminelle », *RSC* 1946, p. 50.

¹¹⁴⁷ B. Boulloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 25^e éd., 2016, n° 161, p. 127 et s. ; C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du graal de la Vérité », *A.J. pénal* 2005, p. 261 ; Ph. Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, n° 4, ét. 8, p. 13-16.

¹¹⁴⁸ Cass. Ass. pl., 6 mars 2015, n° 14-84.339 : *Bull. AP* 2015, n° 2 ; D. 2015, p. 711, note J. Pradel ; Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-83.395 : *Bull. crim.* 2010, n° 16 (enregistrement vidéo effectué à l'insu des personnes) ; Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559 : *Bull. crim.* 2002, n° 131 ; Cass. crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509 : *Bull. crim.* 1993, n° 210 ; *Dr. pén.*, févr. 1994 (communication au juge d'instruction d'enregistrements obtenus par une infraction pénale).

souplesse dans la liberté de la preuve par l'absence de disposition légale interdisant au juge de prendre en considération des preuves obtenues de façon illicite ou déloyale par les victimes¹¹⁴⁹. Cette jurisprudence est conforme à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui impose toutefois que ces preuves puissent être débattues contradictoirement et qu'elles soient complétées par d'autres preuves¹¹⁵⁰. Certains constatent alors une « *évolution de l'éthique procédurale* »¹¹⁵¹, qui tend à rapprocher le régime procédural appliqué aux parties et aux tiers à la procédure pénale, de celui appliqué aux organes d'enquête. Si les juges répressifs ont choisi la voie de l'utilitarisme, les juges civils continuent d'agir selon l'impératif moral kantien¹¹⁵². La loyauté de la preuve, constituant, encore, un principe en droit civil, la procédure pénale acquiert un avantage non négligeable. La victime d'une infraction de contrefaçon peut plus facilement agir devant les juridictions répressives, que devant les juridictions civiles, car elle peut se prévaloir, devant les premières, de moyens de preuve exclus devant les secondes¹¹⁵³. Les règles de procédure pénale et ses assouplissements prétoriens facilitent donc la mise en état de l'affaire, dans l'objectif de son jugement.

III- Les avantages relatifs au jugement

471. Le juge pénal, juge de l'action et de l'exception - Il a été démontré que les infractions aux droits de propriété intellectuelle comportent des conditions préalables¹¹⁵⁴. Imposer au juge de surseoir à statuer, dans l'attente que le juge civil se prononce, rendrait la procédure trop longue. L'article 384 du code de procédure pénale dispose, alors, que « *le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement, ou que le prévenu n'excite d'un droit réel immobilier* ». Cette règle permet au juge pénal de se prononcer sur des questions, qui, posées au principal, n'auraient pas relevé de sa compétence. Elle a vocation à satisfaire l'exigence de célérité du procès et évite les exceptions préjudicielles à effet dilatoire. En conséquence, sauf à ce que la loi confère une compétence exclusive aux juridictions civiles pour statuer sur la qualification du bien, le juge pénal peut connaître de l'exception, soulevée par le prévenu, relative à l'absence de droit de propriété intellectuelle sur le bien prétendument contrefait. Exclue dans le domaine des obtentions végétales, la compétence du juge pénal est reconnue pour tous les autres droits de propriété intellectuelle.

¹¹⁴⁹ Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85.464 : *Bull. crim.* 2012, n° 27 ; Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-88.118 : *Bull. crim.* 2012, n° 64.

¹¹⁵⁰ CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, *Schenk c/ Suisse*, spéc. §46 : RSC 1988, p. 840, obs. Ch. Pettiti et F. Teitgen.

¹¹⁵¹ G. Di Marino, « La procédure pénale à visage dissimulé », in *Sciences pénales et sciences criminelles*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 213.

¹¹⁵² Cass. Ass. pl., 7 janv. 2011, n° 09-14.667 : *Bull. AP* 2011, n° 1 ; CCE 2011, n° 3, comm. 24, obs. M. Chagny ; D. 2011, p. 618, obs. V. Vigneau ; JCP G 2015, n° 19-20, proc. 558, p. 933-936, comm. E. Bonis-Garçon.

¹¹⁵³ G. Di Marino, « La procédure pénale à visage dissimulé », *art. cit.*, p. 204.

¹¹⁵⁴ Voir *supra* n° 89 et s.

472. La fonction réparatrice de la procédure pénale - La loi, du 15 août 2014, relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales¹¹⁵⁵, a introduit, dans le code de procédure pénale, un article 10-1 prévoyant une mesure de justice restaurative, définie comme « *toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission* ». Elle est suspendue à la reconnaissance des faits par l'auteur de l'infraction et à son consentement, ainsi qu'à celui de la victime. Elle peut être proposée à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine¹¹⁵⁶. Elle ne doit pas être confondue avec l'action civile car elle peut être mise en œuvre sans qu'une décision ait été rendue sur cette action¹¹⁵⁷. Une telle mesure peut, certes, avoir pour objet de réparer le dommage causé par l'infraction, mais elle peut, aussi, avoir un but de médiation entre l'auteur des faits et la victime¹¹⁵⁸. Si ses conditions de mise en œuvre sont contraignantes, elle permet, toutefois, à la victime, d'obtenir rapidement la réparation de son préjudice, sans exclusion des peines, qui pourront être prononcées par le juge. Néanmoins, les difficultés d'évaluation du préjudice causé par les atteintes aux droits de propriété intellectuelle et la contestation des montants demandés par le contrefacteur rendent la mise en œuvre de cette procédure incertaine.

473. Le choix, par la victime, de la voie d'indemnisation - L'action civile, portée devant la juridiction pénale, offre à la victime la possibilité de mettre en mouvement l'action publique ou de la corroborer, afin que l'auteur de l'infraction soit sanctionné et indemnise son préjudice¹¹⁵⁹. Dans cette hypothèse, l'action civile a une nature mixte car elle constitue une action en responsabilité civile comportant une finalité répressive¹¹⁶⁰. La procédure pénale permet à la victime, par une seule action, de bénéficier des fonctions du droit pénal, notamment la sanction et la dissuasion collective et individuelle, et d'obtenir des dommages-intérêts. Elle présente donc un intérêt, dont est dépourvue la procédure civile. Si séduisante en théorie, elle est, pourtant, rarement mise en pratique¹¹⁶¹.

L'engagement d'une procédure pénale offre, aussi, à la victime, la possibilité de saisir le juge civil pour obtenir l'indemnisation de son préjudice résultant de l'infraction¹¹⁶². Il doit, toutefois,

¹¹⁵⁵ Loi, n° 2014-896, du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹¹⁵⁶ Art. 707, IV, 2° du CPP.

¹¹⁵⁷ Art. 132-45, 5° du CPP.

¹¹⁵⁸ Art. 41-1, 4° du CPP.

¹¹⁵⁹ Art. 418 al. 3 du CPP.

¹¹⁶⁰ F. Boulan, « Le double visage de l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *JCP G* 1973, I, 2563 ; J. Vidal, « Observations sur la nature juridique de l'action civile », *RSC* 1963, p. 481-528 ; C. Roca, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *D.* 1991, chron., p. 85 – Voir *infra* n° 493.

¹¹⁶¹ Voir *infra* n° 494 et s.

¹¹⁶² A l'inverse, la procédure civile n'offre, en principe, pas cette possibilité à la victime. L'article 5 du CPP énonce la règle *electa una via*. Néanmoins, la jurisprudence atténue fortement la portée de cette règle en énonçant nombre

surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction répressive se soit définitivement prononcée¹¹⁶³. Cette procédure, plus longue que celle qui permet au juge pénal de statuer sur la constitution de partie civile de la victime, ne permet pas à cette dernière de bénéficier des garanties procédurales répressives.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

474. Pour lutter contre les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle, la procédure pénale présente des avantages indéniables par rapport à la procédure civile. Cette différence est due à leurs fonctions. La première constitue un instrument à la disposition de l'Etat pour lutter contre les comportements qui troublent l'ordre public, tandis que la seconde est destinée à la résolution de conflits entre des personnes privées. Malgré les exigences de respect des droits fondamentaux attachés à la loi pénale et au procès équitable, la gravité des comportements incriminés et l'intérêt supérieur de la préservation de l'ordre public, et incidemment, de l'ordre social¹¹⁶⁴, confèrent à la procédure pénale une plus grande souplesse que la procédure civile, notamment concernant les règles de preuve. Outre la récente fonction réparatrice de la procédure pénale, grâce à l'action civile, la victime d'une infraction aux droits de la propriété intellectuelle peut saisir les juridictions répressives pour voir sanctionner son auteur et obtenir des dommages-intérêts, évitant ainsi l'allongement de la procédure par l'engagement d'une action en responsabilité civile.

PARAGRAPHE II - La rareté des actions pénales en droit de la propriété intellectuelle

475. L'inextricable ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle - L'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle résulte de sa rare mise en œuvre due, tant à l'inaction du ministère public, qu'au désintérêt des victimes pour ce fondement de responsabilité. L'absence de mise en mouvement de l'action publique et le choix plus fréquent de la voie civile ont différentes causes. Le ministère public est tributaire des organes d'enquêtes et de la dénonciation des faits par les victimes. Or, malgré les avantages de la procédure pénale en matière de lutte contre la contrefaçon et les autres atteintes directes aux droits de propriété intellectuelle, les victimes, principalement les titulaires de droits, perçoivent de nombreux inconvénients à l'engagement d'une action publique, tandis que le droit civil comporte des instruments qui concurrencent ceux du droit pénal. L'inaction des victimes entraîne donc celle du ministère public. Toutefois, lorsque le ministère public agit, le choix de sa réponse est contraint par la politique criminelle menée par le gouvernement ainsi que par les spécificités du droit de la propriété intellectuelle. Les réponses, souvent considérées comme insatisfaisantes

d'exceptions : F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2016, n° 1329 et s., p. 907 et s. ; C. Freyria, « L'application en jurisprudence de la règle *electa una via* », *RSC* 1951, p. 213.

¹¹⁶³ Art. 4 du CPP.

¹¹⁶⁴ Voir *infra* n° 972 et s.

par les victimes, ne les encouragent pas à agir sur le fondement du droit pénal de la propriété intellectuelle. Dans un mouvement circulaire, l'inaction du ministère public (I) nourrit celle de la victime (II), laquelle constitue un frein à l'action du premier.

I- L'inaction du ministère public

476. Le ministère public, titulaire de l'action publique - En droit de la propriété intellectuelle, le ministère public peut mettre en mouvement l'action publique indépendamment de toute plainte de la victime, sauf dans l'hypothèse où une personne morale est soupçonnée d'avoir porté atteinte aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention végétale¹¹⁶⁵. Afin qu'il puisse agir, il doit être informé de l'existence de faits susceptibles de constituer une infraction aux droits de la propriété intellectuelle. Malgré la diversification des services d'enquêtes spécialisés et l'adoption de règles favorisant son information, seul un faible nombre de faits lui parvient (A). Lorsque le ministère public est informé de tels faits, la réponse pénale choisie entre l'exercice des poursuites, le prononcé de mesures alternatives aux poursuites ou le classement sans suite, n'apparaît pas satisfaisante (B).

A- L'inaction liée à l'information du ministère public

477. Les sources d'information du ministère public - Pour qu'il puisse apprécier l'opportunité de la réponse pénale à apporter à des faits susceptibles de constituer une infraction, le ministère public doit être informé de leur existence. L'information, recueillie par le procureur de la République, constitue un préalable indispensable. Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sont occultes et leurs auteurs sont, souvent, parfaitement dissimulés, notamment lorsqu'elles sont commises au moyen d'Internet. Il convient alors de distinguer deux sources d'informations, les agents des organismes publics ou privés, dont la mission est de lutter ou de collaborer à la lutte contre la contrefaçon (1), et les victimes (2).

1- Les informations transmises par les organismes publics et privés

478. Les services d'enquête généraux ou spécialisés - Les services d'enquête spécialisés dans la lutte contre la contrefaçon et les autres organismes publics y participant ont l'obligation de transmettre les informations au procureur de la République. Ils peuvent intervenir soit avant l'ouverture d'une procédure judiciaire, soit au cours d'une telle procédure¹¹⁶⁶. La police

¹¹⁶⁵ Voir *supra* n° 460.

¹¹⁶⁶ Lorsqu'ils interviennent au cours d'une procédure judiciaire, ils sont dirigés par un juge d'instruction ou par le ministère public. En effet, les pouvoirs du ministère public ne cessent d'augmenter, parfois au détriment de ceux du juge d'instruction. Désormais, il a, notamment, le pouvoir d'interpeller (art. 78 du CPP), de requérir auprès de toute personne ou tout établissement la remise d'informations susceptibles d'intéresser une enquête (art. 77-1-1 du

nationale comporte, depuis 2009, un Office central de lutte contre le trafic de biens culturels, compétent en matière de répression de la contrefaçon artistique¹¹⁶⁷. Cet office est rattaché à la sous-direction de la lutte contre la criminalité organisée et la délinquance financière, elle-même placée sous l'autorité de la Direction centrale de la police judiciaire¹¹⁶⁸. La Brigade nationale d'enquêtes économiques peut aussi participer aux enquêtes menées en matière de contrefaçon, dès lors qu'elle relève de la délinquance organisée à but lucratif. Des agents assermentés, désignés par le Centre national du cinéma et de l'image animée, les organismes de défense professionnelle, les sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) ou les organismes professionnels de producteurs, s'ils sont agréés par le Ministre chargé de la culture, peuvent participer aux enquêtes judiciaires aux côtés des officiers et agents de police judiciaire. Les organismes publics, qui ne sont pas spécialisés dans le domaine de la propriété intellectuelle, luttent directement ou indirectement contre la contrefaçon. La DGCCRF¹¹⁶⁹ est aussi compétente pour constater les délits de contrefaçon et effectuer des saisies, principalement pour les infractions au droit des marques. D'autres, au cours d'enquêtes administratives ou judiciaires, vont pouvoir participer à l'identification d'actes de contrefaçon et, dès lors, lutter contre ces infractions. Il en est ainsi, notamment, de TRACFIN¹¹⁷⁰, de l'ANSM¹¹⁷¹ et de l'ANSES¹¹⁷².

479. La coopération entre les acteurs privés et les services répressifs - La coopération des acteurs privés avec les services judiciaires répressifs est précieuse pour l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon. Placé sous l'égide du Ministre chargé de la propriété industrielle, le Centre national anti-contrefaçon organise la coopération entre les acteurs privés et les acteurs publics. Outre l'échange d'informations et l'entraide dans le développement de stratégies de lutte, il peut formuler des propositions nouvelles de réglementation. Plusieurs associations, souvent spécialisées dans un domaine de la propriété intellectuelle, ont pour objet de lutter contre la contrefaçon et constituent des interlocuteurs privilégiés auprès du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il en est ainsi, notamment, de l'Union des Fabricants, de l'agence de protection des programmes, de l'UFC-que choisir et de l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle. De surcroît, les intermédiaires techniques doivent

CPP), et de délivrer un mandat de recherche contre toute personne soupçonnée avoir commis un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement (art. 77-4 du CPP), tel que les délits de contrefaçon.

¹¹⁶⁷ Madame Guillotreau avait fait le vœu d'un office de la délinquance artistique au sein de la police nationale pour lutter efficacement contre les trafics illicites d'œuvres et les délits de contrefaçon : G. Guillotreau, *Art et crime, La criminalité du monde artistique, sa répression*, PUF, Coll. Criminalité Internationale, 1999.

¹¹⁶⁸ F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2016, n° 875, p. 620.

¹¹⁶⁹ Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

¹¹⁷⁰ Organisme du Ministère de l'économie et des finances dédié au traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins.

¹¹⁷¹ L'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

¹¹⁷² L'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail.

promptement informer les autorités publiques des atteintes, commises au moyen d'Internet, qui leur sont signalées¹¹⁷³.

480. La multiplication des sources d'information pour une lutte plus efficace - Tous les faits, susceptibles de constituer des infractions aux droits de propriété intellectuelle, dont ces organismes ont connaissance, parviennent au procureur de la République. Si les organismes privés n'ont pas l'obligation de mener, activement, des recherches, afin d'identifier l'existence de ces faits, les organismes publics, notamment ceux spécialisés dans la lutte contre la contrefaçon, devraient mener de telles recherches. Toutefois, les moyens alloués sont encore insuffisants pour que les procureurs soient informés de la majorité de ces faits. Les victimes jouent un rôle essentiel dans l'information du ministère public.

2- Les informations transmises par les victimes

481. L'information délivrée par la victime de l'atteinte au droit - Le ministère public peut, aussi, être informé par la victime de l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, principalement par son titulaire. Celui-ci peut avoir connaissance d'une atteinte à son droit, et, après saisie-contrefaçon ou saisie douanière de marchandises soupçonnées être contrefaisantes, décider soit d'engager une action devant les juridictions civiles, soit de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile¹¹⁷⁴, soit de déposer plainte en complément ou non à une action sur le fondement du droit civil. Quand bien même il ne souhaiterait pas se constituer partie civile et préférerait agir devant les juridictions civiles, la transmission des informations au ministère public lui offre la possibilité de participer à la protection de l'ordre public. Cependant, la voie pénale est souvent ignorée au profit d'une action civile¹¹⁷⁵. La différence notable entre le caractère systématique du dépôt de plainte pour vol et le faible nombre de plaintes déposées pour contrefaçon peut être expliquée par la nécessité d'une plainte, en cas de vol, pour mettre en œuvre l'assurance. Néanmoins, il serait intéressant qu'une étude statistique soit menée afin de connaître la proportion de faits, susceptibles de constituer des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, connus des victimes, qui parvient aux procureurs de la République.

482. L'information, fondement de l'appréciation de l'opportunité de la réponse pénale - Si l'inaction du ministère public peut être expliquée par les difficultés d'information quant à l'existence de ces délits occultes, le choix de la réponse pénale cristallise les critiques.

¹¹⁷³ Voir *supra* n° 170.

¹¹⁷⁴ Voir *infra* n° 493 et s.

¹¹⁷⁵ Voir *infra* n° 494.

B- L'inaction liée à la réponse pénale choisie par le ministère public

483. L'appréciation de l'opportunité de la réponse pénale, puis de l'opportunité des poursuites - Une fois le procureur de la République informé de l'existence de faits susceptibles de constituer des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle, celui-ci doit choisir une réponse pénale. Traditionnellement, cette étape de la procédure consiste en l'appréciation de l'opportunité des poursuites. Le procureur doit évaluer le caractère poursuivable des faits et choisir, soit de poursuivre, soit de classer sans suite. Une troisième voie a été introduite, celle des mesures alternatives aux poursuites. La notion d'appréciation de l'opportunité des poursuites est alors substituée par celle d'appréciation de la réponse pénale. Néanmoins, selon certains, la réponse pénale est constituée des poursuites ou des mesures alternatives ; or van de Kerchove explique que le classement sans suite constitue une réponse pénale¹¹⁷⁶. Sur le fondement de cette conception de la procédure pénale, la réflexion du procureur de la République peut être divisée en deux étapes. D'abord, l'appréciation de l'opportunité de la réponse pénale, consistant à choisir entre une réponse positive, la poursuite ou les mesures alternatives, et une réponse négative, le classement sans suite. Puis, l'appréciation de l'opportunité des poursuites, qui amène à choisir entre la poursuite et les mesures alternatives. Si la réponse négative formulée par le classement sans suite est révélatrice de l'inaction du ministère public (1), il semble que le choix des mesures alternatives aux poursuites ne puisse être si sévèrement critiqué (2).

1- Les raisons contestables du classement sans suite

484. L'appréciation de l'opportunité du classement sans suite - Le classement sans suite est la conséquence de la décision du procureur de la République de ne pas engager de poursuites et de ne pas prononcer de mesures alternatives. Le principe de l'opportunité des poursuites qui, dans sa conception classique, amène le procureur à décider de classer le dossier, sans donner de suite pénale, cristallise les difficultés. La décision de classement sans suite n'est pas réservée aux faits insusceptibles de poursuites, tels que ceux qui ne relèvent d'aucune qualification pénale, ou à ceux qui ont fait l'objet d'une mesure alternative réussie. Elle concerne aussi les faits poursuivables, mais qu'il n'apparaît pas opportun de poursuivre. Ce principe s'oppose au principe de légalité des poursuites, qui impose de poursuivre tous les faits susceptibles de l'être. Si ce dernier garantit l'égalité entre les citoyens, il produit, inévitablement, une paralysie des juridictions répressives. Pratique du ministère public approuvée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁷⁷, le principe d'opportunité des poursuites apparaît discrètement à l'article 40 du code de procédure pénale, en 1959, puis est expressément consacré à l'article 40-

¹¹⁷⁶ M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 24.

¹¹⁷⁷ Cass. crim., 8 déc. 1826 : *Bull. crim.* 1826, n° 250.

1 de ce code, par la loi du 9 mars 2004 dite Perben II. Certes, cette disposition limite le classement sans suite, car il doit être justifié par des « *circonstances particulières liées à la commission des faits* ». Cependant, la formulation est suffisamment large pour que la politique criminelle, tant nationale que locale, détermine le classement sans suite de faits qui auraient pu être poursuivis ou, *a minima*, faire l'objet de mesures alternatives¹¹⁷⁸.

485. Le classement sans suite, déterminé par la politique criminelle - Le procureur de la République applique la politique criminelle déterminée par le ministre de la justice et agit en fonction de l'orientation de la lutte contre certaines infractions. Madame Imbert-Quaretta explique que la politique criminelle menée depuis plusieurs années correspond à une politique du chiffre, qui tend à privilégier les infractions les plus faciles à constater, telles que les infractions routières et l'usage de stupéfiants, au détriment de délits plus difficiles à élucider, tels que les cambriolages¹¹⁷⁹. Aucune étude statistique relative à la proportion des classements sans suite n'isole les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Il apparaît alors difficile de savoir s'ils appartiennent, aussi à cette catégorie. La mise à l'écart d'un contentieux, par la politique criminelle, peut, en outre, être expliquée par la pression des entreprises qui profitent indirectement des infractions. En droit de la propriété intellectuelle, les services essentiels au fonctionnement d'Internet, dont l'entreprise Google, profitent indirectement de la contrefaçon. Enfin, les infractions, dont l'auteur présumé n'est pas retrouvé, font souvent l'objet d'un classement sans suite car l'ouverture de poursuites aboutirait à un jugement par défaut, peu efficace et peu efficient¹¹⁸⁰. Une politique pénale localement menée par les parquets, relative à l'encombrement de la juridiction ou aux budgets alloués aux investigations supplémentaires nécessaires, peut amener le procureur de la République à classer sans suite certains dossiers. Si ces raisons ont un lien avec la commission des faits, il apparaît, néanmoins, très ténu.

486. Le classement sans suite, déterminé par l'inefficience des mesures - Grâce à son modèle économique relatif au coût de la lutte contre la délinquance, Stigler, prix Nobel d'économie en 1982, démontre qu'à un certain niveau de délinquance et de coût social, l'Etat n'a plus intérêt à lutter, car le coût devient supérieur au profit issu de la baisse du taux de criminalité¹¹⁸¹. Certes, le ministère public apprécie l'opportunité de poursuivre les faits en fonction de la politique criminelle du gouvernement, mais « *une dimension économique*

¹¹⁷⁸ En 2016, au niveau national, sur les 1 367 166 affaires poursuivables, 1 175 736 affaires ont été poursuivies ou ont fait l'objet d'une procédure alternative ou d'une composition pénale. Le taux de réponse pénale est donc de 86 %. Concernant les mineurs, le taux est de 92,5 % : Ministère de la justice, *Les chiffres clés de la Justice 2017*, p. 14 et p. 21.

¹¹⁷⁹ M. Imbert-Quaretta, « Un regard sur le chantier de la Justice : sens et efficacité des peines », *AJ Pénal* 2013, p. 79 et s.

¹¹⁸⁰ Voir *infra* n° 486.

¹¹⁸¹ G. Stigler, « The Optimum Enforcement of Laws », *Journal of Political Economy*, 1970, vol. LXXVIII, p. 526 et s.

incontestable peut être prêtée au principe d'opportunité des poursuites »¹¹⁸². En raison du budget limité de la justice, le coût social des poursuites, mis en balance avec l'inefficacité des peines, peut expliquer l'inaction du ministère public, et conséquemment, l'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle.

Malgré l'inefficience du système, il convient de relever que l'administration fiscale peut être informée par le ministère public ou les autorités judiciaires qu'une personne, ayant commis une infraction relevant de l'article L. 716-9 du code de la propriété intellectuelle, a eu la libre disposition de biens ou sommes d'argent en lien avec des délits de contrefaçon. Sur le fondement de l'article 1649 quater-0 B bis du code général des impôts, elle est alors présumée avoir perçu des revenus imposables équivalents à la valeur vénale de ces biens, objets de l'infraction ou ayant servi à commettre l'infraction, ainsi qu'au montant des sommes d'argent qui en sont le produit direct. Le montant de l'imposition correspondante est assorti d'une majoration de 80 %. Une telle disposition peut alors conférer une certaine efficience à la lutte contre la contrefaçon de marque, commise à l'échelle industrielle et inciter à la mise en mouvement de l'action publique.

487. L'organisation, par le législateur, de l'ineffectivité des lois - Le classement sans suite de faits poursuivables, pour des raisons qui relèvent de la politique criminelle du moment et non de la gravité des faits ou de la personnalité de leur auteur, fait l'objet de vives critiques. L'Etat est doté du pouvoir de punir. Or, ne pas engager de poursuites, alors que la violation d'une loi relève d'une qualification pénale, semble aller à l'encontre de la volonté du peuple. Pourtant, le législateur autorise l'autorité judiciaire à ne pas mettre en œuvre les lois qu'il adopte au nom du peuple français. Le Doyen Carbonnier relève cette manifestation de la contradiction interne de la loi pénale et constate qu'« *une fraction de délinquance est laissée en paix, que par hypothèse il n'y aurait pas eu d'utilité sociale à faire condamner, moyennant quoi les tribunaux sont désencombrés d'un trop-plein de répression* »¹¹⁸³. Le classement sans suite constitue alors, pour le ministère public, un moyen d'adapter la quantité de travail de la juridiction à ses moyens¹¹⁸⁴. L'évaluation de l'opportunité de la réponse pénale, négative ou positive, prend donc en considération « *la capacité productive du système* »¹¹⁸⁵. Certes, l'absence d'étude ne permet pas d'observer cette « *ineffectivité par voie d'autorité* »¹¹⁸⁶ en droit de la propriété intellectuelle. Néanmoins, l'inaction des Etats face à ces infractions a été prise en considération par l'ACTA qui, notamment en son article 26, incite les parties à agir et les Etats à permettre

¹¹⁸² G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique. Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. dir. F. Stasiak, LGDJ, coll. Droit & Economie, 2009, n° 18, p. 33.

¹¹⁸³ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004, p. 403. Dans le même sens : P. Truche, « Des bonnes et des mauvaises raisons d'échapper à la sanction pénale », in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, t. 39, p. 449-453, spéc. p. 452 et s.

¹¹⁸⁴ L. H. C. Hulsman, « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497-545, spéc. p. 505.

¹¹⁸⁵ L. H. C. Hulsman, « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497-545, spéc. p. 506.

¹¹⁸⁶ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004, p. 403.

aux autorités compétentes de mener des enquêtes et d'engager des poursuites, indépendamment de l'action des victimes¹¹⁸⁷.

488. L'inaction limitée au classement sans suite - Le classement sans suite de faits poursuivables révèle une volonté d'inaction du ministère public, fortement critiquable lorsque les causes leur sont étrangères. L'inertie du ministère public apparaît toutefois limitée à cette réponse pénale, car celle consistant à adopter des mesures alternatives ne peut être assimilée à une inaction.

2- Les difficultés d'application des mesures alternatives aux poursuites

489. Les mesures alternatives, degrés d'individualisation de la réponse pénale - Lorsque le procureur de la République décide d'apporter une réponse pénale positive aux faits susceptibles de constituer une infraction, il doit apprécier l'opportunité de les poursuivre ou de prononcer une mesure alternative, écartant les poursuites. Les mesures alternatives constituent un degré intermédiaire entre les poursuites et le classement sans suite, car elles apportent une réponse pénale positive au délinquant, tout en évitant la mise en mouvement de l'action publique. Elles ont été instaurées afin d'éviter un nombre trop élevé de classements sans suite de faits poursuivables et pallient l'impossibilité matérielle de les poursuivre¹¹⁸⁸. Ces « *outils souples de "gestion des flux"* »¹¹⁸⁹, offerts au parquet, confèrent à la procédure pénale une souplesse et une célérité de traitement des contentieux. Ils permettent aussi de varier les réponses en fonction de la politique criminelle menée. Certaines procédures sont préférées à d'autres, s'il est souhaité que la réponse à une infraction soit plus ou moins sévère, plus systématique ou plus rapide. Elles peuvent, en outre, être vues comme un degré supplémentaire d'individualisation de la réponse pénale. En effet, ces mesures, listées à l'article 41-1 du code de procédure pénale, sont au nombre de six, auxquelles est ajoutée la composition pénale, dont l'article 41-2 de ce code liste une vingtaine de mesures qui peuvent être proposées par le procureur de la République à l'auteur des faits. Les mesures alternatives aux poursuites ont pour objet de réparer le dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits. La diversité des mesures offre au procureur la possibilité d'adapter la réponse pénale, afin qu'elle soit la plus dissuasive possible pour l'avenir. Toutefois, ces mesures sont peu souvent prononcées. En 2016, seules 37,5 % des

¹¹⁸⁷ Voir *supra* n° 229.

¹¹⁸⁸ La baisse des classements sans suite corrélative à l'augmentation des mesures alternatives et composition pénale peut être observée grâce aux statistiques réalisées depuis 2005 : Ministère de la justice, *Les chiffres clés de la Justice 2017*, p. 14.

¹¹⁸⁹ J. Danet, « La concurrence des procédures pénales », in *Le droit pénal*, Arch. philo. dr., Dalloz, 2010, p. 201-211, spéc. p. 207.

affaires poursuivables ont fait l'objet de mesures alternatives et 5 % ont donné lieu à une composition pénale¹¹⁹⁰.

490. Des mesures pour dire la loi - Bien que ne constituant pas des peines, ces mesures rappellent la loi, répondent aux délinquants, dans le sens d'actes du langage¹¹⁹¹. Cette transformation de la justice pénale ne constitue pas une manifestation d'impunité de certaines infractions. Elle intègre des instruments élaborés pour « *dire la loi sans peine* », lesquels sont une « *contrainte de sens avant d'être une contrainte physique* »¹¹⁹². Cette fonction déclarative de la justice pénale reconnaît publiquement le statut de la victime et confère à l'auteur des faits son statut de délinquant. Le développement de ces mesures est fondé sur « *l'idée que chaque infraction doit être suivie d'une réaction sociale si minime soit-elle, sous peine de discréditer la loi pénale [...]. Une telle systématisme n'est pas envisageable si l'on continue à penser la peine sur un modèle unique. La diversification des réactions est indispensable. [...] La réponse se substitue à la sanction traditionnelle* »¹¹⁹³. Le prononcé de mesures alternatives, en cas d'infraction à un droit de propriété intellectuelle, peut alors être justifié lorsque leur auteur n'a jamais été condamné ou lorsque les actes ne présentent pas une gravité suffisante pour qu'une peine soit prononcée. L'impression produite par ces mesures, sur ces individus, peut être suffisante à les dissuader pour l'avenir. Si le classement sans suite des faits poursuivables constitue une inaction du ministère public, le prononcé de mesures alternatives ne peut être assimilé à une inaction.

491. L'application des mesures alternatives en droit de la propriété intellectuelle - Les mesures alternatives aux poursuites, listées à l'article 41-1 du code de procédure pénale, exigent que les faits puissent être qualifiés d'infraction par le procureur de la République. Or, il a été démontré que la qualification d'infraction à un droit de propriété intellectuelle exige que l'existence d'un tel droit soit préalablement établie. Seule celle du droit d'auteur, portant sur des biens relevant des catégories classiques des œuvres de l'esprit, semble pouvoir l'être facilement¹¹⁹⁴. La composition pénale présente une difficulté supplémentaire puisqu'elle ne peut être prononcée qu'à condition que l'individu reconnaisse être l'auteur des faits. En cas d'atteinte aux droits de propriété littéraire et artistique, commise grâce à Internet, l'identité de l'auteur des faits peut être empreinte de doute et, en raison des difficultés liées à la condition préalable des infractions aux droits de propriété intellectuelle¹¹⁹⁵, il ne va pas toujours dans l'intérêt de l'individu de reconnaître les faits. Enfin, il convient de souligner que ces mesures

¹¹⁹⁰ Ministère de la justice, *Les chiffres clés de la Justice 2017*, p. 14.

¹¹⁹¹ M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 24.

¹¹⁹² A. Garapon, *Le gardien des promesses. Le juge et la démocratie*, Odile Jacob, 1996, p. 213-214.

¹¹⁹³ A. Garapon, *Le gardien des promesses. Le juge et la démocratie*, Odile Jacob, 1996, p. 218.

¹¹⁹⁴ Voir *supra* n° 106 et s.

¹¹⁹⁵ Voir *supra* n° 100 et s.

consistent, notamment, en l'indemnisation du préjudice causé à la victime. La complexité de son évaluation laisse penser qu'elles ne sont pas aisées à mettre en œuvre.

492. Une inaction généralisée - L'inaction du ministère public pourrait être compensée par la mise en mouvement de l'action publique par les victimes, mais celles-ci préfèrent agir sur le fondement du droit civil.

II- Le désintérêt des victimes pour l'action publique

493. La nature de l'action de la victime devant les juridictions pénales - Deux voies procédurales sont offertes aux victimes pour agir devant les juridictions répressives. D'une part, elles peuvent déposer plainte, soit auprès d'un officier de police judiciaire, soit directement auprès du procureur de la République. Le ministère public examine la plainte et apprécie l'opportunité des poursuites – ou de la réponse pénale, dans la conception plus large suggérée par van de Kerchove¹¹⁹⁶. La décision de classement sans suite n'est pas discrétionnaire, puisqu'un recours est ouvert à la personne ayant dénoncé les faits¹¹⁹⁷. D'autre part, la victime peut mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile, ce qui écarte l'appréciation de l'opportunité des poursuites par le ministère public¹¹⁹⁸. Madame le Professeur Delmas-Marty explique que le déclenchement de l'action publique par la victime peut emprunter deux natures corrélatives à l'existence d'une demande d'indemnisation du préjudice. Lorsqu'une telle demande accompagne l'action de la victime, elle acquiert une nature civile réparatrice, mais en son absence, la nature de l'action est répressive¹¹⁹⁹. En ce sens, Madame le Professeur Poncela démontre que l'action civile de la victime devant les juridictions répressives n'est pas reconnue dans une finalité de vindicte, mais constitue une aide accordée à la victime pour obtenir réparation de son préjudice¹²⁰⁰. Toutefois, l'ouverture de la voie pénale à des groupements ou organismes, tels que des syndicats, des ordres professionnels ou des associations, réintroduit une finalité répressive à l'engagement de l'action, car certains agissent moins pour obtenir une indemnisation, que pour conforter ou mettre en mouvement l'action

¹¹⁹⁶ Voir *supra* n° 483.

¹¹⁹⁷ Art. 40-3 du CPP.

¹¹⁹⁸ Art. 10-2, 2° du CPP. La constitution de partie civile devant les juridictions pénales a été reconnue pour la première fois par la Cour de cassation dans son arrêt *Flandin*, du 22 janvier 1953, malgré, en principe, leur absence de compétence pour statuer sur la réparation du préjudice causé par l'infraction et subi par la victime privée : Cass. crim., 22 janv. 1953, *Flandin* : D. 1935, p. 109, rapp. Patin ; JCP 1953, II, 7444.

¹¹⁹⁹ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 78 et s. ; Dans le même sens : F. Boulan, « Le double visage de l'action civile exercée devant les juridictions répressives, JCP 1973, I, 2563 ; R. Vouin, « L'unique action civile », D. 1973, chron., p. 265.

¹²⁰⁰ P. Poncela, « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », in *Philosophie pénale*, Arch. philo. dr., Sirey, 1983, t. 28, p. 123-135, spéc. p. 129 et s. Elle cite à l'appui de son argumentation, trois arrêts : Cass. crim., 15 oct. 1970, n° 68-93.383, *Boyoud* : Bull. crim. 1970, n° 268 ; D. 1970, p. 733, note J.-L. Costa ; Cass. crim., 15 mars 1977, n° 75-91.220 : Bull. crim. 1977, n° 94 ; JCP 1979, II, 19148, note B. Bonjean ; Cass. crim., 8 juin 1971, n° 69-92.311 : Bull. crim. 1971, n° 182 ; D. 1971, p. 594, note J. Maury.

publique¹²⁰¹. Malgré la dualité de nature de l'action de la victime devant les juridictions pénales, les titulaires de droits de propriété intellectuelle préfèrent agir sur le fondement du droit civil.

494. Les causes du désintérêt des victimes pour la voie pénale - La préférence des victimes pour la voie civile est déterminée par plusieurs causes. De manière résiduelle, mais non négligeable, les conséquences des infractions aux droits de propriété intellectuelle peuvent être positives. Elles peuvent procurer un avantage économique à certains titulaires de droits. Il en est ainsi de la société Vuitton, qui a su tirer profit de la contrefaçon de ses marques et modèles en valorisant les produits authentiques. Plus couramment, certaines victimes ne souhaitent pas agir sur le fondement du droit pénal en raison de ses effets déshonorants pour les utilisateurs et consommateurs ou pour les partenaires commerciaux ou les concurrents qui se seraient livrés à des actes de contrefaçon. Enfin, la classification, par Monsieur le Professeur Cusson, des raisons qui poussent les victimes d'atteintes contre leurs biens matériels à en informer la police, renseigne sur le désintérêt des titulaires de droits de propriété intellectuelle pour la voie pénale. Son étude démontre que les victimes agissent, en priorité, pour être dédommagées par l'assurance, puis, par devoir, ensuite, pour que l'auteur ne répète pas son crime, enfin, pour que l'auteur soit puni. Il constate que cette classification des raisons, par ordre d'importance décroissante, est inversée dans le domaine des délits contre les personnes¹²⁰². Outre ces causes d'aspects sociologique et criminologique, des causes juridiques expliquent le délaissement de la voie pénale au profit de la voie civile en droit de la propriété intellectuelle. Elles peuvent être réparties en deux catégories. D'une part, le droit pénal comporte des avantages qu'il perd au contact du droit de la propriété intellectuelle (A), d'autre part, les titulaires de droits perçoivent des inconvénients qui les détournent de ce fondement (B).

A- La perte des avantages du droit pénal au contact du droit de la propriété intellectuelle

495. Le droit pénal concurrencé par le droit civil - Le droit pénal comporte des avantages relatifs à l'administration de la preuve des atteintes et à la sanction de ces atteintes. Cependant, le législateur a doté le droit civil spécial au droit de la propriété intellectuelle d'instruments qui concurrencent ceux de nature pénale. La concurrence des moyens de preuve (1) et des sanctions (2) s'effectue au détriment du droit pénal.

¹²⁰¹ P. Poncela, « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », in *Philosophie pénale*, Arch. philo. dr., Sirey, 1983, t. 28, p. 123-135, spéc. p. 129.

¹²⁰² M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 113. Une étude statistique a été menée sur les déterminants du dépôt de plainte, laquelle révèle que la nature de l'atteinte subie est déterminante et, dans l'hypothèse d'un vol, la fréquence du dépôt de plainte varie en fonction de l'effectivité du vol, de la nature et de la valeur de la chose volée : V. Carrasco, L. Chaussebourg et J. Creusat, « Les déterminants du dépôt de plainte : le type d'agression subie devance de loin les caractéristiques de la victime », *Economie et statistique* 2011, n° 448 et 449, p. 107-127.

1- La concurrence des moyens de preuve des atteintes

496. Les instruments procéduraux spécifiques au droit de la propriété intellectuelle -

L'Etat dispose de services d'enquêtes et de moyens d'investigations qui permettent de réunir les preuves nécessaires à la démonstration de l'existence d'une infraction à un droit de propriété intellectuelle. Bien qu'en matière probatoire, le droit pénal constitue une voie particulièrement avantageuse pour le titulaire des droits, puisque les frais, souvent considérables, des investigations ne sont pas portés à sa charge, le droit de propriété intellectuelle comporte des spécificités procédurales qui anéantissent ces avantages. D'une part, dans la majorité des cas, le titulaire des droits, qui soupçonne l'existence d'atteintes, procède à une saisie-contrefaçon¹²⁰³. De nature probatoire, cet instrument spécifique au droit de la propriété intellectuelle atténue considérablement l'intérêt de la voie pénale. D'autre part, les douanes jouent un rôle essentiel dans l'interception des marchandises contrefaisantes¹²⁰⁴. Effectuée soit à la demande du titulaire des droits, soit à l'initiative des agents des douanes, la saisie des marchandises, soupçonnées d'être contrefaisantes, peut être suffisante à l'engagement d'une action en responsabilité. En l'absence d'utilité d'investigations supplémentaires, la voie pénale perd, encore, son intérêt probatoire.

497. Les services spécialisés d'enquêtes sur Internet - Les services d'enquêtes spécialisés dans les investigations sur Internet, agissant notamment dans le domaine de la contrefaçon, sont encore trop méconnus des titulaires de droits. Ceux-ci préfèrent alors recourir aux constats d'huissiers. Dans ce domaine où des connaissances pointues en informatique sont indispensables, les titulaires de droits semblent encore réticents à laisser ces services étatiques mener les investigations.

498. Une concurrence en amont et en aval de la procédure pénale - Si l'engagement d'une action publique perd de son intérêt au regard des instruments, spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, mis à la disposition du titulaire des droits, son issue peut se révéler décevante.

2- La concurrence des sanctions des atteintes

499. La fonction réparatrice de certaines peines - La procédure pénale comporte un avantage certain par rapport à la procédure civile, puisqu'elle permet à la victime d'obtenir la réparation de son préjudice, soit au moyen d'une demande d'indemnisation, soit par le prononcé d'une sanction ayant aussi une fonction réparatrice. Depuis la loi n° 2007-297, du 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance, le juge répressif peut prononcer une peine de

¹²⁰³ Voir *supra* n° 469.

¹²⁰⁴ Voir *supra* n° 184 et s.

sanction-réparation qui le condamne à procéder à l'indemnisation du préjudice de la victime. En effet, l'article 131-8-1 du code pénal dispose que lorsque le délit est puni d'une peine d'emprisonnement ou à titre de peine principale, d'une peine d'amende, le juge peut prononcer une sanction-réparation, à la place ou en même temps que la peine d'emprisonnement ou la peine d'amende. Dans cette hypothèse, le juge ne peut prononcer une peine d'emprisonnement de plus de six mois ou une amende d'un montant supérieur à 15 000 euros. Cette disposition pénale permet donc à la victime d'obtenir, sous forme de peine, tant une condamnation de l'auteur de l'infraction, que l'indemnisation de son préjudice en bénéficiant des garanties apportées par la procédure pénale quant à son exécution¹²⁰⁵. Cet instrument constitue une solution au conflit né entre l'auteur des atteintes et la victime¹²⁰⁶. L'article 41-1, alinéa 1, 4° du code de procédure pénale permet, aussi, au procureur de la République de proposer au délinquant, préalablement à sa décision sur l'action publique, de réparer le dommage qu'il a causé par son infraction. S'il accepte, les poursuites ne sont pas engagées. Cette mesure de réparation constitue une mesure alternative aux poursuites. En l'absence de précision par le texte, il peut prononcer la mesure qui lui semble la plus appropriée, parmi lesquelles, les dommages-intérêts, la restitution ou la remise en l'état. La fonction réparatrice de ces peines ne leur fait pas perdre leur caractère sanctionnateur car la peine ne peut être évitée par la réparation¹²⁰⁷. Ces mesures ont pour objet la cessation du trouble et la réparation du dommage¹²⁰⁸. Monsieur Paillard considère que ce système anéantit toute fonction de répression et de dissuasion du droit pénal. La réparation devient alors « *un objectif officiel de la répression* »¹²⁰⁹. Lorsque la dispense de peine est soumise à la condition de réparation du préjudice, celle-ci devient un moyen d'atteindre le reclassement de l'auteur de l'infraction¹²¹⁰. La fonction réparatrice dépasse la peine pour embrasser d'autres effets de l'action publique.

500. Des sanctions réparatrices concurrencées par des réparations punitives - Ces sanctions, dont la fonction réparatrice est jointe, voire substituée, à la fonction répressive, supposent d'évaluer le préjudice subi. Or, en droit de la propriété intellectuelle, une telle évaluation présente d'importantes difficultés¹²¹¹. En outre, la fonction réparatrice du droit pénal

¹²⁰⁵ La sanction-réparation fait l'objet de vives critiques : G. Rabut-Bonaldi, *Le préjudice en droit pénal*, th. dir. J.-Ch. Saint-Pau, Dalloz, 2016, n° 650, p. 501 et s. ; S. Fournier, « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 285 et s. ; E. Fortis, « Janus et la responsabilité. Variations sur la sanction-réparation créée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », in *Etudes offertes à Geneviève Viney, Liber Amicorum*, LGDJ, 2008, p. 449 et s. ; M. Giacomelli, « Libres propos sur la sanction-réparation », *D.* 2007, p. 1551 et s.

¹²⁰⁶ L. H. C. Hulsman, « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497-545, spéc. p. 520-521.

¹²⁰⁷ Pour une analyse a contrario : B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, *Bibli. sciences crim.*, t. 42, 2007, n° 320 et s., p. 146.

¹²⁰⁸ B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, *Bibli. sciences crim.*, t. 42, 2007, n° 342, p. 156.

¹²⁰⁹ *Id.*, n° 350, p. 160.

¹²¹⁰ *Id.*, n° 286 et s., p. 132 ; F. Rousseau, « La fonction réparatrice de la responsabilité pénale », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, éd. Cujas, coll. Actes et études, 2012, p. 125 et s., spéc. n° 12-14.

¹²¹¹ Voir *infra* n° 693 et s.

est concurrencée par le développement de la fonction sanctionnatrice du droit civil. En effet, en droit de la propriété intellectuelle, le législateur a instauré une formule de calcul des dommages-intérêts qui offre la possibilité au juge de prononcer des dommages-intérêts punitifs¹²¹².

501. Des peines complémentaires de confiscation concurrencées par des mesures correctives - Une telle concurrence est, aussi, observée dans le domaine des peines complémentaires et alternatives. Le droit pénal offre au juge un arsenal de peines qui, notamment, ont vocation à confisquer les choses qui ont servi ou étaient destinées à commettre le délit et les choses qui en sont le produit¹²¹³. Si certaines ont été expressément consacrées en droit de la propriété intellectuelle, les autres sont applicables sur le fondement du droit pénal commun. Cependant, des mesures similaires ont été instaurées, en droit de la propriété intellectuelle, pour le droit civil. Certes, seul le droit de la propriété littéraire et artistique, permet la confiscation des recettes de la contrefaçon, indépendamment de l'attribution des dommages-intérêts¹²¹⁴, mais tous comportent des mesures de confiscation des marchandises contrefaisantes et des matériaux et instruments ayant principalement servi à leur réalisation ou à leur fabrication. Grâce à ces mesures dites correctives, le droit civil met à la disposition des titulaires de droits, des instruments similaires à ceux relevant du droit pénal.

502. Une concurrence au détriment du droit pénal - La concurrence entre les réseaux de responsabilité civile et pénale, instaurée, en droit de la propriété intellectuelle, par le législateur, s'effectue au détriment du droit pénal. En raison du développement d'instruments spécifiques à ce droit, qui empruntent les fonctions du droit pénal¹²¹⁵, la victime délaisse la voie pénale au profit de la voie civile. Outre la perte de ses avantages, certains aspects du droit pénal sont perçus, par les victimes, comme des inconvénients.

B- La perception d'inconvénients par les titulaires de droits de la propriété intellectuelle

503. L'insatisfaction relative aux conditions du succès de l'action et à ses effets - Les titulaires de droits de propriété intellectuelle, qui peuvent agir soit devant les juridictions civiles, soit devant les juridictions pénales, considèrent que la voie pénale présente plusieurs inconvénients. D'une part, contrairement aux juridictions civiles, il n'existe pas de juridictions pénales spécialisées dans le contentieux du droit de la propriété intellectuelle (1). D'autre part, les effets de l'action publique, tant relatifs au choix des peines, qu'à la détermination du montant des dommages-intérêts, n'apparaissent pas satisfaisants pour les titulaires de droits (2).

¹²¹² Voir *infra* n° 737 et s.

¹²¹³ Voir *infra* n° 544 et n° 545.

¹²¹⁴ Art. L. 335-6 du CPI.

¹²¹⁵ Voir *infra* n° 644 et s.

1- L'étude de la condition préalable par des juridictions non spécialisées

504. L'absence de spécialisation des juridictions répressives - Si les juridictions civiles, compétentes en droit de la propriété intellectuelle, sont limitativement déterminées afin que seuls des juges spécialisés en ce domaine puissent connaître de ce contentieux, une telle mesure n'a pas été adoptée pour les juridictions répressives. La spécialisation progressive des juridictions civiles, généralisée par la loi du 29 octobre 2007¹²¹⁶ et renforcée par les décrets du 9 octobre 2009¹²¹⁷, est justifiée, tant par la volonté de rendre la justice française attractive et, par conséquent, crédible dans les contentieux complexes, que par l'organisation de la profession des magistrats en écho à celle des avocats¹²¹⁸. En effet, outre la technicité du droit de la propriété intellectuelle, tant juridique, que, parfois, scientifique, les magistrats peuvent être démunis face à des avocats très spécialisés dans ce domaine. Bien que le rapport, relatif au projet de cette loi, présenté par le sénateur Béteille, proposât aussi, une spécialisation des juridictions répressives, la loi a limité la spécialisation aux juridictions civiles. Pourtant, comme l'indique le rapport, la création de pôles répressifs, exclusivement compétents en droit de la propriété intellectuelle, dans le même ressort que les pôles civils, aurait favorisé le dialogue des juges¹²¹⁹. Elle aurait permis de réduire les divergences de jurisprudence entre les juridictions répressives, ainsi qu'entre celles-ci et les juridictions civiles. Il convient, toutefois, de souligner que la 31^{ème} chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris, bien que n'étant pas exclusivement dédiée à ce contentieux, reçoit tous les dossiers relatifs au droit de la propriété intellectuelle relevant du ressort de la cour d'appel de Paris. Elle forme, avec la troisième chambre civile, un pôle de propriété intellectuelle¹²²⁰. De surcroît, les actes de contrefaçon commis en bande organisée sont transmis aux juridictions interrégionales spécialisées, qui traitent des dossiers de criminalité organisée et de grande délinquance financière ou des juridictions spécialisées en matière économique et financière, lorsque la contrefaçon fait partie d'un ensemble plus vaste d'infractions. Certes, de la spécialisation des juridictions, émanent quelques inconvénients. La spécialisation des juridictions civiles, dans le contentieux de la propriété intellectuelle, n'est pas sans incidence sur la concentration des auxiliaires de justice spécialisés et sur l'attrait de certaines zones géographiques, tant pour les entreprises que pour les spécialistes de ce droit. En outre, si le traitement du contentieux par des juges, qui restent plus longtemps en poste, offre une certaine stabilité et cohérence des solutions, les avocats peuvent se servir de leur connaissance de la jurisprudence de certains

¹²¹⁶ Loi, n° 2007-1544, du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon.

¹²¹⁷ Décret, n° 2009-1204, du 9 oct. 2009, relatif à la spécialisation des juridictions en matière de propriété intellectuelle ; Décret, n° 2009-1205, du 9 oct. 2009, fixant le siège et le ressort des juridictions en matière de propriété intellectuelle. Ils accordent la compétence exclusive en matière de brevets, d'obtention végétale et de topographie des produits semi-conducteurs au tribunal de grande instance de Paris.

¹²¹⁸ L. Béteille, *Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon*, Doc. Sénat 2007, n° 420 (2006-2007).

¹²¹⁹ *Id.*, spéc. p. 38.

¹²²⁰ W. Bourdon, « Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ? », *D.* 2008, n° 11, p. 729-734, spéc. n° 48, p. 734.

juges pour faire jouer les règles de compétence territoriale et saisir la juridiction susceptible d'être plus favorable au dossier¹²²¹. Malgré ces effets, la spécialisation des juridictions répressives, en miroir à celle des juridictions civiles, conférerait une certaine attractivité à la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle.

505. Les réticences des titulaires de droits de propriété intellectuelle - En raison de l'absence de spécialisation des juridictions répressives, les titulaires de droits de propriété intellectuelle se montrent réticents à agir sur le fondement du droit pénal. Une telle action implique que le juge pénal statue sur la condition préalable aux infractions, celle de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, car, si elle est présumée, sa contestation, quasiment systématique par les prévenus, exige son examen par le juge¹²²². Laisser la détermination de la qualification du bien, d'objet de droits de propriété intellectuelle, à un juge qui n'est pas spécialisé en la matière, est périlleux car même les juges civils spécialisés reconnaissent la difficulté de l'exercice. Bien que les décisions des juges répressifs apparaissent fortement influencées par la jurisprudence civile, le faible volume du contentieux ne saurait rendre cette orientation certaine¹²²³. Or, la détermination de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, puis la caractérisation des actes de contrefaçon ou autre atteinte assimilée, offrent la possibilité pour le titulaire des droits d'obtenir des dommages-intérêts. Qu'il se constitue partie civile et formule cette demande devant la juridiction pénale ou qu'il saisisse la juridiction civile, la décision du juge pénal est déterminante. En effet, le juge civil doit surseoir à statuer jusqu'à la décision du juge répressif. Peu important que l'infraction ne soit pas caractérisée, l'acte pouvant constituer une atteinte au regard des conditions civiles, mais si le juge pénal estime que le bien n'est pas grevé de droits de propriété intellectuelle, le juge civil ne pourra pas se prononcer sur les dommages-intérêts.

506. Une voie décevante - Outre les réticences des titulaires de droit à laisser la délicate qualification des biens, objets de droits de propriété intellectuelle, entre les mains des juges répressifs, ils estiment l'action publique décevante en raison des faibles sanctions et des faibles dommages-intérêts.

2- La détermination de peines et de dommages-intérêts considérés comme trop faibles

507. Des peines considérées comme étant trop faibles - Selon les titulaires de droits et la doctrine, les peines prononcées seraient trop faibles pour rendre la voie pénale attractive.

¹²²¹ J. Larrieu et N. Morvilliers, « La création des pôles spécialisés en matière de propriété intellectuelle et de concurrence », in *La spécialisation des juges*, C. Ginestet (dir.), Actes du colloque des 22 et 23 novembre 2010 organisé par l'Institut de droit privé, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2012, p. 143-155.

¹²²² Voir *supra* n° 95.

¹²²³ Voir *supra* n° 98 et s.

L'étude statistique menée en 2015 sur les condamnations définitives¹²²⁴ révèle que sur les 289 condamnations pour contrefaçon¹²²⁵, 123 peines d'emprisonnement et 107 peines d'amende ont été prononcées¹²²⁶. Concernant les peines d'emprisonnement, 25 sont fermes, 2 comportent un sursis partiel et 96 sont prononcées avec un sursis total. Lorsqu'une peine d'emprisonnement est choisie par le juge, elle est, en grande majorité, accompagnée d'un sursis, lequel est rarement probatoire¹²²⁷. Cette étude montre, aussi, que les durées des peines fermes ou avec sursis partiel, sont comprises entre moins d'un mois et moins de trois ans¹²²⁸. La peine d'emprisonnement maximale n'a donc pas été prononcée en 2015¹²²⁹. La majorité des peines sont d'une durée d'un mois à moins de trois mois¹²³⁰, de trois mois à moins de six mois¹²³¹ et de six mois à moins d'un an¹²³². Seules trois condamnations portent la durée de l'emprisonnement d'un an à moins de trois ans. La durée moyenne des condamnations à une peine d'emprisonnement en cas d'infraction unique est de 2,9 mois, tandis qu'elle s'élève à 5,5 mois dans l'hypothèse de condamnations pour infractions multiples¹²³³. Certes, le taux de peines d'emprisonnement prononcées est élevé, mais la forte proportion de condamnation avec sursis, notamment de sursis simple, sans mise à l'épreuve, alimente la thèse selon laquelle les peines prononcées par les juridictions répressives, dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, sont faibles. Concernant les peines d'amende, 115 condamnations sont prononcées pour contrefaçon de marque, modèle ou œuvre et 13 pour les autres¹²³⁴. Le montant moyen des amendes atteint 20 128 euros pour la première catégorie et 3 310 euros pour la seconde. Lorsqu'elle est prononcée en tant que peine principale, le montant moyen de l'amende est de 2 307 euros pour la première catégorie¹²³⁵ et de 4 240 euros pour la seconde¹²³⁶. Lorsque la peine d'amende est associée à d'autres peines, le montant moyen est de 47 850 euros pour les contrefaçons de marque, modèle ou œuvre¹²³⁷ et de 210 euros pour les autres¹²³⁸. Si ces peines peuvent être

¹²²⁴ Ministère de la justice, *Les condamnations 2015 (définitives)*, données statistiques. Ces données sont les plus récentes disponibles (<http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/donnees-statistiques-10302/les-condamnations-27130.html>).

¹²²⁵ L'étude comporte une catégorie relative aux fraudes et contrefaçons, laquelle contient, notamment, une ligne statistique dédiée à la « contrefaçon de marque, modèle ou œuvre » et une autre relative « aux autres fraudes et contrefaçons ». Cette deuxième sous-catégorie concerne-t-elle la contrefaçon de brevets et obtentions végétales ? Les condamnations à des peines d'emprisonnement, relevant de cette deuxième sous-catégorie, sont résiduelles. Il apparaît donc plus simple, pour l'exploitation de ces données, de grouper ces deux lignes statistiques. Cette fusion ne pourra pas être effectuée lors de l'étude des peines d'amende.

¹²²⁶ Les autres peines prononcées sont des peines de substitution, des mesures éducatives et des dispenses de peine.

¹²²⁷ Ministère de la justice, *Les condamnations 2015 (définitives)*, données statistiques, tableau 6.

¹²²⁸ *Id.*, tableau 12. Cette répartition peut être observée chaque année, à partir de 2012.

¹²²⁹ Cette étude statistique, menée depuis 2012, démontre que la peine maximale n'a jamais été prononcée, entre 2012 et 2015.

¹²³⁰ Six condamnations.

¹²³¹ Onze condamnations.

¹²³² Six condamnations.

¹²³³ Ministère de la justice, *Les condamnations 2015 (définitives)*, données statistiques, tableau 13.

¹²³⁴ *Id.*, tableau 14.

¹²³⁵ Cette moyenne est effectuée sur 70 condamnations à une peine d'amende comme peine principale.

¹²³⁶ Cette moyenne est effectuée sur 10 condamnations à une peine d'amende comme peine principale.

¹²³⁷ Cette moyenne est effectuée sur 45 condamnations à une peine d'amende associée à d'autres peines.

¹²³⁸ Cette moyenne est effectuée sur 3 condamnations à une peine d'amende associée à d'autres peines.

considérées comme étant faibles, ce n'est qu'à l'aune des bénéfices réalisés par l'auteur de l'infraction.

508. Les facteurs de détermination du choix de la peine - Si les peines prononcées peuvent être considérées comme étant inadaptées à la lutte contre des infractions lucratives¹²³⁹, la critique relative à leur faiblesse apparaît trop abstraite pour être justifiée. En effet, l'efficacité d'une peine n'est pas corrélative à sa sévérité¹²⁴⁰. En outre, la peine, prononcée dans un objectif de dissuasion pour l'avenir, doit être adaptée à la personnalité de l'auteur de l'infraction afin d'être efficace. Elle doit, aussi, être proportionnée à la gravité des actes commis. Si la spécialisation des juridictions répressives constituerait un avantage pour les aspects techniques du contentieux répressif du droit de la propriété intellectuelle, l'absence de spécialisation permet au juge de prononcer des peines cohérentes avec celles appliquées aux autres délits. Si le juge pénal ne connaît que des infractions aux droits de propriété intellectuelle, il pourrait être craint un gonflement des sanctions, peu cohérent avec celles prononcées dans les autres domaines. De surcroît, parmi les facteurs de détermination de la sanction par le juge, Hulsman explique qu'elle doit répondre aux objectifs recherchés par le juge¹²⁴¹. Sa nature et son *quantum* peuvent être déterminés, soit par un objectif de prévention¹²⁴² spéciale, spécifique au délinquant, ou générale, relative à la société, soit par la volonté d'apporter une solution au conflit né entre l'auteur de l'infraction et la victime. A l'aune de ces éléments, il semble que la critique du *quantum* des sanctions, dépourvue de fondement d'appréciation, n'est pas pertinente. Seule la peine d'amende, dont le montant est inférieur aux bénéfices réalisés grâce à l'infraction et qui n'est pas assortie d'une peine complémentaire de confiscation de ceux-ci, peut être considérée comme étant trop faible pour atteindre l'objectif de dissuasion¹²⁴³.

509. « Quand dire, c'est punir »¹²⁴⁴ - Les critiques relatives aux peines prononcées, par les juges répressifs, en droit de la propriété intellectuelle, doivent être nuancées à la lumière de l'importance du prononcé de la sanction ou du rappel de la loi. Prolongeant la réflexion menée par Ricoeur¹²⁴⁵, van de Kerchove a théorisé le dire comme élément de la peine et comme peine à part entière¹²⁴⁶. Le prononcé de la peine constitue un de ses éléments, lorsque des aménagements interviennent au moment de son prononcé ou de son exécution. La peine, qualifiée d'évolutive ou de dynamique par Madame le Professeur Delmas-Marty, réside alors,

¹²³⁹ Voir *infra* n° 528 et s.

¹²⁴⁰ Voir *infra* n° 520 et n° 521.

¹²⁴¹ L. H. C. Hulsman, « Le choix de la sanction pénale », RSC 1970, p. 497-545, spéc. p. 539.

¹²⁴² La prévention, telle qu'étudiée par Hulsman, semble correspondre à la fonction de dissuasion du droit pénal.

¹²⁴³ Voir *infra* n° 532 et s.

¹²⁴⁴ M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005.

¹²⁴⁵ Not. P. Ricoeur, *Le juste*, Esprit, coll. Philosophie, t. 1, 1995.

¹²⁴⁶ M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. (...)*, *op. cit.*

tant dans son prononcé, que dans son exécution¹²⁴⁷. Le "dire" acquiert une dimension symbolique lorsque l'inexécution de la peine est légalement organisée. Ainsi, le sursis permet de différer et de soumettre l'exécution de la peine à certaines conditions. Les critiques formulées à l'encontre des peines de sursis, prononcées, notamment, contre les contrefacteurs primodélinquants, apparaissent injustifiées à l'aune de la théorie développée par van de Kerchove. Le sursis constitue une peine dans son prononcé et dans la mise à l'épreuve qu'il représente pour le condamné. La condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis révèle que le juge estime inutile de recourir à l'exécution immédiate de la peine, son seul prononcé pouvant suffire à l'inciter à respecter la loi¹²⁴⁸. Nier l'existence d'effet des peines d'emprisonnement avec sursis révèle l'ignorance de l'impression que peut produire ce "dire" sur ces délinquants. La critique formulée par Monsieur Laffineur, lors de la présentation du rapport d'information relatif à la lutte de l'Union européenne contre la contrefaçon, déplorant le prononcé de peines d'emprisonnement avec sursis et contestant l'existence d'une échelle des peines prononcées par les juges ainsi que leur proportionnalité avec les délits commis, apparaît donc parfaitement infondée : « [...] *les tribunaux français ne se singularisent pas par rapport à leurs homologues européens : les délits liés à la propriété intellectuelle, à l'image du traitement pénal de la délinquance financière, ne débouchent que très rarement sur des condamnations fermes, et par ailleurs lorsque c'est le cas, celles-ci ne sont pas aussi lourdes que celles punissant les auteurs d'atteintes aux personnes. Dans ces affaires donc, les tribunaux ne prononcent, le plus souvent, que des peines d'incarcération avec sursis, accompagnées d'une amende. C'est ainsi que, d'une manière générale, le contrefacteur n'est pas encore traité comme un délinquant dangereux, sauf cas exceptionnel, quand est prouvé un lien avec une organisation criminelle* »¹²⁴⁹. De surcroît, le prononcé des peines avec sursis tend à respecter la politique criminelle, traduite par le législateur dans les dispositions du code pénal. D'une part, en matière correctionnelle, la peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours, si la gravité de l'infraction et la personnalité de l'auteur la rendent nécessaire et si aucune autre sanction n'est manifestement adéquate¹²⁵⁰. Les peines d'emprisonnement sans sursis doivent être spécialement motivées, concernant leur principe, non leur *quantum*¹²⁵¹. La politique criminelle, traduite par ces dispositions a, certes, vocation à désengorger les prisons, mais, aussi, à limiter le prononcé des peines d'emprisonnement¹²⁵².

510. Des dommages-intérêts considérés comme étant trop faibles - Les dommages-intérêts alloués par les juridictions répressives font l'objet des mêmes critiques que les peines.

¹²⁴⁷ *Id.*, p. 124 et s.

¹²⁴⁸ *Id.*, p. 139 et s.

¹²⁴⁹ M. Laffineur, *Rapport d'information n° 2363 sur la lutte de l'Union européenne contre la contrefaçon*, présenté à l'Assemblée nationale le 8 juin 2005, spéc. p. 72.

¹²⁵⁰ Art. 132-19 al. 2 du CP.

¹²⁵¹ Art. 132-19 al. 3 du CP.

¹²⁵² Voir *infra* n° 530.

Ils sont perçus comme étant trop faibles et inférieurs à ceux attribués par les juridictions civiles. Depuis la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon¹²⁵³, aucune étude statistique, portant sur les montants des dommages-intérêts alloués par les juridictions civiles et pénales, n'a été réalisée¹²⁵⁴. Si les décisions publiées, rendues sur le fondement du droit civil, sont légion, peu nombreuses sont celles, rendues sur le fondement du droit pénal, qui sortent des greffes. Il est néanmoins possible de constater que rares sont les juges répressifs qui appliquent rigoureusement la formule de calcul des dommages-intérêts, spécifiquement prévue en droit de la propriété intellectuelle. Malgré des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 29 octobre 2007 instaurant la première version de cette formule¹²⁵⁵, les juridictions répressives appliquent l'article 1382 du code civil¹²⁵⁶ pour statuer sur les demandes de dommages-intérêts¹²⁵⁷. Lorsqu'ils fondent leur décision sur la disposition concernée du code de la propriété intellectuelle, dans sa version issue de la loi de 2007, les juges répressifs n'expliquent pas dans le détail, le montant global prononcé¹²⁵⁸. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 27 février 2018, a alors rappelé que la cour d'appel doit expliquer sa décision à l'aune des « *critères qu'elle devait prendre en considération au titre de l'article L. 331-1-3 alinéa 1 du code de la propriété intellectuelle* »¹²⁵⁹, qu'elle ne peut appliquer l'indemnisation forfaitaire prévue au second alinéa de cet article sans que la partie civile l'ait demandée et qu'elle doit évaluer la réparation de l'atteinte aux droits moraux « *dont bénéficie l'auteur de toute œuvre de l'esprit du fait de sa contrefaçon* »¹²⁶⁰. Néanmoins, la rigueur imposée aux juges du fond fut de courte durée car, deux mois plus tard, elle maintient l'arrêt rendu par une cour d'appel, aux motifs de son appréciation souveraine du préjudice, alors que, d'une part, elle affirme, sans aucune précision, que « *le dommage économique et moral résultant des faits sera réparé par la somme de 20 000 euros* » et, d'autre part, elle conclut à un préjudice économique « *quand bien même les bagues [contrefaisantes] n'auraient pas été mises sur le marché et auraient été détruites* ». Ce manque de rigueur n'est pas spécifique aux juridictions répressives, car rares sont les décisions des juridictions civiles qui précisent le calcul effectué, aboutissant au montant prononcé¹²⁶¹. Concernant le montant des dommages-intérêts, en application de l'article 1382 du code civil¹²⁶², le gérant d'une société et son associé, condamnés pour contrefaçon d'œuvre de l'esprit et de marque, pour avoir reproduit un site Internet, un livre

¹²⁵³ Loi, n° 2014-315, du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

¹²⁵⁴ Pour une étude détaillée et comparative, antérieure à cette loi : Fidal, *Etude comparée sur les dommages et intérêts alloués dans le cadre des actions en contrefaçon en France, au Royaume-Uni et en Allemagne*, Etude réalisée sur commande de la DGCIS, janvier 2014.

¹²⁵⁵ Loi, n° 2007-1544, du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon.

¹²⁵⁶ Avant sa réforme et sa codification à l'article 1240 du code civil.

¹²⁵⁷ Cass. crim., 21 nov. 2017, n° 16-82.948 : Une partie des faits sont postérieurs à la loi de 2007, mais la cour d'appel, qui n'est pas contredite par la Cour de cassation, faute de contestation au pourvoi, applique l'article 1382 du code civil. De manière similaire : Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 15-80.722.

¹²⁵⁸ CA Versailles, 20 juin 2014, n° 13/00449 ; Cass. crim., 4 avr. 2018, n° 16-87.414.

¹²⁵⁹ Cet article était applicable dans sa version issue de la loi de 2007.

¹²⁶⁰ Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 16-86.881 : *Bull. crim.* 2018, n° 113.

¹²⁶¹ Voir *infra* n° 732.

¹²⁶² Avant sa réforme et sa codification à l'article 1240 du code civil.

commercial et utilisé des dénominations protégées, sont condamnés solidairement à verser 200 000 euros à la partie civile, au titre des dommages-intérêts. Pourtant, celle-ci demandait 250 000 euros au titre du droit d'auteur et 250 000 euros au titre du droit des marques. La cour d'appel n'explique pas le choix de ce montant et la Cour de cassation affirme qu'elle « *n'a fait qu'user de son pouvoir d'apprécier souverainement, dans la limite des conclusions des parties, l'indemnité propre à réparer le dommage né des infractions* »¹²⁶³. Une autre cour d'appel, en application du droit commun de la responsabilité civile, fixe le montant des dommages-intérêts à 460 000 euros en multipliant le nombre de sacs contrefaisants la marque Hermès, quatre-vingt-douze en l'espèce, par le prix moyen des sacs contrefaits, vendus par la société Hermès Sellier, lequel est établi par les juges à 5 000 euros. Malgré l'incohérence résultant de la prise en considération du montant du prix du sac vendu par la société Hermès, au lieu de la marge, ce calcul est maintenu par la Cour de cassation sur le fondement du pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond¹²⁶⁴. Sur le fondement des dispositions spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, telles que prévues par la loi de 2007, les juges ont alloué 20 000 euros de dommages-intérêts à la société Cartier Création Studio pour la contrefaçon de modèles de bagues, sans préciser le calcul effectué¹²⁶⁵. Dans une décision relative à la contrefaçon de pièces détachées pour automobiles, trois sociétés sont indemnisées des atteintes portées à leurs droit d'auteur, droit des modèles et droit des marques. Sont alloués 20 000 et 30 000 euros à la société Renault, 10 000 et 15 000 euros à la société Peugeot, ainsi que 2 500 et 5 000 euros à la société Citroën. Ces montants sont souvent inférieurs à ceux des préjudices subis par les victimes. La décision rendue par le tribunal de grande instance de Paris, condamnant, solidairement, le fondateur du site Internet eMule et quatre autres prévenus, à verser 45 000 euros de dommages-intérêts à diverses parties civiles, dont Disney Channel, Universal, La Fox et Paramount, pour avoir permis, pendant deux ans, à 300 000 visiteurs par jour, le téléchargement en peer-to-peer de plus de 7 000 films¹²⁶⁶, démontre la réticence des juges de prononcer des dommages-intérêts élevés¹²⁶⁷. Cependant, le même tribunal, la même année, après avoir condamné l'administrateur du site Internet wawamania.eu pour contrefaçon de plus de 3 600 œuvres et fourniture de moyens permettant de porter atteinte aux mesures de protection de logiciels contre les copies illicites, a prononcé le versement de 15 600 000 euros de dommages-intérêts pour le préjudice économique et 67 000 euros pour le préjudice moral, notamment versés à la SACEM, à la SEVN et à l'APP¹²⁶⁸. Bien que les montants des dommages-intérêts atteignent rarement le niveau des montants des préjudices subis par les victimes, ils n'apparaissent néanmoins pas tous plus faibles que ceux prononcés par les juridictions civiles¹²⁶⁹.

¹²⁶³ Cass. crim., 21 nov. 2017, n° 16-82.948.

¹²⁶⁴ Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 15-80.722.

¹²⁶⁵ Cass. crim., 4 avr. 2018, n° 16-87.414.

¹²⁶⁶ En 18 mois, six millions de téléchargements ont été recensés sur le top 50 des films les plus téléchargés sur le site.

¹²⁶⁷ TGI Paris, ch. corr., 12 mai 2015, *Disney Channel et al. : RLDI 2015*, n° 116, actualités.

¹²⁶⁸ TGI Paris, ch. corr., 2 juill. 2015, *Dimitri Maderc c/ Columbia Pictures et al. : RLDI 2015*, n° 118, actualités.

¹²⁶⁹ Voir *infra* n° 730 et s.

511. L'irrecevabilité de l'argument fondé sur le montant des dommages-intérêts -

L'argument, portant sur l'insuffisance des montants des dommages-intérêts prononcés par les juridictions répressives, prête le flanc à la critique. D'une part, les titulaires de droits peuvent saisir les juridictions civiles pour l'obtention des dommages-intérêts. Certes, elles doivent surseoir à statuer et, malgré la création d'instruments accroissant sa célérité, les juridictions répressives ne parviennent pas à se défaire de la réputation de lenteur de la procédure pénale. D'autre part, la lutte contre la contrefaçon n'étant pas menée efficacement par le droit civil, la mise en œuvre du droit pénal spécial apparaît indispensable à l'aune de la massification des atteintes. Les arguments quant aux conséquences d'une action publique sur les dommages-intérêts contrastent avec la nécessité de lutter contre la contrefaçon, notamment en agissant avec des instruments de dissuasion efficaces. Monsieur le Professeur Stasiak remarque alors qu'« *on n'ose croire que cette désaffection des victimes de la contrefaçon à l'égard du droit pénal se fonde sur des considérations basement financières, car il s'agirait alors moins de vouloir lutter contre la contrefaçon que de vouloir être indemnisé pour les atteintes individuelles qui en résultent. La victime ne chercherait-elle pas alors, de façon plus ou moins consciente, à tirer profit de ce fléau ? Ce serait pervers* »¹²⁷⁰.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

512. Malgré les efforts du législateur pour construire un droit pénal adapté au droit de la propriété intellectuelle, celui-ci souffre de l'inertie de ses deux chefs d'orchestre, le ministère public et la victime. Son rythme de mise en œuvre est contraint par les orientations de politique criminelle, déterminées par les gouvernements successifs, qui ne confèrent qu'une importance théorique à la lutte contre la contrefaçon. Ses instruments sont concurrencés par ceux du droit civil et ses solutions relatives aux peines et aux dommages-intérêts n'apparaissent pas en accord avec les attentes des victimes. La dissonance entre le mouvement législatif, continu, de pénalisation du droit de la propriété intellectuelle et celui de l'ineffectivité judiciaire de ce droit pénal est aiguë. Rarement jouée, la partition du droit pénal de la propriété intellectuelle se révèle toutefois inefficace en raison de l'inadaptation de ses peines.

CONCLUSION DE LA SECTION I

En théorie, dans le domaine de la propriété intellectuelle, la procédure pénale présente des avantages dont est dépourvue la procédure civile. Le caractère occulte des infractions aux droits de propriété intellectuelle exige, notamment, des moyens considérables pour rechercher leurs auteurs, une souplesse dans la constitution des preuves, des délais de prescription suffisamment longs. En choisissant la voie pénale, les titulaires des droits bénéficient d'une procédure inquisitoire, dont la preuve est à la charge du ministère public, et, en se constituant partie civile, peuvent obtenir l'indemnisation de leurs préjudices, après la condamnation de l'auteur de

¹²⁷⁰ F. Stasiak, « Les sanctions de la contrefaçon », CCE 2009, n° 1, ét. 1, spéc. n° 1.

l'infraction. Ils privilégient pourtant l'action civile, percevant dans chaque avantage théorique, un inconvénient pratique. La procédure pénale les empêche de maîtriser la constitution de preuves et ne leur permet pas d'obtenir des indemnisations aussi élevées qu'en matière civile. En outre, l'existence du droit de propriété intellectuelle, si elle est contestée par le prévenu, est déterminée par un juge qui n'est pas spécialisé en ce domaine. L'indifférence des victimes d'infractions aux droits de propriété intellectuelle est renforcée par l'inertie du ministère public, rarement à l'initiative de la mise en mouvement de l'action publique. Les statistiques démontrent la faible activité des juridictions répressives en droit de la propriété intellectuelle. A l'inflation législative succède une dépénalisation judiciaire. L'absence de mise en œuvre du droit pénal entraîne le droit de la propriété intellectuelle dans une spirale dantesque.

Section II - L'anéantissement de la fonction de dissuasion du droit pénal de la propriété intellectuelle

513. La paralysie de la fonction de dissuasion par l'inefficacité et l'ineffectivité du droit pénal - La fonction de dissuasion du droit pénal est étroitement liée à celle de sanction. La dissuasion, exercée par la loi pénale, comporte deux dimensions. Par sa seule existence, la loi pénale dissuade les membres de la société d'adopter les comportements incriminés. La dissuasion est alors passive et collective. Lors de sa mise en œuvre par le juge, la loi pénale déploie sa fonction dissuasive vers l'individu condamné, ainsi qu'à destination du groupe social. Dès lors, la dissuasion, tant individuelle que collective, est active. La dissuasion passive se nourrit de la dissuasion active, lesquelles dépendent de l'effectivité et de l'efficacité de la fonction de sanction. Or, lorsque le droit pénal de la propriété intellectuelle est mis en œuvre, les peines se révèlent souvent inefficaces à sanctionner les auteurs des infractions. En effet, si le législateur mène un travail colossal de création d'incriminations, adaptées au droit de la propriété intellectuelle¹²⁷¹, la finalité du droit pénal, qui réside dans les peines, apparaît totalement délaissée. Le législateur a consacré deux peines principales, une peine d'emprisonnement et une peine d'amende, sans aucun effort d'ajustement au caractère lucratif des infractions aux droits de la propriété intellectuelle. L'analyse des peines choisies par le législateur et de celles prononcées par les juges démontrera leur inefficacité, anéantissant la fonction de dissuasion, tant passive qu'active, de ce droit pénal. Si la protection du droit de la propriété intellectuelle se révèle infructueuse, l'analyse des effets de l'ineffectivité de la fonction de sanction sur celle de dissuasion révélera qu'elle produit, aussi, des effets négatifs. La dépénalisation judiciaire du droit de la propriété intellectuelle, certes, anéantit la fonction de dissuasion de son droit pénal, mais, plus alarmant, décrédibilise ces deux droits. La fonction de dissuasion, si importante pour endiguer un contentieux de masse, est anéantie par des peines inefficaces (PARAGRAPHE I) et par l'ineffectivité de ce droit pénal (PARAGRAPHE II).

Paragraphe I - L'anéantissement de la fonction de dissuasion par des peines inefficaces

514. Le choix des peines par le législateur - L'efficacité d'une règle de droit correspond à sa propension à atteindre l'effet souhaité par l'autorité chargée de la création du droit¹²⁷². Le choix des peines encourues est déterminé par plusieurs facteurs, classés en quatre catégories par Hulsman¹²⁷³. Le législateur effectue ce choix en fonction des objectifs qu'il souhaite atteindre, des effets qu'il souhaite voir produire sur la société, de la conception de la déontologie

¹²⁷¹ Voir *supra* n° 58 et s.

¹²⁷² Ph. Conte, « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité" ... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala, Litec 2001, p. 125 et s., spéc. n° 7.

¹²⁷³ L. H. C. Hulsman, « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497-545, spéc. p. 512 et s.

de la sanction et des aspects économiques pour la société. Les objectifs de la sanction peuvent être hiérarchisés du simple anéantissement de l'avantage procuré par l'infraction¹²⁷⁴ à l'influence du comportement de son auteur, voire à la résolution du conflit né entre celui-ci et la victime. La peine est alors choisie en fonction de l'effet recherché sur le délinquant et sur la société. Sa gravité n'est déterminante, ni de l'efficacité de la dissuasion individuelle, ni de la dissuasion collective. La certitude des peines produit un effet plus fort que leur gravité. De surcroît, il rappelle que la nature et la gravité de la peine doivent être déterminées dans le respect de la déontologie de la sanction, ce qui correspond, notamment, au principe de proportionnalité. Enfin, le juge doit trouver un équilibre entre les efforts de la société, notamment économiques, nécessaires à l'application de la peine et le bénéfice obtenu par l'effet de la peine sur la société et sur le délinquant.

515. La dissuasion, critère essentiel de choix des peines des infractions lucratives - Le droit de la propriété intellectuelle est confronté à des infractions au caractère lucratif car elles permettent de réaliser d'importants bénéfices. Afin d'anéantir ce caractère et de dissuader les contrefacteurs, attirés par ces gains faciles, les peines doivent avoir pour effet de confisquer la totalité des bénéfices. La fonction de dissuasion est alors prépondérante en ce domaine. L'étude des deux dimensions de la fonction de dissuasion des peines, la dissuasion collective et la dissuasion individuelle, permet de mesurer l'importance de cette fonction en droit de la propriété intellectuelle (I). Cependant, en pratique, les peines tant encourues que prononcées se révèlent inaptes à anéantir le caractère lucratif des infractions aux droits de propriété intellectuelle. Dépourvues d'effet dissuasif, elles apparaissent alors inefficaces à lutter contre la contrefaçon et autres atteintes directes aux droits de propriété intellectuelle (II).

I- La dissuasion, critère de choix des peines d'infractions lucratives

516. Les dimensions collectives et individuelles de la dissuasion - La détermination légale des peines produit un effet de dissuasion passive et collective. La menace exercée par la loi pénale est antérieure à la commission de toute infraction (A). La détermination judiciaire des peines instaure une dissuasion active, tant collective qu'individuelle. Elles constituent une menace postérieure à la commission d'une infraction (B).

A- La dissuasion collective par la détermination légale des peines

517. La doctrine utilitariste, fondatrice de la fonction de dissuasion des peines - Selon Monsieur le Professeur Cusson, la dissuasion constitue un des modes de contrôle social le plus visible. Il estime que « *la dissuasion agit quand un citoyen est empêché de commettre un crime*

¹²⁷⁴ La peine d'amende a pour objectif de retirer à l'auteur de l'infraction les bénéfices économiques produits par l'infraction.

à cause de la crainte du châtement »¹²⁷⁵. Elle constitue « l'effet intimidant de la peine », inspirant aux citoyens une « crainte salutaire »¹²⁷⁶ et leur offrant un choix, se soumettre ou encourir une peine¹²⁷⁷. La dissuasion repose sur une stratégie car les individus se conforment à la règle, non par devoir mais par intérêt, pour éviter la souffrance que produit la peine. En raison de cette fonction dissuasive, la loi pénale est fondée sur la coercition, contrairement à la règle morale, fondée sur la persuasion¹²⁷⁸. La fonction de dissuasion du droit pénal est essentielle pour les utilitaristes, car ils observent que les individus font des choix rationnels de comportement et qu'avant de passer à l'action, ils calculent le ratio bénéfice – coût final. En effet, mettant directement en cause les plaisirs et les peines, le droit pénal est, davantage que le droit civil, « le champ privilégié d'une application du calcul utilitaire »¹²⁷⁹. La peine déterminée par le législateur, en tant qu'élément de coercivité de la loi pénale, forme la menace d'un coût, prise en considération avant le passage à l'acte. Ainsi, Beccaria inscrit le calcul utilitaire, qui est un calcul de probabilité, au cœur de son traité, et l'impose comme critère de détermination des peines¹²⁸⁰. Ce calcul a été repris par Bentham, qui lui apporte une dimension économique. Il a pour fonction d'identifier le point d'équilibre entre les forces contradictoires de l'intérêt particulier et de l'intérêt public, le législateur l'utilisant pour déterminer des sanctions pouvant prévenir les désordres nés du calcul effectué par les délinquants¹²⁸¹.

518. La critique de l'effectivité de la fonction de dissuasion - Certains auteurs estiment que l'avantage procuré par l'infraction et le mal causé par la sanction pénale, tant dans son existence que dans son intensité, sont deux éléments inconnus, qui rendent cette équation insoluble. Ils en déduisent que la criminalité relève de causes qui ne peuvent être endiguées par la simple menace d'une peine¹²⁸². De surcroît, il a été démontré que les individus qui commettent des infractions en raison de leurs passions ou de leur état de santé mentale n'effectuent pas ce calcul, qui implique d'être réceptifs à la force de coercition psychologique de la loi pénale, car un élément indépendant de leur volonté les empêche de l'effectuer¹²⁸³. Certains juristes et criminologues se sont alors interrogés sur la réalité de l'existence de la dissuasion collective des peines¹²⁸⁴. Malgré ces critiques, il est des domaines où les individus

¹²⁷⁵ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 23.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ *Id.*, p. 159.

¹²⁷⁸ *Id.*, p. 161.

¹²⁷⁹ E. Gilardeau, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, 2011, p. 91.

¹²⁸⁰ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1991, p. 169 ; N. Catelan, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, mémoire DEA dir. Ph. Bonfils, PUAM, 2004, n° 57, p. 77 et s.

¹²⁸¹ E. Gilardeau, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, 2011, p. 90 et s.

¹²⁸² E. Ferri, *La Sociologie criminelle*, Dalloz, 3^e éd., 2004, p. 184 et s.

¹²⁸³ R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, n° 812, p. 722 ; X. Bebin, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, L'Harmattan, 2006, p. 162.

¹²⁸⁴ J. Andenaes, « General Prevention – Illusion or Reality ? », *Journal of criminal law, criminology and political science*, 1952, vol. XLIII, p. 179 ; J. Pinatel, « La prévention générale d'ordre pénal », *RSC* 1955, p. 554 ; O. Kinberg, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, éd. Cujas, 1962 ; J. Vérin, « L'efficacité de la prévention générale », *RSC* 1975, p. 1061-1068 ; P. Guibentif, « Retour à la peine : contexte et orientation des recherches récentes en prévention générale », *Déviance et société* 1981, p. 293-311 ; M. Cusson, « Les mécanismes

effectuent bien ce calcul avant de passer à l'acte, notamment en matière de propriété intellectuelle. En effet, les infractions à ce droit sont, majoritairement, effectuées rationnellement, elles procèdent d'une ruse visant à obtenir un avantage, qu'il soit économique¹²⁸⁵, social ou politique, tel qu'en cas de parodie de marque. Les individus ne commettent de contrefaçon que s'ils pensent que le bénéfice qu'ils retireront de la violation de ce droit est supérieur à ce qui, potentiellement, leur en coûtera.

519. La détermination des peines, entre utilitarisme et morale - Si le calcul utilitariste constitue un moyen pertinent de détermination des sanctions, il n'écarte pas totalement leur portée morale. Kant s'était fortement opposé à Bentham, estimant que la sanction pénale a moins pour objet de dissuader le délinquant de passer à l'acte, que de lui faire ressentir la douleur de celui-ci sur le plan éthique, de le lui imputer moralement¹²⁸⁶. Selon Kant, l'imputabilité et, par conséquent, la sanction se mesurent à la force de résistance du devoir moral. Plus la force engagée pour surmonter la résistance morale à l'infraction est grande, plus le degré d'imputabilité est élevé. Cette conception kantienne des peines, fondée sur l'élément moral, permet de faire la distinction entre le crime commis avec préméditation et celui commis sous l'effet de la passion. L'infraction est évaluée à l'aune du caractère délibéré de la transgression, lequel détermine le degré d'imputabilité de celle-ci¹²⁸⁷. Toutefois, la rigueur de la loi morale ne permet pas toujours à la loi pénale d'être efficiente. La conservation et la protection de la société imposent, parfois, de sanctionner moins durement que la morale, afin d'assurer l'efficacité du respect des règles. Certes, la doctrine utilitariste paraît moins noble que celle de l'école classique, mais elle permet d'atteindre plus sûrement l'objectif de protection de l'ordre public, attribué au droit pénal. Comme l'expose très justement Monsieur Gilardeau, ces deux doctrines sont néanmoins complémentaires, l'impératif catégorique de l'imputabilité morale permettant d'endiguer les dérives de l'économie pénale utilitaire¹²⁸⁸. Rossi, dans le sillage de la pensée de l'école classique, a élaboré un Traité de droit pénal, dans lequel il confère une prééminence au principe moral, tout en intégrant le principe d'utilité¹²⁸⁹. Le délit, en tant que violation du devoir moral spécifique envers la société et les individus qui la composent, porte atteinte, secondairement, à l'utilité sociale¹²⁹⁰. Rossi est à l'origine d'un « *mariage de*

de la dissuasion », RICPT 1983, p. 13-24 ; D. Szabo, « La prévention : concepts et stratégies », RSC 1984, p. 685 et s., spéc. p. 691-693 ; A. von Hirsch et M. Ouimet, « Proportionnalité et prévention », RSC 1989, p. 269 et s., spéc. p. 274-276.

¹²⁸⁵ Un gain obtenu ou une perte évitée.

¹²⁸⁶ E. Gilardeau, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, 2011, p. 128.

¹²⁸⁷ *Id.*, p. 142.

¹²⁸⁸ *Id.*, p. 129.

¹²⁸⁹ P. Rossi, *Traité de droit pénal*, A. Sautet et Compagnie Paris et J. Barbezat et Compagnies Genève, 1829, t. 1, p. 224 et p. 248 et s. ; E. Gilardeau, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, *op. cit.*, p. 154 et s.

¹²⁹⁰ P. Rossi, *Traité de droit pénal*, *op. cit.*, p. 143.

raison et d'intérêt »¹²⁹¹, alliant justice et utilité, école classique et école utilitaire¹²⁹². La peine doit être proportionnée à la gravité de l'infraction, mesurée tant en fonction de ses conséquences sociales, qu'en fonction de l'acte lui-même et des devoirs moraux qu'il viole. La convergence de ces deux écoles offre, au législateur, un système nuancé et efficace de détermination des peines.

520. Les conditions nécessaires à l'efficacité de la fonction de dissuasion - Feuerbach et Romagnosi ont élaboré la théorie de la coaction psychologique, selon laquelle la loi pénale a un effet coercitif si le mal dont elle menace est supérieur à l'avantage qui est supposé être obtenu par l'acte infractionnel¹²⁹³. Toutefois, Garofalo estime que ce critère est insuffisant à rendre la dissuasion effective et que deux conditions doivent y être ajoutées : les criminels doivent être des individus calculateurs et prévoyants et ils doivent considérer la peine comme étant certaine¹²⁹⁴. Ces conditions ont été étayées par Monsieur le Professeur Cusson. L'auteur considère que la loi pénale est dissuasive si, premièrement, elle contient une menace qui ne cherche pas à convaincre, mais à contraindre par la force. Il qualifie le code pénal de « *recueil de menaces* »¹²⁹⁵. Deuxièmement, pour qu'elle soit crédible, la menace doit être mise à exécution. Troisièmement, la loi pénale doit laisser une alternative aux individus, soit ils respectent la loi, soit ils subissent la sanction. Quatrièmement, les peines doivent être suffisamment fortes pour contrebalancer les bénéfices escomptés par le délit. Cinquièmement, les peines doivent être certaines et suffisamment sévères. Sixièmement, ce dernier point étant davantage un constat, le nombre de crimes commis varie inversement avec la certitude des peines et leur sévérité. Pour une présentation plus synthétique et mathématique des conditions permettant à la fonction de dissuasion d'être effective, il convient de se tourner vers les éléments identifiés par Bentham. Il estime que le calcul effectué par l'individu est composé de quatre éléments, qui correspondent aux quatre valeurs essentielles permettant de mesurer les plaisirs et les souffrances : l'intensité, la durée, la certitude ou l'incertitude, la proximité ou l'éloignement. Appliqués à la sanction pénale, ces éléments sont l'intensité de la peine, la durée de la peine, la certitude d'être arrêté, jugé et condamné et la célérité de la justice, entendue

¹²⁹¹ P. Graven, « La politique criminelle néo-classique », in *Des libertés et des peines*, Actes du colloque Pellegrino Rossi des 23 et 24 novembre 1979, Genève, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 65, Librairie de l'Université de Georg et Compagnie S.A Genève, 1980, p. 108.

¹²⁹² J. Pradel, « L'apport de Pellegrino Rossi à la théorie de l'infraction », in *Des libertés et des peines*, Actes du colloque Pellegrino Rossi des 23 et 24 novembre 1979, Genève, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 65, Librairie de l'Université de Georg et Compagnie S.A Genève, 1980, p. 91 et s. ; E. Gilardeau, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, 2011, p. 157 : l'auteur estime qu'il s'agit moins pour Rossi de combiner la règle morale et l'utilité sociale que de subordonner l'utilité à la justice et au devoir moral.

¹²⁹³ Cette théorie est présentée par T. Ferri dans son ouvrage *Qu'est-ce que punir ? Du châtimement à l'hypersurveillance*, L'Harmattan, 2012, p. 37.

¹²⁹⁴ R. Garofalo, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Félix Alcan, 2^e éd., 1890, p. 224. La condition de certitude de la peine avait déjà été énoncée par Montesquieu (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, VI, 16, in Œuvres complètes, p. 563) et C. Beccaria (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1991, n° 1, p. 123).

¹²⁹⁵ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 158.

comme la proximité de la peine par rapport à la commission de l'infraction¹²⁹⁶. La certitude et la proximité de la peine sont des variables d'ajustement, fonction de l'intensité et de la durée de la peine. Plus ces éléments diminuent, plus les variables doivent augmenter afin de préserver l'effet de dissuasion des peines. Il résulte, de ce calcul, deux principes appliqués par le législateur, celui de proportionnalité et celui de l'échelle des peines. Le second découle du premier car la sanction doit être proportionnée à l'infraction, ainsi qu'aux autres sanctions attribuées aux autres infractions¹²⁹⁷. Consacré à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et faisant l'objet d'un contrôle restreint à la disproportion manifeste de la sanction par le Conseil constitutionnel¹²⁹⁸, le principe de proportionnalité fonde la légitimité de la peine.

521. La proportionnalité des peines, garante de l'effectivité de la dissuasion - Le principe de proportionnalité est essentiel à l'effectivité de la fonction de dissuasion de la loi pénale, car il régule la sévérité de la peine, permettant à la condition de certitude d'être remplie. Monsieur le Professeur Cusson, en se référant aux travaux de sociologues et d'économistes, affirme que le taux de criminalité baisse dès lors que la certitude des peines augmente, laquelle dépend de leur sévérité¹²⁹⁹. Une peine trop sévère n'est pas appliquée par le juge car elle est considérée comme étant illégitime. Par conséquent, la nature ou le *quantum* excessif de la peine la rend incertaine, ce qui anéantit l'effet dissuasif. Cependant, la peine ne doit pas être trop légère car, certes, son application par le juge est certaine, mais elle peut être considérée, par le délinquant, comme causant un mal inférieur au bénéfice produit par l'infraction. L'effet de dissuasion en est alors anéanti. Afin qu'elle soit certaine et que le mal, dont elle menace les individus, soit considéré comme étant supérieur aux bénéfices résultant de l'infraction, la peine doit être proportionnée au préjudice causé à la société et à la désapprobation sociale du comportement. Toutefois, afin que ces conditions permettent à la fonction dissuasive d'être effective, les membres de la société doivent être avertis de la sévérité et de la certitude des peines ; or il a été démontré qu'ils sont peu au fait de ces éléments¹³⁰⁰. Certains auteurs estiment que la connaissance de la sévérité des peines par les potentiels délinquants est illusoire et, conséquemment, que le calcul réalisé avant le passage à l'acte n'est pas conforme à la réalité. Ils préconisent donc de nuancer la fonction dissuasive du droit pénal¹³⁰¹. Ces difficultés n'apparaissent pas en matière de dissuasion individuelle, le délinquant étant mieux informé de la sévérité des peines et de leur certitude.

¹²⁹⁶ E. Gilardeau, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, 2011, p. 111.

¹²⁹⁷ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1991, p. 169.

¹²⁹⁸ Cons. constit., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC ; Cons. constit., 19 juin 1999, n° 99-411 DC.

¹²⁹⁹ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 162.

¹³⁰⁰ M. Cusson, « Dissuasion, justice et communication pénale : Institut pour la Justice », *Etudes & Analyses*, 2010, n° 9.

¹³⁰¹ P. Morvan, *Criminologie*, LexisNexis, 2^e éd., 2016, n° 281, p. 314.

B- La dissuasion collective et individuelle par la détermination judiciaire des peines

522. La fonction de dissuasion active, collective et individuelle - La fonction passive des peines encourues est substituée par la fonction de dissuasion active, lorsqu'elles sont mises en œuvre par le juge. D'une part, la dissuasion est collective car la condamnation d'un individu tend à démontrer aux autres que l'accomplissement d'actes illicites ne reste pas sans effet¹³⁰². Garofalo la nomme « *fonction d'intimidation* »¹³⁰³. D'autre part, le prononcé de la sanction pénale et son exécution tendent à dissuader l'individu condamné de récidiver. Cette fonction de dissuasion individuelle, principal effet du prononcé d'une peine, est justifiée par le fait qu'en commettant une infraction, l'individu a révélé sa capacité de délinquance. Cette fonction apparaît expressément dans certaines décisions des juges du fond et arrêts de la Cour de cassation, car elle justifie le *quantum* prononcé¹³⁰⁴. Sous l'influence des utilitaristes, cette fonction de dissuasion active a été substituée à la fonction rétributive du prononcé de la peine. Beccaria estimait déjà que la peine ne doit pas avoir un caractère expiatoire et afflictif, mais un caractère dissuasif. Selon cette théorie, largement adoptée en Europe, la peine doit être tournée vers l'avenir afin de protéger la société¹³⁰⁵.

523. Les conditions de la dissuasion active individuelle - Des travaux de psychologie expérimentale menés sur les animaux ont mis en évidence les conditions d'efficacité d'une punition, qui, avec quelques nuances, sont transposables à l'homme¹³⁰⁶. Elles forment les cinq principes corrélatifs à la fonction de dissuasion. Il s'agit du principe d'intensité¹³⁰⁷, d'immédiateté¹³⁰⁸, de non-contradiction¹³⁰⁹, de continuité et de cohérence¹³¹⁰ et de

¹³⁰² Cette fonction est soumise à la condition que la collectivité soit informée de l'application des peines par le juge.

¹³⁰³ R. Garofalo, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Félix Alcan, 2^e éd., 1890, p. 278.

¹³⁰⁴ Cass. crim., 15 févr. 1994, n° 93-80.023 : *Bull. crim.* 1994, n° 69, *JCP G* 1994, IV, 1210 ; Cass. crim., 7 août 1995, n° 94-85.502 (dans cet arrêt de rejet, la Cour de cassation reproduit les motifs de la cour d'appel justifiant le *quantum* de la peine : « *aux motifs adoptés des premiers juges que le tribunal estime toutefois que le comportement de ce conducteur qui persiste à exposer la vie des autres usagers de la route à de graves dangers en prenant le volant malgré un taux d'alcoolémie très important et qui manifestement n'entend nullement respecter les mesures de suspension ou d'annulation de son permis de conduire ne saurait, alors qu'il ne s'agit nullement d'un incident isolé et que les derniers antécédents datent de moins de cinq ans, conduire au prononcé d'une simple mesure d'avertissement ; qu'une sanction dissuasive, ayant notamment pour objet d'éviter que Michel X... ne cause à nouveau la mort d'autrui, s'impose donc* ») ; Cass. crim., 27 juin 2000, n° 99-86.869 ; Cass. crim., 1^{er} mars 2006, n° 05-84.312 (la Cour de cassation vérifie que la peine prononcée par les juges du fond est proportionnelle et qu'elle constitue « *une mesure dissuasive efficace* ») ; Cass. crim., 23 sept. 2009, n° 08-86.377.

¹³⁰⁵ N. Catelan, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, mémoire DEA dir. Ph. Bonfils, PUAM, 2004, n° 35 et s., p. 57 et s.

¹³⁰⁶ Les résultats de ces travaux sont présentés par R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, n° 815, p. 724 et s.

¹³⁰⁷ Une sanction, immédiatement forte, est plus efficace qu'une sanction dont la sévérité est graduellement augmentée.

¹³⁰⁸ La sanction est plus efficace si elle intervient au moment de la transgression, que si elle intervient après.

¹³⁰⁹ La sanction perd toute efficacité si le comportement a, antérieurement, été récompensé.

¹³¹⁰ Pour être efficace, la sanction doit être attendue et certaine. Si elle est aléatoire, elle perd en efficacité.

comportement alternatif¹³¹¹. Ces études ont démontré que la réunion de ces cinq principes, dont certains sont similaires aux principes de détermination légale des peines, permet de réduire le risque de récidive¹³¹². Pour que la dissuasion spéciale fonctionne, le « *seuil pénal* » doit être atteint. Ce seuil représente « *le point à partir duquel l'intervention comporte suffisamment de contrainte pour devenir dissuasive, c'est-à-dire capable de motiver le délinquant à ralentir sa production d'infractions* »¹³¹³. Il varie alors en fonction de la sensibilité des individus. Ainsi, la seule arrestation peut, pour certains, être dissuasive.

524. La critique de l'efficacité de la fonction dissuasive individuelle : la récidive - L'effet de dissuasion spéciale est contesté à l'aune des taux de récidive. Néanmoins, Monsieur le Professeur Cusson démontre que la récidive n'est pas due aux peines, mais aux caractéristiques de ceux qui les subissent¹³¹⁴. Plus un délinquant subit une peine sévère, plus la probabilité de la récidive est grande, car la sévérité révèle la gravité du passage à l'acte, lequel rend la récidive plus élevée. La probabilité élevée de la récidive justifie la sévérité de la peine. De surcroît, le critère de récidive n'apparaît pas pertinent, il est préférable de comparer le nombre de délits commis avant la sanction et le nombre commis après. Il en résulte que la baisse est significative pour tous les individus sanctionnés, nonobstant les cas de récidive¹³¹⁵. La peine n'a qu'un effet réducteur et non d'abolition de tout comportement délictuel.

525. La mise en œuvre de la fonction de dissuasion en droit de la propriété intellectuelle - La fonction de dissuasion des peines, dans ses dimensions collective et individuelle, est au service de la propriété intellectuelle grâce à la protection pénale de ce droit. Cependant, les choix législatifs quant à la nature et au *quantum* des peines tendent à anéantir tout effet dissuasif.

II- L'absence de fonction dissuasive des peines choisies

526. La nécessaire détermination des peines à l'aune de la théorie utilitariste - La dissuasion passive et active qui ressort de la détermination légale et judiciaire des peines constitue un enjeu majeur en droit de la propriété intellectuelle, en raison des caractères lucratif et massif de la contrefaçon et des autres atteintes directes aux droits, ainsi que de l'indifférence des membres de la société à l'atteinte causée à l'ordre public par ces infractions¹³¹⁶. La peine, comme imputation morale, n'ayant que peu d'effet à l'encontre d'infractions réalisées par l'appât du gain, il convient d'adopter une conception utilitariste et de déterminer des peines

¹³¹¹ La disparition du comportement est obtenue plus rapidement si un comportement alternatif acceptable est proposé.

¹³¹² M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, spéc. p. 177-193.

¹³¹³ *Id.*, p. 192.

¹³¹⁴ *Id.*, p. 170 et s.

¹³¹⁵ *Id.*, p. 178 et 179.

¹³¹⁶ Voir *infra* n° 1021 et s.

dont le mal est supérieur aux bénéfices procurés par l'infraction. Selon les règles établies par Bentham¹³¹⁷, « il faut que le mal de la peine surpasse le profit du délit »¹³¹⁸ et « la peine doit excéder le profit du délit au point de compenser ce qui lui manque (à la peine) en fait de certitude et de proximité »¹³¹⁹. Par conséquent, la peine doit être supérieure aux profits issus de l'infraction et suffisamment élevée pour compenser l'incertitude de sa mise en œuvre ou sa mise en œuvre tardive. Cette deuxième règle suppose que la peine soit proportionnée à l'atteinte portée à la valeur sociale protégée, afin qu'elle soit crédible et mise en œuvre par le juge. Beccaria affirmait que « la certitude d'un châtement, bien que modéré, fera toujours une plus forte impression que la crainte d'un châtement plus terrible, jointe à l'espérance de l'impunité »¹³²⁰. Ces préceptes devraient guider le législateur et le juge dans la détermination des peines, mais leur analyse démontre que, tant celles encourues (A), que celles prononcées (B) sont inefficaces.

A- Des peines encourues, entre inefficacité et efficacité apparente

527. L'inefficacité des peines spéciales, théoriquement compensée par les peines de droit commun - Le législateur a doté le droit pénal de la propriété intellectuelle, des deux peines principales, classiques, la peine d'emprisonnement et la peine d'amende. Ces peines sont prévues pour chaque droit de propriété intellectuelle bénéficiant d'une protection pénale, à l'exception du droit relatif aux obtentions végétales¹³²¹. Cependant, la nature, les *quanta* et les circonstances aggravantes, participant de l'échelle des peines, sont identiques¹³²², démontrant que le législateur n'a pas pris en considération les spécificités des infractions au droit d'auteur et droits voisins, commises par les internautes, à l'échelle individuelle (1). Néanmoins, ces lacunes du droit pénal de la propriété intellectuelle sont susceptibles d'être atténuées par les peines complémentaires et alternatives prévues par le droit pénal général et applicables au droit de la propriété intellectuelle (2).

1- L'inefficacité des peines principales

528. Nature, *quanta* et échelle, trois causes d'ineffectivité des peines - L'inefficacité des peines principales, spécialement déterminées pour les infractions aux droits de la propriété intellectuelle, réside dans le choix de la nature et des *quanta* des peines (a), ainsi que dans l'élaboration de leur échelle (b).

¹³¹⁷ J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, réd. et trad. par E. Dumont, Vogel et Schulze, Londres, 1811.

¹³¹⁸ *Id.*, p. 21.

¹³¹⁹ *Id.*, p. 25.

¹³²⁰ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, § XXVII, p. 225.

¹³²¹ Voir *infra* n° 537.

¹³²² Seules les infractions au droit des marques, énoncées à l'article L. 716-9 du CPI, sont sanctionnées de peines différentes – voir *infra* n° 537.

a- De la nature aux *quanta*, des peines principales inefficaces

529. La nature et les *quanta* inefficaces des peines principales - Une peine d'emprisonnement a été prévue pour toutes les infractions directes aux droits de propriété intellectuelle. En dépit de toutes les études relatives à cette peine, le législateur la maintient et accroît régulièrement sa durée (i). Si la peine d'amende est essentielle pour dissuader et sanctionner les infractions lucratives, son *quantum* est inapte à absorber les bénéfices réalisés (ii).

i- *La nature inadaptée de la peine d'emprisonnement*

530. La peine d'emprisonnement à la lumière des réflexions actuelles - Le droit de la propriété intellectuelle ne fait pas exception à la consécration de la peine d'emprisonnement. Cette peine privative de liberté, qui a vocation à exclure du groupe social les auteurs de délits ou de crimes, constitue la peine principalement prononcée en droit de la propriété intellectuelle¹³²³. Si les effets désastreux, sociologiques et psychologiques, de l'enfermement et de la cohabitation avec des individus plus dangereux ont été mis en lumière par Foucault, notamment dans son ouvrage *Surveiller et punir*¹³²⁴, il a fallu attendre l'encombrement des prisons, l'impossibilité pour les collectivités publiques d'assurer la maintenance des établissements, le manque de moyens, tant humains que financiers, pour réinsérer les condamnés dans la société, pour que les gouvernements s'interrogent sur la pertinence de cette peine. En effet, de ces constats, apparaît l'inefficience de la peine d'emprisonnement. Est efficiente, une disposition pénale qui atteint l'objectif qu'elle poursuit, au coût le plus faible possible pour la société. Si l'efficience suppose l'efficacité, elle doit en être distinguée. Une disposition peut produire les effets attendus sans, nécessairement, constituer la solution la moins coûteuse pour la société¹³²⁵. L'efficience ajoute donc une condition à l'efficacité, le coût social ; or « *il appartient à la politique criminelle de produire des règles de droit susceptibles de limiter au maximum cette importante charge financière mise au débit de la société* »¹³²⁶.

Le chantier de la justice, intitulé « *Sens et efficacité des peines* », dont le rapport, établi par Madame Minkowski et Monsieur Cotte, a été rendu le 15 janvier 2018 à la ministre de la justice, comporte diverses propositions¹³²⁷. D'une part, les courtes peines d'emprisonnement doivent

¹³²³ Sur les 289 condamnations prononcées en 2015, 123 peines d'emprisonnement, 107 peines d'amende, 43 peines de substitution, 3 mesures éducatives et 13 dispenses de peines ont été choisies par les juridictions répressives : Ministère de la justice, *Les condamnations 2015 (définitives)*, données statistiques, tableau 6.

¹³²⁴ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975

¹³²⁵ G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique. Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. dir. F. Stasiak, LGDJ, coll. Droit & Economie, 2009, n° 17, p. 28-30.

¹³²⁶ *Id.*, n°18, p. 32. La mesure et le contrôle des coûts du système pénal ont été instaurés par la loi organique relative aux lois de finances, du 1^{er} août 2001 (Loi organique, n° 2001-692, du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances), dont une des missions concerne la justice.

¹³²⁷ B. Cotte et J. Minkowski, *Sens et efficacité des peines*, Chantiers de la Justice, Ministère de la justice, 15 janv. 2018, spéc. p. 11-15. Ce rapport s'inscrit à la suite du rapport élaboré par la commission présidée par Monsieur

être, pour certaines, supprimées, pour d'autres, exécutées dans des milieux différents, car elles produisent des effets dévastateurs sur les condamnés en les coupant de leur environnement familial et social, en les intégrant dans un milieu constitué de délinquants parfois plus expérimentés et en leur faisant prendre le risque de perdre leur emploi¹³²⁸. D'autre part, lorsqu'il apparaît nécessaire d'exclure l'individu de la société, d'autres types de surveillances existent, tels que le placement sous surveillance électronique, et doivent être privilégiés. Concernant les auteurs de délits dont le comportement n'exige pas une exclusion de la société, les peines alternatives doivent être privilégiées¹³²⁹.

531. Le manque de pertinence de la peine d'emprisonnement en droit de la propriété intellectuelle - La peine d'emprisonnement, prévue en droit de la propriété intellectuelle, cristallise les critiques, non en raison de la nature du droit atteint, mais en raison de l'évolution de la notion de peine et des nombreuses réflexions menées au sujet de l'emprisonnement. Si la peine d'emprisonnement paraît pertinente pour les délits de contrefaçon, ou assimilés, commis en bande organisée, en raison du lien qu'ils peuvent avoir avec d'autres activités délictueuses ou criminelles, il semble que l'exclusion des contrefacteurs, de la société, ne soit ni utile, ni ne permette d'éviter la récidive. En effet, lorsqu'elle est commise à l'échelle individuelle, la contrefaçon exige, principalement, une réponse pédagogique. Des stages ou travaux d'intérêt général semblent être plus adaptés que la peine d'emprisonnement. Pourtant, les peines à vocation pédagogique sont peu prononcées¹³³⁰. Les actes de contrefaçon commis dans un but lucratif exigent, aussi, d'autres peines, telles que les confiscations de matériels ayant servi à commettre l'infraction, la fermeture d'établissement ou la dissolution de personnes morales créées pour la commission de ces infractions, apparaissent plus adaptées. Si la nature de la peine d'amende, seconde peine principale, correspond parfaitement à la lutte contre des infractions lucratives, les *quanta* déterminés par le législateur se révèlent inadaptés.

ii- Les quanta inefficaces des peines d'amendes

532. L'inadaptation du *quantum* des peines d'amende - Bien qu'à l'aune des précédentes analyses, relatives à la pertinence de la peine d'emprisonnement en droit de la propriété intellectuelle, il apparaisse inutile de commenter les années encourues, il est indispensable d'étudier le *quantum* des peines d'amende. En effet, les infractions aux droits de propriété

Cotte : B. Cotte, *Pour une refonte du droit des peines*, Rapport à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 18 déc. 2015.

¹³²⁸ En Allemagne, les peines d'emprisonnement de moins d'un mois sont interdites et lorsqu'il prononce une peine d'emprisonnement de moins de six mois, le juge doit démontrer que des « *circonstances particulières rendent l'emprisonnement indispensable pour agir sur le délinquant ou défendre l'ordre public* » : M. Imbert-Quaretta, « Un regard sur le chantier de la Justice : sens et efficacité des peines », *AJ Pénal* 2013, p. 79 et s.

¹³²⁹ *Ibid.*

¹³³⁰ Le sursis avec travaux d'intérêt général n'est jamais prononcé : Ministère de la justice, *Les condamnations 2015 (définitives)*, données statistiques, tableau 10.

intellectuelle étant dotées d'une nature lucrative, la peine d'amende constitue le principal instrument de lutte. Beccaria l'avait annoncé, « *pour qu'une peine obtienne son effet, il suffit que le mal de la peine excède le bien résultant du délit, et dans cet excédent de mal on doit calculer l'infailibilité de la peine et la perte du bien que le délit produirait. Tout ce qui est en plus est donc superflu, et par là même tyrannique* »¹³³¹. Ce principe, adopté par la doctrine utilitariste, qui induit que pour être efficace la peine d'amende doit être supérieure aux bénéfices réalisés grâce à l'infraction, explique pourquoi les peines d'amende prévues en droit de la propriété intellectuelle sont inefficaces. Si les montants prévus peuvent dépasser les bénéfices réalisés, ils leur sont souvent inférieurs¹³³². La vaine augmentation du montant de l'amende de 500 000 à 750 000 euros, encourue lorsque le délit a été commis en bande organisée, représente parfaitement l'inadaptation de cette peine à la réalité de ces activités délictuelles, car les bénéfices sont fortement supérieurs à ce montant. Certes, une peine complémentaire de confiscation du produit du délit peut être prononcée. Cependant, elle est peu souvent appliquée en droit de la propriété intellectuelle¹³³³. D'autres modes de détermination de l'amende encourue sont, pourtant, à la disposition du législateur afin que le juge puisse prononcer un montant qui absorbe les bénéfices réalisés et anéantisse le caractère lucratif de la contrefaçon et autres délits assimilés. L'ajustement du montant de l'amende à celui des profits issus de l'infraction est apparu dès les années 1970, dans le domaine des opérations boursières illicites et des délits d'initié¹³³⁴. En droit pénal boursier, l'article L. 465-1, I, A du code des marchés financiers prévoit un déplafonnement du montant de l'amende, fixé à 100 millions d'euros, afin que le juge puisse prononcer un montant correspondant au décuple du montant de l'avantage retiré du délit. Cette disposition ajoute que l'amende ne peut être inférieure à cet avantage. Faire du montant du profit illicitement acquis une variable d'ajustement du montant de l'amende paraît constituer une méthode plus efficace, que celle de l'augmentation des montants, encore insuffisants à anéantir le caractère lucratif de la contrefaçon et à dissuader, tant passivement, qu'activement, de commettre de tels délits.

533. L'absence d'absorption des bénéfices par la peine d'amende - Appliquée à des infractions lucratives, procédant d'un calcul rationnel effectué par les individus, la peine d'amende ne peut être dissuasive qu'à condition d'être supérieure aux bénéfices réalisés¹³³⁵. Cette conception utilitariste du droit pénal, adoptée par les économistes, a influencé l'adoption

¹³³¹ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, § XXVII, p. 227.

¹³³² Le fondateur du site Internet *eMule* a été condamné à une peine d'amende de 80 000 euros alors que les bénéfices réalisés grâce à la contrefaçon des œuvres cinématographiques s'élevaient à 418 000 euros (TGI Paris, ch. corr., 12 mai 2015, *Disney Channel et al.* : *RLDI* 2015, 116, actualités). La peine d'amende de 20 000 euros prononcée à l'encontre de l'administrateur du site Internet *wawamania.eu*, principal site de téléchargement illicite d'œuvres cinématographiques, paraît dérisoire. La critique doit néanmoins être nuancée à l'aune de la peine d'emprisonnement ferme d'un an (TGI Paris, ch. corr., 2 juill. 2015, *Dimitri Maderc c/ Columbia Pictures et al.* : *RLDI* 2015, 118, actualités). - Voir *supra* n° 510.

¹³³³ Voir *infra* n° 550.

¹³³⁴ C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 2004, n° 54, p. 3.

¹³³⁵ Voir *supra* n° 517 et s.

de peines d'amendes proportionnelles en droit pénal économique¹³³⁶. Bien que la nécessité de son adoption en droit de la propriété intellectuelle soit évidente, le législateur préfère augmenter le niveau des plafonds¹³³⁷. Par conséquent, les peines d'amende ne permettent pas de retirer aux contrefacteurs la totalité des profits réalisés grâce aux infractions. A l'issue de la procédure pénale, le contrefacteur est toujours bénéficiaire, la lucrativité du délit de contrefaçon et des autres délits assimilés n'est pas anéantie. Certes, le juge a la possibilité de prononcer une peine complémentaire de confiscation des profits, mais sa mise en œuvre est rare¹³³⁸. Dès lors, cette peine se révèle inapte à inciter le condamné à modifier son comportement. Une première condamnation, permettant au contrefacteur de conserver une partie des bénéfices réalisés, lui apporte la preuve empirique parfaite de l'inefficacité du droit pénal de la propriété intellectuelle et tend à l'inciter à poursuivre ses agissements.

534. L'inefficience de la peine d'amende prévue en droit de la propriété intellectuelle - La peine d'amende n'est pas déterminée de manière efficiente par le législateur. Pour être dotée d'une telle qualité, la peine d'amende encourue doit représenter un coût supérieur aux gains générés par l'infraction. Dans l'hypothèse inverse, l'individu viole la loi en raison des bénéfices certains, plus importants que la perte induite par la peine probable, voire incertaine¹³³⁹. Le résultat du calcul coûts-bénéfices réalisé par les contrefacteurs, dans un but lucratif, est alors à leur avantage. Pour que la peine d'amende soit efficace et efficiente, il eût fallu qu'elle soit proportionnelle. Dans sa thèse de doctorat, Monsieur Royer explique ainsi que « [...] la particularité de la sanction monétaire proportionnelle est d'être constituée d'un coefficient multiplicateur et d'une assiette. Contrairement à la sanction monétaire chiffrée qui reste abstraite, la sanction monétaire proportionnelle présente l'avantage de prendre en considération la réalité économique dans sa détermination »¹³⁴⁰. Il démontre que ces deux éléments sont ceux qui permettent d'adapter au mieux la sanction monétaire à « l'esprit de lucre » qui anime l'auteur de l'infraction¹³⁴¹.

535. De la critique des peines à celle de leur échelle - Seules quelques circonstances justifient que les atteintes aux droits de propriété intellectuelle soient sanctionnées d'une peine d'emprisonnement, tandis que la peine d'amende apparaît inefficace en raison de la méthode de détermination de son *quantum*. A ces constats s'ajoute une incohérente détermination de l'échelle des peines.

¹³³⁶ G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique. Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. dir. F. Stasiak, LGDJ, coll. Droit & Economie, 2009, n° 183 et s., p. 195 et s.

¹³³⁷ Voir *infra* n° 538.

¹³³⁸ Voir *infra* n° 550.

¹³³⁹ Voir *supra* n° 520 et n° 521.

¹³⁴⁰ G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique*. (...), *op. cit.*, n° 183, p. 195.

¹³⁴¹ *Id.*, n° 186-189, p. 198-202.

b- La critique de l'échelle des peines encourues

536. Une course vaine à la sévérité des peines - L'échelle des peines est déterminée par leurs *quanta*, lesquels, en principe, dépendent des infractions, ainsi que des circonstances aggravantes dans lesquelles elles sont commises. En droit de la propriété intellectuelle, la durée des peines d'emprisonnement et le montant des amendes sont identiques pour chaque droit de propriété intellectuelle. Outre le faible nombre de degrés à cette échelle, le législateur ne cesse d'augmenter les *quanta* sans cohérence avec les objectifs de dissuasion (i). Des circonstances aggravantes participent de l'établissement de l'échelle des peines. Pourtant, en l'absence de distinction entre les actes de contrefaçon commis à l'échelle individuelle et ceux commis à l'échelle commerciale, cette échelle semble imparfaite et inapte à permettre au juge de sanctionner certaines atteintes, à leur juste mesure (ii).

i- L'échelle des peines, déterminée par leurs *quanta*

537. Une relative uniformité des peines, peu pertinente - L'examen des diverses dispositions pénales permet de constater que la contrefaçon et autres délits assimilés, sont punis de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. En droit des marques, l'article L. 716-9 du code de la propriété intellectuelle punit de 4 ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende la production industrielle de biens contrefaisants, ainsi que les actes favorisant leur circulation en vue de leur exploitation commerciale. Cette circonstance aggravante, proche de la notion d'échelle commerciale¹³⁴², n'est pas prévue pour les autres droits de propriété intellectuelle. Lorsque ces faits sont commis en bande organisée, les peines sont portées à 7 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende¹³⁴³. Concernant les obtentions végétales, les atteintes portées aux droits du titulaire du certificat sont sanctionnées d'une amende de 10 000 euros auxquels peuvent être ajoutés 6 mois d'emprisonnement lorsque le délit est commis en bande organisée¹³⁴⁴. L'absence de mise en œuvre de ces peines par les juges tend à laisser penser qu'elles ne sont pas correctement proportionnées à l'atteinte portée à la société¹³⁴⁵. De surcroît, la contrefaçon est, certes, lucrative, tant pour les producteurs de biens contrefaisants que pour les consommateurs, mais à des échelles différentes. Le producteur ou le distributeur de biens contrefaisants peut obtenir d'importants bénéfices. Le consommateur de biens contrefaisants, achetant un bien portant une marque contrefaisante ou téléchargeant une œuvre cinématographique mise illicitement à sa disposition, n'évite qu'une perte. Appliquées aux

¹³⁴² Pour une définition de la notion, voir *supra* n° 225.

¹³⁴³ Ces peines ont été augmentées par l'article 44 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leurs financements, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Antérieurement, elles étaient de 5 ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende.

¹³⁴⁴ La loi du 3 juin 2016 n'a pas modifié les peines prévues en cas d'atteinte en bande organisée aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention végétale.

¹³⁴⁵ Voir *supra* n° 521.

producteurs et aux distributeurs, ces peines sont trop faibles pour constituer un mal supérieur aux bénéfices obtenus grâce aux actes de contrefaçon, car ceux-ci sont, souvent, très largement supérieurs aux 300 000 euros d'amende. Appliquées aux consommateurs, ces peines semblent disproportionnées, donc incertaines dans leur mise en œuvre par le juge. Par conséquent, la dissuasion active, tant individuelle que collective, est, elle aussi, ineffective.

538. L'accroissement incessant des peines encourues - Les peines encourues en cas d'infraction à un droit de propriété intellectuelle ne cessent d'être augmentées par le législateur. Cet accroissement est dû, tant à la lutte contre la contrefaçon, qu'à des luttes périphériques, telles que la lutte contre la criminalité organisée ou le terrorisme. Il résulte soit du législateur interne, soit des exigences de l'Union européenne¹³⁴⁶. La peine d'emprisonnement, comprise entre trois mois et deux ans lors de la codification du droit de la propriété intellectuelle, a vu son plancher supprimé en 1994, puis a été augmentée à trois ans par la loi du 9 mars 2004, dite Perben II. Cette même loi a créé la circonstance aggravante de bande organisée pour laquelle une peine d'emprisonnement de 5 ans était prévue, auxquels ont été ajoutés deux ans, par la loi du 3 juin 2016¹³⁴⁷. Le montant des peines d'amende, de 150 000 euros en 2002, est, depuis la loi dite Perben II, de 300 000 euros. La peine de 500 000 euros d'amende prévue par cette loi, pour les infractions commises en bande organisée, atteint 750 000 euros depuis la loi du 3 juin 2016¹³⁴⁸. Cette course à la sévérité contraste avec la stabilité des peines applicables aux délits contre les biens. Les peines encourues en cas de vol ou d'abus de confiance n'ont pas évolué, seules les peines d'amende ont été converties en euros, le 1^{er} janvier 2002. La surenchère répressive, observée en droit de la propriété intellectuelle, d'une part se révèle être contre-productive et, d'autre part, démontre que les peines choisies par le législateur ne sont pas adaptées.

539. L'accroissement contre-productif des peines encourues - L'idée selon laquelle l'efficacité des peines procèderait de leur sévérité est issue de l'idéologie sécuritaire. Le degré des peines, tant encourues que prononcées¹³⁴⁹, constitue un critère insuffisant à l'évaluation de leur efficacité. Le mouvement de la Défense sociale nouvelle, mené par Ancel, avait vocation à déconstruire le mythe de l'effet dissuasif des sanctions rigides et excessives. La dissuasion prend sa source dans la promptitude et dans la certitude de la réponse pénale, ainsi que dans

¹³⁴⁶ La décision-cadre sur la criminalité organisée impose aux Etats de consacrer des peines comprises entre le minimum et le maximum déterminés par l'Union européenne : Décision-cadre, 2008/841/JAI, du 24 oct. 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée.

¹³⁴⁷ Loi, n° 2016-731, du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

¹³⁴⁸ D'autres circonstances aggravantes, liées à la peine de 7 ans d'emprisonnement et de 750 000 d'amende, ont été créées – voir *supra* n° 143 et n° 144.

¹³⁴⁹ Voir *supra* n° 508-511 sur les réponses aux critiques de la faiblesse des peines prononcées.

l'effectivité et la qualité de la mise en œuvre de la sanction prononcée par le juge¹³⁵⁰. En effet, Montesquieu avait prévenu que « *l'atrocité des lois en empêche [...] l'exécution. Lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préférer l'impunité* »¹³⁵¹. Il est préférable de prévoir des peines modérées, qui peuvent être appliquées par les juges, plutôt que des peines dont la sévérité excessive leur fait perdre leur effectivité. La certitude est préférable à la sévérité. Dès lors, l'accroissement constant des peines encourues en droit de la propriété intellectuelle, corrélé à la rareté de leur mise en œuvre, permet de mesurer le chemin que la doctrine de la Défense sociale nouvelle doit encore parcourir¹³⁵². Le manque de pertinence de l'échelle des peines, émanant de leurs *quanta*, peut aussi être observé à l'aune des circonstances aggravantes.

ii- L'échelle des peines, déterminée par la nature des circonstances aggravantes

540. L'absence de la circonstance de commission du délit à l'échelle commerciale - Cinq circonstances, dans lesquelles sont commis les actes de contrefaçons et délits assimilés, aggravent les peines prévues par le législateur. Il s'agit de la commission du délit en bande organisée, de la commission du délit sur un réseau ou au moyen d'un service de communication au public en ligne, de la commission de faits portant sur des marchandises dangereuses pour la santé ou la sécurité de l'homme ou de l'animal¹³⁵³, de la commission de faits portant préjudice à la défense nationale¹³⁵⁴ et de la commission du délit par une personne liée par convention avec la partie lésée. Bien que la circonstance de bande organisée implique que les délits soient commis dans un but lucratif, aucune circonstance ne distingue ceux commis à l'échelle individuelle, de ceux commis à l'échelle commerciale. En effet, le législateur n'a pas limité la responsabilité pénale – ni civile – aux actes commis à l'échelle commerciale, contrairement à ce que suggérerait l'accord sur les ADPIC¹³⁵⁵ et la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹³⁵⁶. Bien que cette dernière définisse les actes commis à l'échelle commerciale comme « *ceux perpétrés en vue d'obtenir un avantage économique ou commercial direct ou indirect, ce qui exclut normalement les actes qui sont perpétrés par des consommateurs finaux agissant de bonne foi* »¹³⁵⁷, cette notion fait l'objet de nombreuses critiques en raison de ses contours flous, susceptibles de faire naître un important contentieux¹³⁵⁸. En outre, elle aurait pour effet de restreindre la protection du droit de la

¹³⁵⁰ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, éd. Cujas, 3^e éd, 1981, p. 310 et s. – La modération des peines sous-tend aussi l'objectif de respect des droits de l'homme promu par la Défense sociale nouvelle.

¹³⁵¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Flammarion, coll. Le monde de la philosophie, 2008, partie I, livre VI, chap. XIII, p. 159.

¹³⁵² V. Sizaire, « Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle ? », *RSC* 2017, p. 261.

¹³⁵³ Cette circonstance est spécifique au droit de la propriété industrielle.

¹³⁵⁴ Cette circonstance est spécifique au droit des brevets.

¹³⁵⁵ Voir *supra* n° 220.

¹³⁵⁶ Directive, 2004/48/CE, du 29 avr. 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹³⁵⁷ *Id.*, consid. 14.

¹³⁵⁸ L. Béteille, *Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon*, Doc. Sénat 2007, n° 420 (2006-2007), spéc. p. 33 et s.

propriété intellectuelle à ses utilités économiques. Certes, le droit de la propriété intellectuelle est innervé par une dimension économique, laquelle influe sur le régime juridique des droits et est révélée par la pratique¹³⁵⁹. Néanmoins, il est sous-tendu par une conception personnaliste, protectrice du droit de propriété et des créateurs. Le droit pénal ne doit donc pas être limité à cet aspect économique.

541. Le souhait d'une révision de l'échelle des peines - Une partie de la doctrine souhaite que la circonstance d'échelle commerciale soit adoptée par le législateur français¹³⁶⁰. Certains estiment qu'elle devrait constituer une condition minimale à l'engagement de la responsabilité pénale des auteurs des infractions aux droits de propriété intellectuelle. Ils fondent la dépénalisation des actes de contrefaçon commis à l'échelle individuelle, principalement ceux commis au moyen d'un service de communication au public en ligne portant atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins, sur leur rare poursuite par le ministère public¹³⁶¹. D'autres considèrent que la circonstance d'échelle commerciale devrait constituer un degré supplémentaire de l'échelle des peines et entraîner la diminution des peines encourues en cas de contrefaçon commise à l'échelle individuelle¹³⁶². Ils expliquent l'absence de poursuite de ces actes par la trop grande sévérité des peines. Il semble pertinent que l'échelle des peines encourues en droit de la propriété intellectuelle soit affinée par davantage de circonstances aggravantes, à l'image de l'échelle établie pour le vol. Montesquieu rappelle à ce sujet qu'il est « [...] *essentiel que les peines aient de l'harmonie entre elles ; parce qu'il est essentiel que l'on évite plutôt un grand crime qu'un moindre ; ce qui attaque plus la société, que ce qui la choque moins* »¹³⁶³. La différence entre la contrefaçon professionnelle et la contrefaçon amatrice pourrait être marquée par les peines encourues et les procédures applicables, plus rapides dans la seconde hypothèse, dans le but de résorber la masse des actes contrefaisants. Toutefois, les peines applicables à la contrefaçon individuelle ne doivent pas être réduites à des peines symboliques, au risque de transmettre un message contre-productif aux contrefacteurs¹³⁶⁴. Elles contribueraient à la banalisation, par le législateur, de ces infractions qui peuvent être qualifiées de routinières¹³⁶⁵.

¹³⁵⁹ F. Siiriainen, « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 673-681.

¹³⁶⁰ C. Bernault, « La sanction pénale de la contrefaçon », *RLDI* 2012, p. 86. – Contra : T. Azzi, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, Présentation générale », *Dossier La lutte contre la contrefaçon* (loi n° 2007-1544 du 29 oct. 2007), *D.* 2008, p. 700, spéc. n° 28.

¹³⁶¹ Il convient toutefois de relever qu'une telle dépénalisation irait au-delà de ce que prévoit la directive car les internautes qui téléchargent ou accèdent aux œuvres et interprétations, en *streaming*, illicitement, ne peuvent se prétendre de bonne foi.

¹³⁶² E. Dreyer, « Pour une contraventionnalisation des échanges illégaux de pair à pair », *RSC* 2007, p. 57 ; M.

Vivant « Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 51.

¹³⁶³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Flammarion, coll. Le monde de la philosophie, 2008, partie I, livre VI, chap. XVI, p. 162.

¹³⁶⁴ C. Bernault, « La sanction pénale de la contrefaçon », *art. cit.*, p. 86 et s.

¹³⁶⁵ Voir *infra* n° 1026.

542. L'indispensable distinction entre proportionnalité et individualisation des peines - Il convient, aussi, de relever l'impossible satisfaction de la demande de ces auteurs, qui prônent l'individualisation des peines par le législateur. En exigeant une individualisation des peines fondée sur la notion d'échelle commerciale ou sur celle de contrefaçon individuelle à but non commercial, ils semblent confondre individualisation des peines par le juge et respect, par le législateur, du principe de proportionnalité des peines encourues. En effet, l'individualisation ne peut être effectuée par le législateur, car la loi est abstraite et générale. Saleilles avait dissipé cette confusion en expliquant qu'une individualisation des peines par le législateur, fondée sur la responsabilité, avait été souhaitée par l'école néoclassique, mais la qualifiait de « fausse » et affirmait qu'« *il n'y a pas d'individualisation légale* »¹³⁶⁶. « *La loi n'opère que sur des entités abstraites, seul le juge opère sur des réalités. Donc, la loi ne peut que fournir au juge des bases d'individualisation, elle ne doit pas avoir la prétention de faire elle-même l'individualisation* »¹³⁶⁷. Il estime, alors, que « *tout ce qu'on a pu prendre pour des cas d'individualisation légale sont des causes d'atténuation ou d'aggravation de peine fondée sur le plus ou le moins de gravité du crime, donc sur le degré de responsabilité* »¹³⁶⁸. Par conséquent, ce que propose cette partie de la doctrine est la révision de l'échelle des peines fondée sur les cas de responsabilités, soit par la dépénalisation de la contrefaçon individuelle et habituelle, dépourvue de vocation commerciale, et la limite de la responsabilité pénale à la contrefaçon commise à l'échelle commerciale, soit par l'instauration d'une circonstance aggravante liée à l'échelle commerciale et la diminution des peines encourues pour le délit de contrefaçon simple. Si la proposition de dépénalisation ne semble pas acceptable au regard de l'atteinte que ces infractions portent au droit de propriété, valeur essentielle à la société, et à la gravité de leurs conséquences¹³⁶⁹, un affinement de l'échelle des peines apparaît nécessaire à l'intensification des poursuites par le ministère public.

543. A la recherche de la pertinence des choix du législateur et du juge - La course à la sévérité porte, intrinsèquement, la marque de son inefficacité. Les *quanta* des peines d'amende sont inaptes à lutter contre le caractère lucratif de la contrefaçon. L'objectif d'anéantissement de l'avantage procuré par l'infraction, pourtant considéré comme étant le plus simple à atteindre par Hulsman¹³⁷⁰, s'éloigne à mesure de l'accroissement des montants et emporte avec lui tout effet dissuasif¹³⁷¹. Les circonstances aggravantes sont insuffisantes pour permettre d'atteindre ces objectifs et effets, car un degré manque à l'échelle. Les choix, par le législateur, des peines encourues manquent de pertinence à l'aune des critères qui devraient, en principe, les guider.

¹³⁶⁶ R. Saleilles, « L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, R. Ottenhof (dir.), Réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles suivie de L'individualisation de la peine : cent ans après Saleilles, Erès, 2001, p. 141.

¹³⁶⁷ *Id.*, p. 143.

¹³⁶⁸ *Id.*, p. 141.

¹³⁶⁹ Voir *infra* n° 1006.

¹³⁷⁰ Voir *supra* n° 514.

¹³⁷¹ Voir *infra* n° 553 et s.

Certes, l'existence de peines alternatives et complémentaires sont susceptibles de permettre ces objectifs et de produire les effets recherchés.

2- L'efficacité théorique des peines complémentaires et alternatives

544. Des peines complémentaires spécifiquement prévues en droit de la propriété intellectuelle - Des peines complémentaires sont expressément prévues par le code de la propriété intellectuelle. Certaines sont applicables pour tous les droits pénalement protégés. Sont prévus, le retrait des circuits commerciaux et la confiscation des choses contrefaisantes et du matériel ayant servi ou destiné à commettre l'infraction, leur destruction ou leur remise à la partie lésée. Le juge peut ordonner l'affichage ou la diffusion du jugement prononçant la condamnation. Ces peines sont prononcées aux frais du condamné. Concernant les personnes morales, le législateur a, pour chaque droit, renvoyé aux peines prévues par l'article 131-39 du code pénal. De surcroît, le droit de la propriété littéraire et artistique, à l'exception du droit des producteurs de bases de données, et le droit des marques prévoient la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée maximale de cinq ans, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction. Le droit de la propriété littéraire et artistique est doté de peines complémentaires spécifiques. Le juge peut prononcer une peine de confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction¹³⁷². Lorsque les délits de contrefaçon ou assimilés ont été commis au moyen d'un service de communication au public en ligne, il peut prononcer une peine complémentaire de suspension de l'accès à ce service pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant cette période un contrat portant sur un service de même nature, auprès de tout opérateur¹³⁷³. Le droit des brevets prévoit, quant à lui, une suspension du droit d'élection et d'éligibilité pour les tribunaux de commerce, les chambres de commerce et d'industrie territoriales et les chambres de métiers, ainsi que les conseils de prud'hommes, pendant un temps maximal de cinq ans¹³⁷⁴. Sur le fondement de l'article 131-11 du code pénal, ces peines complémentaires peuvent être prononcées à titre de peines principales. En cas de violation de ces obligations et interdictions, le juge peut ordonner l'exécution de la peine d'emprisonnement et de la peine d'amende, dont le maximum a été fixé par la juridiction lors du jugement de condamnation.

545. Les peines complémentaires de droit commun, applicables en droit de la propriété intellectuelle - L'article 131-21 du code de la propriété intellectuelle dresse la liste des peines complémentaires de confiscation, notamment applicables de plein droit pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, donc applicables à la majorité

¹³⁷² Art. L. 335-6 al. 2 du CPI.

¹³⁷³ Art. L. 335-7 du CPI.

¹³⁷⁴ Art. L. 615-14-1 al. 2 du CPI.

des délits prévus par le code de la propriété intellectuelle¹³⁷⁵. Parmi ces peines, celle consistant en la confiscation des biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, et dont le condamné est propriétaire ou a la libre disposition, peut compléter les peines de confiscation prévues par le code de la propriété intellectuelle¹³⁷⁶. La confiscation peut, aussi, porter sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction. La disposition précise que « *si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit* »¹³⁷⁷. La loi du 27 mars 2012 a facilité la mise en œuvre de ces peines en permettant au juge d'ordonner la confiscation en valeur, laquelle peut être exécutée sur tous biens, quelle qu'en soit leur nature, appartenant au condamné ou dont il a la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi¹³⁷⁸. Ces peines complémentaires offrent au juge la possibilité de confisquer les profits réalisés grâce à la contrefaçon ou autres délits assimilés. La confiscation peut porter sur la totalité des produits de l'infraction, la Cour de cassation ayant affirmé que « *le principe de proportionnalité ne peut s'appliquer à la confiscation d'un bien qui, dans sa totalité, est le produit ou l'objet des infractions dont le prévenu a été déclaré coupable* »¹³⁷⁹. L'absence d'efficacité de la peine d'amende et des peines complémentaires prévues par le législateur dans le domaine de la propriété intellectuelle est donc susceptible d'être compensée par les peines complémentaires, ou alternatives, de droit commun.

546. Des peines alternatives de droit commun, applicables en droit de la propriété intellectuelle - Le législateur a dressé, dans la partie relative au droit commun du code pénal, une liste de peines alternatives aux peines d'emprisonnement et d'amende, ainsi qu'une liste de peines complémentaires. Parmi cet « *inventaire à la Prévert* »¹³⁸⁰, certaines peines peuvent être pertinemment appliquées en droit de la propriété intellectuelle. La peine d'emprisonnement des

¹³⁷⁵ L'article 131-21 du code pénal a été déclaré conforme à la Constitution à l'occasion de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité : Cons. constit., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC.

¹³⁷⁶ Une disposition similaire, à des conditions différentes, est prévue pour les délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect : art. 131-21 al. 5 du CP. La confiscation de biens, sans rapport avec l'infraction commise a été validée par la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, 27 nov. 2014, n° 28457/10, *Abdoufadda c/ France*.

¹³⁷⁷ Art. 131-21 al. 3 du CP.

¹³⁷⁸ Art. 131-21 al. 9 du CP modifié par la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines.

¹³⁷⁹ Cass. crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879 : *Bull. crim.* 2016, n° 331 ; *AJ Pénal* 2017, p. 142, note O. Violeau. Le même jour, la Cour de cassation a rendu un arrêt dans lequel elle affirme que, lorsque le bien confisqué n'a pas de rapport avec l'infraction, les juges du fond doivent expliquer « *la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé par la mesure de confiscation de tout ou partie de son patrimoine, au regard de sa situation personnelle et de la gravité concrète des faits* » : Cass. crim., 7 déc. 2016, n° 15-85.136 : *Bull. crim.* 2016, n° 330.

¹³⁸⁰ E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^e éd., 2015, n° 173, p. 76.

délits peut être remplacée par une peine de jour-amende¹³⁸¹, par un stage de citoyenneté¹³⁸² ou par un travail d'intérêt général¹³⁸³, dès lors que ceux-ci sont acceptés par le prévenu. Diverses peines restrictives ou privatives de liberté peuvent aussi être prononcées à la place de la peine d'emprisonnement¹³⁸⁴. La peine de confiscation de « *la chose qui a servi ou était destiné à servir à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit* »¹³⁸⁵ semble efficace afin d'anéantir le caractère lucratif du délit, puisque le produit visé concerne, notamment, les bénéfices réalisés. La peine d'interdiction, pour une durée maximale de cinq ans, d'exercer une activité professionnelle, dès lors que les facilités qu'elle procure ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction¹³⁸⁶ et celle d'interdiction, pour une durée identique, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale¹³⁸⁷ peuvent être utilement prononcées en sus des peines complémentaires prévues par le code de la propriété intellectuelle. Cependant, ces peines alternatives ne peuvent être prononcées par le juge, dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, à la place des peines d'amendes, que pour les délits uniquement punis de cette peine¹³⁸⁸. A ces peines, qui ont vocation à mettre fin à l'activité illicite et à limiter les risques de récidive, peut être ajoutée la peine de sanction-réparation. Sa nature mixte lui permet d'être prononcée à la place ou en complément de la peine d'emprisonnement¹³⁸⁹. Elle oblige le condamné à indemniser ou à réparer en nature le préjudice subi par la victime. Toutefois, elle a pour effet de limiter les *quanta* des peines d'emprisonnement et d'amende prononcées. La première ne peut excéder six mois, tandis que la seconde est plafonnée à 15 000 euros. De surcroît, elles ne peuvent être mises à exécution qu'en cas de violation de l'obligation de réparation. Cette sanction-réparation peut être appliquée aux personnes morales, la peine d'amende ne pouvant alors dépasser 75 000 euros¹³⁹⁰.

547. La contestation de la peine de confiscation des marchandises contrefaisantes - Le législateur a expressément prévu, pour chaque droit de propriété intellectuelle, la confiscation des produits ou marchandises contrefaisantes et leur attribution à la victime ou leur destruction. Si une telle peine est conforme à la peine complémentaire de confiscation prévue par le droit pénal commun, le droit de propriété sur le bien corporel rend son application délicate. Bien

¹³⁸¹ Art. 131-5 du CP.

¹³⁸² Art. 131-5-1 du CP.

¹³⁸³ Art. 131-8 du CP.

¹³⁸⁴ Art. 131-6 du CP.

¹³⁸⁵ Art. 131-6, 10° du CP.

¹³⁸⁶ Art. 131-6, 11° du CP.

¹³⁸⁷ Art. 131-6, 15° du CP.

¹³⁸⁸ Art. 131-7 du CP.

¹³⁸⁹ Art. 131-8-1 du CP.

¹³⁹⁰ Art. 131-39-1 du CP.

qu'il soit fréquent qu'un accessoire vestimentaire, présenté sous une marque contrefaisante, contrefasse, aussi, un modèle, toute marchandise présentée sous une marque contrefaisante ne constitue pas, elle-même, une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Cette difficulté existe en droit d'auteur, puisque la loi distingue l'œuvre du support. Dès lors, deux théories s'affrontent. Certains estiment que la suppression de l'élément contrefaisant suffit, celui-ci n'entachant pas d'illicéité la marchandise. Par conséquent, la remise des exemplaires contrefaisants de l'œuvre, à la victime, constitue un « *transfert contraint de la propriété d'un meuble corporel du patrimoine du contrefacteur vers celui du titulaire du droit pécuniaire d'auteur (donc d'expropriation)* »¹³⁹¹. D'autres arguent que les objets contrefaisants sont hors commerce car la contrefaçon rend illicite l'ensemble de la marchandise. Ils ne peuvent donc intégrer le patrimoine du contrefacteur. La confiscation de la marchandise ou de l'objet contrefaisant ne représente pas une perte pour le contrefacteur. Cependant, en entrant dans le patrimoine du titulaire des droits, il l'enrichit, car il perd son caractère contrefaisant¹³⁹². Cette deuxième conception semble davantage conforme à la volonté du législateur et aux peines de confiscation prévues par le droit pénal commun, à l'article 131-21 du code pénal, le droit de propriété de l'auteur de l'infraction sur le bien ne faisant pas obstacle à leur prononcé.

548. L'étendue de l'inefficacité dissuasive des peines - Si les peines complémentaires et alternatives de droit commun sont susceptibles de pallier le manque de caractère dissuasif des peines principales encourues en cas d'infractions aux droits de la propriété intellectuelle, l'étude des peines prononcées révèle que les juges ne les appliquent que rarement, indifférents à leur diversité.

B- L'inefficacité des peines prononcées

549. Les faibles montants des peines d'amende - L'analyse des montants des peines d'amende prononcées menée sur le fondement des statistiques réalisés par le ministère de la justice démontre que les montants paraissent faibles à la lumière des bénéfices réalisés par les contrefacteurs¹³⁹³. Le prononcé de peines complémentaires pourrait accroître la sanction, afin de déposséder les auteurs des infractions des bénéfices réalisés. Cependant, l'étude de la jurisprudence démontre que les peines complémentaires ou alternatives sont rarement prononcées.

¹³⁹¹ B. Humblot, « L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), PUAM, 2007, p. 123-148, spéc. n° 45, p. 147.

¹³⁹² A. Saint Martin, « Les spécificités de l'action en contrefaçon au regard du droit commun », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), PUAM, 2007, p. 57-77.

¹³⁹³ Ministère de la justice, *Les condamnations 2015 (définitives)*, données statistiques, tableau 14 – voir *supra* n° 507.

550. Le délaissement de la diversité des peines en droit de la propriété intellectuelle -

Malgré leur diversité et la promesse d'efficacité qu'elles contiennent, les peines alternatives et complémentaires relevant du droit pénal commun, ne sont que rarement appliquées. Sur les 289 peines prononcées en 2015, seules 43 sont des peines de substitution¹³⁹⁴. Il apparaît donc clairement que les juges répressifs préfèrent prononcer des peines d'emprisonnement avec sursis que des peines alternatives. Les peines complémentaires n'apparaissent pas dans cette étude statistique. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence révèle leur absence. Seules les peines de confiscation des choses contrefaisantes et du matériel destiné à la réalisation des actes de contrefaçon sont prononcées¹³⁹⁵ et, parfois, la peine complémentaire de publication de la décision¹³⁹⁶. Pourtant, les peines de confiscation de choses contrefaisantes et de matériels ayant servi à la commission du délit, le rappel des marchandises et leur destruction sont parfois inefficaces car leurs coûts ne sont pas toujours pris en charge par le condamné, faute de moyens financiers. De surcroît, lorsque ces choses ne sont ni détruites, ni remises à la victime, la confiscation est réalisée au bénéfice de l'Etat, lequel doit alors organiser leur vente, procédure dont les coûts peuvent se révéler très élevés.

551. Le délaissement généralisé de la diversité des peines -

Le constat de l'indifférence des juges à la palette de peines, instaurée par le législateur, n'est pas spécifique au droit de la propriété intellectuelle. Madame le Professeur Delmas-Marty remarque qu'« *il demeure que la diversification des peines est davantage phénomène législatif que réalité judiciaire* »¹³⁹⁷. Il est étonnant de constater que les spécialistes du droit de la propriété intellectuelle réclament une individualisation des peines de la part du législateur, mais ne s'offusquent pas de l'absence d'usage de la diversité de ces peines, alors qu'elle est née de la théorie de l'individualisation des peines, élaborée par Saleilles¹³⁹⁸. Certes, il est possible de déplorer que ces peines soient toujours assorties de la menace d'emprisonnement en cas d'inexécution et qu'elles supposent une certaine aisance sociale¹³⁹⁹. Néanmoins, elles apparaissent parfaitement adaptées au contentieux du droit de la propriété intellectuelle et semblent constituer des instruments de lutte efficaces contre ses atteintes, aptes à une dissuasion tant passive et collective, qu'active et individuelle.

¹³⁹⁴ Ministère de la justice, *Les condamnations 2015 (définitives)*, données statistiques, tableau 6.

¹³⁹⁵ CA Versailles, 16 mars 2007, n° 05/00568 (droit d'auteur) ; CA Nancy, 27 mars 2007, n° 07/00060 (droit des marques) ; CA Versailles, 20 juin 2014, n° 13/00449 (droit d'auteur, droit des dessins et modèles et droit des marques) ; Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 15-80.722 (droit des marques) ; Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 16-86.881 : *Bull. crim.* 2018, n° 113 (droit d'auteur et droits voisins des producteurs de vidéogrammes).

¹³⁹⁶ CA Nancy, 27 mars 2007, n° 07/00060 (droit des marques).

¹³⁹⁷ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 97.

¹³⁹⁸ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Alcan, 1898. Le mouvement de diversification des peines est apparu au cours de ce que Hulsman nomme « *la phase sociale du système pénal* » : L. H. C. Hulsman, « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497-545, spéc. p. 500.

¹³⁹⁹ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 97 et s.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

552. L'inefficacité des peines choisies par le législateur pour sanctionner les infractions aux droits de la propriété intellectuelle anéantit sa fonction de dissuasion. La peine d'emprisonnement n'apparaît pertinente que lorsque la contrefaçon et les autres infractions directes aux droits sont commises par une organisation criminelle ou sont liées à d'autres délits et crimes. Le *quantum* de la peine d'amende n'est pas adapté à la répression des infractions lucratives, puisque les individus condamnés conservent néanmoins une large part des bénéfices réalisés. Le caractère lucratif, apparaissant lors de la réalisation de l'infraction, est donc renforcé à l'issue de la procédure judiciaire. Pourtant, dans d'autres domaines, le législateur a su, doter le droit pénal de peines appropriées, notamment proportionnées aux bénéfices. L'incompréhension règne quant à ce montant encouru de 300 000 euros, ridicule à l'aune des bénéfices issus de la contrefaçon et ubuesque pour les internautes qui portent atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins en cherchant à faire des économies. Si une unification des droits de propriété intellectuelle est recherchée par le législateur, il apparaît clairement que les peines n'en constituent pas un instrument pertinent. La peine complémentaire, de droit commun, de confiscation pourrait raviver la dissuasion, mais les juges ne la prononcent que rarement. Inefficace, le droit pénal de la propriété intellectuelle n'apparaît alors dissuasif, ni pour les individus condamnés, ni pour les membres de la société. La massification des infractions en témoigne. Le droit pénal de la propriété intellectuelle perd sa fonction dissuasive active et passive en raison de l'inefficacité des peines encourues et prononcées. L'anéantissement de sa dissuasion passive est, aussi, induit par son ineffectivité. Toutefois, l'étude de la corrélation entre ineffectivité et absence de dissuasion révèle des effets importants sur la perception de la légitimité du droit de la propriété intellectuelle.

PARAGRAPHE II - L'anéantissement de la fonction de dissuasion par un droit pénal ineffectif

553. **La corrélation entre ineffectivité et absence de dissuasion du droit pénal de la propriété intellectuelle** - La dissuasion passive et collective du droit pénal dépend de son effectivité. La menace adressée à l'ensemble de la société, réside moins dans la sévérité des peines que dans la certitude de leur application. Beccaria explique qu'« *un des plus grands freins qui s'oppose aux délits n'est pas la cruauté des peines, mais leur infaillibilité, et par conséquent la vigilance des magistrats, ainsi que la sévérité d'un juge inexorable qui, pour être une utile vertu, doit être accompagnée d'une douce législation. La certitude d'un châtement, bien que modéré, fera toujours une plus forte impression que la crainte d'un châtement plus terrible, jointe à l'espérance de l'impunité* »¹⁴⁰⁰. La puissance d'intimidation des peines n'est pas proportionnelle à leur sévérité. Cette « *inversion du parallélisme psychologique* » a vocation à substituer aux peines violentes, des peines plus douces, afin que les juges prononcent

¹⁴⁰⁰ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, § XXVII, p. 225.

celles provoquant la moindre violence possible pour les condamnés, les moindres maux possibles, légitimant ainsi leur existence¹⁴⁰¹. En rendant incertaine l'application des peines, l'ineffectivité de la fonction de sanction du droit pénal de la propriété intellectuelle, implique une disparition de la fonction de dissuasion passive et collective. Les membres de la société ne sont alors plus incités à respecter le droit de la propriété intellectuelle (I). L'anéantissement de cette fonction de dissuasion offre un terrain fertile à la commission d'infractions et à la contestation de la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle. Dès lors, ce droit pénal spécial perd sa crédibilité (II).

I- L'absence d'incitation au respect de droit de la propriété intellectuelle

554. L'absence de contrôles incitant les individus à respecter la loi - L'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle est, notamment, due aux faibles contrôles des comportements et à la rareté des recherches des actes délictueux. Le rôle passif de l'Etat face aux infractions aux droits de propriété intellectuelle rend les sanctions incertaines, ce qui amoindrit considérablement la force dissuasive passive et collective de ce droit pénal spécial. Les lacunes du contrôle étatique¹⁴⁰² sont perçues comme étant révélatrices du désintérêt de l'Etat pour la protection du droit de la propriété intellectuelle (A). Elles ont, alors, entraîné la disparition du contrôle social, laissant libre cours à la massification des infractions (B).

A- L'absence de contrôle étatique

555. L'ineffectivité, source d'incertitude de la sanction - Les membres de la société connaissent la rareté de la mise en œuvre du droit pénal de la propriété intellectuelle. Peu nombreux sont les individus qui n'ont jamais commis d'acte de contrefaçon, notamment en téléchargeant illégalement des biens protégés par le droit d'auteur ou un droit voisin, ou y en accédant illégalement, en *streaming*. Ces contrefacteurs ont pu constater l'absence de poursuites, notamment en raison du manque d'efficacité de la détection des infractions¹⁴⁰³. Il eut été intéressant de s'inspirer de la politique menée dans le domaine des infractions au code de la route. Les moyens mis en œuvre pour la détection de ces infractions sont visibles et rendent concret le risque, pour les conducteurs, d'être contrôlés et sanctionnés. Certes, la détection de ces infractions exige la mobilisation de moyens considérables. Néanmoins, ceux-ci sont efficaces et permettent de suffisamment sanctionner pour que le système soit efficient. En outre,

¹⁴⁰¹ P. Audegean, « Genèse et signification des Délits et des Peines de Beccaria », in *Le droit pénal*, Arch. philo. dr., Dalloz, 2010, t. 53, p. 11-24, spéc. p. 23.

¹⁴⁰² Ces lacunes sont, partiellement, comblées dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins sur Internet, par l'HADOPI. Toutefois, cette autorité administrative indépendante ne constitue pas un instrument du droit pénal spécial – voir *infra* n° 569 et s.

¹⁴⁰³ Les contrôles effectués, sur Internet, relevant du champ de compétence de l'HADOPI rétablissent, dans une certaine mesure, la fonction de dissuasion passive collective, car ils renforcent la certitude de la sanction. Néanmoins, ses fonctions ne relèvent pas du droit pénal spécial – voir *infra* n° 639.

corrélativement à la mise à disposition de ces moyens, la procédure pénale des amendes forfaitaires a été extrêmement simplifiée pour absorber le nombre d'infractions poursuivies, sans risquer une paralysie des juridictions¹⁴⁰⁴.

556. L'effet de l'incertitude de la sanction sur le rôle dissuasif du droit pénal - A l'échelle de la dissuasion passive et collective, l'inefficacité des sanctions fonde l'incertitude de leur application. L'absence de contrôle étatique laisse aux membres de la société la possibilité de commettre ces infractions. Montesquieu, dans son analyse de la puissance des peines, avait déjà conclu que « *la cause de tous les relâchements [...] vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines* »¹⁴⁰⁵. Il ne faut donc pas craindre de modérer les peines, mais plutôt craindre leur ineffectivité. Peu important la sévérité des peines encourues, leur caractère dissuasif est corrélé à la certitude de leur application. Cette analyse est particulièrement pertinente concernant la peine d'emprisonnement. Hulsman remarque que cette peine produit un effet sur la société en raison de sa nature. Sa durée n'a que peu d'incidence sur son efficacité, car rares sont les individus qui peuvent se représenter la différence réelle d'effet entre un an et cinq ans d'emprisonnement¹⁴⁰⁶. Dès lors, l'accroissement incessant de la durée de la peine d'emprisonnement en cas de contrefaçon ou délit assimilé paraît vain en matière de dissuasion collective. Cette dépendance de la fonction dissuasive à la certitude des peines a été mis en évidence par le courant dit de *Deterrence theory*, apparu aux Etats-Unis, dans les années 1940¹⁴⁰⁷. Il distingue la certitude objective, de la certitude subjective de la peine. La certitude objective est le risque ou la probabilité d'être effectivement puni pour un acte criminel déterminé. La certitude subjective est la croyance vraie ou fausse des potentiels délinquants du risque d'être arrêtés, condamnés et emprisonnés. S'il a été démontré que plus la peine est objectivement certaine, plus le nombre d'infractions baisse, ce qui prouve son effet dissuasif, cette certitude de la peine est anéantie dès lors que le nombre d'infractions augmente. En effet, plus il croît, plus les tribunaux sont engorgés et moins les procureurs poursuivent les auteurs. Par conséquent, la certitude de la peine s'affaiblit et le taux de criminalité ne cesse d'augmenter. Le cercle vertueux est donc difficile à trouver. Quant à la certitude subjective de la peine, les individus, qui ne sont pas délinquants, estiment plus élevé le risque d'être arrêtés, que les délinquants. Il a aussi été démontré que la certitude subjective de la peine est renforcée par la certitude objective de celle-ci, chez les délinquants comme chez les non-délinquants. Le nombre de délits décroît, dès lors que la certitude subjective entre en corrélation avec la certitude objective.

¹⁴⁰⁴ M. Masse, « La peur du gendarme, à l'occasion d'une nouvelle rédaction du code de la route », in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, t. 39, p. 437-551.

¹⁴⁰⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Flammarion, coll. Le monde de la philosophie, 2008, partie I, livre VI, chap. XII, p. 156.

¹⁴⁰⁶ L. H. C. Hulsman, « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497-545, spéc. p. 519.

¹⁴⁰⁷ M. Cusson, « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfice des délinquants », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, éd. Cujas, 2006, p. 741-752.

557. Les conséquences de l'absence d'effet dissuasif du droit pénal de la propriété intellectuelle - L'absence de contrôle étatique des comportements, portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle, rend incertaine l'application des sanctions prévues par le législateur ; or l'incertitude des poursuites et, par conséquent, des sanctions, favorise les comportements portant atteinte à la loi. Monsieur le Professeur Francillon remarque alors que « *les condamnations, qui interviennent surtout "pour l'exemple", ne sont guère dissuasives pour la grande majorité des internautes familiers de ces pratiques* » et en conclut que « *la voie répressive se révèle décevante* »¹⁴⁰⁸. En raison de l'absence de contrôle étatique, la société est devenue tolérante face à ces comportements, lesquels peuvent alors prospérer.

B- L'absence de contrôle social

558. La notion de contrôle social - Les sociologues et les criminologues ont démontré qu'une des causes de la résistance des individus à la tentation de commettre des infractions réside dans ce que Durkheim appelait la contrainte sociale, désormais nommée « *régulation sociale* » ou « *contrôle social* »¹⁴⁰⁹. Crozier explique que le contrôle social est constitué par « *tous moyens grâce auxquels une société, un ensemble social ou plutôt les hommes qui les composent, en tant qu'ensemble collectif structuré, réussissent à s'imposer à eux-mêmes le maintien d'un minimum de conformité et de comptabilité dans leurs conduites* »¹⁴¹⁰. Monsieur le Professeur Cusson ajoute que le contrôle social s'exerce lorsqu'un individu, prêt à violer une loi, « *rencontre une résistance d'origine sociale qui l'empêche d'agir ou, au moins, le fait hésiter* »¹⁴¹¹. Ce contrôle est effectué par les individus, qui s'imposent à eux-mêmes, en raison de leurs relations avec les autres, un comportement conforme aux lois régissant leur société. Plus un individu est intégré au sein du groupe social, plus la pression sera forte, car ses relations interpersonnelles dépendront de son respect des règles¹⁴¹². Cependant, lorsque le groupe devient tolérant face à certains délits, le contrôle social s'atténue et offre aux individus la possibilité de commettre ces infractions. Monsieur le Professeur Cusson relate l'étude menée par Erickson et Gibbs en 1979¹⁴¹³ sur la tolérance au crime¹⁴¹⁴. Ils constatent que les adolescents, interrogés sur leur désapprobation du délit de vol et sur la peine qu'ils recommanderaient, se montrent plus tolérants et moins sévères lorsqu'ils ont déjà, eux-mêmes, commis ce délit. Cette étude permet

¹⁴⁰⁸ J. Francillon, « Piratage numérique », RSC 2006, p. 95.

¹⁴⁰⁹ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 20.

¹⁴¹⁰ M. Crozier, « La transformation des modes de contrôle social et la crise des régulations traditionnelles », *La Revue Tocqueville*, vol. II, n° 1, p. 40-54, spéc. p. 41.

¹⁴¹¹ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 21.

¹⁴¹² *Id.*, p. 114.

¹⁴¹³ M.-L. Erickson et J.-P. Gibbs, « Community Tolerance and Measures of Delinquency », *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. XVI, n° 6, p. 55-79, cité par M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 124 et s.

¹⁴¹⁴ Le terme crime est entendu dans son acceptation large, synonyme d'infraction.

d'éclairer les réactions du groupe social face aux infractions aux droits de propriété intellectuelle.

559. L'effet de l'absence de contrôle étatique sur le contrôle social - La société se montre tolérante envers la consommation ou l'utilisation de certains produits ou marchandises contrefaisantes. Dès lors qu'elle ne constitue pas un danger pour le consommateur ou l'utilisateur, la contrefaçon n'est pas perçue comme devant être moralement condamnée par le groupe social. Deux secteurs sont particulièrement touchés par l'affaiblissement du contrôle social, le secteur vestimentaire et le secteur de la culture. En l'absence de contrôle étatique, les individus ont pris l'habitude de télécharger illégalement ou d'acquérir des accessoires de mode contrefaisant les marques ou les modèles de maison de haute couture ou de luxe. Il sera démontré que certains actes de contrefaçon sont devenus des infractions routinières¹⁴¹⁵. La fréquence et l'étendue des comportements portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle, au sein du groupe social, a inévitablement favorisé leur tolérance. Les membres du groupe qui ne commettent pas ces atteintes sont devenus trop rares pour qu'un contrôle social existe encore. Monsieur le Professeur Cusson observe que « *la culpabilité qui est souvent la honte d'agir moins bien que les autres, n'a plus de sens si les autres agissent mal. On n'a plus de réputation à préserver dans la société des gens malhonnêtes ; on risque même d'être ridiculisé pour ses scrupules* »¹⁴¹⁶. En effet, si la majorité des infractions tendent à exclure leur auteur de la société, les actes de contrefaçon, commis à l'échelle individuelle, permettent, au contraire, de ne pas en être exclu. Regarder les épisodes d'une série américaine, dès leur diffusion outre-Atlantique, sans attendre qu'ils soient légalement accessibles en France, permet de s'intégrer au groupe social. Dès lors, les infractions aux droits de propriété intellectuelle prospèrent dans cette société constituée d'individus devenus insensibles aux atteintes au droit de propriété portant sur une œuvre, une interprétation, une marque ou un modèle¹⁴¹⁷ et n'agissant que pour leur bien-être individuel. L'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle, due à l'absence de contrôle et de recherche par l'Etat des actes de contrefaçon ou assimilés, entraîne la disparition de la prohibition sociale des atteintes à ce droit. Conséquemment, le nombre d'infractions augmente car « *au-delà d'un certain volume de crimes impunis, les motivations morales et rationnelles à respecter la loi tombent d'elles-mêmes* » et, « *si tout le monde vole, certains se diront : pourquoi pas moi ?* »¹⁴¹⁸. Bien que le législateur tente de rétablir le contrôle étatique et de pallier l'absence de contrôle social, le droit pénal demeure inefficace car les instruments de droit pénal spécial choisis sont inadaptés. Malgré ces efforts, ce droit pénal a perdu sa crédibilité.

¹⁴¹⁵ Voir *infra* n° 1026 sur la théorie de la *routine activity approach*.

¹⁴¹⁶ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, *op.cit.*, p. 150-151.

¹⁴¹⁷ L'analyse ne semble pas pouvoir être appliquée aux brevets car ils sont moins connus du public. Par conséquent, l'atteinte à la marque, qui peut cacher une atteinte aux brevets, sera seule perçue par les consommateurs.

¹⁴¹⁸ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 151.

II- La perte de crédibilité du droit pénal de la propriété intellectuelle

560. La contestation de la légitimité du droit pénal de la propriété intellectuelle -

L'impunité sème le doute quant à la légitimité de la loi. L'absence de force dissuasive d'une disposition pénale se traduit par l'adoption de comportements y portant atteinte et l'absence de répression provoque une contestation de sa légitimité. En effet, sanctionner une infraction permet de réaffirmer l'autorité de la règle violée et d'entretenir la force des convictions morales du groupe social. La sanction pénale « *maintient intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune* »¹⁴¹⁹. L'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle ne permet pas de préserver la désapprobation morale de la contrefaçon. La contestation est d'autant plus vigoureuse que, malgré cette ineffectivité, le législateur poursuit sa course répressive en incriminant de nouveaux comportements et en augmentant le niveau des peines. Le droit pénal de la propriété intellectuelle, soumis à ces deux mouvements contraires, a alors perdu sa crédibilité. Trop souvent et impunément violée, il est alors possible de s'interroger sur la légitimité de son maintien. Pourtant, la légitimité de la protection du droit de la propriété intellectuelle par le droit pénal sera démontrée¹⁴²⁰.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

561. L'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle paralyse sa fonction de dissuasion passive et collective. L'absence de mise en mouvement de l'action publique prend, notamment, sa source dans l'absence de contrôle étatique des comportements portant atteinte aux droits de la propriété intellectuelle. Les dispositions de ce droit pénal ne constituent plus des menaces pour les membres du groupe social, désormais habitués à commettre des actes de contrefaçon ou à profiter, indirectement, de ces actes. Le défaut de contrôle étatique a alors affaibli le contrôle social, désormais limité aux infractions qui comportent un danger pour la santé ou la sécurité. Les délits dépourvus de cet effet ne sont plus désapprouvés par la société ; or la désapprobation sociale participe de la légitimité du droit pénal¹⁴²¹. L'anéantissement de la fonction de dissuasion passive, collective, a donc pour conséquence d'ébranler la crédibilité du droit pénal de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION DE LA SECTION II

562. L'anéantissement de la fonction de sanction du droit pénal de la propriété intellectuelle par son ineffectivité, entraîne celui de la fonction de dissuasion. Certes, les peines encourues ne sont pas adaptées à la nature lucrative des infractions aux droits de propriété intellectuelle. Le montant de la peine d'amende paraît ridiculement faible comparé aux bénéfices réalisés par les contrefacteurs. Néanmoins, le législateur a prévu un arsenal de peines complémentaires et

¹⁴¹⁹ E. Durkheim, *De la division du travail social*, (1893), PUF, 7^e éd., 1960, p. 76.

¹⁴²⁰ Voir *infra* n° 950 et s.

¹⁴²¹ Voir *infra* n° 970.

alternatives, aptes à pallier le manque d'efficacité des peines encourues. Pourtant, les statistiques révèlent l'inapplication de ces peines. La fonction dissuasive du droit pénal est alors atteinte dans toutes ses dimensions, passive et active, individuelle et collective. Le résultat du calcul coût-bénéfice de la contrefaçon et autres infractions aux droits, est favorable au contrefacteur. L'incertitude de l'engagement d'une action est grande, les peines encourues et prononcées sont inadaptées et la possible conservation d'une partie des bénéfices après la sanction rend ces infractions attractives. De surcroît, dans sa dimension passive et collective, le droit pénal ne dissuade plus en raison de l'inertie du ministère public. A l'absence de contrôle étatique, succède l'absence de contrôle social. La contrefaçon est devenue banale, certains actes sont même routiniers. Le droit pénal de la propriété intellectuelle perd sa crédibilité, ce qui n'est pas sans conséquences sur la contestation de la légitimité de l'existence du droit de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

563. L'inflation pénale législative du droit de la propriété intellectuelle est anéantie par la dépenalisation judiciaire. En effet, l'épreuve de la mise en œuvre judiciaire du droit pénal de la propriété intellectuelle n'est pas passée avec succès. Inefficace, il est délaissé, tant par le ministère public, que par les victimes des infractions. Dès lors, ce droit pénal spécial est ineffectif. Si, en théorie, il est possible de considérer qu'une règle de droit pénal ineffective peut, néanmoins, être efficace grâce à sa fonction de dissuasion passive¹⁴²², l'étude du droit pénal de la propriété intellectuelle illustre, qu'en pratique, son ineffectivité anéantit tout effet dissuasif. L'ineffectivité d'une disposition pénale emporte toutes les autres formes de son utilité. En perdant sa fonction de sanction, le droit pénal de la propriété intellectuelle voit sa fonction de dissuasion réduite à peau de chagrin. Privée de ses deux fonctions principales, sanctionnatrice et dissuasive, la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle n'est plus que théorique. Néanmoins, les conséquences de l'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle ne sont pas limitées à la paralysie de la protection de ce droit. Elles portent aussi sur sa légitimité. L'inapplication de dispositions pénales nourrit toujours la contestation de leur légitimité. Cependant, négligeant l'indispensable réforme du droit pénal de la propriété intellectuelle, le législateur poursuit sa course répressive par l'adoption de nouvelles incriminations et par l'accroissement des *quanta* des peines.

¹⁴²² F. Stasiak, « Dépénaliser : quoi, pourquoi, comment ? », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Litec, coll. Colloques et Débats, 2011, n° 32, p. 31-37.

CONCLUSION DU TITRE II

564. Le réseau de normes pénales applicables au droit de la propriété intellectuelle est instable. Certes, les infractions peuvent être sanctionnées sur le fondement de dispositions du code de la propriété intellectuelle et du livre troisième du code pénal. Néanmoins, l'étude de leurs interactions révèle qu'à l'expansion du réseau succède la menace de son implosion. Les infractions du code pénal, adaptées aux biens incorporels non rivaux, entrent en concurrence avec celles du code de la propriété intellectuelle. L'effet de miroir créé par la similitude des éléments matériels des incriminations n'est toutefois pas à l'avantage du droit pénal de la propriété intellectuelle. La comparaison des incriminations met en exergue sa complexité et sa technicité, n'encourageant pas les juges à les appliquer. La concurrence entre ces deux *corpus* de normes pénales aboutit alors à l'application des infractions du livre troisième du code pénal, au détriment de celles du code de la propriété intellectuelle. Si le législateur n'engage pas un travail de détermination de conditions d'appropriation des informations, les juges pourraient poursuivre dans cette voie, aboutissant à l'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle. Outre cette ineffectivité encore menaçante, l'étude de sa mise en œuvre démontre son échec dans la protection du droit de la propriété intellectuelle. En effet, ce droit subit une dépénalisation judiciaire. En raison de son inefficacité à lutter contre les infractions lucratives, le droit pénal de la propriété intellectuelle est rarement mis en œuvre. Le ministère public ne se saisit que rarement des faits constitutifs d'infractions aux droits de propriété intellectuelle et les titulaires de droits privilégient la voie civile. Inefficace, le droit pénal de la propriété intellectuelle devient alors ineffectif. Le droit pénal spécialement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle est, en pratique, inapte à le protéger.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

565. La complexité du réseau de normes pénales - Les normes pénales, substantielles et formelles, applicables au droit de la propriété intellectuelle ne sont pas seulement celles contenues dans le code de la propriété intellectuelle. Ce droit est protégé par un réseau complexe de normes pénales. Les dispositions de procédure pénale ne présentent guère de difficulté de coexistence au sein de ce réseau. Les règles spécifiques au droit de la propriété intellectuelle complètent celles de droit commun. L'articulation des normes substantielles, principalement des infractions, est plus ardue. Les évolutions jurisprudentielles et législatives récentes, relatives aux infractions du livre troisième du code pénal, accordent aux droits de propriété intellectuelle de nouveaux fondements de répression. Bien que parfois complémentaires aux infractions du code de la propriété intellectuelle, elles sont souvent concurrentes ; or de ces concours de qualifications, naît un déséquilibre. Le droit pénal de la propriété intellectuelle tend à être écarté au profit des infractions du code pénal, plus familières aux juges répressifs. L'instabilité du réseau, créée par ces concours, est renforcée par l'échec de la protection du droit de la propriété intellectuelle par son droit pénal spécial. Certes, le législateur a consacré des incriminations spécifiques au droit de la propriété intellectuelle. L'effort d'adaptation du droit pénal au droit de la propriété intellectuelle apparaît nettement lors de l'étude des infractions. Cependant, submergé par la masse et la dimension transfrontalière des infractions, le droit pénal ne peut lutter efficacement contre la contrefaçon et les autres infractions directes aux droits. De surcroît, en raison de l'absence d'harmonisation des infractions et des sanctions à l'échelle de l'Union européenne et internationale, ce travail isolé paraît vain. Ces difficultés sont accrues par l'incapacité des peines encourues et prononcées à vaincre le caractère lucratif des infractions. Inefficace, le droit pénal de la propriété intellectuelle devient ineffectif. L'anéantissement de sa fonction de sanction et de dissuasion, par son absence de mise en œuvre, ne laisse subsister que sa fonction expressive. Toutefois, cet aspect symbolique du droit pénal ne suffit pas à endiguer les vagues de contestations de la légitimité de son existence. Le mouvement contraire d'inflation législative et de dépénalisation judiciaire subi par le droit pénal de la propriété intellectuelle, ainsi que la concurrence exercée par les infractions du livre troisième du code pénal n'ont pourtant pas convaincu le législateur de le réformer en profondeur. Néanmoins conscient de l'échec de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle, il transfère, aux réseaux civil et administratif, des prérogatives et instruments relevant traditionnellement du droit pénal. Au couple traditionnel formé par le droit de la propriété intellectuelle et le droit pénal, le législateur ajoute d'autres normes répressives constitutives de la matière pénale.

PARTIE II
LA MATIERE PENALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE,
UN RESEAU DE NORMES EN QUETE DE COHERENCE

566. Le choix de la protection du droit de la propriété intellectuelle par la matière pénale - Confronté à la dépénalisation judiciaire du droit de la propriété intellectuelle, le législateur a choisi de contourner cette difficulté en développant la matière pénale. La notion de matière pénale est instaurée par la Cour européenne des droits de l'homme et est constituée de l'ensemble des mesures, adoptées par les Etats, dont la vocation est répressive. L'autonomie de cette notion permet à la Cour de contrôler l'extension de la fonction répressive du droit pénal aux autres réseaux de responsabilités et de veiller à ce qu'elle ne mène pas à l'adoption de mesures portant atteinte aux droits fondamentaux enserrant le droit pénal. En effet, les Etats ne peuvent contourner leur respect par l'instauration d'une répression extra-pénale. Certes, la tendance actuelle est à l'effacement des frontières entre les réseaux de responsabilités. En France, le droit administratif est depuis longtemps empreint de répressif¹⁴²³ et la confusion règne entre le droit de la responsabilité pénale et le droit de la responsabilité civile depuis l'attribution de fonctions réparatrices à l'un et l'attribution de fonctions répressives à l'autre¹⁴²⁴. En externalisant les prérogatives de police judiciaire d'investigation et de sanction du champ traditionnel du droit pénal, afin d'instaurer des nouveaux instruments de protection du droit de la propriété intellectuelle, le législateur inclut le droit de la propriété intellectuelle dans le vaste mouvement de développement de la matière pénale. En effet, d'autres droits, tels que le droit de la concurrence ou le droit fiscal, participent de cette « *véritable recomposition du champ pénal* »¹⁴²⁵ en comportant des dispositions d'inspiration pénaliste dans leurs volets civil ou administratif.

567. Le chaos de la matière pénale de la propriété intellectuelle - Cette technique juridique, qui consiste à créer des dispositions répressives en dehors du droit pénal, présente, néanmoins, de nombreux écueils en droit de la propriété intellectuelle. D'une part, les mesures répressives doivent respecter les droits fondamentaux qui sous-tendent le droit pénal, notamment les garanties procédurales de l'article 6, les principes de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et des articles 2 et 4 du Protocole additionnel n° 7. D'autre part, la juxtaposition de certaines sanctions font naître d'importantes incertitudes sur leur cumul. Si une complémentarité a été instaurée entre le réseau de normes pénales et le droit administratif répressif, l'articulation entre le réseau civil et le réseau pénal cristallise les

¹⁴²³ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992 ; J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967 ; P. Delvolvé, « Droit pénal et droit administratif », in *Le droit pénal*, Arch. philo. dr., Dalloz, 2010, t. 53, p. 147-163.

¹⁴²⁴ Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, th. dir. Y. Lequette, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 570, 2016.

¹⁴²⁵ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 34.

difficultés. Dès lors, l'étude des réseaux de normes répressives, périphériques au droit pénal démontre le chaos qui règne au sein de la matière pénale de la propriété intellectuelle, laquelle ne confère pas une protection efficace à ce droit (TITRE I). Une cohérence entre le réseau de normes pénales et ces réseaux de normes répressives doit être trouvée. Il appert qu'elle peut être instaurée par le truchement du droit de propriété. En effet, l'opération de qualification mènera à la conclusion de l'appartenance du droit de la propriété intellectuelle au droit de propriété. Dès lors, le réseau de normes pénales peut être réorganisé à l'aune de cette catégorie juridique, ce qui ne sera pas sans incidence sur les autres réseaux de normes répressives (TITRE II).

TITRE I - L'ÉMERGENCE DE RESEAUX DE NORMES REPRESSIVES, PÉRIPHÉRIQUES AU DROIT PÉNAL

568. La création de normes répressives par l'externalisation des fonctions du droit pénal - L'externalisation des fonctions d'investigation, de dissuasion et de répression du droit pénal peut être observée dans les réseaux de normes administratives et civiles applicables au droit de la propriété intellectuelle. Le premier est constitué de la législation douanière et des lois et décrets relatifs à l'HADOPI. Les douanes jouent un rôle essentiel en droit de la propriété intellectuelle car elles bénéficient de prérogatives d'investigation¹⁴²⁶. En effet, l'importation et l'exportation de marchandises contrefaisantes constituent des infractions douanières et des infractions aux droits de propriété intellectuelle. Pour les premières, leur auteur encourt des sanctions fiscales et des peines, pour les secondes, des peines sont prévues par le code de la propriété intellectuelle. Si les peines prononcées sur le fondement du code des douanes sont organiquement pénales, les sanctions fiscales, constituées d'amendes et de confiscations, ont été reconnues comme ayant une nature répressive, participant du développement de la matière pénale¹⁴²⁷. Certes, à l'aune de cette qualification, le cumul de ces peines et sanctions présente des difficultés¹⁴²⁸, mais l'externalisation de fonctions du droit pénal au profit de l'administration des douanes ne résulte pas d'un contournement, par le législateur, du droit pénal de la propriété intellectuelle. L'analyse sera donc centrée sur l'HADOPI, autorité administrative indépendante créée en réaction à l'ineffectivité de ce droit pénal¹⁴²⁹ (CHAPITRE I). Un réseau de normes civiles répressives peut aussi être observé en droit de la propriété intellectuelle. La transposition de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹⁴³⁰ a transformé l'action civile par l'adoption d'une mesure procédurale inquisitoire et l'instauration de dommages-intérêts dont la fonction réparatrice devient secondaire, voire inexistante. A ces mesures spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, devrait être ajoutée l'amende civile, si le projet de réforme du droit de la responsabilité civile est adopté en l'état¹⁴³¹. Le réseau civil est soumis à une telle mutation qu'un droit civil répressif tend à apparaître et à se substituer au droit pénal de la propriété intellectuelle (CHAPITRE II).

¹⁴²⁶ Voir *supra* n° 184 et s.

¹⁴²⁷ CEDH, 30 avr. 2015, n° 3453/12, *Kapetanios c/ Grèce* ; CEDH, 9 juin 2016, n° 66602/09 et 71879/12, *Sismanidis et Sitaridis c/ Grèce*.

¹⁴²⁸ La Cour de cassation accepte, toutefois, le cumul des peines dans la limite d'un montant global ne dépassant pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues : Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 16-85.951.

¹⁴²⁹ Les prérogatives d'investigation des douanes ont néanmoins été présentées lors de l'étude des acteurs de la procédure pénale – voir *supra* n° 186 et n° 187.

¹⁴³⁰ Directive, n° 2004/48/CE, du 29 avr. 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁴³¹ Ministère de la justice, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017.

CHAPITRE I

L'échec de l'externalisation de la fonction répressive à une autorité administrative indépendante

« Ainsi le dépositaire des lois, le régulateur des États,
devra, le plus longtemps possible, n'employer à la guérison des âmes,
que des paroles, et des paroles de douceur, qui les engagent au bien,
qui leur insinuent l'amour du juste et de l'honnête,
qui leur fassent sentir l'horreur du vice et le prix de la vertu.
Son langage deviendra plus sévère peu à peu ;
il joindra au conseil l'autorité de la réprimande,
et n'usera de châtiments que comme dernier remède ;
encore seront-ils modérés et rémissibles.
La peine capitale ne s'infligera qu'aux grands coupables :
nul, en un mot, ne périra que sa mort ne soit un bien même pour lui »¹⁴³²

569. Les pouvoirs d'investigation et de répression de l'HADOPI à l'épreuve de la notion de matière pénale - L'HADOPI est dotée de plusieurs missions, toutes en lien avec le droit de la propriété intellectuelle. L'une, seulement, porte sur les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, sa mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation des utilisations illicites et sa mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'information sont périphériques à la protection des droits. Pour mener sa mission de « *protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin* », l'HADOPI s'est vue attribuer des prérogatives d'investigation, relevant en principe de la police judiciaire. La constatation de faits susceptibles de constituer des infractions à ces droits permet à l'HADOPI de déclencher la procédure dite de réponse graduée. Ce pouvoir d'injonction devait être accompagné d'un pouvoir de sanction, mais l'épopée législative de cette autorité administrative indépendante a abouti, en raison de l'exigence du respect des droits fondamentaux, à l'attribution des sanctions au juge judiciaire. L'HADOPI, instaurée dans le but de mener une lutte contre les infractions au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet, avait, à l'origine, un pouvoir répressif, la faisant entrer dans la matière pénale. La suppression de son pouvoir de sanction l'en a exclue, substituant à cette autonomie répressive, une interdépendance avec l'autorité judiciaire. Si le pouvoir d'investigation de l'HADOPI est particulièrement développé (SECTION I), son rôle répressif s'est mu en un simple pouvoir d'injonction, préalable à la procédure judiciaire (SECTION II).

¹⁴³² Sénèque, *De la colère*, Livre I, V, trad. Baillard et du Bozior, in *Œuvres de Sénèque le philosophe*, Garnier Frères, 1860, p. 254.

SECTION I - Le rôle investigateur de l'HADOPI

570. L'attribution, à l'HADOPI, de prérogatives d'investigation - Les difficultés présentées par la lutte contre les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet ont incité le législateur à créer une Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet. Dotée de prérogatives de police judiciaire, elle a, notamment, pour mission d'identifier les titulaires des connexions à Internet utilisées pour commettre ces atteintes et de leur envoyer des recommandations les incitant à sécuriser leur connexion. Si, avant la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009¹⁴³³, l'HADOPI constituait un « véritable système pénal parallèle »¹⁴³⁴, l'exclusion des sanctions de son champ de compétences réduit considérablement ses prérogatives¹⁴³⁵. Bien qu'amputée d'une partie essentielle à tout système répressif, elle conserve une coloration pénale grâce à la dévolution de missions d'investigation et de contrôle de l'exécution des peines¹⁴³⁶. L'HADOPI, dotée de prérogatives d'investigation, justifiées par son rôle dans la lutte contre la contrefaçon (PARAGRAPHE I), dont l'efficacité croissante est déterminante pour l'engagement des poursuites par le ministère public (PARAGRAPHE II), participe au développement de la matière pénale.

PARAGRAPHE I - L'externalisation des prérogatives d'investigation de la police judiciaire

I- L'externalisation justifiée des prérogatives d'investigation

571. La double justification de l'attribution de prérogatives de police judiciaire à une autorité administrative indépendante - L'HADOPI est dotée de pouvoirs d'investigation qui relèvent des prérogatives de police judiciaire. L'attribution de tels pouvoirs est justifiée par le caractère massif des infractions contre lesquelles elle est chargée de lutter (A), ainsi que par sa fonction d'origine, la sanction des titulaires de connexion manquant à leur obligation de surveillance (B).

¹⁴³³ Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : D. 2009, p. 1770, obs. J.-M. Bruguière ; RSC 2009, p. 609, obs. J. Francillon ; JCP G 2009, n° 39, 247, comm. M. Verpeau ; RTD civ. 2009, p. 754, obs. Th. Revet ; RTD civ. 2009, p. 756, Th. Revet ; Constitutions, 2010, p. 97, obs. H. Périnet-Marquet.

¹⁴³⁴ A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », Dr. pén. 2009, n° 11, ét. 24, p. 11-18.

¹⁴³⁵ V.-L. Benabou, « Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009) », RLDI 2009, n° 52.

¹⁴³⁶ Constituant une dérogation à l'article 707 du CPP, l'article L. 335-7 al. 5 du CPI confie à l'HADOPI le contrôle de l'exécution de la peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet. Elle est chargée de notifier la peine aux fournisseurs d'accès à Internet, ainsi que de tenir un fichier de suivi des suspensions et de vérifier la correcte exécution de la peine.

A- L'externalisation justifiée par les atteintes massives au droit d'auteur et aux droits voisins

572. L'HADOPI, réponse législative à la massification des infractions au droit d'auteur et droits voisins - Depuis la diffusion de l'accès à Internet, les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sont en forte croissance. Dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, l'ampleur des infractions, les difficultés techniques liées à leur recherche et les difficultés juridiques relatives à leur poursuite sont telles que le législateur a choisi d'externaliser les pouvoirs d'investigation de police judiciaire en les confiant à une autorité administrative indépendante. L'HADOPI¹⁴³⁷ a donc été créée afin de pallier les lacunes des instruments procéduraux déjà existants. En effet, la multiplicité des actes de contrefaçon sur Internet et la dispersion des internautes complexifient la réalisation des constats¹⁴³⁸. De surcroît, le dispositif de saisie-contrefaçon n'est pas suffisamment efficace lorsqu'il est mis en œuvre pour des contrefaçons réalisées sur Internet, notamment en raison de la longueur des expertises, des conditions relatives aux constats d'huissier¹⁴³⁹ et du coût très élevé à la charge des titulaires de droits qui, rapporté au nombre d'infractions à constater, apparaît dissuasif¹⁴⁴⁰. En dehors des cellules spécialisées¹⁴⁴¹, les officiers de police judiciaire ne disposent pas de moyens et de connaissances suffisants pour leur permettre de surveiller efficacement le réseau¹⁴⁴². Quant aux poursuites, malgré quelques adaptations¹⁴⁴³, le fonctionnement des juridictions répressives et les règles procédurales régissant le ministère public rendent difficile le traitement des contentieux de masse. Par conséquent, une voie alternative à la voie judiciaire répressive a été envisagée par la loi dite HADOPI 2¹⁴⁴⁴, dans l'objectif d'alléger la charge de travail des autorités judiciaires dans ce domaine, en confiant à cette Haute autorité des prérogatives de police judiciaire, notamment une mission d'investigation et de constatation des infractions¹⁴⁴⁵.

¹⁴³⁷ Dotée d'une personnalité morale, l'HADOPI appartient à une catégorie particulière d'autorités administratives indépendantes, les autorités publiques indépendantes.

¹⁴³⁸ E. Derieux et A. Granchet, *Lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADSVI et HADOPI*, Lamy, 2010, n° 139 et s., p. 62 et s.

¹⁴³⁹ Ceux-ci doivent s'identifier en tant qu'huissiers, ce qui pose une difficulté majeure.

¹⁴⁴⁰ F. Wallon, « Le recours à l'expert technicien ou comment faire constater une infraction sur Internet ? », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI, Paris, 27 octobre 2008, Litec, coll. de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, n° 33, p. 89-91 ; J. Legrain, « De la preuve à l'action en contrefaçon, le regard de l'huissier de justice », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI, Paris, 27 octobre 2008, Litec, coll. de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, n° 33, p. 83-87.

¹⁴⁴¹ Voir *supra* n° 200.

¹⁴⁴² Monsieur Roussel constate que la création d'une autorité administrative indépendante est une solution lorsque la constatation des infractions exige des connaissances pointues dont ne disposent pas les policiers et gendarmes : G. Roussel, « Les multiples pouvoirs d'enquête des administrations », *AJ Pénal* 2015, p. 64.

¹⁴⁴³ Voir *supra* n° 146 et s.

¹⁴⁴⁴ Loi, n° 2009-1311, du 28 oct. 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

¹⁴⁴⁵ La police judiciaire constate les infractions, rassemble les preuves et recherche leurs auteurs : art. 14 du CPP.

573. L'HADOPI, une autorité administrative indépendante similaire aux autres -

Cette solution n'est pas spécifique au droit de la propriété intellectuelle, le législateur ayant recours à des autorités administratives indépendantes dans des domaines, eux-mêmes touchés par la massification de leur contentieux et requérant une régulation. L'AMF, première autorité administrative indépendante, est née le 1^{er} août 2003¹⁴⁴⁶. Depuis, de nombreuses autres autorités administratives indépendantes ont été créées, telles que la CNIL, la HALDE ou l'Autorité de la concurrence¹⁴⁴⁷. Comme l'HADOPI, ces autorités disposent de prérogatives de police judiciaire, d'investigation, voire de sanction¹⁴⁴⁸. L'attribution de ces prérogatives est permise par l'article 15 du code de procédure pénale, qui dispose, en son 3^o, que la police judiciaire est composée de fonctionnaires et d'agents auxquels sont attribuées, par la loi, certaines fonctions de police judiciaire. Contrairement à ce qui a pu être soutenu¹⁴⁴⁹, les pouvoirs d'investigation dévolus à l'HADOPI ne constituent pas de nouvelles règles de procédure pénale. Monsieur le Professeur Robert, commentant la loi dite HADOPI 2, constate que l'attribution de prérogatives de police judiciaire à cette Haute autorité « *n'a rien de surprenant pour un pénaliste* »¹⁴⁵⁰. Toutes les autorités administratives indépendantes, notamment celles qui ont le pouvoir de prononcer des sanctions, ont aussi celui de mener les investigations nécessaires au rassemblement des preuves de la commission d'une infraction. Soit la création d'une autorité administrative indépendante évince totalement les juges judiciaires, soit le législateur lui accorde des pouvoirs quasi-juridictionnels. Certaines autorités administratives indépendantes disposent de prérogatives de police judiciaire pour des faits susceptibles de porter une atteinte plus grave à l'ordre public, que ceux dont connaît l'HADOPI, et peuvent prononcer des sanctions très sévères¹⁴⁵¹.

574. L'HADOPI, une solution opportune au regard de l'impopularité de sa mission -

Monsieur Mézard constate, dans son rapport¹⁴⁵², que les autorités administratives indépendantes instaurées par le législateur, mais dont le gouvernement est souvent à l'origine, servent, parfois, à gérer un problème trop sensible pour être laissé au gouvernement, sont

¹⁴⁴⁶ La notion d'autorité administrative indépendante a été suggérée par Maisl et reprise par le sénateur Thyraud en 1977 lors des débats législatifs sur la création de la CNIL. Pour un exposé de la création de cette notion : S. Dubiton, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, th. dir. J.-L. Autin et P. Idoux, (2012), LGDJ, Bibli. dr. public, t. 293, 2016, n° 21 et s., p. 9 et s.

¹⁴⁴⁷ Malgré les préconisations de l'Office parlementaire visant à la rationalisation et à la réduction du nombre d'autorités administratives indépendantes, le législateur en crée, en moyenne, une chaque année : P. Gélard, *Autorités administratives indépendantes 2006-2014 : un bilan*, Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois, Doc. Sénat 2014, n° 616, spéc. p. 9. Sans définir la notion d'autorité administrative indépendante, la loi, n° 2017-55, du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, définit le régime juridique appliqué à ces autorités.

¹⁴⁴⁸ Voir *infra* n° 582 et n° 619.

¹⁴⁴⁹ L. Marino, « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2) », *D.* 2010, n° 3, chron., p. 160.

¹⁴⁵⁰ J.-H. Robert, « Commentaire de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet », *Dr. pén.* 2009, n° 12, ét. 25, p. 7, spéc. n° 22, p. 10.

¹⁴⁵¹ Il en est ainsi de l'AMF, de l'Autorité de la concurrence et de la HALDE.

¹⁴⁵² J. Mézard, *Autorités administratives indépendantes, Un Etat dans l'Etat, canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Rapport fait au nom de la commission d'enquête, (2015-2016), n° 126, spéc. p. 24.

l'occasion d'un affichage politique ou constituent des solutions évitant au gouvernement de subir les effets de décisions impopulaires. Madame Marais, présidente de l'HADOPI, était parfaitement consciente de cette impopularité lorsqu'elle déclarait que ses « *décisions déplaisent toujours à quelqu'un : je sers donc de punching ball* »¹⁴⁵³.

L'HADOPI participe de ce mouvement général d'externalisation des prérogatives de police judiciaire vers les autorités administratives indépendantes, sans que son pouvoir d'investigation soit remis en cause par la suppression de son pouvoir de sanction, à l'origine de sa création.

B- L'externalisation justifiée par la fonction d'origine de l'HADOPI

575. Des pouvoirs d'investigation corrélés à un pouvoir de sanction désormais censuré - Avant la censure partielle, par le Conseil constitutionnel¹⁴⁵⁴, de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet¹⁴⁵⁵, l'HADOPI était dotée, comme la majorité des autres autorités administratives indépendantes, d'un pouvoir de sanction des atteintes au droit d'auteur et droits voisins. Corrélativement, la Haute autorité avait le pouvoir de mener des investigations et de constater les infractions. Certes, les dispositions relatives aux sanctions ont été censurées¹⁴⁵⁶, mais ses autres prérogatives de police judiciaire ont été maintenues car elles sont nécessaires à l'envoi, aux titulaires de connexions à Internet, des recommandations de respecter leur obligation de sécurisation de celle-ci. Le dispositif de la réponse graduée, établi par le législateur, conserve donc une cohérence, malgré la restitution du rôle de sanctionnateur au juge répressif.

576. Des pouvoirs d'investigation efficaces - Bien que les pouvoirs d'investigation de l'HADOPI soient restreints par le droit au respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel des internautes, ils s'avèrent être d'une efficacité en pleine croissance.

¹⁴⁵³ Audition de Mme Marie-Françoise Marais, présidente de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI), 8 juillet 2015.

¹⁴⁵⁴ Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

¹⁴⁵⁵ Loi, n° 2009-669, du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (loi dite HADOPI 1).

¹⁴⁵⁶ Sur le dispositif de la réponse graduée et la censure des sanctions par le Conseil constitutionnel, voir *infra* n° 626 et n° 627 – Il sera démontré que ce n'est pas le principe même de l'attribution d'un pouvoir de sanction qui a été retoqué par le Conseil, les autorités administratives indépendantes étant majoritairement dotées d'une telle compétence, la censure est fondée sur la nature des sanctions. Sans surprise, le Conseil constitutionnel a refusé qu'une autorité administrative indépendante prononce des peines privant le justiciable d'une liberté publique. En effet, la peine de suspension de la connexion à Internet porte atteinte à la liberté de communiquer et de s'informer, atteinte qui impose, selon les Sages, le contrôle du juge judiciaire, gardien des libertés individuelles.

II- L'attribution de pouvoirs d'investigation limités

577. Des pouvoirs d'investigation limités mais essentiels - L'HADOPI dispose de pouvoirs d'investigation limités par le droit au respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel (A). Néanmoins, ceux-ci se révèlent être déterminants pour l'engagement des poursuites par le procureur de la République (B).

A- Des pouvoirs d'investigation en principe restreints par la suppression de leur fondement juridique

578. La suppression du fondement juridique de la principale mission de l'HADOPI - Les pouvoirs d'investigation de l'HADOPI sont limités au regard de son champ de compétences, déterminé par les faits dont la Commission peut se voir être saisie. En effet, comme les autres autorités administratives indépendantes, elle n'a pas de compétence générale, elle ne peut connaître que de certaines infractions. Son champ de compétences est défini à l'article L. 331-21-1 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle, qui dispose que la Commission de protection des droits peut être saisie pour des faits susceptibles de constituer une infraction au droit d'auteur ou aux droits voisins, punie d'une peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne. Si, à l'origine, cette peine était applicable à deux catégories d'infractions, les délits de contrefaçons réalisées sur Internet¹⁴⁵⁷ et les contraventions de négligence caractérisée dans la sécurisation de la connexion¹⁴⁵⁸, un décret du 8 juillet 2013¹⁴⁵⁹ l'a supprimée pour ces contraventions. La contravention de négligence caractérisée n'étant plus sanctionnée par la peine complémentaire de suspension de la connexion, ces faits n'entrent, en principe, plus dans le champ de compétences de l'HADOPI¹⁴⁶⁰. Ce décret réduit celui-ci aux seuls actes de contrefaçon commis sur Internet et le vide presque entièrement de son objet, puisque la Haute autorité est majoritairement destinée à constater les contraventions de négligence caractérisée, les actes de contrefaçons étant beaucoup plus difficiles à prouver au regard des moyens d'investigation dont elle dispose¹⁴⁶¹. Malgré la disparition de ce fondement juridique, l'HADOPI poursuit sa mission concernant les faits susceptibles de constituer une contravention de négligence caractérisée.

579. Une pirouette juridique pour sauver la principale mission de l'HADOPI - La mission de l'HADOPI peut être sauvée par une pirouette, certes peu orthodoxe, mais nécessaire

¹⁴⁵⁷ Art. L. 335-7 du CPI.

¹⁴⁵⁸ Art. L. 335-7-1 et art. R. 335-5 du CPI.

¹⁴⁵⁹ Décret, n° 2013-596, 8 juill. 2013, supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévues à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁶⁰ La référence à l'article L. 335-7-1, par l'article L. 331-21-1 alinéa 1^{er}, aurait donc dû être supprimée.

¹⁴⁶¹ Voir *infra* n° 583 la proportion entre le nombre de contraventions de négligence caractérisée constatées, en comparaison du nombre de contrefaçons qu'elle constate.

au regard du manque de rigueur du gouvernement et du législateur. L'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle expose les suites que la Commission donne « *aux faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3* » dont elle est saisie. Cette obligation est celle de veiller à ce que l'accès à Internet ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits, et fonde la contravention de négligence caractérisée définie à l'article R. 335-5. Une lecture juridiquement exacte impose de faire dépendre cet article L. 331-25 de l'article L. 331-21-1, puisque le premier n'est qu'une précision du régime appliqué à ce type de faits dont la Commission peut être saisie, faits déterminés par le deuxième, définissant de manière générale son champ de compétence. Or, cette dépendance implique qu'en raison de la disparition de la référence à l'article L. 335-7-1 par l'article L. 331-21-1, l'article L. 331-25 devenu sans fondement, disparaisse aussi. La pirouette juridique proposée permet de rendre autonome l'article L. 331-25 de l'article L. 331-21-1, la suppression de cette peine complémentaire pour la contravention de négligence caractérisée ne remettant pas en question la possibilité pour la Commission d'être saisie de ces faits en vertu de l'article L. 331-25. Une telle interprétation est accueillante, mais la rigueur juridique ainsi que la nature et l'étendue de ses pouvoirs imposent de rétablir le fondement de la principale mission de l'HADOPI.

B- Des pouvoirs limités par le respect des droits des internautes

580. La conciliation des pouvoirs d'investigation avec les droits des internautes - Les pouvoirs d'investigation de l'HADOPI sont limités (1) afin que la réalisation de sa mission de protection du droit d'auteur et des droits voisins sur Internet ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel qui en découle (2).

1- Des pouvoirs d'investigation fortement limités

581. La nature des pouvoirs d'investigation de l'HADOPI - La Commission de protection des droits agit sur saisine d'agents désignés par les organismes de défense professionnelle, les organismes de gestion collective et le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), assermentés et agréés par le ministre chargé de la culture ou sur informations transmises par le procureur de la République¹⁴⁶². Certes, les titulaires de droits ne peuvent saisir directement la Commission, mais ils sont à l'origine des investigations puisqu'ils sont représentés par ces organismes¹⁴⁶³. Les membres de la Commission et les agents publics

¹⁴⁶² Art. L. 331-24 du CPI.

¹⁴⁶³ L'HADOPI constate pourtant qu'elle est souvent saisie directement par les auteurs, interprètes ou producteurs, indépendamment des SPRD. Elle propose donc de modifier l'article L. 331-24 du CPI afin de leur ouvrir ce droit.

assermentés et habilités¹⁴⁶⁴ reçoivent les saisines, procèdent à l'examen des faits et constatent ceux, répondant à certaines conditions¹⁴⁶⁵, susceptibles de constituer des infractions. Ils peuvent, au cours de leur enquête, obtenir les documents y afférents. Les intermédiaires techniques ont l'obligation, s'il leur est demandé, de leur communiquer les identités, adresses postales et électroniques ainsi que les coordonnées téléphoniques du titulaire de la connexion, afin de l'identifier¹⁴⁶⁶. Elle peut aussi entendre, sur convocation ou à leur demande, avec ou sans conseil, les personnes qui reçoivent les recommandations ou recueillir leurs observations écrites¹⁴⁶⁷. Si ces auditions peuvent être réalisées à l'initiative de la Commission, celle-ci n'a, toutefois, pas le pouvoir de délivrer des convocations contraignantes.

582. Des pouvoirs d'investigation plus restreints que ceux d'autres autorités administratives indépendantes - Les pouvoirs d'investigation des autorités administratives indépendantes correspondent à leur mission et sont limitativement définis. Par conséquent, certaines ont des prérogatives plus développées que d'autres. Les pouvoirs d'investigation de la Commission de protection des droits de l'HADOPI sont limités à la constatation des faits litigieux, la communication des documents et données permettant l'identification du titulaire de la connexion, ainsi qu'à l'audition, à leur demande, des abonnés ou au recueil de leurs observations écrites. C'est bien peu par rapport à d'autres autorités administratives indépendantes, telles que l'AMF, la CNIL ou l'Autorité de la concurrence, qui peuvent effectuer des visites sur les lieux et y effectuer des perquisitions¹⁴⁶⁸ ou des saisies, voire procéder à des arrestations¹⁴⁶⁹. En d'autres termes, certaines autorités administratives indépendantes ont compétence pour mener des enquêtes coercitives en raison des moyens d'investigation mis en œuvre, ce qui n'est pas le cas de l'HADOPI. La restriction des pouvoirs d'investigation, dévolus à l'HADOPI, a pour conséquence de limiter son champ d'action, mettant hors de sa portée certains aspects de son champ de compétences.

Néanmoins, cette saisine se heurte à la limite définie par le Conseil constitutionnel, qui n'autorise le traitement des données personnelles par les titulaires de droits que lorsqu'il est réalisé dans les circonstances d'une procédure judiciaire. Or, la procédure mise en œuvre par l'HADOPI est une procédure préparatoire à la procédure judiciaire. Dès lors, pour contourner cette limite constitutionnelle et permettre aux titulaires des droits de la saisir directement, l'HADOPI suggère de se voir confier la collecte des adresses IP : HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 88 et 90.

¹⁴⁶⁴ Les agents publics assermentés et habilités par le président de la Haute autorité, dont les fonctions sont énoncées aux articles L. 331-21 et L. 331-21-1 du CPI, ne doivent pas être confondus avec les agents privés assermentés et agréés par les sociétés de gestion collective, organismes de défense professionnelle et le CNC, dont la fonction est la surveillance du réseau et la saisine de la Commission (art. L. 331-24 du CPI).

¹⁴⁶⁵ Voir *infra* n° 583.

¹⁴⁶⁶ Cette obligation est pénalement sanctionnée : art. R. 331-37 du CPI, décrets des 5 mars 2010 et 26 juill. 2010.

¹⁴⁶⁷ Si la personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction, les garanties de l'article 61-1 du CPP, relatives à l'audition des personnes soupçonnées, sont applicables en vertu de l'article 28 du même code.

¹⁴⁶⁸ L'HADOPI ne mène pas de perquisitions. Voir *infra* n° 592 sur la qualification des actes réalisés par les agents privés assermentés.

¹⁴⁶⁹ G. Roussel, « Les multiples pouvoirs d'enquête des administrations », *AJ Pénal* 2015, p. 64.

583. Les conséquences des pouvoirs limités sur la constatation des infractions - Le législateur n'a pas jugé nécessaire de doter l'HADOPI de pouvoirs d'investigation coercitifs, tels des pouvoirs de perquisition¹⁴⁷⁰ ou de saisie. Par conséquent, si elle est compétente pour constater, tant les contraventions de négligence caractérisée, que les délits de contrefaçons sur Internet, elle se heurte à un obstacle probatoire qui limite fortement les suites qui peuvent être données à la constatation de ces délits. Si les faits, susceptibles de constituer des actes de contrefaçon, sont identifiés par les agents privés assermentés, les agents publics de la Commission ne pourront que rarement identifier leur auteur. Prouver qu'une connexion à Internet a été utilisée pour commettre des actes de contrefaçon ne prouve pas que son titulaire les a commis. L'identification de l'auteur de ces actes exige d'interroger le titulaire de la connexion, de recouper les informations relatives à son emploi du temps, de procéder à la perquisition de son domicile, ainsi que d'effectuer des recherches sur le disque dur de son ordinateur. Or, l'HADOPI ne dispose pas de ces prérogatives fortement intrusives. Elles ne peuvent être menées que par des officiers de police judiciaire. Les pouvoirs d'investigation de l'HADOPI sont donc limités à l'identification des titulaires de connexion négligents car ils ne permettent que peu souvent d'identifier les contrefacteurs. Dans son rapport de 2015-2016, l'HADOPI indique que sur les neuf cent quarante-sept dossiers transmis au parquet entre le 1^{er} juillet 2015 et le 31 octobre 2016, seulement neuf visaient des actes de négligence caractérisée et des actes de contrefaçon et quatre portaient uniquement sur des actes de contrefaçon¹⁴⁷¹.

584. Une lutte officiellement périphérique, mais officieusement centrale - En raison de ses pouvoirs d'investigation limités, la lutte contre la contrefaçon, menée par l'HADOPI, est une lutte périphérique. Elle ne porte pas directement contre les contrefacteurs, mais contre les abonnés dont la connexion à Internet sert à la réalisation d'actes contrefaisants en raison de l'absence de sécurisation. Toutefois, si la distinction entre contrefacteur et titulaire de la connexion est, en théorie, nécessaire, en pratique, dans la majorité des cas, les titulaires de la connexion à Internet sont les contrefacteurs. Certes, juridiquement l'adresse IP ne peut faire le lien entre l'abonné et le contrefacteur, mais, en pratique, ce lien existe¹⁴⁷². Néanmoins, en l'absence de preuve que le titulaire de la connexion a réalisé lui-même les actes de contrefaçon, il ne peut, sur le fondement du principe d'imputabilité des infractions et du principe de la présomption d'innocence, être automatiquement tenu responsable des actes de contrefaçon

¹⁴⁷⁰ Voir *infra* n° 591 et n° 592 sur les pouvoirs des agents privés assermentés.

¹⁴⁷¹ HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 86.

¹⁴⁷² Il est intéressant de constater que le rapport d'activité de l'HADOPI, pour l'exercice 2015-2016, fait ce lien de manière qui semble naturelle. En effet, dans son étude des profils des titulaires de connexions à Internet, dont le dossier est transmis au parquet, le rapporteur écrit au sujet de ceux qualifiés d'« indécis » ou d'« hésitants » qu'ils « ont pris certaines mesures après réception des recommandations en réduisant ou en arrêtant de télécharger [...] mais pas de manière suffisante pour cesser les manquements ». Pourtant, les mesures qui sont recommandées aux abonnés ont pour objet la sécurisation de la connexion à Internet, même si l'HADOPI en profite pour les sensibiliser au caractère néfaste des échanges illicites pair-à-pair. Ici, le lien entre le titulaire de la connexion à Internet et les actes de contrefaçon est clairement mis en évidence (HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 85).

commis au moyen de sa connexion¹⁴⁷³. A défaut de pouvoir sanctionner le titulaire de la connexion sur le fondement des actes de contrefaçon, le législateur a trouvé un autre fondement de sanction, l'obligation de sécurisation de la connexion à Internet. Ainsi, officiellement périphérique, la lutte contre la contrefaçon est officieusement centrale. Cependant, dans son rapport annuel de 2015-2016, l'HADOPI constate qu'une évolution est possible car un lien pourrait être fait entre le titulaire de la connexion et les actes de contrefaçons lorsque la saisine porte sur des constatations multiples – saisine dite multi-constatations¹⁴⁷⁴ – qui ne laisseraient pas de doute sur la responsabilité de celui-ci dans le partage massif d'un grand volume d'œuvres¹⁴⁷⁵.

Ces limites imposées aux pouvoirs d'investigations de l'HADOPI et la réduction, *de facto*, de son champ de compétences, sont justifiées par le respect du droit au respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel.

2- Des pouvoirs d'investigation limités par l'exigence du respect des droits des internautes

585. La conciliation des pouvoirs avec le respect des droits - Après avoir justifié la qualification des adresses IP de données à caractère personnel (a), il sera démontré que les règles définissant les pouvoirs d'investigation de la Commission de protection des droits permettent à celle-ci de respecter le droit au respect de la vie privée et la protection des données personnelles qui en découle (b).

a- La juste qualification des adresses IP de données à caractère personnel

586. L'évidence de la qualification, complexifiée par la confusion du débat juridique - Si la question se posait encore récemment de savoir si les adresses IP sont des données à caractère personnel, le règlement européen du 27 avril 2016 relatif à la protection des données à caractère personnel¹⁴⁷⁶ semble avoir apporté une réponse définitive. L'analyse juridique semblait pourtant être dépourvue de difficulté au regard de la loi informatique et libertés¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷³ Le Conseil constitutionnel déclara contraire à l'article 9 de la Déclaration de 1789 les dispositions de la loi dite HADOPI 1 qui instituaient une présomption de culpabilité à l'égard du titulaire de la connexion : Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, spéc. consid. 18.

¹⁴⁷⁴ Les saisines multi-constatations comportent plusieurs constats effectués dans des temps différents, pour une même adresse IP mais en différentes heures, lesquels peuvent, chacun, concerner une ou plusieurs œuvres. Elles sont différentes des saisines mono-constatations, formées d'un seul constat pour une adresse IP, un jour et une heure, et portant sur une ou plusieurs œuvres (HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 74).

¹⁴⁷⁵ HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 86.

¹⁴⁷⁶ Règlement (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive, 95/46/CE, (règlement général sur la protection des données).

¹⁴⁷⁷ Art. 2 de la loi, n° 78-17, du 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi, n° 2004-801, du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard de traitement de données à caractère personnel.

définissant la notion de donnée à caractère personnel comme « *toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres* ». L'adresse IP (acronyme d'*Internet Protocol*) est un numéro d'identification attribué de manière permanente ou provisoire à tout appareil connecté à un réseau utilisant l'*Internet Protocol* comme protocole de communication. Ainsi, tout ordinateur, tablette, smartphone ou routeur, connecté à Internet est doté d'une adresse IP. Lorsqu'elle est attribuée par un fournisseur d'accès à Internet, l'adresse IP est liée au titulaire de la connexion, à l'abonné. Par conséquent, l'adresse IP identifie directement une machine connectée au réseau Internet et, indirectement, le titulaire de cette connexion. Elle répond donc bien aux conditions de qualification d'une donnée personnelle. Toutefois, elle ne permet pas d'identifier, directement ou indirectement, l'utilisateur de la connexion à Internet. Or, cette difficulté est à l'origine du débat sur la qualification de l'adresse IP car la poursuite des infractions commises sur Internet impose d'identifier l'utilisateur de la connexion et non son titulaire, qui, sauf preuve complémentaire, n'est pas nécessairement l'utilisateur délinquant. Dès lors, certains juges, dans un imbroglio informatique, affirment, et ce encore récemment, que les adresses IP ne sont pas des données à caractère personnel, en ce qu'elles ne permettent d'identifier qu'une machine et non l'utilisateur de la connexion, oubliant qu'elles permettent d'identifier le titulaire de cette dernière¹⁴⁷⁸. Certes, l'adresse IP n'est pas une donnée personnelle de l'utilisateur d'une connexion à Internet, mais elle est une donnée personnelle de l'abonné¹⁴⁷⁹. La CNIL avait pourtant essayé de clarifier les termes du débat en affirmant que « *la conservation de cette adresse IP permet d'identifier tout ordinateur connecté au réseau (et donc la personne physique titulaire de la ligne) et ses heures de connexions* »¹⁴⁸⁰ et le Groupe de l'Article 29 avait qualifié les adresses IP dynamiques de données à caractère personnel, le fournisseur d'accès à Internet pouvant toujours faire le lien entre ces adresses et les abonnés¹⁴⁸¹, mais en vain.

587. Le contournement de la question de la qualification par la Cour de cassation -

Interrogée sur l'application de la qualification de traitement de donnée à caractère personnel au relevé d'une adresse IP, « *s'affichant spontanément* » sur Internet, effectué par un agent assermenté de la SACEM et de la SDRM sur le fondement de l'article L. 331-2 du code de la

¹⁴⁷⁸ CA Paris, 13^e ch. corr., sect. A, 15 mai 2007, n° 06-01954, *Henri s. c/ SCPP* : CCE 2007, comm. 144, Ch. Caron ; CA Paris, 13^e ch. corr., sect. B, 27 avr. 2007, *M. G. A. c/ SCPP* : *JurisData* 2007-338935 ; CA Rennes, ch. com., 28 avr. 2015, n° 14-05708, *SARL Cabinet Peterson c/ SARL Groupe Logisneuf, SARL C-Invest, SARL European Soft* : CCE 2015, comm. 64, E.-A. Caprioli.

¹⁴⁷⁹ TGI Saint-Brieuc, 6 sept. 2007, Ministère public, *SCPP, SACEM c/ J.-P.* : *JurisData* 2007-349373 ; CCE 2007, n° 12, comm. 144, note Ch. Caron.

¹⁴⁸⁰ CNIL, Délib. n° 01-018, 3 mai 2001, portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information - CNIL, *L'adresse IP est une donnée à caractère personnel pour l'ensemble des CNIL européennes*, 2 août 2007 : www.cnil.fr.

¹⁴⁸¹ G29, Document de travail sur les questions de protection des données liées aux droits de propriété intellectuelle, 18 janv. 2005, WP 104, 10092/05/FR, p. 4 ; G29, Avis n° 4/2007, sur le concept de données à caractère personnel, 20 juin 2007 : 01248/07/FR, WP 136.

propriété intellectuelle, la Cour de cassation écarte cette qualification, affirmant que l'agent s'est « *content[é] de relever l'adresse IP* » conformément à ses pouvoirs conférés par cette disposition¹⁴⁸². Sa décision, rendue au visa, notamment, des articles 2, 9, 25 et 50 de la loi dite Informatique et Libertés¹⁴⁸³, est exclusivement fondée sur le processus ayant permis de recueillir l'adresse IP et sur le respect par l'agent assermenté de cette disposition du code de la propriété intellectuelle, pourtant absente du visa. Elle élude la question relative à la qualification de l'adresse IP de donnée à caractère personnel, préalable à la qualification du processus de traitement. Cependant, l'article L. 331-2 n'est pas une exception aux dispositions de cette loi. Les agents doivent, lors de leurs constatations, se conformer aux exigences de protection des données à caractère personnel et, par conséquent, obtenir l'autorisation de la CNIL pour les traitements qu'ils effectuent. La rigueur juridique imposait, dans un premier temps, de qualifier l'adresse IP. La qualification de donnée à caractère personnel amenait, dans un second temps, à l'examen du processus et à la vérification des conditions de qualification du traitement de ce type de données. Si la qualification de donnée à caractère personnel était écartée, aucune référence, outre celle à l'article 2 de la loi Informatique et Libertés définissant cette notion, n'était nécessaire et la recherche de la qualification du processus employé était inutile¹⁴⁸⁴.

588. L'alignement de la Cour de cassation sur la jurisprudence de la CJUE - Malgré la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009¹⁴⁸⁵ et une partie de la doctrine favorable à la qualification des adresses IP de données à caractère personnel¹⁴⁸⁶, il aura fallu attendre presque huit ans pour que la première Chambre civile de la Cour de cassation aille à l'encontre de la décision de la Chambre criminelle et accepte une telle qualification¹⁴⁸⁷. Cette évolution a, sans aucun doute, été encouragée, d'une part, par la jurisprudence de la CJUE¹⁴⁸⁸ qui, encore quinze jours avant l'arrêt de la Cour de cassation, rappelait que les adresses IP sont des données

¹⁴⁸² Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.088 : *Bull. crim.* 2009, n° 13 ; *JurisData* 2009-046824 ; *RTD com.* 2010, p. 310, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2009, comm. 31, Ch. Caron ; *Légipresse* 2009, II, p. 98, note E. Derieux.

¹⁴⁸³ Loi, n° 78-17, du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (dans sa version consolidée).

¹⁴⁸⁴ Pour une analyse de l'arrêt et de ses incohérences, lire : F. Chafiol-Chaumont et A. Bonnier, « L'identification des "pirates du Web" à partir de leurs adresses IP », *RLDI* 2009, n° 49.

¹⁴⁸⁵ Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *D.* 2009, p. 1770, obs. J.-M. Bruguière ; *JCP G* 2009, p. 101, obs. J.-P. Feldman ; *LPA* 2009, n° 125, p. 7, note F. Chaltiel.

¹⁴⁸⁶ A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *Informatique et Libertés : la protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso, Les intégrales, 2015, p. 220 et s. ; M. Vivant, L. Rapp et B. Warusfel, *Droit du numérique*, Lamy, 2015, n° 551 ; J. Deveze, J. Frayssinet et A. Lucas, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, coll. Thémis, 2001, p. 14.

¹⁴⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595 : *Bull. civ I* 2016, n° 1184 ; *RTD civ.* 2017, p. 94, obs. J. Hauser ; *Dr. pén.* 2016, n° 12, chron. 11, obs. A. Lepage.

¹⁴⁸⁸ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM*, pt. 51 : *JurisData* 2011-032131 ; *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 47-51, obs. V.-L. Benabou ; *D.* 2011, p. 2925, obs. C. Manara ; *D.* 2012, p. 2347, obs. P. Tréfigny ; *D.* 2012, p. 2836, obs. P. Sirinelli ; *RLDI* 2012, n° 2622, note C. Castets-Renard ; *RSC* 2012, p. 163, obs. J. Francillon ; *RTDE* 2012, p. 404, obs. F. Benoit-Rohmer ; *RTDE* 2012, p. 957, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 47, p. 14, note L. Marino ; CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* : *CCE* 2016, n° 12, comm. 104, N. Metallinos (certes, la Cour réfute le caractère automatique de la qualification de données à caractère personnel des adresses IP dynamiques, mais elle n'abandonne pas une telle qualification).

à caractère personnel, et d'autre part, par l'adoption du règlement européen dit règlement général sur la protection des données¹⁴⁸⁹.

589. La qualification des adresses IP de données à caractère personnel par le règlement européen - Le règlement européen définit les données à caractère personnel comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...]; est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »¹⁴⁹⁰. Il indique, expressément, que les identifiants en ligne sont des données à caractère personnel en ce qu'ils permettent d'identifier directement ou indirectement une personne physique ; or une adresse IP est un identifiant en ligne. Par conséquent, l'adresse IP constitue une donnée à caractère personnel. La qualification est énoncée au considérant 30 « les personnes physiques peuvent se voir associer, par les appareils, applications, outils et protocoles qu'elles utilisent, des identifiants en ligne tels que des adresses IP ». Celui-ci précise que « ces identifiants peuvent laisser des traces qui, notamment lorsqu'elles sont combinées aux identifiants uniques et à d'autres informations reçues par les serveurs, peuvent servir à créer des profils de personnes physiques et à identifier ces personnes ». Il n'existe donc plus de doute quant à la qualification de l'adresse IP de donnée à caractère personnel. La surveillance du réseau et la collecte des adresses IP dans les circonstances des enquêtes menées par l'HADOPI imposent, alors, de respecter le droit au respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel.

b- Des pouvoirs d'investigation respectueux du droit au respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel

590. Le respect des droits des internautes par les agents menant les investigations - Tant les agents privés désignés par les ayants droit (i) que les agents publics de la Commission de la protection des droits de l'HADOPI, sont respectueux du droit au respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel des internautes (ii).

i- Les pouvoirs des agents privés, respectueux des droits des internautes

591. Le maintien par les lois dites HADOPI de la surveillance du réseau et de la collecte des adresses IP par les agents privés assermentés - La surveillance du réseau Internet et la collecte des adresses IP sont nécessaires à la constatation des infractions au droit d'auteur et

¹⁴⁸⁹ Règlement (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, dit règlement général sur la protection des données.

¹⁴⁹⁰ Art. 4, 1° du règlement (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, dit règlement général sur la protection des données.

aux droits voisins. Le dispositif des lois HADOPI doit alors garantir le droit au respect de la vie privée, ainsi que la protection des données à caractère personnel qui en résulte. Les règles régissant les pouvoirs d'investigation de l'HADOPI n'apportent pas de modifications quant à l'autorisation donnée, par la CNIL, aux SPRD, d'assermenter des agents pour surveiller et collecter, pour leur compte, les adresses IP des connexions qui servent à la réalisation de contrefaçons portant atteinte aux droits de propriété littéraire et artistique. En effet, les SPRD ont été intégrées à l'article 9 de la loi dite Informatique et Libertés à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 2004¹⁴⁹¹, puis la SACEM, la SDRM, la SCPP et la SPPF ont obtenu de la CNIL, après un refus¹⁴⁹² annulé par le Conseil d'Etat¹⁴⁹³, l'autorisation¹⁴⁹⁴ d'effectuer des traitements de données à caractère personnel ayant pour objet la lutte contre la contrefaçon et pour finalité la poursuite des infractions devant les juridictions civiles ou pénales. Toutefois, l'identification des titulaires des connexions à Internet, à partir de leurs adresses IP, dans l'unique but de leur envoyer des messages pédagogiques, a été écartée du dispositif par les SPRD. En effet, le Conseil d'Etat a déclaré ce traitement contraire aux dispositions de l'article L. 34-1 du CPCE, telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 juillet 2004¹⁴⁹⁵. La loi dite HADOPI 1 maintient le pouvoir de ces agents, tout en permettant au CNC d'avoir ses propres agents assermentés. Ce ne sont donc pas les agents publics de la Commission de protection des droits qui surveillent le réseau, mais des agents privés désignés par les organismes de défense professionnelle, les organismes de gestion collective et le CNC, et agréés par le ministre chargé de la culture. Dès lors qu'ils constatent des faits susceptibles de constituer des atteintes au droit d'auteur ou aux droits voisins, ils peuvent saisir la Commission de protection des droits de l'HADOPI en lui communiquant l'extrait du fichier contrefaisant, l'adresse IP, ainsi que la date et l'heure des faits. La CNIL autorise les agents à collecter 25 000 adresses IP par jour.

¹⁴⁹¹ Cons. constit., 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC : déclare la loi du 29 juillet 2004 conforme à la Constitution.

¹⁴⁹² CNIL, Délib. n° 2005-235, n° 2005-236, n° 2005-237 et n° 2005-238, 18 oct. 2005, portant refus d'autorisation de la mise en œuvre par la SACEM, la SCPP, la SPPF et la SDRM d'un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalités, d'une part, la constatation des délits de contrefaçon commis via les réseaux d'échanges de fichiers dénommés « peer to peer », d'autre part, l'envoi de messages pédagogiques informant les internautes sur les sanctions prévues en matière de délit de contrefaçon – Le refus était, notamment, fondé sur la précision apportée par le Conseil constitutionnel, selon laquelle les données collectées par les SPRD ne pourraient acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire. Or, les quatre sociétés ayant formulé une demande d'autorisation de la CNIL souhaitaient pouvoir mettre en œuvre le traitement des données personnelles et identifier le titulaire de la connexion à Internet en dehors de toute procédure judiciaire.

¹⁴⁹³ CE, 23 mai 2007, n° 288149, *SACEM et autres* : CCE 2007, n° 7-8, comm. 90, note Ch. Caron – Contrairement à la CNIL, le Conseil d'Etat a considéré que le traitement de données issu de la surveillance des réseaux n'était pas disproportionné au but légitime poursuivi par ces sociétés.

¹⁴⁹⁴ CNIL, Délib. n° 2007-334, 8 nov. 2007, autorisant la mise en œuvre par la SCPP d'un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalités la recherche et la constatation des délits de contrefaçon commis via les réseaux d'échanges de fichiers dénommés « peer to peer » ; CNIL, Délib. n° 2007-348, 22 nov. 2007, autorisant la mise en œuvre par la SACEM d'un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalités la recherche et la constatation des délits de contrefaçon commis via les réseaux d'échanges de fichiers dénommés « peer to peer » ; CNIL, Délib. n° 2008-006, 10 janv. 2008, autorisant la mise en œuvre par la SPPF d'un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalités la recherche et la constatation des délits de contrefaçon commis via les réseaux d'échanges de fichiers dénommés « peer to peer ».

¹⁴⁹⁵ Cons. constit., 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC.

592. L'exclusion de la qualification de perquisition - Les agents privés assermentés effectuent une surveillance du réseau et collectent les adresses IP. Ces actes ne peuvent être qualifiés de perquisition à l'aune des dispositions actuelles régissant cette mesure. La perquisition aux fins d'enquête, définie par la Cour de cassation, comme celle qui « *implique la recherche, à l'intérieur d'un lieu normalement clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur* »¹⁴⁹⁶, suppose donc « *une pénétration, aux fins de mener activement une recherche, dans un lieu clos (notamment assimilé au domicile), pour découvrir des éléments relatifs à une infraction ou à ses auteurs* »¹⁴⁹⁷. Appliquant ces quatre conditions, Monsieur le Professeur Décima démontre que la surveillance du réseau pour la seule collecte d'adresses IP, qui n'implique pas une recherche active et n'est pas effectuée dans un lieu clos, est exclusive de la qualification de perquisition. Les actes effectués par les agents privés assermentés, dans les circonstances de la mission qui leur est attribuée par les lois dites HADOPI, s'apparentent davantage à une mesure de surveillance. Bien qu'une réflexion sur la mesure de perquisition informatique apparaisse indispensable¹⁴⁹⁸, cette notion ne semble pas pouvoir qualifier les actes de ces agents.

593. Le respect des droits des internautes par les limites aux pouvoirs des agents privés assermentés - Le dispositif mis en œuvre par l'HADOPI utilisant ce qui existait précédemment, les critiques ont, sans surprise, été identiques, voire plus fortes¹⁴⁹⁹ que celles formulées à l'encontre de la décision du Conseil d'Etat, autorisant la surveillance et la collecte des adresses IP par les SPRD. Pourtant, le législateur a strictement délimité ce dispositif afin de garantir le respect du droit au respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel. La surveillance du réseau Internet et la collecte des adresses IP comportent trois limites, l'une concerne les personnes autorisées à effectuer ces actes, une autre, les actes qu'elles peuvent réaliser et la dernière porte sur l'objectif poursuivi par le traitement de ces données. Au sujet des personnes, seuls les agents assermentés peuvent surveiller le réseau et collecter les données. Malgré leur obligation d'agir promptement dès qu'ils ont connaissance de la présence d'une activité ou d'une information illicite sur le réseau¹⁵⁰⁰, les hébergeurs, ainsi que les fournisseurs d'accès à Internet, n'ont pas d'obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou qu'ils stockent¹⁵⁰¹. Ils n'ont pas, non plus, d'obligation générale de rechercher

¹⁴⁹⁶ Cass. Crim., 29 mars 1994, n° 93-84.995 : D. 1995, p. 144, obs. J. Pradel.

¹⁴⁹⁷ O. Décima, « Du piratage informatique aux perquisition et saisies numériques ? », *AJ Pénal* 2017, p. 315.

¹⁴⁹⁸ Malgré l'adaptation de la législation française à la notion de perquisition informatique consacrée par la Convention sur la cybercriminalité, signée à Budapest le 23 novembre 2001, une réflexion plus générale apparaît nécessaire : S. Sontag Koenig, « Les perquisitions 2.0 : quand l'informatique se saisit de l'immatériel », *AJ Pénal* 2016, p. 238 ; A. Rousselet-Magri, « Les perquisitions "informatiques" à l'épreuve du principe de souveraineté, dans un contexte de mondialisation du stockage des données », *RSC* 2017, p. 659.

¹⁴⁹⁹ Au sujet du traitement des données à caractère personnel des internautes en dehors d'une procédure judiciaire – voir *infra* n° 596.

¹⁵⁰⁰ Art. 6.I.3 de la LCEN.

¹⁵⁰¹ Une telle obligation est interdite par l'article 15 § 1 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite directive sur le commerce électronique.

des faits révélateurs d'activités illicites¹⁵⁰². Les actes, que ces agents peuvent réaliser, sont limités à la surveillance de protocoles d'échanges de fichiers pair-à-pair et à la collecte des adresses IP dont la connexion a été utilisée pour réaliser des actes de contrefaçon. Ils ne peuvent eux-mêmes requérir, auprès des fournisseurs d'accès à Internet, l'identification des titulaires de ces connexions au moyen des adresses IP. Celle-ci est effectuée à l'initiative de la Commission qui, après avoir reçu ces adresses, les transmet aux fournisseurs. Enfin, en restreignant les pouvoirs d'investigation de la Commission aux échanges pair-à-pair de moins de six mois¹⁵⁰³, excluant les lectures illicites en flux continu (*streaming*), le législateur a souhaité éviter toute atteinte excessive au droit au respect de la vie privée. En effet, la recherche de pratiques illicites de *streaming* ou l'absence de délai de prescription¹⁵⁰⁴ aurait nécessité un contrôle bien plus intrusif de la part de ces agents privés.

594. La constitutionnalité des pouvoirs des agents privés assermentés - Malgré ces limites, une difficulté majeure demeurerait. Le Conseil d'Etat avait reconnu comme étant contraire à l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel en 2004, la surveillance des protocoles pair-à-pair et l'identification des titulaires des connexions grâce aux adresses IP collectées, en raison du fait que ces traitements étaient effectués en dehors de toute procédure judiciaire. Or, la loi dite HADOPI 1 prévoyait un tel traitement, par les agents privés des ayants droit, en marge de tout recours juridictionnel, puisque ces données sont transmises, avant tout engagement de poursuites par le parquet, à l'HADOPI qui, dépourvue de pouvoir de sanction, ne joue plus qu'un « rôle préalable à une procédure judiciaire »¹⁵⁰⁵. Bien que qualifié par certains de « dispositif liberticide » au regard de « la cybersurveillance induite par la procédure »¹⁵⁰⁶, le Conseil constitutionnel, le 10 juin 2009¹⁵⁰⁷, a validé ces dispositions en estimant que la collecte des adresses IP par les agents privés « s'inscrit dans un processus de saisine des juridictions »¹⁵⁰⁸. De surcroît, il constate qu'un tel traitement ne confère pas à ces agents un

¹⁵⁰² Art. 6.I.7 de la LCEN.

¹⁵⁰³ L'article L. 331-24 *in fine* du code de la propriété intellectuelle dispose que les agents ne peuvent saisir la Commission de protection des droits que pour des faits de moins de six mois.

¹⁵⁰⁴ La compétence de l'HADOPI n'étant pas exclusive de celle des juridictions judiciaires, les faits de plus de six mois peuvent faire l'objet d'une plainte, adressée aux officiers de police judiciaire ou directement au procureur de la République. En effet, ce délai, spécifique à l'action de l'HADOPI, n'est pas un délai de prescription de l'action publique car ce n'est pas le constat des faits par les agents qui est soumis à prescription, mais l'action de la Commission, l'article L. 331-24 du CPI disposant qu'« elle ne peut être saisie » de faits de plus de six mois.

¹⁵⁰⁵ Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, spéc. consid. 28 – Si l'HADOPI avait conservé son pouvoir de sanction, une telle question ne se serait pas posée puisque, sous l'influence de la jurisprudence de la CJUE constatant une coloration juridictionnelle de certaines autorités administratives indépendantes, le Conseil constitutionnel a assoupli son refus catégorique de les percevoir comme des juridictions (Cons. constit., 11 janv. 1990, n° 89-271 DC) en imposant la séparation des autorités de poursuites et les formations de jugements lorsqu'elles prononcent des sanctions administratives (Cons. constit. 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC au sujet de l'ARCEP).

¹⁵⁰⁶ V. Fauchoux, P. Deprez et J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, LexisNexis, 2^e éd., 2013, n°418, p. 293.

¹⁵⁰⁷ Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, spéc. consid. 26 à 31

¹⁵⁰⁸ *Id.*, spéc. consid. 28.

pouvoir de surveillance ou d'interception des échanges ou correspondances privées et est justifié par l'ampleur des contrefaçons commises au moyen d'Internet ainsi que par la nécessité de limiter le nombre d'infractions dont l'autorité judiciaire est saisie¹⁵⁰⁹. Par conséquent, ce traitement automatisé des données à caractère personnel ne méconnaît pas les exigences constitutionnelles. Si l'existence d'un équilibre, entre les pouvoirs des agents privés assermentés et le droit au respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel, a été affirmé par le Conseil constitutionnel, celui-ci n'a pas eu à connaître des pouvoirs de agents publics de la Commission. Toutefois, leur étude démontre qu'ils sont entourés de garanties suffisantes du respect de ces droits.

ii- Les pouvoirs des agents publics, respectueux des droits des internautes

595. Le processus d'identification des titulaires des connexions à Internet, mis en œuvre par la Commission de protection des droits - L'HADOPI fait le lien entre les agents assermentés des ayants droit, qui ont en leur possession les adresses IP dont la connexion a servi à commettre des actes de contrefaçon, et les fournisseurs d'accès à Internet, qui conservent l'identité des titulaires de ces adresses IP. Les dispositions de la loi dite HADOPI 1 complètent celles de la LCEN¹⁵¹⁰. En effet, l'article 6-II de cette loi impose, tant aux fournisseurs d'accès à Internet qu'aux hébergeurs, l'obligation de conserver les données permettant l'identification des personnes ayant contribué à la création de contenus. Les données personnelles des utilisateurs de services de communication au public en ligne peuvent aussi être conservées par ces derniers, sur le fondement de l'article L. 34-1 III du code des postes et des communications téléphoniques pour les besoins de la recherche, la constatation et la poursuite des infractions pénales ou d'un manquement à l'obligation de sécurisation de la connexion à Internet, définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle.

596. Le respect des droits des internautes par les limites au processus d'identification des titulaires des connexions à Internet - Les données d'identification des titulaires des connexions, susceptibles d'être communiquées par les intermédiaires techniques, sont limitativement listées par décret. Elles varient en fonction de leur objet, certaines sont relatives au trafic¹⁵¹¹, d'autres concernent la création d'un contenu¹⁵¹², et leur conservation est limitée dans le temps. La CJUE considère que la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des données personnelles¹⁵¹³ ne s'oppose pas à la communication de l'identité des abonnés,

¹⁵⁰⁹ *Id.*, spéc. consid. 28 et 30.

¹⁵¹⁰ Loi, n° 2004-575, du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁵¹¹ Art. 1 du décret, n° 2006-358, 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques.

¹⁵¹² Art. 1, 1° du Décret, n° 2011-219, 25 févr. 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

¹⁵¹³ Directive, 95/46/CE, du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

correspondant aux adresses IP, dans le cadre d'une procédure judiciaire, si le principe de proportionnalité et un juste équilibre entre la protection du droit de la propriété intellectuelle et la protection des données à caractère personnel sont préservés¹⁵¹⁴. Le principe de protection des données à caractère personnel ne peut être absolu. Il doit être concilié avec la protection des autres droits, notamment le droit de la propriété intellectuelle, droit fondamental de même valeur. La protection des données à caractère personnel ne peut donc faire systématiquement obstacle à l'identification des titulaires de connexions utilisées comme moyen de contrefaçon. Certes, leur identification est effectuée à la demande de la Commission de protection des droits en dehors de toute procédure judiciaire. Le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles, ne contrôle donc pas l'action de la Commission¹⁵¹⁵. Si le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi sur cet élément de la loi dite HADOPI 1, c'est sûrement en raison du fait qu'elle présente des garanties suffisantes. Ainsi que le Conseil l'a souligné au sujet des agents privés assermentés, l'identification des titulaires des connexions s'inscrit dans un processus de saisine des juridictions¹⁵¹⁶. En outre, la Commission est composée de trois magistrats en activité, respectivement à la Cour de cassation, au Conseil d'Etat et à la Cour des comptes, dont l'impartialité et l'indépendance sont régies par les articles L. 331-17 *in fine* et L. 331-18 du code de la propriété intellectuelle. Si, en pratique, l'examen et la constatation des faits, susceptibles de constituer des infractions, sont effectués par les agents publics habilités et assermentés devant l'autorité judiciaire, la présence de ces trois magistrats confère une garantie d'impartialité et de respect des procédures et des droits fondamentaux. De surcroît, les magistrats et les agents publics sont, en vertu de l'article L. 331-22 alinéa 1, soumis au secret professionnel¹⁵¹⁷. Enfin, les décisions prises par l'HADOPI peuvent être contestées devant le juge administratif. Prenant en considération le fait que le titulaire de la connexion n'est pas nécessairement le contrefacteur, la loi dite HADOPI 1 ne permet pas à la Commission de communiquer à l'abonné l'identification des œuvres ou interprétations contrefaites au moyen de sa connexion. Seules la date et l'heure des actes litigieux lui sont communiquées. L'abonné ne pouvant, sans investigation supplémentaire, être déclaré responsable de ces actes, celui-ci ne peut se voir communiquer de telles informations, sauf à ce qu'il en fasse la demande expresse. Cette limite à la communication des informations recueillies par la Commission est destinée à

¹⁵¹⁴ CJUE, 3^e ch., 19 avr. 2012, aff. C-461/10, *Bonnier audio AB et al. c/ Perfect Communication Sweden AB* : Europe 2012, comm. 255, obs. L. Idot ; *RDTI* 2013, n° 50, p. 65, note S. Hallemans.

¹⁵¹⁵ A titre de comparaison, le Digital millennium copyright act, adopté en 1998, instaure une procédure permettant aux représentants des auteurs de détecter des activités de contrefaçon sur Internet et d'obtenir une ordonnance du juge civil, permettant de requérir des fournisseurs d'accès, l'identité de l'internaute correspondant à l'adresse IP collectée.

¹⁵¹⁶ Voir *supra* n° 594.

¹⁵¹⁷ L'article 9 alinéa 4 de la loi, n° 2017-55, du 20 janv. 2017, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, soumet les membres et les anciens membres des autorités administratives indépendantes au secret professionnel et leur impose le respect du secret des délibérations.

protéger la vie privée du contrefacteur, notamment dans l'hypothèse de films pornographiques¹⁵¹⁸.

597. L'autorisation de la CNIL d'un traitement des données personnelles par l'HADOPI - Afin de rendre efficace la procédure de recommandation de sécurisation de la connexion à Internet, la Commission a été habilitée par arrêté ministériel, après autorisation de la CNIL, à mettre en œuvre un traitement automatisé de données¹⁵¹⁹. La Commission peut aussi conserver les données relatives aux abonnés dont la connexion a été identifiée comme ayant servi à commettre une atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins. Cependant, cette conservation est temporaire¹⁵²⁰ et l'article L. 331-28 du CPI accorde, dès la fin de la période de suspension, un droit à l'effacement des données personnelles collectées.

598. L'absence d'incidence de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne - La décision dite *Tele2 Sverige*, rendue par la Cour de justice le 21 décembre 2016¹⁵²¹ ne semble pas être de nature à remettre en cause la mission de l'HADOPI¹⁵²². Cet arrêt porte sur l'injonction faite, par la législation suédoise, aux fournisseurs de services de communications électroniques, de réaliser la « *conservation généralisée et indifférenciée de l'ensemble des données relatives au trafic et des données de localisation de tous les abonnés et utilisateurs inscrits concernant tous les moyens de communication électronique* », aux fins de lutte contre la criminalité. En raison de la généralité de cette obligation, de la nature et de l'ampleur des données concernées, une atteinte grave est portée aux droits fondamentaux et a pour effet d'ériger en principe l'exception de conservation des données énoncée à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE¹⁵²³. En l'absence de différenciation, limite ou exception¹⁵²⁴, la Cour de justice considère que la directive s'oppose à une telle réglementation. Elle autorise néanmoins les Etats à adopter « *une réglementation permettant, à titre préventif, la conservation ciblée des données relatives au trafic et des données de localisation, à des fins de lutte contre la criminalité grave, à condition que la conservation des données soit, en ce qui concerne les catégories de données à conserver, les moyens de communication visés, les*

¹⁵¹⁸ V.-L. Benabou, « Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009) », *RLDI* 2009, n° 52.

¹⁵¹⁹ Art. L. 331-29 du CPI.

¹⁵²⁰ Art. 3 du décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet ».

¹⁵²¹ CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c/ Post- och telestyrelsen* et *Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson et al.* : *RTD eur.* 2018, p. 461, chron. F. Benoît-Rohmer ; *Dalloz IP/IT* 2018, p. 107, A. Lebois.

¹⁵²² HADOPI, Délibération n° 2017-01, du 26 janv. 2017, portant avis sur le régime de conservation des données de connexion par les FAI prévu par la loi du 12 juin 2009 au regard de l'arrêt de la CJUE du 21 décembre 2016 - *Contra* : A. Lebois, « Lutte contre la contrefaçon et données personnelles », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 107.

¹⁵²³ CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c/ Post- och telestyrelsen* et *Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson et al.*, spéc. pt. 104.

¹⁵²⁴ *Id.*, spéc. pt. 105.

personnes concernées ainsi que la durée de conservation retenue, limitée au strict nécessaire »¹⁵²⁵. L'ajout, à l'article 15, paragraphe 1, de la directive, de cette condition de gravité, est justifié par l'autorisation de conserver des données relatives au trafic et à la localisation, à titre préventif. Les obligations de conservation des données de connexion, imposées par la législation française aux intermédiaires techniques, comportent des limites qui garantissent le respect de la directive 2002/58/CE. De surcroît, les données communiquées par les fournisseurs d'accès aux agents publics assermentés de l'HADOPI sont limitées à l'identification de l'abonné. La conservation de ces données, étrangères au trafic et à la localisation, n'est donc pas soumise à la condition de gravité de la criminalité.

599. Le revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel, un risque pour l'HADOPI ? - Deux décisions marquent le renforcement des exigences du Conseil constitutionnel quant à la protection de la vie privée, influencé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En raison de l'évolution technique, offrant la possibilité, grâce aux données de connexion à Internet, de localiser, en temps réel, l'utilisateur et de traiter des masses de données suffisantes pour en extraire des informations précises sur les internautes, le Conseil constitutionnel a renforcé ses exigences relatives à la protection de la vie privée, en effectuant un revirement de jurisprudence. Le 5 août 2015, a été déclaré inconstitutionnel, le 2° de l'article 216 du code de commerce autorisant les agents de l'Autorité de la concurrence de « *se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des télécommunications électroniques et par les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique et en obtenir la copie* »¹⁵²⁶. Nonobstant la soumission de ces agents au secret professionnel, le Conseil considère que « *le législateur n'a pas assorti la procédure prévue par le 2° de l'article 216 de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions* ». Une décision similaire a été rendue, le 21 juillet 2017, au sujet de la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 621-10 du code monétaire et financier, accordant les mêmes pouvoirs aux enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers¹⁵²⁷. Certes, l'article L. 331-21 alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle prévoit, dans une formulation similaire à celles employées dans le code des marchés financiers et dans le code de commerce, que les agents publics de la Commission peuvent, « *pour les nécessités de la procédure, obtenir tous documents, quel qu'en soit le support, y compris les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des*

¹⁵²⁵ *Id.*, spéc. pt. 108.

¹⁵²⁶ Cons. constit., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, spéc. consid. 134 à 138.

¹⁵²⁷ Cons. constit., 21 juill. 2017, n° 2017-646/647 QPC : *Rev. sociétés.* 2017, p. 582, obs. N. Martial-Braz.

postes et des communications électroniques et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ». La généralité de la disposition, relative aux données communiquées, pourrait alors laisser penser à son inconstitutionnalité. Néanmoins, les lois dites HADOPI et leurs décrets d'application prévoient des garanties et limites, notamment quant à la divulgation des informations obtenues et à la durée de conservation des données, lesquelles faisaient défaut pour l'Autorité de la concurrence et l'Autorité des marchés financiers. De surcroît, si l'article L. 331-21 alinéa 5 du code de la propriété intellectuelle ne dresse pas une liste limitative des données susceptibles d'être obtenues par les agents publics assermentés, auprès des fournisseurs d'accès à Internet, le décret du 5 mars 2010 établit, en annexe, une liste exhaustive de ces données¹⁵²⁸. Dès lors, il semble que le processus d'identification des abonnés présente des garanties suffisantes, maintenant sa constitutionnalité malgré les exigences plus élevées du Conseil constitutionnel.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

600. Afin de lutter plus efficacement contre les infractions au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet, le législateur a créé une autorité administrative indépendante qu'il a dotée de prérogatives d'investigations. Confier les recherches de ces infractions à une autorité spécialisée permet d'alléger le travail de la police judiciaire, dont les services spécialisés dans la recherche d'infractions sur Internet n'étaient pas aussi développés qu'actuellement¹⁵²⁹. Ces pouvoirs, à l'origine liés au pouvoir de sanction de l'HADOPI, ont été préservés malgré l'attribution des sanctions au juge judiciaire. Néanmoins, les réformes se sont succédées et un manque de rigueur dans l'articulation des textes a supprimé le fondement de sa mission principale de recherche de faits révélant la violation de l'obligation de surveillance de la connexion à Internet par son titulaire. Si une contorsion interprétative permet de sauver cette mission, les limites aux prérogatives d'investigation excluent, *de facto*, du champ d'action de l'HADOPI, une partie de sa mission. Toutefois, à l'heure du renforcement des exigences du Conseil constitutionnel relatives au respect de la vie privée des internautes, elles semblent permettre d'éviter une censure. L'analyse des bilans de la Haute autorité démontre qu'à chaque exercice, ces pouvoirs gagnent en efficacité.

¹⁵²⁸ Décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « *Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet* ».

¹⁵²⁹ Voir *supra* n° 200.

601. Des pouvoirs d'investigation efficaces et déterminants - Certes établis dans un objectif de communication¹⁵³⁰, les bilans de l'HADOPI démontrent qu'elle réalise avec succès ses missions d'investigation et de constatation des infractions (I). Cette mission est préalable à l'engagement de procédures judiciaires. Les dossiers qu'elle constitue, tant relatifs aux contraventions de négligence caractérisée, qu'aux actes apparaissant comme portant une atteinte directe aux droits et dont l'auteur a été identifié, sont transmis aux procureurs de la République. L'appréciation de l'opportunité d'engager des poursuites est donc réalisée sur le fondement de ces dossiers et le choix de la procédure est influencé par l'efficacité de ses investigations (II).

I- L'efficacité démontrée des pouvoirs d'investigation

602. L'efficacité dans la constatation des contrefaçons et le traitement des saisines - Certes, certaines atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins échappent aux agents assermentés car des réseaux, tels que les réseaux *friend to friend*, qui permettent l'échange de fichiers tout en conservant l'anonymat, ou les newsgroups, qui cryptent les données, ou encore les VPN (*Virtual Private Network*), qui modifient les adresses IP, empêchent l'identification par l'adresse IP. Toutefois, la surveillance du réseau par les agents privés assermentés et la constatation des faits par les membres de la Commission de protection des droits ne manquent pas d'efficacité. Le rapport annuel 2015-2016 de l'HADOPI s'ouvre par un bilan des sept années d'existence de celle-ci et démontre que la performance du dispositif ne cesse de croître¹⁵³¹, donnant tort à ceux qui doutaient de son efficacité¹⁵³². Chaque jour, la Commission de protection des droits reçoit, en moyenne, 75 000 saisines des ayants droit¹⁵³³ et de juin 2010 au 31 octobre 2016, elle a reçu plus de 122 000 000 saisines¹⁵³⁴. Si la Commission n'était pas en mesure d'examiner tous les signalements, l'évolution du système d'information de la réponse graduée, à la fin de l'année 2012, a permis de traiter davantage de saisines. Depuis 2016, la totalité des saisines font l'objet d'un examen¹⁵³⁵ et elle a la capacité d'examiner, au maximum, 280 000 saisines par jour ouvré¹⁵³⁶.

¹⁵³⁰ Cet objectif rend nécessaire la prudence quant à la manière dont ces chiffres sont présentés, sans toutefois contester leur exactitude.

¹⁵³¹ HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 18.

¹⁵³² E. Derieux et A. Granchet, *Lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI*, Lamy, 2010, n° 524, p. 189.

¹⁵³³ HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 71.

¹⁵³⁴ *Id.*, p. 73 – En moyenne, 60 % des saisines concernent le secteur musical et 40 % concernent le secteur de l'audiovisuel.

¹⁵³⁵ *Id.*, p. 18 et 73.

¹⁵³⁶ *Id.*, p. 74.

603. Des améliorations possibles à l'identification des abonnés - Corrélativement à l'amélioration du nombre de traitements des saisines, le volume actuel des demandes d'identification des titulaires des connexions a doublé par rapport à la période 2014-2015. De manière stable, les fournisseurs d'accès à Internet parviennent à identifier 87 % des adresses IP. Toutes les adresses ne peuvent mener à l'identification de l'abonné car, en raison de la pénurie d'adresses IP, certaines sont partagées par plusieurs abonnés grâce à la technique dite de *NATage*. Toutefois, celle-ci ne rend pas l'identification de l'abonné impossible. Elle peut être effectuée grâce au *port source* du client qui distingue les différentes connexions. L'HADOPI suggère donc que cette donnée puisse être transmise dans les procès-verbaux dressés par les agents assermentés des ayants droit et, par conséquent, la modification du décret du 5 mars 2010 silencieux sur une telle transmission¹⁵³⁷. Néanmoins, grâce à l'efficacité des prérogatives d'investigation de la Commission de protection des droits, peu de titulaires, dont la connexion a servi à la réalisation d'actes contrefaisants, échappent au processus de la réponse graduée.

604. L'efficacité dans la constitution des dossiers transmis au parquet - L'HADOPI s'est aussi assurée de l'efficacité des dossiers qu'elle transmet aux autorités judiciaires en demandant à un expert agréé par la Cour de cassation de vérifier l'intégralité du processus de constatation et de collecte des adresses IP par les agents privés désignés par les ayants droit. Le rapport de l'expert a démontré que le processus employé permet d'identifier sans équivoque les œuvres et les adresses IP à partir desquelles elles étaient mises sur les réseaux pair-à-pair¹⁵³⁸. De surcroît, depuis 2012, tous les dossiers transmis au parquet font l'objet d'un examen technique systématique afin de vérifier que l'extrait de fichier contenu dans la saisine notifiée à l'abonné corresponde bien au fichier contrefaisant visé dans la saisine initiale des ayants droit¹⁵³⁹. Enfin, saisie d'une affaire dans laquelle un fournisseur d'accès à Internet avait transmis à l'HADOPI, à 1531 reprises en seulement trois mois, l'identité d'un même abonné, identification révélée comme étant erronée par l'enquête préliminaire diligentée par le parquet, en raison d'un dysfonctionnement récurrent dans le traitement automatique des adresses IP communiquées par la Haute autorité et instauré par celui-ci, la CNIL a rappelé que les fournisseurs d'accès à Internet ont l'obligation de veiller à l'exactitude des données à caractère personnel de ses abonnés. Elle affirme que l'article 6-4 de la loi dite Informatique et libertés¹⁵⁴⁰, en imposant au responsable du traitement de garantir l'exactitude des données à caractère personnel qu'il traite, met à la charge de celui-ci une obligation de résultat¹⁵⁴¹. La nature de

¹⁵³⁷ Décret, n° 2010-236, 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle, dénommé « système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur Internet » - HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 89.

¹⁵³⁸ *Id.*, p. 72.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ Loi, n° 78-17, du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁵⁴¹ CNIL, Délib., formation restreinte, n° 2016-053, 1^{er} mars 2016 prononçant un avertissement à l'encontre de la société NC Numericable.

cette obligation participe de l'efficacité nécessaire à la constitution des dossiers qui sont transmis au parquet.

605. L'obligation de communiquer les informations des abonnés à la charge des intermédiaires techniques situés en dehors de l'UE - Pour une plus grande efficacité de la loi, l'obligation de communication des données d'identification des titulaires de connexions à Internet a été reconnue comme pesant, aussi, sur les intermédiaires techniques situés hors de l'Union européenne. L'article 4 du décret du 25 février 2011, relatif à la conservation des données d'identification¹⁵⁴², délimite la portée de l'article 6-II de la LCEN en renvoyant aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 sur le traitement des données à caractère personnel, dont l'article 5-I couvre les traitements des responsables établis sur le territoire français ou qui ont recours à des moyens de traitement situés sur le territoire français. Si le TGI de Paris a refusé d'appliquer la loi dite Informatique et Libertés à Twitter¹⁵⁴³, le tribunal de commerce de Paris l'a appliquée à Google, solution qui semble plus conforme au droit¹⁵⁴⁴.

606. L'incidence des pouvoirs de l'HADOPI sur les décisions du ministère public - L'HADOPI mène avec succès sa mission d'investigation et de détection des infractions au droit d'auteur et droits voisins sur Internet. Elle joue un rôle de filtre et constitue des dossiers sur lesquels les procureurs de la République pourront se fonder pour choisir la réponse pénale la mieux adaptée.

II- L'influence des pouvoirs d'investigation sur la procédure judiciaire

607. Le rôle de filtre de l'HADOPI - Les autorités administratives indépendantes « *ne juge(nt) pas et pourtant un peu* »¹⁵⁴⁵. En effet, même si la fonction de sanction lui a été retirée, l'HADOPI, en tant que « *processus para-pénal* »¹⁵⁴⁶ a une influence considérable sur le déroulement de la procédure judiciaire en raison, tant de ses missions d'investigation et de constitution des dossiers, que de son rôle prépondérant dans le contrôle de l'exécution de la peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet. Les prérogatives de police judiciaire de l'HADOPI limitent le juge à un rôle de sanctionnateur car il est dépendant des dossiers qu'elle choisit de lui communiquer. La Haute autorité joue un rôle de filtre auprès des services du procureur de la République. D'une part, dès lors qu'elle est saisie, la décision d'engagement

¹⁵⁴² Décret, n° 2011-219, 25 fév. 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

¹⁵⁴³ TGI Paris, ord. de réf., 24 janv. 2013, *UEJF c/ Twitter inc. et Twitter France* : D. 2013, p. 300, obs. C. Manara ; *RLDI* 2013, n° 90, 3003, obs. L. Costes ; *Légipresse* 2013, n° 304, p. 235, note N. Mallet-Poujol.

¹⁵⁴⁴ T. com. Paris, 1^{re} ch., 28 janv. 2014, *M. X. c/ Google inc., Google France* : Legalis.net.

¹⁵⁴⁵ E. Pisier, « Du recours aux sages », *Etudes*, 1988, t. 368, n° 6, p. 733 et s., spéc. p. 779.

¹⁵⁴⁶ A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes? », *Dr. pén.* 2009, p. 11-18, spéc. n° 31, p. 16.

de la procédure de recommandations est laissée à sa discrétion. L'article L. 331-25 alinéa 1 du code de propriété intellectuelle dispose qu'elle « *peut* » envoyer des recommandations à l'abonné. Cette même prérogative lui est accordée concernant la deuxième recommandation, le terme « *peut* » étant réitéré au deuxième alinéa. Enfin, la Commission décide au cas par cas, après délibération, de la transmission des dossiers au parquet dont les abonnés ont reçu deux recommandations ne les ayant pas convaincus de sécuriser leur connexion à Internet. Lors des délibérations, elle prend en considération le nombre de faits constatés, le nombre d'avertissements reçus, les observations que l'abonné a formulées, ainsi que les mesures qu'il indique avoir prises afin de faire cesser les manquements. Au regard des chiffres énoncés dans le rapport¹⁵⁴⁷, il semblerait que, pour la période de juillet 2015 à octobre 2016, l'ensemble des dossiers ayant fait l'objet de deux recommandations et dont les abonnés n'ont pas, ensuite, mis un terme à leurs manquements, ont été transmis au parquet. Par conséquent, au cours de ses délibérations, l'HADOPI ne semble pas avoir choisi d'écarter certains de ces dossiers de la procédure judiciaire. Ceci démontre que le filtre de la réponse graduée est efficace et permet de ne transmettre au procureur de la République que les dossiers dont les titulaires de connexions sont particulièrement indifférents aux avertissements. L'objectif de désengorgement des tribunaux, justifiant la création de l'HADOPI, est donc atteint par cette procédure de filtrage.

608. Le rôle d'orientation de la procédure judiciaire de l'HADOPI - L'HADOPI joue aussi un rôle d'orientation de la procédure judiciaire, inhérent à son statut d'autorité administrative indépendante et à l'attribution de prérogatives de police judiciaire, car le ministère public se fonde sur le dossier constitué par la Commission. Certes, dans la majorité des cas, le procureur engage quelques investigations complémentaires, notamment par l'audition du titulaire de la connexion par les services de police ou de gendarmerie¹⁵⁴⁸, mais cela ne fait pas perdre toute son importance au dossier constitué par la Haute autorité. De surcroît, en transmettant les dossiers, l'HADOPI propose une qualification des faits. En principe, la transmission est fondée sur la qualification de l'infraction de négligence caractérisée. Il est quelques exceptions où elle fonde la transmission sur l'infraction de contrefaçon¹⁵⁴⁹. Ce ne sont que des propositions, le procureur de la République demeurant maître du choix de la qualification.

609. L'incidence des pouvoirs d'investigation sur le choix de la procédure - Les moyens d'investigation attribués à l'HADOPI déterminent la procédure mise en œuvre par les juridictions judiciaires. L'identification du titulaire de la connexion à Internet étant rarement contestable et le défaut de sécurisation démontré par la réalisation d'atteintes au moyen de celle-ci, le législateur a simplifié la procédure. Lorsque le dossier porte sur des actes de contrefaçon,

¹⁵⁴⁷ HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 85.

¹⁵⁴⁸ *Id.*, p. 86.

¹⁵⁴⁹ Voir *supra* n° 583.

le ministère public peut recourir à l'ordonnance pénale¹⁵⁵⁰, qui exclut toute audience publique et débat contradictoire¹⁵⁵¹ et implique que le président du tribunal statue à juge unique¹⁵⁵². Cette procédure a été instaurée pour les affaires dont les enquêtes révèlent que les faits sont simples et établis et ont permis de recueillir des renseignements sur le prévenu pour déterminer la peine. La peine d'emprisonnement est exclue et l'amende prononcée ne peut excéder 5 000 euros. Plus rapide, mais délestée de certaines garanties, le Conseil constitutionnel a rappelé ces conditions de mise en œuvre¹⁵⁵³ et validé son application par la loi dite HADOPI 2¹⁵⁵⁴. Le dossier constitué par la Commission est donc prépondérant dans la décision prise par le juge car celui-ci se prononce à l'aune des pièces qu'elle lui fournit. Il convient, toutefois, de remarquer que l'ordonnance pénale ne permet pas de débattre sur le bien-fondé de la poursuite et sur les exceptions aux droits dont pourrait bénéficier le prévenu. La procédure de filtrage exercée par l'HADOPI et la procédure judiciaire ensuite choisie ont une incidence sur le champ du droit d'auteur et des droits voisins, car elles tendent à rendre ineffectives certaines exceptions, dont la mise en œuvre est délicate, telles les exceptions de courte citation et de parodie. La complexité du droit de la propriété intellectuelle ne semble pas parfaitement adaptée à cette procédure simplifiée¹⁵⁵⁵. S'il ne choisit pas cette voie, le tribunal doit statuer à juge unique, procédure prévue à l'article 398 du code de procédure pénale pour certains délits de masse. La loi du 28 octobre 2009 a modifié la liste de l'article 398-1 du même code, en ajoutant un 10°, imposant au tribunal correctionnel de statuer à juge unique sur les délits de contrefaçons d'œuvres ou d'interprétations commis au moyen d'un service de communication au public en ligne.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

610. L'attribution de pouvoirs d'investigation, dont l'objectif est de détecter, parmi le flux de données, celles qui correspondraient à des actes portant atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet, permet de décharger les autorités de police judiciaire qui ne disposent pas du temps nécessaire à ces recherches. De surcroît, la procédure mise en œuvre par l'HADOPI consiste en un filtrage, celle-ci ne transmettant aux procureurs de la République que les dossiers pour lesquels les recommandations n'ont pas été suffisamment convaincantes ou dissuasives.

¹⁵⁵⁰ Art. 495 à 495-6-1 du CPP.

¹⁵⁵¹ Le prévenu ne pourra se défendre qu'en formant opposition contre l'ordonnance du juge.

¹⁵⁵² L'article 495 du CPP, prévoyant la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale, a été modifié par la loi du 28 octobre 2009, qui intègre un alinéa (12°) relatif aux délits de contrefaçons d'œuvres ou d'interprétations commis au moyen d'un SCPL.

¹⁵⁵³ Cons. constit., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice, spéc. consid. 78 (le ministère public ne peut recourir à la procédure simplifiée que « *lorsqu'il résulte de l'enquête de police judiciaire que les faits reprochés au prévenu sont établis et que les renseignements concernant la personnalité de celui-ci, et notamment ses charges et ses ressources, sont suffisants pour permettre la détermination de la peine* ») : *D.* 2003, somm. p. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot.

¹⁵⁵⁴ Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, spéc. consid. 6 et 11 : *RTD com.* 2009, p. 730, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2009, n° 54, E. Derieux ; *RSC* 2010, p. 442, N. Catelan ; *D.* 2010, p. 160, L. Marino.

¹⁵⁵⁵ Voir *supra* n° 114 et s.

L'objectif de désengorgement des juridictions est donc atteint. Enfin, le choix de la réponse pénale est fortement déterminé par ces dossiers. Par le truchement de ces dossiers, l'HADOPI influence les suites procédurales.

CONCLUSION DE LA SECTION I

611. L'attribution de pouvoirs d'investigation à l'HADOPI permet de pallier les difficultés que rencontrent les juridictions pour lutter contre les atteintes massives aux droits de propriété littéraire et artistique sur Internet. Certes, ses pouvoirs d'investigation sont limités en raison du droit au respect de la vie privée et, surtout, de la protection des données à caractère personnel, l'empêchant de lutter de manière directe contre les délits de contrefaçon. Néanmoins, la lutte indirecte, par le biais de la constatation de l'absence de sécurisation de la connexion et de l'infraction de négligence caractérisée qui en découle, est de plus en plus efficace. Ses bilans confortent la création d'une autorité administrative indépendante spécialisée dans ce domaine et légitiment l'externalisation des pouvoirs d'investigation. Les interactions entre l'HADOPI et le ministère public, la dépendance de celui-ci à l'efficacité de ses investigations qu'elle mène dessinent une organisation procédurale particulière pour la lutte contre les infractions au droit d'auteur et droits voisins sur Internet. Cette complémentarité est aussi observée concernant les sanctions.

SECTION II - L'épopée du rôle répressif de l'HADOPI

612. Du rôle répressif aux missions de pédagogie et de dissuasion - Dans le domaine de la lutte contre les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet, l'HADOPI avait pour mission d'émettre, à destination du titulaire de la connexion ayant servi à commettre des atteintes, une réponse graduée, allant de recommandations à une sanction de suspension de la connexion. Le Conseil constitutionnel ayant considéré qu'une telle sanction ne pouvait être prononcée par une autorité administrative indépendante, le législateur a supprimé son pouvoir de sanction pour l'attribuer au juge judiciaire. Disloquée, la réponse graduée est donc émise par deux organes, une autorité administrative, qui envoie des recommandations, et l'autorité judiciaire chargée de prononcer une peine d'amende et une peine de suspension de la connexion à Internet. L'HADOPI est alors cantonnée à un rôle pédagogique et dissuasif (PARAGRAPHE I). L'analyse des recommandations de l'HADOPI révèle leur qualification d'injonction et apparaît similaire à la mesure alternative aux poursuites de rappel à la loi. Toutefois, la perte d'unicité de la réponse graduée a des incidences sur l'efficacité de cette procédure. En effet, les fonctions de dissuasion et de sanction, fonctions traditionnelles du droit pénal, sont interdépendantes. La pertinence de leur attribution à deux organes distincts doit alors être éprouvée (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - La réponse graduée, entre recommandations administratives et sanctions judiciaires

613. La procédure originelle de la réponse graduée - La réponse graduée, « *expression miséricordieuse* »¹⁵⁵⁶ qui désigne la procédure, en trois étapes, instituée dans le projet de loi dite HADOPI 1, est destinée aux titulaires de connexions à Internet utilisées pour commettre des atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins. La première phase consistait en l'envoi de recommandations au titulaire de connexion à Internet, l'enjoignant à respecter son obligation de surveillance de son accès à Internet et lui rappelant les sanctions encourues ainsi que les dangers de l'atteinte au droit d'auteur et droits voisins pour la création artistique et la culture, justifiant lesdites sanctions. Lors d'une deuxième phase, en cas de constatation de nouvelles atteintes, l'HADOPI pouvait proposer à l'abonné une transaction ayant pour objet, soit d'obliger le titulaire de la connexion à prendre des mesures de nature à prévenir le renouvellement des atteintes, soit de suspendre la connexion pendant un à trois mois. Le renouvellement des atteintes, démontrant un manquement à l'obligation de surveillance pouvait amener l'HADOPI, dans une troisième phase, à prononcer une sanction de suspension de l'accès à Internet pour une durée de deux mois à un an.

¹⁵⁵⁶ J.-H. Robert, « Commentaire de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet », *Dr. pén.* 2009, n° 12, ét. 25, p. 7, spéc. n° 17, p. 10.

614. La suspension de la connexion à Internet, une « vraie bonne idée »¹⁵⁵⁷ finalement abandonnée - En raison de sa valeur dissuasive supérieure aux sanctions pécuniaires, la suspension de la connexion à Internet, sanction emblématique de la loi HADOPI, apparaît comme étant adaptée à la violation de l'obligation de surveillance de l'accès à Internet pesant sur son titulaire. Toutefois, le Conseil constitutionnel ayant refusé qu'une telle sanction soit confiée à une autorité administrative indépendante et le législateur souhaitant la conserver, la réponse graduée a été disloquée. Malgré la pertinence de l'attribution de prérogatives de sanction à l'HADOPI et de la nature de la sanction choisie (I), celle-ci ne pouvait être prononcée par celle-là. La phase de sanction a été attribuée au juge judiciaire, tandis que la phase de recommandation fut maintenue dans le giron de l'HADOPI. Cependant, cette sanction, applicable au titulaire de l'accès à Internet, a finalement été supprimée (II).

I- L'HADOPI et la sanction de suspension de la connexion à Internet, deux choix adaptés

615. La pertinence des choix du législateur - Examinés indépendamment, l'attribution d'un pouvoir de sanction à l'HADOPI (a) et la création d'une sanction de suspension de la connexion à Internet (b) constituent deux choix pertinents au regard de la spécificité de la lutte contre les atteintes au droit d'auteur et droits voisins sur Internet et, plus spécifiquement, contre le téléchargement illicite¹⁵⁵⁸.

A- La pertinence de l'attribution d'un pouvoir de sanction à l'HADOPI

616. La recherche d'une solution à la massification des téléchargements illicites - Confronté à la massification des atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique commises grâce à Internet et à l'ineffectivité, en matière de téléchargement illicite, des sanctions prévues pour les infractions de contrefaçon, le législateur a initié la création d'un régime de sanctions spécifiques à ces atteintes¹⁵⁵⁹. Dans un premier temps, il a choisi, par la loi dite DADVSI¹⁵⁶⁰, de contraventionnaliser les échanges pair à pair illicites, instaurant une distinction de répression entre ces actes contrefaisants et les autres. Le Conseil constitutionnel a censuré la contraventionnalisation de cette infraction sur le fondement du principe d'égalité, aux motifs que ces contrefacteurs se trouvent dans une situation identique à celle des autres

¹⁵⁵⁷ Référence à l'article de Madame le Professeur V.-L. Benabou, qui s'interroge, en conclusion, sur le fait de savoir si la suspension de la connexion à Internet est une « fausse bonne idée » : V.-L. Benabou, « Grand Guignol », *Propriété intell.* 2009, n° 32, p. 212, spéc. p. 215.

¹⁵⁵⁸ Sur les contours effectifs de la mission de l'HADOPI, voir *infra* n° 582 et s.

¹⁵⁵⁹ « La contrefaçon sur l'internet relevant du phénomène de masse, la réponse judiciaire classique se révèle inadaptée sinon inefficace » : J.-Ch. Galloux, « Conclusion prospective », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI du 27 oct. 2008, Paris, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, Collection de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, Litec, n° 33, p. 133-136.

¹⁵⁶⁰ Loi, n° 2006-961, 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

contrefacteurs¹⁵⁶¹. Il refuse que le moyen de contrefaçon constitue un critère de distinction de la répression. Cette loi a donc été publiée sans ces dispositions pénales spéciales, les échanges pair à pair illicites continuant d'être sanctionnés sur le fondement de l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle. Toutefois, il paraissait de plus en plus évident que ces actes de contrefaçon, commis par les utilisateurs d'Internet dans le but de faire des économies, exigeaient une sanction moins forte que les actes de contrefaçon commis dans le but d'obtenir des bénéfices. Le 3 janvier 2007, le ministère de la justice a alors émis une circulaire incitant à distinguer entre les actes illicites de mises à disposition du public et le téléchargement illicite, qui peut être accompagné d'une mise à disposition secondaire, aux motifs que ces derniers « *se situent indiscutablement à un niveau moindre de responsabilité que ceux qui, à la source, permettent à ces faits de se réaliser [...]. Ils profitent et même alimentent un système prohibé d'échange sans être à l'origine de celui-ci. L'acte de téléchargement est assimilable à un acte de consommation illicite permis par des fournisseurs (éditeurs de logiciels ou auteurs de mises à disposition) qui leur offrent cette opportunité délictueuse et qui se situent donc à un niveau de responsabilité supérieur* »¹⁵⁶². Cette différence de niveau de responsabilité justifie, selon la circulaire, un échelonnement des sanctions, les actes de téléchargement devant exclusivement être sanctionnés de peines pécuniaires.

617. L'origine de la réponse graduée - La nécessité d'adapter la réponse pénale aux circonstances dans lesquelles les actes de contrefaçon sont commis et des objectifs poursuivis par le contrefacteur, but lucratif ou « *souci d'économie* »¹⁵⁶³, a été rappelée par Monsieur Olivennes, dans son rapport relatif au développement et à la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux¹⁵⁶⁴. Les poursuites pénales des actes de téléchargement et d'échanges par les réseaux pair à pair sont rares et l'absence de pédagogie fait de cette réponse pénale une réponse insatisfaisante. Le rapport préconise donc de distinguer entre la procédure appliquée aux utilisateurs des réseaux pair à pair et celle appliquée aux sites qui mettent illicitement à disposition du public les créations protégées par un droit d'auteur ou un droit voisin. Le système permet de faire précéder la répression des utilisateurs de réseaux pair à pair, d'une phase d'avertissement et de pédagogie. Cette nouvelle procédure rompt judicieusement avec celle de droit commun, mise en œuvre pour la sanction des actes de contrefaçon, dont l'absence d'effectivité judiciaire a anéanti la fonction dissuasive. Ce dispositif, dont l'avertissement a

¹⁵⁶¹ Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, spéc. consid. 63 à 65 : V.-L. Benabou, « Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 240-243 ; C. Castets-Renard, « La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1er août 2006 : une décision majeure », *D.* 2006, p. 2157 ; M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Propri. intell.* 2007, n° 23, p. 193 ; Th. Revet, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTD civ.* 2006, p. 791.

¹⁵⁶² Circulaire ministérielle de la DACG, 3 janv. 2007, CRIM 2007-1/G3, Bull. du ministère de la justice.

¹⁵⁶³ *Ibid.*

¹⁵⁶⁴ D. Olivennes, *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, Rapport au Ministère de la culture et de la communication, nov. 2007.

pour effet de contraindre le surfeur-internaute d'adopter un comportement respectueux du droit d'auteur et des droits voisins et dont la sanction peu élevée rendait plus plausible son application que la peine d'emprisonnement, n'est pas sans rappeler le dispositif du permis à points appliqué aux conducteurs de véhicules terrestres à moteur¹⁵⁶⁵. Néanmoins, ces réflexions sur l'échelle des peines et la distinction entre les contrefacteurs n'ont pas convaincu tous les auteurs¹⁵⁶⁶ et la réforme globale de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle n'a pas eu lieu.

618. Le paradoxe de la création d'une nouvelle infraction au service de l'atténuation de la sévérité de la répression - Ces réflexions ont donné naissance aux lois dites HADOPI dont le champ d'application est limité au droit d'auteur et aux droits voisins mis en œuvre sur Internet. Ne pouvant faire de l'outil de commission des contrefaçons un critère de distinction de sanctions appliquées aux contrefacteurs et refusant d'adopter un critère téléologique pour sanctionner différemment la contrefaçon domestique et la contrefaçon commise à l'échelle commerciale, le législateur a alors étendu la répression aux titulaires de connexions à Internet et créé une nouvelle peine applicable aux abonnés et aux contrefacteurs¹⁵⁶⁷. En effet, prolongeant la lutte engagée contre les fournisseurs de moyens principalement destinés à la commission d'atteintes à la propriété intellectuelle, le législateur a engagé une lutte contre les abonnés dont la connexion à Internet sert à porter atteinte aux droits de propriété littéraire et artistique¹⁵⁶⁸. L'abonné s'est vu attribuer une obligation de surveillance de sa connexion¹⁵⁶⁹, impliquant une obligation de sécuriser celle-ci dans l'hypothèse où elle servirait à la réalisation d'actes contrefaisants. Le projet de loi prévoyait qu'en cas de constatation de tels actes, le titulaire de la connexion à Internet recevrait une recommandation de la part de la Haute autorité, ayant pour objet de lui rappeler son obligation de surveillance et les dangers des atteintes aux

¹⁵⁶⁵ J.-Ch. Galloux, « Conclusion prospective », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI, du 27 oct. 2008, Paris, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, Collection de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, Litec, n° 33, p. 133-136.

¹⁵⁶⁶ E. Derieux et A. Granchet, *Lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI*, Lamy, 2010, n° 534, p. 194 : les auteurs considèrent qu'il n'était pas nécessaire d'adopter des dispositions particulières pour sanctionner le téléchargement illégal, les sanctions prévues pour la contrefaçon étant suffisantes. Certes, la loi ne déterminant les peines que dans leur maximum, le juge peut prononcer des peines plus faibles, et, ainsi que l'affirment les auteurs, « *qui peut le plus, peut le moins* », mais il a été démontré que des textes, dont les peines prévues sont disproportionnées par rapport aux infractions incriminées, ne sont pas ou peu appliquées par les juges ce qui anéantit tout effet dissuasif. La modification de l'échelle des peines est donc devenue indispensable.

¹⁵⁶⁷ Selon Monsieur le Professeur Lemasson, le dispositif de l'HADOPI n'atteint qu'imparfaitement l'objectif d'adaptation de la réponse pénale à la contrefaçon. Il estime qu'une distinction fondée sur le contexte de réalisation de l'infraction aurait permis de distinguer la contrefaçon commise à l'échelle commerciale et la contrefaçon commise à l'échelle domestique afin de sanctionner la première d'une peine délictuelle et la seconde d'une peine contraventionnelle : A.-Th. Lemasson, « L'adéquation du contenu pénal des lois HADOPI au téléchargement illégal », in *Technique et Droits humains*, Actes du colloque, Facultés de droit de Limoges et Poitiers, 20 au 23 avr. 2010, Montchrestien, Grands Colloques, 2011, p. 367-381.

¹⁵⁶⁸ La connexion Internet n'étant pas un moyen principalement destiné à commettre ces infractions, un texte spécifique était indispensable.

¹⁵⁶⁹ Cette obligation avait été instaurée par la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet et codifiée à l'article L. 335-12 du code de la propriété intellectuelle, mais était dépourvue de sanction.

droits de propriété littéraire et artistique¹⁵⁷⁰. En cas de renouvellement des actes contrefaisants, l'abonné pouvait se voir proposer, par l'HADOPI, une transaction, similaire à la transaction pénale, imposant soit la suspension de l'accès à Internet pendant une période allant d'un à trois mois, soit l'obligation de sécuriser l'accès. Après cette transaction, la constatation de nouveaux actes illicites commis grâce à l'accès à Internet étaient passibles d'une sanction de suspension de la connexion, au maximum pendant un an. La réponse de l'HADOPI au manquement de surveillance de la connexion à Internet était donc graduée, laissant le temps au titulaire de prendre conscience de la nécessité de respecter cette obligation.

619. Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes reconnu par le Conseil constitutionnel et la CEDH - Le choix d'accorder à l'HADOPI, autorité administrative indépendante, un pouvoir de sanction ne porte pas atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Le 17 janvier 1989, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi créant le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)¹⁵⁷¹, puis, le 28 juillet 1989, lors du contrôle de constitutionnalité de la loi instaurant la Commission des opérations de bourse (COB)¹⁵⁷², le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité de la répression administrative, en déclarant que « *le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique puisse exercer un pouvoir de sanction* ». Cette affirmation, régulièrement reprise, n'a jamais été remise en cause¹⁵⁷³. Toutefois, le Conseil constitutionnel subordonne ce pouvoir à deux conditions. La sanction infligée doit être exclusive de toute privation de liberté et le pouvoir de sanction doit être assorti, par la loi, de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis. Ces décisions sont conformes à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bien qu'elles ne puissent être qualifiées de tribunaux¹⁵⁷⁴, la Cour accepte, sur le fondement d'une interprétation globale du respect des garanties du procès équitable, que le pouvoir de juger et de sanctionner soit confié, en première instance, aux

¹⁵⁷⁰ Les recommandations ont, aussi, une vocation pédagogique, dans l'hypothèse où le contrefacteur est le titulaire de la connexion à Internet ou un membre de son entourage – voir *infra* n° 637.

¹⁵⁷¹ Cons. constit., 17 janv 1989, n° 88-248 DC à propos de la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication.

¹⁵⁷² Cons. constit., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, spéc. consid. 6, à propos de la COB.

¹⁵⁷³ Cons. constit., 23 juill. 1996, n° 96-378 DC (loi de réglementation des télécommunications) ; Cons. constit., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC (loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication – Pour une présentation détaillée de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'acceptation du partage de la répression entre les juridictions judiciaires et les autorités administratives indépendantes, lire : A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003, spéc. n° 108 et s., p. 63 et s.

¹⁵⁷⁴ Un tribunal est considéré comme un organe judiciaire établi par la loi et appelé à « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* » : CEDH, 22 oct. 1983, aff. 8790/79, *Sramek c/ Autriche*, spéc. pt. 36 ; CEDH, 29 avr. 1988, aff. 10328/83, *Belilos c/ Suisse*, spéc. pt. 64.

autorités administratives indépendantes¹⁵⁷⁵. Le droit au recours à un tribunal n'est pas anéanti, il est seulement différé dans le temps puisqu'elles sont soumises à un contrôle juridictionnel. Ces autorités administratives ne sont pas exemptes du respect des autres garanties du procès équitable, notamment, l'impartialité fondée sur un critère organique imposant que l'instruction ne soit pas menée par l'organe de sanction¹⁵⁷⁶, et la présomption d'innocence. Cependant, les règles relatives au principe de l'égalité des armes, au principe du contradictoire, ainsi qu'à la publicité de la procédure, peuvent n'être effectives que devant la juridiction de contrôle¹⁵⁷⁷. En vertu de ces jurisprudences, de nombreuses autorités administratives indépendantes disposent d'un organe de poursuites, le Collège, et d'un organe de sanction, la Commission¹⁵⁷⁸. Le pouvoir de sanction de l'HADOPI s'inscrit donc dans cette lignée d'autorités administratives indépendantes. Observée indépendamment de l'organe chargé de la prononcer, la sanction des actes de téléchargement illicites par la suspension de la connexion à Internet apparaît pertinente car particulièrement dissuasive.

B- La pertinence de la création d'une sanction de suspension de la connexion à Internet

620. La pertinence de la confiscation de la chose en cas de manquement à l'obligation de surveillance - La connexion à Internet n'étant qu'un moyen permettant la commission d'actes de contrefaçon et le titulaire de la connexion n'étant pas nécessairement le contrefacteur, la sanction de suspension de la connexion semble judicieuse au regard du caractère indirect de la lutte contre la contrefaçon. De surcroît, cette sanction, « *punissant le pécheur par là où il a péché* »¹⁵⁷⁹, avait vocation à être plus efficace, tant en raison de sa moindre sévérité encourageant les juges à la prononcer, qu'en raison de la crainte du titulaire de l'accès de voir celui-ci suspendu. L'incidence quotidienne de l'absence de connexion à Internet à son domicile apparaît plus concrète qu'une peine d'amende¹⁵⁸⁰. Enfin, en confiant la lutte contre le moyen de réalisation des téléchargements illicites à une autorité administrative indépendante, le législateur a voulu éviter d'engorger les tribunaux avec un nouveau contentieux qui, dès

¹⁵⁷⁵ CEDH 21 févr. 1984, aff. 8544/79, *Oztürk c/ Allemagne* : *Les grands arrêts de la CEDH* 2009, PUF, 5^e éd, resp. n° 20 et 24, note J. Andriantsimbazovina ; Cons. constit., 23 janv 1987, n° 86-224 DC (Conseil de la concurrence) ; Cons. constit., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC (Conseil supérieur de l'audiovisuel) ; CJCE, 29 oct. 1980, aff. 209/78, *Fedetab*, Rec. p. 3125, pt. 81.

¹⁵⁷⁶ CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus* : *AJ Pénal* 2009, p. 354, note J. Lasserre Capdeville – dans le même sens : Cons. constit., 2 déc. 2011, n° 2011-200 QPC : *LPA* 2012, n° 55, p. 3-6, note Miloudi ; Cons. constit., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC – déjà en ce sens CE, 3 déc. 1999, n° 207434, *Didier*.

¹⁵⁷⁷ C. Delicostopoulos, « Autorités administratives indépendantes et procès équitable », in *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques*, SLC, coll. Colloques, vol. XIX, 2013, actes du colloque du 12 oct. 2012, p. 73-93.

¹⁵⁷⁸ Il en est ainsi de l'Autorité de la concurrence, de l'AMF, de la CNIL, du CSA, de l'ARCEP et de l'ARJEL.

¹⁵⁷⁹ Selon l'expression de Madame le Professeur Benabou : V.-L. Benabou, « Grand guignol », *Propr. intell.*, 2009, n° 32, p. 212, spéc. p. 214.

¹⁵⁸⁰ Bien que n'y étant pas favorable, Madame le Professeur Benabou remarque que « *la déferlante de critiques formulées à l'égard de cette coupure démontrait, paradoxalement, que la mesure faisait mouche et apeurait plus que les années d'emprisonnement encourues au titre de la contrefaçon !* » : V.-L. Benabou, « Grand guignol », *art. cit.*, spéc. p. 214.

l'origine, était supposé comme devant être massif. La procédure, menée par l'HADOPI, des investigations aux sanctions, avait vocation à être simple, rapide et efficace.

La doctrine a fortement désapprouvé le choix d'une telle sanction. Toutefois, parmi le bruit des critiques, la voix de Monsieur le Professeur Strowel s'est élevée pour démontrer que la sanction de suspension de la connexion à Internet passe avec succès le test de proportionnalité¹⁵⁸¹. Celui-ci implique que la mesure soit compatible avec le but poursuivi, qu'il n'existe pas de mesures alternatives portant une atteinte moins forte aux libertés individuelles et qu'elle respecte l'équilibre des intérêts. Il affirme que la mesure est pertinente car elle permet de mettre fin aux téléchargements illicites, objectif vers lequel tend l'ensemble du dispositif. Elle apparaît, selon lui, indispensable car « *le développement du piratage en ligne montre l'échec des sanctions existantes et la nécessité de trouver des sanctions alternatives* ». Il ajoute que « *la lutte contre le piratage pourrait passer par d'autres mesures, par exemple par l'intensification des procédures pénales à l'encontre des internautes récidivistes. De telles procédures pénales sont en principe plus « infâmant » et à même de stigmatiser ceux qui en font l'objet, et par rapport à de telles mesures pénales, la suspension partielle de l'accès à internet peut paraître proportionnée vu qu'elle crée moins de désagréments* »¹⁵⁸². Cette mesure est proportionnelle au but poursuivi car elle intervient après un processus d'avertissements et, par conséquent, ne concerne que les cas les plus graves. Par conséquent, contrairement à ce que soutient Madame le Professeur Marino, cette sanction ne semble pas pouvoir être qualifiée d'« *extravagante* »¹⁵⁸³.

621. La sanction de la suspension de la connexion à Internet dans les autres Etats - La France n'est pas le seul Etat à avoir adopté une telle sanction. Dans certains Etats, une procédure et une sanction similaires sont mises en œuvre lorsque les internautes téléchargent illégalement des créations protégées par le droit d'auteur ou un droit voisin. Ainsi, en Corée du Sud, les internautes reçoivent, par l'intermédiaire de leur fournisseur d'accès à Internet, un avertissement d'une commission chargée de la protection du copyright. A la troisième infraction constatée, l'accès aux sites concernés peut être interdit pendant, au maximum, six mois. A Taïwan, la sanction de suspension de l'accès à Internet est mise en œuvre après la constatation de plus de deux téléchargements illicites, sans être précédée d'un avertissement¹⁵⁸⁴. Aux Etats-Unis, sous l'influence des lois HADOPI, une réponse graduée, à destination des titulaires de connexion à Internet, a été instaurée, en 2013, sur le fondement d'accords conclus entre les studios de production de films et de phonogrammes et les fournisseurs d'accès à

¹⁵⁸¹ A. Strowel, « La loi Création et internet : de la confirmation d'un "droit d'accès" en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI du 27 oct. 2008, Paris, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, coll. de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, Litec, n° 33, p. 99-121.

¹⁵⁸² A. Strowel, « La loi Création et internet (...) », *art.cit.*, spéc. p. 117.

¹⁵⁸³ L. Marino, « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2) », *D.* 2010, n° 3, chron., p. 160-164, spéc. n° 7, p. 162.

¹⁵⁸⁴ E. Derieux et A. Granchet, *Lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI*, Lamy, 2010, n° 322, p. 130.

Internet¹⁵⁸⁵. Ceux-ci sont chargés d'envoyer un message au titulaire des droits dont la connexion a servi à télécharger illicitement une création protégée par le copyright. Un second téléchargement fait l'objet d'un deuxième message, qui précise qu'au sixième avertissement le débit de la connexion pourra être ralenti, la perte de vitesse ne permettant plus de télécharger, et que l'internaute aurait l'obligation de suivre une leçon sur les conséquences du téléchargement. Le 8 août 2016, la société fournisseur d'accès à Internet, Cox Communications a été condamnée à verser, à la société BMG, 25 millions de dollars de dommages-intérêts pour insuffisance de mise en œuvre du mécanisme de réponse graduée¹⁵⁸⁶. Le 27 janvier 2017, le Centre for Copyright Information a annoncé l'arrêt du *Copyright Alert System*, considérant que ce programme a permis d'éduquer et de dissuader un nombre important d'utilisateurs qui ont cessé de télécharger illégalement, mais qu'il a atteint ses limites quant à son efficacité envers les internautes téléchargeant régulièrement¹⁵⁸⁷. Néanmoins, d'autres Etats se sont montrés réticents à adopter une sanction de suspension de la connexion à Internet. Ainsi, l'Allemagne a refusé de la consacrer au motif de son inconstitutionnalité.

622. L'hostilité du Parlement européen à la sanction de la suspension de la connexion à Internet - Dès les premières discussions au sujet de la loi dite HADOPI 1 et de la création de la sanction de suspension de la connexion à Internet, le Parlement européen s'est montré hostile à cette sanction et ce, indépendamment de l'organe chargé de la prononcer. Dès le 10 avril 2008, dans sa résolution relative aux industries culturelles en Europe, le Parlement européen a incité les Etats membres à ne pas prendre de mesures d'interruption de l'accès à Internet. Au considérant 23, il « *engage la Commission et les États membres à reconnaître qu'Internet est une vaste plate-forme pour l'expression culturelle, l'accès à la connaissance et la participation démocratique à la créativité européenne, créant des ponts entre générations dans la société de l'information, et, par conséquent, à éviter l'adoption de mesures allant à l'encontre des droits de l'homme, des droits civiques et des principes de proportionnalité, d'efficacité et d'effet dissuasif, telles que l'interruption de l'accès à Internet* »¹⁵⁸⁸. Lors du vote des directives dites « Paquet Télécom », le Parlement a adopté un amendement 138 énonçant qu'« *aucune restriction aux droits et libertés fondamentales des utilisateurs finaux ne doit être prise sans décision préalable de l'autorité judiciaire* »¹⁵⁸⁹. Le 26 mars 2009, quelques mois avant l'adoption de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, il a adopté

¹⁵⁸⁵ Déjà évoquée dans : M. Thiollière, *le projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires culturelles, Sénat, 22 oct. 2008, n° 53, (2008-2009), spéc. p. 31.

¹⁵⁸⁶ L'affaire est relatée par Monsieur le Professeur Kamina : P. Kamina, « Un an de droit anglo-américain », *CCE* 2017, n° 2, chron. 3, spéc. n° 4.

¹⁵⁸⁷ F. Laugée, « Droits d'auteur : fin de la riposte graduée aux Etats-Unis », *REM*, hiver 2016-2017, n° 41.

¹⁵⁸⁸ Résolution du Parlement européen, 10 avr. 2008, relative aux industries culturelles en Europe, (2007/2153(INI)).

¹⁵⁸⁹ Amendement n° 138 introduit par l'Eurodéputé Guy Bono, adopté, la première fois, le 24 septembre 2008 par le Parlement européen et définitivement adopté le 24 novembre 2009.

une recommandation¹⁵⁹⁰ affirmant qu'Internet est un moyen privilégié de réalisation des droits de l'homme et un instrument nécessaire au développement de l'éducation et de la citoyenneté active¹⁵⁹¹. Cette recommandation débute par l'exposé des incidences de l'évolution d'Internet, notamment le fait « *qu'il devient un outil indispensable pour promouvoir des initiatives démocratiques, un nouveau forum de débat politique (par exemple par le biais des campagnes électroniques et du vote électronique), un instrument capital au niveau mondial pour l'exercice de la liberté d'expression (par exemple, la rédaction de blogs) et pour le développement des activités commerciales, ainsi qu'un instrument favorisant l'acquisition de la culture informatique et la diffusion de la connaissance (apprentissage numérique)* ». Il précise que « *l'accès à Internet ne devrait pas être refusé comme une sanction par des gouvernements ou des sociétés privées* » car « *garantir l'accès de tous les citoyens à Internet équivaut à garantir l'accès de tous les citoyens à l'éducation* »¹⁵⁹². Certes, comme le remarque Monsieur le Professeur Zollinger, le droit d'accès à Internet n'est pas qualifié intrinsèquement de droit fondamental, par conséquent, le Parlement européen ne peut affirmer, dans son communiqué de presse, que la mesure de riposte graduée envisagée par la France est contraire au droit européen¹⁵⁹³.

623. L'inconstitutionnalité de l'attribution de cette sanction à une autorité administrative indépendante - Malgré les critiques du Parlement européen et de la doctrine, étudiés indépendamment, le choix de la sanction et de l'organe qui la prononce semble judicieux. Toutefois, le Conseil constitutionnel a censuré la loi dite HADOPI 1, refusant qu'une autorité administrative indépendante prononce une sanction ayant pour effet de limiter la liberté d'expression.

II- L'attribution de la sanction au juge judiciaire, au détriment de l'unicité de la réponse

624. Les péripéties de la sanction de la suspension de la connexion à Internet, de son maintien à son abandon - L'analyse précise de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi dite HADOPI 1 révèle que le refus de voir une autorité administrative indépendante prononcer une sanction de suspension de la connexion à Internet est uniquement fondé sur la nature de la liberté restreinte par cette sanction (A). Le pouvoir de sanction de l'HADOPI n'était alors pas inconstitutionnel. Le législateur, préférant conserver cette sanction au fort caractère dissuasif, a transféré le pouvoir de la prononcer au juge judiciaire. Cependant, l'inconstance du législateur et du gouvernement a abouti à la suppression de cette peine encourue par les titulaires

¹⁵⁹⁰ Recommandation du Parlement européen, 26 mars 2009, à l'intention du Conseil sur le renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur Internet (2008/2160(INI)).

¹⁵⁹¹ *Id.*, consid. 1-b).

¹⁵⁹² *Id.*, consid. Q.

¹⁵⁹³ A. Zollinger, « La lutte des parlements : les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée », *Légipresse* 2009, n° 262, p. 77 et s., spéc. p. 78.

de connexions à Internet. Les juges ne peuvent prononcer qu'une peine d'amende, peine pourtant parfaitement adaptée aux autorités administratives indépendantes (B).

A- L'incompatibilité entre la nature de la liberté restreinte par la sanction et l'autorité chargée de la prononcer

625. Les peines limitatives ou privatives de liberté exclues du pouvoir des autorités administratives indépendantes - Mesdames les Professeurs Delmas-Marty et Teitgen-Colly ont élaboré une typologie des sanctions administratives, distinguant les sanctions patrimoniales, essentiellement pécuniaires telles que les amendes ou les majorations de droits, et les sanctions extrapatrimoniales¹⁵⁹⁴. Ces dernières ne peuvent être que des sanctions restrictives ou privatives de droits, telles que les fermetures d'établissements ou les retraits d'agréments, qui ont, « *au-delà d'une finalité strictement répressive et de leur caractère stigmatisant, [...] une fonction pédagogique avouée* »¹⁵⁹⁵. Sont donc exclues des sanctions administratives, les sanctions restrictives ou privatives de liberté. En effet, elles sont exclues de la répression administrative par le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution¹⁵⁹⁶. Seul le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles, peut prononcer de telles sanctions¹⁵⁹⁷. Par conséquent, le critère de distinction entre la compétence administrative et la compétence judiciaire n'est plus la nature répressive de la sanction, ni même sa gravité¹⁵⁹⁸, mais la nature restrictive de liberté de la sanction. Cette ligne de partage permet de former un « *véritable noyau pénal, noyau dur car de valeur constitutionnelle* »¹⁵⁹⁹.

Cette analyse laissait penser que la sanction de la connexion à Internet, limitant la liberté d'expression et de communication à une époque où ce réseau est un des principaux vecteurs d'expression et d'information, ne pouvait être prononcée par une autorité administrative

¹⁵⁹⁴ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 76 et s.

¹⁵⁹⁵ *Id.*, p. 83

¹⁵⁹⁶ *Id.*, p. 79.

¹⁵⁹⁷ En ce sens : Cons. constit., 23 déc. 1983, n° 83-164 DC ; Cons. constit., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC. Le Conseil constitutionnel fonde cette exigence sur l'article 66 de la Constitution, qui place la liberté individuelle sous la protection de l'autorité judiciaire.

¹⁵⁹⁸ L'exclusion du critère de gravité au profit du critère formel d'atteinte à une liberté individuelle est contestée par Madame Guinchard (A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003, spéc. n° 128, p. 73). Elle affirme qu'une peine d'amende peut avoir des conséquences sur les libertés, de manière similaire aux peines privatives de liberté. Elle suggère alors d'instituer la gravité comme critère de partage du pouvoir de répression entre les autorités administratives indépendantes et les juridictions judiciaires, les amendes, dont le montant est très élevé, ne pouvant être prononcées que par ces dernières. Toutefois, la peine d'amende, bien qu'elle puisse avoir une incidence sur la liberté de l'individu, n'a pas les mêmes conséquences que la peine d'emprisonnement. Le critère de gravité, incertain au regard de l'intensité de l'atteinte aux libertés individuelles, apparaît trop flou pour déterminer l'attribution d'une sanction à une autorité administrative indépendante ou à une autorité judiciaire. A partir de quel seuil la peine d'amende est-elle considérée comme étant trop grave pour être prononcée par une autorité administrative ?

¹⁵⁹⁹ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? (...), op. cit.*, p. 52.

indépendante, nonobstant les garanties du procès équitable entourant son prononcé¹⁶⁰⁰. Ceci fut confirmé par le Conseil constitutionnel.

626. La sanction limitant la liberté d'expression, exclue du pouvoir des autorités administratives indépendantes - Les commentaires de la décision du Conseil constitutionnel ont été nombreux et souvent rédigés sous l'angle de la critique de la sanction de suspension de la connexion à Internet¹⁶⁰¹. Pourtant, la décision des neuf Sages ne porte pas sur la seule sanction¹⁶⁰². En effet, ainsi que l'avait perçu Madame le Professeur Benabou, il est nécessaire de distinguer la censure de la sanction, en raison de sa nature, de la censure de la procédure, fondée sur la nature de l'organe chargé de la prononcer¹⁶⁰³, afin de dépasser les seuls enjeux du droit de la propriété intellectuelle.

Le Conseil commence par présenter les droits fondamentaux qu'il est nécessaire de concilier, d'une part, le droit de la propriété, puisque les droits de propriété intellectuelle sont ainsi qualifiés, et, d'autre part, la liberté d'expression, car, en raison de l'importance prise par les services de communication au public en ligne pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, la liberté d'expression implique la liberté d'accéder à ces services¹⁶⁰⁴. Or, la sanction de suspension de la connexion à Internet restreint la liberté d'accéder à un service nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression, dans le but de protéger des droits de propriété intellectuelle. Dans le considérant 14 de sa décision, le Conseil constitutionnel rappelle, par une formule depuis longtemps consacrée, que le principe de séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative puisse exercer

¹⁶⁰⁰ La Commission de protection des droits de l'HADOPI était exclusivement chargée de prononcer les recommandations et les sanctions, assurant la séparation des pouvoirs avec le Collège, chargé des investigations, et par conséquent, l'impartialité de la Commission. De surcroît, le titulaire de la connexion à Internet avait la possibilité de formuler des observations en réaction aux recommandations, ce qui garantissait une procédure contradictoire et la voie de l'annulation et de la réformation était aussi ouverte devant le juge judiciaire. Enfin, l'HADOPI devait, en priorité, recourir à l'avertissement ou la transaction. Par conséquent, les titulaires de connexion, qui se voyaient appliquer la sanction de suspension de leur accès à Internet, étaient ceux montrant une particulière réticence à sécuriser leur connexion.

¹⁶⁰¹ Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes? », *Dr. pén.* 2009, n° 11, ét. 24, p. 11-18 ; A.-Th. Lemasson, « L'adéquation du contenu pénal des lois HADOPI au téléchargement illégal », in *Technique et Droits humains*, Actes du colloque, Facultés de droit de Limoges et Poitiers, 20 au 23 avr. 2010, Montchrestien, Grands Colloques, 2011, p. 367-381, spéc. p. 375.

¹⁶⁰² La décision est, aussi, fondée sur l'atteinte au principe de la présomption d'innocence. La loi prévoyait que le titulaire de la connexion devait démontrer qu'il n'était pas l'auteur des actes illicites et était déchargé de cette preuve s'il démontrait qu'il avait installé un logiciel de sécurisation labellisé, préalablement à leur réalisation. Le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 9 de la DDHC, a considéré que ce renversement de la charge de preuve portait atteinte à la présomption d'innocence (consid. 17 et 18). Ces éléments, bien que déterminants dans la décision du Conseil, sont dépourvus de lien avec l'analyse de la sanction de suspension de la connexion ; ils ne seront donc pas davantage analysés dans ces pages.

¹⁶⁰³ V.-L. Benabou, « Grand guignol », *Propri. intell.* 2009, n° 32, p. 212, spéc. p. 215 - Pour une critique générale, sans distinction : L. Marino, « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *D.* 2009, n° 30, p. 2045.

¹⁶⁰⁴ Lire le commentaire de la décision rédigé par Madame le Professeur Marino qui va jusqu'à qualifier l'accès à Internet de « droit-liberté » : L. Marino, « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *art. cit.*

un pouvoir de sanction lorsque les conditions de nécessité de celle-ci et de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis sont respectées¹⁶⁰⁵. Une lecture stricte de cette affirmation laisse donc penser que si ces deux conditions sont remplies, la sanction de suspension de la connexion à Internet pourrait être prononcée par l'HADOPI. Pourtant, passant sous silence la nécessité de la sanction et affirmant que les garanties entourant son prononcé sont indifférentes à la solution, le Conseil ne vérifie pas ces conditions. Il mène un raisonnement qui aboutit à l'ajout d'une condition à ce principe de pouvoir de sanction des autorités administratives. Il rappelle, par une formulation superlative, que la liberté d'expression est précieuse pour la démocratie et le respect des autres droits et libertés¹⁶⁰⁶. En raison de la nature de cette liberté, une sanction, ayant pour effet de restreindre son exercice et s'étendant à la totalité de la population, ne peut être confiée à une autorité administrative qui n'est pas une juridiction. Le refus du Conseil constitutionnel de confier la sanction de suspension de la connexion à Internet à l'HADOPI est donc fondée sur la nature de la liberté qu'elle restreint et son incompatibilité avec la nature de l'organe chargé de la prononcer. Cette sanction n'est pas exclue du champ de compétence de l'HADOPI en raison du fait qu'elle limite, temporairement, une liberté. Elle en est exclue car elle limite, spécifiquement, la liberté d'expression. Cette décision n'a pas pour incidence d'ériger un principe d'exclusion des sanctions restrictives ou privatives de liberté du pouvoir des autorités administratives indépendantes. Le Conseil constitutionnel refuse, seulement, que la sanction de suspension de la connexion à Internet soit prononcée par l'HADOPI en raison de la nature spécifique de la liberté d'expression qu'elle limite. L'approche du Conseil constitutionnel est donc organique et non substantielle, ni même procédurale¹⁶⁰⁷. En effet, la sanction de suspension de la connexion à Internet sera ensuite attribuée au juge judiciaire, par la loi dite HADOPI 2¹⁶⁰⁸. Peine complémentaire de la contravention de négligence caractérisée, cette sanction est aussi consacrée comme peine complémentaire des contrefaçons commises au moyen d'un service de communication au public en ligne. Or, la procédure adoptée par le législateur, sans que le Conseil ne s'en émeuve¹⁶⁰⁹, est simplifiée et considérablement allégée de garanties procédurales. Le juge pourra statuer à juge unique¹⁶¹⁰ ou par ordonnance pénale¹⁶¹¹, impliquant une absence de procédure contradictoire et de motivation de la décision, garanties procédurales qui n'étaient pas exclues

¹⁶⁰⁵ Cons. constit., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, spéc. consid. 6, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier – Sur le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, lire : M. Pochard, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA* 2001, p. 106 – voir *supra* n° 619.

¹⁶⁰⁶ La CEDH affirme, aussi, que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique : CEDH, 21 janv 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*, spéc. pt. 45.

¹⁶⁰⁷ Nous proposons une troisième approche, excluant les approches procédurales et substantielles envisagées par Madame le Professeur Benabou : V.-L. Benabou, « Grand guignol », *Prop. intell.* 2009, n° 32, p. 212, spéc. p. 215.

¹⁶⁰⁸ Loi, n° 2009-1311, du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

¹⁶⁰⁹ Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, spéc. consid. 21 et 22.

¹⁶¹⁰ Art. 398-1 du CPP.

¹⁶¹¹ Art. 495 à 495-6 du CPP.

du prononcé de cette sanction par l'HADOPI. Ceci démontre que la décision du Conseil constitutionnel est exclusivement fondée sur un critère purement organique. Même la qualité professionnelle des individus, magistrats et hauts fonctionnaires, qui composent la Commission de protection des droits chargée de prononcer la sanction, n'a pas eu d'incidence sur la décision du Conseil. Certes, ils n'auraient pas prononcé cette sanction dans les circonstances de leur mission judiciaire, mais il n'est pas illogique de penser qu'ils ne se seraient pas départis de la vertu dont ils font montre dans l'exercice de leurs fonctions.

Si cette décision du Conseil constitutionnel a été bien accueillie par la majorité de la doctrine, il a été affirmé que brandir la liberté d'expression, pour empêcher une autorité administrative indépendante de sanctionner des internautes qui offrent un moyen de porter atteinte au droit de propriété, n'est pas légitime¹⁶¹². Après avoir démontré que la décision des Sages portait uniquement sur l'incompatibilité entre l'organe et la nature de la liberté restreinte par la sanction litigieuse, il convient de mener une analyse plus globale, à l'aune du débat sur les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes.

627. L'analyse de la décision du Conseil constitutionnel à la lumière des sanctions extrapatrimoniales attribuées aux autres autorités administratives indépendantes -

Certains auteurs ont remarqué que les autorités administratives ne sont pas dépourvues de sanctions ayant une incidence sur les libertés individuelles. Les auteurs n'ont pas manqué de comparer la sanction de suspension de la connexion à Internet à celle de suspension du permis de conduire, encourue en cas d'infraction au code de la route¹⁶¹³. Ainsi que le fait remarquer Monsieur le Professeur Robert, l'usage abusif d'une liberté est « *un motif très commun et très approprié de sa privation, comme on le remarque avec la suspension ou l'annulation du permis de conduire, la fermeture de débits de boisson ou d'usines polluantes, l'interdiction professionnelle* »¹⁶¹⁴. La sanction de suspension du permis de conduire, qui peut être prononcée par le préfet¹⁶¹⁵, restreint la liberté de circulation à l'image de la suspension de la connexion à Internet qui restreint la liberté d'expression. De surcroît, la première apparaît plus sévère que la seconde. Si la suspension du permis de conduire n'empêche pas les individus de se déplacer librement, elle les empêche de conduire tout véhicule terrestre à moteur, tandis que la suspension de la connexion n'exclut pas totalement la possibilité de s'exprimer ou de s'informer

¹⁶¹² Monsieur Zollinger déplore que dans les débats, tant nationaux qu'européens, avec notamment la recommandation du Parlement européen du 26 mars 2009, le droit d'auteur et les droits voisins aient été si peu évoqués. Si le droit d'auteur constitue « *avant tout un droit de l'homme* », il semble être perçu comme étant un droit économique désincarné, ne méritant pas d'être cité dans la liste des droits fondamentaux susceptibles d'être affectés par l'utilisation d'Internet : A. Zollinger, « La lutte des parlements : les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée », *Légipresse* 2009, n° 262, p. 77 et s., spéc. p. 79.

¹⁶¹³ V. Fauchoux, P. Deprez et J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, LexisNexis, 2^e éd., 2013, n° 418, p. 293.

¹⁶¹⁴ J.-H. Robert, « Commentaire de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet », *Dr. pén.* 2009, n° 12, ét. 25, p. 7, spéc. n° 13, p. 9.

¹⁶¹⁵ Art. R. 224-1 et s. du code de la route.

au moyen d'Internet, l'accès pouvant être obtenu au moyen de connexions publiques, dans les cybercafés et bibliothèques, ou privé, sur le lieu de travail.

La comparaison peut être encore plus précise puisque la sanction de suspension de l'accès à Internet, « *fleuron de la loi* » dite HADOPI 1¹⁶¹⁶, semble analogue aux sanctions prononcées par d'autres autorités administratives indépendantes. L'AMF peut prononcer des interdictions d'exercice professionnel de certains services liés à un manquement à une obligation régie par les dispositions du code monétaire et financier¹⁶¹⁷. Cette sanction apporte une restriction, qui peut être permanente, à la liberté du commerce et de l'industrie. Le CSA, quant à lui, dispose du pouvoir de suspendre la diffusion d'un programme¹⁶¹⁸. De manière similaire à la sanction de suspension de la connexion à Internet, l'interdiction de diffusion d'un programme durant un certain délai, constitue une atteinte à la liberté d'expression et de communication. L'argument selon lequel les programmes télévisés et radiophoniques, en raison de leur importance dans notre société, sont essentiels au fonctionnement de la démocratie aurait pu fonder l'interdiction de cette sanction par le Conseil constitutionnel. Celui-ci l'a pourtant déclarée conforme à la Constitution¹⁶¹⁹ et, nonobstant les vifs débats, a été récemment prononcée par le CSA¹⁶²⁰. Cependant, il convient de remarquer que ces sanctions sont moins des restrictions ou des suppressions d'une liberté, que le retrait d'une autorisation administrative. En effet, la diffusion d'un programme, l'exercice de certaines professions dans le milieu financier, ainsi que la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, sont soumis à des autorisations administratives. Par conséquent, il semble logique que les autorités administratives, indépendantes ou non, disposent, en cas de violation de règles ou d'obligations, du pouvoir de retirer les autorisations qu'elles ont émises¹⁶²¹. L'analogie entre ces sanctions et celle de suspension de la connexion à Internet n'est donc pas parfaite, l'accès des individus à ce réseau n'étant soumis à aucune autorisation administrative. La décision rendue par le Conseil constitutionnel au sujet de l'HADOPI ne constitue pas une remise en cause du pouvoir de sanctions extrapatrimoniales des autorités administratives indépendantes. Ainsi que Mesdames les Professeurs Delmas-Marty et Teitgen-Colly le suggéraient dans leur analyse¹⁶²², elles peuvent porter une atteinte directe à un droit, mais pas à une liberté.

¹⁶¹⁶ L. Marino, « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2) », *D.* 2010, n° 3, chron., p. 160-164, spéc. n° 6, p. 161.

¹⁶¹⁷ Art. L. 621-15, III du CMF.

¹⁶¹⁸ Art. 42-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication – Sur le pouvoir de sanction du CSA, lire : S. Clément-Cuzin, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *AJDA* 2001, p. 111.

¹⁶¹⁹ Cons. constit., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, spéc. consid. 40-42.

¹⁶²⁰ CSA, Déc. n° 2017-532, 26 juill. 2017, portant sanction à l'encontre de la société C8 : E. Derieux, « Pouvoir de sanction du CSA, Touche pas à mon poste, n° 3 », *RLDI* 2017, n° 140.

¹⁶²¹ Ainsi, le CNC, établissement public administratif, sous tutelle du ministre chargé de la culture, a le pouvoir de prononcer la fermeture temporaire de salles de cinéma (art. L. 422-1 du code du cinéma et de l'image animée).

¹⁶²² M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 79 et s.

Souhaitant, dans un premier temps, maintenir cette sanction, le législateur l'a alors attribuée au juge judiciaire, entraînant la suppression du pouvoir de sanction de l'HADOPI dans les circonstances de cette mission.

B- L'attribution des sanctions au juge judiciaire, de l'utilité à l'incohérence

628. La loi dite HADOPI 2, l'attribution de la sanction de la négligence caractérisée au juge judiciaire - Souhaitant conserver la sanction de suspension de la connexion à Internet, mais dans l'obligation de se conformer à la décision du Conseil constitutionnel, le législateur l'a attribuée au juge judiciaire¹⁶²³. Avec la loi dite HADOPI 2, la violation de l'obligation civile de surveillance de l'accès à Internet¹⁶²⁴ forme une contravention de négligence caractérisée¹⁶²⁵, contravention de cinquième classe¹⁶²⁶ qui peut être sanctionnée d'une peine d'amende maximale de 1 500 euros, et de 3 000 euros en cas de récidive¹⁶²⁷, ainsi que d'une peine complémentaire de suspension de la connexion à Internet pour une durée maximale d'un mois¹⁶²⁸. Cette peine est conforme à la peine complémentaire de droit commun de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, qui peut être prononcée par le juge lorsque le règlement réprimant la contravention le prévoit¹⁶²⁹. Le transfert de la sanction de suspension de la connexion à Internet au juge judiciaire, sans aucune modification, et sa qualification de peine complémentaire à la contravention de négligence caractérisée, démontre que celle-ci a, intrinsèquement, une nature répressive. Peu important que ce soit le juge judiciaire ou l'autorité administrative qui la prononce, puisque la nature répressive d'une sanction n'est pas déterminée par un critère organique. La loi dite HADOPI 1 attribuait bien une fonction répressive à cette autorité administrative indépendante. Si l'attribution d'une telle sanction au juge judiciaire a été saluée¹⁶³⁰, il a été remarqué que certes, le magistrat siégeant au tribunal de police, compétent pour connaître de ces infractions¹⁶³¹, est garant des libertés individuelles, mais que le dossier est entièrement constitué par l'HADOPI. Par conséquent, « *par principe, c'est une garantie très appréciable pour les justiciables. Mais, en l'espèce, c'est un alibi, car le juge n'est ici qu'un*

¹⁶²³ L'attribution de la sanction de suspension de la connexion à Internet au juge judiciaire a été bien accueillie par la doctrine : « *faire dépendre le prononcé de la suspension d'abonnement du juge, et non plus d'une autorité administrative indépendante, est un progrès indéniable* » (A. Zollinger, « L'adaptation du droit d'auteur français à l'univers numérique : quels risques pour les droits de l'homme ? », in *Technique et Droits humains*, Actes du colloque, Facultés de droit de Limoges et Poitiers, 20 au 23 avr. 2010, Montchrestien, Grands Colloques, 2011, p. 283-297, spéc. n° 24, p. 296).

¹⁶²⁴ Art. L. 336-3 du CPI.

¹⁶²⁵ Définie par l'article R. 335-5 du CPI.

¹⁶²⁶ Art. L. 335-7-1 du CPI.

¹⁶²⁷ Art. 131-13 du CP.

¹⁶²⁸ Article R. 335-5 du CPI tel qu'instauré par le décret n° 2010-236 du 5 mars 2010, avant sa modification par le décret n° 2013-596 du 8 juill. 2013.

¹⁶²⁹ Art. 131-16, 5° du CP.

¹⁶³⁰ V. Varet, « "Riposte graduée" : beaucoup de bruit pour rien ? », *Légipresse* 2010, n° 268, cah. II, p. 1-12 (Toutefois, l'auteur critique la nature de la sanction).

¹⁶³¹ Art. 524 al. 5 du CPP.

homme de paille »¹⁶³². Outre la question de la protection des libertés individuelles, le transfert de cette sanction au juge judiciaire n'est pas sans incidence sur la valeur morale qui y est attachée. Mesdames les Professeurs Delmas-Marty et Teitgen-Colly expliquaient que l'avantage de la répression administrative consistait en sa confidentialité, atout que ne possède pas la répression pénale dont le caractère public jette l'opprobre sur l'individu condamné¹⁶³³. Par conséquent, la sanction administrative est mieux tolérée que la sanction pénale. C'est un avantage que l'infraction de négligence caractérisée aurait pu retirer de sa sanction par l'HADOPI, le public étant réfractaire à la répression pénale en ce domaine et d'autant plus à cette nouvelle obligation.

629. La perte d'unicité de la réponse graduée - En faisant de la négligence caractérisée une contravention dont la sanction relève du pouvoir judiciaire¹⁶³⁴, le législateur a, d'une part, supprimé le pouvoir de sanction de l'HADOPI, ne lui laissant qu'un pouvoir de dissuasion mis en œuvre par les recommandations, et, d'autre part, attribué au juge judiciaire un nouveau contentieux, allant à l'encontre de l'objectif de la loi dite HADOPI 1, de ne pas engorger les tribunaux. Certes, si la fonction de dissuasion des recommandations est efficace, peu de dossiers devraient être transmis au juge mais, l'efficacité de la dissuasion dépend, en partie, de l'effectivité des sanctions¹⁶³⁵. Or, la dissociation de la dissuasion active individuelle de la sanction fait perdre à la réponse graduée son unicité, ce qui a des conséquences systémiques importantes, tant sur sa cohérence que sur son efficacité¹⁶³⁶. En effet, en attribuant la dissuasion et la sanction à des organes distincts, le législateur prend le risque qu'ils ne parlent pas d'une même voix et que la réponse graduée devienne inintelligible. En confiant la dissuasion et la sanction à l'HADOPI, le législateur s'assurait d'une réelle gradation de la réponse, car il était peu probable qu'un titulaire, qui ne sécurise pas sa connexion malgré les recommandations, ne soit pas sanctionné d'une suspension de celle-ci. Si l'autorité administrative était efficace dans l'envoi des recommandations, le titulaire de la connexion pouvait être convaincu de l'effectivité de la sanction qui lui serait appliquée s'il ne sécurisait pas sa connexion. L'attribution de la fonction de sanction à l'autorité judiciaire ne garantit pas une telle cohérence. Mettre ce contentieux à la charge d'une autorité, qui n'est pas exclusivement spécialisée en la matière,

¹⁶³² L. Marino, « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2) », *D.* 2010, n° 3, chron., p. 160-164, spéc. n° 18, p. 164.

¹⁶³³ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 83.

¹⁶³⁴ L'infraction de négligence caractérisée est définie à l'article R. 335-5 du CPI et est punie, sur ce fondement, de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe, soit 1 500 euros (art. 131-13 du CP) et 3 000 euros en cas de récidive légale (art. 132-11 du CP), ainsi que de la suspension de la connexion à Internet durant un mois au maximum, en application de l'article L. 335-7-1 du CPI.

¹⁶³⁵ Voir *supra* n° 520 la dépendance de l'efficacité de la dissuasion et de la sanction pénale.

¹⁶³⁶ La décision, prise si rapidement après la décision du Conseil constitutionnel, de conserver la sanction de suspension de la connexion à Internet et de supprimer le pouvoir de l'HADOPI de la prononcer pour l'attribuer au juge judiciaire, démontre que l'externalisation de la répression ne procède pas d'une réflexion profonde, mais d'une simple opportunité – voir *supra* n° 574.

crée un risque de perte d'efficacité et de rapidité dans le traitement des dossiers. Le manque de formation quant aux enjeux de ce nouveau contentieux peut amener les juges à prononcer des sanctions très faibles voire, à classer les dossiers sans prononcer de sanction. L'absence d'effectivité des sanctions de la contravention de négligence caractérisée aurait alors pour effet d'anéantir l'efficacité de l'ensemble de la procédure de réponse graduée. Certes, le « *souci d'efficacité ne doit pas tout permettre* »¹⁶³⁷, mais il imposait l'unicité de la procédure¹⁶³⁸. Le démantèlement de la réponse graduée peut alors être déploré¹⁶³⁹. Au-delà de la perte d'unicité, la dislocation de la réponse graduée affaiblit le caractère répressif de l'HADOPI¹⁶⁴⁰. Elle ne conserve que ses fonctions d'investigation et de recommandation qui, néanmoins, portent en elles un fort pouvoir de commandement¹⁶⁴¹.

630. L'inutilité de la perte d'unicité - Le décret du 8 juillet 2013¹⁶⁴² a supprimé la sanction de suspension de la connexion à Internet encourue en cas de contravention de négligence caractérisée de l'abonné¹⁶⁴³. Par conséquent, le juge ne peut prononcer qu'une peine d'amende. Une telle sanction pécuniaire pouvant être prononcée par les autorités administratives indépendantes, le législateur aurait pu, dès la loi dite HADOPI 2, supprimer la sanction de suspension de la connexion et laisser à la Haute autorité le soin de sanctionner, par une amende, la négligence caractérisée du titulaire de l'accès à Internet. La perte inutile de son pouvoir de sanction du manquement de surveillance, par le titulaire, de sa connexion à Internet, limite son rôle à la dissuasion du téléchargement illicite.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

631. La suppression du pouvoir de sanction de l'HADOPI est justifiée par la volonté du législateur de maintenir la peine de suspension de la connexion à Internet encourue par les titulaires dont la négligence est caractérisée. La décision du Conseil constitutionnel ne laissait d'autre choix que d'attribuer cette sanction au juge judiciaire. Certes, la réponse graduée perdait alors son unité, mais la cohérence du dispositif était préservée car cette sanction était particulièrement dissuasive, la suspension de la connexion étant largement crainte par les

¹⁶³⁷ A. Zollinger, « L'adaptation du droit d'auteur français à l'univers numérique : quels risques pour les droits de l'homme ? », in *Technique et Droits humains*, Actes du colloque, Facultés de droit de Limoges et Poitiers, 20 au 23 avr. 2010, Montchrestien, Grands Colloques, 2011, p. 283-297, spéc. n° 26, p. 297.

¹⁶³⁸ Si la voie judiciaire permet de respecter les exigences constitutionnelles, un auteur souligne que la procédure perd en efficacité et en réactivité : A.-Th. Lemasson, « L'adéquation du contenu pénal des lois HADOPI au téléchargement illégal », in *Technique et Droits humains*, Actes du colloque, Facultés de droit de Limoges et Poitiers, 20 au 23 avr. 2010, Montchrestien, Grands Colloques, 2011, p. 367-381, spéc. p. 379.

¹⁶³⁹ J.-M. Bruguière, « Loi "sur la protection de la création sur Internet" : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? », *D.* 2009, n° 26, p. 1770.

¹⁶⁴⁰ En ce sens : V. Fauchoux, P. Deprez et J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, LexisNexis, 2^e éd., 2013, n° 418, p. 293.

¹⁶⁴¹ Voir *infra* n° 634.

¹⁶⁴² Décret, n° 2013-596, 8 juill. 2013.

¹⁶⁴³ Elle est toutefois maintenue comme peine complémentaire sanctionnant les actes de contrefaçon commis au moyen d'un service de communication au public en ligne.

internauts. Son abrogation a toutefois bouleversé l'équilibre instauré et la procédure n'apparaît plus cohérente. En effet, la majorité des autorités administratives indépendantes sont dotées d'un pouvoir de sanction et la peine d'amende est parfaitement adaptée à leurs missions. En l'absence de la sanction de suspension de la connexion, il n'apparaît alors plus judicieux de laisser le juge prononcer uniquement la peine d'amende. Réinstaurer le pouvoir de sanction de l'HADOPI et conférer à la réponse graduée son unité originelle apparaissent indispensables car l'efficacité de son pouvoir de recommandation dépend fortement du prononcé de la sanction par le juge.

PARAGRAPHE II - Le pouvoir de recommandation de l'HADOPI, un pouvoir d'injonction efficace

632. Des injonctions à la fonction dissuasive efficace - L'HADOPI a, certes, perdu son pouvoir de sanction de la négligence caractérisée, mais elle conserve son pouvoir de recommandation. L'analyse de la procédure met en exergue le fait que les recommandations constituent des injonctions par lesquelles l'autorité administrative tend à contraindre les titulaires d'accès à Internet de sécuriser celui-ci (I). En raison du fait qu'elles contiennent la menace d'une sanction, les recommandations ont une fonction dissuasive dont l'efficacité, bien que contestée par une partie de la doctrine, est démontrée par le dernier bilan de l'HADOPI. Deux aspects doivent néanmoins nuancer cette efficacité. D'une part, l'évolution des pratiques de consommation de biens, objets de droit de l'auteur ou droits voisins, sur Internet doivent être prise en considération et, d'autre part, l'efficacité de la réponse graduée est dépendante de celle de la réponse pénale du procureur de la République et du juge (II).

I- Les recommandations, pouvoir d'injonction de l'HADOPI

633. Le pouvoir de recommandation de l'HADOPI - L'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle met à la charge du titulaire de l'accès à un service de communication au public en ligne l'obligation de veiller à ce que l'accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation portant atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins¹⁶⁴⁴. Par conséquent, lorsque l'accès fait l'objet d'une telle utilisation, l'obligation de surveillance est susceptible de ne pas avoir été remplie. Sur le fondement de l'article L. 331-25 du même code, la Commission de protection des droits, constatant ces faits susceptibles de constituer un tel manquement, peut envoyer un courrier électronique, au titulaire de l'accès, par l'intermédiaire du fournisseur. Ce courrier, qualifié de recommandation, mentionne la date et l'heure auxquelles les faits ont été constatés,

¹⁶⁴⁴ Madame le Professeur Benabou, replaçant cette obligation civile dans le corpus du droit commun des obligations, la qualifie d'obligation de garde de l'accès, le titulaire de la connexion à Internet étant le « *gardien de la connexion* » : V.-L. Benabou, « Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009) », *RLDI* 2009, n° 52.

lui rappelle son obligation et lui enjoint de la respecter. Il avertit le titulaire des sanctions spécifiques qu'il encourt, tant au titre des actes de contrefaçon, qu'en raison de la négligence caractérisée et mentionne l'existence de moyens de sécurisation de nature à prévenir les manquements à son obligation de surveillance. Cette recommandation contient, aussi, des informations sur l'offre légale de contenus sur Internet et sur les dangers, pour la création artistique et le secteur culturel, de la violation du droit d'auteur et des droits voisins. A compter de l'envoi de la première recommandation, le renouvellement, dans un délai de six mois, d'atteintes au droit d'auteur ou aux droits voisins au moyen de cet accès à Internet, fait l'objet d'une nouvelle recommandation. Le courrier électronique, qui comporte les mêmes informations que le premier, est assorti d'une lettre recommandée avec accusé de réception. A la réception de chaque recommandation, le titulaire de l'accès à Internet peut adresser, à la Commission de protection des droits, des observations et obtenir, sur demande expresse de sa part, des précisions sur le contenu des œuvres et objets protégés concernés. Si, dans l'année qui suit la deuxième recommandation, de nouvelles atteintes au droit d'auteur ou aux droits voisins, commises au moyen de cet accès à Internet, sont constatées, le manquement à l'obligation de surveillance est qualifié de négligence caractérisée et engage la responsabilité pénale de son débiteur. Définie, par l'article R. 335-5 du code de la propriété intellectuelle, comme le fait, sans motif légitime, de ne pas avoir mis en place de moyen de sécurisation de l'accès à Internet ou d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen¹⁶⁴⁵, la négligence caractérisée est, depuis 2013, uniquement sanctionnée d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe.

634. Les recommandations qualifiées d'injonctions - Ce pouvoir de recommandation, par lequel l'HADOPI tend à contraindre le titulaire de la connexion de surveiller, voire sécuriser celle-ci, afin qu'elle ne serve pas à porter atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins, peut être qualifié de pouvoir d'injonction¹⁶⁴⁶. En effet, définie comme étant un « *ordre, prescription, commandement émanant d'une autorité* »¹⁶⁴⁷, l'injonction est, en principe, un pouvoir du juge, par lequel il « *ordonne à une personne d'adopter un certain comportement* »¹⁶⁴⁸. Ce pouvoir est accordé aux autorités administratives indépendantes dans les circonstances de leurs missions

¹⁶⁴⁵ Il est erroné de soutenir que l'obligation de surveillance de la connexion à Internet mue en une obligation de sécurisation. L'absence de mise en place ou le manque de diligence dans la mise en œuvre du moyen de sécurisation est l'élément matériel de l'infraction de négligence caractérisée. Certes, l'incrimination de ce comportement est fondée sur l'obligation civile de surveillance de l'accès, mise à la charge du titulaire de celui-ci, mais, aussi, sur l'absence de respect des recommandations. L'obligation de surveillance n'est donc pas « *une obligation mutante* » (L. Marino, « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2) », *D.* 2010, n° 3, chron., p. 160-164, n° 10, p. 162), elle est uniquement une obligation civile constitutive de l'un des fondements de l'infraction de négligence caractérisée.

¹⁶⁴⁶ M. Vivant, « Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 51, spéc. n° 5 – La qualification de sanction a été rejetée par le Conseil d'Etat, saisi par les sociétés Apple Inc, iTunes et French Data Network : CE, 19 oct. 2011, n° 339154, n° 342405, n° 339279.

¹⁶⁴⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V° injonction.

¹⁶⁴⁸ N. Decoopman, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP G* 1987, n° 44, doct. 3303, spéc. n° 3.

de police administrative. Decoopman constate que l'injonction, « *outre la constatation et la critique de la violation de la norme, [...] ordonne à l'intéressé d'adopter tel ou tel comportement. L'injonction constitue donc à la fois l'exercice d'un pouvoir de contrôle et la manifestation d'un pouvoir de commandement, tout en se situant en deçà de la sanction qui peut néanmoins être prononcée en cas de non-respect de l'injonction* »¹⁶⁴⁹. L'injonction constitue donc l'expression d'un pouvoir de coercition des autorités administratives indépendantes, indépendamment de leur éventuel pouvoir de sanction. Certaines autorités administratives indépendantes disposent d'un pouvoir expressément nommé d'injonction¹⁶⁵⁰. Pour d'autres, le législateur n'a pas employé cette qualification, mais Decoopman constate que, dès lors que l'autorité administrative dispose d'un pouvoir supérieur à un simple pouvoir de critique ou de remontrance, manifestant un pouvoir de commandement, il s'agit bien d'un pouvoir d'injonction, peu important le terme utilisé par le législateur¹⁶⁵¹. Les recommandations émises par l'HADOPI, en ce qu'elles ne sont pas de simples invitations à respecter l'obligation de surveillance de la connexion, constituent des injonctions et respectent la procédure qui les entoure communément. En effet, malgré l'absence de régime juridique commun légalement déterminé, Decoopman a mis en exergue les principes communs des différents régimes¹⁶⁵². Si devant l'HADOPI, il n'existe pas de procédure contradictoire préalable à l'envoi des recommandations, le titulaire de la connexion à Internet peut, néanmoins, faire part de ses observations après leur réception. De surcroît, ces recommandations n'ayant pas pour effet de modifier la situation juridique du titulaire de l'accès, elles ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'à l'occasion de celui formé contre la sanction prononcée ultérieurement. Le Conseil d'Etat a considéré qu'elles ne peuvent être qualifiées de décisions individuelles en raison de l'absence de caractère de sanction ou d'accusation. Le Conseil ajoute qu'en conséquence, elles sont exclues du champ de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁵³. Il est intéressant de noter que la qualification d'injonction n'a pas été employée pour cette mission de la Haute autorité, mais qu'elle apparaît dans la description de la mission de régulation des mesures techniques de protection et d'information¹⁶⁵⁴. Contrairement à l'obligation d'interopérabilité dont les débiteurs sont des professionnels, l'obligation de surveillance de l'accès à Internet pèse sur les consommateurs. Le contrôle de son respect constitue un enjeu politique et l'acceptation de cette obligation et du pouvoir de commandement de l'HADOPI

¹⁶⁴⁹ *Id.*, spéc. n° 5.

¹⁶⁵⁰ Il en est ainsi de l'Autorité de la concurrence (art. L. 462-6 et L. 464-2 du code de commerce), de l'AMF (art. L. 621-13 du code des marchés financiers) et de la CNIL (Art. 45 de la loi, n° 78-17, du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

¹⁶⁵¹ N. Decoopman, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *art. cit.*, spéc. n° 14 et s. - Ainsi, le CSA peut adresser des mises en demeure, préalablement au prononcé d'une sanction (Art. 42 de la loi, n° 86-1067, du 30 novembre 1986 relative à la liberté de communication).

¹⁶⁵² N. Decoopman, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *art. cit.*, spéc. n° 22 et s.

¹⁶⁵³ CE, 19 oct. 2011, n° 342405, *French Data Network* ; CE, 19 oct. 2011, n° 339154, *Sté Apple Inc et Sté iTunes SARL* ; CE, 19 oct. 2011, n° 339279, *French Data Network*.

¹⁶⁵⁴ Art. L. 331-35 al. 2 du CPI.

étant sensible, le législateur a préféré taire la qualification juridique de ces commandements et employer un terme qui suggère davantage la mission pédagogique de la Haute autorité.

635. La réponse graduée, une forme de rappel à la loi - La qualification d'injonctions, révélant le pouvoir de commandement de l'HADOPI, est renforcée par l'assimilation des recommandations aux rappels à la loi. En effet, il semble que, sur le fondement de l'article 41-1 du code de procédure pénale, les recommandations envoyées par l'HADOPI peuvent faire office de rappel à la loi. Dans son dernier rapport, l'HADOPI explique que le procureur de la République peut, préalablement à l'engagement d'une action publique, adresser, à la Commission de protection des droits, un dossier relatif à des actes de contrefaçon commis au moyen d'un service de communication au public en ligne¹⁶⁵⁵. La procédure de réponse graduée constitue alors une alternative aux poursuites, faisant du commandement un support de pédagogie. Ne pouvant être saisie que sur des faits datant de moins de six mois, l'autorité administrative propose d'augmenter le délai à un an¹⁶⁵⁶, ce qui offrirait aux procureurs de la République la possibilité de la saisir plus fréquemment.

636. L'HADOPI, dépendante du juge répressif - Les recommandations adressées par l'HADOPI aux titulaires de connexion à Internet sont, certes, des injonctions, mais cette qualification ne garantit pas leur efficacité. Celles-ci ne pourront être dissuasives que si la sanction est mise en œuvre par le juge judiciaire, en cohérence avec la réponse apportée par l'HADOPI. L'efficacité de la réponse graduée est donc dépendante de la mise en œuvre de la sanction par le juge répressif.

II- L'efficacité de la fonction dissuasive des recommandations

637. Les fonctions des recommandations, dissuasion et pédagogie pour une désincitation - Outre les fonctions de pédagogies et de commandement, les recommandations ont une fonction de dissuasion. En effet, en rappelant la sanction encourue en cas de négligence caractérisée et d'actes de contrefaçon, les recommandations de l'HADOPI constituent une menace incitant le titulaire de la connexion à Internet à sécuriser celle-ci ou le dissuadant de commettre de nouvelles atteintes s'il a commis celles constatées¹⁶⁵⁷. Monsieur le Professeur Geiger estime que la fonction dissuasive occulte la fonction pédagogique de la réponse graduée. Certes, les recommandations comportent des informations à vocation pédagogique, mais il est certain que leur objectif principal est la dissuasion. Il affirme que « *si cela est censé être un*

¹⁶⁵⁵ HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 88.

¹⁶⁵⁶ Délai correspondant au délai de prescription de l'action publique en matière correctionnelle.

¹⁶⁵⁷ Monsieur le Professeur Caron y voit une fonction préventive. Or, l'atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins a déjà eu lieu et, par conséquent, lors de l'envoi de la première recommandation, le titulaire de la connexion a déjà manqué à son obligation de veille (Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd, 2017, n° 586, p. 576).

dispositif pédagogique, alors c'est clairement une pédagogie basée ... sur la peur des représailles ! » et ajoute que « [...] le législateur met en place un dispositif très complexe basé sur "la peur du gendarme" »¹⁶⁵⁸. Néanmoins, en conférant aux recommandations une fonction pédagogique et une fonction dissuasive, le législateur a instauré un système où l'internaute, dans l'hypothèse où il serait aussi contrefacteur, outre le fait d'être menacé, se voit suggérer des accès légaux aux contenus culturels. La dissuasion et la pédagogie forment alors un couple remplissant une tierce fonction, celle de désincitation¹⁶⁵⁹. Les recommandations ont une mission plus étendue que simplement empêcher un comportement, elles ont vocation à déshabituer les internautes d'adopter un tel comportement.

638. La réponse graduée, une adaptation de la chronologie de la dissuasion spécifique aux autorités administratives indépendantes - Le législateur a appliqué à l'HADOPI la procédure régissant l'action de la majorité des autorités administratives indépendantes, bouleversant la chronologie de la dissuasion instaurée en droit pénal. En effet, en droit pénal, la dissuasion passive et collective, préalable à la sanction, émane de l'existence de l'incrimination¹⁶⁶⁰. Lorsque l'infraction a été commise, le prononcé de la sanction et sa mise en œuvre par le juge a un but dissuasif individuel et collectif. L'individu condamné subit la sanction afin, notamment, d'être dissuadé de réitérer ses actes. La dissuasion est alors active et individuelle. En outre, l'application de la sanction prononcée a un effet dissuasif pour la collectivité car elle démontre que la violation des incriminations ne reste pas impunie. La dissuasion collective est alors active. L'effectivité de cette dissuasion apparaît essentielle à l'efficacité de la dissuasion passive collective, antérieure au prononcé de la sanction. L'absence d'application de la sanction anéantit la fonction de dissuasion passive collective des incriminations¹⁶⁶¹. Cette chronologie est bouleversée en matière de sanctions appliquées par les autorités administratives indépendantes. Les injonctions préalables au prononcé de la sanction ont une fonction dissuasive active individuelle et collective. En effet, elles sont adressées à un individu et ont vocation à le dissuader de réitérer ces actes ou de maintenir un comportement contraire aux règles dont l'autorité administrative assure le respect. Cette dissuasion active individuelle, préalable à la sanction, a, aussi, un effet de dissuasion collective puisque la

¹⁶⁵⁸ Ch. Geiger, « "HADOPI", ou quand la répression devient pédagogique. Une analyse critique du dispositif juridique de lutte contre le téléchargement sur les réseaux "de pair à pair" », *D.* 2011, n° 11, chron., p. 773, spéc. p. 778 – Dans le même sens, Monsieur Varet conclut que le législateur a atteint « *un résultat largement aux antipodes des objectifs initiaux* » : *Légipresse* 2010, n° 268, p. 11, obs. V. Varet ; A.-Th. Lemasson, « L'adéquation du contenu pénal des lois HADOPI au téléchargement illégal », in *Technique et Droits humains*, Actes du colloque, Facultés de droit de Limoges et Poitiers, 20 au 23 avr. 2010, Montchrestien, Grands Colloques, 2011, p. 367-381, spéc. p. 381 : Monsieur le Professeur Lemasson constate que la dissuasion fonctionne, la réponse graduée ayant un « *effet d'intimidation* ».

¹⁶⁵⁹ La fonction de désincitation de l'offre illégale était déjà proposée par le Rapport Olivennes : D. Olivennes, *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, Rapport au Ministère de la culture et de la communication, nov. 2007.

¹⁶⁶⁰ Voir *supra* n° 513.

¹⁶⁶¹ Voir *supra* n° 553.

réaction de l'autorité administrative donne de la consistance à la menace. Cette fonction de dissuasion active, individuelle et collective, antérieure au prononcé de la sanction, est particulièrement mise en exergue par la perte d'unicité de la procédure de réponse graduée. La distinction entre la dissuasion active antérieure à la sanction et la dissuasion active résultant du prononcé de la sanction est matérialisée par la différence d'organes chargés de la mettre en œuvre. En raison du lien de dépendance entre la mission de dissuasion incombant à l'HADOPI et la mission de sanction du juge judiciaire, il est nécessaire que le juge prononce des sanctions dès lors qu'il est démontré que le titulaire de la connexion à Internet a commis une contravention de négligence caractérisée. Dans l'hypothèse contraire, la mission de l'HADOPI serait frappée d'inutilité.

639. L'efficacité de la fonction dissuasive des recommandations de l'HADOPI - L'HADOPI explique, dans son rapport, que, si les dossiers transmis au parquet sont peu nombreux, ce n'est pas en raison d'un manque d'efficacité de la part des agents de la Commission, mais de l'efficacité de la réponse graduée¹⁶⁶². Ces dossiers sont ceux des abonnés qui persistent dans leurs manquements malgré deux avertissements. La Haute autorité constate qu'au cours de l'exercice 2015-2016, seulement 38,53 % des titulaires d'accès à Internet, ayant fait l'objet d'une première recommandation, ont été sujets à une deuxième recommandation et 35,79 % d'entre eux ont vu leur connexion être le moyen de nouvelles atteintes au droit d'auteur ou aux droits voisins¹⁶⁶³. De surcroît, lorsque de nouveaux actes de contrefaçon sont constatés, l'HADOPI avise le titulaire de la connexion, par lettre remise contre signature, que son comportement est susceptible de constituer une négligence caractérisée et lui rappelle les sanctions encourues. Celui-ci peut alors présenter des observations et, dans les cas les plus graves, il peut être auditionné par la Commission de protection des droits. Durant cette troisième phase, le titulaire de la connexion à Internet a encore la possibilité de prendre les mesures nécessaires afin que les atteintes cessent. Par conséquent, seuls les dossiers, dont les titulaires d'accès montrent une très forte réticence, seront transmis au Parquet. L'efficacité de la réponse graduée ainsi que le souci, par la Commission, de ne pas encombrer les parquets, justifient le faible nombre de dossiers transmis. Entre 2012 et 2016, 1 307 dossiers ont été transmis par la Commission et, sur les deux-cent-un dossiers dont les suites judiciaires sont connues¹⁶⁶⁴, soixante-douze ont fait l'objet de condamnations, quatre-vingt-neuf ont bénéficié de mesures

¹⁶⁶² HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 72 – De telles constatations étaient déjà faites en mai 2012, la diminution des constatations de faits contrefaisants après l'envoi des recommandations, suggérant un changement de comportement des internautes, étant corroborée par la diminution des échanges pair à pair : M. Imbert-Quaretta, J.-Y. Monfort et J.-B. Carpentier, « La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée », *JCP G* 2012, n° 19, doct. 591, spéc. n° 26 – Néanmoins, la diminution de ce type d'échanges n'induit pas l'adoption de comportements licites par tous les utilisateurs. Un déplacement des pratiques vers la technologie du *streaming* et l'utilisation d'outils technologiques dissimulant l'activité sur Internet ne doivent pas être ignorés, au risque de ne pas percevoir les limites de l'efficacité de la réponse graduée.

¹⁶⁶³ HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 77 et s.

¹⁶⁶⁴ L'HADOPI souligne dans son rapport qu'elle n'est pas systématiquement informée des suites judiciaires données aux dossiers qu'elle transmet aux juridictions judiciaires : HADOPI, *Rapport d'activité 2015-2016*, p. 86.

alternatives aux poursuites, trois ont fait l'objet de relaxes et trente-sept ont été classés sans suite. La crainte de voir sa connexion à Internet suspendue jouait un rôle majeur dans l'efficacité des recommandations. Depuis 2013, seule une peine d'amende peut être prononcée. Ainsi qu'il a été démontré, la fonction dissuasive des recommandations ne conservera son efficacité qu'à condition que le juge prononce des peines d'amende dont la sévérité est à la mesure de la gravité des faits reprochés au titulaire de la connexion à Internet.

640. La nuance du bilan d'efficacité - Malgré la démonstration de l'efficacité de la mission de lutte contre le téléchargement de créations protégées par le droit d'auteur ou un droit voisin, les critiques sont toujours vigoureuses à l'encontre de l'HADOPI. Certes, elle ne sanctionne pas elle-même les titulaires de connexion à Internet qui manquent à leur obligation de surveillance, mais ses recommandations ont un effet dissuasif certain et l'augmentation de la fréquentation des sites offrant licitement des contenus culturels n'y est pas étrangère. Toutefois, deux phénomènes doivent être pris en considération. La réponse graduée a incité certains internautes à utiliser des technologies permettant de dissimuler leur connexion à Internet, les rendant invisibles pour l'HADOPI. D'autres internautes ont préféré les sites offrant un accès illicite à ces contenus par la technologie du *streaming*, laquelle est exclue du champ d'action de la Haute autorité. L'existence d'un report des internautes vers ce mode d'accès ne peut être ignorée. Certains, dès la création de l'HADOPI avait remarqué le changement de pratique des internautes, s'orientant déjà vers le *streaming*. Ils prédisaient alors une lutte partielle et inefficace contre les atteintes au droit d'auteur et droits voisins sur Internet¹⁶⁶⁵. Certes, le dispositif n'est pas exempt de possibilités d'amélioration, néanmoins, le changement de comportement de certains internautes face aux contenus culturels prend sa source dans l'effet dissuasif des recommandations conjugué à l'offre d'accès licites aux contenus. Ces résultats positifs ont amené la Commission des lois sénatoriale à adopter un amendement présenté par le gouvernement, supprimant l'échéance de 2022 fixant la disparition de l'HADOPI¹⁶⁶⁶. Consciente de ses limites, l'HADOPI mène alors une réflexion sur la détection des actes illicites commis par l'accès à ces biens en *streaming*¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁵ M. Vivant, « Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 51, spéc. n° 5 ; F. Macrez et J. Gossa, « Surveillance et sécurisation : ce que l'HADOPI rate », *RLDI* 2009, n° 50 ; F. Chopin, « Téléchargement illégal et HADOPI », *AJ Pénal* 2012, p. 258.

¹⁶⁶⁶ Sénat, Commission des lois, amendement n° 368 à la loi sur le statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, 23 mai 2016, n° COM-25 – La suppression de l'HADOPI avait déjà été envisagée par le Rapport Lescure (Pierre Lescure, *Mission « Acte II de l'exception culturelle »*, Rapport relatif à la contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, mai 2013) qui proposait de réformer cette mission et de la transférer au CSA. La disparition de l'HADOPI avait aussi été proposée par Madame Des Esgaulx et Monsieur Mézard dans leur Rapport au nom de la Commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, arguant que la réponse graduée est inopérante, (Sénat, session ordinaire 2015-2016, n° 126, spéc. p. 71).

¹⁶⁶⁷ HADOPI, *Rapport d'activité* 2016-2017.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

641. Le pouvoir de recommandation de l'HADOPI est fondé sur un équilibre délicat entre pédagogie et dissuasion par la menace d'une sanction. Son efficacité est à l'origine de changements de pratiques sur Internet. Certains internautes choisissent d'accéder licitement aux biens, objets de droit d'auteur et droits voisins, d'autres contournent le dispositif en adoptant de nouveaux comportements illicites. Si la masse des infractions commises n'a pas encore été endiguée, l'HADOPI, par l'envoi de ses recommandations, aura permis à certains de prendre conscience des conséquences de leurs actes. Cette efficacité est néanmoins dépendante du prononcé des sanctions par le juge. Par un schéma désormais connu, l'efficacité de la dissuasion dépend de l'effectivité des sanctions. A ce principe, deux autres variables doivent être ajoutées, la certitude de la peine et la rapidité avec laquelle elle est subie après la commission de l'acte illicite¹⁶⁶⁸. La peine d'amende apparaît moins dissuasive que la suspension de la connexion à Internet, son prononcé en cas d'aboutissement de la réponse graduée doit donc être certain pour que celle-ci conserve son efficacité. La menace qui n'est jamais suivie de sanction ne fait plus impression.

CONCLUSION DE LA SECTION II

642. Le rôle répressif de l'HADOPI, caractérisé lors du projet de loi par l'externalisation de prérogatives de dissuasion et de sanction, relevant traditionnellement du droit pénal, a disparu, ne lui laissant qu'un rôle dissuasif. L'atrophie de ses pouvoirs a eu pour effet sa perte d'autonomie par rapport à l'autorité judiciaire. Certes, la fonction de dissuasion de ses recommandations conserve une importance majeure dans la lutte contre les atteintes au droit d'auteur et droits voisins sur Internet, mais son efficacité n'est plus uniquement à la maîtrise de la Haute autorité. Or, il a été démontré que les procureurs de la République sont souvent réticents à engager des poursuites dans ce domaine¹⁶⁶⁹. Néanmoins, la suppression du pouvoir de sanction, autrefois justifiée par le maintien de la peine de la suspension de la connexion à Internet, et son transfert aux juridictions judiciaires apparaissent incohérents depuis son abrogation. Le gouvernement aurait pu ne pas déséquilibrer le dispositif construit, certes laborieusement, par le législateur, en lui réattribuant la peine d'amende.

¹⁶⁶⁸ Voir *supra* n° 520.

¹⁶⁶⁹ Voir *supra* n° 476 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

643. L'HADOPI a été élaborée dans un but d'externalisation de la répression des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins commises sur Internet. Elle avait vocation à procéder à la recherche de ces infractions, qui exige des connaissances techniques pointues, et à désengorger les tribunaux de ces infractions de masse. Majoritairement très critiquée, Marie-Françoise Marais, sa première présidente en témoigne¹⁶⁷⁰, les titulaires de droits étaient néanmoins favorables à son instauration, pensant avoir la maîtrise de cette autorité. Cependant, un cloisonnement des phases d'investigation et une claire distinction entre les investigations et la procédure de réponse graduée garantissent l'impartialité du système. Certes, la collecte des données de connexion et la mise en œuvre de la réponse graduée ne tiennent pas toujours compte des exceptions aux droits¹⁶⁷¹ et la procédure de l'ordonnance pénale, qui suit la réponse graduée de l'HADOPI, ne permet pas d'analyser l'acte poursuivi à leur lumière. Outre ces difficultés propres au droit de la propriété intellectuelle, la collecte de données de connexion par les agents privés assermentés a fait l'objet d'une controverse. Néanmoins, les limites des pouvoirs de ces agents et la séparation entre la collecte et l'identification des titulaires de connexion permettent de concilier le respect de la vie privée et le respect de la protection des données personnelles avec la recherche d'infractions. Ces pouvoirs d'investigations devaient, en principe, être accompagnés d'un pouvoir de sanction. Cependant, les effets de la sanction de la suspension de la connexion à Internet, restreignant la liberté d'expression, excluent son prononcé par une autorité administrative indépendante. Préférant maintenir cette sanction plutôt que l'unité de la réponse graduée, le législateur a transféré le pouvoir de sanction à l'autorité judiciaire. Par conséquent, l'HADOPI a vu son rôle répressif disparaître. Ses recommandations, injonctions administratives, sont néanmoins dotées de fonctions pédagogique et dissuasive. Le Conseil d'Etat a, toutefois, précisé qu'elles ne peuvent être qualifiées de décisions individuelles et ne constituent ni des peines ni des accusations¹⁶⁷². L'épopée législative de l'HADOPI a donc abouti à son exclusion de la notion de matière pénale et à la création d'une interdépendance avec l'autorité judiciaire. Le législateur avait créé une Haute autorité comme il en existe en d'autres domaines, mais, désormais, en l'absence d'autonomie quant au prononcé d'une simple amende contraventionnelle, elle fait figure d'exception. L'intégration des nouvelles méthodes d'accès illicites aux biens, objets de droit d'auteur et de droits voisins sur Internet, notamment par la technique du *streaming*, et la réattribution de son pouvoir de sanction apparaissent indispensables au maintien de son efficacité. Sa complémentarité avec le droit pénal disparaîtrait alors au profit de sa réintégration à la matière pénale.

¹⁶⁷⁰ Voir *supra* n° 574.

¹⁶⁷¹ Cette difficulté est aussi apparue dans les discussions au sujet de l'article 13 de la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique, lequel prévoit un filtrage automatique, par les intermédiaires techniques, des contenus mis en ligne par les internautes. La proposition de directive a été adoptée le 12 septembre 2018 par le Parlement européen.

¹⁶⁷² Voir *supra* n° 634.

CHAPITRE II

Le droit civil répressif, réseau de normes rivales du droit pénal

*« Les impressions anciennes ne sont pas seules capables de nous abuser :
les charmes de la nouveauté ont le même pouvoir »¹⁶⁷³*

644. De l'externalisation des fonctions du droit pénal à la création d'un droit civil répressif - L'échec du droit pénal de la propriété dans la protection de ce droit a amené le législateur à externaliser ses fonctions pour les attribuer au droit civil. Deux mouvements peuvent alors être observés, l'inflation législative pénale et l'élaboration d'instruments organiquement civils, mais substantiellement répressifs. Dans un premier temps, le législateur français, transposant la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹⁶⁷⁴, a instauré un instrument procédural, le droit d'information, lié à la création de dommages-intérêts spéciaux. La première mesure permet aux titulaires de droits de parfaire leurs prétentions, tandis que la seconde a pour objectif officiel d'améliorer l'indemnisation du préjudice subi. Toutefois, leur nature transforme l'action civile. Le droit d'information constitue une mesure procédurale inquisitoire, tandis que les dommages-intérêts dépassent le principe de réparation intégrale pour emprunter au droit pénal sa fonction répressive. La fonction réparatrice de l'action en responsabilité civile des contrefacteurs et autres auteurs d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle est alors devenue secondaire. A ces instruments spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, est susceptible d'être ajoutée l'amende civile de droit commun proposée dans le projet de réforme de la responsabilité civile¹⁶⁷⁵. L'oxymore ne dissimule pas la nature répressive de cette mesure. De droit commun, elle serait donc applicable au droit de la propriété intellectuelle et pourrait être prononcée en sus des dommages-intérêts. Apparaît alors un réseau de normes civiles répressives. Le droit d'information confère à la procédure accusatoire une fonction inquisitoire (SECTION I). Dotée de dommages-intérêts spéciaux et de l'amende civile, l'action civile devient répressive. Les effets de l'attribution, au droit civil, des fonctions du droit pénal semblent, toutefois, être négligés. L'étude des dommages-intérêts et de l'amende civile à l'aune de la notion de matière pénale révèle leur rivalité avec le droit pénal (SECTION II). De la confusion des fonctions à la fusion des réseaux, cette profusion d'instruments répressifs en droit de la propriété intellectuelle mérite d'être rationalisée (SECTION III).

¹⁶⁷³ B. Pascal, *Pensées*, Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008, Article II, n° 82-44, *Imagination*, p. 45.

¹⁶⁷⁴ Directive, n° 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁶⁷⁵ Ministère de la justice, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, spéc. art. 1266-1.

SECTION I - De l'inquisitoire dans l'accusatoire

645. La création d'un instrument d'investigation dépourvu d'utilité - Confrontés aux difficultés de preuve de l'ampleur des actes de contrefaçon et d'identification des responsables, les titulaires de droits de propriété intellectuelle ont souhaité qu'une mesure procédurale soit instaurée afin de les aider à obtenir ces informations. Ces revendications étaient fondées sur l'existence, dans l'accord sur les ADPIC¹⁶⁷⁶, d'un droit d'information permettant de pallier ces difficultés. L'intérêt d'une telle mesure fut accru lors de la création, par le législateur européen, de dommages-intérêts spécifiques. En effet, la directive du 29 avril 2004¹⁶⁷⁷ comporte deux formules de calcul de dommages-intérêts et prévoit une mesure visant à obtenir des informations utiles à leur détermination. Le législateur français a alors transposé, simultanément aux dommages-intérêts, la mesure dite de droit d'information, proposée par cette directive. Elle confère au juge civil un pouvoir empreint d'inquisitoire, lui permettant de participer à l'administration de la preuve. Certes, la dichotomie entre procédure inquisitoire et procédure accusatoire n'est que théorique ; la procédure civile, traditionnellement présentée comme étant accusatoire, comporte quelques mesures de nature inquisitoire (PARAGRAPHE I). Cependant, l'externalisation, au profit du juge civil, de la prérogative d'investigation traditionnellement attachée à la procédure pénale, n'était pas nécessaire au regard des mesures déjà existantes. Les mesures de droit commun, relevant de la procédure civile – les mesures d'instruction et de production forcée de pièces – et de la procédure pénale, suffisent à obtenir ces éléments de preuve. Il faut néanmoins que les titulaires de droits les sollicitent ou agissent devant les juridictions répressives (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - L'expansion du caractère inquisitoire de la procédure civile par la création d'un droit d'information

646. L'accroissement des dispositions inquisitoires dans la procédure civile accusatoire - Bien que des mesures à caractère inquisitoire existent déjà en droit commun de la procédure civile, permettant au juge d'intervenir dans l'administration de la preuve (I), les titulaires de droits ont souhaité qu'une mesure spécifique au droit de la propriété intellectuelle soit créée, estimant que ces mesures étaient insuffisantes dans les circonstances d'une action civile en contrefaçon (II).

¹⁶⁷⁶ Art. 47 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

¹⁶⁷⁷ Directive, n° 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

I- L'existence d'une empreinte inquisitoire sur la procédure civile de droit commun

647. L'existence de mesures inquisitoires dans la procédure accusatoire - L'évolution des procédures civile et pénale a été marquée par l'atténuation de la frontière entre inquisitoire et accusatoire (A). Devenue mixte, la procédure civile contient des mesures inquisitoires, qui confèrent au juge des pouvoirs parfois plus étendus que ceux du juge répressif (B).

A- Le caractère mixte des procédures

648. Des procédures mixtes pour un équilibre des forces - Depuis leur séparation, la procédure civile et la procédure pénale se distinguent, notamment, par les rôles tenus par le juge et les parties. En France, de manière simplifiée, la procédure pénale est dite inquisitoire car « toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance (saisine d'office), la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve », tandis que la procédure civile est dite accusatoire, « les parties [ayant], à titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction »¹⁶⁷⁸. Néanmoins, ces deux modèles de procédure ne sont pas appliqués de manière entière et exclusive afin qu'un équilibre soit trouvé entre la défense et l'accusation¹⁶⁷⁹. Dès lors, les procédures pénale et civile peuvent, plus justement, être qualifiées de « mixtes »¹⁶⁸⁰. La procédure civile comporte donc des mesures inquisitoires accordant au juge un rôle dans la recherche des preuves.

B- L'existence de mesures civiles inquisitoires et leurs conséquences

649. Les mesures civiles inquisitoires - La procédure civile comporte de plus en plus de dispositions à caractère inquisitoire¹⁶⁸¹. Le principe selon lequel il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de leurs prétentions¹⁶⁸² a été assoupli, permettant au juge d'intervenir dans la production de la preuve des faits dont dépend la solution du litige. Le juge peut, à la demande d'une partie, exiger la production de pièces détenues par une partie¹⁶⁸³ ou par un tiers¹⁶⁸⁴. De surcroît, le juge des référés, des requêtes, de la mise en état ou du fond¹⁶⁸⁵ bénéficie de mesures d'instruction, lui permettant d'intervenir dans l'administration de la

¹⁶⁷⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V^o accusatoire.

¹⁶⁷⁹ F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2016, n^o 13, p. 7 et s.

¹⁶⁸⁰ *Id.*, n^o 14, p. 8.

¹⁶⁸¹ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve – Principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n^o 118, p. 66.

¹⁶⁸² Art. 9 du CPC.

¹⁶⁸³ Art. 142 du CPC.

¹⁶⁸⁴ Art. 138 du CPC.

¹⁶⁸⁵ Des dispositions spécifiques à chaque juridiction rappellent les pouvoirs du juge concernant les mesures d'instruction.

preuve¹⁶⁸⁶. Sur le fondement de l'article 10 du code de procédure civile, il peut ordonner d'office ces mesures d'instruction et l'article 11 du même code fait peser sur les parties l'obligation d'y apporter leur concours. Le juge peut engager des vérifications personnelles, requérir la comparution personnelle des parties et obtenir des déclarations de tiers à la procédure. Un technicien peut l'assister dans l'exécution des mesures d'instruction ou en être chargé. Ces mesures sont ordonnées dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense. Toutefois, les décisions qui ordonnent ou refusent les mesures d'instruction relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge et ne peuvent faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi qu'avec la décision rendue sur le fond¹⁶⁸⁷.

650. L'absence de renversement de la charge de la preuve - Cet infléchissement au principe de l'accusatoire, irrigant la procédure civile, et à la conception individualiste du procès civil, est limité par l'article 146 du code de procédure civile qui dispose que le juge ne doit pas intervenir pour suppléer la carence du débiteur de l'obligation de prouver. Il ne peut intervenir que dans l'hypothèse où la partie ne disposerait pas d'éléments suffisants ou n'aurait pas accès à ces éléments pour prouver le fait qu'elle allègue. Si ces dispositions, par leur caractère subsidiaire, n'induisent pas un renversement de la charge de la preuve, elles réduisent considérablement le risque de défaillance du demandeur et corrigent une inégalité circonstancielle des armes dans l'administration de la preuve¹⁶⁸⁸.

651. L'exclusion, en procédure civile, du droit à ne pas participer à sa propre incrimination - Ces mesures accordent au juge civil des pouvoirs qui relèvent de l'inquisitoire et le rapprochent fortement du rôle tenu par le juge répressif, sans toutefois lui conférer les pouvoirs de coercition de ce dernier¹⁶⁸⁹. Cependant, l'absence de pouvoirs coercitifs a été compensée par l'attribution de pouvoirs qui excèdent parfois ceux du juge répressif. Ces mesures d'instruction ont pour corollaire l'obligation, pour les parties, d'apporter leur concours à la justice. Celles-ci peuvent donc être amenées à produire des pièces prouvant leurs fautes. Ce dispositif inquisitoire écarte l'application de l'adage *Nemo contra se edere tenetur*¹⁶⁹⁰ en droit de la procédure civile, tandis qu'il limite les pouvoirs des juridictions répressives¹⁶⁹¹.

¹⁶⁸⁶ L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, n° 574 et s., p. 498 et s. ; C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile, droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33^e éd., 2016, n° 622 et s., p. 471 et s. ; *Procédure civile*, Francis Lefebvre, 2016-2017, n° 13400 et s., p. 226 et s.

¹⁶⁸⁷ Art. 150 du CPC.

¹⁶⁸⁸ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, th. dir. J.-Ch. Saint-Pau, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 525, 2010, p. 125 et s.

¹⁶⁸⁹ Le juge civil ne peut pas mener de perquisitions ou établir de mandats de comparution.

¹⁶⁹⁰ Pour un exposé de la controverse quant à l'abandon de ce principe en droit civil et un historique de la mesure de production forcée de pièces : A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, th. dir. J.-Ch. Saint-Pau, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 525, 2010, n° 246, p. 210 et s.

¹⁶⁹¹ En droit pénal, si la provocation à la preuve – distincte de la provocation à l'infraction – est considérée comme ne portant pas atteinte au principe de loyauté de la preuve, l'autorité judiciaire et la police judiciaire ne peuvent porter atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Consacré à l'article 14.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et sans équivalent dans la CESDH, la CEDH rattache ce droit à l'article 6 relatif au droit à un procès équitable (CEDH, 8 févr. 1996, n° 18731/91 ; *John Murray c/ RU*, spéc. § 45

652. L'ajout d'une mesure inquisitoire en droit spécial - Malgré l'existence de ces mesures inquisitoires de droit commun de la procédure civile, les titulaires de droits ont sollicité la création d'une mesure spécifique au droit de la propriété intellectuelle.

II- La création d'une empreinte inquisitoire sur la procédure civile spéciale au droit de la propriété intellectuelle

653. Le droit d'information, un nouvel instrument d'investigation à la disposition du juge civil - A la demande des titulaires de droits de propriété intellectuelle, estimant insuffisantes la mesure de production forcée de pièces et les mesures d'instruction, relevant du droit commun de la procédure civile (A), l'Organisation mondiale du commerce a créé un droit d'information, mesure à caractère inquisitoire spécifique au droit de la propriété intellectuelle. Reprise par la directive du 29 avril 2004, elle renforce d'autant plus les pouvoirs du juge qu'en la transposant en droit français, le législateur a considérablement élargi son champ d'application (B).

A- La prétendue insuffisance des mesures civiles inquisitoires de droit commun

654. Le rôle des titulaires de droits dans la création du droit d'information - Bien que des mesures à caractère inquisitoire existassent déjà en droit commun de la procédure civile, les titulaires de droits ont réclamé la création d'une mesure spécifique au droit de la propriété intellectuelle, leur permettant d'obtenir des informations sur les réseaux de contrefaçon afin de connaître plus précisément l'étendue de l'atteinte et faciliter leur démantèlement. En effet, les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sont de plus en plus souvent commises par des réseaux, des bandes organisées, dont les structures rendent difficile l'identification des acteurs et l'évaluation des quantités et des prix des marchandises contrefaisantes produites et distribuées. Par conséquent, les titulaires de droits souhaitent que les contrefacteurs soient tenus de fournir des informations sur leurs réseaux de distribution de contrefaçons, sur l'identité des acteurs de la chaîne et sur les sources d'approvisionnement. Ils expliquent que sans ces informations, leurs actions n'ont qu'un effet limité car elles ne permettent pas de faire cesser l'activité des réseaux¹⁶⁹². Cette demande des titulaires de droits a été entendue par l'Organisation mondiale du commerce qui a créé le droit d'information, lequel acquiert, en droit français, un vaste champ d'application.

et CEDH, 17 déc. 1996, n°19187/91, *Saunders c/ RU*, spéc. § 69) et le Conseil constitutionnel le déduit du droit à la présomption d'innocence proclamé à l'article 9 de la DDHC (Cons. constit., 26 sept. 2014, n° 2014-416 QPC, *Assoc. France Nature Environnement*, consid. 15). Il n'a jamais été consacré en droit civil car les pouvoirs d'instruction du juge sont plus limités, celui-ci ne pouvant, notamment, pas effectuer de perquisition.

¹⁶⁹² OMPI, *Synthèse des questions concernant les difficultés et les pratiques en matière de sanction des droits*, Réunion de consultation sur la sanction des droits, Genève, 11-13 sept. 2002, WWIPO/CME/3, 26 juill. 2002, § 40 et 68.

B- La création d'une mesure inquisitoire spéciale par transposition d'une directive européenne

655. La création d'une mesure inquisitoire, spécifique au droit de la propriété intellectuelle - Le droit d'information, mesure à caractère inquisitoire, a été créé par l'Organisation mondiale du commerce, puis insérée, par l'Union européenne, dans sa directive du 29 avril 2004¹⁶⁹³ (1). Transposée en droit français, puis modifiée, cette mesure a été allégée de nombreuses conditions restreignant sa mise en œuvre, afin de satisfaire les titulaires de droits (2).

1- Les origines anglo-saxonnes du droit d'information

656. Le droit d'information, création de l'OMC et de l'Union européenne - L'Organisation mondiale du commerce a créé un droit d'information, inspiré de la procédure anglo-saxonne de *discovery*, renommée *disclosure* depuis l'adoption des *Civil Procedure Rules*, qui fait peser sur les parties une obligation d'apporter leur concours à la justice¹⁶⁹⁴. En effet, elles doivent communiquer tous les documents en leur possession, pertinents au regard du litige, qu'ils leur soient favorables ou défavorables. Cette obligation permet à l'adversaire de connaître des documents dont il pouvait ignorer l'existence¹⁶⁹⁵. Aux Etats-Unis, une telle procédure existe et est étendue aux tiers. Plus spécifiquement, la Grande-Bretagne connaissait déjà un droit d'information, qui pouvait être mis en œuvre à tout moment, antérieurement ou postérieurement à l'introduction de l'instance¹⁶⁹⁶. L'Organisation mondiale du commerce offre donc, grâce à l'accord sur les ADPIC, la possibilité aux Etats de créer un droit d'information permettant aux autorités judiciaires d'obtenir du contrevenant l'identité des tiers participant aux réseaux de contrefaçon¹⁶⁹⁷. En 2002, l'OMPI constate que cette mesure n'a pas été mise en œuvre par tous les Etats et que les titulaires de droits réclament toujours la mise en place d'une telle mesure¹⁶⁹⁸. Deux ans plus tard, les Etats membres de l'Union européenne se sont vus imposer la création d'un tel droit par la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété

¹⁶⁹³ Directive, 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁶⁹⁴ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, th. dir. J.-Ch. Saint-Pau, LGDJ, Bibli. dr. Privé, t. 525, 2010, n° 249, p. 215 – La référence à cette procédure anglo-saxonne comportant l'obligation pour les parties d'apporter leur concours à la justice est juste, mais étonnante, car le droit de la procédure civile française ne l'ignore pas non plus.

¹⁶⁹⁵ Cette procédure se distingue de la mesure de production forcée de pièce, car la partie, qui la sollicite, doit indiquer au juge les documents qu'elle souhaite voir être produits.

¹⁶⁹⁶ En 1974, une décision de la House of Lords, *Norwich Pharmacal V. Customs and Excise Commissioners*, instaure un droit d'information. Cette mesure devint une règle de procédure civile de portée générale, appelée *Norwich Pharmacal orders*, qui peut être appliquée à tout moment, postérieurement ou antérieurement à l'introduction d'une action.

¹⁶⁹⁷ ADPIC, art. 47.

¹⁶⁹⁸ OMPI, *Synthèse des questions concernant les difficultés et les pratiques en matière de sanction des droits*, Réunion de consultation sur la sanction des droits, Genève, 11-13 sept. 2002, WWIPO/CME/3, 26 juill. 2002, n° 39 et s., p. 13.

intellectuelle¹⁶⁹⁹. Elle a été transposée, en France, par la loi du 29 octobre 2007¹⁷⁰⁰, modifiée par celle du 11 mars 2014¹⁷⁰¹. Le droit d'information, qualifié d'« *innovation essentielle* »¹⁷⁰², a été institué pour chaque droit de propriété intellectuelle, excepté pour le droit des produits semi-conducteurs¹⁷⁰³.

657. La définition du droit d'information - Depuis la loi de 2014, le droit d'information permet à la juridiction saisie d'une procédure civile pour atteinte à un droit de propriété intellectuelle, d'ordonner, à la demande du requérant, la production de documents ou d'informations, détenus par le défendeur ou certains tiers ayant un lien avec le réseau, permettant de déterminer l'origine et les réseaux de distribution de marchandises et services prétendument contrefaisants. Cette mesure permet donc de déterminer l'origine de la contrefaçon ainsi que son étendue, ce qui offre au titulaire de droits la possibilité de parfaire ses demandes¹⁷⁰⁴. Elle complète la mesure de saisie-contrefaçon et permet d'obtenir des documents qui n'auraient pas pu être saisis ou auraient été détruits par le contrefacteur ou encore qui sont conservés par des tiers agissant dans le réseau de contrefaçon.

658. Le succinct dessin du régime juridique du droit d'information - Le législateur français a expressément indiqué que le droit d'information s'exerce dans le cadre d'une procédure judiciaire civile¹⁷⁰⁵, excluant cette mesure du champ pénal¹⁷⁰⁶. Néanmoins, conformément à ce qu'indique la directive, les informations peuvent être utilisées tant dans une procédure civile, que dans une procédure pénale. Certes, le droit d'information bénéficie uniquement au demandeur. Les autorités judiciaires ne peuvent pas agir d'office, mais cette mesure est de nature inquisitoire, comme le sont les mesures de droit commun de la procédure

¹⁶⁹⁹ Directive, 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, art. 8.

¹⁷⁰⁰ Loi, n° 2007-1544, du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon.

¹⁷⁰¹ Loi, n° 2014-315, du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

¹⁷⁰² L. Béteille, *Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon*, Doc. Sénat 2007, n° 420 (2006-2007), p. 22.

¹⁷⁰³ Droit de la propriété littéraire et artistique : art. L. 331-1-2 du CPI ; Droit des dessins et modèles : art. L. 521-5 du CPI ; Droit des brevets : art. L. 615-5-2 du CPI ; Droit des obtentions végétales : art. L. 623-27-2 ; Droit des marques : art. L. 716-7-1 du CPI ; Droit des indications géographiques : art. L. 722-5 du CPI. Les variations de rédaction sont dues aux différences de vocabulaire entre les différents droits. Par exemple, pour certains droits, il s'agit de marchandises, pour d'autres de produits ; pour certains droits, les atteintes sont toutes qualifiées de contrefaçons, ce qui n'est pas le cas pour d'autres.

¹⁷⁰⁴ Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-23.349 : *Bull. civ IV* 2013, n° 149 ; *CCE* 2013, n° 12, comm. 123, note Ch. Caron.

¹⁷⁰⁵ A noter que certains Etats ont choisi d'en faire une mesure provisoire, avant toute introduction d'instance : Commission staff working document, Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States, Accompanying document to the Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Social Committee on the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, 22 Dec. 2010, COM(2010) 779 final, 2.4.1, p. 11.

¹⁷⁰⁶ Si l'article 8 de la directive, relatif au droit d'information, n'apporte pas une telle restriction, son considérant 28 indique qu'elle prévoit des mesures, procédures et réparations de nature civile et administrative. Par conséquent, les mesures qu'elle prévoit ne peuvent avoir une nature pénale.

civile. Préférant altérer encore un peu plus le caractère accusatoire de la procédure civile, le législateur a choisi de satisfaire les victimes d'actes de contrefaçon en instaurant une nouvelle mesure inquisitoire qui accroît les pouvoirs du juge, plutôt que de les inciter à agir sur le fondement du droit pénal et respecter ainsi la différence de philosophie de ces deux procédures. En transposant le droit d'information, le législateur français a supprimé certaines conditions de mise en œuvre de cette mesure, lui conférant un champ d'application très vaste.

2- L'élargissement du champ d'application du droit d'information lors de sa transposition en droit français

659. L'abandon de la condition d'actes réalisés à l'échelle commerciale - En France, l'exercice du droit d'information à l'encontre des tiers ayant un lien avec les prétendus actes de contrefaçon n'est pas limité à ceux agissant à des fins commerciales. En effet, la loi française s'est départie de cette condition européenne restreignant les cas d'application de ce droit¹⁷⁰⁷. Deux catégories de tiers peuvent se voir requérir de fournir des informations sur le réseau ou l'origine de la contrefaçon : les tiers, qui fournissent des services utilisés dans de prétendues activités de contrefaçon et qui interviennent dans la production, la fabrication, la distribution desdits produits ou la fourniture desdits services, doivent fournir des informations en raison de leur lien avec les actes de contrefaçon. L'absence de transposition de la condition d'échelle commerciale implique que les tiers trouvés en possession de produits argués de contrefaçon pourront être tant des personnes liées au réseau de contrefaçon que des consommateurs finaux. Néanmoins, il n'est pas dans l'esprit de la directive de requérir des informations auprès des consommateurs finaux. Dans son analyse de la directive, la Commission a rappelé : « *it is important to note that this provision [right of information], due to its limitation to activities carried out on a commercial scale, does not apply to consumers* »¹⁷⁰⁸. Le législateur français a parfaitement pris cela en considération, en excluant de la liste des tiers, ceux trouvés en train d'utiliser un service contrefaisant. Si le législateur avait visé les utilisateurs de tels services en l'absence du critère d'échelle commerciale¹⁷⁰⁹, cela aurait permis aux juges d'ordonner aux consommateurs ou utilisateurs finaux, de fournir ces informations. Certes, le critère d'échelle commerciale, limitant l'application du droit d'information, peut ne pas être transposé en vertu

¹⁷⁰⁷ La France n'est pas le seul Etat à avoir transposé le droit d'information pour tous les actes de contrefaçon et non uniquement pour ceux commis à l'échelle commerciale. Le Danemark, l'Estonie, la Grèce, la Lituanie et la Slovaquie ont ainsi une législation plus stricte que celle proposée par la directive. D'autres Etats, tels que la Belgique, l'Allemagne, la Hongrie, le Luxembourg et la Pologne ne requièrent pas cette condition lorsque le droit d'information est dirigé contre l'auteur de l'atteinte, mais l'exigent lorsqu'il est exercé contre un tiers à l'atteinte. (European Commission, Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States, Staff working document, 22 Dec. 2010, COM(2010) 779 final, § 2.1, p. 5 et 2.4.1, p. 11).

¹⁷⁰⁸ European Commission, Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States, Staff working document, 22 Dec. 2010, COM(2010) 779 final, § 2.4, p. 11.

¹⁷⁰⁹ La directive fait référence à ces tiers tout en limitant l'application de ce droit à ceux qui agissent à l'échelle commerciale.

du principe d'harmonisation *a minima*, mais les consommateurs ne doivent pas être concernés par cette mesure¹⁷¹⁰.

660. L'abandon de la liste exhaustive des informations concernées - Le champ d'application de cette mesure a été élargi, après sa transposition, lors de sa modification par la loi de 2014. En effet, la loi de transposition de 2007 listait, restrictivement et conformément à la directive, les informations qui pouvaient être demandées¹⁷¹¹, pourtant, la jurisprudence considérait que cette liste n'était pas exhaustive et acceptait que puissent être demandées les statistiques de fréquentation d'un site Internet¹⁷¹² ou la liste des pseudonymes utilisés par une personne vendant des contrefaçons sur eBay¹⁷¹³. La loi de 2014 a consacré la jurisprudence en supprimant cette liste. Le juge français n'est donc pas limité quant à la nature des documents et des informations qui peuvent être requis. Toutefois, il doit être attentif à la nature des informations demandées et au but poursuivi par la partie qui sollicite cette mesure¹⁷¹⁴. Il doit notamment veiller à ce que ce droit ne soit pas mis en œuvre afin de concurrencer de manière déloyale le défendeur ou le tiers à la procédure. En effet, si le législateur a supprimé les conditions européennes selon lesquelles la demande doit être justifiée et proportionnée, il a introduit la condition de l'absence d'empêchement illégitime afin d'exclure tout abus de droit. Cette condition, commune aux mesures de production forcée de pièces et aux mesures d'instruction¹⁷¹⁵, a pour objectif de préserver le droit au respect de la vie privée, le droit à la protection des données à caractère personnel, ainsi que le secret des affaires. La partie ou le tiers, qui doit produire l'information, ne peut toutefois pas opposer de « *manière illimitée et inconditionnelle* » l'un de ces droits pour justifier son refus de fournir les informations demandées¹⁷¹⁶. Ceux-ci ne peuvent être systématiquement qualifiés d'empêchements légitimes. Dans le cas contraire, le principe de proportionnalité et de l'équilibre des droits ne serait pas

¹⁷¹⁰ Demander de telles informations aux consommateurs finaux serait, de surcroît, souvent vain, ceux-ci n'étant que rarement en possession de ces informations.

¹⁷¹¹ Les noms et adresses des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs, grossistes destinataires et détaillants et, de manière plus générale, les détenteurs antérieurs des marchandises ou services argués de contrefaçon, ainsi que les quantités produites, fabriquées, reçues ou commandées, et les prix obtenus.

¹⁷¹² TGI Paris, ord., 18 avr. 2008 : *JCP E* 2009, p. 1020, n° 2, obs. Ch. Caron.

¹⁷¹³ TGI Paris, ord. JME, 25 juin 2008, n° 08/06929 : *PIBD* 2008, n° 882, III, p. 576 ; *Prop. ind.* 2008, comm. 76, obs. J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny ; *CCE* 2008, comm. 124, obs. Ch. Caron ; *D.* 2008, p. 2069, obs. C. Manara ; *Prop. intell.* 2008, n° 29, p. 479, obs. J.-Ch. Galloux – voir aussi : CA Reims, 5 mai 2009 : *D.* 2009, p. 2470, note J. Huet.

¹⁷¹⁴ Ce rôle du juge est d'autant plus important que cette mesure peut être demandée alors que les actes de contrefaçon n'ont pas encore été caractérisés par le juge du fond – voir *infra* n° 668 sur le moment de mise en œuvre du droit d'information.

¹⁷¹⁵ Voir *infra* n° 671 et n° 672.

¹⁷¹⁶ Au sujet du secret bancaire : CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-580/13, *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg* : *RLDI* 2015, n° 118, comm. G. Busseuil ; *CCE* 2015, comm. 66, note Ch. Caron ; Th. Bonneau, *Jurisprudence de la CJUE 2015*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 704 ; voir aussi TGI Paris, ord. mise en état, 21 mars 2008, n° 06/09722 : *CCE* 2008, n° 5, comm. 66, note Ch. Caron - Dans le même sens, au sujet de l'article 145 du CPC, « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » : Cass. civ. 2^e, 8 févr. 2006, n° 05-14.198 : *Bull. civ.* II 2006, n° 44, p. 37.

respecté¹⁷¹⁷ et le droit d'information, ainsi que le droit fondamental à un recours effectif¹⁷¹⁸, seraient dépourvus d'effectivité.

Bien que le droit d'information confère un avantage certain aux titulaires de droits dans leurs actions civiles contre les contrefacteurs, l'étude de la procédure civile de droit commun démontre que sa création n'était pas nécessaire, car la combinaison des mesures déjà existantes permettait d'obtenir la même solution à ces problèmes de preuve.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

661. Les actes de contrefaçon et autres atteintes directes aux droits sont dissimulés et souvent le fait de réseaux complexes de producteurs, de transporteurs et de distributeurs des marchandises contrefaisantes. Afin de lutter efficacement contre ces organisations, il est nécessaire d'engager la responsabilité de chacun. Le droit d'information apporte donc une aide cruciale aux titulaires de droits. D'origine anglo-saxonne, cette mesure a été transposée en droit français dans une version élargie et dont le champ d'application a été augmenté sept ans plus tard. L'étude des mesures procédurales existantes démontre pourtant qu'elle est inutile.

PARAGRAPHE II - La transposition aveugle d'une directive européenne

662. La confrontation du droit d'information aux mesures d'investigation de droit commun, civil et pénal - Le droit d'information a été transposé sans aucune réflexion quant à sa qualification juridique. Le manque de rigueur du législateur a conduit à d'importantes difficultés relatives à sa mise en œuvre. Si sa nature hybride l'empêche d'entrer parfaitement dans l'une des deux catégories de mesures civiles d'investigation (I), la complémentarité de ces mesures civiles et l'efficacité des mesures pénales révèlent l'inutilité de ce droit d'information (II).

I- La recherche infructueuse d'une qualification du droit d'information

663. L'impossible qualification du droit d'information - La mesure de droit d'information a été élaborée par le législateur européen et transposée par le législateur français sans qu'aucune réflexion ne soit menée quant à sa qualification. Par conséquent, un régime juridique, qui plus est incomplet, a été déterminé en dehors de toute qualification, nourrissant les débats quant à la mise en œuvre de cette mesure (A) et l'empêchant d'entrer naturellement dans une catégorie juridique déjà existante (B).

¹⁷¹⁷ Ces principes généraux du droit de l'Union européenne ont été rappelés par la Cour de justice : CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/ Telefonica de Espana* : *Propr. intell.* 2008, p. 239, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2008, p. 302, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP G* 2008, II, 10099, note E. Derieux ; *JCP E* 2008, p. 1270, note Ch. Caron.

¹⁷¹⁸ Le fait de ne pas disposer de l'information nécessaire pour pouvoir engager une action contre l'auteur d'une faute peut remettre en cause le droit à l'accès à un tribunal : *RLDI* 2015, n° 118, comm. G. Busseuil.

A- Le débat sur la qualification éludé par la recherche du moment de mise en œuvre du droit d'information

664. Les difficultés nées de l'absence de qualification - Ni le législateur européen, ni le législateur français, n'ont précisé la qualification du droit d'information (1), nourrissant des débats houleux sur le moment de sa mise en œuvre (2).

1- L'absence de qualification légale du droit d'information

665. L'autonomie du droit d'information - Le juge civil de la propriété intellectuelle dispose d'un nouvel outil dont la nature juridique n'est pas expressément déterminée par le législateur. Dans la directive, il fait l'objet d'une section 3 intitulée « *Droit d'information* », composée d'un unique article, l'article 8, identiquement nommé. Cette section suit la section 2, consacrée aux preuves, et précède la section 4, dédiée aux mesures provisoires et conservatoires. En outre, le considérant 21 de la directive débute par les termes « *d'autres mesures visent à assurer un niveau élevé de protection ...* » et vise, notamment, le droit d'information. « *D'autres mesures* » fait référence aux mesures précédemment évoquées, telle que la preuve¹⁷¹⁹. La directive distingue donc le droit d'information des moyens de preuve de la contrefaçon. La loi de 2014 marque, elle aussi, cette distinction, en consacrant un chapitre à « *la clarification de la procédure du droit à l'information* » et un autre aux « *dispositions relatives au droit de la preuve* ». Le droit d'information est donc bien une mesure autonome des mesures probatoires¹⁷²⁰ et des mesures provisoires et conservatoires. Elle peut être exercée indépendamment de toute saisie-contrefaçon et n'est pas subordonnée à l'absence de contestation sérieuse, telles que le sont les mesures provisoires¹⁷²¹. Ces mesures sont distinctes en raison de la différence de leurs objets. Le droit d'information n'a pas pour objet de prouver l'existence d'actes de contrefaçon, mais l'origine et l'étendue de celle-ci¹⁷²². Il ne décharge pas le demandeur de la preuve de l'existence de ces actes. Si le législateur français semble avoir respecté la distinction effectuée par le législateur européen, laissant planer le doute quant à la qualification de cette mesure, d'autres législateurs ont choisi de faire de ce droit une mesure probatoire¹⁷²³. En France, l'absence de qualification du droit d'information n'a pas, en elle-

¹⁷¹⁹ Directive, 2004/48/CE, 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, consid. 20.

¹⁷²⁰ Certains auteurs qualifient pourtant cette mesure de mesure probatoire : N. Binctin, « La preuve et l'évaluation du préjudice », *CCE* 2010, n° 3, ét. 7 ; H. Croze, « Dispositions procédurales introduites par la loi de lutte contre la contrefaçon », *Procédures* 2008, n° 1, comm. 16.

¹⁷²¹ Confirmé par la jurisprudence française : TGI Paris, ord. mise en état, 18 avr. 2008, n° 2007/09543 : Ch. Caron, « La loi du 29 octobre 2007 : un an après », *CCE* 2008, n° 11, comm. 124.

¹⁷²² Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-23.349 : *Bull. civ.* IV 2013, n° 149.

¹⁷²³ Il en est ainsi pour le législateur italien : P. Gelato, « Le droit d'information et la détermination du préjudice selon le décret italien de transposition de la directive n° 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle », *Propr. ind.* 2009, n° 4, ét. 8, spéc. n° 19 et s. et n° 26.

même, causé de controverse doctrinale, mais elle a suscité un vif débat au sujet du moment de la mise en œuvre de ce droit.

2- Les hésitations relatives au moment de mise en œuvre du droit d'information

666. Le moment de mise en œuvre du droit d'information, corollaire de sa qualification - La littérature relative au droit d'information met en évidence que les auteurs spécialisés en droit de la propriété intellectuelle se sont davantage interrogés sur le moment de sa mise en œuvre, que sur sa qualification. Pourtant, le moment de sa mise en œuvre et, par extension, le juge compétent, sont déterminés par son régime juridique ; or ce dernier dépend de la qualification de la mesure. En l'absence de qualification, le régime juridique ne peut être établi et, par conséquent, il est impossible de savoir quel est le juge compétent pour la mettre en œuvre. Certes, cette question de compétence du juge et de moment de mise en œuvre du droit d'information est importante car elle est étroitement liée à la détermination de son objet. Si le juge du fond n'est compétent pour la mettre en œuvre qu'après avoir statué sur l'existence d'actes de contrefaçon, le droit d'information est limité à la détermination de l'étendue du préjudice subi, si le juge de la mise en état et le juge des référés sont compétents, cette mesure permet aussi de connaître l'origine de la contrefaçon et d'évaluer la responsabilité des contrefacteurs. Toutefois, la logique juridique impose de qualifier cette mesure avant d'en fixer son régime juridique. Le législateur a choisi de répondre aux interrogations de la doctrine, sans apporter de précisions quant à la qualification de cette mesure.

667. L'imprécision de la directive et de la loi de transposition - En 2007, le législateur avait indiqué que ce droit pouvait être exercé devant une « *juridiction saisie d'une procédure civile* », ce qui laissait penser que les juridictions civiles statuant au fond et au provisoire, tel qu'en référé, ainsi que les juridictions de mise en état, pouvaient connaître d'une telle mesure. Cette interprétation impliquait la mise en œuvre de la mesure malgré l'absence de reconnaissance de la contrefaçon par une décision au fond. En raison du silence des décrets d'application de la loi¹⁷²⁴ et de la directive¹⁷²⁵, les magistrats ont considéré que le juge de la mise en état¹⁷²⁶ était tout aussi compétent que le juge du fond¹⁷²⁷ et le juge des référés¹⁷²⁸.

¹⁷²⁴ Décret, n° 2008-624, 27 juin 2008 ; Décret, n° 2008-625, 27 juin 2008.

¹⁷²⁵ L'article 8 de la directive indique, de manière très large, que le droit d'information peut être mis en œuvre « *dans le cadre d'une action relative à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle* ».

¹⁷²⁶ Ou le juge rapporteur du tribunal de commerce.

¹⁷²⁷ TGI Paris, ord. JME, 21 mars 2008, n° 06/09722 : CCE 2008, comm. 66, note Ch. Caron ; TGI Paris, ord. JME, 18 avr. 2008, n° 2007/09543 : CCE 2008, n° 11, comm. 124, note Ch. Caron ; TGI Paris, ord. JME, 25 juin 2008, n° 08/06929 : PIBD 2008, n° 882, III, p. 576 ; Propr. ind. 2008, comm. 76, obs. J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny ; CCE 2008, comm. 124, obs. Ch. Caron ; D. 2008, p. 2069, obs. C. Manara ; Propr. intell. 2008, n° 29, p. 479, obs. J.-Ch. Galloux.

¹⁷²⁸ TGI Paris, ord. de réf., 12 déc. 2007, n° 07/59572 (compétence du juge des référés sur le fondement combiné des articles L. 331-1-2 du CPI et 145 du CPC) : CCE nov. 2008, n° 11, comm. 124, note Ch. Caron - Interprétation contraire : F. Dumont, « La preuve de la contrefaçon après la loi du 29 octobre 2007 », RLDI 2008, n° 37.

Cependant, les autres termes de la loi laissaient penser que le droit d'information pouvait être exercé seulement après que l'atteinte a été établie. En effet, conformément à l'article 8 de la directive et à l'article 47 de l'accord sur les ADPIC, le législateur français emploie les termes « *produits contrefaisants* », « *activités de contrefaçon* », « *procédés contrefaisants* », « *qui portent atteinte aux droits du demandeur* », qui signifient que l'atteinte est certaine au moment de la demande d'informations. Une lecture stricte de la loi, à l'aune de ces termes, impliquait donc que le droit d'information ne pouvait être mis en œuvre qu'après constatation des actes de contrefaçon par un jugement au fond¹⁷²⁹. Toutefois, une telle interprétation limite considérablement l'utilité de la mesure et va à l'encontre de l'esprit de la directive¹⁷³⁰. Dès lors, la Cour de cassation a choisi de donner compétence au juge de la mise en état et au juge des référés, ainsi qu'au juge du fond, pour mettre en œuvre le droit d'information et ce, avant qu'il ne soit statué sur l'existence d'actes de contrefaçon¹⁷³¹.

668. La clarification du régime juridique du droit d'information par la loi du 11 mars 2014 - La loi du 11 mars 2014, modifiant la loi de 2007, a mis fin à cette controverse en précisant, implicitement grâce au vocabulaire, qu'au moment de la mise en œuvre de ce droit, les actes de contrefaçon sont encore hypothétiques¹⁷³². Le droit d'information peut donc être sollicité avant que le juge ne se prononce sur l'existence d'actes de contrefaçon. Toutefois, sa fonction probatoire n'est pas étendue à l'existence de ces actes, elle reste limitée à l'origine de la contrefaçon et à la détermination des réseaux de distribution. Certes, le droit d'information est d'une utilité majeure pour l'évaluation de l'ampleur du préjudice subi¹⁷³³ car la directive instaure une nouvelle règle de calcul des dommages-intérêts, incluant les bénéfices réalisés par le contrefacteur. Il évite alors au demandeur de recourir à l'expertise judiciaire, longue et coûteuse¹⁷³⁴. Toutefois, il permet, aussi, de déterminer l'étendue de la responsabilité du défendeur et d'attirer en la cause ou d'engager une autre procédure, civile ou pénale, à l'encontre des tiers ayant participé à la production, la fabrication ou la distribution des marchandises ou services prétendument contrefaisants. De surcroît, la détermination de l'origine de la contrefaçon éclaire le juge sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle et facilite la résolution des litiges relatifs à la perturbation d'un réseau de distribution sélective

¹⁷²⁹ En ce sens : TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., ord. JME, 26 mars 2008 : CCE mai 2008, n° 5, comm. 66, note Ch. Caron ; TGI Paris, ord. JME, 10 oct. 2008 : PIBD 2008, n° 888, III, p. 778 ; TGI Paris, ord. JME, 3 avr. 2009 : PIBD 2009, n° 901, III, p. 1282 ; TGI Paris, ord. JME, 4 sept. 2009, n° 08/09863 – Pour une critique de ces décisions : F. Dumont, « La preuve de la contrefaçon après la loi du 29 octobre 2007 », RLDI 2008, n° 37.

¹⁷³⁰ E. Dreyer, *JCL Propriété littéraire et artistique – Procédures et sanctions*, Fasc. 1612, MAJ 1^{er} juin 2018, n° 86 ; F. Bourguet, « Droit d'information, Le bilan de deux ans d'application », *Prop. intell.* 2010, p. 682-690, spéc. p. 686.

¹⁷³¹ Cass. com. 13 déc. 2011, n° 10-28.088 : Bull. civ. IV 2011, n° 1283 ; CCE 2012, comm. 14, obs. Ch. Caron ; Cass. com. 8 oct. 2013, n° 12-23.349 : Bull. civ. IV 2013, n° 149 ; JCP E 2013, act. 782.

¹⁷³² « *des marchandises et services qui portent prétendument atteinte aux droits du demandeur* », « *des produits arqués de contrefaçon* », « *des services utilisés dans de prétendues activités de contrefaçon* ».

¹⁷³³ La jurisprudence française affirme que l'évaluation du préjudice subi est l'objectif principal du droit d'information : TGI Paris, ord. JME, 18 avr. 2008, n° 2007/09543 : CCE 2008, n° 11, comm. 124, note Ch. Caron.

¹⁷³⁴ O. Mandel, « Le nouvel arsenal de lutte contre la contrefaçon », *Prop. ind.* 2009, n° 2, ét. 4, pt. 39 et s.

par la revente de produits hors réseau ou la constitution de réseaux parallèles contrefaisants¹⁷³⁵. Si la loi du 11 mars 2014 a précisé le moment de mise en œuvre du droit d'information, elle n'a pas résolu la difficulté quant à sa qualification ; or l'étude des mesures de droit commun démontre qu'il ne peut entrer que difficilement dans une catégorie déjà existante.

B- La qualification imparfaite du droit d'information de mesure de production forcée de pièces

669. La qualification imparfaite du droit d'information - L'étude de la mesure de production forcée de pièces et des mesures d'instruction, mesures de droit commun de procédure civile (1), permet d'envisager un rattachement du droit d'information à la qualification de mesure de production forcée de pièces (2).

1- Les qualifications de droit commun envisageables

670. La mesure de production forcée de pièces et les mesures d'instruction, deux mesures à caractère inquisitoire - La recherche de la qualification du droit d'information pourrait constituer une question purement théorique si le législateur avait déterminé son régime procédural. Or, ni la loi, ni les décrets d'application ne font mention des règles procédurales entourant la mise en œuvre de ce droit. Il est donc nécessaire de lui attribuer une qualification existant en droit de la procédure civile, afin de lui attacher un régime juridique. Le juge civil dispose, malgré le caractère principalement accusatoire de la procédure civile, de deux types de mesures permettant de l'éclairer sur le dossier, d'une part, la production forcée de pièces et, d'autre part, les mesures d'instruction¹⁷³⁶. Toutes deux sont classées dans le titre VII, intitulé « *l'administration judiciaire de la preuve* », du livre premier du code de procédure civile, consacré aux dispositions communes à toutes les juridictions. Par conséquent, la production forcée de pièces et les mesures d'instruction constituent des mesures probatoires. Le régime juridique de chacune sera présenté afin d'attribuer au droit d'information une qualification pertinente.

671. La mesure de production forcée de pièces - La production forcée de pièces trouve une assise juridique à l'article 10 du code civil qui dispose que chacun est tenu d'apporter son concours à la justice et que le refus dépourvu de motif légitime sera sanctionné par une astreinte ou une amende civile, sans préjudice des dommages-intérêts. L'article 11 alinéa 2 et les articles 138 à 142 du code de procédure civile organisent le régime juridique de cette mesure. Le juge ne peut l'ordonner que sur demande d'une des parties, à destination de l'autre partie ou d'un

¹⁷³⁵ F. Dumont, « La preuve de la contrefaçon après la loi du 29 octobre 2007 », *RLDI* 2008, n° 37.

¹⁷³⁶ Voir *supra* n° 649.

tiers, au besoin sous astreinte¹⁷³⁷. Certains auteurs relèvent que l'astreinte est parfois un moindre mal pour celui qui doit produire la pièce et ne permet pas toujours d'éviter sa résistance. La demande ne sera légitime que si la partie n'a pas d'autre moyen d'obtenir cette pièce¹⁷³⁸. S'inspirant de la jurisprudence relative à l'ancienne action *ad exhibendum*¹⁷³⁹, la Cour de cassation exige que les pièces, dont il est demandé production, soient clairement identifiées¹⁷⁴⁰. Si, selon les textes, seul le tiers peut arguer d'un empêchement légitime à produire la pièce demandée¹⁷⁴¹, la jurisprudence étend cette limite aux parties¹⁷⁴². La décision du juge relève de son pouvoir discrétionnaire et sa décision de modifier ou de rétracter son ordonnance, en raison de l'invocation d'un empêchement légitime par un tiers, peut faire l'objet d'un appel, interjeté dans les quinze jours du prononcé.

672. Les mesures d'instruction - Sur le fondement des articles 10 et 11 alinéa 1 du code de procédure civile, le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction et tire toutes les conséquences du refus ou de l'abstention d'une partie d'y apporter son concours. Le régime juridique et les différentes mesures sont exposés aux articles 143 à 284-1 du code de procédure civile. Le juge ne peut engager que des mesures d'instruction utiles à la solution du litige. Par conséquent, elles ne peuvent porter que sur des faits invoqués ou évoqués par les parties. Toutefois, si une mesure d'instruction révèle d'autres faits utiles au litige, les parties peuvent s'en saisir et les introduire à l'instance. Comme la mesure de production forcée de pièces, les mesures d'instruction ne sont pas destinées à suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve. Leur mise en œuvre est soumise à la condition de la démonstration de l'impossibilité, pour les parties, de rapporter la preuve recherchée. Le juge peut exécuter lui-même la mesure ou en contrôler l'exécution par un technicien. Il peut, aussi, par commission rogatoire, charger une autre juridiction, même étrangère, de procéder à son exécution. La décision ordonnant une mesure d'instruction n'est pas susceptible d'opposition et l'appel ou le pourvoi relatif à celle-ci ne pourra être engagé qu'en lien avec le recours portant sur le fond¹⁷⁴³. Les mesures d'instruction donnent lieu à des procès-verbaux qui permettent un débat contradictoire et ouvrent des voies de recours¹⁷⁴⁴. Le juge dispose de trois catégories de mesures d'instruction, les vérifications personnelles du juge, la comparution personnelle des parties et les déclarations des tiers. Les vérifications personnelles consistent en des constatations, des évaluations et des appréciations menées par le juge. Il peut être assisté d'un technicien qui

¹⁷³⁷ Le code de procédure civile ne fait pas référence à la sanction par une amende civile.

¹⁷³⁸ Cass. civ. 1^{re}., 20 déc. 1977 : *Bull. civ. I* 1977, n° 486.

¹⁷³⁹ Cass. req., 17 juin 1879 : *D.* 1880, 1, p. 427.

¹⁷⁴⁰ Cass. civ. 2^e, 15 mars 1979 : *Bull. civ. II* 1979, n° 88 ; *RTD civ.* 1979, p. 664, obs. R. Perrot ; Cass. com., 12 mars 1979 : *Bull. civ. IV* 1979, n° 97 (la demande doit être accompagnée de précisions permettant d'identifier les pièces).

¹⁷⁴¹ Il convient de noter que la limite de l'empêchement légitime n'est pas consacrée par l'article 145 du code de procédure civile, qui permet au juge des référés d'ordonner la production forcée de pièces.

¹⁷⁴² Cass. soc., 27 janv. 1999, n° 96-44.460 : *Procédures* 1999, n° 124, obs. J.-M. Sportouch.

¹⁷⁴³ Art. 150 du CPC.

¹⁷⁴⁴ Art. 182, 194 et 219 du CPC.

l'éclairera par des constatations, des consultations ou des expertises¹⁷⁴⁵. Les déclarations des tiers peuvent être recueillies, notamment, sur enquête. Les tiers devront apporter leur concours et un refus dépourvu de motif légitime sera sanctionné d'une amende civile de 3 000 euros¹⁷⁴⁶. Lorsqu'une partie demande la réalisation d'une enquête, elle doit préciser les faits dont la preuve est recherchée car les pouvoirs du juge civil sont plus limités que ceux du juge pénal, et doit fournir la liste et les coordonnées des témoins que le juge doit entendre.

673. Les interrogations des processualistes sur la qualification de la mesure de production forcée de pièces - Avant de rattacher le droit d'information à l'une de ces qualifications, il convient de mentionner que l'autonomie de la mesure de production forcée de pièces par rapport aux mesures d'instruction est contestée par Monsieur le Professeur Aynès et Maître Vuitton. Ces auteurs estiment que, malgré le titre VII du livre premier du code de procédure civile distinguant expressément les mesures de production forcée de pièces et les mesures d'instruction, la production forcée de pièces doit être qualifiée de mesure d'instruction¹⁷⁴⁷. En effet, l'article 11 du code comporte deux alinéas. Le premier est expressément relatif aux mesures d'instruction et le deuxième porte sur la production forcée de pièces, tandis que l'article 10 qui le précède concerne, lui aussi, les mesures d'instruction. Pourquoi alors exclure la production forcée de pièces des mesures d'instruction et donner un objet différent à chaque alinéa de l'article 11 ? Les auteurs arguent aussi, de manière convaincante, que, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, le juge des référés ou des requêtes n'a le pouvoir d'ordonner que des mesures d'instruction. Or, il peut condamner une partie à produire une pièce, éventuellement sous astreinte. De surcroît, l'article 446-3 du code de procédure civile, en matière de procédures orales, permet au juge de mettre en demeure les parties de produire pièces et documents propres à l'éclairer et de tirer toute conséquence de l'abstention ou du refus de celle-ci. La qualification de la production forcée de pièces de mesure d'instruction est donc établie par un raisonnement déductif portant sur les articles 145 et 446-3 du code de procédure civile¹⁷⁴⁸. Si l'intégration de la production forcée de pièces aux mesures d'instruction semble être judicieuse, tant au regard des textes que du régime juridique qui lui serait alors attribué¹⁷⁴⁹, cette position doctrinale est isolée¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁵ Art. 232 et s. du CPC.

¹⁷⁴⁶ Art. 207 du CPC.

¹⁷⁴⁷ A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve – Principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013, n° 123, p. 68.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*

¹⁷⁴⁹ La sanction de la résistance à cette mesure ne serait plus la liquidation d'une astreinte, mais celle pour le juge de pouvoir en tirer toutes les conséquences ; or cette sanction convainc davantage d'apporter son concours à la justice.

¹⁷⁵⁰ Refusant de qualifier la production forcée de pièces de mesure d'instruction : L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, n° 567 et s., p. 493 et s. ; voir aussi : C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile, droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33^e éd., 2016, n° 622 et s., p. 471 et s. ; *Procédure civile*, Francis Lefebvre, 2016-2017, n° 13400 et s., p. 226 et s.

Bien qu'il demeure une hésitation doctrinale quant à l'autonomie de la mesure de production forcée de pièces par rapport aux mesures d'instruction, la comparaison des régimes juridiques à celui, certes chétif, du droit d'information met en évidence un rapprochement possible avec la mesure de production forcée de pièces.

2- Le rapprochement du droit d'information de la qualification de mesure de production forcée de pièces

674. Les similitudes entre le droit d'information et la mesure de production forcée de pièces - Le droit d'information se rapproche davantage de la production forcée de pièces que des mesures d'instruction. En effet, les deux premières ne peuvent être mises en œuvre d'office par le juge et la résistance est sanctionnée par la liquidation d'une astreinte. En outre, si les mesures d'instruction ne se heurtent que dans des hypothèses restreintes à un motif légitime de ne pas y apporter son concours, l'empêchement légitime est invocable tant par les parties que par les tiers, tant en matière de droit d'information¹⁷⁵¹ qu'en matière de production forcée de pièces.

675. Les obstacles à la qualification de mesure de production forcée de pièces - Une objection à une telle qualification pourrait être tirée de la nécessité, pour la partie qui demande la production forcée d'une pièce, d'identifier clairement celle-ci ; or pour prouver l'origine ou l'étendue de la contrefaçon, le titulaire des droits ne saura pas toujours précisément quelles pièces comportent la preuve de ces éléments. Le droit d'information, par sa généralité, semble alors nécessaire en ces circonstances qui excluent la possibilité d'appliquer cette mesure de droit commun. Il ne peut donc pas, sans difficulté, acquérir la qualification de mesure de production forcée de pièces. De mise en œuvre plus souple que cette mesure, il semble être nécessaire. Toutefois, il s'avère inutile lorsque sont envisagées les mesures de droit commun, non individuellement, mais dans leur globalité.

II- L'inutilité du droit d'information à l'aune des mesures procédurales de droit commun

676. L'ignorance du droit commun, pourtant suffisant - Les titulaires de droits de propriété intellectuelle ont, certes, réclamé la création d'une mesure spéciale à caractère inquisitoire afin de résoudre leurs difficultés probatoires, mais l'étude du droit commun démontre que, tant les mesures inquisitoires de droit commun de la procédure civile, lorsqu'elles sont combinées (A), que les mesures d'investigation de droit commun de la procédure pénale, sont suffisantes (B).

¹⁷⁵¹ Cette limite a été étendue aux parties par la jurisprudence – voir *supra* n° 660.

A- La complémentarité opportune des mesures civiles inquisitoires de droit commun

677. Un ensemble complet et parfait formé par les mesures procédurales civiles de droit commun - Dans certaines circonstances, la mesure de production forcée de pièces ne permet pas au titulaire de droits d'obtenir les informations nécessaires sur l'étendue et la constitution des réseaux de contrefaçon¹⁷⁵². Néanmoins, les mesures d'instruction peuvent être mises en œuvre pour suppléer aux limites de celle-ci. La partie, qui ne dispose pas d'informations suffisantes sur les pièces prouvant les faits qu'elle cherche à démontrer, peut solliciter la mise en œuvre d'une mesure d'instruction. Le juge peut effectuer des constatations et vérifications auprès des auteurs prétendus contrefacteurs et, ainsi, obtenir la communication de tout document ou information relatifs au litige, entendre le prétendu contrefacteur par comparution personnelle ou recueillir, au cours d'une enquête, des déclarations de tiers. Outre les quantités et les prix obtenus de la commercialisation des contrefaçons, ces mesures d'instruction peuvent servir à identifier les acteurs du réseau de distribution dès lors que ces informations sont nécessaires à la résolution du litige. Certes, contrairement aux mesures d'instruction, le droit d'information n'est pas expressément limité par cette condition, mais si les informations recherchées ne sont pas nécessaires à la résolution du litige, la mise en œuvre du droit d'information n'est pas légitime. En effet, accorder, au titulaire de droits, la possibilité d'obtenir des informations extérieures au champ du litige, tel que déterminé par les parties, dans l'unique but de pouvoir engager des actions contre les acteurs du réseau de contrefaçon, conférerait au juge civil un pouvoir d'investigation réservé aux autorités judiciaires répressives. Le droit d'information ne peut permettre à celui-ci de jouer un tel rôle et au titulaire de droits d'engager des « *manœuvres exploratoires* »¹⁷⁵³. Le droit d'information ne doit pas constituer un « *droit de perquisition générale privée* »¹⁷⁵⁴. La combinaison de ces deux modes d'administration de la preuve lors d'un procès civil rend ceux-ci suffisants. Dès lors, le droit d'information, mesure spéciale au droit de la propriété intellectuelle, apparaît inutile. Une telle inutilité peut, aussi, être observée à l'aune des mesures d'investigation existantes en procédure pénale de droit commun.

B- L'efficacité certaine des mesures pénales d'investigation

678. L'efficacité incertaine du droit d'information - Deux éléments constitutifs du droit d'information amoindrissent son efficacité. D'une part, l'astreinte n'est pas toujours efficace pour encourager les parties et les tiers à apporter leur concours à cette mesure. Certains préfèrent payer une astreinte, au moins pour gagner du temps, que de fournir les informations

¹⁷⁵² Voir *supra* n° 675.

¹⁷⁵³ Les manœuvres exploratoires sont définies par A. Bergeaud comme « [...] l'attitude de celui qui sollicite une mesure auprès d'un juge, moins pour obtenir une preuve déterminée, que pour évaluer une situation d'ensemble » (A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, th. dir. J.-Ch. Saint-Pau, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 525, 2010, n° 489, p. 422).

¹⁷⁵⁴ *RTD civ.* 1979, p. 664, obs. R. Perrot.

demandées¹⁷⁵⁵. D'autre part, la limite constituée par l'empêchement légitime de produire les informations requises rend l'effectivité de cette mesure incertaine. En effet, si le secret des affaires ou le droit au respect de la vie privée, duquel est issu le droit à la protection des données à caractère personnel, ne peuvent constituer systématiquement un empêchement légitime, l'appréciation est soumise au pouvoir souverain du juge. Par conséquent, il est difficile pour la partie qui demande la mise en œuvre de ce droit, d'être certaine qu'un empêchement légitime ne s'y heurtera pas.

679. L'efficacité plus grande des mesures d'investigation de procédure pénale - La procédure pénale offre une plus grande certitude de succès des mesures d'investigation. Le législateur a prévu une mesure de réquisition aux fins de communication d'informations¹⁷⁵⁶, tant lors de l'enquête de flagrance¹⁷⁵⁷ et de l'enquête préliminaire¹⁷⁵⁸, que lors de l'instruction¹⁷⁵⁹. Mise en œuvre par l'autorité judiciaire ou la police judiciaire, elle ne peut être tenue en échec par les droits précités ou le secret professionnel. Toutefois, un « *motif légitime* » peut constituer une limite, certes aussi floue que celle formée par « *l'empêchement légitime* », mais d'interprétation stricte. Représente un motif légitime, celui consacré par un texte qui fait expressément obstacle à une telle mesure ou celui suscitant l'auto-incrimination de la personne. De surcroît, si l'information est requise d'une personne qui exerce une profession soumise au secret professionnel, sa production nécessite son accord. Il en est ainsi pour les avocats, les médecins, les journalistes, les notaires et les huissiers. Néanmoins, le refus peut être contourné par une perquisition effectuée dans les circonstances d'une enquête de flagrance ou d'une information. Quant à la sanction, celle relative aux mesures d'investigation de procédure pénale semble plus efficace que celle attachée au droit d'information¹⁷⁶⁰. Le refus de répondre à une réquisition aux fins de communication d'informations constitue un délit puni d'une amende de 3 750 euros¹⁷⁶¹.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

680. Les difficultés de qualification du droit d'information et les incertitudes relatives au moment de sa mise en œuvre révèlent l'absence de réflexion et le manque de rigueur du législateur français lors de la transposition des directives. A la lumière du corpus de mesures déjà existantes, ce droit d'information est inutile. Introduit en droit français par l'influence des

¹⁷⁵⁵ Ch. Caron, « La loi du 29 octobre 2007 dite "de lutte contre la contrefaçon" », *CCE* 2007, n° 12, ét. 30, spéc. pt. 12.

¹⁷⁵⁶ Des dispositions spéciales régissent les « réquisitions informatiques », celles qui tendent à la transmission d'informations contenues dans un système et celles qui ont pour objet la préservation du contenu d'informations consultées (Art. 60-2, 77-1-2 et 99-4 du CPP).

¹⁷⁵⁷ Art. 60-1 du CPP.

¹⁷⁵⁸ Art. 77-1-1 du CPP.

¹⁷⁵⁹ Art. 99-3 du CPP.

¹⁷⁶⁰ Le refus de répondre à une réquisition aux fins de communication d'informations (Art. 60-1, 77-1-1 et 99-3 du CPP) constitue un délit puni d'une amende de 3 750 euros.

¹⁷⁶¹ Art. 60-1, 77-1-1 et 99-3 du CPP.

titulaires de droits, il isole le droit de la propriété intellectuelle du droit commun et démontre le manque de connaissance de la procédure civile, notamment dû à une trop forte spécialisation des professionnels du droit de la propriété intellectuelle. La multiplication des règles spéciales, au détriment d'un droit commun pourtant adapté n'est pas spécifique au droit de la propriété intellectuelle. Un courant d'extrême spécialisation parcourt le droit français et l'absence de vision générale du droit conduit à la multiplication de règles similaires.

CONCLUSION DE LA SECTION I

681. Le droit d'information, mesure inutile à l'aune de celles déjà existantes en droit de la procédure civile et moins efficace à lutter contre la contrefaçon que celles de procédure pénale, participe de l'empiètement de l'inquisitoire sur l'accusatoire. En effet, le droit commun de la procédure civile comporte des mesures inquisitoires permettant au juge de pallier les difficultés probatoires rencontrées par les parties. Le contentieux de la propriété intellectuelle ne requerrait pas de mesure spécifique. Le souhait des titulaires de droits de voir ce droit d'information introduit en droit français laisse supposer un échec du droit commun de la procédure civile, lequel n'est pas démontré en pratique. De surcroît, lorsque la lutte contre des actes de contrefaçon impose de mener d'importantes investigations, il semble que l'engagement d'une procédure pénale soit plus adaptée. Outre la souplesse des conditions de preuve, les moyens d'investigation de la police judiciaire apparaissent plus efficaces pour démanteler des réseaux et organisations criminelles. L'externalisation des fonctions d'investigation du droit pénal au profit du droit civil participe du détournement des titulaires de droits de la voie pénale. Pourtant, il n'apparaît pas légitime d'attribuer les fonctions du droit pénal au droit civil en raison de la réticence des titulaires d'agir sur le fondement du droit. Cette mutation du droit civil est renforcée par l'instauration de dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et d'une amende civile de droit commun.

SECTION II - Du répressif dans l'indemnitaire

682. Deux instruments civils répressifs constitutifs de la matière pénale - En droit de la propriété intellectuelle, l'attribution, à la procédure civile, d'une fonction inquisitoire fut corrélative à l'introduction de mesures civiles de nature répressive. En effet, le droit d'information est instauré en soutien de dommages-intérêts spécifiques. Egalement issues de la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹⁷⁶², deux formules de calcul de dommages-intérêts ont été instaurées, en droit français, pour chaque droit de propriété intellectuelle. Malgré les affirmations des législateurs, tant européens que français, leur étude démontrera leur fonction répressive. En effet, ces dommages-intérêts ont été introduits en droit français afin d'anéantir le caractère lucratif des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Confisquer les bénéfices réalisés par les contrefacteurs est devenu le principal enjeu pour endiguer la massification des atteintes aux droits. L'introduction d'une fonction répressive dans le droit de la responsabilité civile, afin de lutter contre les fautes lucratives, n'est pas spécifique au droit de la propriété intellectuelle. Ainsi le projet de réforme du droit de la responsabilité civile prévoit l'introduction d'une amende civile de droit commun, destinée à absorber les bénéfices réalisés par les auteurs de fautes commises dans un but lucratif¹⁷⁶³. Si elle est consacrée, cette amende civile sera applicable dans les contentieux de droit de propriété intellectuelle. Les dommages-intérêts et l'amende civile forment alors un réseau de normes civiles répressives. Organiquement civiles et substantiellement répressives (PARAGRAPHE I), observées à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elles entrent dans la catégorie de la matière pénale et, par conséquent, sont soumises aux principes fondamentaux qui l'enserrent (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - Les dommages-intérêts et l'amende civile, deux instruments civils répressifs

683. La diffusion d'une fonction répressive dans le droit de la responsabilité civile - Deux instruments civils répressifs sont applicables en droit de la propriété intellectuelle. Les dommages-intérêts sont spécifiques à ce droit. Subtilement rédigés par le législateur, ils laissent la possibilité au juge de prononcer des montants supérieurs au préjudice subi par le titulaire des droits, ainsi qu'aux bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte. Ni réparateurs, ni confiscatoires, ces dommages-intérêts ont une nature punitive lorsque les juges en font une application correcte. L'instauration d'une fonction répressive dans le droit de la responsabilité civile s'inscrit dans un mouvement général de lutte contre les fautes lucratives. Une amende civile est proposée par le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté en mars 2017 par la Chancellerie, et sera applicable au droit de la propriété intellectuelle. Pourtant, que l'instrument soit spécifique au droit de la propriété intellectuelle (I) ou de droit commun (II), il ressort de

¹⁷⁶² Directive, n° 2004/29/CE, du 29 avr. 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁷⁶³ Ministère de la justice, Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017.

leur étude qu'ils sont peu efficaces pour lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

I- La création de dommages-intérêts punitifs, spécifiques au droit de la propriété intellectuelle

684. Des dommages-intérêts compensatoires aux dommages-intérêts punitifs - Bien que le droit commun de la responsabilité civile délictuelle soit fondé sur des textes suffisamment souples pour être appliqués aux différentes branches du droit, l'insuffisance de l'indemnisation du préjudice conjuguée au caractère lucratif de la contrefaçon démontre qu'il ne passe pas avec succès l'épreuve de l'action en contrefaçon (A). Incité par les titulaires de droits et une partie de la doctrine à créer un nouveau régime de responsabilité doté de fonctions dissuasive et punitive, le législateur a, d'une part, introduit un critère atypique de détermination des dommages-intérêts et, d'autre part, consacré des dommages-intérêts forfaitaires, dérogeant aux principes du droit commun de la responsabilité civile. Ce régime *sui generis* de responsabilité révèle l'abandon du droit commun de la responsabilité civile en faveur de dommages-intérêts punitifs (B).

A- Le droit commun de la responsabilité civile délictuelle à l'épreuve de la contrefaçon

685. L'incidence des difficultés de preuve du préjudice et de la persistance du caractère lucratif de la contrefaçon - En droit de la propriété intellectuelle, l'action civile présente deux difficultés. La première concerne la preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice¹⁷⁶⁴, la deuxième porte sur la persistance du caractère lucratif de l'atteinte aux droits, après l'indemnisation de leur titulaire (1). Certes, ces difficultés ne sont pas spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, mais leur incidence sur le contentieux a nourri les réflexions sur la réforme de l'action en responsabilité civile, spécifique au droit de la propriété intellectuelle (2).

¹⁷⁶⁴ L'orthodoxie juridique commande de faire la distinction entre le dommage et le préjudice. Il conviendrait donc de faire référence à la preuve de l'existence d'un dommage, atteinte factuelle à la victime dont les conséquences juridiques sont dénommées préjudices, lesquels sont indemnisés après la preuve de leur étendue. Néanmoins, cette distinction lexicale n'ayant pas d'incidence juridique, les civilistes de renom autorisent à employer ces deux termes indifféremment (not. : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, n° 133, p. 157 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 14^e éd., 2017, n° 600, p. 555 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2. *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^e éd., 2013, p. 175). Par volonté de ne pas complexifier le plan, le terme préjudice sera donc préféré.

1- La cristallisation des difficultés dans le préjudice et la faute

686. Le paradoxe de la sous-évaluation d'un préjudice causé par une faute lucrative -

L'engagement de la responsabilité civile délictuelle sur le fondement du droit commun impose de démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice et de leur lien de causalité. S'il a été admis que la violation d'un droit de propriété intellectuelle constitue une faute et, par conséquent, que la démonstration d'un acte de contrefaçon suffit à établir sa preuve¹⁷⁶⁵, l'existence du préjudice ne peut, malgré le souhait d'une partie de la doctrine, être déduite de l'existence de la faute. Or, les difficultés de preuve du préjudice, tant dans son existence que dans son étendue, font obstacle à une réparation intégrale du préjudice (a), vécue comme une injustice d'autant plus grande par le titulaire des droits que, souvent, la contrefaçon conserve son caractère lucratif après versement de l'indemnisation (b).

a- Les difficultés de preuve du préjudice

687. Le double obstacle probatoire de l'existence et de l'étendue du préjudice -

Fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, l'action en contrefaçon pose des difficultés de preuve du préjudice, tant dans son existence, qui ne peut être déduite de celle de la faute (i), que dans son étendue, qui ne saurait être qu'exceptionnellement démontrée par analogie aux bénéfices réalisés par le contrefacteur (ii).

i- La preuve de l'existence du préjudice

688. La qualification de l'action civile en contrefaçon déterminante du régime juridique applicable - Le régime juridique applicable à l'engagement de la responsabilité du contrefacteur dépend de la qualification de l'action civile en contrefaçon ; or celle-ci ne cesse de nourrir les débats. Si la majorité de la doctrine, conformément aux dispositions relatives au droit de la propriété industrielle¹⁷⁶⁶, la qualifie d'action en responsabilité civile, certains auteurs considèrent que le droit de la propriété intellectuelle, en tant que droit de propriété¹⁷⁶⁷, est un droit réel civilement protégé par une action en revendication¹⁷⁶⁸. Alors que l'action en

¹⁷⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995, n° 93-14.767 : *Bull. civ. I* 1995, n° 203 ; *D.* 1996, somm. 286, obs. J.-J. Burst ; *RTD com.* 1996, p.108, obs. B. Bouloc ; *RIDA* 1995, n° 4, p. 291 ; Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n° 99-15.284 : *Bull. civ. I* 2001, n° 154 (le droit de propriété intellectuelle étant un droit réel opposable *erga omnes*, la seule violation de ce droit suffit à caractériser la faute) ; *CCE* 2002, comm. 91, obs. Ch. Caron ; Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 06-19.021, *Rheims c/ Gautel* : *Bull. civ. I* 2008, n° 258 ; *RTD com.* 2009, p. 140, obs. F. Pollaud-Dulian - *Contra* : A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 1261, p. 987-988.

¹⁷⁶⁶ Les dispositions relatives au droit de la propriété littéraire et artistique ne précisent pas que l'atteinte à ce droit engage la responsabilité civile de son auteur.

¹⁷⁶⁷ Voir *infra* n° 881 et s.

¹⁷⁶⁸ M. Vivant, *Le droit des brevets*, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 114 : l'action en contrefaçon apparaît, « d'un point de vue théorique comme une action de type "reivindicatoire", une action tendant, [...], à assurer la défense d'une propriété et à en assurer l'intégrité [...] » ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz,

responsabilité civile, fondée sur l'article 1240 du code civil, exige la preuve d'une faute et d'un dommage, l'action en revendication peut être mise en œuvre plus aisément car la seule atteinte au droit, qualifiée d'empiètement, constitue une faute causant, nécessairement, un dommage indépendamment de toute conséquence économique¹⁷⁶⁹. L'atteinte à un droit réel est *per se* constitutive d'un préjudice¹⁷⁷⁰. En effet, la contrefaçon porte atteinte au droit de propriété et, par conséquent, aux prérogatives qui en résultent, notamment, celle d'exploiter ou de ne pas exploiter son bien. Messieurs les Professeurs Vivant et Bruguière estiment que cette atteinte au droit de propriété constitue le préjudice essentiel causé par la contrefaçon¹⁷⁷¹ et qu'en focalisant l'indemnisation de la contrefaçon sur le préjudice économique, le juge établit « *une réparation en trompe l'œil* », occultant le préjudice né de l'atteinte au droit de propriété¹⁷⁷². Outre le fait d'asseoir encore un peu plus fermement le droit de la propriété intellectuelle dans le giron du droit de propriété, qualifier l'action civile en contrefaçon d'action en revendication permet de déduire l'existence d'un dommage de l'atteinte au droit, allégeant la charge de la preuve qui pèse sur son titulaire. Sans toutefois adopter cette qualification, Monsieur Kéréver, Conseiller d'Etat, déduit pertinemment de l'incrimination et de la sanction pénale des actes de contrefaçon, l'existence d'un préjudice nécessairement causé au titulaire des droits¹⁷⁷³.

689. La présomption du dommage causé par les actes de contrefaçon - D'autres auteurs envisagent de s'affranchir de ces régimes juridiques en créant un mécanisme de présomption de l'existence du préjudice. Ils estiment possible de fonder la preuve de l'existence de conséquences économiques négatives subies par le titulaire des droits sur celle des bénéfices réalisés par le contrefacteur¹⁷⁷⁴. Si certains affirment que l'étendue de ce préjudice peut, aussi,

3^e éd., 2016, n° 1042, p. 904 et s. ; M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, p. 1839-1844 ; P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. 1, n° 71 et 72, p. 310-316 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 1928, p. 1293 : Monsieur le Professeur Pollaud-Dulian affirme que l'action en contrefaçon ne doit pas être assimilée à une action en responsabilité civile, « *sous peine de méconnaître plusieurs de ses aspects essentiels* ». Ayant pour objet de sanctionner l'atteinte à un droit privatif, cette action relève, selon lui, du pétitoire et est donc qualifiée d'action réindicatoire.

¹⁷⁶⁹ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 793, p. 852.

¹⁷⁷⁰ Sans nécessairement adopter cette qualification de l'action civile en contrefaçon, de nombreux auteurs estiment que les actes de contrefaçon font nécessairement naître un dommage : E. Dreyer, *JCL Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1612, 2011, n° 106 ; F. Siirainen, « Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique », in *Le droit au défi de l'économie*, Y. Chaput (dir.), Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002, p. 91-114, spéc. p. 94 – Dans leurs ouvrages généraux, les auteurs n'étudient que la preuve de l'étendue du préjudice, laissant penser que son existence est automatiquement déduite de l'atteinte au droit.

¹⁷⁷¹ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 1081, p. 939 – Ces auteurs précisent, toutefois, que l'indemnisation de l'atteinte à un droit réel n'exclut pas l'indemnisation du manque à gagner et de la perte subie sur le fondement de l'article 1240 du code civil.

¹⁷⁷² *Id.*, n° 1075, p. 932 – Ce paragraphe est intitulé « *Ne pas oublier la propriété !* ».

¹⁷⁷³ CA Paris, 4^e ch., 1^{er} oct. 1990 : *RIDA* 3/1991, p. 206, note A. Kéréver.

¹⁷⁷⁴ Ils fondent cette présomption sur le fait que la preuve des conséquences économiques négatives s'apparente à la preuve d'un fait négatif, la *diabolica probatio*, notamment lorsque le titulaire des droits et le contrefacteur ne s'adressent pas à la même clientèle (Not. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 793, p. 852). Ce raisonnement est emprunté à la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui affirme qu'« *un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale* » : Cass. com., 9 oct. 2001, n° 99-16.512 : *RTD civ.* 2002, p. 304, note. P. Jourdain.

être déduite de l'ampleur des bénéfices réalisés¹⁷⁷⁵, d'autres limitent cette présomption à la seule existence du préjudice¹⁷⁷⁶, les conséquences économiques négatives n'étant pas égales aux bénéfices réalisés par le contrefacteur¹⁷⁷⁷. Bien que séduisant, les hypothèses de mise en œuvre de ce mécanisme de présomption sont toutefois limitées car le contrefacteur doit avoir agi sur le même marché que le titulaire des droits¹⁷⁷⁸.

690. La perte de chance de réaliser des bénéfices - Le dommage causé par la contrefaçon peut n'être qu'éventuel car il n'est pas certain que l'exploitation du bien par le titulaire des droits ait produit des bénéfices et, par conséquent, qu'il souffre d'un manque à gagner du fait de la contrefaçon. Néanmoins, le titulaire des droits a, en raison des actes de contrefaçon, perdu la chance de pouvoir exploiter son bien dans une situation de monopole et de réaliser des bénéfices. Cette éventualité peut donc emprunter les caractères de la perte de chance¹⁷⁷⁹, définie par la Cour de cassation comme la disparition d'une éventualité favorable¹⁷⁸⁰. Dès lors, le préjudice résultant de la contrefaçon peut résider dans la perte de chance réelle et sérieuse de réaliser des bénéfices.

691. L'incertitude de la jurisprudence - Bien que la Cour de cassation affirme que la preuve de l'existence d'une faute n'est pas nécessaire dès lors que l'atteinte au droit de propriété intellectuelle est démontrée¹⁷⁸¹, elle n'adopte pas la qualification d'action en revendication. De surcroît, la jurisprudence est fluctuante sur le fait que les actes de contrefaçon provoquent *ipso facto* un préjudice. Certains juges exigent qu'il soit démontré¹⁷⁸², d'autres le déduisent de l'existence des actes de contrefaçon¹⁷⁸³. Aux difficultés relatives à la preuve de l'existence du préjudice, que la fluctuation de la jurisprudence n'atténue pas, s'ajoutent celles portant sur la preuve de l'étendue du préjudice.

¹⁷⁷⁵ Voir *infra* n° 694.

¹⁷⁷⁶ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 793, p. 852 ; N. Binctin critique le fait qu'en exigeant des juges qu'ils prennent en considération les bénéfices réalisés par le contrefacteur lors de l'évaluation des dommages-intérêts, la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon a consacré ce système de présomption légale permettant de déduire l'existence du préjudice économique de celle des bénéfices issus de la contrefaçon : N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 1515, p. 972.

¹⁷⁷⁷ Sur l'absence de corrélation entre les bénéfices du contrefacteur et le manque à gagner du titulaire des droits, voir *infra* n° 694.

¹⁷⁷⁸ Même dans cette hypothèse, la réalisation de bénéfices par le contrefacteur n'induit pas, nécessairement, des conséquences économiques négatives car certaines entreprises reconnaissent qu'elles profitent du succès des contrefacteurs – voir *infra* n° 1008.

¹⁷⁷⁹ Sur la notion de perte de chance, voir not. : G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 279 et s., p. 129 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 924, p. 1005 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^e éd., 2017, n° 242, p. 147 et s.

¹⁷⁸⁰ Cass. Civ 1^{re}, 4 juin 2007, n° 05-20.213 : *Bull. civ.* I 2007, n° 217 ; *JCP G* 2007, I, 185, n° 2, obs. Ph. Stoffel-Munck.

¹⁷⁸¹ Voir *supra* n° 686.

¹⁷⁸² TGI Paris, 1^{re} ch., 17 févr. 1999 : *RIDA* 3/1999, p. 331.

¹⁷⁸³ CA Paris, 4^e ch., 1^{er} oct. 1990 : *RIDA* 3/1991, p. 206, note A. Kéréver ; CA Paris, 1^{re} ch., 11 janv. 2000 : *RIDA* 1/2001, p. 286 ; Cass. com., 17 juin 2003, n° 01-12.307.

ii- La preuve de l'étendue du préjudice

692. La nécessaire compensation du dommage causé par la contrefaçon - Le droit de la responsabilité civile délictuelle permet à la victime de voir son dommage réparé et d'être placée dans la situation dans laquelle elle aurait été en l'absence de l'acte fautif. Lorsque le dommage ne peut être réparé en nature, le juge indemnise la victime en lui attribuant une compensation financière. La difficulté réside alors dans la détermination de son montant qui doit être proportionné à l'étendue du préjudice subi par la victime. Dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, le législateur a, certes, mis à la disposition du juge civil une série de mesures, dites correctives, ayant pour objet de faire cesser les atteintes aux droits de propriété intellectuelle¹⁷⁸⁴, mais elles n'ont pas vocation à réparer le préjudice actuel. Il est donc nécessaire de compenser le préjudice par une indemnisation financière, compensation qui n'est pas sans difficulté.

693. La fiction de la compensation du dommage causé par la contrefaçon - L'évaluation des préjudices causés par la contrefaçon présente deux séries de difficultés. D'une part, certains préjudices sont, par nature, étrangers à toute évaluation en argent. Il en est ainsi du préjudice moral et du préjudice résultant de l'atteinte au droit moral de l'auteur ou de l'artiste interprète¹⁷⁸⁵. L'indemnisation de ces préjudices fait l'objet de vifs débats, qui ne sont pas spécifiques au droit de la propriété intellectuelle. Cette étude sera donc uniquement dédiée à la deuxième série de difficultés. D'autre part, l'ampleur des préjudices patrimoniaux étant ardue à démontrer, certains praticiens constatent que leur compensation nécessite de « [...] *construire une fiction consistant à faire abstraction de la contrefaçon, et cela sur une longue période, excédant même souvent les cinq années de prescription* »¹⁷⁸⁶. Toutefois, plus la contrefaçon est importante, plus ses « effets systémiques » se sont multipliés, rendant cette fiction impossible à envisager¹⁷⁸⁷. Ainsi, Monsieur Henry affirme que « *prétendre remettre l'auteur dans l'exacte situation où il se trouvait si la contrefaçon n'avait pas eu lieu relève de l'art divinatoire* »¹⁷⁸⁸.

¹⁷⁸⁴ Ces mesures sont la confiscation des biens contrefaisants en possession du contrefacteur, le rappel de ceux présents dans les circuits commerciaux et la confiscation des recettes produites par la contrefaçon.

¹⁷⁸⁵ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 1081, p. 939 ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017, n° 167, p. 232 et n° 204, p. 289.

¹⁷⁸⁶ Ch. de Haas, « L'évaluation de l'indemnisation de la victime d'une contrefaçon, entre incohérences et approximations », *Légicom* 2014/2, n° 53, p. 69-82, spéc. p. 75 – Dans le même sens : G. Henry, *L'évaluation en droit d'auteur*, th. dir. P.-Y. Gautier, IRPI, t. 30, 2007, n° 126, p. 106.

¹⁷⁸⁷ Ch. de Haas, « L'évaluation de l'indemnisation de la victime d'une contrefaçon, (...) », *art. cit.*, spéc. p. 75.

¹⁷⁸⁸ G. Henry, *L'évaluation en droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 126, p. 106.

L'évaluation du préjudice causé par la contrefaçon fait, alors, tant l'objet de débats juridiques¹⁷⁸⁹ que d'études économiques¹⁷⁹⁰.

694. L'absence de corrélation entre l'étendue du préjudice subi et l'ampleur des bénéfices réalisés - L'existence du préjudice ne peut être que rarement déduite de celle des bénéfices réalisés par le contrefacteur¹⁷⁹¹. Le même raisonnement doit être tenu concernant la preuve de l'étendue du préjudice. En principe, celle-ci ne peut être déduite de l'ampleur des bénéfices issus de la contrefaçon¹⁷⁹². D'une part, il est fréquent que les contrefacteurs exploitent les biens contrefaisants sur un autre marché que celui occupé par les titulaires de droits¹⁷⁹³. La contrefaçon des marques ainsi que des dessins et modèles dans le secteur du luxe en est un cas topique car l'écart de prix entre le bien contrefait et le bien contrefaisant exclut toute substituabilité¹⁷⁹⁴. D'autre part, bien que le contrefacteur agisse sur le même marché que le titulaire des droits, la différence de modèle économique est telle que les bénéfices produits par les actes de contrefaçon ne sont pas équivalents à ceux issus de l'exploitation légale des droits de propriété intellectuelle. S'il est possible de considérer que l'éditeur d'un site Internet, qui propose, illégalement, le téléchargement gratuit d'une œuvre cinématographique, agit sur le même marché que celui qui met cette œuvre à disposition du public, légalement et contre rémunération, le modèle économique adopté par le premier permet d'attirer une plus large clientèle et d'obtenir des bénéfices plus élevés. Enfin, le constat est identique lorsque le contrefacteur ne produit pas et n'exploite pas le bien contrefaisant dans les mêmes conditions que le titulaire des droits. Souvent, le bien contrefaisant n'est pas d'une qualité équivalente à celle du bien sur lequel portent les droits. La faible qualité du produit permet alors au contrefacteur d'atteindre une capacité de production supérieure à celle du titulaire des droits. Il profite, aussi, des investissements, tant de développement que de publicité du produit. De

¹⁷⁸⁹ J.-C. Combaldieu, « La réparation du préjudice en matière de contrefaçon de brevet et ses méthodes d'évaluation », *JCP Commerce et Industrie* 1975, II, 12382 ; P. Mathely, « De l'évaluation de l'indemnité de contrefaçon », *Ann. propr. ind.* 1963, p. 249 et s. ; A. Chavanne, « L'évaluation des dommages-intérêts dans les instances en contrefaçon de marque de fabrique », *RIPIA* 1964, p. 284 ; S. Mandel, « L'indemnisation du préjudice en cas de contrefaçon de marque ou de modèle », *Gaz. Pal.* 1996, I, p. 600.

¹⁷⁹⁰ Ministère de l'économie et des finances, *Propriété industrielle : le coût des litiges*, Editions de l'Industrie, Paris, 2000 ; KPMG, Fiduciaire de France, Union des Fabricants, Sofres, *Les entreprises et la contrefaçon*, KPMG Audit, 1998 ; P. Brulat-Aulan et al., *La jurisprudence relative à la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle*, Etude pour le Ministère de la Justice, IRPI, 1999 ; E. Belfort, « L'indemnisation des préjudices en matière de contrefaçon : la pratique des tribunaux en France », *RIPIA* 2000, p. 72, spéc. n° 201.

¹⁷⁹¹ Voir *supra* n° 689.

¹⁷⁹² T. Azzi, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, Présentation générale », *Dossier La lutte contre la contrefaçon* (loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007), *D.* 2008, n° 11, p. 700, spéc. n° 35 – *contra* : A. Saint Martin, « Radioblog - Peine privée pour contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 53, spéc. n° 14.

¹⁷⁹³ Commission européenne, *Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, 9 déc. 1997, (97/C 372/03) : un marché de produit est défini comme un marché qui « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés ». L'exercice de définition d'un marché comporte deux axes, celui de la substituabilité de la demande et celui de la substituabilité de l'offre.

¹⁷⁹⁴ Voir *infra* n° 1008.

surcroît, l'exploitation du bien authentique par un réseau de distribution sélective induit une diffusion plus restreinte que celle du bien contrefaisant. Les bénéfices réalisés par le contrefacteur ne constituent donc un indice d'évaluation des gains manqués qu'à la condition d'être relativisé par la différence de marché, du prix de vente, de capacité de production, de l'attractivité pour les consommateurs et de l'existence de produits concurrents sur le marché.

695. L'évaluation des gains manqués et des pertes subies par le titulaire des droits -

De manière classique, en l'absence de précision des éléments d'évaluation du préjudice patrimonial par les articles 1240 et 1241 du code civil¹⁷⁹⁵, les juges appliquent les dispositions de l'article 1231-2 du même code pour prendre en considération les gains manqués et les pertes subies. Les pertes subies par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sont constituées par une incidence économique négative sur les ventes, la dévalorisation des investissements de recherche et développement, ainsi que des investissements marketing et publicitaires¹⁷⁹⁶, et une dépréciation économique de l'image du titulaire¹⁷⁹⁷. La valeur du bien est souvent corrélative aux revenus de son exploitation. Par conséquent, elle est prise en considération pour déterminer l'ampleur du préjudice, lorsqu'elle a été atteinte par la contrefaçon¹⁷⁹⁸. Ainsi, l'exploitation contrefaisante d'une marque peut porter atteinte à son image et à son caractère attractif, entraînant une perte de prestige, une banalisation et, par conséquent, la dépréciation de sa valeur¹⁷⁹⁹. D'autres éléments, tels que la notoriété de l'auteur ou du signe¹⁸⁰⁰ ou l'étendue, la nature et la durée de la diffusion¹⁸⁰¹, sont aussi pris en considération dans l'évaluation de la perte subie. Les juges calculent le gain manqué en multipliant la masse contrefaisante par la marge du titulaire des droits et ajustent le résultat en fonction des capacités réelles de production du titulaire des droits et de la différence de marchés¹⁸⁰².

¹⁷⁹⁵ L'article 1262 du projet de réforme de la responsabilité civile publié par la Chancellerie en mars 2017 ne précise pas davantage les éléments d'évaluation des dommages-intérêts.

¹⁷⁹⁶ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 4 févr. 2011 : *JurisData* 2011-011963.

¹⁷⁹⁷ CA Paris, 4^e ch., 27 nov. 2002 : *Expertises* 2003, p. 191.

¹⁷⁹⁸ Cass. com., 23 mai 1995 : *PIBD* 1995, n° 592, III, p. 341 ; CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 24 juin 2011 : *JurisData* 2011-014551 ; N. Binctin, « L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », *Cah. dr. entrep.* 2007, n° 4, doss. 22 ; M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, n° 27, chron., p. 1839-1844, spéc. n° 8 – Il convient de noter que les biens contrefaits ne subissent pas, nécessairement, une perte de valeur et que certains, notamment dans le secteur du luxe, voient leur valeur croître car la contrefaçon fait naître chez les consommateurs une forte attirance pour la marque authentique : N. Binctin, « L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », *art. cit.*

¹⁷⁹⁹ CA Paris, 12 oct. 2001 : *Annales* 2002, p. 12 ; CA Paris, 4^e ch., sect. A, 1^{er} oct. 1997, *Royer c/ Adidas* : *JurisData* 1997-024397 ; Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-19.660, *Chevignon c/ Carrefour* : *JurisData* 1999-000707 ; *PIBD* 1999, III, p. 276 ; M. Nussenbaum, « Evaluation du préjudice de marque. Le cas particulier de l'atteinte à l'image de marque », *JCP E* 1993, I, 303.

¹⁸⁰⁰ CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 31 mars 2010 : *JurisData* 2010-003816 (l'auteur est un « oublié de la littérature », son œuvre est « trop confidentielle ») ; CA Paris, 4^e ch., 14 avr. 1992 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. p. 606 (l'auteur est toujours d'actualité).

¹⁸⁰¹ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 24 sept. 2010 : *JurisData* 2010-018166 ; CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 29 avr. 2011 : *JurisData* 2011-012987.

¹⁸⁰² CA Versailles, 14^e ch., 10 mars 2010 : *JurisData* 2010-017312 ; CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 30 juin 2010 : *JurisData* 2010-020479 ; CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 2 mars 2011 : *JurisData* 2011-002927 – Pour une présentation

696. Aléa et préjudice futur, deux écueils de l'évaluation du préjudice - Le gain manqué et la perte subie seront d'autant plus difficiles à évaluer lorsque l'exploitation du bien est affectée d'un aléa¹⁸⁰³ ou lorsque ces préjudices tendent à se révéler postérieurement au jugement. Dans certains secteurs d'activités, tels que la culture, les résultats d'exploitation des biens sont sujets à un fort aléa et peuvent se prolonger dans le temps. Par conséquent, il peut être difficile de démontrer le lien de causalité entre les actes de contrefaçon et les pertes subies ou les gains manqués¹⁸⁰⁴.

L'aléa est prégnant en droit d'auteur et droits voisins. Les résultats de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit ou d'une interprétation sont difficiles à prévoir car ils sont soumis à l'appréciation du public, par nature imprévisible¹⁸⁰⁵. Ainsi, la perte subie et le gain manqué dus à la diffusion illicite d'un film, sur Internet, juste avant sa sortie en salle, seront difficiles à évaluer tant le succès du film en l'absence de contrefaçon est difficile à envisager. De surcroît, conformément à la démonstration précédente, le préjudice ne peut être évalué à l'aune du succès du film illicitement diffusé sur Internet car ce public n'aurait peut-être pas fréquenté les salles de cinéma¹⁸⁰⁶.

Le droit de la propriété intellectuelle n'échappe pas à la problématique des préjudices futurs. Certes, les procédures étant longues, dans la majorité des cas le préjudice est consolidé au jour où le juge statue, mais parfois les gains manqués peuvent s'accroître après sa décision. Le préjudice économique né de la contrefaçon d'une œuvre audiovisuelle est un exemple topique en raison de l'exigence de respect de la chronologie des médias. Ce morcèlement de la diffusion des œuvres favorise la naissance de préjudices futurs, dès lors que le juge statue avant que tous les vecteurs d'exploitation n'aient été employés.

697. L'évaluation du préjudice causé en l'absence d'exploitation commerciale du bien par le titulaire des droits - En l'absence d'exploitation commerciale par le titulaire des droits, l'indemnisation concerne exclusivement l'atteinte au droit de propriété. Il en est ainsi d'une marque déposée, mais qui ne fait pas encore l'objet d'une exploitation. Dans cette hypothèse, il convient de déterminer si le préjudice résulte de la seule absence de perception de la redevance que le contrefacteur aurait dû verser au titulaire des droits ou si cette redevance indemnitaire doit être majorée. Si la majoration de la redevance peut paraître arbitraire, elle permet, toutefois, de prendre en considération le fait que le titulaire des droits n'aurait pas

détaillée des calculs effectués, lire : B. May, « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Propriété intellectuelle*, 2008, n° 3, ét. 4.

¹⁸⁰³ Sur la notion de l'aléa : G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 276 et s., p. 120 et s.

¹⁸⁰⁴ Sur la nécessité de distinguer, dans la perte alléguée par la victime, ce qui résulte du jeu de la concurrence et ce qui est imputable à l'acte déloyal : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995, n° 120, p. 125.

¹⁸⁰⁵ G. Henry, *L'évaluation en droit d'auteur*, th. dir. P.-Y. Gautier, IRPI, t. 30, 2007, n° 118 et s., p. 100 et s.

¹⁸⁰⁶ *Id.*, n° 123, p. 103 – Son exemple ne concerne pas la diffusion illicite d'un film sur Internet avant sa sortie en salle, mais la vente d'un DVD. La conclusion est pourtant la même, à considérer que le DVD contrefaisant soit d'un prix bien inférieur à celui d'une place de cinéma.

nécessairement accepté l'exploitation par ce tiers et d'anéantir l'effet encourageant du versement de la seule redevance¹⁸⁰⁷.

698. L'évaluation du préjudice subi, révélateur des stratégies commerciales du titulaire des droits - Aux difficultés d'évaluation des pertes subies et gains manqués par le titulaire des droits, doit être ajoutée la réticence des entreprises à quantifier leur préjudice économique. Si des instruments existent pour aider les entreprises à évaluer le montant de leur préjudice, tels que des expertises ou des documents comptables précisant les marges de ventes des produits et les investissements réalisés, ils impliquent la révélation de leurs stratégies commerciales. Ainsi, une ancienne directrice générale de l'Union des Fabricants, explique que *« concrètement, cela revient à contraindre l'entreprise, pour prétendre à des dommages et intérêts d'un certain montant, à exposer contradictoirement devant le contrefacteur [...] sa stratégie marketing, ses références, ses produits... »*¹⁸⁰⁸ et déplore qu'*« [...] en sollicitant des entreprises des détails stratégiques maisons pour justifier son préjudice, on renseigne un peu plus le contrefacteur, lequel paradoxalement est renforcé, de et par l'action judiciaire en ayant davantage appris sur l'autre »*¹⁸⁰⁹. Les faibles montants alloués au titre des dommages-intérêts peuvent alors être expliqués par l'indigence des preuves et motivations des demandes d'indemnisation des titulaires de droits¹⁸¹⁰. Les dommages-intérêts ne compensent pas l'entier préjudice, ce qui contraste singulièrement avec le caractère lucratif des actes de contrefaçon.

b- Le caractère lucratif de la faute

699. Des bénéfices supérieurs au préjudice subi par le titulaire des droits - Les actes de contrefaçon permettent au contrefacteur d'obtenir d'importants bénéfices dont le montant est souvent supérieur à celui des dommages-intérêts prononcés par le juge, quand bien même le préjudice aurait été correctement évalué. La contrefaçon constitue une faute lucrative, qui *« malgré les dommages-intérêts que le responsable est condamné à payer - et qui sont calqués sur le préjudice subi - laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait*

¹⁸⁰⁷ F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 1957, p. 1309 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 1078, p. 934 et s. ; J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 1^{re} éd., 2016, n° 702, p. 401 et s. ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 1517, p. 973 et s.

¹⁸⁰⁸ Ch. Lai, « L'efficacité des mesures de lutte anti-contrefaçon du point de vue des entreprises », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 133 et s., spéc. p. 135.

¹⁸⁰⁹ *Id.*, spéc. p. 139.

¹⁸¹⁰ A. Girardet, « Entre deux mondes ? », *Cah. dr. entrep.* 2007, n° 4, doss. 21 : le magistrat, aujourd'hui Conseiller à la Cour de cassation, constate que *« le caractère lapidaire de la motivation des décisions judiciaires sur l'évaluation des dommages accordés est à la mesure de l'importance qui y est consacrée dans les conclusions »* ; B. Brun et M.-E. Oppelt-Reveneau, « Améliorer le contentieux de la contrefaçon : du souhaitable au possible », *Propri. ind.*, 2004, n° 6, ét. 11, spéc. n° 12 ; F. Siirainen, « Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique », in *Le droit au défi de l'économie*, Y. Chaput (dir.), Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002, p. 91-114, spéc. p. 106.

aucune raison de ne pas la commettre »¹⁸¹¹. L'affaire Minibel illustre parfaitement ce caractère lucratif. Le contrefacteur a été condamné par la cour d'appel de Paris, le 14 septembre 1988, sur le fondement de la contrefaçon et de la concurrence déloyale. Le bénéfice net du contrefacteur était de 1 350 480 francs ; or les dommages-intérêts ont été évalués à 500 000 francs. Par conséquent, ces actes illicites lui ont rapporté 850 000 francs, somme de laquelle il faut, certes, déduire les frais de procédure¹⁸¹². Même lorsque l'étendue du dommage est correctement évaluée, l'application du principe de réparation intégrale du préjudice ne fait donc pas échec au caractère lucratif de la contrefaçon.

700. La persistance du caractère lucratif, preuve des limites du droit de la responsabilité civile dans la lutte contre la contrefaçon – Le caractère lucratif des actes de contrefaçon n'est pas la preuve de l'inefficacité de l'action en responsabilité civile¹⁸¹³. Délimitée par le principe de réparation intégrale, elle n'a vocation qu'à indemniser le préjudice subi et ne concerne en rien les bénéfices réalisés par le contrefacteur. Si inefficacité il y a, elle ne peut que porter sur l'indemnisation du préjudice. La persistance du caractère lucratif de cette faute révèle seulement l'insuffisance du droit de la responsabilité civile à lutter contre la contrefaçon et la nécessité d'agir sur le fondement pénal pour dessaisir le contrefacteur de ses bénéfices illicites. Les institutions chargées de la protection de la propriété intellectuelle et la doctrine ont souligné cette limite du droit commun de la responsabilité civile. Selon l'OMPI, les règles d'indemnisation du préjudice causé par la contrefaçon ne sont pas dissuasives, elles constitueraient même une « *puissante incitation financière au piratage* »¹⁸¹⁴, « *une incitation économique à la contrefaçon* »¹⁸¹⁵. Déplorant le manque de caractère dissuasif des indemnisations¹⁸¹⁶, voire du caractère préventif du droit de la responsabilité civile appliqué au droit de la propriété intellectuelle¹⁸¹⁷, certains auteurs ont exprimé le souhait que le contrefacteur soit, aussi, sanctionné¹⁸¹⁸. Ces vœux d'attribution de fonctions de dissuasion et de sanction au droit de la responsabilité civile démontrent pourtant, d'une part, que celui-ci

¹⁸¹¹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996, n° 1335, p. 534.

¹⁸¹² CA Paris, 14 sept. 1988, *Minibel* : C. Rodhain, « Contrefaçon, réparation et indemnisation », *Gaz. Pal.* 1989, II, p. 470-471.

¹⁸¹³ *Contra* : R. Mésa, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, p. 2754.

¹⁸¹⁴ OMPI, *Synthèse des questions concernant les difficultés et les pratiques en matière de sanction des droits*, Réunion de consultation sur la sanction des droits, Genève, 11-13 sept. 2002, WWIPO/CME/3, 26 juillet 2002, spéc. n° 22 et s., p. 9.

¹⁸¹⁵ *Id.*, spéc. n° 54, p. 18.

¹⁸¹⁶ F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 1942, p. 1301.

¹⁸¹⁷ M. Béhar-Touchais, « Comment indemniser la victime de la contrefaçon de façon satisfaisante ? », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 105-118, spéc. n° 3, p. 107 : « *pourquoi alors se priver de la contrefaçon ? Dans ces conditions, l'indemnisation perd sa vertu préventive* ».

¹⁸¹⁸ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 793, p. 851 et s. ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 1942, p. 1301 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 569, p. 563.

n'est pas adapté à lutter contre l'aspect lucratif de la contrefaçon et, d'autre part, que le droit pénal, traditionnellement porteur de ces fonctions¹⁸¹⁹, est légitime à protéger le droit de la propriété intellectuelle. Cependant, Madame le Professeur Béhar-Touchais s'interroge sur le fait de savoir « *s'il ne faudrait pas de lege ferenda créer un système en France qui permettrait, par le biais d'une condamnation civile pécuniaire, de priver les contrefacteurs des bénéfices illicites perçus à l'occasion de leur opération, voire d'aller un peu plus loin* »¹⁸²⁰. Ce qu'elle entend par « *un peu plus loin* » est la création d'une « *voie de l'effectivité, [qui] serait une troisième voie, ni purement civile, ni purement pénale* », celle d'un droit civil répressif¹⁸²¹. Quant à l'OMPI, il préconise la création de « *dommages-intérêts à valeur répressive* », de « *dommages-intérêts complémentaires* » ou de « *dommages majorés* »¹⁸²².

701. Les conséquences des difficultés d'évaluation du préjudice - Ces difficultés de preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice causé par la contrefaçon et l'absence d'anéantissement du caractère lucratif de cette faute par la seule action civile en responsabilité ont incité les juges civils, confrontés à la réticence des titulaires de droits d'agir devant les juridictions répressives et au risque de *forum-shopping*, à prononcer des montants de dommages-intérêts ayant une vocation dissuasive.

2- L'incidence des difficultés sur le contentieux de la propriété intellectuelle

702. Les prémisses de la fonction dissuasive des dommages-intérêts, insuffisantes à évincer le risque de *forum-shopping* - L'étude de la jurisprudence met en évidence que certains juges, en réaction au caractère lucratif de la contrefaçon, indemnisent plus fortement le préjudice moral du titulaire des droits ou prononcent, parfois même expressément, des dommages-intérêts à vocation dissuasive (a). Néanmoins, l'insatisfaction des titulaires de droits et les disparités des législations nationales relatives à l'évaluation de l'indemnisation du préjudice né de la contrefaçon, favorise le phénomène de *forum-shopping*, notamment au sein de l'Union européenne (b).

¹⁸¹⁹ Voir *supra* n° 21 et *infra* n° 821.

¹⁸²⁰ M. Béhar-Touchais, « Comment indemniser la victime de la contrefaçon de façon satisfaisante ? », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 105-118, spéc. n° 3, p. 107.

¹⁸²¹ *Id.*, spéc. n° 4, p. 107.

¹⁸²² OMPI, *Synthèse des questions concernant les difficultés et les pratiques en matière de sanction des droits*, Réunion de consultation sur la sanction des droits, Genève, 11-13 septembre 2002, WWIPO/CME/3, 26 juillet 2002, spéc. n° 55, p. 18.

a- L'ébauche prétorienne de la fonction dissuasive des dommages-intérêts

703. L'amplification dissimulée de l'indemnisation - Confrontés aux difficultés d'évaluation du préjudice causé par la contrefaçon et à son caractère lucratif, certains juges ont accru les montants des dommages-intérêts dans le but de dissuader et de sanctionner les contrefacteurs¹⁸²³. L'évaluation de l'indemnisation du préjudice étant soumise à leur appréciation souveraine, les juges du fond dissimulaient cette augmentation en prononçant un montant global, ne faisant apparaître aucun calcul et ne détaillant pas les sommes correspondantes à chaque chef de préjudice¹⁸²⁴. Les montants élevés des dommages-intérêts pouvaient aussi être justifiés par le comportement répréhensible du contrefacteur ou par les profits dont il bénéficiait du fait de la contrefaçon¹⁸²⁵. Le préjudice économique étant difficilement extensible, les juges ont souvent utilisé le préjudice moral, par essence artificiellement compensé¹⁸²⁶, pour dissimuler l'augmentation de l'indemnisation¹⁸²⁷.

704. L'attribution d'une fonction dissuasive à l'indemnisation - A partir de 1980, certains juges ont cessé de dissimuler l'accroissement du montant des dommages-intérêts en précisant que leur montant avait vocation, tant à réparer le préjudice, qu'à dissuader de commettre cette faute. Ainsi, la cour d'appel de Paris, le 1^{er} juillet 1986, affirme que « *l'indemnité de contrefaçon a une double fonction dissuasive et réparatrice* » et, par conséquent, que l'indemnité peut être « *supérieure au préjudice subi par le breveté* »¹⁸²⁸. L'étude de la jurisprudence démontre que la fonction dissuasive de l'indemnisation est souvent mise en exergue lorsque les dommages-intérêts sont calculés à l'aune de la redevance que le contrefacteur aurait dû verser s'il avait agi avec l'autorisation du titulaire des droits¹⁸²⁹.

¹⁸²³ G. Henry, *L'évaluation en droit d'auteur*, th. dir. P.-Y. Gautier, IRPI, t. 30, 2007, n° 132, p. 110.

¹⁸²⁴ CA Paris, 27 sept. 2000, *VF Diffusion et VF Boutiques c/ Chantelle* (condamnation de 75 000 000 francs pour détournement de savoir-faire par reproduction d'une méthode de gradation en matière de lingerie fine) ; CA Paris, 8 sept. 2004, *Publicis conseil c/ sté Gaumont et SFR* (des dommages-intérêts de 750 000 euros au titre de l'atteinte portée aux droits patrimoniaux et de 1 000 000 d'euros sont accordés au titre de l'atteinte au droit moral) : *CCE* 2004, comm. 136, obs. A. Decocq.

¹⁸²⁵ CA Paris, 4^e ch., 8 sept. 2004 : *D.* 2004, p. 2574, note J. Daleau ; *CCE* 2004, comm. 136, note Ch. Caron ; *Propri. intell.* 2005, p. 70, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2005, n° 219, III, p. 25, note V. Varet.

¹⁸²⁶ Voir *supra* n° 693.

¹⁸²⁷ CA Paris, 8 sept. 2004, *Publicis conseil c/ sté Gaumont et SFR* (1 000 000 d'euros sont accordés au titre de l'atteinte au droit moral) : *CCE* 2004, comm. 136, obs. A. Decocq ; CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 3 sept. 2010, *eBay c/ Louis Vuitton* : *JurisData* 2010-015044 (le préjudice moral de la société Vuitton résultant d'une atteinte à sa réputation et à son nom, attachés à la création et la commercialisation de produits de haute qualité est indemnisé à hauteur de 100 000 euros, en sus de l'indemnisation de son préjudice d'image évalué à 1,2 million d'euros. Certes, ces montants sont très inférieurs à ce que la société Vuitton demandait, mais la motivation des juges ne permet pas de faire une claire distinction entre ces deux chefs de préjudices).

¹⁸²⁸ CA Paris, 1^{er} juill. 1986 : *D.* 1988, somm. comm., p. 350, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt.

¹⁸²⁹ TGI Paris, 30 janv. 1985 : *D.* 1986, IR, p. 136, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt - Dans ce jugement, le tribunal approuve « *la majoration pratiquée par l'expert [...], dès lors qu'il s'agit d'une redevance indemnitaire dont le taux doit être nécessairement supérieur au taux librement consenti aux licenciés afin de conserver un caractère dissuasif à l'égard des contrefacteurs* » ; TGI Paris, 1^{er} juill. 1986 : *PIBD* 1987, III, p. 287 ; TGI Paris, 4 mars 1987 : *PIBD* 1987, III, p. 308 - Selon les juges, « *le taux de cette redevance indemnitaire doit être majoré par rapport à celui consenti aux licenciés contractuels, d'une part pour conserver à la redevance ainsi calculée*

705. L'efficacité incertaine de la fonction dissuasive d'origine prétorienne - Outre l'insécurité juridique provoquée par ces décisions, Madame le Professeur Béhar-Touchais constate que l'effet dissuasif recherché ne peut être pleinement atteint car l'absence de reconnaissance générale de cette fonction laisse espérer aux contrefacteurs qu'elle ne leur soit pas appliquée. Afin de conférer à l'indemnisation une fonction dissuasive efficace, il est nécessaire, selon l'auteur, de « *rendre le système prévisible* »¹⁸³⁰. La dissuasion repose, en effet, sur la prévisibilité de la mesure et la certitude de son application¹⁸³¹. L'effectivité de la dissuasion ne pourra donc être atteinte que par le truchement d'une reconnaissance législative¹⁸³².

706. La transformation de la peine complémentaire de confiscation des recettes en mesure d'indemnisation - Outre la méthode de l'augmentation artificielle des dommages-intérêts, les juges ont utilisé la peine complémentaire de confiscation des recettes dans les instances civiles. Jusqu'à la réforme du régime juridique d'indemnisation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle par la loi du 29 octobre 2007¹⁸³³, l'article L. 335-6, relatif au droit de la propriété littéraire et artistique, permettait au juge de confisquer les recettes du contrefacteur et l'article L. 335-7 de les remettre à la victime afin de l'indemniser de son préjudice¹⁸³⁴. Certes, interprétées strictement, ces dispositions ne pouvaient être mises en œuvre que par le juge répressif lorsqu'il statuait sur l'action civile de la victime¹⁸³⁵, mais la Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de leur caractère civil, en raison de leur nature indemnitaire¹⁸³⁶. Ainsi, la confiscation des recettes du contrefacteur et leur remise à la

le caractère indemnitaire qui est le sien, et d'autre part pour lui assurer un caractère dissuasif à l'égard des contrefacteurs » ; D. 1988, somm. comm., p. 350, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt (pour ces auteurs, ces décisions démontrent « [...] un véritable décrochage par rapport à la fonction strictement réparatrice de l'indemnité de contrefaçon ») ; Cass. com., 19 févr. 1991 : ANPI 1991, n° 2, p. 4 ; Cass. com., 1^{er} mars 1994 : PIBD 1994, III, p. 287 ; TGI Paris, 9 févr. 2006 : PIBD 2006, III, p. 350.

¹⁸³⁰ M. Béhar-Touchais, « Comment indemniser la victime de la contrefaçon de façon satisfaisante ? », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 105 et s., spéc. n° 12, p. 113.

¹⁸³¹ Voir *supra* n° 520.

¹⁸³² Les juges sont « conscients, ici plus qu'ailleurs, de la nécessité que le droit de l'indemnisation se double d'une fonction punitive, ce qui laisse penser qu'une réforme législative en ce sens serait bien accueillie » : M. Béhar-Touchais, « Comment indemniser la victime de la contrefaçon de façon satisfaisante ? », *art. cit.*, spéc. n° 12, p. 113.

¹⁸³³ Loi, n° 2007-1544, du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon.

¹⁸³⁴ Dans son ancienne rédaction, l'article L. 335-7 du CPI disposait que « [...] le matériel, les objets contrefaisants et les recettes ayant donné lieu à confiscation seront remis à la victime ou à ses ayants droit pour les indemniser de leur préjudice ; le surplus de leur indemnité ou l'entière indemnité s'il n'y a eu aucune confiscation de matériel, d'objets contrefaisants ou de recettes, sera réglé par les voies ordinaires ». Il est intéressant de constater que le législateur n'avait pas envisagé l'hypothèse où les recettes seraient supérieures au préjudice subi.

¹⁸³⁵ Cass. crim., 29 déc. 1882 : *Ann. propr. ind.* 1884, p. 359 ; Cass. crim., 23 juin 1893 : *Ann. propr. ind.* 1893, p. 329 ; Cass. crim., 24 déc. 1896 : *Ann. propr. ind.* 1898, p. 37. La remise à la victime, par le juge répressif, des recettes obtenues par le contrefacteur impliquait déjà une mutation de la peine complémentaire de confiscation en un mode d'indemnisation. Desbois constatait alors que « l'institution paraissait écartelée » (H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 774, p. 900).

¹⁸³⁶ Cass. civ., 8 févr. 1910, *Gindre c/ Sauveur* : *Gaz. Pal.* 1910, 1, 225 ; *DP* 1914, 1, 245, obs. C. Clara – Dans le même sens : *CA Caen*, 20 mai 1926 : *Ann. propr. ind.* 1927, p. 146 ; *T. com. Seine*, 18 juin 1934 : *Gaz. Pal.* 1934,

victime pouvaient être prononcées par le juge dans une instance civile, en dehors de toute instance pénale ou lorsque le contrefacteur avait été acquitté par les juridictions répressives. Cette jurisprudence, fondée sur une disposition de droit de la propriété littéraire et artistique, avait aussi cours en droit des brevets¹⁸³⁷ et en droit des marques¹⁸³⁸ et était largement approuvée par la doctrine¹⁸³⁹. Grâce à son effet d'anéantissement du caractère lucratif de la faute, la confiscation des recettes issues de la contrefaçon avait une fonction dissuasive certaine, puisque, dès lors que la faute est reconnue, le contrefacteur perdait ses bénéfices. Lorsqu'elles étaient supérieures au préjudice subi, leur confiscation se dotait, aussi, d'une fonction punitive. Cette mesure était donc substantiellement dissuasive, grâce à son effet d'anéantissement du caractère lucratif de la contrefaçon, et conjoncturellement punitive lorsque le montant confisqué était supérieur au préjudice subi¹⁸⁴⁰. En 1971, la Chambre commerciale a effectué un revirement de jurisprudence, excluant l'application de cette mesure en droit des brevets¹⁸⁴¹. En 1976, réunie en Chambre mixte, la Cour de cassation a décidé de limiter la confiscation des bénéfices au montant du préjudice subi par la victime¹⁸⁴². Elle a, en outre, précisé que les recettes correspondent aux bénéfices nets et ne sont pas assimilées au chiffre d'affaire, évitant ainsi de priver le contrefacteur de sommes sans lien direct avec les actes de contrefaçon¹⁸⁴³. La mesure de confiscation des recettes a alors perdu ses caractères dissuasifs et punitifs jusqu'à la réforme de 2007.

707. Des solutions prétoriennes insuffisantes - Bien que les juges aient joué d'ingéniosité pour accroître l'indemnisation du préjudice causé par la contrefaçon et faire disparaître son caractère lucratif, les disparités des législations nourrissaient un risque de *forum-shopping* de la part des titulaires de droits, dans un contentieux fortement transfrontalier.

2, 176 ; CA Paris, 26 avr. 1975 : *Ann. propr. ind.* 1977, n° 2, p. 73, note P. Mathély ; CA Nancy, 2^e ch., 3 mars 2004 : *JurisData* 2004-342589 – *Contra* : CA Paris 1^{er} ch. 1^{er} juill. 1968 : *D.* 1968, jurispr., p. 719 - En offrant la possibilité au juge civil de prononcer cette mesure, la Cour de cassation n'a, semble-t-il, que tiré les conséquences de la mutation précédemment observée.

¹⁸³⁷ CA Paris, 5 nov. 1956 : *Ann. propr. ind.* 1957, p. 408.

¹⁸³⁸ CA Amiens, 22 oct. 1930 : *Ann. propr. ind.* 1931, p. 109.

¹⁸³⁹ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Cosse, Marchal et Billard, 1872, n° 995 ; A. Casalonga, *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, LGDJ, 1949, n° 1056 et s. ; E. Blanc, *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, Plon, 1855, 4^e éd., p. 682 ; P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. 1, p. 460.

¹⁸⁴⁰ Desbois qualifie cette mesure de confiscation de peine privée en raison de son caractère global et indépendant de l'ampleur du dommage (H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 774, p. 901) - Voir *infra* n° 726 sur le caractère punitif de la confiscation des recettes.

¹⁸⁴¹ Cass. com., 13 janv. 1971 : *D.* 1971, p. 147, note X. Larere – Le revirement est fondé sur la qualification d'action en responsabilité civile de l'action civile en contrefaçon.

¹⁸⁴² Cass. ch. mixte, 5 nov. 1976 : *RTD com* 1976, p. 728, obs. H. Desbois.

¹⁸⁴³ Nonobstant cette jurisprudence, le législateur, tant dans les lois n° 57-298 du 11 mars 1957 et n° 85-660 du 3 juill. 1985, que lors de la codification de cette mesure aux articles L. 335-6 et L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle, n'avait pas envisagé l'hypothèse d'un montant de recettes supérieur à celui du préjudice subi.

b- Le risque de *forum-shopping*

708. L'absence d'harmonisation des législations, source de *forum-shopping* - La dimension transfrontalière du contentieux du droit de la propriété intellectuelle conjuguée à l'absence d'harmonisation des méthodes d'évaluation du préjudice, notamment au sein de l'Union européenne antérieurement à l'adoption de la directive du 29 avril 2004¹⁸⁴⁴, crée un risque de *forum-shopping* de la part des titulaires de droits¹⁸⁴⁵. En effet, lorsque les règles de conflits de lois ou de juridictions leur permettent d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés, ils délaissent la loi et les juridictions françaises en faveur de lois ou juridictions étrangères.

709. Les règles allemandes d'indemnisation du préjudice - En Allemagne, avant l'harmonisation des législations des Etats de l'Union européenne par la directive de 2004¹⁸⁴⁶, trois modes autonomes de calculs pouvaient être mis en œuvre¹⁸⁴⁷. Le premier mode, similaire au système français, consiste en l'indemnisation de la perte réelle subie, lorsque la preuve du lien de causalité entre l'atteinte au droit et le manque à gagner est établie. Le deuxième mode, dit analogie de licence, permet au titulaire des droits de recevoir le montant des licences que le contrefacteur aurait dû payer pour l'exploitation du bien. Si ce mode de calcul est très répandu, il ne correspond pas au préjudice subi. Il a, certes, été demandé que soit versée une somme équivalente au double du montant de la licence, afin que les dommages-intérêts correspondent davantage au préjudice subi, mais ce calcul a été refusé par la Cour Suprême en raison de son caractère punitif, exclu par le droit civil¹⁸⁴⁸. Toutefois, dans certaines décisions, le montant fixé par le juge est supérieur aux taux couramment appliqués dans les contrats de licence¹⁸⁴⁹. Le troisième mode, le plus fréquemment appliqué, permet le versement, au titulaire des droits, des bénéfices réalisés par le contrefacteur. La Cour Suprême justifie cette solution par le fait qu'en

¹⁸⁴⁴ Directive, n° 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁸⁴⁵ OMPI, *Synthèse des questions concernant les difficultés et les pratiques en matière de sanction des droits*, Réunion de consultation sur la sanction des droits, Genève, 11-13 sept. 2002, WWIPO/CME/3, 26 juill. 2002, spéc. n° 21 et s., p. 9.

¹⁸⁴⁶ Directive, n° 2004/48/CE, du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁸⁴⁷ L. Gerstner, « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon sous le droit allemand », *Cah. dr. entrep.*, 2007, n°4, doss. 27.

¹⁸⁴⁸ BGH, 6 mars 1980, aff. n° X ZR 49/78, *Tolbutamid*, GRUR, 1980, p. 841 (concernant l'indemnisation pour manque à gagner en cas de contrefaçon de brevet et l'exigence d'une estimation suffisante).

¹⁸⁴⁹ R. Knaak, « Les mesures effectives de recours contre la contrefaçon : l'exemple de l'Allemagne », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 93-104, spéc. p. 98. En 1990, la Cour Suprême a fixé un droit de licence à 12,5 % du prix de vente alors que le taux courant variait de 1 à 10 % (BGH, 22 mars 1990, aff. n° I ZR 59/88, *Lizenzanalogie*, GRUR, 1990, p. 1008 - calcul de dommages-intérêts pour l'utilisation non autorisée d'une musique dans un long métrage et analgie avec une licence). Dans deux décisions antérieures, elle a justifié le doublement du taux de la licence par l'importance des frais de surveillance engagés par la société de recouvrement collective des droits d'auteur, la société GEMA, pour enquêter sur les prestations musicales publiques non autorisées (BGH, 10 mars 1972, aff. n° I ZR 160/70, *Doppelte Tarifgebühr*, GRUR, 1973, p. 379 - paiement du double du montant de la redevance en raison de la violation du droit d'auteur ; BGH, 22 janv. 1986, aff. n° I ZR 194/83, *Filmmusik*, GRUR, 1986, p. 376).

l'absence de contrefaçon, ce dernier aurait tiré le même profit de l'exploitation de ses droits¹⁸⁵⁰. Dès l'origine très avantageuse, malgré la déduction des frais généraux liés à l'activité de l'entreprise contrefaisante, elle l'était devenue encore plus grâce au revirement de jurisprudence de la Cour Suprême allemande, limitant la déduction aux coûts variables de fabrication et de commercialisation des produits contrefaisants¹⁸⁵¹. Si ces solutions s'éloignent du principe de l'indemnisation de l'entier préjudice, le juge ne peut néanmoins pas prononcer des montants qui confèreraient un caractère punitif aux dommages-intérêts, en raison de leur incompatibilité avec l'ordre public¹⁸⁵².

710. Les règles anglo-saxonnes d'indemnisation du préjudice - En Angleterre, la *Common Law* permet de prononcer deux types de *punitive damages* : les *aggravated damages* et les *exemplary damages*. Afin de punir le coupable et de dissuader l'ensemble des individus d'adopter le même comportement, les montants prononcés sont supérieurs au préjudice subi par la victime. Dans la législation américaine, si les règles d'indemnisation sont différentes selon les droits de propriété intellectuelle, des fondements communs existent. L'indemnisation prend en compte le bénéfice perdu sur les ventes manquées par le titulaire de droits, une redevance raisonnable sur les bénéfices issus de la contrefaçon, l'érosion du prix des produits authentiques et les frais engagés par le demandeur pour lutter contre la contrefaçon¹⁸⁵³. En droit des brevets, pour accorder des dommages-intérêts punitifs, le juge doit constater le caractère délibéré de la copie du brevet et la mauvaise foi du contrefacteur. Le montant est déterminé en fonction de la taille et de la situation financière de la société défenderesse, de la durée de la contrefaçon, de la motivation du contrefacteur pour commettre la contrefaçon, des actions du contrefacteur pour limiter le préjudice ou pour masquer la contrefaçon¹⁸⁵⁴, ainsi qu'en fonction de l'écart entre le montant du préjudice réel et celui des dommages-intérêts punitifs. En effet, cet écart ne doit pas être trop important, sous peine d'être sanctionné. Dans sa décision *BMW of North America inc. v. Gore*¹⁸⁵⁵, se fondant sur le VIIIème amendement de la Constitution¹⁸⁵⁶, la Cour Suprême d'Alabama affirme que les dommages-intérêts punitifs doivent présenter un lien raisonnable avec les dommages-intérêts réparateurs.

¹⁸⁵⁰ BGH, 19 janv. 1973, aff. n° I ZR 39/71, *Modeneuheit*, GRUR, 1973, p. 478 – Pour une réfutation de ce raisonnement, voir *supra* n° 694.

¹⁸⁵¹ BGH, 2 nov. 2000, aff. n° I ZR 246/98, *Gemeinkostenanteil*, GRUR, 2001, p. 329.

¹⁸⁵² BGH, 4 juin 1992, aff. n° IX ZR 149/91, NJW, 1992, p. 3096 (absence de force exécutoire d'un jugement américain prononçant des dommages-intérêts punitifs).

¹⁸⁵³ S. Naumann, « Les dommages et intérêt punitifs : le système juridique des Etats-Unis », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Colloque de la Société de législation comparée et de l'Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 87 et s.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ Supreme Court of Alabama, *BMW of North America inc. v. Gore*, n° 94-896, 517 U.S. 559 (1996) : A. Levasseur, *Le Droit américain*, Dalloz, 2004, p. 152-153.

¹⁸⁵⁶ Cet amendement est relatif au droit à un procès équitable. La Cour Suprême en tire le principe de l'interdiction des sanctions manifestement excessives. Des opinions dissidentes ont considéré que cet amendement permet au défendeur de contester le montant des dommages-intérêts punitifs, mais ne lui garantit pas que ce montant sera raisonnable.

711. Une diversité séduisante de méthodes d'indemnisation du préjudice - Ces différents modes de calcul des dommages-intérêts peuvent être trouvés dans d'autres législations¹⁸⁵⁷. Bien qu'ils ne soient pas exempts de difficultés probatoires, ils apparaissent plus séduisants que l'unique mode français d'évaluation du préjudice, dont l'adaptabilité apparente est considérablement limitée par le principe de réparation intégrale. Ils ont fortement influencé l'harmonisation des législations européennes par la directive du 29 avril 2004.

B- L'abandon du droit commun de la responsabilité civile en faveur de dommages-intérêts punitifs

712. La création d'un régime *sui generis* de responsabilité favorisant l'attribution de dommages-intérêts punitifs - Les difficultés d'évaluation du préjudice causé par la contrefaçon et la faible incidence de l'action civile en responsabilité sur son caractère lucratif ont incité les titulaires de droits à arguer de l'amélioration de l'indemnisation du préjudice par l'introduction de fonctions de dissuasion et de sanction. Attentif à ces revendications, le législateur européen, suivi par le législateur français, a instauré deux formules de calcul des dommages-intérêts, qui, sans résoudre le problème de la juste évaluation du préjudice, tendent à avoir un effet dissuasif et punitif (1). Certes, le législateur n'a pas expressément qualifié ces dommages-intérêts de punitifs, mais ils peuvent acquérir un tel caractère par leur mise en œuvre par le juge (2).

1- De l'indemnisation du préjudice à la dissuasion et la sanction de la faute

713. Des fonctions de dissuasion et de sanction au service de l'amélioration de l'indemnisation ? - A la demande des professionnels et d'une partie de la doctrine, les législateurs européens et français ont expressément attribué une fonction de dissuasion aux dommages-intérêts, tout en leur refusant une fonction punitive. Ils soutenaient qu'elle aurait pour effet d'améliorer l'indemnisation du préjudice subi par le titulaire des droits. Outre le fait qu'elles n'y apportent aucune modification (a), ces nouvelles dispositions, contrairement aux allégations des législateurs, tendent à conférer un caractère punitif aux dommages-intérêts (b).

¹⁸⁵⁷ Sur la législation des Etats d'Amérique latine, lire : Y. Junyent, « Protection des marques : l'exemple de l'Argentine et la coopération régionale en Amérique du Sud », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Colloque de la Société de législation comparée et de l'Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 113 et s. ; sur la législation québécoise, lire : J.-L. Baudouin, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la Common Law », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 1-10 ; sur la législation louisianaise, lire : A. Levasseur, « Quels dommages... en droit louisianais ? », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 353-373 – L'ALAI a consacré son congrès du 12 au 14 septembre 2018 à Montréal, sur « *Le droit d'auteur en action : perspective internationale sur les recours* ». Une question concernait l'existence de dommages-intérêts. Ces rapports sont désormais consultables : <https://alai2018.org/>

a- La prétendue amélioration de l'indemnisation du préjudice par la fonction de dissuasion

714. L'amélioration de l'indemnisation du préjudice, une finalité pour les uns, un effet secondaire pour les autres - Les débats portant sur l'indemnisation du préjudice causé par la contrefaçon ont été irrigués par deux courants convergents¹⁸⁵⁸. Le premier, constatant que l'évaluation du préjudice économique né de la contrefaçon confine à l'impossible, a choisi de contourner la difficulté en réclamant au juge civil la détermination de montants d'indemnisation dissuasifs et punitifs. En ajoutant ces deux fonctions à celle, traditionnelle, de réparation, les tenants de ce courant espéraient voir s'accroître le montant des dommages-intérêts¹⁸⁵⁹. Ayant pour objectif l'amélioration de l'indemnisation, ils convoquent des fonctions du droit pénal, traditionnellement exclues du droit civil. Le second a pour finalité la dissuasion et la sanction du contrefacteur. Les difficultés d'évaluation du préjudice ne constituent qu'un contexte favorable à l'introduction de ces fonctions dans le droit de la responsabilité civile applicable au droit de la propriété intellectuelle. L'amélioration de l'indemnisation ne représente donc qu'un effet secondaire¹⁸⁶⁰.

715. La fonction dissuasive officiellement préférée à la fonction punitive - La réponse apportée par le législateur européen, suivi par le législateur français, est ambiguë. Les étapes de l'adoption, tant de la directive du 29 avril 2004¹⁸⁶¹ que de la loi de transposition du 29 octobre 2007¹⁸⁶² et de sa réforme par celle du 11 mars 2014¹⁸⁶³, révèlent que les législateurs acceptent

¹⁸⁵⁸ L'analyse est réalisée à l'aune de l'enquête menée par l'OMPI : OMPI, *Synthèse des questions concernant les difficultés et les pratiques en matière de sanction des droits*, Réunion de consultation sur la sanction des droits, Genève, 11-13 sept. 2002, WWIPO/CME/3, 26 juill. 2002, spéc. n° 54 et s., p. 17.

¹⁸⁵⁹ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 569, p. 561 et s., spéc. p. 563 : favorable à l'instauration d'une peine privée en droit de la propriété intellectuelle, l'auteur affirme qu'« *il n'est pas si extraordinaire de privilégier une logique de peine privée, au moins officieusement* » et qu'« [...] *il est parfois judicieux de le punir civilement [le contrefacteur] pour le décourager* » ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 793, p. 851 et s. ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 1942, p. 1301 ; M. Béhar-Touchais, « Comment indemniser la victime de la contrefaçon de façon satisfaisante ? », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 105-118, spéc. n° 3, p. 107 ; P. Kamina, « Quelques réflexions sur les dommages-intérêts punitifs en matière de contrefaçon », *Cah. dr. entrep.* 2007, n° 4, doss. 23 – *contra* : E. Dreyer, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, n° 43, doct. 201 : l'auteur estime que la diversification des fonctions de la responsabilité civile procède d'un « *regrettable mélange des genres* » et qu'elle a « *la séduction des fausses "bonnes" idées* ».

¹⁸⁶⁰ J. Monteiro, « Des moyens renforcés pour lutter contre la contrefaçon : de nouvelles "bonnes pratiques" », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 125 et s., spéc. n° 3, p. 129. - Cet ancien directeur du département international des marques de L'Oréal affirme que les dommages-intérêts doivent « *jouer un rôle social afin de dissuader les auteurs potentiels d'infractions de se livrer à des activités illicites* ». Bien que les propos se rapportent à la responsabilité civile, le champ lexical est emprunté au droit pénal : « *dissuader* », « *infractions* », « *activités illicites* ».

¹⁸⁶¹ Directive, 2004/48/CE, du 29 oct. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹⁸⁶² Loi, n° 2007-1544, du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon.

¹⁸⁶³ Loi, n° 2014-315, du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

que la dissuasion joue un rôle dans l'action civile en responsabilité pour contrefaçon, mais refusent l'introduction d'une fonction punitive. L'article 3 de la proposition de directive du 30 janvier 2003¹⁸⁶⁴ imposait aux Etats de priver les contrefacteurs du profit économique tiré de l'atteinte au droit, tandis que l'article suivant exigeait que toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle soit passible de sanctions. Or, l'article 13 de la directive, relatif aux dommages-intérêts, qui énonce que le contrefacteur doit « *verser au titulaire du droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte* », voit sa portée limitée par le considérant 26, qui affirme clairement que « *le but est non pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages-intérêts punitifs, mais de permettre un dédommagement fondé sur une base objective [...]* ». Le rapporteur au Sénat de la loi de transposition explique que ce texte institue un régime de responsabilité *sui generis* adapté aux difficultés d'évaluation du préjudice causé par la contrefaçon, sans toutefois qualifier les dommages-intérêts de punitifs¹⁸⁶⁵. La loi du 11 mars 2014 a pour objet de remédier aux maladroites rédactionnelles de cette dernière mais ne consacre pas la proposition émise par la Commission européenne, dans son rapport sur l'application de la directive, d'explorer la voie des dommages-intérêts proportionnels aux bénéfices réalisés par le contrefacteur, quand bien même ils seraient supérieurs au préjudice réel¹⁸⁶⁶.

716. De l'évaluation du préjudice à la fixation des dommages-intérêts - La directive du 29 octobre 2004 prévoit, en son article 13, deux méthodes de calcul des dommages-intérêts, fortement inspirés des méthodes allemandes et anglo-saxonnes¹⁸⁶⁷, afin qu'ils soient « *adaptés* » au préjudice réellement subi du fait de la contrefaçon. Pourtant, leur étude démontre que les dommages-intérêts ne consistent plus en l'évaluation du seul préjudice subi par le

¹⁸⁶⁴ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Proposition de directive, 30 janv. 2003, relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, (COM(2003)46) - Ch.-H. Massa et A. Strowel, « La proposition de directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle : déchirée entre le désir d'harmoniser les sanctions et le besoin de combattre la piraterie », *CCE* 2004, n° 2, chron. 4.

¹⁸⁶⁵ L. Béteille, *Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon*, Doc. Sénat 2007, n° 420 (2006-2007), p. 30 – Dans le même sens : P. Gosselin, *Rapport sur le projet de loi (n° 175), adopté par le Sénat, de lutte contre la contrefaçon*, AN, 26 sept. 2007, n° 178, p. 144-145.

¹⁸⁶⁶ Commission européenne, *Application de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, Rapport, 22 déc. 2010, COM (2010) 779 final, p. 8 et 9 - Cette voie a été ouverte par l'adoption du règlement européen sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit Rome II (règlement (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007), excluant l'article 24 de la proposition de règlement qui réputait les dommages-intérêts punitifs contraires à l'ordre public communautaire (Proposition de règlement, COM (2003) 427 final, 22 juill. 2003). Bien que certains auteurs affirment encore leur contrariété à l'ordre public (J.-M. Bruguière, « Du particularisme de la propriété littéraire et artistique dans la réforme du droit de la contrefaçon », *Prop. intell.* 2008, n° 27, p. 227-232, spéc. p. 231 ; B. May, « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Prop. ind.* 2008, n° 3, ét. n° 4, spéc. n° 20), son considérant 32 ne permet aux tribunaux de recourir à l'exception d'ordre public qu'en des circonstances exceptionnelles. Il précise que l'attribution de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, non compensatoires excessifs « *peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'État membre de la juridiction saisie* ». A contrario, certaines circonstances autorisent les tribunaux à prononcer des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires.

¹⁸⁶⁷ Voir *supra* n° 709 et n° 710.

titulaire des droits¹⁸⁶⁸. La première méthode énonce les éléments pris en considération par le juge pour « fixer » les dommages-intérêts¹⁸⁶⁹. En incluant un élément extérieur au préjudice, les bénéfices réalisés par le contrefacteur, elle confère aux dommages-intérêts un territoire plus vaste que celui du seul préjudice. La seconde méthode consiste en la détermination d'un montant forfaitaire de dommages-intérêts. En exigeant que les dommages-intérêts soient calculés sur la base « au moins » du montant de la redevance qui aurait été due si le contrefacteur avait agi avec l'autorisation du titulaire des droits, elle renforce l'éloignement des dommages-intérêts de leur vocation indemnitaire. Ces dispositions consacrent l'abandon de l'évaluation du préjudice subi au profit de l'évaluation des dommages-intérêts, sémantiquement symbolisé par la disparition des termes "indemnisation" et "évaluation", au profit de l'expression « fixation des dommages-intérêts »¹⁸⁷⁰. En effet, la première méthode n'apporte aucune solution à la détermination de l'étendue du préjudice économique et du préjudice moral. La directive reprend les critères classiques d'évaluation du premier, les pertes subies, les gains manqués, et ne donne aucune précision quant au second. En adoptant pour seul critère les redevances qui auraient été dues si le contrefacteur avait agi avec l'autorisation du titulaire des droits, la seconde méthode contourne la difficulté d'évaluation du préjudice. Son seul avantage est de garantir l'attribution d'un montant minimum de dommages-intérêts, ainsi que l'avait préconisé l'OMPI¹⁸⁷¹ en réponse à la demande des praticiens¹⁸⁷². Aucune solution n'est donc apportée par la directive à la source du problème d'effectivité de l'action civile en responsabilité pour contrefaçon. Le législateur français a transposé cette disposition, de manière identique pour chaque droit de propriété intellectuelle¹⁸⁷³, sans autre modification majeure que la

¹⁸⁶⁸ Le législateur français n'a d'ailleurs pas transposé la formule indiquant que les dommages-intérêts doivent être adaptés au préjudice subi.

¹⁸⁶⁹ Les conséquences économiques négatives subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, éventuellement, des éléments relevant d'autres facteurs que le facteur économique, tel que le préjudice moral.

¹⁸⁷⁰ La proposition de directive conservait un mode d'indemnisation par des dommages-intérêts expressément qualifiés de compensatoires et exclusivement fondés sur le préjudice subi (Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Proposition de directive, 30 janv. 2003, relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, (COM (2003) 46), spéc. art 17 §1). Toutefois, l'amendement 38, formulé par le Parlement en première lecture, a contribué à éloigner ces dispositions de l'indemnisation du préjudice, en proposant une alternative à l'évaluation des dommages-intérêts en fonction du préjudice : l'évaluation en fonction de la gravité et du caractère intentionnel de l'infraction.

¹⁸⁷¹ OMPI, *Synthèse des questions concernant les difficultés et les pratiques en matière de sanction des droits*, Réunion de consultation sur la sanction des droits, Genève, 11-13 sept. 2002, WWIPO/CME/3, 26 juill. 2002, spéc. n° 55, p. 18.

¹⁸⁷² L. Marcos-Courant (ancienne directrice de la SSCP), « Des moyens renforcés pour lutter contre la contrefaçon : de nouvelles "bonnes pratiques" », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 131 et s.

¹⁸⁷³ Droit d'auteur et droits voisins : art. L. 331-1-3 du CPI ; Dessins et modèles : art. L. 521-7 du CPI ; Brevets d'invention : art. L. 615-7 du CPI ; Obtention végétale : art. L. 623-28 du CPI ; Marques de fabrique, de commerce : art. L. 716-14 du CPI ; Indications géographiques : art. L. 722-6 du CPI (l'usage d'une indication géographique ne faisant pas l'objet d'une contrepartie sous forme de redevances, celles-ci ne constituent pas le critère de détermination des dommages-intérêts forfaitaires) ; aucune disposition similaire n'existe pour les produits semi-conducteurs.

suppression de l'obligation de constater la mauvaise foi des contrefacteurs, afin d'élargir le champ d'application de la loi.

La rédaction des dispositions, tant de la directive que de la loi française, démontre que le second courant, faisant des fonctions dissuasive et punitive la finalité de la réforme et de l'amélioration de l'indemnisation un effet secondaire, a emporté la conviction des législateurs.

717. L'incidence des maladresses légistiques françaises sur la fonction dissuasive des dommages-intérêts - La loi française frénétiquement glosée, tant par les universitaires¹⁸⁷⁴ que par les praticiens¹⁸⁷⁵, comporte, toutefois, deux maladresses légistiques à l'origine d'intenses débats.

D'une part, la notion de bénéfices, traduction malheureuse de la notion d'« *unfair profits* » présente dans la version anglaise de la directive, est apparue trop imprécise¹⁸⁷⁶. En effet, la loi ne précise pas si les bénéfices à prendre en considération sont bruts ou nets. Les bénéfices bruts correspondent à la différence entre le chiffre d'affaires et les coûts variables, par conséquent, les coûts fixes, correspondant aux frais généraux liés à l'activité de l'entreprise, ne sont pas déduits. Les bénéfices nets ne comprennent, quant à eux, ni les coûts variables, ni les coûts fixes. Il serait juridiquement plus exact de fonder les dommages-intérêts sur les bénéfices nets, les investissements initiaux n'étant pas, nécessairement, directement liés aux actes de contrefaçon. Néanmoins, l'exclusion de ces investissements laisse au contrefacteur la possibilité de réduire ses bénéfices nets en excluant des frais qui, directement en lien avec l'activité contrefaisante, auraient dû être pris en compte¹⁸⁷⁷. Sans expressément indiquer que le

¹⁸⁷⁴ F. Pollaud-Dulian, « Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *RTD com.* 2008, p. 70 ; T. Azzi, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, Présentation générale », *Dossier La lutte contre la contrefaçon* (loi n° 2007-1544 du 29 oct. 2007), *D.* 2008, p. 700 ; J.-M. Bruguière, « Loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *Prop. Ind.* 2008, n° 27, p. 227 ; F. Raynard, « La réparation de la contrefaçon : nouveaux principes pour nouveau juge ? », *Prop. Ind.* 2010, n° 6, alerte 65 ; E. Dreyer, « L'indemnisation de la contrefaçon sur Internet », *JCP G* 2011, n° 17, p. 487 ; G. Henry, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *CCE* 2009, n° 1, ét. 2.

¹⁸⁷⁵ J.-P. Gasnier, « Quelques observations à propos de la loi de lutte contre la contrefaçon », *Prop. Ind.* 2007, n° 12, ét. 25 ; M. Cousté et F. Guilbot, « Réforme de l'indemnisation du préjudice de contrefaçon en France : du jardin à la française à l'Eldorado américain ? – Point de vue de praticiens », *Prop. Ind.* 2007, n° 12, ét. 26 ; B. May, « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Prop. Ind.* 2008, n° 3, ét. 4 ; O. Mandel, « Le nouvel arsenal de lutte contre la contrefaçon », *Prop. ind.* 2009, n° 2, ét. 4 ; M. Ouaniche, « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP E* 2014, n° 15, p. 1194.

¹⁸⁷⁶ La fluctuation du vocabulaire employé par la doctrine démontre la difficulté d'appréhension de cette notion fiscale par les juristes : M. Vivant emploie le terme "profits" (M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, n° 7, p. 1839-1844) ; P.-Y. Gautier fait référence aux "recettes", tout en précisant, qu'en fonction de la conception retenue, elles font référence soit au chiffre d'affaires soit aux bénéfices (P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd, 2017, n° 793, p. 851) ; F. Pollaud-Dulian assimile les bénéfices aux profits et établit la masse contrefaisante au regard du chiffre d'affaires réalisé (F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 1955, p. 1308 et n° 1953, p. 1307).

¹⁸⁷⁷ De surcroît, ces frais sont encourus par l'entreprise, quelle que soit son activité, ce qui explique que le *Bundesgerichtshof* a longtemps retenu cette solution plus sévère pour le contrefacteur : P. Meier-Beck, « Les dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet en droit allemand », *Prop. Ind.* 2004, n° 11, ét. 19, spéc. n° 6 ; R. Knaak, « Les mesures effectives de recours contre la contrefaçon : l'exemple de l'Allemagne », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques,

montant concerné est celui formé par les bénéfices nets, le législateur, a précisé, le 11 mars 2014, qu'il inclut les « *économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels retirées de l'atteinte au droit* ». Cet élément de calcul, loin de faciliter la détermination du montant des dommages-intérêts, ajoute aux difficultés d'évaluation du préjudice, celle de l'appréciation des bénéfices complexifiée par la notion d'économies d'investissements¹⁸⁷⁸. Ce critère, en partie potestatif, exige d'avoir accès à des informations souvent occultes. Il est, en effet, rare que les contrefacteurs tiennent une comptabilité parfaitement transparente de leurs activités. La création du droit d'information par la loi de 2007, en complément de cette nouvelle formule de détermination des dommages-intérêts¹⁸⁷⁹, est d'ailleurs la preuve que le législateur avait parfaitement conscience de poser une nouvelle pierre d'achoppement sur le chemin du titulaire des droits. Sans résoudre le problème de l'évaluation du préjudice, cette disposition semble alors avoir un effet dissuasif limité.

D'autre part, la formulation maladroite du plancher des dommages-intérêts forfaitaires par la loi de 2007 s'est révélée avoir un effet en complète contradiction avec l'objectif de dissuasion poursuivi par le législateur. Si la somme forfaitaire « *ne peut être inférieure aux redevances ou droits qui auraient été dus* », cela n'exclut pas qu'elle puisse être égale à ces redevances ou droits. Ainsi rédigée, cette disposition permet au plancher de devenir plafond. Or, prononcer des dommages-intérêts d'un montant équivalent à celui qui aurait été dû par le contrefacteur s'il avait demandé l'autorisation du titulaire des droits, l'encourage à agir sans celle-ci, puisqu'en cas d'engagement de sa responsabilité, il pourrait n'être condamné qu'à verser le montant de la redevance. Le calcul utilitariste coût - avantage¹⁸⁸⁰ est rapidement réalisé. En 2014, conservant ce plancher, le législateur a reformulé la disposition en imposant que le montant des dommages-intérêts forfaitaires soit supérieur à celui de la redevance ou des droits, sans que ce montant soit limité par un plafond¹⁸⁸¹. Si la lumière a été faite sur la nécessité de déterminer un montant supérieur à la redevance, l'obscurité entoure son évaluation. Bien que le législateur emploie le terme « *somme* », supposant la réalisation d'une addition qui nécessite au moins deux nombres ou quantités, cette disposition ne comporte qu'un élément, le montant de la redevance. Si la modification de cette disposition tend à rétablir sa fonction dissuasive, l'absence d'autres critères de calcul risque de la rendre ineffective¹⁸⁸².

718. Des dires des législateurs aux mots des textes - Malgré le refus exprès d'adjoindre une fonction punitive aux dommages-intérêts, la rédaction des dispositions est d'une telle ambiguïté qu'elle laisse à cette fonction l'opportunité de les réguler.

2006, vol. IV, p. 93-104 ; J. Schmidt-Szalewski, « La détermination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon », *Propriété intellectuelle*, 2007, n° 11, ét. 22, spéc. pt. 23.

¹⁸⁷⁸ A. Latil, « Les économies d'investissements du contrefacteur », *CCE* 2015, n° 3, ét. 6.

¹⁸⁷⁹ Voir *supra* n° 656 et s.

¹⁸⁸⁰ Pour une explication du calcul utilitariste, voir *supra* n° 517.

¹⁸⁸¹ « *Cette somme est supérieure au montant des redevances et droits qui auraient été dus [...]* » - Le législateur a aussi précisé que ces dommages-intérêts forfaitaires ne sont pas exclusifs de l'indemnisation du préjudice moral.

¹⁸⁸² Voir *infra* n° 727.

b- L'insidieuse fonction punitive

719. Les dommages-intérêts punitifs, de l'indemnisation à la sanction - La notion de dommages-intérêts punitifs réunit les deux conséquences de l'engagement de la responsabilité. La première, civiliste, consiste en l'indemnisation du préjudice. La seconde, pénaliste, est constituée par la sanction de la faute, symbolisée par l'adjectif punitifs¹⁸⁸³. Pour affirmer que des dommages-intérêts ont une nature punitive, il est nécessaire de caractériser, d'une part, l'intention d'indemniser le préjudice causé et, d'autre part, la volonté de sanctionner l'auteur en raison de la faute commise. Ces deux aspects téléologiques des dommages-intérêts punitifs sont concrétisés par la détermination de leur montant. Dans leur fonction indemnitaire, l'évaluation des dommages-intérêts punitifs est réalisée à l'aune de l'importance du dommage, conformément au principe de réparation intégrale. Seule la victime est alors prise en considération. Dans leur fonction punitive, leur détermination est effectuée en corrélation avec la gravité de la faute commise. La faute et son auteur constituent alors les critères prépondérants. Il ne suffit donc pas que les dommages-intérêts soient dépourvus, entièrement ou pour partie, de lien avec le préjudice subi, pour affirmer qu'ils ont un caractère punitif. Ils doivent infliger un mal proportionné à la gravité de la faute commise. Dans l'hypothèse où la somme versée est supérieure à celle nécessaire pour indemniser le dommage, les dommages-intérêts, infligeant un mal, une privation, ont un caractère punitif¹⁸⁸⁴. Afin de déterminer si, malgré le refus officiel du législateur de sanctionner le contrefacteur, les dommages-intérêts prévus en droit de la propriété intellectuelle sont punitifs, il convient de savoir si un de leurs éléments est corrélatif à la gravité de la faute.

720. L'étude des dommages-intérêts forfaitaires à l'aune de la notion de dommages-intérêts punitifs - Les dommages-intérêts forfaitaires ne comportent qu'un seul critère légal d'évaluation. Le législateur impose au juge de fixer un montant supérieur à celui des redevances qui auraient été dues si le contrefacteur avait agi avec l'autorisation du titulaire des droits. Le préjudice subi n'étant pas équivalent à la redevance qui aurait été due, ce seul critère ne permet pas de caractériser leur fonction indemnitaire et est insuffisant à établir leur caractère punitif. Ces dommages-intérêts n'apparaissent pas, intrinsèquement, punitifs. La CJUE a affirmé, dans un arrêt du 25 janvier 2017, qu'une disposition, permettant au juge de prononcer un montant de dommages-intérêts forfaitaires correspondant au double du montant de la redevance qui aurait été dû si le contrefacteur avait agi avec le consentement du titulaire des droits, n'a pas de

¹⁸⁸³ Il convient de souligner que l'adjectif punitif a une connotation morale que n'a pas l'adjectif répressif ou le substantif sanction.

¹⁸⁸⁴ Pour Monsieur le Professeur Dreyer, peu importent les modalités de calcul des dommages-intérêts, dès lors que leur montant dépasse celui strictement nécessaire pour réparer le préjudice, ils « sort[ent] de la matière civile pour entrer dans la matière pénale » : E. Dreyer, « L'indemnisation de la contrefaçon sur Internet », *JCP G* 2011, n° 17, p. 487.

caractère punitif¹⁸⁸⁵. En effet, le double du montant de la redevance n'est que rarement équivalent, voire supérieur, au préjudice subi. Implicitement, la Cour de justice affirme que ce critère de détermination des dommages-intérêts forfaitaires ne leur attribue pas, *in abstracto*, un caractère punitif¹⁸⁸⁶. Seul le juge pourra le leur conférer.

721. L'étude des dommages-intérêts circonstanciels à l'aune de la notion de dommages-intérêts punitifs - La fonction indemnitaire des dommages-intérêts, prévus au premier alinéa, est assurée par l'obligation légale, mise à la charge du juge, de prendre en considération les pertes subies, le gain manqué et le préjudice moral. Leur fonction punitive est-elle mise en œuvre par la prise en considération des bénéfices réalisés par le contrefacteur ? En d'autres termes, les bénéfices sont-ils corrélés à la gravité de la faute ? Ils constitueraient alors un critère de détermination de la sanction.

722. La recherche d'une corrélation entre les bénéfices et la gravité de la faute civile - La détermination de l'existence de cette corrélation exige d'étudier la notion de gravité de la faute civile. La responsabilité civile a longtemps été indifférente à la gravité de la faute commise, l'article 1240 du code civil fonde encore l'engagement de cette responsabilité sur « *tout fait quelconque* » et l'indemnisation est évaluée en fonction de la gravité du préjudice subi. Si certains régimes spéciaux de responsabilité excluent la faute des conditions d'engagement de la responsabilité civile, la responsabilité étant dite objective, d'autres la conservent et adaptent les régimes d'indemnisation à sa gravité¹⁸⁸⁷. Ainsi, depuis les années 1970, les civilistes étudient la gravité de la faute. Une échelle des fautes civiles a été établie¹⁸⁸⁸,

¹⁸⁸⁵ CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15 : CCE 2007, n° 4, comm. 30, Ch. Caron.

¹⁸⁸⁶ CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, spéc. consid. 30 et 31 - L'amendement 38 du Rapport Fourtou relatif à l'article 17 de la proposition de directive prévoyait qu'en fonction de la gravité et du caractère intentionnel de l'infraction, le juge puisse prononcer des dommages-intérêts forfaitaires jusqu'au double du montant des redevances qui aurait été dû par le contrefacteur s'il avait demandé l'autorisation du titulaire des droits (J. Fourtou, *Rapport sur proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle*, (COM(2003) 46 – C5-0055/2003 – 2003/0024(COD), Commission juridique et du marché intérieur, 5 déc. 2003, A5-0468/2003 Final). Le même raisonnement doit être tenu. Ce plafond n'a pas de caractère intrinsèquement punitif puisqu'il peut être inférieur au préjudice subi. En ne concurrençant pas celui déterminé par le principe de réparation intégrale du préjudice, il ne constitue pas, nécessairement, une peine pour le contrefacteur.

¹⁸⁸⁷ Par exemple, le caractère intentionnel de la faute peut avoir pour incidence l'ineffectivité des plafonds d'indemnisation, légaux ou conventionnels : G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 606 et s., p. 720 et s.

¹⁸⁸⁸ G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, chron., p. 263 ; H. Lalou, « La gamme des fautes », *DH* 1940, chron., p. 17 ; D. Nguyen Thanh-Bourgeois, « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes », *RTD civ.* 1973, p. 496 ; A. Ghafourian, *Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français : étude jurisprudentielle*, th. dir. R. Jambu Merlin, Paris II, 1977 ; A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, th. dir. D. Mazeaud, PUAM, 2004 ; L. Morlet, « La faute caractérisée dans le droit de la responsabilité civile », *Mélanges en l'honneur de Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 291 – Pour une présentation historique de la gradation des fautes : G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 595, p. 707 et s.

faisant de la faute simple la faute la plus faible et la faute inexcusable¹⁸⁸⁹, la plus importante, entre lesquelles sont insérées la faute lourde¹⁸⁹⁰ et la faute grave¹⁸⁹¹. Leur gravité est appréciée à l'aune de la conscience que l'auteur de la faute avait ou aurait dû avoir des conséquences de ses actes. Madame Sichel, dans sa thèse de doctorat, distingue la gravité subjective de la faute, mesurée en fonction de la conscience effective que l'agent avait des conséquences dommageables de ses actes, et la gravité objective de la faute, qui dépend de la prévisibilité des conséquences potentiellement dommageables de l'acte¹⁸⁹². Il semble difficile d'affirmer que les bénéfices réalisés par le contrefacteur sont représentatifs de la conscience qu'il avait ou aurait dû avoir des conséquences de ses actes. Certes, le contrefacteur peut chercher à tirer profit de la contrefaçon, mais leur ampleur n'équivaut pas nécessairement à son for intérieur. Une simple négligence peut produire d'importants bénéfices, tandis que l'accomplissement d'actes contrefaisants dans le but de réaliser d'importants profits peut n'apporter que de faibles résultats. Les bénéfices obtenus par le contrefacteur semblent donc ne pas être corrélés à la gravité de la faute civile de contrefaçon et, par conséquent, leur prise en considération ne fonde pas une éventuelle sanction. Faut-il alors suivre Messieurs les Professeurs Terré, Simler, Lequette et Chénéde qui distinguent les dommages-intérêts calculés en fonction des bénéfices réalisés par l'auteur, des « véritables » dommages-intérêts punitifs, corrélés à la gravité de la faute¹⁸⁹³ ? Si le droit civil impose cette distinction, l'application des critères d'appréciation de la gravité d'un comportement pénalement incriminé apporte une réponse différente.

723. La recherche d'une corrélation entre les bénéfices et la gravité de la faute pénale - La gravité d'une infraction s'apprécie, notamment, à l'aune du trouble causé à l'ordre public¹⁸⁹⁴. La contrefaçon cause un trouble à l'ordre public¹⁸⁹⁵ et la gravité de ce trouble est, en partie, corrélative au montant des bénéfices réalisés par le contrefacteur. Par conséquent, si, en droit civil, les bénéfices issus de la faute ne sont pas un critère d'évaluation de sa gravité, en droit pénal, ils constituent un indice de la gravité de l'infraction. En effet, les bénéfices n'ont pas d'incidence sur le préjudice subi par la victime d'une faute civile, mais ils en ont sur le

¹⁸⁸⁹ La faute inexcusable est celle qui relève d'un comportement d'une gravité exceptionnelle, pour laquelle l'auteur aurait dû avoir conscience du danger qui en résulte. Cette faute est caractérisée dans les domaines spécifiques des accidents du travail, des transports ou des accidents de la circulation.

¹⁸⁹⁰ Définie en matière contractuelle, par la Cour de cassation, comme « la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'incapacité du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée » (Cass., Ch. Mixte, 22 avr. 2005, *Chronopost*, 2 arrêts : *Bull. ch. mixte* 2005, n° 3 et 4 ; *JCP* 2005, II, 10066, note G. Loiseau ; *RTD civ.* 2005, p. 604, obs. P. Jourdain – Ces arrêts ont aussi mis un terme à l'appréciation de la gravité de la faute au regard de la seule obligation contractuelle, fût-elle essentielle), la faute lourde est définie en matière extracontractuelle comme celle qui procède d'un comportement anormalement déficient.

¹⁸⁹¹ La gravité de la faute est appréciée en considération de l'acte lui-même et de ses conséquences. Elle ne suppose pas l'intention de nuire.

¹⁸⁹² L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dir. G. Loiseau, 2011, spéc. n° 316 à 335.

¹⁸⁹³ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 913, p. 989 et s.

¹⁸⁹⁴ Voir *infra*, n° 1144 et s., not. l'étude de la gravité des infractions menée par T. Sellin et M.-E. Wolfgang, *The Measurement of Delinquency*, New York, Wiley, 1964.

¹⁸⁹⁵ Voir *infra* n° 1006.

préjudice subi par la société du fait de l'infraction. Prendre en considération les bénéfices issus de la contrefaçon permet de prendre en considération la gravité du trouble causé à l'ordre public¹⁸⁹⁶. L'analyse de l'adoption de la directive corrobore ce raisonnement. Alors que la proposition de directive comportait, en son article 17, deux sortes de dommages-intérêts, des dommages-intérêts forfaitaires pouvant, au maximum, s'élever au double du montant de la redevance qui aurait été dû et des dommages-intérêts compensatoires correspondant au préjudice subi, les amendements proposés par le Parlement¹⁸⁹⁷ ont exercé une forte influence lors de l'adoption du texte définitif. En effet, l'amendement 38 proposait de distinguer deux méthodes de détermination des dommages-intérêts, la première était fondée sur le préjudice subi par la victime, la seconde était fondée sur la gravité et le caractère intentionnel de « *l'infraction* ». Cette seconde méthode permettait au juge de prononcer, soit des dommages-intérêts forfaitaires plafonnés au double du montant de la redevance qui aurait été dû, soit des dommages-intérêts préétablis proportionnellement « *à la gravité de l'atteinte et suffisamment dissuasifs* ». Ces dommages-intérêts préétablis, déterminés à raison, non pas du préjudice subi, mais de la gravité de l'infraction, et satisfaisant un objectif de dissuasion, s'apparentent à une peine. La fonction répressive de cet amendement trouve une justification dans la suppression, par l'amendement 43, des sanctions pénales contenues dans l'article 20. Si l'amendement 38 n'a pas été retenu par le texte définitif de la directive, la gravité de l'atteinte comme critère d'évaluation des dommages-intérêts a été consacrée par l'obligation de prendre en considération les bénéfices du contrefacteur. La seule référence aux bénéfices dans la formule de calcul des dommages-intérêts circonstanciels, démontre, certes, que le trouble à l'ordre public influence la détermination des dommages-intérêts, mais n'impose pas au juge de prononcer un montant proportionnel aux bénéfices, donc à la gravité de la faute. Si les dommages-intérêts sont évalués à l'aune de la gravité du préjudice subi et de la gravité de la faute commise, la directive ainsi que la loi française n'imposent pas au juge de prononcer un montant supérieur à celui des bénéfices réalisés par le contrefacteur. Par conséquent, malgré ces indices d'évaluation, les dommages-intérêts n'infligent pas, nécessairement, un mal à l'auteur de la faute. Dépourvus d'une nature intrinsèquement punitive, seule la décision du juge peut leur conférer un tel caractère.

2- La nature conjoncturelle du caractère punitif des dommages-intérêts

724. La nature des dommages-intérêts - La rédaction suffisamment subtile de la disposition relative aux dommages-intérêts permet au législateur de ne pas leur conférer

¹⁸⁹⁶ En ce sens : E. Dreyer, « L'indemnisation de la contrefaçon sur Internet », *JCP G* 2011, n° 17, p. 487.

¹⁸⁹⁷ Amendements du Parlement européen adoptés en première lecture de la proposition de directive, relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, présentée par la Commission le 30 janvier 2003, (COM(2003)46).

expressément un caractère punitif (a), celui-ci apparaît uniquement à la lecture qu'en font les juges (b).

a- L'absence de caractère intrinsèque punitif des dommages-intérêts

725. La portée de l'ambiguïté de la directive et de la loi française - Conformément à l'article 13 de la directive, les dommages-intérêts doivent être « adaptés » au préjudice subi. N'y étant pas limités, mais devant seulement y être adaptés, il semble que les juges peuvent prononcer des dommages-intérêts supérieurs au préjudice subi¹⁸⁹⁸. Bien que rédigée différemment, la loi française est autant incertaine quant à la proportionnalité entre les dommages-intérêts prononcés et le préjudice subi. Pour fixer les dommages-intérêts, le juge français doit « prendre en considération » et ce, « distinctement », trois éléments, dont les bénéfices réalisés par le contrefacteur. Prendre en considération signifie-t-il que leur montant doit être inclus dans celui des dommages-intérêts ou qu'il ne sert qu'à les pondérer¹⁸⁹⁹ ? En d'autres termes, doivent-ils être confisqués ou ne constituent-ils qu'une variable d'ajustement des dommages-intérêts ? Les conséquences de la prise en considération des bénéfices pour déterminer le montant des dommages-intérêts sont obscures. Les bénéfices réalisés par le contrefacteur étant dépourvus de lien de causalité avec le préjudice subi par le titulaire des droits, il semble que les dommages-intérêts, à l'aune de cet élément, peuvent lui être supérieurs. Le 9 décembre 2016, la cour d'appel de Paris a interprété la loi du 29 octobre 2007¹⁹⁰⁰ en affirmant qu'elle « invite le juge à prendre en considération « les bénéfices réalisés par le contrefacteur », elle n'en a pas pour autant introduit dans ce droit spécial la faculté de les confisquer et que cette prise en considération se limite à la part susceptible de subsister, une fois évaluées les pertes liées à l'exploitation, afin de parvenir à la réparation intégrale du préjudice ». Certes, les bénéfices ne sont pas automatiquement confisqués, mais dès lors qu'ils excèdent le montant indemnisant le préjudice, le surplus y est ajouté, ce qui revient à confisquer les bénéfices. Quant aux dommages-intérêts forfaitaires, l'absence de plafond légal, implique, aussi, qu'ils peuvent être supérieurs au préjudice subi¹⁹⁰¹. Ces dispositions semblent donc offrir au juge la possibilité de fixer des montants de dommages-intérêts dépassant la seule réparation du préjudice subi¹⁹⁰². Certains y ont vu l'instauration de dommages-intérêts punitifs¹⁹⁰³ ;

¹⁸⁹⁸ En ce sens : T. Azzi, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, Présentation générale », *Dossier La lutte contre la contrefaçon (loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007)*, D. 2008, n° 11, p. 700, spéc. n° 35, p. 709.

¹⁸⁹⁹ G. Henry, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », CCE 2009, n° 1, ét. 2.

¹⁹⁰⁰ Cet élément de la loi de 2007 n'a toutefois pas été modifié par celle de 2014.

¹⁹⁰¹ L'ambivalence de l'article 13 de la directive, au regard du refus de la Commission de conférer aux dommages-intérêts une fonction punitive, est relevée par Monsieur le Conseiller Girardet : A. Girardet, « Entre deux mondes ? », *Cah. dr. entrep.*, 2007, n° 4, doss. 21.

¹⁹⁰² Le rapport de Monsieur Gosselin allait en ce sens puisqu'il affirmait que, pour fixer les dommages-intérêts, les juges devaient se fonder sur le préjudice réel « sans nécessairement s'y borner » : P. Gosselin, *Rapport sur le projet de loi (n° 175), adopté par le Sénat, de lutte contre la contrefaçon*, AN, 26 sept. 2007, n° 178, p. 29.

¹⁹⁰³ Ch. Caron, « La loi du 29 octobre 2007 dite de "lutte contre la contrefaçon" », CCE 2007, n° 12, ét. 30, spéc. n° 13 : « la loi nouvelle indique clairement qu'elle entend le décourager dans ses activités de contrefaçon et,

d'autres, plus nuancés, constatent que cette « *méthode d'évaluation [...] s'écarte du préjudice sans pour autant avoir un caractère clairement punitif* »¹⁹⁰⁴. Ils voient dans les bénéfices une variable d'ajustement¹⁹⁰⁵, permettant aux titulaires de droits de mieux caractériser leur préjudice¹⁹⁰⁶. Dès lors, le caractère punitif des dommages-intérêts est conjoncturel, il dépend de leur mise en œuvre par le juge¹⁹⁰⁷.

726. La fonction punitive du dispositif révélée par l'articulation des dispositions - La Cour de cassation avait reconnu l'application, aux instances civiles, des articles L. 335-6 et L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle, lesquels, dans leur rédaction antérieure à la loi du 29 octobre 2007, permettaient au juge répressif de confisquer les recettes issues de l'atteinte à un droit de propriété littéraire et artistique et de les remettre à la victime à titre d'indemnisation¹⁹⁰⁸. Toutefois, la loi de 2007 a supprimé l'article L. 335-7 permettant la remise des recettes au titulaire des droits et a créé un article L. 331-1-4, dont l'alinéa 4 prévoit que le juge peut ordonner « *la confiscation de tout ou partie des recettes* »¹⁹⁰⁹ » procurées par l'atteinte à un droit de propriété littéraire et artistique, ainsi que leur remise au titulaire des droits¹⁹¹⁰.

partant, de le punir puisqu'il va être amené à réparer plus que ce qu'il devrait si l'on s'en tenait à la seule réparation du préjudice subi par la victime » ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 1513 et s., p. 970-977 : l'auteur affirme que la prise en compte des bénéfices du contrefacteur « ouvre la possibilité d'une évaluation potentiellement déconnectée du préjudice pour se tourner vers une sanction économique » et il qualifie les dommages-intérêts forfaitaires de dommages-intérêts punitifs ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 792, p. 851 : l'auteur estime que « *l'aspect punitif de la réparation est net* » et qu'« *il n'est nullement choquant de condamner l'auteur du délit à une somme mi-réparatrice, mi-sanctionnatrice, dans des conditions de plus grande efficacité* » ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 1955, p. 1308 ; C. Derambure, « Premiers commentaires sur la "loi contrefaçon" du 29 octobre 2007 », *RLDI* 2007, n° 32 ; O. Mandel, « Le nouvel arsenal de lutte contre la contrefaçon », *Propr. Ind.* 2009, n° 4, ét. 4, spéc. n° 38.

¹⁹⁰⁴ G. Henry, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *CCE* 2009, n° 7, ét. 2, spéc. n° 8.

¹⁹⁰⁵ J. Schmidt-Szalewski, « La détermination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon », *Propr. Ind.* 2007, n° 11, ét. 22, spéc. n° 20 : L'auteur estime que ce calcul du montant des dommages-intérêts n'a pas pour objet d'instaurer une peine privée, celui-ci ne pouvant être supérieur au préjudice subi par la victime ; J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 1^{re} éd., 2016, n° 702, p. 401 : les auteurs considèrent que ces dispositions constituent un régime de responsabilité civile spéciale par l'instauration de règles indemnitaires propres ; H. Croze, « Contentieux de la propriété intellectuelle », *Procédures* 2008, n° 1, comm. 16 ; A. Saint Martin, « Radioblog – Peine privée pour contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 53, spéc. n° 17 ; J.-P. Gasnier, « Quelques observations à propos de la loi de lutte contre la contrefaçon », *Propr. Ind.* 2007, n° 12, ét. 25, spéc. n° 28.

¹⁹⁰⁶ M. Vivant et J.-M. Brugière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 1079, p. 937.

¹⁹⁰⁷ Voir *infra* n° 737 et s.

¹⁹⁰⁸ Ces dispositions sont inspirées de la peine complémentaire de confiscation des produits de l'infraction, codifiée à l'article L. 131-10 du code pénal. L'article 311-14, 4° du code pénal en prévoit une déclinaison par la confiscation de la chose, produit de l'infraction de vol.

¹⁹⁰⁹ S'il est regrettable que le législateur n'ait pas substitué au terme « *recettes* » celui de bénéfices, afin d'harmoniser les dispositions, ces termes sont équivalents puisque la Chambre mixte de la Cour de cassation avait précisé que les recettes correspondent aux bénéfices nets (Cass. Ch. mixte, 5 nov. 1976) – voir *supra* n° 706.

¹⁹¹⁰ L'article L. 335-6 du CPI, permettant la confiscation des recettes, des objets contrefaisants et du matériel spécialement installé en vue de la réalisation de la contrefaçon, retrouve alors sa nature de peine complémentaire. Lorsque le juge répressif statue sur l'indemnisation de la victime, au titre de son action civile, il doit désormais fonder la confiscation des recettes et leur remise à la victime, au titre de son indemnisation, sur l'article L. 331-1-4 al. 4 du CPI.

Celui-ci peut alors se voir remettre, cumulativement, les recettes confisquées au contrefacteur et les dommages-intérêts¹⁹¹¹. Cette réforme rétablit les caractères dissuasif et punitif de cette mesure¹⁹¹² car elle permet de dessaisir le contrefacteur de ses bénéfices, une première fois par l'effet de la confiscation et une seconde fois par le versement des dommages-intérêts prenant ceux-ci en considération. Le double du montant des bénéfices produits par la faute peut donc être retiré au contrefacteur. Cette disposition n'existe qu'en droit de la propriété littéraire et artistique. Le législateur français a profité de la transposition de la directive pour consacrer la jurisprudence, sans étendre cette mesure au droit de la propriété industrielle. Il est déplorable que les titulaires de droits de propriété industrielle ne bénéficient pas des mêmes avantages que ceux de droit de propriété littéraire et artistique, surtout au regard de l'activité souvent commerciale des contrefacteurs de marques et de brevets, générant d'importants bénéfices. Cependant, l'article 13 §2 de la directive ne prévoit le recouvrement des bénéfices par les autorités judiciaires¹⁹¹³ qu'en cas de bonne foi du contrefacteur. Or, le législateur français a choisi de ne pas consacrer la distinction quant à la bonne ou mauvaise foi de celui-ci et a limité la transposition de la directive aux dispositions les plus sévères, applicables au contrefacteur de mauvaise foi¹⁹¹⁴. Il n'était, certes, pas obligé de transposer cette mesure, mais l'absence d'harmonisation entre les deux branches du droit de la propriété intellectuelle n'est pas pertinente.

727. L'incidence de la nature conjoncturelle du caractère punitif des dommages-intérêts sur la fonction de dissuasion - Lorsqu'elle est correctement définie, la sanction a un double effet dissuasif. L'un passif, concerne l'ensemble des individus et est observé avant la commission d'une faute. L'autre actif, atteint principalement l'auteur de la faute et, accessoirement, l'ensemble des individus, puisqu'il résulte de la sanction prononcée par le juge¹⁹¹⁵. En raison du calcul utilitariste réalisé par les délinquants avant la commission de certains actes, la sanction doit, pour être efficace, être dotée d'une fonction de dissuasion, passive et active¹⁹¹⁶. Elle doit être correctement évaluée, afin de retirer tout avantage à l'auteur de la faute - le résultat du calcul coût-avantage doit être nul, et sa mise en œuvre doit être certaine. Les dommages-intérêts prévus par le législateur, quelle que soit leur méthode d'évaluation, sont dépourvus d'effet dissuasif passif. En effet, afin que les individus puissent effectuer ce calcul, avant la réalisation des actes de contrefaçon, le coût encouru doit être, au moins, déterminable et la sanction doit être certaine. Or, le montant des dommages-intérêts,

¹⁹¹¹ Ce cumul est conforme à l'article 45 § 2 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁹¹² Voir *supra* n° 706 sur la perte de ces caractères en raison du revirement de jurisprudence de la Cour de cassation.

¹⁹¹³ Il s'agit, selon la directive, du recouvrement et non de la remise des bénéfices à la victime.

¹⁹¹⁴ La proposition de la directive du 30 janv. 2003 (COM(2003)46) prévoyait, en son article 17 § 2, la remise au titulaire des droits des bénéfices réalisés par le contrefacteur, peu important la bonne ou mauvaise foi du contrefacteur.

¹⁹¹⁵ Sur les notions de dissuasion passive et dissuasion active, voir *supra* n° 513.

¹⁹¹⁶ Voir *supra* n° 517 et s.

qu'ils soient forfaitaires ou fixés *in concreto*, est difficilement déterminable. L'évaluation des éléments constitutifs du préjudice demeure difficilement prévisible et la détermination du montant des bénéfices dépend des éléments comptables fournis par le contrefacteur ou du succès des expertises. Ces incertitudes suffisent à anéantir tout effet dissuasif. Seule la mesure de confiscation des recettes semble pouvoir remplir une fonction de dissuasion, tant passive qu'active. Leur montant est connu du contrefacteur et, quand bien même une partie des bénéfices pourrait être dissimulée, il peut jauger du montant qui pourrait lui être confisqué. De surcroît, dès lors que le prononcé de cette mesure est systématisé, la certitude de se voir déposséder de ses bénéfices et, par conséquent, de ne retirer aucun avantage à la commission de ces actes de contrefaçon, lui confère un caractère dissuasif. Il est donc étonnant de constater que cette mesure n'a pas été consacrée, aussi, en droit de la propriété industrielle.

728. Des dommages-intérêts conjonctuellement punitifs - Ce régime *sui generis* de responsabilité permet au juge de fixer des dommages-intérêts évalués avec d'autres critères que celui du préjudice, leur faisant perdre leur caractère purement compensatoire¹⁹¹⁷. Expressément fondée sur la dissuasion, ces dispositions n'imposent pas de prononcer des montants équivalents aux bénéfices réalisés, donc corrélatifs à la gravité de la faute commise. Les dommages-intérêts n'ont pas de caractère intrinsèquement punitif, mais laissent au juge la possibilité de le leur conférer¹⁹¹⁸.

b- L'incidence du rôle du juge sur le caractère punitif des dommages-intérêts

729. L'application stricte de la disposition spéciale, rare mais révélatrice de dommages-intérêts punitifs - L'étude des décisions, rendues par les juges du fond depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, permet de constater qu'ils n'appliquent pas toujours strictement la nouvelle disposition. Les montants des dommages-intérêts sont fondés sur leur seule appréciation souveraine et non sur des éléments comptables, tels que les lois de 2007 et 2014 les y encouragent (i). Cependant, dès lors qu'ils en font une application rigoureuse, les dommages-intérêts prononcés anéantissent le caractère lucratif de la contrefaçon en acquérant un caractère punitif (ii).

i- L'inconstance du respect de la disposition relative aux dommages-intérêts

730. Le rattachement de la disposition spéciale au principe de réparation intégrale du préjudice - Dans le dispositif de leurs décisions, les juges continuent de faire référence à

¹⁹¹⁷ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 1274, p. 996.

¹⁹¹⁸ G. Henry, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *CCE* 2009, n° 1, ét. 2.

l'indemnisation du préjudice causé par la contrefaçon, alors qu'il a été démontré que cette disposition spécifique au droit de la propriété intellectuelle implique que les dommages-intérêts excèdent la seule indemnisation du préjudice subi¹⁹¹⁹. L'expression « *préjudice résultant des bénéfices réalisés par le contrefacteur* » a même été employée par la cour d'appel de Paris¹⁹²⁰, alors que les bénéfices réalisés par le contrefacteur ne constituent pas un préjudice direct de la victime. La Cour de cassation a, aussi, eu quelques difficultés à accepter l'autonomie de cette disposition par rapport au principe de réparation intégrale irrigant l'ancien article 1382 du code civil. Dans un arrêt du 12 juin 2012, la première Chambre civile affirme que « *la cour d'appel qui a procédé à une appréciation souveraine de l'étendue des pertes et du préjudice moral subis par les titulaires de droits, comme de l'importance du bénéfice réalisé par [le contrefacteur], a, sans méconnaître le principe de la réparation intégrale, légalement justifié sa décision* »¹⁹²¹. Cette lecture de la disposition spéciale à l'aune des principes du droit commun de la responsabilité civile délictuelle conduit certains juges à refuser de prendre en considération les bénéfices réalisés par le contrefacteur, distinctement du manque à gagner du titulaire des droits. Pour déterminer le montant des dommages-intérêts, ils multiplient la totalité de la masse contrefaisante par la marge réalisée par le contrefacteur et attribuent ce montant à la victime, au titre de l'indemnisation de son manque à gagner. Les bénéfices effectivement réalisés par le contrefacteur, en principe calculés sur la seule partie de la masse contrefaisante ayant fait l'objet d'une vente, n'y sont pas ajoutés, contrairement à ce que la loi prévoit¹⁹²². Dès les premières années d'application de la loi de 2007, la doctrine a alors constaté que les juges n'ont pas fait de lecture « *audacieuse* » de cette nouvelle disposition¹⁹²³. Certes, les affaires Radioblog et Wizzgo, l'une en application du premier alinéa et l'autre en application du second, ont eu un grand retentissement. En effet, l'éditeur du site Internet Radioblog, qui mettait, sans autorisation, des œuvres musicales à disposition du public et leur permettait de constituer leur propre liste d'écoute et de la partager, a été condamné à verser aux titulaires des droits la totalité de son chiffre d'affaires réalisé au cours des deux années d'exploitation illicite des œuvres, évalué à plus d'un million d'euros¹⁹²⁴. Dans l'affaire Wizzgo, l'éditeur d'un site Internet, mettant à disposition du public un service de téléchargement des programmes des dix-huit chaînes nationales de télévision numérique terrestre, a été condamné à verser des dommages-intérêts forfaitaires calculés à partir de la somme moyenne perçue par les chaînes de télévision pour toute vente de vidéo à la demande, multipliée par le nombre de copies de programmes

¹⁹¹⁹ Voir *supra* n° 716.

¹⁹²⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 4 nov. 2016, n° 16-03711 (contrefaçon de dessins et modèles).

¹⁹²¹ Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2012, n° 11-10.923 : *Bull. civ. I* 2012, n° 131 – dans le même sens : Cass. crim., 21 févr. 2012, n° 11-80.738.

¹⁹²² CA Nancy, ch. com. 2, 5 févr. 2014, n° 10-03403 (contrefaçon de dessins et modèles et de droit d'auteur).

¹⁹²³ C. Maréchal, « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245.

¹⁹²⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 mars 2011, *SPPF, SCPP c/ Mubility et al.* : *legalis.net* (les personnes physiques sont solidairement condamnées à verser 871 804 euros de dommages-intérêts et la personne morale à 217 951 euros, l'addition de ces deux montants étant précisément égale à 1 089 755 euros, le montant du chiffre d'affaires correspondant aux recettes publicitaires perçues en 2006 et 2007).

réalisées par les internautes et dont le total a été augmenté de 25% pour tenir compte de l'absence de négociation avec les titulaires des droits¹⁹²⁵. Cette formule de calcul est sévère car, si l'éditeur avait agi légalement et versé les redevances, il n'aurait probablement pas adopté ce modèle économique de financement par la publicité et mis autant de programmes à disposition gratuitement. Ces dommages-intérêts forfaitaires tendent donc à anéantir ce site Internet et son modèle économique¹⁹²⁶. Toutefois, ces décisions sont restées isolées et les juges, malgré les deux formules de calcul des dommages-intérêts imposées par le législateur, continuent de déterminer des montants dépourvus de justification.

731. L'attitude conciliante des juges face aux conclusions lacunaires sur l'évaluation des dommages-intérêts - Si, dans certains domaines, les juges sanctionnent le manque de justification du montant des dommages-intérêts demandés par la détermination de montants très faibles, par l'absence de prise en considération des bénéfices qui ne font pas l'objet d'une demande spécifique¹⁹²⁷, voire par l'absence d'attribution de dommages-intérêts¹⁹²⁸, de manière générale, les lacunes des conclusions des victimes de la contrefaçon ne font pas obstacle à la fixation de dommages-intérêts. Il résulte de l'étude des décisions que, confrontés à un dossier incomplet, les juges semblent plus conciliants pour l'indemnisation du préjudice résultant de la contrefaçon de marques ou de dessins et modèles que de brevets d'invention. De surcroît, en droit des brevets, après avoir statué sur l'existence des actes de contrefaçon, il n'est pas rare que les juges prononcent une mesure d'expertise afin d'obtenir tous les éléments de nature à évaluer le préjudice subi par la société titulaire des droits. L'évaluation des dommages-intérêts fait alors l'objet d'un contentieux autonome, donnant lieu à des décisions longues et richement documentées sur la comptabilité des sociétés en présence¹⁹²⁹. *A contrario*, en droit des marques, les juges rejettent les demandes de mise en œuvre du droit d'information ou d'une expertise et le manque d'éléments, permettant d'effectuer un juste calcul des conséquences économiques négatives ou des bénéfices du contrefacteur, ne fait pas obstacle à la détermination de dommages-intérêts¹⁹³⁰. Les équations à plusieurs inconnues n'intimident pas, non plus, les

¹⁹²⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 déc. 2011, n° 10-04481, *Wizzgo c/ Métropole Télévision et al.*

¹⁹²⁶ K. Haeri et A. Bonnier, « L'affaire "Wizzgo.com" ou comment évaluer désormais un préjudice économique né de la contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 46 ; S. Grégoire, « NT1, TF1, France 2, France 3, France 4, France 5, M6, W9 : la loi des séries pour Wizzgo », *RLDI* 2009, n° 45.

¹⁹²⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 févr. 2017, n° 15-00217 (contrefaçon de marque) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 oct. 2016, n° 15-05739 (contrefaçon de marque).

¹⁹²⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 déc. 2016, n° 16-02891 (contrefaçon de brevet d'invention).

¹⁹²⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 12 févr. 2016, n° 09-13793 ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 27 juin 2017, n° 15-09294.

¹⁹³⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 juin 2017, n° 16-04649 (contrefaçon de marque - bien qu'elle n'ait pas connaissance du nombre de biens contrefaisants, la cour détermine un montant de dommages-intérêts forfaitaires) ; CA Rennes, ch. com. 3, 26 sept. 2017, n° 15-02967 (contrefaçon de marque - la cour constate que la société titulaire des droits n'a pas justifié son manque à gagner. Elle évalue alors les bénéfices issus de la contrefaçon à 79 262 euros, mais en raison de la commercialisation des produits sur des réseaux de distribution différents et l'absence de positionnement commercial similaire, la cour décide que le manque à gagner ne peut être équivalent aux bénéfices et réduit le manque à gagner de la société titulaire des droits à 30 000 euros, sans aucune justification comptable) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 12 avr. 2016, n° 14-21043 (contrefaçon de marque - la cour affirme qu'elle « ne peut que regretter que sur 47 pages de conclusions, la société [...] ne consacre qu'une demi-page à son préjudice sans

juges statuant sur les contentieux de droit des dessins et modèles. Ainsi, la cour d'appel de Paris, le 20 juin 2017¹⁹³¹, constate qu'une société contrefactrice vend ses produits sur des marchés à des prix très inférieurs à ceux pratiqués par la société titulaire des droits et, par conséquent, que les ventes réalisées par la première n'auraient peut-être pas été réalisées par la seconde. La cour indique la masse contrefaisante et la marge réalisée par la société titulaire des droits, mais ne précise ni la proportion vendue, ni la marge réalisée par la société contrefactrice, ce qui ne l'empêche pas de conclure à l'attribution de 50 000 euros au titre du manque à gagner et de 4 322 euros au titre des bénéfices issus de la contrefaçon.

Néanmoins, certains juges, soucieux de respecter la volonté du législateur de déterminer des dommages-intérêts correspondant aux conséquences économiques réelles de la contrefaçon, cherchent des éléments complémentaires dans le procès-verbal de saisie-contrefaçon¹⁹³² ou déterminent le manque à gagner par une évaluation forfaitaire¹⁹³³. Une telle évaluation est possible car le premier alinéa de la disposition énonce les éléments à prendre en considération pour la détermination des dommages-intérêts, sans être exhaustive. En droit d'auteur puis en droit des marques, la Cour de cassation constate que « *le manque à gagner n'est cité qu'à titre d'exemple des conséquences économiques négatives [...] de sorte qu'aucun autre critère n'est exclu* » et affirme que les juges du fond peuvent prendre en considération la perte de redevances au titre du manque à gagner¹⁹³⁴.

Le caractère lacunaire des conclusions des titulaires de droits n'est pas la seule justification de l'application fluctuante de cette disposition, car même lorsqu'elles sont étayées, les juges semblent réfractaires à l'appliquer strictement.

732. Le manque de rigueur des juges dans l'application du premier alinéa de la disposition - L'étude de la jurisprudence montre qu'il existe plusieurs catégories de décisions qui ne font pas une stricte application de cette disposition. Dans certaines décisions, les juges ne mentionnent ni le manque à gagner, ni les pertes subies, ni les bénéfices du contrefacteur et attribuent, sans justification comptable, des montants plus faibles que ceux demandés¹⁹³⁵. Cette

articuler aucun moyen à l'appui de ses demandes, ni même chiffrer ses demandes dans ses motifs, les sommes susdites ne figurant qu'au dispositif, se contentant d'indiquer que le chiffre d'affaires global réalisé par la SARL [...] a été de 75 000 euros HT ». Ces lacunes n'ont pas empêché les juges d'attribuer 10 000 euros au titre des dommages-intérêts à la victime, sans justification de ce montant).

¹⁹³¹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 juin 2017, n° 16-03653 (contrefaçon de dessins et modèles).

¹⁹³² CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 déc. 2016, n° 15-14795 (contrefaçon de dessin et modèles).

¹⁹³³ CA Lyon, ch. civ. 1 A, 7 mai 2015, n° 13-03746 (contrefaçon de brevet d'invention – le montant est toutefois déterminé sans référence à la redevance qui aurait été due si l'autorisation du titulaire des droits avait été demandée).

¹⁹³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-25.200 (contrefaçon d'une œuvre de l'esprit) ; Cass. com. 6 déc. 2016, n° 15-16.304 (contrefaçon d'une marque) – dans le même sens : CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1^{er} avr. 2016, n° 15-04765 (contrefaçon de marque) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 oct. 2016, n° 15-05739 (contrefaçon de marque) ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 5 mai 2017, n° 14-20216 (contrefaçon de brevet d'invention).

¹⁹³⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 juin 2017, n° 15-10847 (la société titulaire des droits d'exploitation d'une photographie demande 100 000 euros au titre de l'atteinte au droit patrimonial, mais la cour n'accorde que 50 000 euros, au motif que la société contrefactrice a fait un « *large usage d'une photographie* », qui bénéficie d'une « *certaine notoriété* », cet usage l'ayant « *incontestablement banalisé et affaibli sa valeur économique* ») – dans

absence d'application de la nouvelle disposition est notable dans le contentieux du droit d'auteur et du droit des artistes-interprètes. Dans d'autres décisions, après avoir mentionné quelques chiffres, les juges déterminent un montant réparant « *le préjudice global* »¹⁹³⁶. L'absence de détail et de corrélation avec les chiffres énoncés ne permettent pas de justifier l'infériorité du montant prononcé au montant demandé. Enfin, parfois, les juges prononcent un montant qui ne correspond pas aux bénéfices et aux gains manqués, pourtant énoncés dans la décision¹⁹³⁷. Ainsi, en droit d'auteur et droits voisins, le raisonnement est souvent fondé sur le manque à gagner du titulaire des droits ou sur les bénéfices réalisés par le contrefacteur, mais les dommages-intérêts n'équivalent qu'au prix de vente de l'œuvre de l'esprit¹⁹³⁸.

Les montants prononcés sont encore plus énigmatiques lorsque les juges constatent l'absence de corrélation entre les bénéfices issus de la contrefaçon et le manque à gagner du titulaire des droits¹⁹³⁹. La décision rendue par la cour d'appel de Paris, le 6 juin 2017, est topique¹⁹⁴⁰. La société Comptoir des Cotonniers agit contre la société Cyrillus, en contrefaçon d'une veste doudoune, sur le fondement du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles, et demande l'application du premier alinéa de la disposition. Nonobstant l'équivalence de la qualité et des prix, la cour affirme qu'il ne peut être soutenu que toutes les ventes réalisées par la société Cyrillus l'auraient été par la société Comptoir des Cotonniers, en raison de la différence de clientèle et du fait de la concurrence exercée par d'autres sociétés, vendant des doudounes similaires. Certes, il est impossible d'avoir la certitude que la société titulaire des droits aurait autant vendu de doudounes que la société contrefactrice, mais l'argument est sévère au regard du positionnement de ces deux sociétés sur le même marché. En outre, la concurrence subie par la société Cyrillus, lors de la commercialisation des marchandises contrefaites, est identique à celle subie par la société Comptoir des Cotonniers. Les arguments de la cour d'appel pour

le même sens, CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 mai 2017, n° 16-02857 (contrefaçon d'une œuvre de l'esprit) ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, n° 15-00181 (violation des droits d'artiste interprète) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 1^{er} déc. 2015, n° 14-02708 (contrefaçon de marque) ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 24 mars 2017, n° 16-04919 (contrefaçon de marque) ; CA Versailles, ch. 12, 14 mars 2017, n° 15-08491 (contrefaçon de marque).

¹⁹³⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 7 mars 2017, n° 15-17850 (contrefaçon de marque) – dans le même sens, CA Aix-en-Provence, ch. civ. 2^e, 14 mars 2012, n° 10-20333 (contrefaçon de marque) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 21 févr. 2017, n° 15-16438 (contrefaçon de marque).

¹⁹³⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 16 déc. 2016, n° 16-03656 (contrefaçon de dessins et modèles) ; CA Rennes, ch. 1, 16 déc. 2014, n° 13-09217 (contrefaçon d'œuvres de l'esprit) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 21 févr. 2017, n° 15-16438 (la cour indemnise le préjudice économique d'une société, causé par la contrefaçon d'une marque, à hauteur de 100 000 euros, sans préciser la répartition entre les gains manqués et les pertes subies et sans prendre en considération les bénéfices issus de la contrefaçon, pourtant évalués à 174 435 euros).

¹⁹³⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 mai 2017, n° 16-02857 (contrefaçon d'œuvre de l'esprit) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 mars 2017, n° 15-19495 (contrefaçon d'œuvre de l'esprit) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 4 oct. 2016, n° 15-09727 (contrefaçon d'œuvre de l'esprit) ; CA Rennes, ch. 1, 16 déc. 2014, n° 13-09217 (contrefaçon d'œuvre de l'esprit).

¹⁹³⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 avr. 2017, n° 15-23772 (contrefaçon de dessins et modèles) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 15 nov. 2016, n° 15-14677 (contrefaçon de dessins et modèles – l'absence de distinction entre les chefs de préjudices est implicitement justifiée par la cour par le refus d'application immédiate de la loi de 2014) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 26 janv. 2016, n° 15-00320 (la cour évalue les bénéfices réalisés par la société contrefaisant le dessin et modèle à 32 988 euros et affirme que la société titulaire des droits ne démontre pas l'existence d'un manque à gagner ou d'une perte subie. Elle fixe toutefois les dommages-intérêts à 53 988 euros, dont 20 000 sont alloués au titre du préjudice moral. Aucun élément de la décision ne justifie les 1 000 euros supplémentaires).

¹⁹⁴⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 6 juin 2017, n° 16-04272 (contrefaçon de dessins et modèles).

refuser la corrélation entre les bénéfices et le manque à gagner sont peu convaincants. La saisie-contrefaçon ne précisant pas l'étendue de la masse contrefaisante effectivement vendue, il convient, en principe, de calculer les bénéfices potentiels de la société contrefactrice et le manque à gagner de la société titulaire des droits, en référence à leurs marges respectives, appliquées à la totalité de la masse contrefaisante. Ainsi, il est supposé que la société contrefactrice aurait réalisé un potentiel bénéfice de 259 591,80 euros, tandis que la société titulaire des droits aurait, pour le même nombre de vestes supposément vendues, réalisé un bénéfice de 157 872 euros. Pourtant, les juges allouent, à la société Comptoir des Cotonniers, 30 000 euros au titre du manque à gagner et 150 000 euros au titre des bénéfices du contrefacteur. Les montants des gains manqués et des bénéfices réalisés par le contrefacteur sont diminués sans justification comptable et en raison d'une critiquable différence de marché.

733. La restriction des éléments à prendre en considération sur le fondement du premier alinéa - En définissant, dans le premier alinéa de cette disposition, les éléments d'évaluation des dommages-intérêts, le législateur n'a pas mentionné le préjudice résultant de la seule atteinte au droit de propriété. Or, l'atteinte au droit patrimonial cause un préjudice qui devrait être indemnisé en sus des conséquences économiques négatives des actes de contrefaçon. En l'absence d'une telle précision, et malgré le caractère non exhaustif de la liste établie par cet alinéa, certains juges prennent en considération uniquement les biens contrefaisants ayant fait l'objet d'une vente. Le préjudice résultant des actes de contrefaçon portant sur des biens, encore en stock au moment de l'ouverture de la procédure, n'est donc pas indemnisé¹⁹⁴¹.

734. Le second alinéa, nouveau fondement de l'appréciation souveraine des dommages-intérêts - Lorsque le montant de la redevance, qui aurait été dû, est précisé par le juge, il est possible de constater que les dommages-intérêts forfaitaires ne lui sont que faiblement supérieurs¹⁹⁴². Toutefois, cette étude révèle que la majorité des décisions fondées sur ce second alinéa ne précise pas ce montant et l'absence de mention du pourcentage moyen de la redevance ou du nombre d'actes de contrefaçon empêche d'effectuer le calcul¹⁹⁴³. Dans certaines décisions, les juges font référence aux chiffres d'affaires du contrefacteur et du

¹⁹⁴¹ CA Nancy, ch. com. 2, 5 févr. 2014, n° 10-03403 (contrefaçon de droit d'auteur et de dessins et modèles : « attendu en revanche que la société [...] ne saurait être fondée à obtenir l'indemnisation du préjudice qu'elle prétend avoir subi en raison de l'existence d'un stock de collants contrefaisants (3 863 collants "Lucie") puisqu'il est établi par les éléments du débat que ce stock a immédiatement été retiré de la vente ») – *a contrario*, affirmant que le préjudice ne peut être limité aux seules pièces vendues : CA Paris, pôle 5 ; ch. 2, 4 nov. 2016, n° 16-03711 (contrefaçon de dessins et modèles).

¹⁹⁴² CA Bordeaux, ch. civ. 1, sect. A, 31 oct. 2016, n° 15-00769 (certes, la cour refuse de faire une application immédiate de la loi de 2014, mais elle prononce un montant de dommages-intérêts forfaitaires de 50 000 euros, augmenté de 15 000 euros au titre du préjudice moral, tandis que le montant de la redevance qui aurait été dû est de 46 071 euros).

¹⁹⁴³ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 25 sept. 2009, n° 08-01704 (contrefaçon de dessins et modèles) ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 27 nov. 2015, n° 13-21612 (contrefaçon de dessins et modèles) ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 10 mars 2017, n° 16-03997 (contrefaçon des marques) ; CA Aix-en-Provence, ch. 2, 9 mars 2017, n° 14-09986 (contrefaçon de marque).

titulaire des droits, puis fixent des dommages-intérêts forfaitaires en affirmant appliquer un taux de redevance moyen, sans toutefois en préciser le montant¹⁹⁴⁴. Sous couvert de cet alinéa, les juges apprécient souverainement les dommages-intérêts, de manière similaire aux appréciations antérieures à 2007, et prononcent des montants peu élevés. Une société agissant contre plusieurs contrefacteurs peut alors recevoir le même montant de dommages-intérêts forfaitaires, sans considération de l'ampleur des actes de reproduction et d'exploitation, pourtant déterminante du montant de la redevance qui aurait été dû si l'autorisation du titulaire des droits avait été demandée. Ainsi, une société titulaire de brevets a agi en contrefaçon contre trois sociétés et a obtenu, par trois décisions distinctes, deux rendues le même jour, en 2015, et l'autre rendue en 2016, le même montant forfaitaire de 50 000 euros pour chaque brevet contrefait et ce, sans justification¹⁹⁴⁵.

735. Le préjudice moral, souverainement apprécié par les juges du fond - Lorsque les titulaires de droits arguent d'un préjudice moral, celui-ci est presque toujours indemnisé. En effet, si certains juges exigent que soit rapportée la preuve d'une atteinte à un élément de nature extrapatrimoniale pour indemniser le préjudice moral¹⁹⁴⁶, nombreux sont ceux qui affirment que les actes de contrefaçon ont « *nécessairement causé un préjudice moral* »¹⁹⁴⁷. Cependant, les méthodes d'évaluation de l'indemnisation de ce chef de préjudice demeurent obscures. L'étendue de l'indemnisation du préjudice moral n'est que rarement justifiée, tant par les titulaires de droits, que par les juges. Certes, en droit d'auteur et en droits voisins, les juges se fondent sur les atteintes au droit moral¹⁹⁴⁸, mais, dans la majorité des décisions relatives à un droit de propriété industrielle, l'indemnisation du préjudice moral est prononcée sans

¹⁹⁴⁴ CA Douai, ch. 1, sect. 2, 8 déc. 2016, n° 15-01872 (contrefaçon de marque) ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1^{er} avr. 2016, n° 15-04765 (contrefaçon de marque).

¹⁹⁴⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 avr. 2015, n° 13-15800 ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 avr. 2015, n° 13-15794 ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 29 nov. 2016, n° 15-08804.

¹⁹⁴⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 déc. 2016, n° 16-02891 (en matière de brevet d'invention : « *l'indemnisation du préjudice moral n'est nullement systématique* ») ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 5 mai 2017, n° 14-20216 (« *le préjudice moral et d'image allégué au titre de la contrefaçon de brevet, qui n'est justifié ni dans son principe ni dans son montant, sera quant à lui rejeté* »).

¹⁹⁴⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 26 janv. 2016, n° 15-00320 (en matière de dessins et modèles, le juge affirme, par une formulation générale que, « *la contrefaçon cause nécessairement un préjudice moral à la partie lésée du fait notamment de la banalisation et la dévalorisation de son modèle* ») ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 15 nov. 2016, n° 15-14677 (en matière de dessins et modèles : « *la vente de chaussures, constituant des copies quasi serviles à un prix très inférieur, a nécessairement dévalorisé la chaussure contrefaite et causé un préjudice moral* ») ; CA Lyon, ch. civ. 1 A, 7 mai 2015, n° 13-03746 (en matière de brevet d'invention. Le juge fixe l'indemnisation du préjudice moral à 20 000 euros sans justification) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 21 févr. 2017, n° 15-16438 (en matière de marque : « *la contrefaçon a nécessairement occasionné un préjudice moral à la société [...] du fait de l'atteinte portée à la valeur distinctive de la marque* ») ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 12 avr. 2016, n° 14-21043 (en matière de marque : « *les actes de contrefaçon entraînent nécessairement un préjudice pour la partie lésée, ne serait-ce que d'ordre moral du fait de la dépréciation et de la banalisation de sa marque ainsi imitée illicitement* »).

¹⁹⁴⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 4 oct. 2016, n° 15-09727 ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 juin 2017, n° 15-10847 ; CA Rennes, ch. 1, 16 déc. 2014, n° 13-09217.

justification¹⁹⁴⁹ ou est fondée sur des faits relevant, en principe, du préjudice patrimonial¹⁹⁵⁰. De surcroît, si la Cour de cassation avait affirmé que la loi du 29 octobre 2007 permettait aux juges du fond de constater l'existence de conséquences économiques négatives et d'un préjudice moral, d'évaluer la perte de chance, puis de déterminer un montant réparant le préjudice global sans que la part réparant le préjudice moral ne soit expressément indiquée¹⁹⁵¹, la loi du 11 mars 2014, ajoutant que les critères d'évaluation des dommages-intérêts doivent être pris en considération « *distinctement* », semble exiger que la part allouée à chaque chef de préjudice soit mentionnée. Si certains juges évaluent précisément les conséquences économiques négatives et les bénéfiques, permettant de déduire du montant total la part allouée à l'indemnisation du préjudice moral¹⁹⁵², d'autres continuent de prononcer des montants globaux¹⁹⁵³.

L'absence de méthode d'évaluation du préjudice moral ne sert, toutefois, pas les intérêts du titulaire des droits. Celui-ci n'obtient que rarement le montant qu'il demande. L'indemnisation de ce préjudice varie entre 2 000 euros et 30 000 euros, sachant que les montants les plus faibles sont principalement observés en droit d'auteur, droits voisins et droit des dessins et modèles et que les montants les plus élevés ont majoritairement vocation à indemniser le préjudice causé par l'atteinte à une marque, voire à un brevet d'invention. Les juges profitent rarement de l'absence de méthode d'évaluation du préjudice moral pour accroître significativement le montant total versé à la victime. Certains n'utilisent l'indemnisation de ce préjudice que pour arrondir le montant total des dommages-intérêts¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁴⁹ CA Bordeaux, ch. civ. 1, sect. A, 31 oct. 2016, n° 15-00769 (contrefaçon de marque) ; CA Lyon, 7 mai 2015, n° 13-03746 (contrefaçon de brevet) ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 20 nov. 2015, n° 15-00181 (droits de l'artiste-interprète).

¹⁹⁵⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 21 févr. 2017, n° 15-16438 (« *la contrefaçon a nécessairement occasionné un préjudice moral à la société [...] du fait de l'atteinte portée à la valeur distinctive de la marque* ») ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 déc. 2016, n° 15-14795 (l'existence du préjudice moral est justifiée par le juge, par le fait que les actes de contrefaçon du modèle ont causé sa dévalorisation ; or la perte de valeur relève du préjudice patrimonial) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 avr. 2017, n° 15-23772 (contrefaçon de dessins et modèles) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 21 mars 2017, n° 15-17585 (contrefaçon de dessins et modèles) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 15 nov. 2016, n° 15-14677 (contrefaçon de dessins et modèles) ; CA Bordeaux, ch. civ. 1, 4 mai 2017, n° 15-01660 (contrefaçon de marque) ; CA Rennes, ch. com. 3, 26 sept. 2017, n° 15-02967 (contrefaçon de marque) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 12 avr. 2016, n° 14-21043 (contrefaçon de marque).

¹⁹⁵¹ Cass. com., 12 mai 2015, n° 14-13.024 (bien que la Cour de cassation passe cet élément sous silence, il est intéressant de noter que le demandeur fonde ses arguments relatifs à l'indemnisation du préjudice moral sur l'article L. 615-7 du code de la propriété intellectuelle et 1382 du code civil).

¹⁹⁵² CA Paris, pôle 5, ch. 1, 16 mai 2017, n° 15-09506 (en matière de brevet d'invention : « *la cour évalue le préjudice global subi par la société [...] du fait des actes de contrefaçon à la somme de 150 000 euros, préjudice moral compris* ». Déduction faite du manque à gagner et des bénéfiques, le préjudice moral correspond aux 35 000 euros restants).

¹⁹⁵³ Voir *supra* n° 732.

¹⁹⁵⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 déc. 2016, n° 15-14795 (en matière de dessins et modèles : le montant total des dommages-intérêts est fixé à 15 000 euros, sachant que les bénéfiques issus de la contrefaçon et attribués à la victime s'élèvent à 4 885.13 euros et que le manque à gagner est de 4 650.24 euros, il est possible d'en déduire que le préjudice moral, dont l'existence est reconnue par le juge, est indemnisé à hauteur de 5 464.63 euros. Evidemment, la précision de ce montant n'est pas due à une évaluation minutieuse du préjudice extrapatrimonial subi, mais à l'arrondissement du montant total de l'indemnisation).

736. L'existence d'applications strictes de cette disposition - Malgré le nombre important de décisions appliquant peu rigoureusement les deux alinéas de cette disposition spéciale du droit de la propriété intellectuelle, certains juges respectent les exigences du législateur et prononcent des dommages-intérêts qui, d'une part, anéantissent le caractère lucratif de la contrefaçon et, d'autre part, ont un caractère punitif.

ii- Le respect de la disposition relative aux dommages-intérêts, source de dommages-intérêts punitifs

737. L'application stricte de l'expression « prise en considération » - Lorsque les juges indiquent précisément les montants des éléments constitutifs des dommages-intérêts, il est possible de constater que les bénéfices sont versés au titulaire des droits, en sus du manque à gagner et du préjudice moral. Dans certaines affaires, l'attribution des bénéfices à la victime est prononcée par le juge, alors que l'indemnisation du manque à gagner dépasse fortement ce montant, anéantissant seule ou avec l'indemnisation du préjudice moral, le caractère lucratif de cette faute¹⁹⁵⁵. Le montant total prononcé étant supérieur au préjudice subi, ces dommages-intérêts acquièrent un caractère punitif. Dans un arrêt du 7 avril 2015, la cour d'appel de Paris condamne la société contrefactrice à verser 33 957,12 euros dont 6 719,68 euros au titre des bénéfices, 17 237,44 euros au titre du manque à gagner et 10 000 euros au titre du préjudice moral. Il est donc évident ici que les bénéfices n'ont pas vocation à indemniser le préjudice et que leur confiscation a un but implicitement punitif¹⁹⁵⁶. Il en est de même lorsque le manque à gagner de la société titulaire des droits est calculé sur la totalité de la masse contrefaisante, incluant les biens contrefaisants encore en stock, sans démontrer qu'elle avait la capacité de la produire ou de la vendre, et qu'en sus le contrefacteur est condamné à verser, à la victime, les bénéfices réalisés par la vente des biens contrefaisants¹⁹⁵⁷.

Cependant, il convient de relever que l'efficacité de cette disposition est soumise au versement de ces dommages-intérêts. La société Wizzgo, qui avait été condamnée à verser des dommages-intérêts forfaitaires dont le montant avait été calculé de manière à l'anéantir¹⁹⁵⁸, ne les a pas

¹⁹⁵⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 déc. 2016, n° 15-14795 (contrefaçon de dessins et modèles – les bénéfices sont évalués à 4 885,13 euros tandis que 10 114,87 euros sont alloués au titre du manque à gagner et du préjudice moral) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 juin 2017, n° 16-03653 (contrefaçon de dessins et modèles – les bénéfices sont évalués à 4 322 euros tandis que 55 000 euros sont alloués au titre du manque à gagner et du préjudice moral) ; CA Nancy, ch. civ. 1, 7 mai 2013, n° 11-02866 (contrefaçon de dessins et modèles – les bénéfices sont évalués à 8 732,40 euros tandis que 10 732,40 euros sont alloués au titre du manque à gagner et du préjudice moral) ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 4 nov. 2016, n° 16-03711 (contrefaçon de dessins et modèles – les bénéfices sont évalués à 34 843 euros tandis que 122 475 euros sont alloués au titre du manque à gagner et du préjudice moral) ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 16 mai 2017, n° 15-09506 (contrefaçon de brevet d'invention – les bénéfices attribués sont évalués à 65 000 euros tandis que 85 000 euros sont alloués au titre du manque à gagner et du préjudice moral).

¹⁹⁵⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 7 avr. 2015, n° 14-07503 (contrefaçon de dessins et modèles) – dans le même sens, CA Nancy, ch. civ. 1, 7 mai 2013, n° 11-02866 (contrefaçon de dessins et modèles et de droit d'auteur).

¹⁹⁵⁷ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 4 nov. 2016, n° 16-03711 (contrefaçon de dessins et modèles).

¹⁹⁵⁸ Voir *supra* n° 730.

versés. Malgré la torsion du droit de la responsabilité civile pour lui instaurer une fonction punitive, celle-ci comporte des limites inhérentes à sa nature.

738. Les conséquences d'une application stricte des dommages-intérêts - Si la fonction dissuasive passive des dommages-intérêts spéciaux au droit de la propriété intellectuelle semble incertaine, leur fonction punitive est effective dès lors que le juge évalue distinctement les éléments relatifs au préjudice subi par le titulaire des droits et les bénéfices, consécutifs à la faute commise par le contrefacteur. Punitifs, ces dommages-intérêts constituent, lors de leur mise en œuvre, une peine privée car ils ont vocation à sanctionner l'auteur de l'atteinte et sont alloués à la victime nonobstant leur montant supérieur au préjudice subi. En effet, la peine privée « *consiste à sanctionner, par le biais de la responsabilité civile, un comportement fautif grave et nuisible à la société, aux fins de moralisation, de dissuasion / prévention et d'incitation à agir en justice* »¹⁹⁵⁹. Si la peine privée a pu être désignée comme le « *prolongement presque naturel et nécessaire* » de la responsabilité civile¹⁹⁶⁰, l'attribution de dommages-intérêts punitifs aux titulaires de droits de propriété intellectuelle déplace le problème de l'atteinte au droit sur celui des bénéfices réalisés. De surcroît, la sanction du contrefacteur se mue en gain pour le titulaire des droits. L'attribution d'une fonction punitive à ces dommages-intérêts a pour conséquence de créer un instrument *sui generis* de responsabilité, rival des régimes de responsabilité civile et pénale. Peu convaincu par le travail du législateur, Monsieur le Professeur Vivant affirme que « *tout cela consiste à bricoler la voie d'eau quand le bateau coule* »¹⁹⁶¹. L'amende civile ne fera que renforcer ce constat.

II- L'amende civile, un instrument répressif de droit commun au service du droit de la propriété intellectuelle

739. L'influence du droit de la propriété intellectuelle sur la réforme du droit commun de la responsabilité civile - Le droit de la propriété intellectuelle, siège d'une peine privée, a influencé le projet de réforme du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. En effet, la faute lucrative n'étant pas spécifique au droit de la propriété intellectuelle, les groupes de travail ont proposé d'adopter une mesure de droit commun pour anéantir le caractère lucratif de certaines fautes. Les débats relatifs aux dommages-intérêts en droit de la propriété intellectuelle ont alors nourri ceux portant sur la réforme du droit commun. La doctrine favorable aux dommages-intérêts punitifs s'est vue opposer des arguments pertinents, notamment par la

¹⁹⁵⁹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995, spéc. n° 15 – Sur la notion de peine privée, voir *infra* n° 819.

¹⁹⁶⁰ F. Siiriainen, « Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique », in *Le droit au défi de l'économie*, dir. Y. Chaput, Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002, pp. 91-114, spéc. p. 107.

¹⁹⁶¹ M. Vivant, « Contrefaçon et réparation : une question à revoir », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), LGDJ, coll. Droit et économie, 2014, p. 107-116, spéc. n° 1, p. 107. Monsieur le Professeur Vivant incite alors à « *prendre la contrefaçon au sérieux* » : M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, p. 1839-1844.

doctrine spécialisée en droit de la concurrence, contre l'attribution, à la victime, des bénéfices illicitement réalisés¹⁹⁶². La controverse menée par ces deux branches du droit a été enrichie par le droit de l'environnement, jadis simple rameau¹⁹⁶³. Parmi les différentes propositions, la Chancellerie a choisi l'amende civile, instrument privilégié du droit de la concurrence. Cette mesure de droit commun, de nature répressive, constitue toutefois une solution contestable aux fautes lucratives (A) et appliquée en droit de la propriété intellectuelle menace d'inefficacité, voire d'ineffectivité (B).

A- L'amende civile, une solution contestable aux fautes lucratives

740. Un choix justifié à l'aune du droit pénal, une solution incertaine aux fautes lucratives - Le choix de l'amende civile résulte d'intenses débats, notamment en raison de l'opposition entre la doctrine civiliste, souhaitant voir la peine privée consacrée, et la doctrine spécialisée en droit de la concurrence, refusant l'adoption d'une mesure enrichissant indûment la victime (1). Si l'amende civile permet d'éviter cet écueil, l'incertitude règne quant à l'anéantissement du caractère lucratif de la faute (2).

1- Le choix de l'amende civile comme solution de droit commun aux fautes lucratives

741. L'amende civile, une solution cohérente à l'aune de la faute sanctionnée - La lutte contre les fautes lucratives, par le droit civil, présente une difficulté majeure, celle de l'attribution des bénéfices réalisés grâce à la faute. L'amende civile a été préférée aux dommages-intérêts punitifs afin d'éviter que la faute ne devienne lucrative pour la victime (a). Si les similitudes sont grandes entre l'amende civile et l'amende pénale, la faute sanctionnée par l'amende civile ne peut entrer dans le champ du droit pénal. Au regard de la définition de cette faute, le choix de l'amende civile apparaît cohérent (b).

¹⁹⁶² M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 36 ; P. Hennion-Jacquet, « Dommages-intérêts et sanctions pécuniaires en droit de la concurrence », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol (dir.), Dalloz, 2016, p. 345-357 ; R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avr. 2004, *LPA* 2005, n° 14, p. 53 ; S. Piedelièvre, « Les dommages-intérêts punitifs : une solution d'avenir », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : Bilan prospectif*, Colloque de Chambéry 7 et 8 déc. 2000, *RCA* 2001, n° 6 bis, p. 68 ; Ch. Lapoyade-Deschamps, « Quelle(s) réparation(s) ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : Bilan prospectif*, Colloque de Chambéry 7 et 8 déc. 2000, *RCA* 2001, n° 6 bis, p. 62 – *Contra* : M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2006, I, 149 ; M. Chagny et B. Deffains, *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, coll. Essai, 2015, spéc. p. 262 et s.

¹⁹⁶³ L. Neyret, « L'extension de la responsabilité civile en droit de l'environnement », *RCA* 2013, n° 5, doss. 29. Monsieur le Professeur Neyret est favorable aux dommages-intérêts punitifs, mais propose leur attribution au Trésor public ou à un fonds spécialement dédié à la protection de l'environnement ; M. Teller, « Faut-il créer des dommages-intérêts punitifs ? », *Environnement* 2012, n° 7, doss. 10 ; F. Rousseau, « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement. – A propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », *Environnement*, 2014, n° 3, ét. 3.

a- Le choix de l'amende civile résultant d'intenses débats

742. A la recherche d'un bénéficiaire des profits issus de la faute lucrative - La faute lucrative constitue une difficulté qui paraît insoluble pour le droit de la responsabilité civile délictuelle. L'impasse ne réside pas dans la faute, mais dans son caractère lucratif. Dès lors qu'une faute cause un dommage, le droit de la responsabilité civile oblige son auteur à le réparer. Toutefois, si la faute lui a permis de s'enrichir et que les dommages-intérêts compensatoires sont inférieurs aux bénéfices réalisés, l'auteur de la faute conservera un avantage économique indu. Or, le droit de la responsabilité civile ne sait que faire de ces bénéfices. Attribués à la victime, la faute perdrait son caractère lucratif pour son auteur, mais le conserverait en faveur de celle-ci¹⁹⁶⁴, portant atteinte au principe de réparation intégrale¹⁹⁶⁵. En effet, la solution adoptée en droit des biens, consistant en la confiscation des fruits issus de l'exploitation fautive du bien et leur remise au propriétaire de celui-ci, ne peut être transposée aux hypothèses où les bénéfices ne sont pas issus de l'exploitation du bien d'autrui¹⁹⁶⁶. Néanmoins, ils ne peuvent être conservés par l'auteur de la faute en raison du fait qu'ils constituent un avantage de nature à l'encourager à réitérer son comportement fautif.

743. La diversité des solutions proposées - En droit de la propriété intellectuelle, le législateur a choisi d'exiger que le juge prenne en considération, dans le calcul des dommages-intérêts, les bénéfices réalisés. Malgré toute l'ambiguïté qu'elle recèle, cette solution a été approuvée par la majorité de la doctrine spécialisée¹⁹⁶⁷. *A contrario*, celle-ci a été fortement critiquée par les auteurs spécialistes du droit de la concurrence, car l'attribution, à la victime, des bénéfices issus de la faute lui conférerait un avantage économique indu par rapport à ses concurrents sur le marché¹⁹⁶⁸. L'amende civile, déjà mise en œuvre en droit de la concurrence, a été plébiscitée, notamment en raison du fait qu'elle permet d'attribuer ces encombrants bénéfices au Trésor public¹⁹⁶⁹. Outre ces propositions, les débats ont aussi animé la doctrine

¹⁹⁶⁴ L'argument de Carval dans sa thèse de doctorat, consistant à justifier l'attribution de la peine privée à la victime par l'encouragement à agir en justice, afin d'assurer le respect de la règle de droit, les bénéfices retirés de son action lui permettant d'être « payé de son service », ne nous convainc pas en raison d'une différence profonde de conception de la justice (S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995, n° 318, p. 362).

¹⁹⁶⁵ Voir *infra* n° 817.

¹⁹⁶⁶ Voir *supra* n° 694.

¹⁹⁶⁷ Voir *supra* n° 714.

¹⁹⁶⁸ Monsieur le Professeur Siiriainen, attentif aux aspects économiques du droit, avait très tôt mis en évidence ce déséquilibre que pouvait créer l'adoption de dommages-intérêts punitifs en droit de la propriété intellectuelle. Il avait alors proposé que les bénéfices soient versés à un fonds de lutte contre la contrefaçon ou au Trésor public : F. Siiriainen, « Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique », in *Le droit au défi de l'économie*, Y. Chaput (dir.), Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002, p. 91-114, spéc. p. 112 – Dans le même sens : P. Hennion-Jacquet, « Dommages-intérêts et sanctions pécuniaires en droit de la concurrence », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol (dir.), Dalloz, 2016, p. 345-357.

¹⁹⁶⁹ M. Béhar-Touchais, « Comment indemniser la victime de la contrefaçon de façon satisfaisante ? », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 105 et s., spéc. p. 111.

civiliste. Deux avant-projets, chacun dirigé par un éminent Professeur de droit, ont proposé au Garde des Sceaux, l'un des dommages-intérêts punitifs, l'autre une peine privée. En effet, l'avant-projet, dirigé par Catala, proposait en cas de faute manifestement délibérée, notamment d'une faute lucrative, l'adoption expresse de dommages-intérêts punitifs¹⁹⁷⁰. Ces dommages-intérêts, ayant pour objet de sanctionner la faute commise¹⁹⁷¹, ne pouvaient cependant pas être qualifiés *de jure* de peine privée, car la disposition permettait au juge d'en verser une part au Trésor public¹⁹⁷². L'avant-projet dirigé par Monsieur le Professeur Terré comportait, quant à lui, une disposition exclusivement dédiée aux fautes lucratives, autorisant le juge à verser, à la victime, le montant du profit retiré par l'auteur de la faute, à la place de la réparation du préjudice subi¹⁹⁷³. La suite de la proposition, relative à l'assurabilité, laisse comprendre que cette disposition avait vocation à être mise en œuvre dans l'hypothèse où le montant des profits est supérieur à celui des dommages-intérêts compensatoires. L'attribution des profits, sans référence à la gravité de la faute commise, permet, selon Madame le Professeur Remy-Corlay, de qualifier ces dommages-intérêts de restitutoires et à l'exclusion de celle de dommages-intérêts punitifs, dont le critère est la gravité de la faute¹⁹⁷⁴. Certes, les bénéfices réalisés n'étant pas nécessairement corrélés à la gravité de la faute, une distinction peut être fondée sur ce critère. Néanmoins, l'adjectif restitutoire est inopportun, car les profits n'appartiennent pas, nécessairement, à la victime. Nonobstant ce jeu de qualifications, attribuant un avantage pécunier à la victime, cette mesure relève de la qualification de peine privée¹⁹⁷⁵.

Parmi les autres solutions proposées¹⁹⁷⁶, celle de Madame le Professeur Viney, de Carval et de Monsieur le Professeur Jourdain a été significative en raison de la lecture, qu'elle implique, du

¹⁹⁷⁰ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, spéc. art. 1371, p. 162 : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables » ; P. Jourdain, « Présentation des dispositions de l'avant-projet sur les effets de la responsabilité », *Revue des contrats* 2007, n° 1, p. 141.

¹⁹⁷¹ Le caractère punitif de ces dommages-intérêts est déduit de leur seule qualification de dommages-intérêts punitifs, aucun élément ne permettant d'affirmer que leur montant devait être corrélé à la gravité de la faute commise.

¹⁹⁷² Voir *infra* n° 819 la notion de peine privée – M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2006, I, 149.

¹⁹⁷³ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile. Avant-projet*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, spéc. art. 54 : « Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité ».

¹⁹⁷⁴ P. Remy-Corlay, « De la réparation », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. Terré (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 191-222, spéc. p. 199.

¹⁹⁷⁵ Voir *infra* n° 819 la définition de la peine privée.

¹⁹⁷⁶ D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n° 232, p. 27 ; S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *Revue des contrats* 2006, n° 3, p. 822 ; R. Mésa, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz.*

droit de la responsabilité civile. Dans sa thèse de doctorat, Madame le Professeur Viney propose un triptyque de dommages-intérêts¹⁹⁷⁷. Les dommages-intérêts compensatoires, destinés à réparer le préjudice causé, côtoient les dommages-intérêts non compensatoires, lesquels se subdivisent en deux catégories, les dommages-intérêts restitutoires, qui ont vocation à restituer, à la victime, les profits issus de la faute afin de rectifier l'enrichissement sans cause de son auteur, et les dommages-intérêts punitifs, sanctionnant la faute grave et dont le montant est proportionné à celle-ci. Cette analyse est développée par Carval dans sa propre thèse de doctorat, qui tend à démontrer l'existence d'une fonction de peine privée en droit de la responsabilité civile¹⁹⁷⁸. Se fondant sur les nombreuses analyses doctrinales favorables à la consécration de la peine privée, ces trois Professeurs ont suggéré que la faute lucrative entraîne le prononcé de dommages-intérêts restitutoires¹⁹⁷⁹, nonobstant le fait que les profits réalisés n'ont jamais appartenu à la victime¹⁹⁸⁰. Afin d'éviter d'avantager injustement la victime en lui versant des dommages-intérêts supérieurs à son préjudice, tout en confisquant les bénéfices à l'auteur de la faute, quelques auteurs ont suggéré que les dommages-intérêts punitifs soient versés à un fonds de garantie¹⁹⁸¹. Toutefois, il n'existe de fonds de garantie que pour les dommages couverts par une assurance.

744. Le choix de l'amende civile par la Chancellerie - La Chancellerie n'a consacré aucune des solutions envisagées par les avant-projets¹⁹⁸², préférant celle proposée par la doctrine spécialisée en droit de la concurrence, l'amende civile¹⁹⁸³. En effet, l'objectif étant de

Pal. 2009, n° 325, p. 15 ; R. Mésa, « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G* 2012, n° 20-21, doctr. 625 ; R. Mésa, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, p. 2754 ; M. Séjean, « La restitution du profit illicite », *RIDC* 2014, n° 2, p. 345-362.

¹⁹⁷⁷ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013.

¹⁹⁷⁸ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LDGJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995.

¹⁹⁷⁹ « [...] la reconnaissance officielle [...] des dommages-intérêts non compensatoires [...] est surtout utile pour garantir la restitution des profits illicites provoqués par les fautes lucratives [...] » : G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017, n° 14, p. 33 ; S. Carval, « L'amende civile », *JCP G* 2016, numéro spéc. 30-35, p. 42 – Dans le même sens : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995, n° 149 et s., p. 159 et s.

¹⁹⁸⁰ Le terme restituer, emprunté au latin *restituere*, signifie « remettre à sa place, remettre en son état primitif, rendre » et est employé, dès le XIII^e siècle, dans le sens de « rendre ce qui a été pris indûment » (E. Baumgartner et Ph. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996). Ce qualificatif paraît donc inadapté aux hypothèses où les bénéfices réalisés ne sont pas les fruits d'un bien appartenant à la victime et ayant fait l'objet d'une exploitation illicite, car ils n'ont alors jamais appartenu à la victime.

¹⁹⁸¹ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Action, 11^e éd., 2018/2019, n° 221.17, p. 750.

¹⁹⁸² La Commission des lois avait adopté, le 15 juillet 2009, un rapport d'information suivi d'une proposition de loi portée par le sénateur Béteille, lequel préconisait de circonscrire les dommages-intérêts punitifs à certains contentieux spécialisés, refusant une consécration dans le droit commun : A. Anziani et L. Béteille (dir.), *Rapport d'information relatif à la responsabilité civile*, Commission des lois du Sénat, 15 juill. 2009, n° 558 (2008-2009), p. 88 et s.

¹⁹⁸³ *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté par le Garde des Sceaux le 13 mars 2017. Ce projet a été précédé d'un avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016 (Pour une étude de cet avant-projet : M. Mekki, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et

rétablir l'équilibre rompu par la faute entre la victime et son auteur, il n'était pas envisageable d'adopter une mesure, telle que la peine privée, qui renverse le déséquilibre en faveur de la victime. Permettant, certes, d'éviter que la faute ne devienne lucrative pour la victime et, ainsi, l'atteinte au principe de la réparation intégrale, elle confère, toutefois, une fonction punitive au droit de la responsabilité civile délictuelle, promettant un séisme dû à la friction des réseaux de responsabilités¹⁹⁸⁴.

745. L'amende civile, un instrument connu du droit français - L'amende civile n'est pas une sanction inconnue du droit français. Elle est ponctuellement prévue par le législateur. En droit civil, elle sanctionne la violation de l'obligation d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité¹⁹⁸⁵. Elle est aussi prévue dans deux domaines spécifiques, les actes d'état civil, où elle peut être prononcée, notamment, contre les officiers d'état civil¹⁹⁸⁶, et les tutelles, où l'irrespect des obligations par les personnes, qui en sont chargées, peut être sanctionné d'une amende civile¹⁹⁸⁷. En droit de la procédure civile, plusieurs dispositions prévoient une telle sanction. Il en est ainsi pour les actions en justice¹⁹⁸⁸, recours¹⁹⁸⁹ ou appels¹⁹⁹⁰ et pourvois en cassation¹⁹⁹¹ dilatoires ou abusifs, pour les violations de certaines obligations en matière d'administration de la preuve¹⁹⁹² et pour les violations des obligations des témoins¹⁹⁹³. Le montant de ces amendes est harmonisé¹⁹⁹⁴ et ne cesse de croître. Le 3 mai 2017, le plafond de 3000 euros a été augmenté à 10 000 euros¹⁹⁹⁵. Certaines branches de droit spécial connaissent aussi l'amende civile. Sont passibles d'une telle sanction, notamment, la violation des obligations relatives au changement d'usage des locaux d'habitation¹⁹⁹⁶, la résistance aux mesures de réquisition en vue de la mise en œuvre du droit au logement¹⁹⁹⁷, la

enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 2016, n° 22, p. 17). La consultation dont il a fait l'objet a abouti à la modification, notamment, de la disposition relative à l'amende civile, dont la version actuelle est insérée au projet de réforme du 13 mars 2017 (Pour une étude complète de l'amende civile : E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017, p. 1136).

¹⁹⁸⁴ Voir *infra* n° 817.

¹⁹⁸⁵ Art. 10 du code civil.

¹⁹⁸⁶ L'article 50 du code civil est la disposition générale prévoyant cette sanction en ce domaine.

¹⁹⁸⁷ Not. art. 417 du code civil.

¹⁹⁸⁸ Art. 32-1 du CPC.

¹⁹⁸⁹ Art. 581 du CPC.

¹⁹⁹⁰ Art. 559 du CPC.

¹⁹⁹¹ Art. 628 du CPC.

¹⁹⁹² Not. art. 295 et 305 du CPC.

¹⁹⁹³ Art. 207 du CPC.

¹⁹⁹⁴ L'harmonisation du plafond des amendes civiles a certainement une fonction de simplification du droit de la procédure civile. Toutefois, les fautes sanctionnées ne sont pas toutes de gravité équivalente, ne justifiant pas une telle uniformité.

¹⁹⁹⁵ Décret, n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et simplification de la procédure civile - Le montant maximal de l'amende civile, encourue en droit de la procédure civile, a atteint un tel niveau qu'une réflexion mériterait d'être menée sur la nature de cette amende.

¹⁹⁹⁶ Art. L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation, dont la sanction par une amende civile de 50 000 euros maximum par local irrégulièrement transformé est prévue à l'article L. 651-2.

¹⁹⁹⁷ Art. 641-9 du code de la construction et de l'habitation.

violation du tiers employeur de ses obligations en cas de saisie des rémunérations¹⁹⁹⁸, la demande dilatoire ou abusive de rétractation du jugement ordonnant le remboursement des indemnités de chômage¹⁹⁹⁹, la violation des obligations d'information des salariés en cas de vente d'une société²⁰⁰⁰ ou d'un fonds de commerce²⁰⁰¹, la violation de l'obligation de communication et production de pièces devant les juridictions²⁰⁰², les erreurs commises par le notaire en matière d'actes inscrits au registre du commerce et des sociétés²⁰⁰³. Ces dispositions de forme et de fond sont sanctionnées par une amende civile afin d'en garantir l'effectivité, principalement en raison des effets irréversibles de leur violation. Une disposition du code du commerce est sanctionnée par une amende civile dans un autre objectif, celui de faire échec au caractère lucratif des pratiques restrictives de concurrence²⁰⁰⁴. En effet, les travaux préparatoires de la loi sur les nouvelles régulations économiques, du 15 mai 2001, affirment qu'elle permet « *d'éviter qu'une entreprise considère que mettre en œuvre une pratique restrictive de concurrence lui donnera toujours un avantage dans la concurrence, même si elle doit réparer le dommage causé aux concurrents* »²⁰⁰⁵. L'amende civile est donc ponctuellement utilisée pour sanctionner la violation d'obligations qui, selon certains auteurs, ne sont pas suffisamment graves pour faire l'objet d'une sanction pénale²⁰⁰⁶. Néanmoins, le montant de certaines amendes, tel que celui de 5 millions d'euros encouru en cas de pratiques restrictives de concurrence, laisse penser que le comportement est assez grave pour entrer dans le champ du droit pénal²⁰⁰⁷. L'amende civile de droit commun s'inscrit dans ce sillage. Cependant, la définition de la faute qu'elle sanctionne, révèle son exclusion du champ du droit pénal.

b- La cohérence du choix de l'amende civile à l'aune des exigences du droit pénal

746. Les similitudes avec l'amende pénale - L'amende civile peut être demandée, certes par la victime du préjudice causé par la faute, mais, aussi, par le ministère public. Les conditions de détermination de son montant sont similaires à celles des amendes pénales, celui-ci étant proportionné à la gravité de la faute commise et limité par un plafond. Affectée à la collectivité, elle n'est ni assurable ni fiscalement déductible²⁰⁰⁸. Si ces similitudes laissent penser qu'une telle sanction aurait pu être consacrée en droit pénal, la définition du comportement sanctionné

¹⁹⁹⁸ Art. L. 3252-9 du code du travail.

¹⁹⁹⁹ Art. R. 1235-13 du code du travail.

²⁰⁰⁰ Art. L. 23-10-1 et L. 23-10-7 du code de commerce.

²⁰⁰¹ Art. L. 141-23 et L. 141-28 du code de commerce.

²⁰⁰² Art. R. 483-14 du code de commerce.

²⁰⁰³ Art. R. 123-89 du code de commerce.

²⁰⁰⁴ Art. L. 442-6 III du code de commerce.

²⁰⁰⁵ Loi NRE, 15 mai 2001, *travaux préparatoires*, Doc. Ass. nat. n° 2319, p. 35.

²⁰⁰⁶ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 36, spéc. n° 5 et 6.

²⁰⁰⁷ Voir *infra* n° 1044 et s. le critère de gravité de la sanction et son incidence sur la qualification de peine.

²⁰⁰⁸ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 36, spéc. n° 15 et s.

éclaire sur le choix de la nature civile de l'organe de mise en œuvre et sur le lien avec l'engagement de la responsabilité civile.

747. L'absence d'atteinte à une valeur sociale essentielle excluant une solution de droit pénal - Le dol spécial, inclus dans la définition du comportement, révèle que l'amende civile a vocation à sanctionner la cupidité. Elle ne sanctionne pas la faute, sa nature et sa gravité étant indifférentes, mais la recherche du profit économique ; or le dol spécial constitue « *l'intention d'atteindre un certain résultat prohibé par la loi pénale* »²⁰⁰⁹. Révélateur de l'intention criminelle, il traduit l'hostilité aux valeurs sociales²⁰¹⁰. Par conséquent, la cupidité serait contraire aux valeurs sociales. Si le droit pénal sanctionne des comportements qui sont considérés comme étant immoraux, leurs incriminations répondent à des conditions dépassant la simple appréciation morale. Les travaux de Gassin ont montré qu'un comportement de ruse ne pouvait être incriminé qu'à la condition qu'il exploite abusivement une situation de déséquilibre caractérisé, portant alors atteinte à une valeur-fin essentielle²⁰¹¹. Si l'amende civile sanctionne la ruse, en l'absence de précision quant à la nature de la faute, il est impossible de savoir quelle valeur essentielle est atteinte et justifie une telle stigmatisation de l'avidité pécuniaire des individus. L'existence d'une atteinte grave à une valeur sociale essentielle aurait permis de préconiser un transfert de cette disposition au droit pénal, protecteur de l'ordre public. En effet, celui-ci prend en compte le caractère lucratif de l'infraction, soit en prévoyant, spécifiquement, une amende proportionnée aux profits réalisés, soit en permettant au juge de prononcer une peine complémentaire ou alternative de confiscation²⁰¹². Néanmoins, ces peines ne sanctionnent pas la cupidité, elles prennent seulement en considération les effets de l'atteinte, notamment la réalisation de bénéfices économiques. L'absence de sanction d'une telle atteinte par l'amende civile explique, certes, sa consécration civile, mais traduit son illégitimité. En effet, « *comment admettre qu'un comportement qui ne paraît pas socialement nocif soit tout de même sanctionné ?* », s'interroge Monsieur le Professeur Dreyer²⁰¹³. Le droit de la responsabilité civile acquiert, par cette disposition, une fonction de moralisation des comportements. Outre les interrogations relatives à sa légitimité, l'amende civile, pourtant spécifiquement élaborée pour les fautes lucratives, semble inapte à anéantir ce caractère.

²⁰⁰⁹ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 474, p. 438.

²⁰¹⁰ A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. dir. A. Decocq, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 23, 1982, n° 454 et s., p. 452 et s.

²⁰¹¹ Voir *infra* n° 964.

²⁰¹² Les biens, produits directs et indirects d'une infraction, peuvent être confisqués à titre de peine alternative pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement (art. 131-3, 10° du CP) et les contraventions de cinquième classe (art. 131-14, 6° du CP), ainsi qu'à titre de peine complémentaire pour les contraventions si le règlement le prévoit (art. 131-16, 5° du CP) et, de plein droit pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieur à un an, à défaut d'une telle peine, lorsque la loi le prévoit (art. 131-21 du CP).

²⁰¹³ E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2007, n° 25, p. 1344, spéc. n° 5 et n° 10.

2- L'amende civile, une solution incertaine au caractère lucratif de la faute

748. L'amende civile, une solution imparfaite - Constituant, à elle seule, une sous-section de celle dédiée aux principes relatifs aux effets de la responsabilité, exposés au chapitre IV, l'amende civile est donc considérée comme étant un effet de la responsabilité, ainsi que le sont les dommages-intérêts. L'article 1266-1 comporte six alinéas. Le premier énonce les conditions dans lesquelles une amende civile peut être prononcée. Les trois suivants portent sur le calcul de l'amende civile, le premier énonce une règle générale de calcul, le deuxième précise le plafond et le troisième, applicable aux personnes morales, déroge aux deux premiers. Le cinquième alinéa concerne la destination de l'amende et le sixième, son caractère non assurable. Le choix de l'amende civile permet d'éviter de devoir attribuer son montant à la victime (a). Cependant, la définition de la faute sanctionnée et les règles de calcul de son montant ne garantissent pas la disparition du caractère lucratif de la faute (b).

a- La résolution du problème de l'attribution des profits illégitimes

749. L'affectation de l'amende à un fonds d'indemnisation ou au Trésor public - Le choix de l'amende civile permet au Garde des Sceaux de contourner la difficulté quant au sort des bénéfices produits par la faute. En effet, dans un premier temps, le projet consacre le principe de réparation intégrale. Les articles 1241 et 1242 exposent les conditions d'engagement de la responsabilité civile, en affirmant que toute faute qui cause un dommage engage la responsabilité civile de son auteur, quelle que soit la gravité de celle-ci. Les articles 1258 et 1259 consacrent le principe de réparation intégrale du préjudice. La victime doit être « *replacée* » dans la situation dans laquelle « *elle se serait trouvée* », si le fait dommageable n'avait pas eu lieu²⁰¹⁴. L'article 1258 indique, expressément, qu'il ne doit en résulter, pour elle, « *ni perte ni profit* ». L'action en responsabilité civile ne peut donc avoir pour effet d'enrichir la victime. Ces deux dispositions, placées en exergue, consacrent avec force les fonctions traditionnelles de la responsabilité civile que sont la réparation et le rétablissement de l'équilibre rompu par la faute. Dans un second temps, le projet envisage la sanction des fautes lucratives²⁰¹⁵ par une amende civile dont le montant est, en principe, affecté à un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut de fonds existant, versé au Trésor public. La désignation de ces deux bénéficiaires de l'amende civile évite l'enrichissement indu de la victime. Cependant, elle a aussi pour conséquence de créer un lien avec l'intérêt collectif, constituant un argument contre l'existence de l'amende civile. Il convient, toutefois, de remarquer que le montant versé est celui de l'amende, non celui des

²⁰¹⁴ Il convient de souligner la maladresse de l'adjonction du verbe « *replacer* » au conditionnel passé du verbe trouver – « *se serait trouvée* », signifiant que la victime n'a jamais été placée dans cette situation.

²⁰¹⁵ La disposition n'emploie pas ce terme mais, par simplification, à cette étape du raisonnement, le terme faute lucrative sera employé, les subtilités de la réforme seront exposées *infra* n° 751.

profits. Or, la disposition, telle que rédigée, ne garantit pas qu'ils seront entièrement inclus dans le montant de l'amende. Si l'amende civile permet de respecter le principe de réparation intégrale, ses maladresses rédactionnelles rendent incertain l'anéantissement du caractère lucratif de la faute.

b- L'objectif de l'amende civile, entre sanction de la cupidité et montant proportionnel aux profits

750. Les conditions de l'application de l'amende civile : une faute, une intention, un dol spécial - L'amende civile constitue un effet de la responsabilité civile. Elle ne peut donc être prononcée qu'à l'encontre de l'auteur d'une faute, qui a causé un dommage, dont la responsabilité est engagée²⁰¹⁶. Elle sanctionne une faute commise « *délibérément* ». Si l'élément matériel est très large, puisque le texte ne précise pas la nature ou le degré de gravité de la faute²⁰¹⁷, l'élément moral est plus restreint, car elle doit être intentionnelle. Ces deux conditions instaurent une distance avec le droit de la responsabilité civile qui, indifférent à la bonne ou mauvaise foi de l'auteur de la faute, est, en outre, fortement marqué par l'objectivisation de la faute²⁰¹⁸. De surcroît, la faute doit avoir été commise « *en vue d'obtenir un gain ou une économie* ». Une lecture trop rapide pourrait laisser penser que le gain ou l'économie constitue le résultat de la faute ; or il s'agit de l'intention dans laquelle la faute est commise. Cette intention particulière attachée à la réalisation de l'acte fautif constitue, en droit pénal, un dol spécial et s'apparente, en droit des contrats, à la défunte cause subjective. A l'aune de ce seul alinéa, il n'est donc pas nécessaire de démontrer que la faute a effectivement permis d'obtenir un gain ou une économie, il suffira de démontrer qu'elle a été commise dans cette intention.

751. La sanction de la cupidité - Une telle formulation permet d'éviter l'utilisation de la notion de faute lucrative, dont la signification est sujette à controverse. En effet, la faute est-elle dite lucrative lorsqu'elle permet, intrinsèquement, de réaliser des bénéfices ou lorsqu'après avoir indemnisé les préjudices causés, l'auteur conserve une partie des bénéfices²⁰¹⁹ ? En droit de la propriété intellectuelle, l'analyse de cette dichotomie avait mis en exergue le fait que ce n'est pas tant la faute intrinsèquement lucrative qui cristallise les difficultés, mais la faute permettant à son auteur de s'enrichir nonobstant les préjudices indemnisés. Dès lors que la responsabilité civile a été engagée, ce reliquat de bénéfices ne devrait pas pouvoir être conservé.

²⁰¹⁶ Art. 1241 du projet de réforme.

²⁰¹⁷ Une faute, même légère, de commission ou d'omission, peut donc être sanctionnée par une amende civile. Il convient de rappeler qu'une version précédente du projet de réforme énonçait que l'amende civile avait vocation à être prononcée « *lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur* » : N. Rias, « L'amende civile : une fausse bonne idée ? A propos de l'avant-projet portant réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 2072.

²⁰¹⁸ Voir *infra* n° 813.

²⁰¹⁹ Voir *supra* n° 699 sur la notion de faute lucrative.

En rendant l'amende civile autonome de l'indemnisation du préjudice et en érigeant, expressément, la recherche du profit économique en condition de cette sanction, les auteurs du projet de réforme ont choisi de sanctionner les fautes supposément intrinsèquement lucratives, peu important le montant des dommages-intérêts compensatoires versés et l'existence, ou non, d'un excès de bénéfices. L'amende civile peut donc être prononcée alors que les bénéfices ont été entièrement absorbés par la réparation du préjudice. Cependant, cette disposition n'exige pas que soit rapportée la preuve de la réalisation du gain ou de l'économie. Il n'est pas nécessaire que la faute ait été, effectivement, intrinsèquement lucrative pour être sanctionnée. Indifférent à la faute commise et au résultat obtenu, le prononcé de l'amende est fondé sur la recherche du profit économique. En faisant référence au dol spécial et non au résultat, cette disposition a vocation à sanctionner la cupidité de l'auteur de la faute. Si la cupidité est considérée, par certains, comme étant un péché, il semble fortement discutable qu'elle devienne une faute juridique.

752. La condition de gain ou d'économie : un dol spécial au premier alinéa, un résultat au second - Cette maladresse de plume, si elle en est une, exclut trois situations du champ d'application de cette disposition. De manière évidente, la faute commise sans volonté de réaliser un gain ou une économie et qui n'en produit pas, ne sera pas éligible à la sanction par une amende civile. Le cas de la faute, qui permet de réaliser un profit économique indépendamment de la volonté de son auteur, en d'autres termes, sans que cette conséquence ait déterminé sa réalisation, pose plus de difficultés. Il semble que l'application stricte du texte exclut la condamnation à une amende civile. Cette hypothèse met en exergue les difficultés de preuve soulevées par la consécration du dol spécial en condition d'application de l'amende civile²⁰²⁰. Dans une troisième hypothèse, la faute peut avoir été commise dans le but d'obtenir un bénéfice économique, sans que celui-ci ait été réalisé. Si les conditions du premier alinéa sont alors remplies, puisqu'il n'exige pas que les profits aient été effectivement réalisés, le deuxième alinéa, relatif au calcul du montant de l'amende, l'exige, car sont pris en compte les profits « *qu'il en aura retirés* ». De surcroît, les éléments de calcul sont cumulatifs et le « *montant du profit réalisé* » constitue le plafond de l'amende. Il semble donc que, malgré cette définition, le profit doit avoir été réalisé. Cette incohérence entre les conditions de la condamnation à l'amende civile et les conditions de détermination de son montant laisse penser que seule la faute ayant effectivement permis de réaliser un gain ou une économie peut être sanctionnée d'une amende civile.

²⁰²⁰ Le caractère intentionnel de la faute étant lié au dol spécial, il est possible d'envisager l'instauration d'une preuve par présomption. Le caractère délibéré de la faute pourrait être déduit de la preuve de la recherche de profits ou, plus audacieux, de la preuve de la réalisation de ceux-ci. *A contrario*, la preuve du caractère délibéré de la faute pourrait-elle permettre de déduire la recherche du profit, dès lors qu'il est classiquement admis que ce type de faute produit des bénéfices ?

753. Le calcul du montant de l'amende - La disposition précise les éléments à prendre en considération pour la détermination du montant de l'amende. Celle-ci doit être proportionnée à trois éléments cumulatifs : la gravité de la faute commise, les facultés contributives de l'auteur de la faute et les profits réalisés. Cette règle de calcul ne garantit pas que les profits seront retirés à l'auteur de la faute, la gravité de la faute et les facultés contributives pouvant atténuer le montant de l'amende. Toutefois, la référence aux facultés contributives laisse penser que les auteurs de la réforme ont envisagé l'hypothèse dans laquelle les profits auraient déjà contribué au paiement des dommages-intérêts. En choisissant les profits réalisés comme élément de calcul de l'amende, les auteurs de la réforme évitent l'écueil formé par la notion de bénéfices dont le montant, déterminé après paiement de toutes les charges, est trop fortement soumis à la volonté de l'auteur de la faute²⁰²¹.

Les personnes morales bénéficient, quant à elles, d'une règle de calcul spécifique indexée au montant du chiffre d'affaires, hors taxes, le plus élevé, réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui durant lequel la faute a été commise. Si la sanction prévue à l'égard des personnes morales est plus forte que celle applicable aux personnes physiques, il convient de noter que cette disposition sera d'une application limitée, car elle est restreinte aux personnes morales déclarant leur chiffre d'affaires en France. Les auteurs de la réforme ayant choisi d'écarter les règles de droit international privé régissant la compétence de la loi française en matière d'obligations extracontractuelles, il semble opportun, pour l'effectivité de ce texte, que le juge puisse sanctionner les autres personnes morales sur le fondement du deuxième alinéa.

754. De la théorie à la pratique, l'épreuve de la mise en œuvre en droit de la propriété intellectuelle - Bien que le choix de l'amende civile soit cohérent à l'aune de la nature de la faute sanctionnée, il apparaît fortement contestable. Outre les maladresses de rédaction de la disposition, appliquée aux atteintes aux droits de la propriété intellectuelle, son régime juridique n'apparaît pas pertinent.

B- De l'ineffectivité à l'inefficacité de l'amende civile en droit de la propriété intellectuelle

755. L'amende civile, entre ineffectivité et inefficacité - Les conditions de mise en œuvre de l'amende civile se heurtent aux logiques spécifiques du droit de la propriété intellectuelle. Ineffective (1), l'amende civile est susceptible d'être, aussi, inefficace (2).

²⁰²¹ Voir *supra* n° 717.

1- Les causes d'ineffectivité de l'amende civile en droit de la propriété intellectuelle

756. Les titulaires apathiques de la demande de condamnation à l'amende civile -

Concernant la demande de condamnation à une amende civile, le projet de réforme prévoit qu'elle peut être introduite soit par la victime, soit par le ministère public. En droit de la propriété intellectuelle, les titulaires de droits n'agissent que rarement devant les juridictions pénales aux fins de condamnation à une amende, alors qu'une telle action leur permet, aussi, d'obtenir réparation de leur préjudice par constitution de partie civile²⁰²². De surcroît, constatant une disproportion entre le nombre d'actes de contrefaçon et le nombre d'actions en responsabilité civile, le législateur a justifié la prise en considération des bénéfices dans le calcul des dommages-intérêts, notamment, par la nécessité d'encourager les titulaires de droits à agir²⁰²³. Par conséquent, en l'absence d'intérêt direct pour les victimes à demander la condamnation des contrefacteurs à une amende civile, le montant ne leur étant pas versé, il est peu probable qu'elles agissent. Un raisonnement similaire peut être tenu au sujet du ministère public, puisque l'action publique est rarement ouverte à son initiative en cas d'infraction de contrefaçon. Le seul argument, permettant d'envisager une action plus fréquente du ministère public, est l'absence de caractère afflictif de l'amende civile, celle-ci, à la différence de l'amende pénale, n'étant pas inscrite au casier judiciaire.

757. Les difficultés de preuve des conditions d'application de l'amende civile - D'abord, l'amende civile nécessite la preuve de l'intentionnalité de la faute ; or l'effectivité de l'action civile en contrefaçon est assurée par l'indifférence de la bonne foi. Par conséquent, dans l'hypothèse où cette condition doit être prouvée indépendamment de la recherche du profit, il est à craindre qu'il soit aisé pour le contrefacteur de démontrer sa bonne foi, en faisant valoir son ignorance quant à l'atteinte portée, par ses actes, au droit de propriété intellectuelle concerné. Ensuite, dans l'hypothèse où toutes les conditions permettant la condamnation à l'amende civile seraient remplies, celles relatives au calcul du montant de l'amende présentent d'importantes difficultés. En effet, celui-ci nécessite la preuve des profits réalisés. D'une part, une telle preuve est difficile à rapporter et des mesures de production forcée de pièces et d'instruction sont souvent nécessaires. Les spécialistes de droit de propriété intellectuelle connaissent parfaitement cet écueil puisque, malgré l'existence de mesures de droit commun de procédure civile et de la procédure de saisie-contrefaçon, l'introduction des bénéfices dans le calcul des dommages-intérêts a été assortie d'un droit d'information²⁰²⁴. Il convient aussi de rappeler que ces mesures ne sont parfois pas suffisantes, le secret des affaires et le secret

²⁰²² Voir *supra* n° 473.

²⁰²³ Ce même raisonnement est tenu en droit de la concurrence : M. Chagny M. et B. Deffains, *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, coll. Essai, 2015.

²⁰²⁴ Voir *supra* n° 654.

professionnel pouvant, à certaines conditions, y être opposés²⁰²⁵. D'autre part, l'attribution de la charge financière de ces mesures probatoires sera déterminante de l'effectivité de cette sanction. La procédure étant civile, elle devrait peser sur la victime, mais en sera-t-il ainsi lorsque la demande sera formulée par le ministère public ? L'intérêt à agir de la victime tend, fortement, à diminuer à l'aune de cet élément²⁰²⁶. Cependant, les preuves relatives à l'ampleur des bénéfices réalisés, servant au calcul des dommages-intérêts, pourront contribuer au calcul du montant de l'amende²⁰²⁷. L'amende civile pourra donc bénéficier de l'arsenal de moyens de preuve à la disposition des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Dès lors que les conditions d'effectivité de l'amende civile sont remplies, sa mise en œuvre ne garantit toutefois pas son efficacité.

2- Les causes d'inefficacité de l'amende civile en droit de la propriété intellectuelle

758. Les réticences du juge civil à prononcer des montants élevés - Dès lors que les conditions seront remplies, le juge prononcera une amende civile, à la demande de la victime ou du ministère public. Lorsque la demande sera introduite en même temps que l'action civile en contrefaçon, en l'absence de précision du projet de réforme, il est probable que la compétence sera accordée au juge spécialisé en droit de la propriété intellectuelle. Par conséquent, en sus de prononcer des dommages-intérêts, il devra déterminer le montant d'une amende civile. Cependant, l'étude de la jurisprudence, tant en droit de la propriété littéraire et artistique qu'en droit de la propriété industrielle, a démontré les réticences des juges à prononcer des montants élevés. Rares sont les décisions où le montant des dommages-intérêts est supérieur à celui des bénéfices réalisés²⁰²⁸. Par conséquent, il est peu probable que le juge civil prononce un montant d'amende allant jusqu'au décuple des profits. La faiblesse des montants, à l'instar du constat relatif aux dommages-intérêts, anéantira la fonction répressive de l'amende et, incidemment, sa fonction dissuasive. L'analogie avec les dommages-intérêts démontre que l'efficacité de l'amende civile est incertaine.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

759. Le droit de la propriété intellectuelle bénéficie d'un instrument de droit civil répressif spécifique, les dommages-intérêts, et se verra appliquer l'amende civile de droit commun, lorsqu'elle aura été législativement consacrée. L'introduction d'une fonction répressive dans le droit de la responsabilité civile présente de nombreuses difficultés. L'écueil majeur des

²⁰²⁵ Voir *supra* n° 679.

²⁰²⁶ Sans opposabilité possible du secret des affaires et les coûts des investigations étant à la charge de l'Etat, l'action en responsabilité pénale ouvrant à condamnation à une amende retrouve, en comparaison, toute son attractivité.

²⁰²⁷ Dans l'hypothèse où l'amende civile peut être prononcée cumulativement aux dommages-intérêts – voir *infra* n° 799.

²⁰²⁸ Voir *supra* n° 732 et n° 737.

dommages-intérêts est constitué par ce système de vases communicants, l'auteur de la faute est susceptible d'être sanctionné par le versement, à la victime, d'un montant supérieur, tant au préjudice subi qu'aux bénéfices réalisés et, corrélativement, la victime est enrichie. Toutefois, l'étude de la jurisprudence a permis de démontrer que les juges sont réticents à prononcer des montants élevés et font rarement une application stricte de la disposition. L'amende civile étend, quant à elle, la répression à des fautes qui n'auraient pu entrer dans le champ du droit pénal, en l'absence d'atteinte à une valeur sociale essentielle. De surcroît, ces deux mesures ont pour point commun de sanctionner des atteintes sans proportion avec la gravité la faute commise. En effet, les bénéfices ne constituent, qu'en quelques circonstances, un indice de la gravité de la faute. Ces instruments organiquement civils et substantiellement répressifs bouleversent inutilement les principes de droit de la responsabilité civile puisque l'étude de leur mise en œuvre révèle leur inefficacité. A l'aune de la notion de matière pénale, les effets perturbateurs des paradigmes du droit se multiplient.

PARAGRAPHE II - Les dommages-intérêts punitifs et l'amende civile, deux instruments de matière pénale

760. La matière pénale, qualification applicable aux dommages-intérêts et à l'amende civile - En consacrant des sanctions répressives en dehors du champ du droit pénal, afin d'échapper à l'application des droits et principes fondamentaux garantis par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les Etats tentent de faire du droit pénal sans le droit pénal. La Cour européenne des droits de l'homme a répondu à cette dérive en créant la matière pénale, catégorie juridique autonome constituant « *une véritable recomposition du champ pénal* »²⁰²⁹. Transcendant les frontières des réseaux traditionnels de responsabilité, la matière pénale réunit les dispositions et les sanctions dont la nature répressive exige le respect des droits et principes fondamentaux attachés au droit pénal. Le droit de la propriété intellectuelle participe du développement de la matière pénale, tant par l'adoption de sanctions répressives, que par son rôle dans l'élaboration d'une amende civile en droit commun de la responsabilité civile délictuelle (I). Les bouleversements induits par la matière pénale en droit de la responsabilité civile sont d'une telle ampleur, qu'ils affectent l'efficacité de ces sanctions appliquées au droit de la propriété intellectuelle (II).

²⁰²⁹ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 34.

I- La qualification d'instruments de matière pénale

761. Les dommages-intérêts spéciaux et l'amende civile à l'épreuve des critères de la matière pénale - Constatant que, pour soustraire certaines mesures au respect des droits et principes fondamentaux énoncés aux articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les Etats écartent la qualification pénale au profit d'une autre qui, en principe, n'exige pas leur application, la Cour européenne des droits de l'homme a créé une catégorie juridique englobant toutes les dispositions et sanctions de nature répressive, peu important leur qualification étatique, et requérant le respect de ces articles 6 et 7 de la Convention européenne²⁰³⁰. La matière pénale, notion autonome dont la Cour définit les critères au gré de ses décisions, constitue un instrument de contrôle de la répression extra-pénale étatique (A). L'application de ces critères aux dommages-intérêts et à l'amende civile révèle leur appartenance à la matière pénale (B).

A- La matière pénale, instrument de contrôle de la répression extra-pénale

762. L'adoption unanime du critère téléologique de la matière pénale - Afin de garantir l'effectivité des droits et principes fondamentaux énoncés aux articles 6 et 7 de la Convention européenne, la Cour européenne des droits de l'homme a élaboré une catégorie juridique autonome de celles déterminées par les Etats, dont elle définit les critères (1). Bien qu'elle en retienne plusieurs, tous tendent vers un critère téléologique, aussi appliqué par d'autres instances de contrôle du respect des droits et principes fondamentaux (2).

1- La détermination des critères de la matière pénale par la Cour européenne des droits de l'homme

763. Les justifications de la création d'une catégorie juridique autonome - La matière pénale est une catégorie juridique autonome car ses critères sont définis par la Cour européenne des droits de l'homme. Si les qualifications d'infraction et de sanction pénale est encore à la maîtrise des Etats, elles ne constituent plus le critère d'application des droits et principes fondamentaux énoncés aux articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Désormais, le critère réside dans la nature répressive de la mesure ou de la sanction concernée. Ainsi, la Cour peut faire entrer une mesure étatique dans la matière pénale, afin d'y appliquer ces garanties, sans que les Etats puissent y échapper par une qualification qui, en principe, les exclut²⁰³¹. La matière pénale réunit alors les infractions et sanctions pénales, ainsi que les dispositions et les sanctions extra-pénales de nature répressive. Cette catégorie juridique

²⁰³⁰ CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et a. c/ Pays-Bas*, spéc. pt. 80 et s.

²⁰³¹ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 32 et s.

européenne transcende les catégories juridiques étatiques²⁰³². Au fil de sa jurisprudence, la Cour européenne dessine les contours de la matière pénale²⁰³³ et détermine des critères qui permettent de qualifier les dispositions d'infractions²⁰³⁴ et les sanctions de peines. La qualification de peine est dépendante de celle d'infraction, puisque la Cour affirme que « *le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour "infraction" »*²⁰³⁵. Madame le Professeur Bonis-Garçon et Madame Peltier résument le raisonnement mené par la Cour européenne : « *puisque la peine est forcément la réponse à une condamnation pour infraction (affaires Welch, Jamil et M), c'est une fois que l'on sait que l'on se trouve en présence d'une infraction (parce qu'on est en matière pénale : critères de l'arrêt Engel) qu'il ne reste plus qu'à étudier si la sanction qui l'accompagne présente le caractère d'une peine, grâce aux quatre critères à disposition »*²⁰³⁶. Il convient, alors, de présenter les critères de qualification d'infraction, puis ceux de la peine.

764. Les critères de qualification d'infraction - Les critères de qualification des infractions ont été énoncés dans les arrêts *Engel et autres contre Pays-Bas*, en 1976²⁰³⁷, et *Öztürk contre Allemagne*, en 1984²⁰³⁸ et ont été appliqués à la France par l'arrêt *Bendenoun*, rendu en 1994²⁰³⁹. Synthétisés par le Groupe de recherche de l'Institut de droit comparé en 1987, les critères d'appartenance d'une mesure étatique dans la matière pénale sont au nombre de trois²⁰⁴⁰. D'abord, la Cour considère que la qualification étatique de l'acte poursuivi peut constituer un premier critère, celle d'infraction pénale faisant directement entrer la mesure dans la matière pénale. Elle analyse la nature et le contexte des textes juridiques qui constituent le fondement de la sanction et prend en considération les pratiques judiciaires et la doctrine. Ensuite, la Cour étudie la norme transgressée, l'atteinte portée à l'intérêt général et le degré de réprobation attaché à la transgression, afin de déterminer la nature de la mesure concernée. Elle s'interroge sur le fait de savoir si la norme, qui interdit le comportement, est « *une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif* » s'appliquant de manière indifférenciée à tous les citoyens²⁰⁴¹. La sanction attachée à la disposition est, aussi, un indice

²⁰³² M. Delmas-Marty, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.* 1986, chron., p. 27.

²⁰³³ F. Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis Droit, 8^e éd., 2017, p. 284 et s.

²⁰³⁴ L'infraction est définie par la Cour comme étant « *une action ou une omission ne constituant pas l'exercice normal de l'un des droits qu'elle [la convention] protège* » (CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et a. c/ Pays-Bas*).

²⁰³⁵ CEDH, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*, spéc. § 28 ; CEDH, 8 juin 1995, n° 15917/89, *Jamil c/ France*, spéc. § 31 ; CEDH, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *M. c/ Allemagne*, spéc. § 120.

²⁰³⁶ E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^e éd., 2015, n° 99, p. 46 et s.

²⁰³⁷ CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et a. c/ Pays-Bas*.

²⁰³⁸ CEDH, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Öztürk c/ Allemagne*.

²⁰³⁹ CEDH, 24 févr. 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France* – Réaffirmés par CEDH, 14 sept. 2011, n° 39665/98, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, spéc. § 82.

²⁰⁴⁰ Ces critères sont rappelés par Madame le Professeur Delmas-Marty : M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 33.

²⁰⁴¹ CEDH, 24 févr. 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France*, spéc. § 47.

de sa nature répressive. En effet, la Cour affirme que cette nature ressort de la sanction, qui vise « *pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables* » et non à réparer pécuniairement un préjudice²⁰⁴². La Cour affirme alors que le caractère général de la règle et le but préventif et répressif de la sanction qui l'accompagne, « *suffisent à établir, au regard de l'article 6 de la Convention, la nature pénale de l'infraction litigieuse* »²⁰⁴³. Enfin, la Cour tient compte de la sévérité et des modalités d'application de la sanction encourue, de la sanction prononcée et de la sanction exécutée, ces éléments constituant le troisième critère²⁰⁴⁴. Elle tiendra compte de la nature de la sanction, de sa durée et de son ampleur²⁰⁴⁵.

Ces critères ne sont pas appliqués selon un schéma unique. Certes, « *additionnés et combinés* », ils confèrent une « *coloration pénale* » à la sanction, nécessitant, sans conteste, le respect des articles 6 et 7 de la Convention européenne²⁰⁴⁶. Toutefois, ils peuvent être aussi alternatifs et leur importance varie en fonction des cas²⁰⁴⁷. Madame le Professeur Delmas-Marty a ainsi identifié deux schémas²⁰⁴⁸. Dans l'un, la sévérité de la sanction est le critère prépondérant, notamment lorsqu'elle est privative de liberté. La sanction encourue l'emporte sur la sanction prononcée ou exécutée lorsqu'elle leur est supérieure. Dans l'autre, bien que la mesure de la sanction soit considérée comme étant moins afflictive, les deux autres critères emportent la qualification d'infraction²⁰⁴⁹. Ainsi, la faiblesse du montant de la sanction pécuniaire ne peut, à elle seule, exclure cette qualification, au risque d'une qualification potestative en faveur des Etats.

765. Les critères de qualification de peine - Dès lors que la mesure a été qualifiée d'infraction, la sanction peut être, en elle-même, étudiée. Les arrêts *Welch contre Royaume-Uni*²⁰⁵⁰ et *Jamil contre France*²⁰⁵¹ ont déterminé des critères de deux natures, les uns objectifs, les autres subjectifs²⁰⁵². D'une part, la Cour examine la qualification formelle étatique, tout en se réservant la possibilité d'attribuer une autre qualification à la sanction concernée, et observe la procédure relative à son adoption et à son exécution afin de déterminer si son régime juridique présente un caractère répressif. Ainsi, elle tient compte, notamment, de la détermination de la sanction en fonction du degré de culpabilité, de l'application d'une éventuelle contrainte par corps et de la sévérité du régime infligé. D'autre part, elle examine la nature et le but de la sanction. Si les fonctions préventive et réparatrice de la sanction, dès lors qu'elles se concilient

²⁰⁴² CEDH, 24 févr. 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France*, spéc. § 47.

²⁰⁴³ CEDH, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Öztürk c/ Allemagne*, spéc. § 53.

²⁰⁴⁴ CEDH, 24 févr. 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France* ; CEDH, 28 juin 1984, n° 7819/77, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, spéc. § 73.

²⁰⁴⁵ CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et a. c/ Pays-Bas*, spéc. § 82.

²⁰⁴⁶ CEDH, 24 févr. 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France*, spéc. pt. 47.

²⁰⁴⁷ CEDH, 27 sept 2011, n° 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c/ Italie*, spéc. pt. 38.

²⁰⁴⁸ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 35.

²⁰⁴⁹ Exemple topique par l'arrêt CEDH, Gde. ch., 23 nov. 2006, n° 73053/01, *Jussila c/ Finlande*.

²⁰⁵⁰ CEDH, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*.

²⁰⁵¹ CEDH, 8 juin 1995, n° 15917/89, *Jamil c/ France*.

²⁰⁵² Ces critères ont été repris, notamment, dans l'arrêt CEDH, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *M. c/ Allemagne*.

avec la fonction de répression, n'excluent pas la qualification de peine²⁰⁵³, elles ne peuvent, seules, emporter cette qualification²⁰⁵⁴. Dans cette appréciation subjective de la sanction, la Cour européenne adopte un raisonnement logique puisqu'elle considère que le but est déterminant de sa nature. La Cour prend, aussi, en considération la gravité de la mesure. Cet élément tend à ternir la qualité du raisonnement, puisque, comme le soulèvent Madame le Professeur Bonis-Garçon et Madame Peltier, « *on peut s'interroger sur la rectitude d'un raisonnement qui invite à évaluer la gravité de la mesure afin de conclure à la présence d'une infraction puis qui cherche à étoffer sa conviction par une référence supplémentaire – entre autres – à cette même gravité* »²⁰⁵⁵. Si la gravité de la mesure n'est pas, selon les arrêts fondateurs des critères de la peine, déterminante de sa qualification²⁰⁵⁶, Madame le Professeur Delmas-Marty démontre qu'elle doit atteindre un certain seuil pour acquérir cette qualification, qu'elle nomme le « *seuil de compatibilité* »²⁰⁵⁷.

La primauté accordée, par la Cour européenne des droits de l'homme, au lien entre le but et la nature de la mesure, révèle son attachement au critère téléologique. L'étude de la jurisprudence d'autres organes de contrôle du respect, par la loi, des droits et principe fondamentaux démontre que ce critère est unanimement adopté.

2- La réception du critère téléologique de la répression

766. L'application du critère téléologique par le Conseil constitutionnel - Le Conseil constitutionnel détermine, aussi, la nature des sanctions indépendamment de la qualification qui leur est donnée par le législateur. Il identifie la nature répressive d'une sanction grâce à l'intention de punir du législateur²⁰⁵⁸. Ainsi, les Sages estiment que l'indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire, prévue par l'article L. 8223-1 du code du travail en cas de licenciement d'un salarié dont le travail a été dissimulé, est destinée à compenser la difficulté de la preuve du nombre d'heures de travail accompli. Cette indemnité « *ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789* »²⁰⁵⁹. Si l'adoption du critère téléologique est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne, il convient

²⁰⁵³ CEDH, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*, spéc. § 30.

²⁰⁵⁴ CEDH, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *Gardel c/ France*.

²⁰⁵⁵ E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^e éd., 2015, n° 98, p. 46 – Dans le même sens : A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003, p. 79-95.

²⁰⁵⁶ *Id.*, p. 98-110.

²⁰⁵⁷ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 33.

²⁰⁵⁸ Sur ce critère du pouvoir de répression : A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003, n° 102 et s., p. 59 et s.

²⁰⁵⁹ Cons. constit., 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC, spéc. consid. 4. – Dans le même sens : Cons. constit., 29 avr. 2011, n° 2011-124 QPC, spéc. consid. 3 ; Cons. constit., 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, spéc. consid. 6 (le Conseil constitutionnel fait la distinction, quant à une majoration de redevance qui, appliquée en cas de retard d'un paiement, est destinée à compenser le préjudice causé par celui-ci, et appliquée en cas d'infraction aux dispositions relatives à l'acquittement de la redevance, tend à sanctionner les personnes et, par conséquent, a le caractère d'une punition).

toutefois de remarquer que ce seul critère laisse au Conseil constitutionnel une grande souplesse d'appréciation. En effet, la recherche de la fonction principale de la mesure concernée permet au Conseil de l'exclure ou de l'inclure à la matière pénale, en raison de considérations étrangères au travail de juste qualification²⁰⁶⁰.

767. L'analyse substantielle des sanctions, un travail de qualification commun aux juridictions suprêmes - Van de Kerchove a démontré, dans son analyse de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, qu'elle ne se contente pas de prendre en considération la qualification donnée par le législateur à la mesure en cause pour décider de sa constitutionnalité²⁰⁶¹. A l'image du travail mené par la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, la Cour suprême des Etats-Unis examine la mesure à l'aune de plusieurs critères, afin de la qualifier ou non de peine. D'abord, la Cour étudie le « *dessein législatif* » de la mesure, son caractère et l'objectif qu'elle poursuit, notamment les fins traditionnelles de la peine que sont la rétribution et la dissuasion. Il s'agit de déterminer l'intention du législateur, au-delà de la qualification qu'il a attribuée à la mesure²⁰⁶². Ensuite, elle observe le mal imposé, par la mesure, à celui qui la subit. Il peut constituer des « *conséquences défavorables* », des « *conséquences désagréables* » ou « *l'affliction d'une souffrance* »²⁰⁶³. Ce mal doit répondre à un acte infractionnel. Enfin, la Cour considère qu'une peine suppose un mal infligé intentionnellement. Le mal imposé par la mesure ne doit pas être une simple conséquence, quand bien même elle serait inévitable²⁰⁶⁴. En dépassant le critère organique et le critère formel, tout en refusant d'élever le caractère afflictif en unique critère de la peine, la Cour suprême des Etats-Unis mène une démarche de qualification similaire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

768. Application des critères aux dommages-intérêts et à l'amende civile - L'application de ces critères aux sanctions de droit de la propriété intellectuelle mettent en exergue le développement insidieux de la matière pénale et le choix du législateur de mener une répression extra-pénale des atteintes à ce droit.

²⁰⁶⁰ E. Dreyer, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. La QPC et les attentes déçues... », *JCP G* 2011, n° 37, doct. 976.

²⁰⁶¹ M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2008/2, vol. LXI, p. 1-48.

²⁰⁶² M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2008/2, vol. LXI, p. 1-48, spéc. p. 5-6.

²⁰⁶³ *Id.*, spéc. p. 6.

²⁰⁶⁴ *Id.*, spéc. p. 7.

B- Les sanctions de droit de la propriété intellectuelle à l'épreuve des critères de qualification de la matière pénale

769. La matière pénale en droit de la propriété intellectuelle - Observés à l'aune des critères déterminés par la Cour européenne des droits de l'homme, les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle (1) et l'amende civile (2) sont susceptibles d'intégrer la matière pénale.

1- Les dommages-intérêts à l'épreuve des critères de la matière pénale

770. La recherche de la qualification de peine - Les dispositions fondant les dommages-intérêts n'énoncent pas de définition du comportement ouvrant droit à leur versement. Elles sont implicitement liées à celles affirmant que l'atteinte portée au droit concerné engage la responsabilité civile de son auteur, lesquelles renvoient aux dispositions générales énonçant les prérogatives du titulaire du droit et définissant les actes interdits aux tiers²⁰⁶⁵. De caractère général et à finalité préventive, ces dernières ont pour fonction de protéger les intérêts des titulaires de droits de propriété intellectuelle ainsi que l'intérêt général²⁰⁶⁶. Il convient alors de n'étudier que les dommages-intérêts afin d'éprouver leur possible qualification de peines. Les dispositions, consacrant, pour chaque droit de propriété intellectuelle, les deux sortes de dommages-intérêts, n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, ni d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, leur analyse, tant à la lumière des critères énoncés par la Cour européenne qu'à ceux mis en œuvre par le Conseil constitutionnel, révèle leur nature punitive, autorisant leur qualification de peines, au sens de la Convention européenne²⁰⁶⁷.

771. Les dommages-intérêts *in concreto* à l'aune des critères de la peine - Concernant les dommages-intérêts fixés *in concreto*, il a été démontré que les bénéfices réalisés ne sont pas nécessairement corrélatifs à la gravité de la faute commise, mais qu'ils peuvent en constituer un indice²⁰⁶⁸. La sévérité des dommages-intérêts a été renforcée par la décision de la Cour de cassation de prendre en considération les économies d'investissement, afin de renforcer

²⁰⁶⁵ Ceci ne vaut que pour les droits de propriété industrielle, aucune disposition de droit de la propriété littéraire et artistique ne précisant que la violation des droits concernés engage la responsabilité civile de son auteur.

²⁰⁶⁶ Voir *infra* n° 987 et s.

²⁰⁶⁷ Les auteurs ayant étudié les dommages-intérêts punitifs ou, plus largement, la peine privée, concluent tous à leur appartenance à la matière pénale : Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, th. dir. Y. Lequette, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 570, 2016, n° 531, p. 396 et n° 357, p. 399 ; A. Jault, *La notion de peine privée*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 442, 2005 ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995, p. 213 et s. ; A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003.

²⁰⁶⁸ Voir *supra* n° 722 et n° 723.

l'effectivité de leur caractère dissuasif²⁰⁶⁹. A cette analyse objective, s'ajoute une analyse subjective. Si la fonction de répression n'apparaît pas expressément, la notion floue de « *prise en considération* » permet au juge de prononcer des dommages-intérêts supérieurs au montant correspondant à l'indemnisation du préjudice et la confiscation des bénéfices. En effet, afin de dissuader efficacement, il est nécessaire de prononcer un montant supérieur à l'indemnisation du préjudice et aux bénéfices réalisés, produisant un bilan économique négatif. Le but répressif, certes inavoué par le législateur, côtoie donc les buts indemnitaire, confiscatoire et dissuasif de cette mesure²⁰⁷⁰. Cette analyse est corroborée par l'arrêt *Welch*²⁰⁷¹, portant sur une loi relative au trafic de stupéfiants qui prévoyait la confiscation des produits de l'infraction. Le montant de la confiscation était déterminé, notamment, en fonction du degré de culpabilité de l'accusé et pouvait dépasser la somme correspondant à l'enrichissement effectif. La Cour relève que cette mesure avait essentiellement un but préventif, puisqu'elle évitait que l'infraction conserve un caractère lucratif après condamnation. Néanmoins, elle conclut aussi à sa nature punitive puisqu'elle affirme qu'« *on ne saurait exclure qu'une législation qui confère d'aussi amples pouvoirs de confiscation aux tribunaux poursuive également le but de punir le délinquant* ».

772. Les dommages-intérêts forfaitaires à l'aune des critères de la peine - Concernant les dommages-intérêts forfaitaires, aucun élément ne guide le juge dans la détermination de leur montant. Seul le plancher, constitué par le montant de la redevance ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation, doit être respecté. L'absence de corrélation avec le préjudice subi ou les bénéfices réalisés et l'absence de plafond offrent au juge la possibilité de prononcer des montants à vocation répressive et dissuasive. Cette sévérité en raison, tant de l'absence de critères quant à la mesure de la somme forfaitaire, que de la latitude laissée au juge pour sa mise en œuvre, détermine sa qualification de peine. A la lumière des critères utilisés par la Cour européenne, les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle peuvent être qualifiés de peine et, ainsi, intégrer la matière pénale.

773. La qualification de peine corroborée par la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis - Une telle analyse est, aussi, conforme à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, qui affirme qu'une peine pécuniaire qualifiée de civile « *ne pouvait pas être réellement considérée comme ne poursuivant qu'un objectif réparateur* » car sa « *justification s'appuie nécessairement sur le fait qu'elle poursuit également un objectif rétributif ou dissuasif* » et, par conséquent, constitue une peine²⁰⁷². En effet, la Cour suprême ne limite pas la peine à sa fonction de rétribution, celle-ci pouvant poursuivre plusieurs objectifs tels que la

²⁰⁶⁹ Voir *supra* n° 717.

²⁰⁷⁰ F. Pollaud-Dulian, « Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *RTD com.* 2008, p. 70 ; E. Dreyer, « L'indemnisation de la contrefaçon sur Internet », *JCP G* 2011, n° 17, p. 487.

²⁰⁷¹ CEDH, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*.

²⁰⁷² U.S. Supreme Court, *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989), cité par M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2008/2, vol. LXI, p. 1-48, spéc. p. 22.

réhabilitation, la dissuasion et la prévention²⁰⁷³. La fonction dissuasive constitue donc un critère essentiel de la qualification de peine. Dans ses décisions relatives aux dommages-intérêts punitifs, elle affirme qu'une telle qualification est fondée sur des objectifs à la fois rétributifs et dissuasifs²⁰⁷⁴. Les dommages-intérêts sont punitifs dès lors qu'ils ont pour objet de sanctionner l'individu en raison de la faute commise²⁰⁷⁵.

2- L'amende civile à l'épreuve des critères de la matière pénale

774. La faute commise par cupidité, constitutive d'une infraction - La lecture de l'article L. 1266-1 du projet de réforme, à la lumière des critères de la matière pénale, permet de conclure que le comportement sanctionné par une amende civile constitue une infraction. D'une part, l'interdiction, de caractère général, concerne tous les citoyens. D'autre part, elle est accompagnée d'une sanction dépourvue de finalité réparatrice, puisque les éléments de détermination de son *quantum* sont dénués de lien avec un quelconque préjudice causé à la victime. Destinée à « condamner » l'auteur de la faute commise, cette « amende » a vocation à punir l'auteur d'une faute lucrative²⁰⁷⁶. En effet, son montant est, notamment, proportionné à la gravité de celle-ci et un plafond est fixé au décuple du montant du profit réalisé ou, pour les personnes morales, à 5% du chiffre d'affaires, hors taxes, le plus élevé, réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui durant duquel la faute a été commise. Par conséquent, il peut fortement dépasser le montant des profits réalisés et revêtir une « ampleur considérable »²⁰⁷⁷. L'amende civile n'est donc pas limitée à une fonction confiscatoire et ses fonctions répressive et dissuasive apparaissent clairement à l'aune de ces éléments. La faute commise par cupidité, visée par l'article L. 1266-1 du projet de réforme, constitue alors une infraction au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

775. L'amende civile qualifiée de peine - Considérée par Monsieur le Professeur Dreyer comme un instrument de « répression para-pénale », l'amende civile constitue un « degré intermédiaire entre la responsabilité civile classique, dont la réparation reste le principal objet,

²⁰⁷³ M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2008/2, vol. LXI, p. 1-48, spéc. p. 28.

²⁰⁷⁴ *Id.*, spéc. p. 34.

²⁰⁷⁵ Cette fonction de sanction de la faute commise est confirmée par les critères d'évaluation du caractère raisonnable du montant des dommages-intérêts punitifs appliqués par la Cour suprême depuis l'arrêt U.S. Supreme Court, *BMW of North America, inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). Le premier critère, qualifié de plus important, est « le degré de répréhensibilité de la conduite du défendeur ». Le montant des dommages-intérêts doit donc être corrélatif au degré de culpabilité de l'auteur de la faute. Le deuxième critère est le préjudice réel infligé au demandeur et le troisième critère est la comparaison du montant avec la sévérité des sanctions civiles ou pénales applicables dans des circonstances similaires - M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *art. cit.*, spéc. p. 36.

²⁰⁷⁶ L'analyse de la disposition et la résolution des incohérences du texte ont permis de conclure à la sanction de la faute intrinsèquement lucrative – voir *supra* n° 751 et s.

²⁰⁷⁷ CEDH, 24 févr. 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France*.

et la responsabilité pénale, que l'on suppose centrée sur la répression »²⁰⁷⁸. Néanmoins, cette sanction, qualifiée de civile, répond aux critères de la peine énoncés par la Cour européenne des droits de l'homme. Son *quantum* est corrélé, notamment, à la gravité de la faute commise et les plafonds lui permettent d'être très élevé. Ces éléments objectifs se conjuguent à une analyse subjective démontrant, comme précédemment, que l'amende civile a vocation à punir et à dissuader et non uniquement à confisquer. L'amende civile est donc une peine au sens de la Convention européenne. Sa logique punitive lui permet alors d'entrer dans la catégorie de la matière pénale²⁰⁷⁹. Il convient de préciser que le Conseil constitutionnel n'a jamais expressément reconnu la nature répressive de l'amende civile²⁰⁸⁰ prévue par l'article L. 446-2 III du code de commerce et destinée à sanctionner les pratiques restrictives de concurrence. Toutefois, il affirme qu'elle doit respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, celles-ci s'appliquant « *non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition* »²⁰⁸¹. Bien que la reconnaissance de la nature répressive de l'amende civile soit indirecte, le régime juridique appliqué ne laisse pas de doute quant à son appartenance à la matière pénale.

776. De la qualification au respect des principes fondamentaux - L'étude des critères de la qualification de matière pénale démontre que les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et l'amende civile entrent dans cette catégorie juridique. Conséquemment, ces deux mesures civiles répressives doivent respecter les principes fondamentaux liés à la matière pénale.

II- Les instruments de matière pénale à l'épreuve des principes fondamentaux

777. L'exigence du respect des principes fondamentaux par les dommages-intérêts et l'amende civile - En raison de leur appartenance à la matière pénale, les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et l'amende civile doivent respecter des droits et principes fondamentaux, énoncés aux articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux articles 2 et 4 du Protocole additionnel n° 7. Cet « *impératif éthique* »²⁰⁸² a été reconnu par le Conseil

²⁰⁷⁸ E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2007, n° 25, p. 1344, spéc. n° 4.

²⁰⁷⁹ En ce sens : *Ibid.*

²⁰⁸⁰ Il affirme seulement que l'amende civile a la « *nature d'une sanction pécuniaire* » : Cons. constit., 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, spéc. § 7 – Dans le même sens, Cons. constit., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, spéc. consid. 4.

²⁰⁸¹ Cons. constit., 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, spéc. § 5.

²⁰⁸² D. Salas, « Etat et droit pénal, le droit pénal entre "Thémis" et "Diké" », *Droits*, n° 15, PUF, 1992, p. 77-90, spéc. p. 84. Si certains auteurs, favorables à la consécration de peines privées, plaident pour l'assouplissement des droits et principes fondamentaux attachés au droit pénal dans leur application à celles-ci (S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995, p. 221-232 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de*

constitutionnel, puisqu'il applique ces droits et principes fondamentaux, énoncés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux sanctions ayant le caractère d'une punition²⁰⁸³. Créés pour contourner les exigences du droit pénal, considérées comme étant trop contraignantes et entravant l'efficacité de la protection du droit de la propriété intellectuelle ou, plus largement, de la lutte contre les fautes lucratives, les dommages-intérêts et l'amende civile se heurtent à plusieurs principes. Si le principe de légalité des délits et des peines est susceptible d'aboutir à leur censure (A), le principe *non bis in idem* tend à faire obstacle à leur effectivité (B).

A- L'exigence de respect du principe de légalité des délits et des peines

778. Les bouleversements induits par le principe de légalité des délits et des peines - L'article 7 de la Convention européenne²⁰⁸⁴, ainsi que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁰⁸⁵, fondent le principe de légalité des délits et des peines. Le respect de ce principe permet aux individus de savoir, à partir du libellé de la disposition et à l'aide de son interprétation par les tribunaux²⁰⁸⁶, quels actes et omissions engagent leur responsabilité pénale²⁰⁸⁷. En effet, « [...] la Cour tolère une marge d'indétermination qui a pour seule limite (floue) la prévisibilité raisonnable de la prohibition et de sa sanction »²⁰⁸⁸. De ce principe applicable, tant à la norme définissant le comportement, qu'à celle établissant la sanction, découlent deux exigences. Afin de servir la fonction utilitaire du droit pénal²⁰⁸⁹, la norme et la peine doivent être prévisibles²⁰⁹⁰ (1) et nécessaires (2).

la responsabilité sur la réparation, th. dir. Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. XLV, 2005, n° 512), d'autres considèrent, en cohérence avec la qualification de matière pénale, que les garanties du droit pénal doivent être respectées par ces sanctions (Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, th. dir. Y. Lequette, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 570, 2016, p. 401-413 ; A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003).

²⁰⁸³ Cons. constit., 25 févr. 1992, n° 92-307 DC, consid. 25 ; Cons. constit., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC.

²⁰⁸⁴ Article 7 § 1 de la CEDH : « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

²⁰⁸⁵ Article 8 de la DDHC : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

²⁰⁸⁶ La clarté de la loi ne peut pas être parfaite. La Cour estime que le principe n'exclut pas qu'une disposition légale soit accompagnée d'une interprétation judiciaire aux fins d'une clarification graduelle et d'une adaptation aux évolutions sociales et juridiques : CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S. W. c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France* ; JCP G 1997, I, 4000, n° 31, obs. F. Sudre ; *Dr. pén.* 1997, p. 11, obs. J.-H. Robert ; RSC 1997, p. 462, obs. R. Koering-Joulin ; CEDH, 17 mars 2009, n° 13113/03, *Ould Dah c/ France* : RSC 2009, p. 659, obs. D. Roets.

²⁰⁸⁷ CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*.

²⁰⁸⁸ F. Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis Droit, 8^e éd., 2017, p. 472.

²⁰⁸⁹ La fonction utilitaire, sous-tendue par l'effectivité du droit pénal, exige que les peines ne soient ni trop légères ni trop sévères – voir *supra* n° 517 et s.

²⁰⁹⁰ CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S. W. et C. R. c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France*.

1- L'exigence de prévisibilité

779. Le manque de rigueur du législateur à la lumière du principe de légalité des délits et des peines - L'exigence de prévisibilité émanant du principe de légalité attachée à la loi pénale doit être respectée par les dommages-intérêts et l'amende civile. Elle concerne la norme (a) et les peines (b).

a- La prévisibilité de la norme

780. La prévisibilité de la norme d'interdiction du comportement - Si le Conseil constitutionnel refuse de substituer son appréciation à celle du législateur quant à la nécessité de l'existence de l'interdiction d'un comportement, il contrôle sa prévisibilité. En effet, les individus doivent pouvoir prévoir les conséquences juridiques de leurs actes à partir du droit existant. Cette acception de la notion de prévisibilité, qualifiée de « *synchronique* » par Monsieur le Professeur Beauvais, est à distinguer de la « *prévisibilité diachronique* » relative à la prévisibilité des évolutions du droit²⁰⁹¹. La prévisibilité synchronique exige que l'incrimination soit rédigée de manière claire et suffisamment précise²⁰⁹², afin que les individus puissent « *savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité* »²⁰⁹³. La Cour européenne des droits de l'homme se contente d'une prévisibilité synchronique raisonnable. Elle ne condamne pas la technique législative des catégories générales, qui « *laisse[nt] souvent des zones d'ombre aux frontières de la définition* », des « *doutes à propos des cas limites* » pouvant exister²⁰⁹⁴.

781. L'amende civile à l'épreuve de la prévisibilité de la norme - Le comportement sanctionné par l'amende civile de droit commun de la responsabilité civile est la faute commise délibérément, en vue d'obtenir un gain ou une économie. La cupidité érigée en dol spécial et l'absence de précision quant à la nature et à la gravité de la faute ne semblent pas satisfaire les exigences du principe de légalité des délits. En l'absence de liste exhaustive des fautes engageant la responsabilité civile, il n'est pas certain que le comportement soit défini dans des termes suffisamment clairs et précis pour que le principe de légalité des délits soit respecté. De surcroît, la contradiction entre la définition du comportement, limitée au dol spécial, et les éléments de calcul de l'amende exigeant un résultat, entretient une incertitude, contraire à ce

²⁰⁹¹ P. Beauvais, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *Archives de politique criminelle*, 2007/1, n° 29, p. 3-18.

²⁰⁹² Cons. constit., 13 janv. 2011, n° 2010-85 DC, spéc. consid. 3 et 4.

²⁰⁹³ CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*.

²⁰⁹⁴ CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France*, spéc. § 32-35 – B. de Lamy, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les cahiers du droit* 2009, vol. L, n° 3-4, p. 585-609.

principe, quant à la nature de l'acte sanctionné. Le Conseil constitutionnel, qui a déjà eu à contrôler des amendes administratives sur ce fondement²⁰⁹⁵, a récemment censuré une amende civile, ayant le caractère d'une punition, prévue en cas de manquement à l'obligation d'établir, de rendre public et de mettre en œuvre, de manière effective, le plan de vigilance exigé par la loi relative au droit de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre²⁰⁹⁶, en raison de l'imprécision de la définition de la faute²⁰⁹⁷.

782. Les dommages-intérêts à l'épreuve de la prévisibilité de la norme - Bien qu'il ne semble pas raisonnable qu'une censure de l'article L. 331-1-3 du code de la propriété intellectuelle intervienne sur ce fondement, il convient de souligner qu'aucune disposition ne fait le lien entre les prérogatives du titulaire d'un droit de propriété littéraire et artistique et les dommages-intérêts. Effectivement, contrairement aux dispositions existant en droit de la propriété industrielle, aucun texte n'affirme que les atteintes portées au droit d'auteur, aux droits voisins et aux droits des producteurs de bases de données engagent la responsabilité civile de leur auteur. L'article L. 331-1-3 est donc dépourvu de conditions permettant de déterminer sa mise en œuvre. Cependant, la jurisprudence constante permet de satisfaire aux exigences de ce principe.

b- La prévisibilité de la peine

783. La prévisibilité de la peine - La peine doit être prévisible, par conséquent, elle doit avoir été déterminée par le législateur avant la réalisation de l'acte. Les peines fixes étant limitées en raison de l'exigence de la personnalisation des peines, elles sont, le plus souvent, définies par leur nature et leur *quantum* maximum. Le plafond des peines pécuniaires peut soit être déterminé, soit être déterminable par référence à des critères extérieurs. Cependant, ces critères doivent être objectifs et prévisibles²⁰⁹⁸.

784. L'amende civile à l'épreuve de la prévisibilité de la peine - Lorsqu'elle est appliquée à une personne morale, l'amende civile est calculée proportionnellement au « *montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise* »²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁵ Cons. constit., 13 janv. 2011, n° 2010-85 DC, spéc. consid. 3 et 4 : il déclare que l'amende civile sanctionnant la création d'un déséquilibre significatif était fondée sur une incrimination définie à l'article L. 442-6 du code de commerce en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits.

²⁰⁹⁶ Loi, n° 2017-399, du 27 mars 2017 relative au droit de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

²⁰⁹⁷ Cons. constit., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, spéc. consid. 9 à 13 : A. Kévorkian, « Amende civile versus sanction pénale », *Cah. dr. entr.* 2017, n° 1, édito 1 ; M. Malaurie-Vignal, « Entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative », *CCC* 2017, n° 11, rep. 10.

²⁰⁹⁸ CJCE, 22 mai 2008, aff. C-266/06, *Evonik Degussa GmbH*, spéc. pt. 44 et 50 : *JCP G* 2008, I, 182, note A. Decocq.

²⁰⁹⁹ Art. 1266-1 al. 4 du projet de réforme de la responsabilité civile (mars 2017).

Le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur des sanctions pécuniaires dont le montant est indexé au chiffre d'affaires de l'entreprise. Toutefois, la censure n'était pas fondée sur la prévisibilité du montant, mais sur sa proportionnalité à la faute commise²¹⁰⁰. Le plafond de l'amende civile de droit commun peut être rapproché de celui de l'amende civile encourue en cas de pratiques restrictives de concurrence. En effet, depuis la modification de l'article L. 442-6 III du code de commerce par la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique²¹⁰¹, l'amende civile doit être déterminée proportionnellement au « *chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre* ». Certes, cet article n'a pas été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel²¹⁰². Néanmoins, il apparaît que l'exercice pris en considération pour le calcul de l'amende est identifiable au moment de la mise en œuvre des pratiques sanctionnées puisqu'il s'agit du « *dernier exercice clos* ». Si le montant du chiffre d'affaires n'est pas connu avec exactitude au moment des faits, le plafond de l'amende encourue est déterminable sans une marge d'erreur trop importante. L'exigence de prévisibilité semble alors être respectée. L'examen de l'amende civile de droit commun n'aboutit pas à la même conclusion. En effet, le chiffre d'affaires pris en considération est « *le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise* ». Il ne s'agit pas du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise, mais de l'exercice clos comportant le chiffre d'affaires le plus élevé entre l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise et la décision du juge. Par conséquent, l'amende civile pourra être indexée à un chiffre d'affaires réalisé plusieurs années après la réalisation de la faute. Au moment de l'acte, le fautif ne peut alors estimer le montant maximum de l'amende encourue. Si le Tribunal de première instance estime que l'objectif de dissuasion des sanctions du droit de la concurrence constitue une limite légitime au principe de prévisibilité, celle-ci est justifiée par la gravité des infractions en cette matière et la nécessité d'éviter que les entreprises évaluent les profits qu'elles peuvent en retirer à l'aune du montant de l'amende encourue²¹⁰³. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme n'utilise pas d'une telle limite, d'autre part, cette justification est inopérante pour les amendes civiles car la gravité de la faute est exclue de ses conditions de mise en œuvre. Il ne semble alors pas que cette disposition remplisse la condition de prévisibilité et, incidemment, respecte le principe de légalité des peines.

²¹⁰⁰ Cons. constit., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC ; Cons. constit., 29 déc. 2013, n° 2013-689 DC – Voir *infra* n° 788.

²¹⁰¹ Loi, n° 2016-1691, du 9 déc. 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

²¹⁰² Cons. constit., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC.

²¹⁰³ TPICE, 5 avr. 2006, aff. T-279/02, *Degussa AG c/ Commission*, pt. 83 ; TPIUE, 8 avr. 2010, aff. T-446/05, *Amann & Söhne GmbH & Co. KG c/ Cousin Filterie SAS*, pt. 147.

785. Les dommages-intérêts à l'épreuve de la prévisibilité de la peine - Les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, tant fixés *in concreto* que forfaitairement, sont dépourvus de plafonds. Si le préjudice subi, ainsi que les bénéfices réalisés et la redevance qui aurait été due, guident le juge dans la détermination de leur montant, il peut souverainement prononcer des montants plus élevés. Certes, le principe de proportionnalité, applicable aux peines prononcées, constitue une limite, mais le principe de légalité des délits et des peines exige que le législateur détermine le *quantum* maximum des peines afin d'éviter l'arbitraire du juge. Une telle lacune suppose donc la censure de ces dispositions sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines.

786. De la légalité à la nécessité - Outre la prévisibilité des normes et des peines, le principe de légalité des délits et de peines impose que les peines prévues soient nécessaires, exigence affirmée expressément à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

2- L'exigence de la nécessité de la peine

787. Le principe de nécessité de la peine - La Déclaration de 1789 impose, expressément, que les peines prévues par la loi soient nécessaires. Si le Conseil constitutionnel refuse de substituer son appréciation à celle du législateur sur la nécessité de l'existence des peines²¹⁰⁴, il contrôle l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue²¹⁰⁵. Le principe de nécessité est donc mis en œuvre, par le Conseil constitutionnel, par le truchement du *quantum* des peines. D'une part, la peine pécuniaire doit être proportionnée à l'infraction sanctionnée, afin de refléter sa gravité²¹⁰⁶, et avoir une fonction dissuasive effective et, d'autre part, ses éléments de calcul doivent avoir un lien avec celle-ci.

788. L'amende civile à l'épreuve du principe de nécessité de la peine - En l'absence de précision quant à la nature de la faute sanctionnée par l'amende civile, il s'avère difficile d'apprécier la proportionnalité des montants encourus. Concernant les personnes morales, le plafond est déterminé proportionnellement au « *montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise* »²¹⁰⁷. D'une part, si l'amende civile a vocation à sanctionner la recherche de profits, seul un lien indirect unit le chiffre d'affaires hors taxes et les profits réalisés. D'autre part, le chiffre d'affaires de référence n'est pas nécessairement celui

²¹⁰⁴ Le caractère indispensable des peines relève de l'appréciation du législateur en lien avec le principe de subsidiarité du droit pénal : Cons. constit., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC ; Cons. constit., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC.

²¹⁰⁵ Cons. constit., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC : JCP G 2011, n° 15, obs. J.-H. Robert ; Cons. constit., 27 sept. 2013, n° 2013-341 QPC : Dr. pén. 2013, p. 156, comm. J.-H. Robert ; Cons. constit., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC ; Cons. constit., 29 déc. 2013, n° 2013-689 DC.

²¹⁰⁶ Cons. constit., 10 févr. 2010, n° 2011-220 QPC ; Cons. constit., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC.

²¹⁰⁷ Art. 1266-1 al. 4 du projet de réforme de la responsabilité civile (Ministère de la justice, mars 2014).

correspondant à l'exercice au cours duquel la faute a été réalisée. Par conséquent, susceptible d'être disproportionné à la gravité de la faute commise et dépourvu de lien avec celle-ci, ce critère de détermination du montant de l'amende civile pourrait être censuré par le Conseil constitutionnel. En effet, l'indexation d'amendes sur le chiffre d'affaires a déjà été déclarée contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789 en raison de l'absence de lien avec l'infraction sanctionnée²¹⁰⁸. Certes, l'amende sanctionnait le manquement à l'obligation de fournir des documents ou des informations. Toutefois, dans sa décision portant sur la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, le Conseil a eu à connaître d'une disposition similaire à celle fondant l'amende civile²¹⁰⁹. Cette loi prévoyait la modification de l'article 131-38 du code pénal relatif au taux des amendes encourues par les personnes morales par l'ajout d'un critère alternatif de détermination de leur montant. Ainsi, « pour un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, le maximum de la peine est soit le quintuple du taux maximum de l'amende prévu pour les personnes physiques soit le dixième du chiffre d'affaires moyen annuel de la personne morale, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits et, pour un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques et lorsque le crime a procuré un profit direct ou indirect, le maximum de la peine est soit un million d'euros soit le cinquième du chiffre d'affaires moyen annuel de la personne morale, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits ». La peine d'amende était donc calculée en fonction du chiffre d'affaires de la personne morale, pour tout crime ou délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, dès lors que l'infraction avait procuré un profit direct ou indirect. Ce critère était limité par la gravité de l'infraction, puisque seuls les crimes et délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement étaient concernés, et par le caractère lucratif des infractions. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789, en raison de l'absence de lien entre l'infraction et le chiffre d'affaires et du fait que ce critère de détermination du montant maximum de l'amende est susceptible d'être manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée. Un raisonnement par analogie laisse penser que ce même critère, appliqué à toute faute lucrative, sans condition relative à sa gravité, subira le même sort.

789. La censure ou la paralysie - Les risques de censure des dommages-intérêts et de l'amende civile sont nombreux en raison de l'irrespect du principe de légalité des délits et des peines lors de leur élaboration. Quand-bien-même ces dispositions seraient déclarées conformes à la Convention européenne ou à la Déclaration de 1789, le principe *non bis in idem* limite fortement leur mise en œuvre.

²¹⁰⁸ Cons. constit., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, spéc. consid. 41-44 : *Cah. Cons. constit.* 2014, n° 43, p. 152, obs. E. Bonis-Garçon ; Cons. constit., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, spéc. consid. 97, 104 et 108-110.

²¹⁰⁹ Cons. constit., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, spéc. consid. 10.

B- L'exigence du respect du principe *non bis in idem*

790. L'effectivité de la matière pénale suspendue au principe *non bis in idem* - Le principe *non bis in idem*, dont l'intensité a été accrue par les récentes décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, orchestre la mise en œuvre des sanctions répressives applicables au droit de la propriété intellectuelle. Ce principe, qui fait l'objet d'une interprétation propre à chaque organe de contrôle (1), limite le cumul des sanctions et suspend l'effectivité de certaines (2).

1- Variations des organes de contrôle sur le thème *non bis in idem*

791. Le principe *non bis in idem* appliqué par les Cours européennes - Le principe *non bis in idem*, intégré à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par l'article 4 § 1 du protocole 7, est applicable aux poursuites et aux jugements d'infractions dont les critères d'identification sont énoncés, notamment, dans l'arrêt *Engel*²¹¹⁰. Par conséquent, la logique impose que, dès lors que deux sanctions sont qualifiées de peines au sens de la Convention, le principe *non bis in idem* soit appliqué. Lors de la ratification du Protocole 7, la France a émis une réserve, le limitant aux « *seules [...] infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale* ». Si elle est encore en vigueur, les réserves similaires, formulées par l'Autriche et l'Italie, ont été déclarées contraires à l'article 57 de la Convention car l'exclusion de toutes procédures, qui ne seraient pas qualifiées de pénales par le législateur, n'offre pas, à ce principe, un degré suffisant de garantie d'effectivité²¹¹¹. Nonobstant l'absence de censure de la réserve de la France²¹¹², il semble qu'il faille se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne. En 2014, elle a conclu à la violation de ce principe s'agissant du prononcé, pour les mêmes faits²¹¹³, d'une sanction administrative par une autorité de régulation financière et d'une sanction pénale, ouvrant la voie à de nombreuses saisines sur ce fondement²¹¹⁴. Si le critère d'application du principe *non bis in idem* réside dans la nature répressive de l'infraction poursuivie ou des sanctions mises en œuvre en présence de procédures mixtes²¹¹⁵, la Cour le modère par deux

²¹¹⁰ Voir *supra* n° 764.

²¹¹¹ CEDH, 23 oct. 1995, n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*, spéc. § 51 ; CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie*, spéc. § 204-211.

²¹¹² La réserve émise par la France n'a pas subi le même sort, car la Cour européenne considère qu'elle est plus précise : CEDH, Gde ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, *A et B c/ Norvège*, spéc. § 117.

²¹¹³ Le critère déterminant est l'identité des faits matériels : CEDH, Gde ch., 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotoukhine c/ Russie*, spéc. § 82-83 ; CEDH, Gde ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, *A et B c/ Norvège*, spéc. § 108 et 110.

²¹¹⁴ CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie* : D. 2014, p. 2059, obs. A.-V. Le Fur et D. Schmidt ; *Rev. Sociétés* 2014, p. 675, obs. H. Matsopoulou ; RSC 2014, p. 110, obs. F. Stasiak - Sur le cumul des sanctions fiscales et pénales, voir not. CEDH, nov. 2014, n° 7356/1027, *Lucky Dev c/ Suède*, et sur le cumul d'amendes administratives et de sanctions pénales, CEDH, 30 avr. 2015, aff. 3453/12, *Kapetanios c/ Grèce*.

²¹¹⁵ Notamment celles mêlant poursuites administratives et poursuites pénales.

autres critères cumulatifs, l'un matériel, l'autre temporel. Elle affirme, dans son arrêt *A et B contre Norvège*, que le cumul des poursuites et des sanctions n'est pas contraire au principe *non bis in idem* lorsqu'elles sont unies « *par un lien matériel et temporel suffisamment étroit* » et forment « *un tout cohérent* »²¹¹⁶. L'Etat doit alors rapporter la preuve que les « *buts poursuivis* » et les « *moyens utilisés* » sont complémentaires, présentent un lien temporel, et que les conséquences qui découlent d'un tel cumul de poursuites sont « *proportionnées et prévisibles pour le justiciable* »²¹¹⁷. Elle ajoute qu'une telle complémentarité de procédure est satisfaite lorsque « *les sanctions imposables dans la procédure non formellement qualifiée de pénale sont spécifiques au comportement en question et ne font pas partie du "noyau dur du droit pénal"* »²¹¹⁸. Cette tolérance du cumul des poursuites est justifiée par la nécessité de laisser aux Etats la possibilité de prévoir des réponses juridiques complémentaires²¹¹⁹. Bien que cohérente par rapport à la notion de matière pénale et à son unité²¹²⁰, cette jurisprudence n'est pas suivie par la Cour de justice de l'Union européenne. Autorisant, par une jurisprudence ancienne, le cumul des sanctions en matière de pratiques anti-concurrentielles, dans la limite du plafond de la peine la plus élevée²¹²¹, elle conserve ce raisonnement, sur le fondement de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ne s'opposant pas au cumul des sanctions fiscales et pénales²¹²².

792. Le principe *non bis in idem* appliqué par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation - Le Conseil constitutionnel est traditionnellement réfractaire à l'application du principe *non bis in idem* en dehors du champ du droit pénal. En effet, il écarte ce principe, dont il ne reconnaît pas la valeur constitutionnelle²¹²³, au motif que le cumul des poursuites et des sanctions participe de l'efficacité du dispositif juridique²¹²⁴. Néanmoins, l'accroissement de la

²¹¹⁶ CEDH, gr. ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, *A et B c/ Norvège*, spéc. § 130 – Dans le même sens : CEDH, 4 oct. 2016, n° 21563/12, *Rivard c/ Suisse*, spéc. § 33.

²¹¹⁷ CEDH, Gde ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, *A et B c/ Norvège*, spéc. § 130.

²¹¹⁸ CEDH, Gde ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, *A et B c/ Norvège*, § 133 – Déjà dans l'arrêt CEDH, Gde ch., 23 nov. 2006, n° 73053/01, *Jussila c/ Finlande*, spéc. § 43.

²¹¹⁹ Ainsi, la Cour a conclu à l'absence de violation du principe *non bis in idem* par le cumul de sanctions fiscales et pénales, dans son arrêt CEDH, 20 mai 2014, n° 11828/11, *Nykänen c/ Finlande*.

²¹²⁰ Monsieur le Professeur Degoffe affirmait déjà, dans sa thèse de doctorat, que « *l'unité de la matière pénale (sanctions infligées par le juge pénal et punitions) devrait interdire une double répression* » : M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000, spéc. n° 111, p. 77 et n° 492 et s., p. 279 et s.

²¹²¹ CJCE, 13 févr. 1969, aff. C-14/68, *Walt Wilhem et a. c/ Bundeskartellamt*.

²¹²² CJUE, Gde ch., 26 févr. 2013, aff. C-617/10, *Åklagaren c/ Hans Åkeberg Fransson*. Dans cet arrêt, la Cour de justice applique les critères de l'arrêt *Engel* pour identifier le caractère pénal de l'infraction, mais se fonde sur la nature des poursuites et des sanctions, déterminée par les Etats. Cette décision rendue en Grande chambre est suivie par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 janvier 2014 où elle fonde le cumul des poursuites administratives et pénales sur l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 : *Bull. crim.* 2014, n° 22 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 67, obs. E. Bonis-Garçon ; *RSC.* 2014, p. 106, obs. F. Stasiak ; *JCP G* 2014, p. 345, note C. Mauro).

²¹²³ Cons. constit., 30 juill. 1982, n° 82-143 DC, consid. 13 ; Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC.

²¹²⁴ Cons. constit., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC (cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives) - A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003, n° 925 et s., p. 512 et s.

jurisprudence de la Cour européenne en ce domaine ne lui laisse d'autre possibilité que de s'y conformer. Saisi par la Cour de cassation de deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la sanction des abus de marché²¹²⁵, il rappelle sa jurisprudence favorable au cumul des poursuites administratives et pénales sous condition de respect de la proportionnalité des sanctions prononcées, puis il applique, implicitement, le principe *non bis in idem* en le subordonnant à quatre conditions cumulatives. Il affirme que la coexistence des sanctions de délit d'initié, prononcées par le juge pénal sur le fondement de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier, et celles relatives au manquement d'initié, prononcées par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers sur le fondement de l'article L. 621-15 du même code, méconnaît le principe de nécessité des délits et des peines et est contraire à la Constitution en raison de l'identité des faits, des intérêts protégés par les textes, de la nature des sanctions et de l'ordre de juridiction en cas de recours²¹²⁶. Certes, le Conseil ne se fonde pas expressément sur le principe *non bis in idem*, mais le principe de nécessité des délits et des peines, énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et de citoyen, en constitue l'assise. Dans une formule désormais consacrée, le Conseil constitutionnel affirme que ce principe, applicable à toute sanction ayant le caractère d'une punition, « *ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits, commis par une même personne, puissent faire l'objet de poursuites différentes, aux fins de sanctions de nature différente, en application de corps de règles distincts* »²¹²⁷. Il ajoute que, dans l'hypothèse où les poursuites distinctes induisent un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité exige que le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues²¹²⁸. Malgré ces premières réticences, le Conseil constitutionnel tend à assouplir ces quatre conditions d'application du principe *non bis in idem*. D'une part, il détermine la nature des sanctions, nonobstant la qualification conférée par le législateur. Ainsi, une sanction pécuniaire prononcée par une autorité administrative indépendante peut, en raison de sa très grande sévérité, être considérée comme ayant le caractère d'une punition et, par conséquent, être de nature identique à une amende pénale. D'autre part, dès lors que les faits et la valeur sociale protégée sont identiques, la différence de nature des ordres juridictionnels ne suffit pas à permettre le cumul des poursuites²¹²⁹. Cet assouplissement est toutefois limité car il estime, en application des critères matériels et temporels de la Cour européenne²¹³⁰, que les sanctions fiscales et pénales

²¹²⁵ Cass. crim., 17 déc. 2014, QPC, n° 14-90.042 et 14-90.043 : *Gaz. Pal.* 2015, I, p. 282, note R. Mésa.

²¹²⁶ Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : *D.* 2015, p. 894, note A.-V. Le Fur et D. Schmidt ; *JCP G* 2015, p. 368, note F. Sudre ; *JCP G* 2015, p. 369, note J.-H. Robert ; *D.* 2015, p. 1738, obs. J. Pradel ; *RSC* 2015, p. 374, obs. F. Stasiak ; *AJ Pénal* 2015, p. 172 et s.

²¹²⁷ Pour des applications récentes : Cons. constit., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC, spéc. consid. 6 et 7 ; Cons. constit., 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC, spéc. consid. 8 à 14.

²¹²⁸ Cons. constit., 8 oct. 2014, n° 2014-418 QPC ; Cons. constit., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC - Cette limite au cumul des sanctions était déjà appliquée dans la jurisprudence traditionnelle : Cons. constit., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, spéc. consid. 22 ; Cons. constit., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, spéc. consid. 41.

²¹²⁹ Cons. constit., 30 sept. 2016, 2016-572 QPC, spéc. consid. 7 à 17.

²¹³⁰ Critères fondant la complémentarité des procédures, voir *supra* n° 791.

peuvent être cumulées afin d'assurer une répression effective des infractions²¹³¹. Les hypothèses jusqu'alors présentées au Conseil constitutionnel relèvent, soit d'un cumul des poursuites par le juge judiciaire et le juge administratif ou des autorités administratives, soit d'un cumul de sanctions pénales et administratives ou disciplinaires. Il semble qu'il n'ait encore jamais eu à connaître, au sein de l'ordre judiciaire, d'un cumul de poursuites civiles et pénales ni d'un cumul de sanctions répressives au sein de la voie civile.

Malgré l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation fait montre de résistance à l'application du principe *non bis in idem*²¹³². Le 5 août 2015, elle se prononça favorablement au cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale, sous réserve de ne pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des deux sanctions encourues²¹³³. Le 22 septembre 2015, elle admet qu'une amende civile puisse être prononcée pour constitution de partie civile abusive cumulativement à une amende pénale sanctionnant une dénonciation calomnieuse²¹³⁴. Certes, elle affirme que chacune protège un intérêt distinct, la première est justifiée par la bonne administration de la justice, tandis que la seconde réprime un comportement destiné à nuire à autrui. Toutefois, en application de la jurisprudence de la Cour européenne, l'identité des faits et de la nature des sanctions suffisait à exclure leur cumul.

Le Conseil d'Etat adopte une position similaire, puisqu'il a émis un avis qui exclut l'application du principe *non bis in idem* aux pénalités administratives prononcées en matière fiscale²¹³⁵ et se montre favorable au cumul, notamment, de sanctions administratives et pénales²¹³⁶.

793. Des variations dissonantes - Ces variations d'interprétation du principe *non bis in idem* créent des dissonances lorsqu'elles sont appliquées aux sanctions répressives applicables en droit de la propriété intellectuelle.

2- Les dissonances des jurisprudences appliquées au droit de la propriété intellectuelle

794. L'application du principe *non bis in idem* à l'arsenal répressif du droit de la propriété intellectuelle - Si l'amende civile de droit commun de la responsabilité civile était adoptée par le législateur, le juge disposerait, en cas d'action en contrefaçon, d'un véritable arsenal répressif. En effet, dans l'hypothèse d'une action en responsabilité civile, le juge aurait à sa disposition les dommages-intérêts, aux fonctions réparatrice, confiscatoire et répressive,

²¹³¹ Cons. constit., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, consid. 21 et n° 2016, n° 2016-546 QPC, consid. 21 : JCP G 2016, p. 1042, note S. Detraz ; JCP G 2016, p. 847, note M. Collet et P. Collin ; Cons. constit., 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC.

²¹³² Sur la position de la Cour de cassation jusqu'en 2003 : A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003, n° 915 et s., p. 507 et s.

²¹³³ Cass. crim., 5 août 2015, n° 15-90.007.

²¹³⁴ Cass. crim., 22 sept. 2015, n° 14-84.029.

²¹³⁵ CE, avis, 4 avr. 1997, n° 18-3658, *Jammet* : D. 1997, IR, p. 125.

²¹³⁶ CE, 8 juin 2016, n° 39-4350.

ainsi que l'amende civile, dont l'objectif est de confisquer et de punir. Il convient d'ajouter qu'en droit de propriété littéraire et artistique, le juge peut, aussi, prononcer une mesure de confiscation des recettes issues de la contrefaçon pour les remettre au titulaire des droits²¹³⁷. Toutefois, il a été démontré qu'elle ne constitue pas une sanction²¹³⁸, mais une mesure de réintégration, remplacée par une action en référé depuis la réforme du 16 février 2015²¹³⁹. Dans l'hypothèse d'une action en responsabilité pénale avec constitution de partie civile, les peines d'emprisonnement, peines d'amende ainsi que les peines complémentaires, notamment la peine de confiscation²¹⁴⁰, s'offrent au juge qui dispose, en outre, des sanctions précédemment énoncées pour statuer sur la constitution de partie civile. Une troisième hypothèse doit être envisagée, dès lors que l'action civile peut être engagée indépendamment de l'action publique. Les sanctions sont alors appliquées par leurs organes respectifs. La mise en œuvre de ces sanctions, dont la nature répressive a été démontrée²¹⁴¹, doit respecter le principe *non bis in idem*. De ce principe, émergent des difficultés relatives au cumul des sanctions pécuniaires²¹⁴². Quatre sanctions sont alors concernées, les dommages-intérêts, l'amende civile, l'amende pénale et la peine complémentaire de confiscation. La possibilité de cumuler ces sanctions dépend, d'une part, de leur qualification civile ou répressive, ainsi que de la rigueur avec laquelle ce principe est observé par l'organe de contrôle. Les différences de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, présentées précédemment, imposent d'étudier la possibilité d'un tel cumul à l'aune du raisonnement tenu par chaque organe.

795. La mise en œuvre du principe *non bis in idem* soumise à la qualification des dommages-intérêts - S'il ne fait pas de doute que, pour ces quatre organes, l'amende civile, l'amende pénale et la peine de confiscation sont constitutives de la matière pénale, la qualification des dommages-intérêts est incertaine. Il semble que la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que la Cour de cassation qualifieraient cette mesure de civile, mais que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaîtrait son appartenance à la matière pénale²¹⁴³. Quant au Conseil constitutionnel, son application fluctuante des critères de l'arrêt *Engel*²¹⁴⁴, l'absence de reconnaissance expresse de la nature répressive de l'amende civile sanctionnant les pratiques restrictives de concurrence²¹⁴⁵ et les conditions rigoureuses auxquelles il soumet

²¹³⁷ Art. L. 331-1-4 al. 4 du CPI.

²¹³⁸ Voir *supra* n° 706.

²¹³⁹ Loi, n° 2015-177, du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

²¹⁴⁰ Voir *supra* n° 545 – La confiscation peut porter sur divers biens.

²¹⁴¹ Voir *supra* n° 769 et s.

²¹⁴² De nombreuses questions quant à la procédure et au respect de garanties de la CEDH sont posées par Monsieur le Professeur E. Dreyer, encore sans réponse : E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2007, n° 25, p. 1344, spéc. n° 5.

²¹⁴³ Voir *supra* n° 770 et s.

²¹⁴⁴ Voir *supra* n° 766.

²¹⁴⁵ Voir *supra* n° 775.

l'application de ce principe²¹⁴⁶, ne permettent pas de déterminer avec certitude quelle serait sa qualification des dommages-intérêts. De surcroît, si l'hypothèse du cumul des sanctions administratives de nature répressive et des sanctions pénales s'est plusieurs fois présentée à ces organes, source d'une jurisprudence fournie sur l'application du principe *non bis in idem* aux procédures mixtes, celle du cumul de sanctions civiles de nature répressive et de sanctions pénales ne s'est présentée qu'une fois devant la Cour de cassation²¹⁴⁷. Ces sanctions sont prononcées, soit par le juge civil et le juge pénal lors de deux procédures distinctes, soit par le juge pénal statuant sur l'action publique puis sur la constitution de partie civile. L'ordre juridictionnel est unique, par conséquent, ces hypothèses ne présentent pas une procédure mixte. Néanmoins, la différence de nature des juridictions judiciaires concernées, conduirait-elle ces organes de contrôle à appliquer la jurisprudence relative aux procédures mixtes ?

796. Le cumul des sanctions par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour de cassation - Il semble que la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne adopteraient des solutions identiques, autorisant le cumul des dommages-intérêts, considérés comme étant de nature civile, avec l'amende civile. Cette dernière, de nature répressive, ne pourrait être cumulée à l'amende pénale que dans la limite du plafond le plus élevé de ces deux sanctions. L'ajout de la peine complémentaire de confiscation est incertain en raison de son but similaire à l'amende civile. Toutefois, aucun argument prétorien ne permet d'exclure un tel cumul. Par conséquent, un acte de contrefaçon pourra être sanctionné par une amende pénale et une amende civile, dans la limite du plafond de la peine la plus élevée, ainsi que par des dommages-intérêts. La peine complémentaire de confiscation est, aussi, susceptible d'être prononcée.

797. Le cumul des sanctions limité par le Conseil constitutionnel - L'application du principe *non bis in idem* par le Conseil constitutionnel est fonction de la qualification qu'il attribuerait aux dommages-intérêts, laquelle est incertaine. Deux hypothèses doivent donc être envisagées.

Si leur nature répressive est reconnue, les quatre critères interdisant le cumul des sanctions sont remplis. En effet, l'acte de contrefaçon constitue un fait unique, les sanctions – les dommages-intérêts, l'amende civile, l'amende pénale et la peine complémentaire de confiscation – ont la même nature et l'ordre juridictionnel prononçant ces sanctions est l'ordre judiciaire. Certes, il est possible de considérer que les intérêts protégés ne sont pas identiques, puisque les sanctions organiquement civiles ont vocation à protéger les intérêts du titulaire des droits, tandis que les sanctions organiquement pénales tendent à protéger l'intérêt général. Néanmoins, les fonctions répressive et dissuasive des dommages-intérêts et de l'amende civile, laquelle, de surcroît, peut être demandée par le ministère public, leur confèrent, aussi, une mission de protection de

²¹⁴⁶ Voir *supra* n° 792.

²¹⁴⁷ Voir *supra* n° 792, le cumul de l'amende civile et de l'amende pénale.

l'intérêt général. Par conséquent, si l'amende pénale et la peine de confiscation peuvent être cumulées en raison de leur complémentarité, elles ne peuvent être complétées par une amende civile ou des dommages-intérêts. L'engagement de la responsabilité civile du contrefacteur après la reconnaissance de sa responsabilité pénale serait alors dépourvu d'effet. En outre, lorsque la responsabilité civile est, seule, engagée, le juge devra choisir entre les dommages-intérêts et l'amende civile. Outre le fait que ce choix devrait être guidé par le principe *specialia generalibus derogant*, les dommages-intérêts auront la préférence du juge, puisqu'ils ont une fonction de réparation du préjudice dont l'amende civile est dépourvue²¹⁴⁸.

A contrario, si les dommages-intérêts sont considérés comme étant de nature civile, ceux-ci peuvent être complétés par une condamnation à une amende civile, en raison de leur nature distincte. En cas d'engagement de la responsabilité pénale, des dommages-intérêts pourront être alloués à la partie civile en sus de l'amende pénale et de la peine complémentaire de confiscation, à l'exclusion, encore, de l'amende civile.

798. L'interdiction du cumul des sanctions par la Cour européenne des droits de l'homme - Les conclusions tirées de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont similaires à celles relatives au Conseil constitutionnel, dans l'hypothèse où il reconnaît la nature répressive des dommages-intérêts. En effet, pour la Cour, les dommages-intérêts, l'amende civile, l'amende pénale et les peines complémentaires de confiscation²¹⁴⁹ ont toutes une nature répressive les incluant dans la matière pénale. Si ces deux dernières sanctions peuvent être cumulées en raison de leur complémentarité et de l'ensemble cohérent qu'elles forment, les sanctions organiquement civiles sont exclusives l'une de l'autre en raison de leurs fonctions identiques. En l'absence de complémentarité de buts et de moyens, leur cumul conduirait à une condamnation disproportionnée à l'infraction. Elles ne peuvent donc être toutes deux prononcées par le juge civil, son choix étant guidé par les mêmes raisons que celles exposées précédemment²¹⁵⁰. Dans l'hypothèse de l'engagement de la responsabilité pénale du contrefacteur, la condamnation à une peine d'amende pénale et à une peine complémentaire de confiscation exclut le prononcé de dommages-intérêts ou d'une amende civile. Par conséquent, dans ce cas aussi, l'engagement de la responsabilité pénale anéantit les effets de l'engagement de la responsabilité civile.

²¹⁴⁸ En ce sens : E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2007, n° 25, p. 1344, spéc. n° 8.

²¹⁴⁹ Les délits de contrefaçon remplissent les conditions permettant à la peine de confiscation d'être appliquée, tant à titre de peine alternative (art. 131-6 10° du CP) qu'à titre de peine complémentaire (art. 131-21 du CP), puisqu'ils sont punis, notamment, d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an.

²¹⁵⁰ Voir *supra* n° 797.

799. La synthèse des différentes solutions - Ces différentes combinaisons des sanctions applicables en droit de la propriété intellectuelle, à l'aune du principe *non bis in idem*, peuvent être synthétisées dans un tableau.

Organe d'interprétation	Dommages-intérêts		Amende civile	Amende pénale	Peine de confiscation
CEDH	Matière pénale		Matière pénale	Matière pénale	Matière pénale
	Pas de cumul			Cumul possible	
	Pas de cumul				
CJUE	Mesure civile		Matière pénale	Matière pénale	Matière pénale
	Cumul possible			Cumul possible	
	Cumul possible avec amende pénale et confiscation		Cumul possible dans la limite du plafond de la peine la plus élevée		
Conseil constitutionnel			Matière pénale	Matière pénale	Matière pénale
	Matière pénale	Pas de cumul		Cumul possible	
		Pas de cumul			
	Mesure civile	Cumul possible		Cumul possible	
		Cumul possible avec amende pénale et confiscation	Pas de cumul		
Cour de cassation	Mesure civile		Matière pénale	Matière pénale	Matière pénale
	Cumul possible			Cumul possible	
	Cumul possible avec amende pénale et confiscation		Cumul possible dans la limite du plafond de la peine la plus élevée		

800. L'effectivité de l'amende civile et des dommages-intérêts à l'aune du principe *non bis in idem* - Cette synthèse met en évidence la fluctuation de l'utilité de l'amende civile, en fonction des jurisprudences des organes de contrôle. Elle est utile, selon la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour de cassation, tant en droit de la responsabilité civile qu'en droit de la responsabilité pénale, puisqu'elle est susceptible de constituer la peine au plafond le plus élevé en raison des profits ou du chiffre d'affaires réalisés. *A contrario*, les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel lui retirent son intérêt,

tant en droit de la responsabilité civile qu'en droit de la responsabilité pénale. Il convient, aussi, de relever que la nature répressive des dommages-intérêts exclut leur mise en œuvre en cas d'action publique. Ainsi qu'il a été précédemment démontré, l'engagement de la responsabilité pénale rend la responsabilité civile dépourvue d'effets. Si l'amende civile retrouve son effectivité en droit de la responsabilité civile, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel qualifierait les dommages-intérêts de civils, elle la perd au profit de l'amende pénale en droit de la responsabilité pénale.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

801. La qualification de matière pénale, appliquée aux dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et à l'amende civile, révèle l'échec du contournement des principes fondamentaux par l'instauration de ces mesures, organiquement civiles et substantiellement répressives. Certes, malgré des efforts d'adaptation, le droit pénal de la propriété intellectuelle présente des difficultés pour absorber le contentieux de masse de la contrefaçon. Cependant, ces sanctions, relevant de la matière pénale, exigent la mise en œuvre des principes fondamentaux irriguant le droit pénal et sa procédure. En changeant l'organe de mise en œuvre de la répression, le législateur a seulement déplacé le problème car le droit de la responsabilité civile se voit alors contraint de respecter ces principes fondamentaux. L'échec du contournement des garanties qu'offrent le droit pénal et la procédure pénale aux justiciables, par l'instauration d'une répression extra-pénale, peut être d'autant mieux accueilli qu'un tel contournement est fortement critiquable. En effet, ainsi que l'explique Monsieur Salas, la lenteur du droit pénal et la lourdeur de sa procédure sont justifiées par le contradictoire, le doute, l'individualisation des peines et le respect des droits de la personne²¹⁵¹. Le droit pénal est chargé d'enjeux qui nécessitent un temps plus long et des garanties plus fortes quant au respect des droits fondamentaux. Or, l'attribution d'une fonction répressive au droit civil implique, nécessairement, que les mêmes garanties et les mêmes précautions soient prises. A l'aune de ces principes, il apparaît que les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et l'amende civile soient contraires à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la matière pénale, laquelle exclut aussi le cumul de ces mesures avec les peines instaurées par le droit pénal.

CONCLUSION DE LA SECTION II

802. L'introduction d'une fonction répressive dans le droit de la responsabilité civile applicable au droit de la propriété intellectuelle ne semble pas pertinente. Ni les dommages-intérêts spécifiques à ce droit et ni l'amende civile n'excluent, avec certitude, le caractère lucratif de la contrefaçon car aucune ne garantit la confiscation des bénéfices réalisés par le contrefacteur. Par conséquent, l'objectif de dissuasion recherché par le législateur ne peut être

²¹⁵¹ D. Salas, « Etat et droit pénal, le droit pénal entre "Thémis" et "Diké" », *Droits*, n° 15, PUF, 1992, p. 77-90, spéc. p. 78.

atteint. Le contournement des difficultés présentées par le droit pénal, au moyen d'une répression extra-pénale, apparaît donc vain. Ces sanctions ne peuvent prétendre à faire disparaître le contentieux de masse observé en droit de la propriété intellectuelle. De surcroît, ces mesures entrent dans la catégorie de la matière pénale instaurée par la Cour européenne des droits de l'homme. Le principe de légalité des délits et des peines menace leur existence, en raison de leur inconstitutionnalité ou inconventionnalité, tandis que le principe *non bis in idem* limite leur effectivité. L'étude de l'articulation de ces mesures avec les peines instaurées par le droit pénal a révélé leur rivalité. La juxtaposition de ces instruments de protection du droit de la propriété intellectuelle est réalisée sans cohérence par le législateur. Il convient alors d'étudier les effets de l'externalisation de la fonction répressive du droit pénal, afin de rationaliser l'articulation de ces sanctions. En effet, le constat de l'expansion des fonctions et des exigences du droit pénal aux autres réseaux de responsabilité a amené Madame le Professeur Delmas-Marty à s'interroger sur l'apparition d'un « *droit commun de la sanction puisant son inspiration dans le droit pénal* »²¹⁵².

²¹⁵² M. Delmas-Marty, « Les contradictions du droit pénal », RSC 2000, p. 1.

SECTION III - La rivalité du droit civil répressif et du droit pénal de la propriété intellectuelle

803. D'une organisation dialogique à un unique réseau de responsabilité - En droit de la propriété intellectuelle, le champ pénal, traditionnellement « *clos* », est « *perturbé* », « *entrouvert* », « *débordé du dehors* »²¹⁵³. Certes, l'emprunt par le droit de la responsabilité civile, des fonctions du droit pénal n'est pas spécifique à ce droit. Nonobstant l'autonomisation du droit de la responsabilité civile par rapport au droit de la responsabilité pénale, fondée sur la distinction d'intérêts protégés et induisant une répartition des fonctions, la doctrine a démontré l'existence d'une organisation dialogique. Née d'instruments juridiques empruntés à l'un et consacrés par l'autre, cette organisation procède de l'interpénétration des fonctions de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale. En principe ponctuelle, elle apparaît globale en droit de la propriété intellectuelle, puisque les dommages-intérêts spécifiques et l'amende civile traduisent une complète remise en cause de l'ordre traditionnel des réseaux de responsabilité. (PARAGRAPHE I). A la question posée par Madame le Professeur Delmas-Marty, consistant à déterminer « [...] *si l'ordre pénal traditionnel [qui] paraît voler en éclats, se disperse en une politique criminelle aux contours incertains, [est] le signe annonciateur d'une rationalité différente* »²¹⁵⁴, il est possible de répondre qu'une fusion des réseaux de responsabilité au profit du droit civil répressif permet de rationaliser les voies d'engagement de la responsabilité en droit de la propriété intellectuelle (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - La confusion des fonctions des réseaux

804. La tectonique des réseaux de responsabilité - Si à l'origine, l'action publique avait vocation à punir la faute et réparer le dommage causé, le détachement de la réparation de cette action a mené à la création d'une action en responsabilité civile. La frontière entre ces deux voies d'engagement de la responsabilité, représentée par la distinction de leurs fonctions, tend actuellement à disparaître. Par un mouvement général de confusion des fonctions, le droit de la responsabilité pénale devient réparateur et le droit de la responsabilité civile acquiert une fonction répressive. Le choix d'une répression extra-pénale des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle forme une réplique de ce séisme général du droit. En ce domaine, il apparaît que l'introduction de la fonction de répression dans la responsabilité civile procède de la volonté du législateur de lui attribuer une fonction de dissuasion. La dissuasion et la sanction étant liées, la première a entraîné la seconde. Dès lors, la frontière historique entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale (I), disparaît en droit de la propriété intellectuelle (II).

²¹⁵³ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 33-36.

²¹⁵⁴ *Id.*, p. 41.

I- La création historique d'une frontière entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale

805. Les racines historiques de l'unique fonction réparatrice du droit de la responsabilité civile - Historiquement, une seule action permettait de sanctionner l'auteur d'un acte illicite et d'obtenir réparation du dommage causé. La distinction entre les délits portant atteinte à l'intérêt public et ceux heurtant les intérêts privés conjuguée à l'accroissement de la puissance de l'Etat a permis à l'action civile en réparation du dommage causé de se détacher de l'action publique visant à punir l'auteur de la faute (A). Cette autonomisation fondée sur la distinction des fonctions de chaque action, explique que le régime juridique du droit de la responsabilité civile soit, traditionnellement, exclusivement centré sur sa fonction réparatrice (B).

A- La naissance de la responsabilité civile par son détachement de la responsabilité pénale

806. La fusion de la peine et de la réparation - La distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale est récente²¹⁵⁵. Historiquement, la responsabilité des individus, fondée sur la culpabilité, comportait des mesures dont les fonctions de sanction et de réparation étaient confondues²¹⁵⁶. Il est traditionnel d'affirmer que la vengeance privée fut la première réponse aux actes illicites causant un dommage aux individus. Toutefois, Monsieur le Professeur Carbasse explique que les coutumes organisaient cette vengeance²¹⁵⁷. Ainsi, elle pouvait être interdite dans les cas les moins graves. Le dommage, analysé comme un simple appauvrissement de la victime, était alors compensé en nature, puis en argent. Cette composition pécuniaire, aux fonctions d'apaisement du conflit et de compensation du dommage causé, représente donc la « *première expression d'un droit pénal* », le terme pénal y trouvant son origine²¹⁵⁸.

En droit romain, la peine et la réparation du dommage étaient mêlées. Seule apparaissait la distinction entre les délits publics, *crimina*, et les délits privés, *delicta*. Les premiers portaient atteinte à l'intérêt commun représenté par l'Etat et les seconds, aux intérêts privés. La différenciation, fondée sur la sphère atteinte par l'acte illicite, était révélée par la procédure organisant l'action. Celle portant sur les délits publics était engagée par l'Etat, alors que celle

²¹⁵⁵ Le terme responsabilité n'apparaît qu'à la fin du XVIIIème siècle et relève d'une construction doctrinale et jurisprudentielle du XIXème siècle : M. Villey, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité*, Arch. philo. dr., Sirey, 1977, t. 22, p. 45-58 ; J. Henriot, « Note sur la date et le sens du mot responsabilité », in *La responsabilité*, Arch. philo. dr., Sirey, 1977, t. 22, p. 59-62.

²¹⁵⁶ J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers, Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et sciences sociales de Poitiers, 1997, t. 32, p. 3-18.

²¹⁵⁷ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014, n° 1, p. 13.

²¹⁵⁸ *Id.*, n° 1, p. 14.

relative aux délits privés ne pouvait être introduite que par les victimes²¹⁵⁹. Certes, certaines actions, telles que les actions réipersécutoires, avaient un but indemnitaire prépondérant, et d'autres étaient principalement destinées à punir l'auteur du délit²¹⁶⁰. Toutefois, en principe, les procédures étaient mixtes, à l'image de la procédure liée à la loi *Aquilia*²¹⁶¹.

L'état du droit était différent à l'époque franque car la division délits publics et délits privés n'existait pas. Les lois dites barbares, dont la loi salique est la plus connue, avaient instauré pour certains délits une pénalité, le *wergeld*, dont le montant était déterminé en fonction de la nature du dommage causé et de la condition de la victime. Celle-ci constituait le rachat du droit de vengeance qui émanait du délit. Son essence était mixte, jouant le rôle d'une peine et d'une indemnisation, puisqu'une partie était versée au Trésor royal et l'autre à la victime ou à sa famille²¹⁶². Monsieur le Professeur Deroche estime que cette composition pécuniaire de l'époque franque, faisant office de peine et de réparation, s'apparente aux dommages-intérêts punitifs modernes²¹⁶³.

807. Le détachement de la réparation de la peine - En France, la démarcation entre la réparation du dommage par les dommages-intérêts et la sanction de la faute par une peine est apparue durant la seconde moitié du XI^e siècle²¹⁶⁴. Cependant, la confusion entre la peine et la réparation était encore entretenue par les coutumes où les pratiques de la composition pécuniaire et de la transaction pénale survivaient. A partir du XIII^e siècle, l'obligation de réparer le dommage, pesant sur l'auteur de l'acte illicite, a été généralisée et la somme devait être versée avant l'amende publique²¹⁶⁵. Certes, procéduralement, la victime conservait son droit de déclencher l'action publique. Toutefois, l'action civile et l'action publique avaient deux fonctions distinctes, l'une réparatrice, l'autre répressive.

L'autonomie de la responsabilité civile par rapport à la responsabilité pénale a été progressivement acquise. La distinction entre les dommages-intérêts, relevant des lois civiles, et les peines, conséquences des crimes et délits, apparaît dans l'ouvrage de Domat, *Des lois civiles dans leur ordre naturel*²¹⁶⁶ et est affirmée au siècle suivant dans le Code des délits et des peines, dit de Brumaire, de 1795. Son article 5 disposait que « *l'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires spécialement établis à cet effet* », tandis que

²¹⁵⁹ O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, th. dir. A. Lefebvre-Teillard, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 436, 2005, spéc. p. 11.

²¹⁶⁰ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, J. Gestein (dir.), LGDJ, 2008, 3^e éd., spéc. n° 6, p. 8 et n° 68, p. 162.

²¹⁶¹ O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, op. cit., spéc. p. 133 et s.

²¹⁶² G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., spéc. n° 9, p. 12.

²¹⁶³ A. Deroche, « Les origines historiques de la notion de dommages-intérêts », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol (dir.), Dalloz, 2016, p. 11-30, spéc. p. 18.

²¹⁶⁴ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., spéc. n° 69, p. 162.

²¹⁶⁵ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014, n° 157, p. 322 et s.

²¹⁶⁶ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., spéc. n° 69, p. 162 et s.

l'article 6 affirmait que « *l'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé. Elle appartient à ceux qui ont souffert de, ce dommage* ». La procédure a donc entériné la différenciation des fonctions des actions, la première étant consacrée à la protection de l'intérêt public, la seconde à celle des intérêts privés. Reprise en 1808, la séparation entre l'action civile, privée, et l'action répressive, publique, a été atténuée pour certaines infractions qui imposaient que l'action soit introduite par la victime. De surcroît, si la fonction de réparation du dommage a été détachée de la fonction de sanction du coupable, la procédure pénale a conservé un pan de cette fonction en permettant à la victime d'introduire une action civile en réparation de son préjudice devant les juridictions répressives. Cette atténuation ne concerne néanmoins que l'action en responsabilité pénale, l'action en responsabilité civile étant exclusivement dédiée à la réparation du préjudice.

808. Un détachement au service de la fonction de réparation du dommage -

Historiquement, le droit de la responsabilité civile procède donc du droit de la responsabilité pénale et lui emprunte des traits caractéristiques, tels que le caractère collectif, le caractère personnel et le caractère subjectif de la responsabilité²¹⁶⁷. Monsieur le Professeur Descamps constate alors, dans sa thèse de doctorat, que « [...] *la lente naissance de la responsabilité civile dans l'ombre de la responsabilité pénale est accompagnée par la définition et par l'approche conceptuelle des notions propres afférentes* »²¹⁶⁸. Le régime du droit de la responsabilité civile a été construit pour servir sa fonction de réparation du dommage.

B- Le régime juridique du droit de la responsabilité civile exclusivement centré sur la fonction réparatrice

809. Des fonctions déterminées par l'intérêt protégé -

Il a été démontré qu'historiquement, l'autonomisation de la responsabilité civile par rapport à la responsabilité pénale repose sur la distinction des intérêts protégés. Les intérêts individuels, privés, sont protégés par le droit de la responsabilité civile, tandis que l'intérêt collectif, résidant dans l'ordre public, est défendu par le droit de la responsabilité pénale. Cette distinction est à l'origine de la répartition des fonctions entre ces deux droits. Le droit de la responsabilité civile, protecteur des intérêts privés, a alors pour fonction de réparer le dommage causé à la victime. L'Etat, tirant sa légitimité de l'obligation de défendre l'ordre public, engage la responsabilité pénale des auteurs des fautes qui troublent celui-ci. Certes, la victime peut avoir intérêt à voir l'auteur de la faute sanctionné, mais elle doit alors agir sur le fondement du droit pénal. En effet, la sanction des comportements résulte, en principe, uniquement d'une action publique,

²¹⁶⁷ O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, th. dir. A. Lefebvre-Teillard, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 436, 2005, p. 227-259.

²¹⁶⁸ *Id.*, p. 20.

après vérification de l'existence d'un trouble à l'ordre public. Par conséquent, le droit de la responsabilité civile indemnise et le droit de la responsabilité pénale sanctionne.

810. Les fonctions du droit de la responsabilité civile - Le droit de la responsabilité civile a vocation à rétablir l'équilibre rompu par la faute en réparant le préjudice subi. Son principal objectif, qui est de replacer la victime dans la situation antérieure à la réalisation de l'acte dommageable, apparaît dans le texte fondateur de la responsabilité civile, l'article 1382 du code civil, devenu l'article 1240 depuis le 1^{er} octobre 2016²¹⁶⁹. Certes, la logique purement indemnitaire répondant aux atteintes au patrimoine a dû évoluer afin de prendre en considération les préjudices extra-patrimoniaux. Lorsque la réparation, au sens strict du terme, est impossible, cette logique laisse donc place à une logique de satisfaction²¹⁷⁰, de consolation, de compensation pécuniaire. La réparation peut avoir des effets afflictif et dissuasif, mais ils sont accessoires et subsidiaires à l'effacement du préjudice, qui demeure l'objet principal de la responsabilité civile²¹⁷¹. De surcroît, ces effets accessoires ne modifient pas la nature des dommages-intérêts. Madame Coutant-Lapalus en déduit alors que la distinction entre réparation et répression est pertinente et doit être conservée²¹⁷².

Au-delà de sa fonction de réparation, le droit de la responsabilité civile a vocation à mettre fin à la situation illicite²¹⁷³. Ainsi, tous les effets de la faute commise sont anéantis, afin qu'aucun aspect de cette situation ne survive à la réparation. Tournée vers l'avenir, elle confère à la responsabilité civile une pleine efficacité, car elle évite la multiplication des recours. En droit de la propriété intellectuelle, le législateur permet au juge de retirer les produits contrefaisants des circuits commerciaux. Cette fonction ne s'apparente pas à une fonction de sanction, car les mesures prises sur son fondement n'ont pas vocation à punir l'auteur de la faute, mais, uniquement, à en effacer tous les effets préjudiciables²¹⁷⁴.

811. L'élaboration des régimes juridiques à l'aune de l'intérêt protégé - Outre la répartition des fonctions, la distinction des intérêts protégés, concrétisée par le détachement de

²¹⁶⁹ C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. dir. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002, n° 38, p. 51.

²¹⁷⁰ Notion de satisfaction équitable apparaissant à l'article 41 de la CEDH.

²¹⁷¹ A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, vol. I, *Etudes de droit privé, de droit public et de droit comparé*, Pédone, 1975, p. 407, n° 3 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, op. cit., n° 459, p. 390 et n° 537 et s., p. 462 et s. – La réparation peut être considérée par le fauteur comme une punition et, ainsi, avoir des effets afflictifs et dissuasifs. Toutefois, elle n'est ni prononcée, ni déterminée dans son quantum, par le juge, dans le but de punir le fauteur.

²¹⁷² C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, op. cit., n° 459, p. 391 – Dans le même sens : Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1998, p. 1.

²¹⁷³ C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. dir. R. Bout et M. Bruschi, coll. Nouvelle biblio des thèses, Dalloz, 2006 ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, th. dir. P. Hebraud, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 135, 1974, p. 69 et s.

²¹⁷⁴ Il convient aussi de distinguer la cession de l'illicite de la confiscation des bénéfices issus de la faute. Les bénéfices illicites en possession du responsable ne constituent pas un préjudice direct pour la victime, leur confiscation n'a donc pas vocation à faire cesser la situation illicite.

la responsabilité civile de la responsabilité pénale, a eu pour effet la construction de régimes juridiques différents. Tant de forme que de fond, les éléments distinctifs des deux régimes sont nombreux. Deux d'entre eux sont caractéristiques des intérêts protégés et révélateurs des fonctions de chaque réseau de responsabilité, d'une part, l'abandon du principe de l'identité des fautes civiles et pénales²¹⁷⁵ et, d'autre part, les différents délais de prescription. La prise en considération de la faute commise et les délais de prescription de l'action mettent en exergue la fonction de réparation de la responsabilité civile et la fonction de sanction de la responsabilité pénale, excluant, en principe, une externalisation autre que ponctuelle de ces fonctions. De surcroît, une hiérarchie est établie entre la protection de l'intérêt général et celle des intérêts individuels, en témoignent les délais de prescription plus longs en droit pénal qu'en droit civil ainsi que le principe, certes atténué, selon lequel le criminel tient le civil en l'état et le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil²¹⁷⁶.

812. Le régime juridique du droit de la responsabilité civile déterminé par sa fonction réparatrice - Le régime juridique du droit commun de la responsabilité civile, essentiellement jurisprudentiel, est entièrement dédié à l'indemnisation du dommage causé. Ainsi, les chefs de préjudices extra-patrimoniaux ont été multipliés afin que l'ensemble des conséquences dommageables de la faute, subies par la victime, soient prises en considération. En outre, le lien de causalité est fortement distendu par l'application de la théorie de l'équivalence des conditions. De surcroît, la notion d'intérêt à agir a été fortement assouplie puisque les victimes médiate, dites par ricochet, peuvent obtenir une indemnisation de leurs préjudices. Les exemples démontrant l'expansion de la fonction de réparation du droit de la responsabilité civile pourraient être multipliés²¹⁷⁷. L'étude de l'évolution de la prise en considération de la faute comme condition de l'engagement de la responsabilité civile suffit à convaincre que ce réseau n'a pas vocation à sanctionner, mais à réparer.

813. L'évolution de la prise en considération de la faute par le droit de la responsabilité civile - La place accordée à la faute dans le régime juridique de la responsabilité civile est révélatrice de l'exclusion des fonctions de sanction et de dissuasion. En droit commun, la faute est une condition d'engagement de la responsabilité civile. Si sa nature est parfois prise en considération, ce n'est qu'en tant que condition d'engagement de la responsabilité, celle-ci ne constituant pas un critère d'évaluation de l'indemnisation. Ainsi, une faute grave peut conduire à une faible indemnisation et, inversement, car seule l'étendue du préjudice est prise en compte.

²¹⁷⁵ J. Verhaegen, « Faute pénale et faute civile », in *Philosophie pénale*, Arch. philo. dr., Sirey, 1983, t. 28, p. 17-28.

²¹⁷⁶ Pour une présentation détaillée de ces enjeux révélateurs d'une hiérarchie entre le droit civil et le droit pénal : Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, th. dir. Y. Lequette, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 570, 2016, p. 55-76.

²¹⁷⁷ Pour une démonstration complète : E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, th. dir. E. Loquin, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 568, 2016, n° 221-234, p. 162-179.

La Cour de cassation rappelle régulièrement que la gravité de la faute ne peut servir à majorer l'indemnisation allouée à la victime et, corrélativement, la légèreté de la faute ne peut justifier la minoration de l'indemnisation²¹⁷⁸. Le droit de la responsabilité civile est donc tourné vers la victime et son dommage, davantage que vers l'auteur de la faute et celle-ci.

Deux évolutions démontrent que le droit de la responsabilité civile est entièrement dédié à l'indemnisation du préjudice, excluant toute sanction de la faute qui en est à l'origine. D'une part, la faute est devenue objective afin de permettre l'indemnisation du préjudice subi par la victime d'une faute commise par un mineur ou un majeur incapable. L'absence de discernement, qui exclut la responsabilité pénale, n'empêche pas l'engagement de la responsabilité civile. D'autre part, l'ère industrielle et les accidents des ouvriers travaillant avec des machines, sous la direction de chefs d'ateliers et de dirigeants d'entreprises, ont incité les juges à objectiver la responsabilité de certains régimes spéciaux²¹⁷⁹. Ainsi, le responsable, chargé de la réparation du préjudice, n'est plus nécessairement l'auteur de la faute. Une évolution similaire a été menée par la Cour de cassation dans les cas où il est impossible de déterminer, au sein d'un groupe de personnes, celle dont la faute a causé le dommage. L'absence de détermination du fautif n'est pas un obstacle à l'indemnisation du préjudice, car la responsabilité est collective. Conjointement à ces évolutions, le développement des assurances garantit l'indemnisation du préjudice de la victime, quand bien même le fautif serait insolvable. Par conséquent, certains régimes aboutissent à ce que l'auteur de la faute ne soit ni responsable, ni débiteur de l'indemnisation²¹⁸⁰. L'absence de considération de la faute et de son auteur, au profit de l'indemnisation du préjudice, démontre que le droit de la responsabilité civile n'a pas de fonction de sanction.

814. La disparition de la frontière - Si l'action publique a longtemps rempli les fonctions de sanction de l'auteur de l'acte illicite et de réparation du dommage subi par la victime, l'action civile est née du détachement de la fonction de réparation du préjudice de l'action publique. Par conséquent, elle n'a qu'une fonction de réparation, servie par un régime juridique entièrement dédié à l'indemnisation de la victime. L'inclusion d'une fonction de sanction au sein du droit de la responsabilité civile n'est donc pas un retour à l'état antérieur de la fusion des responsabilités, elle ne s'apparente pas, contrairement à ce que soutient Monsieur le Professeur Brun, à une « *révolution au sens copernicien du terme* »²¹⁸¹.

²¹⁷⁸ Cass. civ., 24 mai 1913 : *DP* 1916, 1, 171 ; Cass. civ., 21 oct. 1946 : *JCP* 1946, II, 3348 ; Cass. civ., 8 mai 1964 : *Bull. civ.* II 1964, n° 269 ; *JCP* 1965, II, 15140, note P. Esmein ; Cass. soc., 16 mai 1989 : *Bull. civ.* V 1989, n° 364.

²¹⁷⁹ Sur l'objectivisation de la faute et de la responsabilité : L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 495-510 – Voir aussi : P. Pierre, « La place de la responsabilité objective », *RLDC* 2010, n° 71.

²¹⁸⁰ Sur la distension du lien entre culpabilité et responsabilité et du lien entre responsabilité et réparation en droit de la responsabilité civile : F. Terré, « Propos sur la responsabilité civile », in *La responsabilité*, *Arch. philo. dr.*, Sirey, 1977, t. 22, p. 37-44 – Sur cette transformation du droit de la responsabilité civile : P. Rémy, « Critique du système français de la responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK*, 1997, n° 5, p. 49-68.

²¹⁸¹ Ph. Brun, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 14, p. 11.

II - L'abolition moderne de la frontière entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale par la confusion de leurs fonctions

815. L'abolition des frontières par la confusion des fonctions - Les frontières délimitant les responsabilités ne sont pas des murs infranchissables. Certains instruments relevant d'un réseau de responsabilité traversent les frontières, afin d'être consacrés dans un autre réseau qui leur était, jusqu'alors, inconnu. L'abolition des frontières émane d'une confusion des fonctions des réseaux de responsabilité (A). Elle peut être clairement observée en droit de la propriété intellectuelle, en raison du choix du législateur d'instaurer une répression extra-pénale (B).

A- Un mouvement général de confusion des fonctions des responsabilités

816. De l'interpénétration ponctuelle des fonctions... - Madame le Professeur Delmas-Marty constate que, si chaque réseau est dominé par une logique propre – au réseau pénal, la rétribution ; au réseau administratif, la régulation ; au réseau civil, la réparation ; à la médiation, la réconciliation – chacun est, aussi, ponctuellement pénétré par des mesures appartenant aux autres. Ainsi, le réseau pénal n'est pas exclusivement rétributif car il répond à une logique réparatrice et les réseaux administratifs et civils peuvent avoir une fonction de rétribution. En effet, des mesures, considérées par certains comme ayant une vocation punitive, sont applicables en droit civil, telles que la clause pénale en droit des contrats²¹⁸² ou l'astreinte²¹⁸³. Dans certains domaines, les réseaux administratifs et civils bénéficient d'un large transfert de la fonction répressive, évinçant quasiment totalement le réseau pénal²¹⁸⁴. Symétriquement, des sanctions ayant aussi une fonction réparatrice sont apparues en droit pénal, telles que la sanction-réparation²¹⁸⁵. Madame le Professeur Delmas-Marty en conclut que « [...] ces logiques, différentes et parfois antagoniques, ne sont pas séparées pour autant »²¹⁸⁶. Néanmoins, ces mesures, fondées sur des fonctions empruntées à d'autres réseaux, sont rares et d'application restreinte.

817. ... à l'attribution de fonctions de dissuasion et de sanction au droit de la responsabilité civile - La doctrine civiliste se montre moins nuancée. A rebours de la Cour de cassation qui affirme que la responsabilité civile n'a pas de fonction pénale²¹⁸⁷, de nombreux

²¹⁸² D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 223, 1992.

²¹⁸³ E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, th. dir. E. Loquin, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 568, 2016, n° 290-304, p. 214-230 – Sur la qualification de ces mesures de peines privées : A. Jault, *La notion de peine privée*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 442, 2005, p. 107-174.

²¹⁸⁴ F. Stasiak, « L'éviction du juge pénal en matière économique et financière », *Archives de politique criminelle*, 2017/1, n° 39, p. 7-21.

²¹⁸⁵ Voir *infra* n° 818.

²¹⁸⁶ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 128 et p. 153 et s.

²¹⁸⁷ Cass. crim., 8 févr. 1977 : *Bull. crim.* 1977, n° 52, p. 120.

auteurs estiment qu'elle comporte, de manière générale, des fonctions de dissuasion et de sanction. Ainsi, Madame le Professeur Viney, Carval et Monsieur le Professeur Jourdain ouvrent, certes, leur ouvrage relatif aux effets de la responsabilité²¹⁸⁸ sur la distinction fondamentale entre la responsabilité pénale, dont l'objet est d'attribuer une peine à l'auteur d'une infraction, et la responsabilité civile, qui octroie un droit à réparation à la victime, mais précisent aussitôt que cette opposition doit être nuancée en raison de l'interpénétration des fonctions respectives des responsabilités pénale et civile²¹⁸⁹. Ils attribuent alors au droit de la responsabilité civile des fonctions de dissuasion et de sanction. Cette affirmation, fondée sur les exemples précédemment cités, est aussi justifiée par le rôle d'indemnisation de préjudices, tels que les préjudices corporels et le préjudice moral, qui ne peuvent pourtant pas être réparés. Refusant de voir dans les dommages-intérêts une indemnisation par équivalent, la douleur ou l'honneur n'ayant pas de prix, ces auteurs analysent ceux-ci comme constituant une sanction de la faute commise²¹⁹⁰. En effet, la subjectivité de la détermination du montant des dommages-intérêts leur confère un caractère de sanction. Si certains concèdent que le droit pénal peut remplir ces fonctions de sanction et de dissuasion²¹⁹¹, ils estiment que le rôle de sanction joué par les dommages-intérêts est indispensable à l'effectivité de la normativité du droit. La réparation étant impossible, les dommages-intérêts ont vocation à sanctionner afin de conserver l'effectivité du droit de la responsabilité civile. Cette analyse a conduit Madame le Professeur Viney, dans le sillage de Starck, à reconnaître trois fonctions au droit de la responsabilité civile, la réparation, la sanction et la prévention²¹⁹² et à distinguer trois sortes de dommages-intérêts, les dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts rétributifs et les dommages-intérêts punitifs.

818. La réciprocité de la confusion des fonctions - Le droit civil n'est pas seul à voir ses fonctions se diversifier. Le droit pénal subit, lui aussi, une mutation guidée par des nouvelles

²¹⁸⁸ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017.

²¹⁸⁹ *Id.*, n° 1, p. 7 ; G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, coll. Traités, 2008, 3^e éd., n° 74-1 et s.

²¹⁹⁰ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. dir. M. Picard, Paris, Rodstein, 1947 ; B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 42, 2007, n° 58, p. 29 ; Flour, Aubert et Monsieur le Professeur Savaux affirment que « la peine privée est seule susceptible de justifier l'indemnisation du préjudice purement moral » (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, n° 140 et 388). Cette idée est reprise par Monsieur le Professeur Dupichot dans sa thèse de doctorat intitulée *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle* (J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, th. dir. J. Flour, LGDJ, Biblio. dr. privé, t. 96, 1969). Un auteur rappelle qu'en 1922, le penseur allemand, Karl Binding, avait constaté que tout préjudice n'est pas réparable et en avait déduit un fondement de la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale : K. Binding, *Die Normen und Ihre Uebertretung*, I, 4^e Auflage, Leipzig, 1922, 290, cité par S. Banakas, « Du réparable et du non-réparable. Etude comparative des dommages-intérêts », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol, (dir.), Dalloz, 2016, p. 369-391, spéc. p. 380.

²¹⁹¹ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 13, p. 27.

²¹⁹² G. Viney, *Le déclin de la responsabilité civile*, th. dir. A. Tunc, 1963, LGDJ, Biblio. dr. privé, t. 53, 1965, n° 216.

stratégies de réponses aux infractions²¹⁹³. En effet, des instruments dépourvus de fonction de répression ont été introduits en droit pénal, tels que la médiation et la sanction-réparation dont le but est d'éviter la sanction pénale²¹⁹⁴. Ce dernier traduit une « *immixtion de la justice réparatrice en droit criminel* »²¹⁹⁵, laquelle transforme en profondeur la responsabilité pénale²¹⁹⁶. Il ressort de ces évolutions, qu'outre le fait que les procédés répressifs et réparateurs font fi des frontières des responsabilités, la confusion des fonctions a abouti à un parallélisme des formes, lequel serait fortement renforcé par la consécration de l'amende civile de droit commun²¹⁹⁷. Ainsi, en droit de la propriété intellectuelle, le juge civil pourrait prononcer contre le contrefacteur, soit, à la demande de la victime, une mesure mêlant réparation et sanction - les dommages-intérêts punitifs, soit, à l'initiative de la victime ou du ministère public, une mesure ayant uniquement vocation à sanctionner - l'amende civile. Parallèlement²¹⁹⁸, le juge pénal peut prononcer des sanctions, notamment des peines d'amendes, ainsi que des sanctions-réparation permettant au contrefacteur d'indemniser le préjudice de la victime afin d'échapper aux sanctions pénales²¹⁹⁹ et, aussi, connaître de la réparation du dommage causé en cas de constitution de partie civile²²⁰⁰. De surcroît, Madame le Professeur Delmas-Marty constate que la « *symétrie – de la responsabilité civile à la responsabilité pénale – est largement dépassée par ce concept nouveau d'indemnisation, détachée de la faute, puis de l'individu* », car le délinquant répare le préjudice et la collectivité indemnise grâce à des fonds d'indemnisation²²⁰¹. L'analyse de la réciprocité de la confusion des fonctions pourrait être poursuivie par celle de la

²¹⁹³ M. van de Kerchove, « Eclatement et recomposition du droit pénal », RSC 2000, p. 5.

²¹⁹⁴ Pour une étude de cette évolution du droit pénal : M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 20 et s.

²¹⁹⁵ P. Hennion-Jacquet, « L'indemnisation du dommage causé par une infraction : une forme atypique de réparation ? Dommages et intérêts, classement sous condition de réparation, sanction-réparation », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol (dir.), Dalloz, 2016, p. 323-332, spéc. p. 325.

²¹⁹⁶ B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 42, 2007 ; W. Naucke, « Philosophie pénale contemporaine et réparation civile », in *Philosophie pénale*, Arch. philo. dr., Sirey, 1983, t. 28, p. 1-15.

²¹⁹⁷ Pour une étude du parallélisme des formes : L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 495-510, spéc. p. 506 et s.

²¹⁹⁸ Il est intéressant de constater que le droit pénal réparateur et le droit civil répressif développé au sein du droit de la propriété intellectuelle se sont formés au même moment : les dommages-intérêts à vocation punitive sont issus de la loi du 29 octobre 2007 et la sanction-réparation est instituée par la loi du 5 mars 2007.

²¹⁹⁹ Sur la reconnaissance du droit pénal réparateur, lire : Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, th. dir. Y. Lequette, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 570, 2016, p. 122-139. Sur le parallélisme des formes instauré par la sanction-réparation et les dommages-intérêts punitifs, lire : G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 74-1 et s., p. 171 et s.

²²⁰⁰ Les études sur la notion de l'action civile exercée devant les juridictions pénales sont nombreuses, notamment : J. Granier, « Quelques réflexions sur l'action civile », JCP G 1957, I, 1386, Doctrine ; J. Vidal, « Observations sur la nature juridique de l'action civile », RSC 1963, p. 481-528 ; F. Boulan, « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », JCP G 1973, I, 2563, Doctrine ; C. Roca, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », D. 1991, p. 85. Pour des études récentes : B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., p. 34-44 ; Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., p. 166-178.

²²⁰¹ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 129 et s.

confusion des intérêts protégés. En effet, Monsieur le Professeur Saint-Pau²²⁰² observe la subjectivisation de la responsabilité pénale, en raison de la privatisation de l'ordre public par la dévolution exclusive, à la victime, de l'engagement des poursuites²²⁰³ et, parallèlement, l'objectivisation de la responsabilité civile, par la consécration de l'indemnisation du préjudice écologique pur²²⁰⁴. Madame le Professeur Viney constate, aussi, le développement de cas de « *responsabilité mixtes ou hybrides dont les objectifs s'apparentent à la fois à ceux du droit pénal et à ceux du droit civil* »²²⁰⁵. Ainsi, elle relève qu'en droit de la concurrence « *la distinction entre droit civil et droit pénal est en train de s'estomper* » en raison de sanctions qui ne peuvent être rattachées, sans réserve, à l'une ou à l'autre branche²²⁰⁶. Cependant, elle estime que le rapprochement de ces deux réseaux de responsabilité est limité par la prohibition d'assurance des fautes pénales. Certes, elle relève que le droit de la responsabilité civile constitue un « *palliatif* »²²⁰⁷ dans les cas d'affaiblissement de la répression pénale et que le droit pénal joue un rôle normatif d'autant plus important que le droit civil en est privé par l'expansion des assurances de responsabilité civile. Si les frontières sont instables, elles existent donc toujours. Toutefois, l'amende civile exclut l'assurance des fautes civiles et rétablit le rôle normatif du droit civil. L'obstacle au rapprochement, identifié par Madame le Professeur Viney, est levé par la création d'une catégorie de fautes non assurables en raison leur sanction par une mesure relevant de la matière pénale. Il semble alors permis de s'interroger sur une fusion des responsabilités civiles et pénales. En effet, la confusion des fonctions de ces deux réseaux de responsabilité prend une telle ampleur que leur fusion peut être envisagée, afin que certaines fautes ne relèvent que d'un seul réseau, de nature mixte, civile et pénale.

819. L'enthousiasme de la doctrine civiliste pour la peine privée - Mutation du droit de la responsabilité civile pour les uns, résurgence de fonctions latentes pour les autres²²⁰⁸, la doctrine reconnaissant des fonctions de sanction et de dissuasion au droit de la responsabilité

²²⁰² J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Resp. civ. et assur.*, 2013, n° 5, dossier 23, spéc. n° 10 et s.

²²⁰³ L'exclusion du Procureur de la République comme organe pouvant engager l'action publique apparaît, notamment, en matière d'infractions au droit à la vie privée (art. 226-1 du CP).

²²⁰⁴ En l'absence de caractère personnel du dommage réparable, la responsabilité civile est engagée en raison d'atteinte à l'intérêt général.

²²⁰⁵ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 74-6, p. 175.

²²⁰⁶ *Id.*, n° 74-6, p. 176 – Dans ce sens, Madame le Professeur Delmas-Marty estime que la différence pratique entre le réseau pénal et le réseau civil est souvent faible : M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 128.

²²⁰⁷ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 75-1, p. 180.

²²⁰⁸ Certains auteurs affirment que la course à l'indemnisation, dans laquelle est lancé le droit de la responsabilité civile, a occulté ses autres fonctions, certes accessoires, de répression et de prévention : P. Brettemieux, *Essai théorique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, Paris, Robbe, 1921, n° 61, p. 116 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. dir. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002, n° 1, p. 18 ; L. Cadet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 495-510.

civile a atteint son apogée avec l'élaboration de la peine privée²²⁰⁹. Sanction pécuniaire de la faute commise, prononcée par le juge civil, la peine est dite privée car son montant est attribué à la victime. Dédicée à la protection des intérêts privés, la peine privée se distingue donc de la peine pénale, qui a vocation à protéger l'intérêt collectif. Elle constitue le symbole de la pénétration des fonctions pénales dans le droit de la responsabilité civile. Les auteurs, qui y sont favorables, ne dissimulent pas la finalité de cette mesure, puisqu'ils affirment qu'elle est « *un moyen de pénaliser des comportements nuisibles et fautifs* », et le Rubicon est franchi lorsqu'est reconnue « *la fonction pénale de la responsabilité civile* »²²¹⁰. Certes, ces auteurs démontrent que nombreux sont les systèmes étrangers qui accordent une place à la peine privée²²¹¹. Ainsi, en Norvège, une somme d'argent est allouée à la victime, correspondant à la gravité de la faute et aux facultés contributives du responsable. Au Brésil, la violation des droits de la personnalité est sanctionnée par une somme déterminée à l'avance, multiple de l'amende prévue au pénal. En Angleterre et aux Etats-Unis, des *punitive damages* peuvent être prononcés par le juge en cas de faute commise dans le but d'obtenir des profits supérieurs à la compensation du préjudice²²¹². Bien que célèbres, ils sont peu souvent prononcés car ils sont soumis à la condition pour la victime de démontrer que l'acte est entouré de circonstances particulièrement vexatoires ou pénibles pour elle²²¹³. Tant les dommages corporels, que les atteintes aux droits de la personnalité ou les préjudices économiques peuvent ouvrir droit à ces dommages-intérêts, que la faute soit intentionnelle ou résultant d'une grave négligence. De surcroît, aux Etats-Unis, des dommages-intérêts multiples sont instaurés, notamment par la législation fédérale anti-trust, qui correspondent au double ou triple de la perte effectivement subie dans le but de sanctionner

²²⁰⁹ En France, des auteurs proposent de lui accorder une place au sein du droit de la responsabilité civile ou limitée à certains domaines : L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, A. Rousseau, 1904 ; B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. dir. M. Picard, Paris, Rodstein, 1947 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995 ; A. Jault, *La notion de peine privée*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 442, 2005 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, n° 140 et 388 ; M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p. 201 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. dir. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002, n° 447 et s. ; S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution pour l'avenir ? », in *Colloque : La responsabilité civile à la charnière de deux siècles, Resp. civ. et assur.* 2001, n° 6 bis, p. 64 et s. ; J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, th. dir. J. Flour, LGDJ, Biblio. dr. privé, t. 96, 1969 ; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. dir. J. Ghestin, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2002, n° 528 et s. - Pour un panorama de cette doctrine à l'étranger : H. Stoll, « Consequences of liability remedies », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol XI, ch. 8, spéc. n° 103.

²²¹⁰ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017, n° 4, p. 11.

²²¹¹ *Id.*, n° 5, p. 11.

²²¹² V. Wilcox, « Punitive damages in England », in *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, H. Koziol et V. Wilcox (eds.), Springer, 2009, p. 7, spéc. n° 4, p. 8-9 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995, p. 46-57.

²²¹³ A. J. Sebok, « Punitive damages in the United States », in *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, H. Koziol et V. Wilcox (eds.), Springer, 2009, p. 155, spéc. n° 21 et 22, p. 165.

les activités fautives. Au Canada²²¹⁴, en Australie, aux Philippines, en Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud existent, aussi, des dommages-intérêts punitifs.

Certes, l'étude des régimes juridiques de responsabilité met en évidence l'existence, plus ou moins étendue, mais toujours ponctuelle, d'une fonction de sanction dans le réseau de responsabilité civile. Néanmoins, les nombreuses thèses, dédiées à l'introduction de la peine privée en droit commun, démontrent qu'une adaptation du droit de la responsabilité civile serait alors indispensable et certaines concluent à son échec²²¹⁵. Cette nécessité d'adaptation révèle que le droit de la responsabilité civile n'a pas de fonction répressive intrinsèque et que la consécration de la peine privée irait à rebours des évolutions récentes de ce réseau. De telles difficultés ont été rencontrées par le droit de la propriété intellectuelle puisque le législateur a choisi de privilégier une répression extra-pénale en externalisant les fonctions de dissuasion et de sanction.

B- Une confusion observée en droit de la propriété intellectuelle par le choix d'une répression extra-pénale

820. Les fonctions de dissuasion et de sanction de la responsabilité civile engagée en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle - Le législateur a cherché à anéantir l'attractivité de la contrefaçon, causée par son caractère lucratif. L'amélioration de l'évaluation des préjudices étant insuffisante, il a adopté un calcul de dommages-intérêts à vocation dissuasive. Cependant, la dissuasion ne pouvant être effective sans sanction, la consécration de la première fonction a été suivie, de manière sous-jacente, par la seconde (1). Cette fonction de sanction sera, quant à elle, expressément consacrée en cas d'adoption de l'amende civile, accordant à la faute et à l'intentionnalité une place qu'elles n'avaient pas en droit de la propriété intellectuelle (2).

1- L'échec de la tentative de dissociation des fonctions de dissuasion et de sanction

821. L'inévitable interdépendance des fonctions de dissuasion et de sanction - Face à l'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle, le législateur n'a pas remis en cause la légitimité de la protection pénale. En effet, il a cherché un autre réseau plus efficace à assurer une telle protection. Confronté à l'accroissement des actes de contrefaçon et à l'incapacité des juridictions à absorber un tel contentieux, le législateur a souhaité privilégier la dissuasion, notamment la dissuasion passive, afin d'éviter la réalisation d'actes de contrefaçon et, par

²²¹⁴ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995, p. 57-63 ; D. Gardner, « L'immixtion du droit pénal dans le civil : l'expérience des dommages-intérêts punitifs en Amérique du Nord », *Resp. civ. et assur.*, mai 2013, dossier n° 25 – Les dommages-intérêts exemplaires ne peuvent être prononcés, par les juges canadiens, que lorsque la loi les prévoit.

²²¹⁵ L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, A. Rousseau, 1904 ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, th. dir. P. Hebraud, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 135, 1974, p. 46.

conséquent, la formation du contentieux. La contrefaçon étant une faute lucrative intrinsèque, puisqu'elle permet d'obtenir des gains ou de faire des économies, et extrinsèque, en raison de la supériorité des profits au montant du préjudice, la dissuasion peut être obtenue par l'anéantissement de ce caractère lucratif. Une réflexion sur la qualification de droit de propriété du droit de la propriété intellectuelle et sur la mesure de confiscation des profits réalisés par l'exploitation du bien aurait été salvatrice, mais le législateur a préféré exiger la prise en considération des profits pour l'évaluation des dommages-intérêts, induisant un changement de nature de ceux-ci. En effet, à la différence de la fonction de prévention, la fonction de dissuasion n'est pas autonome²²¹⁶. Elle ne peut être effective sans la fonction de sanction. Si une sanction peut ne pas être dissuasive en raison de sa mauvaise évaluation²²¹⁷, une mesure ne peut être dissuasive si elle n'a pas vocation à sanctionner. En externalisant la fonction de dissuasion, relevant traditionnellement du droit pénal, le législateur a, inévitablement, externalisé la fonction de sanction. Implicite concernant les dommages-intérêts, la fonction de sanction de l'amende civile est explicite. Par conséquent, en conférant une fonction de dissuasion au droit de la responsabilité civile, le législateur lui a, aussi, attribué une fonction de sanction, laquelle modifie sa nature.

822. La confusion des fonctions, limitée à celle de dissuasion et de sanction - La mise en œuvre de ces nouvelles fonctions par le droit de la responsabilité civile tend à abolir les frontières qui le distinguaient du droit pénal. Cependant, les réflexions sur la fonction de sanction du droit pénal et la nature des peines, notamment celle d'emprisonnement, ont permis une évolution considérable. La doctrine de la Défense sociale, notamment, a renforcé les fonctions de pédagogie et de réinsertion des délinquants en limitant l'application de la peine d'emprisonnement au profit de peines à vocation éducative. Du caractère rétributif au caractère éducatif, la sanction a changé de nature, permettant à la dissuasion d'exister par un autre vecteur que celui de la menace ou de l'exécution d'une sanction. De tels progrès n'ont pas été pris en considération par le législateur, qui a préféré consacrer des sanctions pécuniaires. La dissuasion des actes de contrefaçon est donc mise en œuvre par la menace d'une sanction économique. Si la fonction dissuasive est indéniable, une telle sanction est dépourvue d'effet pédagogique, lequel aurait pourtant été bénéfique au regard du dénigrement dont fait l'objet le droit de la propriété intellectuelle par une partie de la collectivité. La confusion des fonctions du droit pénal et du droit civil est donc d'autant plus critiquable qu'elle n'est pas mise en œuvre par les mesures qui auraient été véritablement efficaces pour endiguer le contentieux de la contrefaçon.

823. La mutation du droit de la responsabilité civile - Si les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle mêlent réparation du préjudice causé et sanction de la faute commise, l'amende civile n'a, quant à elle, qu'une fonction de sanction.

²²¹⁶ Sur la distinction prévention et dissuasion, voir *supra* n° 129.

²²¹⁷ Voir *supra* n° 520.

Ces deux instruments, à vocation punitive, bouleversent le principe de justice commutative, qui fonde le droit de la responsabilité civile et le distingue du droit de la responsabilité pénale. En effet, le premier est irrigué par la justice dite commutative, qui a pour objet la réparation intégrale du dommage causé, et le second, par la justice rétributive, dont le but est de sanctionner l'auteur d'une infraction. Par conséquent, la nature et la gravité de la faute, déterminantes pour l'engagement de la responsabilité pénale, sont, en principe, indifférentes à l'engagement de la responsabilité civile. *A contrario*, l'existence d'un dommage individuel, souvent inopérante en droit de la responsabilité pénale²²¹⁸, est, en principe, essentielle en droit de la responsabilité civile. En remplissant une fonction répressive, les dommages-intérêts et l'amende civile confèrent au droit de la responsabilité civile une mission de justice rétributive. Organiquement civils, mais substantiellement pénaux, ces deux instruments obligent le juge civil à prendre en considération l'auteur de la faute, ainsi que le caractère intentionnel de l'acte et sa gravité. Ces nouveaux éléments, déterminants de sa décision, en modifient sa nature. Le caractère commutatif de la justice civile se trouve alors, en partie, occulté par son nouveau caractère rétributif.

824. De la lucrativité de la faute pour son auteur à la lucrativité de la faute pour la victime - Lorsque le dommage ne peut être réparé en nature, il doit être réparé par équivalent pécunier. En effet, l'engagement de la responsabilité civile a pour effet « [...] *l'obligation de compenser le dommage causé à autrui [...]. Il sera compensé, réparé par une somme d'argent, les dommages-intérêts, l'indemnité que le responsable versera à la victime* »²²¹⁹. Afin de constituer une juste alternative à la réparation en nature, l'équivalent pécunier doit respecter le principe de réparation intégrale²²²⁰. Il doit correspondre au préjudice subi par la victime, en indemnisant tout le préjudice et rien que le préjudice, sans perte ni profit pour les deux parties. Ayant vocation à rétablir l'équilibre existant entre la victime et le responsable, la mise en œuvre du droit de la responsabilité civile ne doit pas avoir pour effet d'enrichir la première. Si le projet de réforme de la responsabilité civile évite cet écueil en proposant l'instauration d'une amende civile, dont le montant n'est pas attribué à la victime mais à un fonds d'indemnisation ou au Trésor public, les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle s'y heurtent. En permettant au juge d'attribuer à la victime un montant supérieur au préjudice subi, par la prise en considération des bénéfices réalisés, le législateur a rendu la contrefaçon lucrative

²²¹⁸ Le seul dommage qui, en principe, importe en droit pénal est celui causé à la collectivité, le trouble porté à l'ordre public. En effet, la tentative (art. 142-4 du code pénal), sanctionnée des mêmes peines que l'infraction consommée, est toujours punissable en matière de crimes. Pour les délits, elle ne l'est que dans les cas prévus par la loi, principalement lorsque l'infraction n'est pas définie par le résultat causé. Il convient de remarquer que la tentative de vol est punissable, tandis que la tentative de contrefaçon ne l'est pas.

²²¹⁹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 150.

²²²⁰ Sur l'impossible équivalence absolue entre le montant de la réparation et l'étendue du dommage, le principe de réparation intégrale constituant un idéal vers lequel le juge doit tendre : M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, th. dir. P. Hebraud, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 135, 1974, p. 55 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. dir. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002, n° 6, p. 23 et s.

pour celle-ci. A l'objection de l'enrichissement sans cause de la victime²²²¹, il a été soutenu que la cause résidait dans la décision du juge et que l'appauvrissement du contrefacteur a pour origine la faute commise²²²². L'argumentation est imparable. Toutefois, aucun auteur favorable à l'existence des peines privées ne justifie, juridiquement, que le législateur offre au juge la possibilité d'enrichir la victime en déterminant des dommages-intérêts supérieurs à son préjudice²²²³. Consciente de cette lacune, Madame le Professeur Viney affirme que les principes sont établis pour servir la justice et, qu'en l'absence de caractère constitutionnel, ils peuvent être écartés lorsqu'ils s'avèrent inefficaces²²²⁴. Pourtant, le principe de réparation intégrale n'est pas inefficace. Il permet au droit de la responsabilité civile de remplir parfaitement sa fonction de réparation du préjudice. Ce principe, qui n'est pas établi pour anéantir le caractère lucratif de certaines fautes, étranger au préjudice causé, ne peut donc être considéré comme étant inefficace²²²⁵. Dès lors, cet argument ne permet pas de justifier l'atteinte au principe de réparation intégrale par la peine privée. L'amende civile a aussi pour effet de réintroduire la faute intentionnelle, pourtant écartée en droit de la propriété intellectuelle.

2- La réintroduction de la faute intentionnelle par l'amende civile

825. Les incidences de l'introduction de la fonction de sanction par l'amende civile -

L'acmé de l'objectivisation de la responsabilité civile ayant été atteint, de nouvelles considérations tendent à réintroduire une conception subjective. Le projet de sanction de la faute lucrative par l'amende civile est significatif de cette nouvelle évolution. L'amende civile, dépourvue de fonction réparatrice, remplit, sans conteste, une fonction de sanction²²²⁶. Par conséquent, le dommage causé est entièrement éclipsé au profit de la faute et de son intentionnalité. En effet, à la différence de l'indemnisation du préjudice, la sanction de la faute nécessite de réintroduire dans le droit de la responsabilité civile une conception subjective tant de la responsabilité, que de la faute²²²⁷. Dans les hypothèses de sa mise en œuvre en droit de la

²²²¹ En raison de la disparition de la notion de cause, l'enrichissement sans cause a été substitué, par l'ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, par l'enrichissement injustifié, dont l'article 1303-1 du code civil dispose que « *l'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale* ». Cette réforme n'a pas d'incidence sur l'argumentation relative à l'enrichissement du titulaire de droits de propriété intellectuelle, grâce aux dommages-intérêts.

²²²² A. Jault, *La notion de peine privée*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 442, 2005, n° 279 et s., p. 182 et s. ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 913, p. 989.

²²²³ D. Cohen, « Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur », in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, 2013, p. 247-269, spéc. p. 252 et s. ; Même Hugueney qui estime que l'enrichissement de la victime est le propre de la peine privée ne justifie pas sa légitimité : L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, A. Rousseau, 1904.

²²²⁴ D. Cohen, « Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur », art. cit., spéc. p. 252 et s.

²²²⁵ En ce sens : Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 1.

²²²⁶ Voir *supra* n° 775.

²²²⁷ Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, th. dir. Y. Lequette, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 570, 2016, n° 312, p. 234 et s.

propriété intellectuelle, la victime des actes de contrefaçon devra alors établir la preuve de la mauvaise foi du prétendu contrefacteur. Ces conditions, plus sévères que celles relatives à l'engagement de sa responsabilité civile puisque la bonne foi est inopérante, traduisent, certes, la confusion des fonctions entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale, mais limitent, aussi, les cas dans lesquels la contrefaçon pourra être sanctionnée d'une amende civile. De surcroît, il a été démontré que ce n'est pas tant la faute que la recherche de ses conséquences lucratives qui fonde une telle sanction. L'introduction de la fonction de sanction dans le droit commun de la responsabilité civile est donc gouvernée par une réprobation morale de la faute, ce qui la rapproche fortement de la responsabilité pénale²²²⁸.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

826. La séparation historique, entre la fonction de réparation du préjudice subi par la victime et celle de sanction des actes illicites, a lentement été remise en cause. Une organisation dialogique s'est instaurée entre les réseaux de responsabilités civile et pénale en raison de l'interpénétration de leurs fonctions. Le droit civil a acquis une coloration répressive, tandis que le droit pénal se fait ponctuellement réparateur de dommages. Par la transformation de son droit substantiel et de sa procédure, le droit de la propriété intellectuelle est topique de la disparition des frontières entre ces deux réseaux de responsabilité. Derrière le désordre apparent, né de la confusion des fonctions, il est alors possible de découvrir un « *ordre caché* »²²²⁹. Le parallélisme instauré par le législateur, entre le droit de la responsabilité civile et le droit de la responsabilité pénale, peut aboutir à leur fusion. En effet, entre « *responsabilité civile renforcée* » et « *responsabilité pénale atténuée* »²²³⁰, deux nouveaux réseaux apparaissent, le droit civil répressif et le droit pénal réparateur²²³¹. Le constat de la transversalité des fonctions du droit pénal amène à s'interroger sur une éventuelle fusion des responsabilités civile et pénale au profit d'un seul droit civil répressif.

PARAGRAPHE II - Vers une fusion des réseaux en faveur du droit civil répressif

827. La rationalisation des réseaux de responsabilité en droit de la propriété intellectuelle, un enjeu de politique criminelle - L'émergence d'une protection du droit de la propriété intellectuelle par le droit civil répressif soulève la question de la coexistence de ce nouveau réseau de responsabilité avec celui de la responsabilité pénale. En effet, la nature commune de leurs sanctions et la similarité de leurs instruments procéduraux semblent exiger

²²²⁸ Pour une étude de la distinction entre la faute pénale et la faute civile : J. Verhaegen, « Faute pénale et faute civile », in *Philosophie pénale*, Arch. philo. dr., Sirey, 1983, t. 28, p. 17-28.

²²²⁹ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 154 – l'expression « *désordre apparent* » citée par Madame le Professeur Delmas-Marty est employée par Atlan (1986).

²²³⁰ E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2007, n° 25, p. 1344, spéc. n° 4.

²²³¹ J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Resp. civ. et assur.* 2013, n° 5, dossier 23.

davantage que le seul « *réajustement des frontières entre disciplines* »²²³² traditionnellement induit par le développement de la matière pénale. La fusion des réseaux de responsabilité au profit du droit civil répressif apparaît pertinent et cohérent à l'aune des réformes législatives. D'une part, aucune réforme ne tend à rendre effectif le droit pénal de la propriété intellectuelle. D'autre part, le choix d'introduire des fonctions de droit pénal dans le droit civil rend ce dernier plus attractif pour les titulaires de droits, qui se détournent alors du droit pénal. Si, en droit de la propriété intellectuelle, la rationalisation des réseaux de responsabilité, au profit du droit civil répressif, apparaît conforme aux évolutions législatives récentes (I), il convient toutefois d'en saisir tous les enjeux de politique criminelle (II).

I- La nécessaire rationalisation des réseaux de responsabilité en droit de la propriété intellectuelle

828. La dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle, traduction de l'adoption du droit civil répressif - La répression des actes de contrefaçon, instaurée en droit de la propriété intellectuelle par le truchement des dommages-intérêts spéciaux et, dans l'hypothèse de son adoption, par l'amende civile de droit commun, constitue une « *métamorphose du système pénal* »²²³³. La création du droit civil répressif amène, nécessairement, à s'interroger sur l'avenir du droit pénal spécial. Produit-elle, intrinsèquement, une dépénalisation ou bien celle-ci ne proviendra-t-elle que de l'action du législateur ou de l'inertie des victimes et du ministère public ? L'instauration du droit civil répressif est fondée sur une dépénalisation, définie comme « *le dessaisissement du système pénal au profit d'une autre variante, civile, administrative ou de médiation* »²²³⁴ (A), et aura pour effet l'abrogation du droit pénal spécial, soit *de facto*, notamment par l'application des principes de nécessité et de subsidiarité du droit pénal, soit *de jure*, à la suite d'une décision de politique criminelle (B).

A- Le droit civil répressif, instrument de dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle

829. Le droit civil répressif, un instrument de dépénalisation - L'étude de la notion de dépénalisation et sa distinction de celle de décriminalisation (1) permet d'appréhender le droit civil répressif comme instrument de dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle (2).

²²³² M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 37.

²²³³ M. van de Kerchove, *Le droit sans peines, Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 1987, p. 382.

²²³⁴ M. Delmas-Marty, « Permanence ou dérive du modèle libéral de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, 1983, n° 6, p. 41 ; M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, p. 169.

1- La dépenalisation par l'adoption d'un nouveau réseau répressif

830. L'articulation des notions de dépenalisation et de décriminalisation - La polysémie du terme dépenalisation a fait l'objet de nombreuses études, notamment celle de van de Kerchove²²³⁵. Parmi les huit propositions de distinction des termes dépenalisation et décriminalisation qu'il relève dans la doctrine, le Professeur estime que la rigueur étymologique des termes et la traduction claire de l'articulation de ces deux phénomènes exigent de définir la décriminalisation comme « *la suppression de l'incrimination* » et la dépenalisation comme toute forme « *d'atténuation ou de modification des sanctions applicables aux infractions* », y compris leur suppression totale, hypothèse qui se confond alors avec la décriminalisation²²³⁶. Il distingue la dépenalisation relative, « *à l'intérieur du système pénal* », consistant seulement en la réduction des peines et correspondant à la correctionnalisation et à la contraventionnalisation des infractions, de la dépenalisation absolue dont l'objet est la suppression de toute peine. Cette dernière est divisée en deux sous-catégories, la dépenalisation absolue objective, qui se confond avec la décriminalisation, et la dépenalisation absolue subjective, qui concerne une dépenalisation individuelle relative, notamment, à certaines catégories de personnes²²³⁷. Selon ces acceptions, la décriminalisation est donc une forme particulière de dépenalisation, celle où l'atténuation de la peine atteint son degré ultime, la suppression de la peine. Il résume cette articulation par cette formule : « *toute décriminalisation est une dépenalisation. Mais toute dépenalisation ne se limite pas à la décriminalisation* »²²³⁸.

Cette analyse s'expose, toutefois, à deux critiques. D'une part, la décriminalisation peut être due à la suppression de la peine ; or à un certain niveau d'atténuation de la peine, il semble que la décriminalisation du comportement soit due à une réflexion sur la légalisation du comportement et non à la simple disparition de la peine. Cette critique, de nature empirique, s'appuie sur la disparition de certaines infractions, telles que l'adultère ou l'avortement qui, après avoir fait l'objet d'une atténuation des sanctions, ont été supprimées en raison d'une décision de l'Etat de tolérer ces actes. D'autre part, ces définitions ne prennent pas en considération l'introduction de sanctions répressives dans les réseaux civil et administratif, hypothèse à laquelle est confronté le droit de la propriété intellectuelle.

831. Les notions de dépenalisation et la décriminalisation, traductions de stratégies de politique criminelle - Ces deux objections trouvent une réponse dans l'étude des notions de dépenalisation et de décriminalisation menée par Madame le Professeur Delmas-Marty.

²²³⁵ M. van de Kerchove, *Le droit sans peines, Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 1987, spéc. p. 295 et s – Pour une autre étude, autant enrichissante : G. Levasseur, « Le problème de la dépenalisation », *Archives de politique criminelle* 1983, n° 6, p. 53 et s.

²²³⁶ M. van de Kerchove, *Le droit sans peines*, (...), op. cit., spéc. p. 309.

²²³⁷ *Id.*, spéc. p. 317 et s.

²²³⁸ *Id.*, spéc. p. 309.

D'abord, elle définit la décriminalisation comme « *la pleine reconnaissance juridique et sociale du comportement décriminalisé* » et « *la reconnaissance d'un droit légitime à un mode de vie qui était précédemment contraire à la loi* »²²³⁹. La décriminalisation ne procèderait donc pas d'une dépénalisation, d'une atténuation des peines aboutissant à leur suppression. Van de Kerchove, qui avait relevé cette conception, considère qu'elle confond le négatif et le positif²²⁴⁰. Il explique que la reconnaissance d'un comportement, la légitimation, n'est pas la même démarche que le retrait de l'existence du crime. Certes, la reconnaissance d'une tolérance d'un comportement n'est pas, en théorie, une démarche identique à la simple suppression de l'existence d'une incrimination. Néanmoins, en pratique, ces deux démarches sont interdépendantes. La légitimation d'un comportement implique la disparition de son incrimination et inversement. La disparition de l'incrimination légale du comportement ne peut avoir lieu sans tolérance de ce comportement par l'Etat et, de surcroît, la tolérance étatique doit être accompagnée d'une tolérance sociale, au risque de voir une réaction sociale se substituer aux réponses étatiques abolies. La définition proposée par Madame le Professeur Delmas-Marty, impliquant une réaction positive de l'Etat, face au comportement, fondée sur une démarche active de politique criminelle, semble plus convaincante. Ensuite, parmi ces nombreuses acceptions, elle conçoit la dépénalisation comme pouvant être « *le dessaisissement du système pénal au profit d'une autre variante, civile, administrative ou de médiation* »²²⁴¹, la « *substitution d'un autre réseau étatique de sanction (administratif, civil, ou réseau de médiation) au réseau pénal* »²²⁴². Certes, la dépénalisation peut être entendue comme étant « *une simple désescalade des peines à l'intérieur du système* », mais elle peut, aussi, selon Madame le Professeur Delmas-Marty, constituer « *une véritable stratégie de politique criminelle* »²²⁴³. Cette définition de la notion de dépénalisation inclut ce phénomène moderne de répression, qui consiste en une stratégie de politique criminelle d'adaptation de la répression entraînant sa diffusion dans des réseaux qui, traditionnellement, sont dépourvus de fonction punitive. Cette analyse éclaire l'instauration du droit civil répressif en droit de la propriété intellectuelle.

²²³⁹ M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, p. 160 et 206.

²²⁴⁰ M. van de Kerchove, *Le droit sans peines, Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 1987, spéc. p. 311.

²²⁴¹ M. Delmas-Marty, « Permanence ou dérive du modèle libéral de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, 1983, n° 6, p. 41 ; M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, op. cit., p. 169.

²²⁴² M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 278 – Cette acception de la notion de dépénalisation est adoptée par d'autres auteurs, dans des termes très proches : G. Levasseur, « Le problème de la dépénalisation », *Archives de politique criminelle* 1983, n° 6, p. 53 et s., spéc. p. 56 ; F. Tulkens, *Surcriminalisation et décriminalisation. Les choix de la justice pénale aux Etats-Unis à la fin des années 1960*, Louvain, U.C.L., 1975 (ronéo), p. 81-82 ; R. Roth, « La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale. Evaluation de l'apport des résultats de la recherche historique à la politique criminelle et à la prévision de son évolution, compte tenu des changements du contexte social et économique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 16, 1986, p. 123 et s., spéc. p. 151. Elle avait aussi été proposée par van de Kerchove dans un article antérieur à son ouvrage *Le droit sans peines* : « "Médicalisation" et "fiscalisation" du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépénalisation », in *Déviance et société*, 1981, vol. V, n° 1, p. 1 et s., spéc. p. 2.

²²⁴³ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 279.

2- La dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle par l'adoption d'un droit civil répressif

832. Les fondements de la dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle - Le phénomène législatif observé en droit de la propriété intellectuelle correspond à cette forme de dépénalisation, puisque le droit civil répressif tend à remplacer le droit pénal dans la sanction des actes de contrefaçon. Elle a vocation à inciter les victimes à agir sur le fondement du droit civil plutôt que sur celui du droit pénal. Certes, elle permet une « *redistribution interne des ressources propres au système pénal en vue d'accroître son efficacité* »²²⁴⁴, mais elle constitue, principalement, une technique de contournement de la complexité du droit pénal. L'instauration de sanctions organiquement civiles et substantiellement pénales est incitée par la volonté du législateur de faire échapper la protection du droit de la propriété intellectuelle aux lourdeurs du droit pénal et aux exigences de respect des droits et principes fondamentaux qui l'entourent. Elles ne sont pas mues par la contestation de la légitimité du droit pénal à protéger le droit de la propriété intellectuelle. La dépénalisation, entendue comme la substitution d'un autre réseau au réseau pénal, n'implique d'ailleurs pas la disparition de ce dernier. Or, au regard des travaux législatifs, la création du réseau civil répressif n'a pas vocation à accroître la pénalisation du droit de la propriété intellectuelle. Les conséquences du droit civil répressif sur le droit pénal spécial doivent alors être envisagées. Cette dépénalisation aboutira-t-elle à la disparition du droit pénal de la propriété intellectuelle ? Mènera-t-elle à l'abrogation de certaines incriminations ?

B- L'abrogation *de facto* ou *de jure* du droit pénal de la propriété intellectuelle, entre résignation et choix de politique criminelle

833. Un choix entre la résignation et la tolérance - A l'aune de l'avènement du droit civil répressif, deux scénarios sont envisageables. Le législateur peut décider de conserver le droit pénal spécial, néanmoins, il sera frappé d'ineffectivité en raison du report des actions en responsabilité sur le fondement du droit civil répressif. Cette « *politique de résignation* »²²⁴⁵ pourrait donc mener à une abrogation *de facto* (1). *A contrario*, le législateur pourrait choisir de mener une politique criminelle réfléchie, une certaine « *politique de tolérance* »²²⁴⁶, aboutissant à une abrogation *de jure* du droit pénal de la propriété intellectuelle (2).

²²⁴⁴ M. van de Kerchove, *Le droit sans peines, Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 1987, p. 383 – L'auteur fait référence aux écrits de F. Tulkens qui démontre toutefois l'ambiguïté du processus, notamment dans son ouvrage : F. Tulkens, *Surcriminalisation et décriminalisation. Le choix de la justice pénale aux Etats-Unis à la fin des années 1960*, Louvain, U.C.L., 1975, p. 86-87.

²²⁴⁵ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 320.

²²⁴⁶ *Ibid.*, p. 320.

1- L'inévitable abrogation *de facto* du droit pénal de la propriété intellectuelle

834. L'ineffectivité du droit pénal s'apparentant à une abrogation *de facto* - La conséquence inévitable du choix de dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle par le truchement du droit civil répressif réside dans l'inertie du législateur, qui conduit à l'ineffectivité du droit pénal spécial. Les victimes et le ministère public n'agissant plus qu'exceptionnellement sur le fondement du droit pénal, celui-ci subirait une sorte d'abrogation *de facto*. Cette conséquence du phénomène de dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle par l'instauration du droit civil répressif est inévitable dans l'hypothèse du maintien législatif de son droit pénal. D'une part, renforcée par l'amende civile, l'attractivité du droit civil répressif détournera les titulaires des droits et le ministère public du droit pénal. En effet, appliquée au droit de la propriété intellectuelle, l'amende civile pourrait faire diversion, à l'image du processus de *pretrial diversion* qui, au sens américain, consiste à éviter l'application de sanctions pénales en soustrayant l'auteur de l'infraction à des poursuites judiciaires, moyennant sa participation à un programme communautaire de remplacement²²⁴⁷. En droit de la propriété intellectuelle, le ministère public, au lieu d'engager des poursuites sur le fondement du droit pénal, pourra attendre que la responsabilité civile du contrefacteur soit engagée pour demander le prononcé d'une amende civile. D'autre part, nonobstant le fait que le droit civil répressif pourrait, lui aussi, être soumis à ce principe, le principe de subsidiarité instaurerait, nécessairement, une hiérarchie conduisant à l'ineffectivité du droit pénal. Celle-ci serait accrue par le principe *non bis idem*, qui exclut le cumul des sanctions²²⁴⁸.

835. L'absence de justification à la conservation du droit pénal - Malgré l'inexorable ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle, il serait tentant de justifier sa conservation en raison de ses fonctions d'affirmation de la loi, de restauration de son prestige par la peine et de la reconnaissance d'un trouble à l'ordre public. Toutefois, celles-ci dépendent de sa mise en œuvre. Son ineffectivité fait obstacle à la concrétisation de ces fonctions, qui deviendraient alors, uniquement, symboliques. Par conséquent, il est souhaitable que le législateur mène une étude de la pertinence de l'existence de certaines incriminations à la lumière du droit civil répressif.

2- La préférable abrogation *de jure* du droit pénal de la propriété intellectuelle

836. La consécration du droit civil répressif comme unique voie de sanction des actes contrefaisants - Le second scénario implique la poursuite de la stratégie législative amorcée avec l'adoption du droit civil répressif, qui consiste en l'abrogation *de jure* du droit pénal de la

²²⁴⁷ M. van de Kerchove, *Le droit sans peines, Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 1987, spéc. p. 303.

²²⁴⁸ Voir *supra* n° 799.

propriété intellectuelle. Certes, les réflexions sur l'existence d'un droit civil répressif ont amené les civilistes à considérer qu'il forme une troisième voie d'engagement de la responsabilité, utile, notamment, en raison de son efficacité. Ainsi, Monsieur Jault, dans sa thèse de doctorat, envisage la peine privée comme un instrument supplémentaire à ceux existant en droit civil et en droit pénal²²⁴⁹. Madame le Professeur Béhar-Touchais propose, quant à elle, une condamnation civile pécuniaire des contrefacteurs, indépendante des dommages-intérêts, similaire à l'amende civile mise en œuvre en droit de la concurrence. Elle explique que « *la question qui se pose aujourd'hui c'est donc celle de savoir s'il ne faudrait pas de lege ferenda créer un système en France qui permettrait, par le biais d'une condamnation civile pécuniaire, de priver les contrefacteurs des bénéfices illicites perçus à l'occasion de leur opération, voire d'aller un peu plus loin. [...] La voie de l'effectivité, ce serait une troisième voie, ni purement civile, ni purement pénale. En d'autres termes, il faudrait avoir recours à un droit civil répressif* »²²⁵⁰. Pourtant, outre l'ineffectivité certaine du droit pénal, sa juxtaposition au droit civil répressif va à rebours de la volonté du législateur, qui est de réduire le recours à la responsabilité pénale en droit de la propriété intellectuelle. Les réformes récentes n'ont, en effet, pas pour objet de sur-criminaliser cette branche du droit, mais d'instaurer des sanctions moins afflictives que celles organiquement pénales. Concernant certains actes illicites, la conservation du réseau pénal semble donc aller à l'encontre de la politique criminelle menée par le législateur. Il convient aussi de remarquer que la survie de ce droit pénal spécial laisse subsister le paradoxe auquel est confronté le droit de la propriété intellectuelle et ne permet pas au droit civil répressif de constituer une véritable solution. La conservation du réseau de responsabilité pénale ne semble alors pas pertinente au regard de l'avènement du droit civil répressif. Une abrogation *de jure* de l'incrimination des actes appréhendés par le droit civil répressif doit être envisagée. Seules les infractions qui ne relèvent pas du champ de ce nouveau réseau, notamment celles relatives aux actes commis en bande organisée, sont susceptibles d'être maintenues²²⁵¹.

837. Les conséquences de l'adoption d'un droit civil répressif - L'instauration du droit civil répressif en droit de la propriété intellectuelle aura, *a minima*, pour effet de rendre le droit pénal de la propriété intellectuelle inefficace. Ce nouveau réseau résulte d'un choix de politique criminelle, qui révèle l'intention du législateur de favoriser la protection des intérêts individuels au détriment de l'intérêt collectif. Les enjeux d'une telle solution au paradoxe auquel est

²²⁴⁹ A. Jault, *La notion de peine privée*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 442, 2005, n° 79 et s., p. 47 et s.

²²⁵⁰ M. Béhar-Touchais, « Comment indemniser la victime de la contrefaçon de façon satisfaisante ? », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 105 et s., spéc. n° 3 et 4, p. 107.

²²⁵¹ Dans le respect de l'accord sur les ADPIC, des peines et procédures pénales doivent être maintenues, au moins, pour sanctionner les contrefaçons de marques de fabrique ou de commerce ainsi que pour le piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à l'échelle commerciale.

confronté ce droit pénal spécial nécessitent d'être précisément étudiés afin d'en évaluer sa pertinence.

II- Le droit civil répressif, un choix de politique criminelle

838. Le désengagement de l'Etat, source d'un affaiblissement de la valeur de la propriété intellectuelle - Il a été démontré que, certes, la répression déborde le lit du droit pénal pour inonder les autres réseaux de responsabilité, mais qu'il n'est pas pertinent d'interpréter ce phénomène comme l'extension du contrôle des comportements par l'Etat. En effet, l'étude des conséquences de la dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle par le droit civil répressif met en exergue la réduction du champ du droit pénal. Le désengagement de l'Etat dans la poursuite des actes portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle, au profit des individus, n'est pas total (A), mais est suffisamment important pour avoir des incidences sur la notion de propriété intellectuelle (B).

A- Un relatif désengagement de l'Etat de la protection du droit de la propriété intellectuelle

839. Le droit civil répressif, un choix de politique criminelle révélateur des courants idéologiques de l'Etat - Les décisions étatiques, instaurant de nouveaux procédés de réponse aux infractions, s'inscrivent dans un processus de politique criminelle. Celle-ci est définie par Feuerbach comme un « *ensemble des procédés répressifs par lesquels l'Etat réagit contre le crime* »²²⁵². S'inspirant de cette définition, Madame le Professeur Delmas-Marty explique que la politique criminelle forme l'« *ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel et apparaît donc comme "théorie et pratique de différentes formes de contrôle social"* »²²⁵³. Elle regroupe donc les pratiques pénales, ainsi que les autres pratiques de contrôle social, non pénales telles que les sanctions administratives, non répressives notamment la prévention, la réparation et la médiation, non étatique comme les mesures disciplinaires. L'élection de ces différents procédés est influencée par de multiples facteurs, à l'instar des facteurs économiques et culturels, lesquels recoupent les courants idéologiques fondant l'Etat. Par conséquent, la création du droit civil répressif résulte d'un choix de politique criminelle, sous-tendu par un courant idéologique. Un raisonnement inductif, mené à partir de l'étude des dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et de l'amende civile de droit commun de la responsabilité civile délictuelle, permet alors de comprendre la politique criminelle menée par l'Etat (1) et, en adoptant une certaine hauteur de vue, l'idéologie sous-jacente (2).

²²⁵² Feuerbach (1803) cité par M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 13.

²²⁵³ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 13.

1- Une politique de répression horizontale des atteintes aux droits de propriété intellectuelle

840. Le désengagement de l'Etat dans la répression des actes de contrefaçon -

L'attribution, à l'Etat, du monopole de la violence légitime constitue la contrepartie de la garantie, par celui-ci, de la sécurité des biens et des personnes. Le développement de procédés répressifs, dans le réseau de responsabilité civile appliqué au droit de la propriété intellectuelle, semble traduire un désengagement de l'Etat, plus ou moins prononcé, dans la surveillance et la sanction de certains comportements. Certes, il conserve un rôle puisqu'il détermine par l'intermédiaire, soit de son pouvoir législatif, soit de son pouvoir exécutif, les comportements susceptibles d'être réprimés et il décide de la sanction par le truchement de l'autorité judiciaire. La réponse au comportement sanctionné relève donc, toujours, de l'Etat²²⁵⁴. Néanmoins, il laisse à la victime la charge de poursuivre le comportement et d'exiger l'exécution de la sanction²²⁵⁵, parfois même en sa faveur²²⁵⁶. En droit pénal, quand-bien-même l'ouverture de l'action publique est souvent partagée entre la victime et le procureur de la République, la poursuite est menée par le ministère public et la sanction, exécutée en faveur de l'Etat. Si la victime a acquis un rôle de plus en plus prégnant dans le procès pénal, la répression des comportements et la sanction des coupables s'instaure dans une relation verticale, au cours d'un dialogue entre l'Etat et le coupable. *A contrario*, le droit civil répressif instaure une répression horizontale par une relation judiciaire directe entre la victime et l'auteur de l'atteinte au droit²²⁵⁷. Le lien politique entre l'Etat et les individus en est modifié, car ceux-ci ne rendent plus de compte de leurs comportements à l'Etat, mais aux autres individus. Par le développement du droit civil répressif en droit de la propriété intellectuelle, le rapport horizontal individu – individu est privilégié au rapport vertical Etat – individu. Le socle étatique de la sanction, dans sa détermination légale et son prononcé par les magistrats, est conservé, mais son exécution s'inscrit dans la relation horizontale entre individus.

841. La répression horizontale révélatrice de la protection des intérêts individuels - Le passage de la répression verticale à une répression horizontale concrétise la substitution des considérations d'intérêt général à celles d'intérêts individuels. En effet, si la mise en œuvre du droit pénal a pour objet le rétablissement de l'ordre public atteint par le comportement illicite,

²²⁵⁴ Madame le Professeur Delmas-Marty distingue la réponse étatique apportée à une infraction, par l'intermédiaire du droit pénal, du droit civil ou du droit administratif, de la réponse sociétale formulée par le biais des sanctions disciplinaires des milieux professionnels ou l'autodéfense de la victime : M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 63-64.

²²⁵⁵ Il convient de nuancer cette affirmation en matière d'amende civile, puisque celle-ci peut être requise par le ministère public.

²²⁵⁶ Les dommages-intérêts punitifs sont versés à la victime. L'amende civile n'est, *a contrario*, pas exécutée en faveur de la victime, elle est versée à un fonds d'indemnisation ou au Trésor public.

²²⁵⁷ Cette analyse est à nuancer en matière d'amende civile puisque le ministère public peut engager l'action en condamnation à l'amende civile et le montant de l'amende est versé soit à un fonds d'indemnisation, soit au Trésor public. Ainsi, la relation verticale Etat – individu est partiellement maintenue.

celle du droit civil répressif n'a, en principe, pour but que de protéger les intérêts individuels. Il convient, toutefois, de nuancer cette seconde affirmation, car l'amende civile, en raison de l'initiative accordée au ministère public et de son exécution en faveur de la collectivité, semble jouer un double jeu de protection des intérêts individuels et de l'intérêt général²²⁵⁸. Privilégier la sanction des actes de contrefaçon par des dommages-intérêts punitifs ou une amende civile, plutôt que par le droit pénal, semble être le choix d'une société de plus en plus individualiste, dans laquelle l'atteinte à un intérêt particulier éclipse celle portée à l'intérêt collectif. La rapidité de la sanction, l'immédiateté de la réparation de l'intérêt privé, ainsi que le morcellement de la sanction et de la dissuasion est privilégiée à la sage lenteur du droit pénal, à l'immédiateté de la réparation de l'intérêt collectif, lequel débouche nécessairement, mais indirectement et plus lentement, sur la réparation de l'intérêt individuel. En protégeant distinctement chaque intérêt privé, le droit civil répressif sanctionne petitement et de manière multiple. Par conséquent, il dissuade faiblement. *A contrario*, en protégeant l'intérêt collectif, le droit pénal a vocation à sanctionner une fois, plus fortement car proportionnellement à l'infraction commise et à l'atteinte portée à l'ordre public, et, ainsi, à dissuader plus efficacement. Le bouleversement de l'ordre public par la contrefaçon est donc éclipsé au profit de la seule prise en considération de l'atteinte à l'intérêt individuel. Les enjeux sociétaux des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sont placés dans l'ombre des enjeux individuels, puisque l'ordre public, qui résulte de ce droit, n'est protégé qu'indirectement par la défense des intérêts privés²²⁵⁹. Bien que l'Etat ait un rôle à jouer dans le rétablissement de la considération par le groupe social de l'intérêt collectif du droit de la propriété intellectuelle, en créant le droit civil répressif, le législateur exacerbe les intérêts individuels. Il restitue aux individus leurs conflits en « *substituant une négociation inter partes à la punition étatique d'une infraction pénale* »²²⁶⁰. Il convient de souligner que cette politique criminelle est source d'un nouveau paradoxe. En effet, le droit civil répressif accorde un rôle prépondérant aux titulaires des droits, pourtant souvent critiqués. Ces victimes, dont la légitimité de l'existence de leurs droits fait régulièrement l'objet de contestations, acquièrent grâce à ces réformes un avantage procédural non négligeable.

842. L'absence de rétablissement de la vengeance privée par le droit civil répressif -

Bien que le droit civil répressif ait pour effet d'affaiblir la protection étatique du droit de la propriété intellectuelle et de l'ordre public qu'il fonde, il convient d'exclure l'idée du rétablissement de la vengeance privée. Ricoeur a identifié quatre conditions qui permettent au

²²⁵⁸ Cependant, la question qui apparaît est de savoir pourquoi le comportement n'est pas sanctionné sur le fondement du droit pénal, dès lors que l'intérêt général tend aussi à être protégé. L'hybridation de l'amende civile a davantage été guidée par le souci de faire du droit pénal sans le droit pénal, plutôt que par une véritable réflexion quant à la politique criminelle à mener concernant ces comportements.

²²⁵⁹ Cette évolution de la relation entre le droit pénal et le droit de la réparation civile est constatée par Naucke : W. Naucke, « Philosophie pénale contemporaine et réparation civile », in *Philosophie pénale, Arch. philo. dr.*, Sirey, 1983, t. 28, p. 1-15.

²²⁶⁰ P. Poncela, « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », in *Philosophie pénale, Arch. philo. dr.*, Sirey, 1983, t. 28, p. 123-135, spéc. p. 133.

droit pénal de constituer une distance entre la vengeance et la justice²²⁶¹. Premièrement, l'Etat, par le truchement de l'institution judiciaire composée de magistrats, représente un tiers qui ouvre un espace de discussion, sans être partie au débat. Deuxièmement, le système juridique consiste essentiellement en des lois écrites et est fondé sur une échelle des délits et des peines que le juge, tiers, doit respecter. Troisièmement, un débat est organisé entre le ministère public et l'accusé avant le prononcé du jugement. Quatrièmement, la sentence constitue le vecteur par lequel l'accusé change de statut juridique. « *Présumé-innocent* » il devient « *déclaré-coupable* ». Le Professeur conclut son analyse en constatant que la première condition relative à la présence d'un tiers est essentielle, car elle « *contribue à la rupture des liens entre justice et vengeance* »²²⁶². Ce tiers, l'Etat, est un « *arbitre désintéressé et dépassionné* », qualités qui lui permettent de rendre une justice impartiale et respectueuse de l'équité²²⁶³. Certes, l'Etat est présent au procès en tant que victime, mais afin qu'elle ne soit pas l'expression de sa vengeance, la peine doit être davantage tournée vers l'avenir que vers le passé. Ricoeur affirme que la peine a principalement vocation à rétablir le bien, l'ordre, et seulement accessoirement incarne une désapprobation morale de l'acte. Le procès civil satisfait, lui aussi, à ces quatre conditions, ce qui permet d'écarter toute idée de vengeance, même institutionnalisée, par la mise en œuvre du droit civil répressif.

843. La répression horizontale, traduction du désengagement de l'Etat - Cette politique criminelle, qui consiste en la protection des intérêts individuels au détriment de l'intérêt collectif par l'instauration d'une répression horizontale des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, met en exergue la philosophie individualiste qui irrigue les institutions étatiques. En désengageant l'Etat de la protection de certains aspects de l'ordre public, pourtant essentiels à une société libérale fondée sur l'innovation et l'investissement, le législateur semble amorcer une mutation du droit pénal et de son rôle dans la sanction des comportements illicites.

2- Une politique de répression révélatrice de l'idéologie étatique

844. L'interdépendance de la politique criminelle et du modèle étatique - La politique criminelle d'un Etat correspond à l'idéologie qui le sous-tend. Le choix du droit civil répressif comme fondement de la répression des atteintes aux droits de propriété intellectuelle est donc révélateur des courants idéologiques qui irriguent notre Etat. Dans sa typologie des modèles étatiques, Madame le Professeur Delmas-Marty rappelle que, dans un Etat libéral, l'individu

²²⁶¹ P. Ricoeur, « Sanction, Réhabilitation, Pardon », in *Le Juste*, Esprit, coll. Philosophie, 1995, t. 1, p. 193-208, spéc. p. 195 et s. – dans le même sens : P. Ricoeur, « Justice et Vengeance », in *Le Juste*, Esprit, coll. Philosophie, 2001, t. 2, p. 257-266

²²⁶² P. Ricoeur, « Justice et Vengeance », in *Le Juste*, Esprit, coll. Philosophie, 2001, t. 2, p. 257-266, spéc. p. 259.

²²⁶³ Pour une étude de la conception des postmodernistes de l'Etat dans son rôle de tiers : S. Tzitzis, « Propos introductifs, Du devoir de punir au droit de punir. Les Anciens et les modernes », in *Le nouveau de la sanction pénale, évolution ou révolution ?*, S. Jacopin (dir.), Bruylant, 2010, p. 1.

n'est pas isolé, il représente une partie de l'ensemble de la société civile²²⁶⁴. Pourtant, le recentrement du droit de la propriété intellectuelle sur les intérêts individuels et l'abandon, partiel, de la protection de l'intérêt collectif attaché à un tel droit, laisse entrevoir l'idéologie individualiste sur laquelle est fondée notre société. De surcroît, loin d'être anarchiste, car dépourvu de velléité de faire disparaître l'Etat, ce mouvement d'expansion de la répression hors du champ pénal a pour volonté de substituer au contrôle social traditionnellement effectué par l'Etat, une autogestion de la part du groupe social. Cependant, il convient de garder à l'esprit que cette transformation de la protection du droit de la propriété intellectuelle n'est pas fondée sur une volonté d'autonomiser les individus par un effacement de l'Etat, mais sur une fuite de celui-ci face aux contestations, d'une partie du groupe social, de la légitimité de l'existence de ce droit. Certes, la société actuelle est fortement empreinte d'individualisme, mais l'Etat adopte une politique criminelle en totale contradiction avec son idéologie libérale et sa politique économique, fondée sur l'innovation et l'investissement dans la recherche et le développement.

845. Le recul du droit pénal au profit du droit civil répressif, un progrès social ? -

L'histoire enseigne que le développement du droit pénal suit celui de l'Etat. Plus l'Etat est stable, plus il renforce son droit pénal, en se plaçant en victime de certains actes. L'évolution du droit pénal est donc un indicateur de la situation de l'Etat et de ses mutations²²⁶⁵. L'effacement de l'Etat dans la répression des actes de contrefaçon et la dévolution de celle-ci aux individus constituent-ils un indice d'instabilité de l'Etat en ce domaine ? Certains interprètent la substitution des sanctions civiles aux sanctions pénales comme un progrès social. Merle et Vitu affirmaient que « *ce phénomène de substitution progressive des sanctions civiles aux sanctions pénales a d'ailleurs donné son nom à la civilisation, tant il est vrai que le recul de la force est le signe majeur du progrès social* »²²⁶⁶. La disparition du droit pénal est alors associée à la civilisation de la société. La nature du contrôle social devient « *compensatoire* »²²⁶⁷. Durkheim avait émis cette hypothèse, en affirmant que les sociétés industrielles, fondées sur la division du travail social, verraient leur réseau de sanctions pénales disparaître progressivement au profit des réseaux de sanctions restitutives que sont le droit administratif, le droit civil et le droit commercial²²⁶⁸. D'aucuns prétendent, en ce sens, que

²²⁶⁴ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 47.

²²⁶⁵ P. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. van de Kerchove (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales, Pour une sociologie des frontières*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 1997, t. 1, p. 10.

²²⁶⁶ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. 1, éd. Cujas, 4^e éd., 1981, p. 31 – Dans le même sens, Levasseur affirme que « *c'est à la minceur de son droit pénal que l'on juge du degré de civilisation d'un Etat et de l'harmonie entre ses citoyens* » : G. Levasseur, « Le problème de la dépenalisation », *Archives de politique criminelle* 1983, n° 6, p. 53 et s.

²²⁶⁷ L. H. C. Hulsman, « Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Ch. Debuyst (dir.), avec la collaboration de F. Tulkens, Genève, 1981, p. 7 et s., spéc. p. 14.

²²⁶⁸ E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 2^e éd., 1991.

« tout pouvait être civilisé, s'il existait une volonté politique en ce sens »²²⁶⁹. Il n'est, toutefois, pas certain que, lorsque le développement du droit civil répressif est motivé par le contournement des droits et principes fondamentaux attachés au droit pénal, la disparition de ce dernier marque un progrès de civilisation de notre société. Si ce phénomène ne relève pas d'une instabilité étatique, il figure, d'une part, le développement d'un Etat centré sur les intérêts individuels au détriment de l'intérêt collectif et, d'autre part, son incapacité à faire accepter à une partie du groupe social l'existence du droit de la propriété intellectuelle et l'essentialité de sa valeur à notre société²²⁷⁰.

846. La redéfinition du champ du droit pénal - Le droit civil répressif et, plus largement, la matière pénale, impliquent une redéfinition des frontières du champ du droit pénal. Il a été démontré que l'introduction de ce nouveau réseau de responsabilité dans le droit de la propriété intellectuelle aura, *a minima*, un effet d'abrogation *de facto* du droit pénal spécial relatif aux comportements sanctionnés par le juge civil. N'étant pas limité à cette branche du droit, il est nécessaire de mener une réflexion générale sur la place du droit pénal dans l'organisation juridique. Le développement de l'amende civile semble démontrer que le législateur crée des sanctions pécuniaires extra-pénales, dès lors que le comportement ne nécessite pas une réponse ayant un degré de violence exigeant l'intervention du droit pénal. En effet, en renonçant à ses attributions pénales par leur transfert aux autres réseaux, l'Etat met en œuvre une « *violence adoucie, psychologique* »²²⁷¹. En raison de l'impossibilité de faire sortir les peines privatives de liberté du champ pénal, l'externalisation de la fonction de sanction implique le cantonnement à des peines pécuniaires. Ce phénomène de « *monétarisation de la sanction* »²²⁷² n'est pas apparu avec le développement de la matière pénale. Si la peine principale en droit pénal a longtemps été la peine privative de liberté, les réflexions et études menées par l'Ecole de la défense sociale nouvelle²²⁷³ ont conduit le législateur à réviser les fondements de la peine d'emprisonnement et à en réduire son champ d'application. La nature des peines a alors été diversifiée et l'amende a pris une ampleur considérable. Néanmoins, dans cette conception du droit pénal, où la paix sociale s'achète, la peine est moins vecteur d'amendement du coupable, de réformation ou d'amélioration morale que le simple prix de l'oubli. La création du droit civil répressif, formé, en droit de la propriété intellectuelle, par des dommages-intérêts punitifs et, dans l'hypothèse de son adoption, par une amende civile, ne constitue peut-être que la

²²⁶⁹ L. H. C. Hulsman et J. Bernat de Celis, « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », in *Punir, mon beau souci. Pour une raison pénale*, F. Ringelheim (dir.), *Revue de l'Université libre de Bruxelles*, 1984, n° 1-3, p. 308.

²²⁷⁰ Sur les dangers de transférer à d'autres réseaux de responsabilité la charge de réprimer des comportements que le droit pénal n'a pas été en mesure d'endiguer : G. Levasseur, « Le problème de la dépénalisation », *Archives de politique criminelle* 1983, n° 6, p. 53 et s.

²²⁷¹ J. Carbonnier, « L'Etat dans une vision civiliste », *Droits*, n° 15, PUF, 1992, p. 33-37, spéc. p. 34.

²²⁷² M. van de Kerchove, *Le droit sans peines, Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 1987, p. 348.

²²⁷³ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, éd. Cujas, 1954.

conséquence logique de cette « *fiscalisation du droit pénal* »²²⁷⁴. Madame le Professeur Delmas-Marty constate que ces sanctions pécuniaires, ainsi que les peines alternatives, telles que la confiscation et les interdictions, ne présentent plus de spécificités pénales, car elles sont utilisées dans d'autres réseaux de sanction. En effet, la diversification de la nature des sanctions pénales, prônée par l'école positiviste italienne et le courant humaniste mené par M. Ancel et R. Saleilles, permet leur externalisation, mais participe, dans le même temps, au « *brouillage des catégories pénales* »²²⁷⁵. Selon ce Professeur, la peine de prison est devenue la seule peine véritablement pénale. Une question émerge alors de ce constat. Le critère de compétence du droit pénal est-il toujours la valeur essentielle et la gravité de l'atteinte qui lui est portée ou réside-t-il, désormais, dans la nature de la sanction prévue ? A l'aune de ce nouveau critère, sortiraient du champ du droit pénal toutes les infractions qui ne sont pas sanctionnées par une contrainte par corps. Le droit pénal serait alors réduit à la protection des intérêts de l'Etat et à celle des personnes. Aux autres sanctions relevant de la matière pénale, serait dévolue la répression des autres comportements. Cette nouvelle frontière, tracée au sein de la matière pénale, délimitant le champ du droit pénal de celui du droit civil répressif et du droit administratif répressif, participerait du morcèlement de la répression des actes fautifs. Toutefois, il convient de rappeler que le vol est une infraction composant le noyau dur du droit pénal, au même titre que l'homicide²²⁷⁶. Le droit de propriété a toujours fait l'objet d'une protection pénale. Si une peine de nature pécuniaire suffit à la protection du droit de la propriété intellectuelle, elle est insuffisante à justifier son transfert au réseau civil répressif et, simultanément, le maintien de la protection pénale du "droit de propriété corporelle"²²⁷⁷. Il faudrait alors, dans un souci de cohérence, envisager l'exclusion du droit de propriété du champ pénal pour considérer la protection du patrimoine uniquement sous l'angle des intérêts privés. Une deuxième hypothèse de redéfinition du champ du droit pénal peut être envisagée. Celle-ci implique une réforme complète du droit pénal, une recomposition lui permettant de se substituer à la matière pénale. Sa mise en œuvre ne serait alors plus dépendante de la réaction de l'Etat et soumise à la condition d'une atteinte à l'ordre public. En tant qu'instrument politique d'organisation de la cité, le droit pénal acquerrait de nouvelles fonctions, à l'instar de la fonction de réparation²²⁷⁸. Dans cette perspective, Madame le Professeur Poncela explique que le droit pénal incarnerait alors l'« *organisation d'un système de peines sanctionnant certains rapports qui viennent à s'établir entre l'Etat et les particuliers selon une relation plus ou moins directe* »²²⁷⁹.

²²⁷⁴ M. van de Kerchove, *Le droit sans peines*, (...), op. cit., p. 348.

²²⁷⁵ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 18.

²²⁷⁶ Voir *infra* n° 958.

²²⁷⁷ Sur cette notion, voir *supra* n° 6.

²²⁷⁸ Sur la diversification des fonctions de la peine : B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 42, 2007, n° 25 et s., p. 14 et s.

²²⁷⁹ P. Poncela, « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », in *Philosophie pénale*, Arch. philo. dr., Sirey, 1983, t. 28, p. 123-135, spéc. p. 134.

847. Les effets de la politique de répression sur le droit - La politique criminelle, menée en droit de la propriété intellectuelle, accordant aux individus l'initiative de la protection de leurs intérêts et désengageant l'Etat dans la protection de l'ordre public qui résulte de l'existence de ce droit, a une incidence sur la notion de propriété intellectuelle, certes encore ténue, mais qui mérite d'être prise au sérieux.

B- L'incidence du droit civil répressif sur la notion de propriété intellectuelle

848. Les interrogations sur la valeur du droit de la propriété intellectuelle - En étant mise en œuvre par le juge civil et en s'attachant à la protection des intérêts privés, tout en se désintéressant du trouble porté à l'ordre public, la répression des atteintes aux droits de propriété intellectuelle prend un sens nouveau. L'adoption du droit civil répressif marque la disparition de la manifestation collective de la désapprobation de la contrefaçon, substituée par la désapprobation individuelle²²⁸⁰. Pourtant, à l'origine de sa création, l'Etat s'est engagé, par le contrat social, à garantir la sécurité des personnes et des biens. Le désengagement de l'Etat dans la protection du droit de la propriété intellectuelle va à l'encontre du contrat social, sauf à considérer qu'il ne constitue plus une valeur-fin essentielle à notre société. Le remplacement du droit pénal par le droit civil répressif pour protéger le droit de la propriété intellectuelle semble nier une telle valeur ainsi que l'existence de l'organisation sociale autour de celle-ci. L'adoption de ce nouveau réseau de responsabilité constitue le symbole de l'affaiblissement du droit de la propriété intellectuelle et le renforcement de son isolement par rapport au droit de propriété physique.

849. Le déplacement de la protection sur les conséquences indirectes de la contrefaçon - Les dommages-intérêts et l'amende civile ont moins pour objet de sanctionner le contrefacteur en raison de l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, que de le priver des bénéfices qu'il aura obtenu. La vocation principale de ces sanctions est d'anéantir la lucrativité de la contrefaçon. En externalisant les fonctions de sanction et de dissuasion du droit pénal, le législateur a manqué l'occasion d'instituer une véritable protection du droit, fondée sur sa valeur et non sur les conséquences indirectes de ses atteintes. Un phénomène similaire sera observé quant à la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle, davantage justifiée par les conséquences indirectes de la contrefaçon que par l'atteinte à cette valeur sociale essentielle²²⁸¹.

²²⁸⁰ Dans sa thèse de doctorat, Monsieur Jault observe, de manière générale, ces effets de la peine privée, puisqu'il affirme qu'elle atténue fortement la perception de l'atteinte à l'ordre social : A. Jault, *La notion de peine privée*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 442, 2005, n° 24 et s., p. 16 et s.

²²⁸¹ Voir *infra* n° 1030 et s.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

850. Le droit civil répressif constitue une dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle et rend incertain l'avenir de son droit pénal spécial. De son ineffectivité à son abrogation par le législateur, la réduction de son champ aux infractions aux conséquences dangereuses pour les tiers ou pour l'Etat est prévisible. Ce choix de politique criminelle, consistant en une répression horizontale des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, traduit les nombreuses interrogations quant à la valeur de ce droit et contribue à son isolement par rapport au droit de propriété.

CONCLUSION DE LA SECTION III

851. Le droit de la propriété intellectuelle est topique du séisme qui ébranle le domaine de la responsabilité juridique. La confusion des fonctions des réseaux traditionnels, par l'externalisation des fonctions de dissuasion et de répression remet en cause leur organisation. Le parallélisme observé en droit de la propriété intellectuelle incite à envisager la fusion du droit de la responsabilité civile et du droit de la responsabilité pénale. Dans cette branche du droit, le droit civil répressif serait alors privilégié. Toutefois, les conséquences d'une telle fusion, sur le droit de la propriété intellectuelle, ne doivent pas être négligées. Le désengagement de l'Etat de la répression des actes de contrefaçon, au profit de l'action des titulaires des droits, subordonne la protection de l'ordre public à la volonté de ceux-ci de défendre leurs intérêts particuliers. A l'incertitude d'une protection effective de ce droit, s'ajoute un affaiblissement de sa valeur sociale.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

852. En instaurant, en droit de la propriété intellectuelle, des mesures organiquement civiles, mais substantiellement pénales, le législateur a cherché à contourner la complexité du droit pénal et les droits et principes fondamentaux qui l'entourent. Pourtant, leur appartenance à la matière pénale rend vaine cette stratégie. Cette issue ironique, permise par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, avait été constatée par Madame le Professeur Delmas-Marty, qui écrivait que « *ce n'est pas la moindre des contradictions que de constater que la dépénalisation²²⁸² participerait ainsi à la promotion des principes issus du droit pénal en un droit commun du contrôle social* »²²⁸³. De surcroît, sources de nombreux bouleversements du droit de la responsabilité civile, ces instruments se révèlent être inefficaces à résoudre les difficultés rencontrées par le droit de la propriété intellectuelle, notamment le caractère lucratif des actes de contrefaçon. Le droit civil répressif, dont les contours apparaissent nettement en droit de la propriété intellectuelle constitue, certes, une réponse du législateur au paradoxe auquel est confronté le droit pénal de la propriété intellectuelle, mais se révèle impuissant à protéger efficacement ce droit. Figurant, aussi, la remise en cause de l'essentialité de sa valeur sociale, il semble que cette réponse ne constitue pas une solution appropriée.

²²⁸² Le terme dépénalisation a pour sens, précédemment étudié, de substitution d'un réseau civil ou administratif au réseau pénal.

²²⁸³ M. Delmas-Marty, « Les contradictions du droit pénal », *RSC* 2000, p. 1.

CONCLUSION DU TITRE I

853. Face au paradoxe du droit pénal de la propriété intellectuelle, le législateur a entrepris d'externaliser les prérogatives et fonctions du droit pénal, pour en faire bénéficier le droit civil et le droit administratif. De l'étude de la confusion des fonctions des réseaux de responsabilités, dont se nourrit la matière pénale pour prospérer, apparaît, en droit de la propriété intellectuelle, la primauté du droit civil répressif. Un nouveau paradoxe paraît alors, protéger ce droit par « *le droit pénal sans le droit pénal* »²²⁸⁴. Cette abolition des frontières des responsabilités et l'institution d'un nouvel ordre, fondé sur des réseaux aux fonctions identiques, n'est pas spécifique au droit de la propriété intellectuelle. L'HADOPI, autorité administrative indépendante, a été pertinemment créée pour endiguer la massification des atteintes au droit d'auteur et droits voisins sur Internet. La perte de sa fonction de sanction et de son autonomie par rapport à l'autorité judiciaire affaiblit néanmoins son intérêt. Dépendant de l'autorité judiciaire pour le prononcé des sanctions au terme de sa réponse graduée, la Haute autorité est réduite, en ce domaine, à une fonction de pédagogie et de dissuasion. Pourtant, il a été démontré que la réattribution d'une fonction de sanction serait justifiée. Ainsi, dans le respect des principes fondamentaux attachés à la matière pénale, elle pourrait exercer la répression des contraventions de négligence caractérisée. L'attribution d'une telle fonction au droit de la responsabilité civile semble plus délicate. La matière pénale révèle la concurrence entre les mesures civiles répressives et les peines instaurées par la loi pénale. La profusion de normes répressives conduit à leur paralysie. De surcroît, l'adoption du droit civil répressif marque l'incohérence de la politique criminelle et de la politique économique. Les auteurs, favorables au maintien de la distinction entre le droit de la responsabilité civile et le droit de la responsabilité pénale, désapprouvent le transfert de la fonction de sanction au droit civil par le truchement de dommages-intérêts punitifs ou d'une amende civile²²⁸⁵. En effet, nonobstant le recentrement sur la protection des intérêts privés, il apparaît contradictoire de fonder le développement économique de l'Etat sur la créativité et l'innovation et, simultanément, de le désengager de la protection du droit de la propriété intellectuelle. Il eut été plus opportun de réformer le droit pénal afin qu'il acquière l'efficacité nécessaire à la protection du droit de la propriété intellectuelle. Le législateur aurait pu ne pas céder au chant des sirènes du droit civil répressif et aller à contre-courant du débordement de la répression du lit du droit pénal en repensant la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle.

²²⁸⁴ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 36, spéc. n° 34.

²²⁸⁵ M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, p. 1839-1844 ; B. Brun et M.-E. Oppelt-Reveneau, « Améliorer le contentieux de la contrefaçon : du souhaitable au possible », *Propri. ind.* 2004, n° 6, ét. 11 ; E. Dreyer, « la faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, n° 43, doct. 201 – En droit commun de la responsabilité civile : Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 1 ; N. Rias, « L'amende civile : une fausse bonne idée ? A propos de l'avant-projet portant réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 2072.

TITRE II
LE DROIT DE PROPRIETE, VECTEUR DE COHERENCE
DE LA MATIERE PENALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

854. Le flou de la matière pénale de la propriété intellectuelle - Les normes protégeant le droit de la propriété intellectuelle sont de nature répressive et seulement certaines sont organiquement pénales. L'étude de leurs interactions a révélé leur structure en réseau. Cependant, ces interactions confinent aux conflits normatifs et leur appréhension par la matière pénale démontre qu'ils tendent à la paralysie de la protection des droits. Outre ces observations sur l'entremêlement des normes, le droit pénal de la propriété intellectuelle, droit historique de protection du droit de la propriété intellectuelle, est ineffectif. Le constat de la protection défailante du droit de la propriété intellectuelle amène à s'interroger sur les vecteurs de cohérence de la matière pénale de la propriété intellectuelle. De surcroît, les évolutions jurisprudentielle et législative des infractions du livre troisième du code pénal, menées grâce à une protection des informations sans considération de leur nature, incite à reconsidérer la protection pénale du droit de propriété. Ces deux séries d'observations permettent d'envisager l'élaboration d'un droit pénal commun aux différents régimes juridiques du droit de propriété, notamment au droit de la propriété intellectuelle.

855. L'éclaircissement par le droit de propriété - Une telle proposition exige de démontrer que le droit de propriété intellectuelle est un droit de propriété et qu'il est légitime à recevoir une protection pénale. Afin de pouvoir mener l'opération de qualification de ce droit, il sera nécessaire de remonter aux origines naturelles du droit de propriété. Le rapport propriétaire aux choses naît naturellement et préexiste à toute intervention étatique. Il est observé lors de la création des biens, objets de droits de propriété intellectuelle. Cette analyse permet en outre de consolider la légitimité de l'existence du droit de la propriété intellectuelle. Le rôle de l'Etat se limite donc à reconnaître l'existence de ce droit et à en organiser le régime juridique afin qu'il soit exercé conformément à ses fonctions sociales. La valeur sociale du droit de la propriété intellectuelle, conférée par sa qualification de droit de propriété, exige, aussi, une protection pénale de la part de l'Etat. Celle-ci est pourtant fortement critiquée et la dépenalisation juridique du droit de la propriété intellectuelle ainsi que l'externalisation des fonctions du droit pénal au profit de normes répressives mettent exergue le désengagement de l'Etat dans la sanction des infractions aux droits. Pourtant, valeur sociale essentielle, le droit de la propriété intellectuelle, tant en raison de sa nature que de celle du droit pénal, apparaît légitime à être pénalement protégé. La reconstruction de la légitimité de l'existence de ce droit et de sa protection pénale et la démonstration de sa juste qualification de droit de propriété constituera le socle de la mise en cohérence de la matière pénale de la propriété intellectuelle.

Le droit de propriété, constituant un des trois piliers du droit²²⁸⁶, cette « *prérogative politiquement fondamentale* »²²⁸⁷, ne dispose pas d'un droit pénal unifié. Pourtant, l'adaptation des infractions du livre troisième du code pénal aux biens incorporels et, de surcroît non rivaux, et les concours de qualifications avec les infractions du code de la propriété intellectuelle nés de leur recentrement sur le droit de propriété, laisse entrevoir la possibilité d'un droit pénal commun. La qualification du droit de propriété intellectuelle de droit de propriété (CHAPITRE I) permet de dépasser la protection pénale de ce droit, par la création d'un droit pénal de la propriété, vecteur de cohérence de la matière pénale de la propriété intellectuelle (CHAPITRE II).

²²⁸⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 255, p. 345 et s.

²²⁸⁷ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 165, p. 261.

CHAPITRE I

Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété

*« De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation,
celle dont l'accroissement ne peut blesser l'égalité républicaine,
ni donner d'ombrage à la liberté,
c'est sans contredit celle des productions du génie
et si quelque chose doit étonner,
c'est qu'il a fallu reconnaître cette propriété,
assurer son libre exercice par une loi positive »²²⁸⁸*

856. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété d'origine naturelle -

Les régimes juridiques des droits de la propriété intellectuelle ont été élaborés avant qu'une réflexion soit menée sur la qualification de ce droit. Cette construction, inverse de la logique juridique, qui commande, d'abord, de qualifier, puis, d'adopter le régime juridique correspondant à cette qualification, est source de vifs débats sur la qualification de ce droit. Il faut alors remonter aux origines des sociétés pour constater que le rapport propriétaire des hommes aux choses naît naturellement. L'Etat, dont l'existence repose sur le contrat social conclut par les membres d'une société pour conférer une organisation juridique à leur groupe social, se limite à reconnaître l'existence d'un droit de propriété (SECTION I). Cette démonstration constituera le fondement de la qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété. L'étude comparative des caractéristiques du droit de propriété et du droit de la propriété intellectuelle permet de vérifier cette qualification. Contrairement à ce qui peut être soutenu, la nature des créations intellectuelles ne forme pas un obstacle à cette qualification, elle n'exige qu'une adaptation du régime juridique, lequel n'est pas éloigné du régime juridique énoncé au code civil (SECTION II).

²²⁸⁸ J. Lakanal est rapporteur de la loi des 19 et 24 juillet 1793, cité par A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 326.

SECTION I - Les origines naturelles du droit de propriété

857. De Locke à Kelsen, les origines du droit de propriété - L'opération de qualification du droit de la propriété intellectuelle impose de remonter aux origines du droit de propriété. Cette démarche conduit à adopter une conception jusnaturaliste du droit. L'observation de l'apparition du droit permet de comprendre le rôle de l'Etat dans la détermination des régimes juridiques du droit de propriété. L'instabilité de la qualification du droit de la propriété intellectuelle procède d'une conception positiviste du droit. L'Etat, source du droit et de sa légitimité, accorde et confisque les droits sans que ces changements puissent être contestés. La crise traversée par le droit de la propriété intellectuelle, et principalement par le droit d'auteur et les droits voisins, est due à cette conception. L'Etat découvre des exceptions et limites à ces droits, mais l'origine positiviste du droit de la propriété intellectuelle empêche d'en contester leur légitimité. *A contrario*, la théorie jusnaturaliste dissocie la légitimité du droit, de l'organe qui en établit le régime. A la lumière des raisonnements de ses théoriciens, le droit de la propriété acquiert une stabilité dans son existence et impose à l'Etat de déterminer ses régimes juridiques conformément à ses fonctions sociales. L'étude des origines du droit (PARAGRAPHE I), permet donc de fonder la légitimité de l'existence du droit de propriété (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - L'existence du droit, entre théorie du droit naturel et positivisme

858. La légitimité du droit fondée sur la théorie du droit naturel - Plusieurs théories philosophiques tentent de démontrer la légitimité du droit, mais nombreuses sont celles qui ont recours aux arguments d'autorité pour contourner les difficultés. Deux d'entre elles, la théorie du droit naturel, devenu le jusnaturalisme, et le positivisme, sont d'un intérêt majeur en raison de leur forte influence sur la conception contemporaine du droit. Monsieur le Professeur Sérioux définit le jusnaturalisme comme « *le résultat de l'effort de la raison pour découvrir le fondement objectif de la distinction entre le bien et le mal, le juste et l'injuste, le droit et le tordu* » et l'oppose au positivisme, qui considère les règles de droit comme le « *fruit de la volonté des gouvernants de la cité ou de celle des gouvernés à travers la formation d'un consensus* »²²⁸⁹. Le positivisme est donc fondé sur la foi en la légitimité de l'autorité, qui crée des normes obligatoires et y attache des sanctions, tandis que le jusnaturalisme est fondé sur la raison, cherchant à démontrer objectivement la légitimité de ces règles, indépendamment de l'organe qui les établit. L'étude de ses deux théories démontre que celle du droit naturel constitue le fondement philosophique de la légitimité du droit (I), laquelle a influencé l'adoption, par la doctrine juridique moderne, du critère de finalité du droit (II).

²²⁸⁹ A. Sérioux, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ? 1993, p. 7.

I- La théorie du droit naturel, fondement philosophique de la légitimité du droit

859. L'échec du positivisme dans la justification de la légitimité du droit - Le terme légitime est apparu au XIII^{ème} siècle et a été emprunté au latin *legitimus* qui signifie « *fixé par la loi, légal, conforme aux règles* »²²⁹⁰. Certes, est légitime un acte conforme à une règle légale, mais la règle, elle-même, est-elle légitime ? Les positivistes estiment que la formalisation de la règle dans une loi forge sa légitimité. Une règle tire sa légitimité de l'organe qui la crée, le législateur, et de l'acte formel qui la déclare, la loi. Ce raisonnement ne permet toutefois pas de démontrer la légitimité du contenu de la règle. Le législateur peut-il adopter une règle dont la substance ne serait pas légitime ? Kelsen a tenté d'établir la légitimité du droit²²⁹¹. Dans sa conception pyramidale, la légitimité des normes émane de la norme supérieure, la norme hypothétique fondamentale conditionnant tout le système hiérarchique. Cette norme, contrairement à toutes les autres, n'a pas besoin d'être fondée, car elle n'est pas juridique, elle est extérieure au droit et n'est que supposée, sans pour autant être fictive²²⁹². En effet, la norme fondamentale existe car le droit est effectif, effectivité pourtant elle-même supposée. Si l'importance des idées de Kelsen dans la conception moderne du droit n'est plus à démontrer, deux éléments fondant sa théorie, la norme fondamentale et l'effectivité du droit, ne sont cependant que supposés, ce qui la rend fragile. Kelsen ne justifie pas en quoi la décision des gouvernants d'exclure ou de recommander l'adoption d'un comportement est légitime, car il ne démontre pas la légitimité du contenu de la norme hypothétique fondamentale, cette légitimité étant affirmée par un argument d'autorité. Dès lors, apparaissent les limites du formalisme et du positivisme dans la justification de la légitimité du droit. Les théories positivistes sont donc focalisées sur la démonstration de la supériorité de la loi et de son exclusivité dans la création du droit, au détriment de la démonstration de la légitimité de son contenu.

860. Le succès de la théorie du droit naturel dans la justification de la légitimité du droit - La nature forme, pour les philosophes grecs, un critère de distinction du bien et du mal, du juste et de l'injuste. Aristote, notamment, observe les règles de conduite sociale à travers le prisme de la nature, afin d'identifier celles qui peuvent être conservées et celles qui doivent être abandonnées ou modifiées. Il a ainsi démontré que certaines formes d'esclavage étaient injustes, car contre nature. Il explique que la nature fonctionne selon la théorie de la causalité, qui comprend quatre causes : la cause matérielle, permettant d'identifier la composition de la chose observée ; la cause formelle, indiquant son processus de création ; la cause efficiente, désignant le créateur de la chose ; la cause finale, qui est l'utilité, l'essence de la chose²²⁹³. La nature d'une chose réside dans sa finalité ; or la fin vers laquelle tend toute chose, qui lui est inhérente,

²²⁹⁰ E. Baumgartner et P. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996.

²²⁹¹ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, chap. 13, p. 63-64.

²²⁹² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 201-206.

²²⁹³ Aristote, *Physique*.

est la perfection. Ce mouvement vers le Bien, inhérent aux choses, justifié par le fait que les choses sont, téléologiquement conformes à leur fin, à leur valeur²²⁹⁴, a été conceptualisé par Aristote dans Métaphysique sous le nom d'entéléchie²²⁹⁵. Une chose n'est cette chose que lorsqu'elle a atteint la finalité recherchée. Pour reprendre l'exemple donné par Monsieur le Professeur Sériaux²²⁹⁶, une chaise n'est une chaise que lorsqu'il est possible de s'y asseoir. Une chose conforme à sa fin, à sa nature, est alors parfaite et nécessairement juste. Le juste est une notion objective pour les théoriciens du droit naturel. Par conséquent, n'étant droit que ce qui est juste et n'étant juste que ce qui est conforme à la nature, Aristote considère que n'est droit que ce qui est conforme à la nature. Puisque le droit est nécessairement conforme à la nature, il est légitime. Cette théorie fut reprise et étayée par Saint Thomas d'Aquin qui affirme que la nature ne pouvant être injuste ou mauvaise, le droit ne peut être injuste. Par conséquent, une loi injuste n'est pas une loi. Le droit étant nécessairement juste, il est légitime. Il est conçu par la philosophie aristotélico-thomiste comme une qualité et non, uniquement, comme une science d'organisation de la société. Le droit naturel ne constitue donc pas un ensemble de règles, un catalogue de droits subjectifs²²⁹⁷. Le droit naturel ne s'apparente pas à ce qui a, ensuite, été appelé par les philosophes jusnaturalistes de l'Ecole moderne du droit naturel, les droits naturels. Le droit est insaisissable, il figure la mesure des choses. Nécessairement objectif, il demeure extérieur aux hommes, car la nature, dont il provient, n'est pas à la maîtrise des hommes. S'inscrivant dans la lignée d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin, Villey considère que le droit naturel est une méthode²²⁹⁸. Le droit ne se décide pas arbitrairement par les hommes. Le droit naturel, en tant que mesure nécessairement juste des choses, se confond avec l'équité et s'oppose *a priori* au droit positif, qui ne découle pas de la nature des choses, mais d'un accord entre les membres du groupe et le gouvernant faisant naître la règle en raison de la satisfaction qu'elle apporte au groupe. Cette distinction est clairement effectuée par Saint Thomas d'Aquin²²⁹⁹. La théorie aristotélico-thomiste considère que les normes prennent donc leur source dans la nature des choses et dans leur finalité. Le "*sollen*", le devoir-être, trouve sa légitimité dans le "*sein*", l'être, ces deux aspects de la norme étant étroitement dépendants²³⁰⁰.

²²⁹⁴ Platon, *Phédon*, Les Belles Lettres, 1995, n° 65, p.14 et s.

²²⁹⁵ Aristote, *Métaphysique*, I, 7.

²²⁹⁶ A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ? 1993, p. 11.

²²⁹⁷ Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016, p. 213.

²²⁹⁸ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 145-146. Dans le même sens, Monsieur le Professeur Sériaux définit le droit naturel comme « *la mesure [...] qui se dégage très objectivement de la nature même de la relation interpersonnelle au sein de laquelle l'on recherche le bon ajustement entre les êtres en relation* » et précise que « *la mesure immanente à la relation envisagée, celle que l'on découvre à l'étude de la nature des choses* » : A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ? 1993, p. 33-34.

²²⁹⁹ Saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, IIa-IIae, q. 57, art. 2 (<http://www.thomas-d-aquin.com/Pages/Traductions/STIIa-IIae.pdf>).

²³⁰⁰ Les racines de cette théorie sont plongées dans la philosophie de Platon qui considère qu'une chose est bonne lorsqu'elle est telle qu'elle doit être. Par conséquent, le Bien étant le vrai, le devoir-être, l'idée en tant que norme, est identifiée à l'être : Platon, *La République*, Garnier-Flammarion, 1966, livre VI, 508b-509a, p. 266 et livre VII, 517b-518c, p. 276.

861. Le droit naturel et le droit positif, deux droits complémentaires - S'opposant à la théorie du droit naturel, Kelsen, dans les pas de Hume²³⁰¹, a instauré une distinction entre « *ce qui est* », phénomène naturel fondé sur la causalité, et « *ce qui doit être* », phénomène juridique fondé sur l'imputabilité et la coercition. Il affirme que, « *puisque quelque chose peut être qui n'est pas prescrit par une norme et que quelque chose, qui n'existe pas – en réalité –, peut être prescrit par une norme, alors on ne peut pas inférer de ce que quelque chose est que quelque chose doit être, et l'on ne peut pas inférer de ce que quelque chose doit être que quelque chose est* » et conclut que « *l'être et le doit-être sont mutuellement dans un rapport de dualisme irréductible* »²³⁰². Kelsen, par cette distinction, retire au "sollen" la légitimité qui lui était conférée par le "sein" dans la théorie du droit naturel. Le Doyen Carbonnier s'inscrit dans la conception kelsenienne en affirmant que la norme ne peut se déduire des faits, car elle implique un jugement de valeur porté sur eux. Or, celui-ci ne peut être émis qu'en vertu d'un critère extérieur aux faits. Il affirme qu'il existe une « *antithèse absolue entre l'être et le devoir-être* »²³⁰³. Pourtant, selon les théoriciens du droit naturel, la qualification de droit positif n'exclut pas la qualification de droit naturel, ces deux conceptions pouvant même être complémentaires. En effet, le fait que la loi soit, à partir du XIV^{ème} siècle, caractérisée par son impérativité, sa dimension contraignante, émanant de celui qui en détient le pouvoir²³⁰⁴, n'exclut pas la possibilité qu'elle soit conforme au droit naturel et, donc, qu'elle soit juste. Certes, le droit, savoir socialement reconnu, a muté en pouvoir socialement imposé²³⁰⁵, mais cette conception du droit demeure silencieuse sur son caractère juste. En effet, l'étude de la loi dans sa composante impérative et issue du pouvoir législatif, ne s'attache pas à la légitimité de la règle de droit exprimée dans la loi. La règle de droit est légitime, car elle est issue du pouvoir législatif. Toutefois, cette légitimité porte sur le caractère impératif de la règle. Son existence puise sa légitimité dans le fait qu'elle a été créée par le législateur, auquel le peuple a conféré ce pouvoir. Cependant, est légitime une règle dont le contenu est juste ; or ce n'est pas l'organe de création de la loi qui confère à la règle son caractère juste et droit. Le caractère juste d'une règle est indépendant de l'organe qui la crée. Il provient de la conformité de la règle avec la nature des choses. Ce qui trouble le lien entre la loi et le droit naturel est le fait de voir dans la

²³⁰¹ D. Hume, *Traité de la nature humaine*, Garnier Flammarion, 1999, spéc. Livre III La morale.

²³⁰² H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, chap. 17, p. 79.

²³⁰³ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 286.

²³⁰⁴ La conception duale du droit, envisagé comme loi ou comme pouvoir, instaurée par Guillaume d'Occam a été reprise par Suarez, Grotius, Pufendorf et Hobbes. Puis, Kant a distingué le droit « *science systématique* » du droit « *faculté (morale) de contraindre autrui à un devoir* » (E. Kant, *Métaphysique des mœurs. Première partie Doctrine du droit*, Vrin, 5^e éd., 1993, *Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit, Division de la doctrine du droit*, § B, p. 111 et s.) et Hegel a différencié le droit subjectif de la loi (G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 2006, n° 211-214, p. 221-225). Cette différence sera reprise par les juristes du XX^{ème} siècle, qui établissent la distinction entre le droit subjectif, attribut conféré à un individu sujet de droit, et le droit objectif, la règle de droit exprimée dans la loi, « *la Volonté d'un Supérieur, par laquelle il impose à ceux qui dépendent de lui l'obligation d'agir d'une certaine manière qu'il leur est prescrit* » (S. Pufendorf, *Droit de la Nature et des Gens*, Presses universitaires de Caen, 2009, t. 1, Livre I, chap. VI, § IV, p. 89).

²³⁰⁵ A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ? 1993, p. 71.

loi une contrainte extérieure sur les individus²³⁰⁶, alors qu'issue du droit naturel, une telle contrainte ne serait pas nécessaire. Néanmoins, cette vision de la société paraît idéaliste car, bien que le droit soit juste en raison de sa conformité à la nature des choses, il est toujours des individus réfractaires à son respect. Une contrainte, concrétisée par la menace d'une sanction, semble alors nécessaire pour assurer son respect. Le fait que la loi soit envisagée comme une contrainte extérieure, issue de l'exercice du pouvoir législatif, n'exclut pas sa conformité au droit naturel. Le droit naturel peut constituer le critère de légitimité du droit positif, l'instrument de contrôle du caractère juste des règles énoncées par le droit positif. Il peut avoir une fonction de fondement théorique du droit positif, en assurant l'adhésion du plus grand nombre à ses règles et, ainsi, de leur respect.

862. L'insuccès de la théorie du droit naturel dans la doctrine juridique moderne - La théorie du droit naturel est reçue avec circonspection par les philosophes et juristes modernes, en raison de la dimension religieuse qui lui a été ajoutée par Saint Thomas d'Aquin²³⁰⁷. Bien qu'Aristote n'en fasse pas expressément mention, Saint Thomas d'Aquin fonde explicitement le droit naturel sur la raison divine qui a fait de l'homme « *une créature raisonnable* »²³⁰⁸. Le droit naturel prend sa source dans le droit divin, tout en lui étant distinct. Cette empreinte de la religion dans la conceptualisation du droit a donc freiné l'adoption et le développement de cette théorie. Pourtant, la théorie de la causalité élaborée par Aristote, expliquant que la nature d'une chose réside dans sa finalité, paraît davantage fondée sur la science que sur la religion. Des philosophes ont alors tenté de rationaliser le droit naturel. Ainsi, Grotius, dans les traces de Suarez, distingua le droit naturel, constitué de principes clairs et évidents par eux-mêmes, créé par Dieu,²³⁰⁹ du droit des gens, fondé sur la volonté de tous de s'obliger, créé par le législateur²³¹⁰. Ce n'est alors plus la raison divine qui indique ce qui est bien ou mal, mais la raison humaine. Kant fera, aussi, de la raison humaine la source de la loi²³¹¹, sans toutefois expliquer l'existence du droit. Dans une conception laïque de cette théorie, la finalité des choses serait alors déterminée par le raisonnement humain objectif et non imposée par la volonté de Dieu. Les choses n'existeraient donc pas par la simple volonté de Dieu, mais en raison de phénomènes physiques extérieurs aux hommes ou par la volonté des hommes créant ces choses. Suivant cette évolution de la théorie du droit naturel, certains juristes ont alors fait de la finalité du droit le critère de légitimité de son contenu.

²³⁰⁶ E. Kant, *Métaphysique des mœurs. Première partie Doctrine du droit*, Vrin, 5^e éd., 1993, Introduction, § E, p. 106 et s.

²³⁰⁷ Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016, p. 88.

²³⁰⁸ Saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, Ia-IIae, q. 90-97, Desclée, 1935, spéc. q. 91, art. 2.

²³⁰⁹ Une distorsion du droit naturel tel que pensé par Aristote et Saint Thomas d'Aquin s'observe ici. Grotius considère le droit comme un ensemble de règles tandis que les fondateurs du droit naturel l'envisagent comme un instrument de mesure, dépourvu de contenu particulier.

²³¹⁰ H. Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, PUF, coll. Léviathan, 1999, livre I, chapitre I, § XII, p. 41 et s. et H. Grotius, *Discours préliminaire*, n° 40.

²³¹¹ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, deuxième section.

II- La finalité du droit, fondement juridique de la légitimité du droit

863. La théorie du droit naturel, mère du critère de finalité du droit - Selon la conception aristotélico-thomiste, le droit est une mesure, ce n'est pas un titre²³¹². La recherche de la juste mesure dans les rapports interpersonnels implique de trouver un équilibre entre les droits subjectifs, lesquels devront, nécessairement, souffrir de quelques exceptions. L'équilibre des droits, permettant, aussi, de garantir leur effectivité, tend, inéluctablement, à les limiter, car les droits sont parfois vecteurs d'intérêts opposés. Dès lors, chaque droit, dans son principe ou dans sa mise en œuvre, a pour limite un autre droit. Ainsi, Saint Thomas d'Aquin explique que la propriété privée est, certes, nécessaire pour une saine administration des biens économiques, mais peut être réévaluée dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, en cas de disette, la communauté des biens peut être réinstaurée²³¹³. Cette adaptation du droit est justifiée lorsque l'application du principe va à l'encontre de la fin qu'il poursuit. Saint Thomas d'Aquin fait alors la distinction entre l'esprit et la lettre de la loi²³¹⁴.

864. L'adoption du critère de finalité du droit par la doctrine juridique moderne - La réflexion portant sur l'esprit de la loi ou, plus largement, l'esprit du droit, a conduit Josserand à développer la théorie de la relativité des droits²³¹⁵. Il soutient que le droit n'est pas instauré *ex nihilo* par l'Etat, qu'il constitue un produit social. Il affirme que « *toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir* »²³¹⁶. Rejetant tout positivisme, il estime que le droit préexiste à l'Etat, les règles provenant de la volonté collective, qui leur confère leur caractère obligatoire. Celui-ci n'est pas la source unique du droit, mais en est l'administrateur et assure son respect par un système de contrainte étatique²³¹⁷. Les droits subjectifs étant des produits sociaux, ils doivent être exercés conformément à leurs finalités, leur mise en œuvre ne devant pas aller à l'encontre de l'équité²³¹⁸. Josserand, en suivant, avec toutefois quelques réserves²³¹⁹, la théorie de la socialisation des droits de Duguit, explique qu'« *à chaque fois qu[e l'homme] exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste*²³²⁰, *c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser* »²³²¹. C'est

²³¹² Voir *supra* n° 860.

²³¹³ Saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, Ia-IIae, q. 90-97, Desclée, 1935, spéc. q. 96, a. 7, conclusion.

²³¹⁴ R. Sève, *Leibniz et l'Ecole moderne du droit naturel*, PUF, 1989, p. 148-149.

²³¹⁵ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939).

²³¹⁶ *Id.*, n° 292, p. 394.

²³¹⁷ *Id.*, n° 16, n° 236, n° 245, n° 257.

²³¹⁸ *Id.*, n° 3, p. 4.

²³¹⁹ Josserand ne rejette pas la notion de droits subjectifs car il considère que les hommes ayant des devoirs envers les autres, ceux-ci constituent des droits subjectifs pour leurs bénéficiaires : *Id.*, n° 237, n° 242.

²³²⁰ Le droit de propriété est considéré comme étant le droit le plus égoïste – *Id.*, n° 8, p. 9.

²³²¹ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939), n° 5, p. 7.

ainsi que l'auteur plaide pour une mesure entre la lettre, l'esprit de la loi et l'équité²³²². Les droits subjectifs, constituant des « *prérogatives sociales* », doivent être exercés pour des motifs corrects, en vue de fins légitimes²³²³. Le titulaire d'un droit, qui s'écarterait de sa finalité, produirait un abus de droit, ou un détournement du droit²³²⁴, un « *acte antifonctionnel* » contraire à l'esprit du droit subjectif en question²³²⁵. La théorie de la relativité des droits s'élève donc contre l'absolutisme des droits subjectifs, conceptualisé par les Révolutionnaires malgré la présence de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²³²⁶. Cette conception, selon laquelle les droits doivent être exercés conformément à leur finalité, à leur but social, sous peine de devenir illégitimes, n'est pas sans rappeler la conception aristotélicothomiste du droit²³²⁷. La Cour européenne des droits de l'homme l'applique aux droits fondamentaux, en imposant qu'ils soient mis en œuvre proportionnellement au but recherché. Prendre en considération la fonction sociale d'un droit permet de le « *mettre en perspective* » par rapport aux autres droits concurrents, « *d'identifier un impératif de mesure et d'équilibre dans [sa] conception et [sa] mise en œuvre* » et, ainsi, de l'inscrire dans un ordre juridique²³²⁸. Les droits subjectifs doivent être équilibrés, afin que les intérêts opposés puissent coexister²³²⁹. Dès lors, cet équilibre permet à la société de réaliser sa finalité, le bien commun²³³⁰. L'individu doit pouvoir profiter du bien commun pour réaliser une partie de son bien individuel. Aristote considère que le bien commun est réalisé dès lors qu'il règne dans la société, la paix, la justice et l'amitié, ces trois éléments étant cumulatifs. La paix ne peut être réalisée qu'au moyen de la justice qui, elle-même, ne peut être acceptée par les citoyens que si elle est dispensée avec amitié, cette « *bienveillance réciproque* » chère à Aristote²³³¹ et qui retrouve une certaine vigueur aujourd'hui avec la notion d'équité processuelle²³³². Un droit n'est légitime que s'il participe du bien commun et assure l'ordre social.

865. A la recherche de la fonction sociale des droits - La difficulté réside dans l'identification de la fonction sociale de chaque droit. La fonction sociale étant le but dans lequel la règle a été fixée, il convient, comme le prescrivait Aristote, d'observer la finalité de celle-ci. Ce seront les travaux parlementaires, qui fourniront une telle indication. La fonction

²³²² *Id.*, n° 3, p. 4.

²³²³ *Id.*, n° 3, p. 5.

²³²⁴ *Id.*, n° 215, p. 245.

²³²⁵ *Id.*, n° 7, p. 8.

²³²⁶ La conception absolutiste des droits irrigue les législations anglo-saxonnes - *Id.*, p. 301 et s.

²³²⁷ Voir *supra* n° 863.

²³²⁸ Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, n° 9, chron., p. 510-516.

²³²⁹ C. du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1967, p. 19.

²³³⁰ Monsieur le Professeur Sériaux définit le bien commun comme « *l'ensemble des conditions qui permettent à chacun d'obtenir son épanouissement personnel* » : A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ? 1993, p. 14.

²³³¹ Aristote, *Ethique de Nicomaque*, Garnier-Flammarion, 1965, livre VIII, chap. 1 et 2, p. 207-210.

²³³² M. Herzog-Evans, « Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle "LJ-PJ-TJ" », *AJ Pénal* 2016, p. 129.

sociale des droits peut changer, évoluer, les travaux parlementaires réalisés au sujet d'une même problématique en sont une preuve tangible. En effet, Josserand explique que les droits sont des « *organismes vivants* »²³³³. Ils changent de finalité, d'esprit, en fonction des époques et corrélativement à l'évolution de la société et des mœurs. Il en conclut que « *le droit est fait pour et par la société, non la société pour le droit* »²³³⁴. Cette formule est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit d'étudier le droit de la propriété intellectuelle, ses limites et les sanctions pénales de ses violations.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

866. Bien que classiquement opposées, les conceptions positiviste et jusnaturaliste du droit se révèlent complémentaires. Le droit puise sa légitimité dans son origine naturelle et dans sa finalité. Le droit n'est juste que parce qu'il est conforme aux fins qu'il poursuit. Ce critère philosophique aristotélico-thomiste, dépassant les frontières de la discipline juridique, est adopté et adapté par les juristes. Les fonctions sociales du droit fondent sa légitimité et justifient que les droits subjectifs soient limités. Par ce prisme, le rapport propriétaire des hommes aux choses n'apparaît que reconnu par l'Etat et juridiquement traduit par l'existence d'un droit.

PARAGRAPHE II - De la propriété au droit de propriété

867. Le droit de propriété, un droit naturel limité - La propriété est naturellement née du rapport des hommes au travail de la terre, nécessaire à leur subsistance. Ce rapport des hommes aux choses, débordant aujourd'hui le seul enjeu de la survie, structure notre société. Le droit apparaît alors légitime à appréhender ce comportement et à en organiser les contours afin de maintenir la paix sociale. En reconnaissant l'existence d'un droit de propriété, l'Etat s'engage à le protéger. Les rédacteurs du code civil ont consacré, au droit de la propriété, deux de ses trois livres et, plus précisément, 1768 articles sur 2283²³³⁵. Messieurs les Professeurs Zenati et Revet en déduisent que le code civil constitue « *un véritable rite propriétaire* »²³³⁶. Droit naturel (I), le droit de propriété est reconnu par l'Etat, lequel organise son régime juridique à l'aune de ses fonctions sociales (II).

I- La légitimité de l'existence du droit de propriété fondée sur ses origines naturelles

868. La propriété à l'aune de l'anthropologie - Afin de démontrer que la propriété représente une valeur sociale essentielle déterminante de la finalité de notre société, il convient de s'intéresser à ses origines. Anthropologiquement, les hommes ont d'abord été des chasseurs-

²³³³ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939), n° 313, p. 422.

²³³⁴ *Id.*, n° 313, p. 423.

²³³⁵ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 1, p. 17.

²³³⁶ *Id.*, n° 169, p. 270.

cueilleurs. Vivant de la chasse, de la pêche et de la cueillette, les néandertaliens avaient un comportement nomade. Leurs déplacements étaient fonction des ressources qu'ils pouvaient trouver pour se nourrir. D'une part, ils suivaient le déplacement des animaux et, d'autre part, ils se déplaçaient au gré des produits que la terre leur offrait²³³⁷. Aux néandertaliens ont succédé les sapiens, dont les techniques de stockage des plantes, telles que le blé ou l'orge, ont permis une cueillette intensive et les ont incités à cultiver la terre qui avait déjà donné des fruits. Ainsi, a été développée l'agriculture²³³⁸. L'agriculture et le stockage des aliments ont rendu les déplacements inutiles, sédentarisant les hommes²³³⁹. Dès lors, ont été construites des habitations, qui ont favorisé les regroupements de populations et le développement des liens communautaires. Plusieurs centaines, voire milliers d'années plus tard, les hommes ont développé l'élevage²³⁴⁰. L'accumulation des biens et ressources nécessaires à leur survie, notamment produits par le travail des hommes, a fait naître le concept de propriété, appliqué aux habitations, aux terres cultivées ou dédiées à l'élevage, aux cheptels et aux stocks d'aliments²³⁴¹. La propriété est née du travail des hommes, notamment de la terre, effectué dans le but de se nourrir et, ainsi, d'assurer leur conservation. Les hommes s'approprient donc les choses qui leur sont utiles et susceptibles d'être convoitées par d'autres. Bien que ses contours varient, la propriété constitue une forme de rapport aux choses, présente à toutes époques et en tous lieux.

869. La propriété à l'aune de l'éthologie - L'appropriation de l'espace, dans lequel ils trouvent ou produisent les ressources destinées à leur survie, n'est pas un comportement spécifique aux hommes. Les animaux ont, aussi, un comportement territorial²³⁴². Les éthologistes observent la présence de deux zones d'évolution des animaux, le domaine vital, qui ne fait pas l'objet d'une propriété exclusive car régulièrement fréquentée par divers groupes d'animaux, et le territoire, situé à l'intérieur du domaine vital, formant une zone défendue contre tout animal étranger, quand bien même il serait de la même espèce²³⁴³. Le territoire constitue donc une propriété exclusive. Les éthologistes ont alors constaté que les animaux sont, naturellement, propriétaires. Pour la majorité des espèces, le territoire correspond au terrain de

²³³⁷ F. Bauduer, *Eléments d'anthropologie biologique*, Ellipses, 2013, p. 32 et s.

²³³⁸ *Id.*, p. 28-29 ; E. Crubézy, J. Braga et G. Larray, *Anthropobiologie, évolution humaine*, Masson, 2^e éd., 2008, p. 161.

²³³⁹ Les premières populations sédentaires sont les natoufiens, qui vécurent, de 13 000 à 9 500 avant J.-C., au Proche-Orient, dans la zone du Croissant fertile, propice à l'agriculture.

²³⁴⁰ E. Crubézy, J. Braga et G. Larray, *Anthropobiologie, évolution humaine*, *op. cit.*, p. 161 ; F. Bocquentin, « Premiers sédentaires du Proche-Orient », in *Origine et évolution des populations humaines*, O. Dutour, J.-P. Hublin et B. Vandermeersch (dir.), Comité des travaux historiques et scientifiques, 2005, p. 209 et s. ; F. Bauduer, *Eléments d'anthropologie biologique*, Ellipses, 2013, p. 37.

²³⁴¹ F. Bauduer, *Eléments d'anthropologie biologique*, *op. cit.*, p. 38.

²³⁴² J. Carbonnier voit dans le comportement des animaux la présence de phénomènes juridiques – J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 196.

²³⁴³ F. Bourlière, « Le territorialisme dans l'organisation sociale des vertébrés », in *Structure et physiologie des sociétés animales*, Colloque international du centre national de la recherche scientifique, Paris, mars 1950, CNRS, 1952, p. 201.

chasse de l'animal, zone plus ou moins étendue autour de son habitation. L'appropriation d'un territoire a pour principale fonction la survie de l'animal, car elle lui donne accès aux ressources nécessaires à son alimentation²³⁴⁴. Cette zone, délimitée par des odeurs informant les autres animaux de son appropriation, est défendue par la violence²³⁴⁵. La loi du dominant-dominé assure le respect des limites du territoire, objet d'une propriété exclusive.

870. L'homme propriétaire - L'anthropologie et l'éthologie démontrent que l'homme est, comme tout animal, propriétaire par nature. La propriété naît du besoin, pour les hommes, d'assurer leur survie. Elle est inclusive si les ressources sont suffisantes, mais devient exclusive si elles manquent ou si elles ont été produites par le travail. L'homme s'approprie donc un espace, autrefois le lieu de production de ses ressources alimentaires, aujourd'hui réduit à son habitation. Il s'approprie, aussi, les biens qu'il produit lui-même ou qu'il acquiert en raison de leur utilité. Ils peuvent être indispensables à sa survie ou simplement utiles à son confort. Ce comportement, aux racines profondes, confère à la propriété une valeur sociale essentielle.

871. La propriété, droit naturel de répartition des biens - Il a été démontré que l'appropriation des choses relève d'un comportement naturel des hommes, dont l'origine remonte à l'organisation des premières sociétés²³⁴⁶. Aristote considère alors que la propriété des biens est un droit naturel²³⁴⁷. Chacun doit pouvoir accéder aux fruits de la terre sans entrer en conflit avec les autres. L'usage paisible des biens de la terre est donc assuré par une juste répartition fondée sur le concept de propriété. Le droit de propriété a pour origine la jouissance paisible des utilités de la chose, la possibilité légitime de tirer un profit de la terre²³⁴⁸. Certes, la juste répartition des biens garantit, en principe, le respect par chacun de la propriété des autres, mais les hommes sont souvent déraisonnables. Il convient alors de rechercher ce qui garantit, en pratique, ce respect.

872. Aux origines philosophiques du droit de propriété - Dans le chapitre, intitulé « De la propriété », de son Traité du gouvernement civil, Locke théorise le problème de la distribution naturelle du bien commun en s'efforçant « [...] *de montrer comment les hommes peuvent posséder en propre diverses portions de ce que Dieu leur a donné en commun* [...] »²³⁴⁹. Il explique que le droit de propriété est le droit qu'a tout être humain sur ce qui apparaît nécessaire

²³⁴⁴ J. Goldberg, *Ethologie animale et humaine, communication et comportement*, Frison-Roche, 2010, p. 200 et s. ; D. McFarland, *Le comportement animal, psychobiologie, éthologie et évolution*, De Boeck, 3^e éd., 2009, p. 149 et s. – Un tel comportement rappelle celui des hommes, devenus propriétaires des terres cultivées pour leur conservation, voir *supra* n° 868.

²³⁴⁵ J. von Uexküll, *Milieu animal et milieu humain*, Bibliothèque Rivages, 2010, p. 121 et s. ; J. Goldberg, *Ethologie animale et humaine*, (...), *op. cit.*, p. 200 et s.

²³⁴⁶ Voir *supra* n° 868.

²³⁴⁷ Aristote, *La Politique*, Gonthier, 1964, livre I, chap. II, p. 27-37.

²³⁴⁸ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 4 et 5, p. 18-20.

²³⁴⁹ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, 2^e éd., 1992, chap. V, § 25, p. 162.

à sa subsistance. Ce droit dérive de celui qu'a tout être humain d'assurer sa propre conservation dans le respect de la conservation des autres. Le droit de propriété constitue un moyen, pour les hommes, de remplir leurs deux premiers devoirs naturels, se conserver eux-mêmes et veiller à la conservation des autres²³⁵⁰. Il est exercé en commun par les hommes²³⁵¹, conformément à la volonté divine. Le monde, bien commun, fait l'objet d'appropriations individuelles. La commune possession des biens du monde, la propriété commune inclusive, s'oppose alors à la propriété privée exclusive, tout en coexistant avec elle. Locke, reprenant les théories de Saint Thomas d'Aquin et de Suarez, considère que les hommes ont un *droit à*, qui permet de revendiquer ce qui n'est pas encore en leur possession, et un *droit sur*, qui est véritablement un droit de propriété puisqu'une véritable possession en découle. Le *droit à* est un droit inclusif, tandis que le *droit sur* est un droit exclusif²³⁵². Grotius remettra en cause la notion de propriété appliquée aux biens utilisés en commun par les hommes. Le terme propriété ne s'applique, selon lui, qu'au droit exclusif, car ce qui est en commun ne peut faire l'objet que d'un droit d'usage²³⁵³. Pufendorf nuance les propos de Grotius, estimant que, si la propriété ne peut s'exercer en commun, chacun ayant sur la chose un droit différent ou un droit identique, elle peut être divisée en quote-part²³⁵⁴. Ces différences de conceptualisation du droit de propriété proviennent du refus de ces deux philosophes de voir le monde comme la propriété de Dieu, comme un bien d'appropriation commune par les hommes. En effet, ils affirment, qu'à l'origine, le monde n'appartient à personne et est à la disposition de tous. Ils considèrent que les hommes exercent un droit d'usage sur les choses constituant l'indivis naturel. Seule l'appropriation d'un bien nécessaire à la préservation de leur vie est légitime. Dès lors, toute reprise par la force serait injuste²³⁵⁵. La propriété privée naît donc d'un accord, d'une convention entre les hommes. Pufendorf estime que la qualité de premier occupant confère le droit d'usage, mais non la pleine propriété. Les hommes étant égaux, aucun principe naturel ne régit la répartition des biens. Il faut un accord entre les individus pour que ce droit d'usage devienne propriété²³⁵⁶. *A contrario*, Grotius estime que la propriété privée se substitue au droit d'usage originel, le premier usager en devenant le premier propriétaire. Cependant, les deux auteurs s'accordent sur le fait que le simple droit d'usage ne suffit pas pour qualifier la propriété, celle-ci ne pouvant être reconnue que dans l'hypothèse où l'individu a le droit d'aliéner.

873. L'apparition du droit de propriété, antérieur ou postérieur à la création de l'Etat ? - Locke estime que l'acte conventionnel instituant la propriété est postérieur à la formation de l'Etat. Dans l'état de nature, la préoccupation des hommes est de conserver leur

²³⁵⁰ J. Tully et J. Locke, *Droit naturel et propriété*, PUF, coll. Léviathan, 1992, p. 99.

²³⁵¹ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., chap. V, § 29 et 30, p. 164-165 et § 36, p. 169.

²³⁵² J. Tully et J. Locke, *Droit naturel et propriété*, op. cit., p. 106-107.

²³⁵³ H. Grotius, *Droit de la Guerre et de la Paix*, PUF, coll. Léviathan, 1999, livre II, chap. II, § II, p. 179 et s.

²³⁵⁴ S. Pufendorf, *Droit de la Nature et des Gens*, Presses universitaires de Caen, 2009, t. 1, livre IV, chap. IV, § 2, p. 490.

²³⁵⁵ J. Tully et J. Locke, *Droit naturel et propriété*, PUF, coll. Léviathan, 1992, p. 123 et s.

²³⁵⁶ *Id.*, p. 131.

vie, leur liberté, leurs biens, les qualifiant de propriétés²³⁵⁷. Ils entrent donc en société afin d'assurer leur conservation. En effet, « [...] *la plus grande et la principale fin que se proposent les hommes, lorsqu'ils s'unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement, c'est de conserver leurs propriétés* [...] »²³⁵⁸. En entrant en société politique, les hommes ont transféré leurs prérogatives de conservation d'eux-mêmes et des autres, de jugement et de punition de ceux qui enfreignent les lois de la nature, pour ne garder que leurs prérogatives de propriété. A *contrario*, Grotius et Pufendorf estiment que l'acte instituant la propriété est antérieur à la formation de l'Etat, le gouvernement ayant une simple fonction de faire respecter les conventions antérieurement conclues²³⁵⁹. A l'aune des études anthropologiques et de ces théories philosophiques, il semble que la propriété est apparue simultanément à la formation de groupes sociaux, mais antérieurement à l'apparition de l'Etat. Le droit de propriété, naturellement reconnu, n'a été formalisé qu'à la naissance de l'Etat, lequel a reçu le pouvoir de défense de ce droit.

874. La propriété, valeur essentielle reconnue droit naturel - La propriété a été sacralisée et proclamée droit de l'homme en 1789. Elevée au plus haut rang des droits, sa valeur sociale essentielle est reconnue, au même titre que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. De surcroît, elle est qualifiée de droit naturel, car fondée en raison et sur la nature des choses. Certes, cette qualification n'a pas été expressément reprise dans le code civil, mais Portalis, dans son discours, proclama que « *le droit de propriété, en soi, est une institution de la nature* »²³⁶⁰. En tant que valeur essentielle, elle est protégée par un « *droit inviolable et sacré* »²³⁶¹ et « *imprescriptible* »²³⁶². Les déclarations des droits des premiers Etats d'Amérique faisaient, aussi, de la propriété un droit essentiel, équivalent au droit à la liberté, au bonheur et à la sûreté²³⁶³. Une telle reconnaissance étatique s'observe, en outre, au niveau régional et international. L'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confèrent à la propriété une valeur fondamentale. Il semble intéressant de noter que, si la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame un droit à la propriété, elle reste nuancée sur ses dimensions afin de convenir tant aux Etats libéraux, qu'aux Etats

²³⁵⁷ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, 2^e éd., 1992, chap. IX, § 123, p. 237.

²³⁵⁸ *Ibid.*

²³⁵⁹ J. Tully et J. Locke, *Droit naturel et propriété*, PUF, coll. Léviathan, 1992, p. 146-147.

²³⁶⁰ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire*, Locré, t. 1, p. 181. Il convient, toutefois, de remarquer que Portalis a tenu d'autres déclarations fondant la propriété sur la loi civile, écartant le fondement du droit naturel : « *Ce n'est pas dans le droit naturel qu'il faut chercher les règles de la propriété. L'état sauvage ou de nature n'admet pas la propriété. [...] Il n'est donc pas question d'examiner ce qui est le plus conforme au droit naturel, mais ce qui est le plus utile à la société* » (J.-E.-M. Portalis, « Donations et testaments », séance du 30 nivôse an XI, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 371-373).

²³⁶¹ Article 17 DDHC.

²³⁶² Article 2 DDHC.

²³⁶³ S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988.

communistes²³⁶⁴. L'existence de la propriété comme valeur essentielle, comme « *objectif fondamental* »²³⁶⁵ est donc reconnue par la majorité des Etats. Si le droit de propriété consiste en un droit naturel, sa légitimité exige qu'il soit limité, conformément à sa fonction sociale.

II- La légitimité de l'existence du droit de propriété maintenue par son caractère limité

875. L'utilité, fondement du droit de propriété - L'appropriation est mue par la nécessité, pour les hommes, d'assurer leur conservation. L'utilité comme fondement de l'appropriation des choses est reprise par d'autres philosophes, tels que Hegel, qui considère que la volonté libre des hommes leur permet de s'approprier une chose. Leurs besoins, en tant que « *modalité particulière de la volonté* », sont satisfaits par la chose qui « *n'est que pour ce besoin et le sert* »²³⁶⁶. Les hommes s'approprient des choses en raison de leur utilité à satisfaire leurs besoins. Il est intéressant de constater la concordance entre les théories philosophiques et les découvertes anthropologiques au sujet de la naissance de la propriété²³⁶⁷.

876. L'utilité, limite disparue du droit de propriété - Le critère d'utilité et le besoin de conservation, comme fondements du droit de propriété, en constituent ses limites. Locke estime que la propriété doit être limitée au juste usage, l'usage suffisant pour assurer sa conservation. La propriété privée est limitée aux biens qui permettent la conservation de l'humanité. Si un individu manque de biens nécessaires et que sa conservation se trouve en péril, le droit exclusif s'efface pour laisser place au droit inclusif permettant à cet individu de s'approprier les biens d'autrui. Un tel acte est, aujourd'hui, qualifié de vol par nécessité. En principe, la répartition des biens n'est juste que si chacun est propriétaire des produits de son honnête industrie²³⁶⁸. En outre, le travail en vue du bien public permet à l'individu d'obtenir la part de biens de la communauté à laquelle il a droit. Néanmoins, ces philosophes n'ignorent pas que les hommes accumulent aussi les biens simplement aux fins d'agrémenter leur vie. Ces appropriations, qu'ils considèrent comme égoïstes, ne sont acceptables que dans la limite du gaspillage²³⁶⁹. L'apparition de la monnaie, née de l'échange, a permis aux hommes d'acquérir plus que ce qui leur est nécessaire pour leur assurer leur conservation²³⁷⁰. Ces biens sont appréhendés par une

²³⁶⁴ Article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par l'ONU en 1948 : « *toute personne, seule ou en collectivité, a droit à la propriété. [...]* ».

²³⁶⁵ R. Cabrillac (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, 21^e éd., 2015, n° 1023, p. 813.

²³⁶⁶ G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 2006, n° 59, p. 94.

²³⁶⁷ Voir *supra* n° 868 – Le Doyen Carbonnier s'appuie aussi sur l'anthropologie et l'ethnologie pour expliquer les origines du droit de propriété et, plus largement, étudier la subjectivisation des droits : J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 195 et s.

²³⁶⁸ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, 2^e éd., 1992, chap. V, § 42, p. 174-175.

²³⁶⁹ *Id.*, chap. V, § 46 et 47, p. 177-179.

²³⁷⁰ Aristote distingue « *l'acquisition naturelle* », destinée à assurer la survie des hommes, de « *l'acquisition artificielle* », biens spéculatifs qui peuvent être revendus pour produire de la richesse et dont l'acquisition est sans bornes (Aristote, *La Politique*, Gonthier, 1964, livre I, chap. II, p. 27-37). L'introduction de la monnaie, comme moyen d'accéder à la propriété d'une chose, a eu pour effet de substituer sa valeur d'échange à sa valeur fondée sur son utilité, voir *infra* n° 1028.

propriété exclusive et non inclusive, cette dernière étant réservée aux biens nécessaires à la survie. Le développement de la propriété exclusive conduit alors à l'inégalité de la répartition des biens²³⁷¹. Une règle prescrivant de s'abstenir du bien d'autrui, indépendamment de l'effectivité de son usage, semble donc nécessaire. La propriété a été instituée, par convention expresse, par une répartition des biens, et par convention tacite, permettant de s'emparer des biens dépourvus de propriétaire. Selon Hegel, la volonté de faire d'une chose sa propriété n'est pas suffisante, une prise de possession est indispensable. Il convient de manifester à autrui sa volonté de s'approprier une chose en en prenant possession²³⁷². Le Doyen Carbonnier explique que la propriété est un « *fait-droit* », un fait qui devient droit, car le droit lui reconnaît ce « *pouvoir de métamorphose* »²³⁷³. Il constate qu'en matière d'usucapion, le droit de propriété émane d'un fait de possession. Dès lors, la volonté est créatrice de droit²³⁷⁴.

877. La légitimation du droit de propriété par la contestation de son absolutisme -

Certains éminents auteurs contestent la légitimité de l'existence du droit de propriété. Beccaria qualifie le droit de propriété de « *droit terrible, et qui n'est peut-être pas nécessaire* »²³⁷⁵. Pourtant, il a été démontré que, les hommes étant propriétaires par nature, le droit de propriété est nécessaire à l'organisation de la société²³⁷⁶. Cette contestation repose sur la conception absolutiste de ce droit. En effet, le droit de propriété a été proclamé droit sacré par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La rédaction de l'article 544 du code civil, guidée par la doctrine absolutiste de l'époque napoléonienne, confirme cette suprématie du droit de propriété en affirmant, au moyen d'un superlatif relatif, que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* ». La propriété, considérée comme garante de la liberté par les révolutionnaires, ne doit toutefois pas aller à l'encontre de l'autre principe essentiel de 1789, l'égalité²³⁷⁷. L'article 544 du code civil apporte donc lui-même, *in fine*, la nuance nécessaire au respect de l'équilibre des droits, en énonçant, « [...] *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». A l'image des autres droits, l'existence du droit de propriété n'est légitime qu'à la condition qu'il ne heurte pas les droits. Discrétionnaire, le droit de propriété est néanmoins limité, conformément à l'article 4 de la Déclaration. Les limites apportées à ce droit n'ont pas, malgré quelques craintes²³⁷⁸, ébranlé son caractère constitutionnel, reconnu par le Conseil constitutionnel en

²³⁷¹ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, 2^e éd., 1992, chap. V, § 50, p. 180-181 ; Aristote, *La Politique*, Gonthier, 1964, livre I, chapitre II, p. 27-37.

²³⁷² G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 2006, n° 50-51, p. 88.

²³⁷³ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 291.

²³⁷⁴ *Ibid.*

²³⁷⁵ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, p. 213.

²³⁷⁶ Voir *supra* n° 868.

²³⁷⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 346.

²³⁷⁸ La nature constitutionnelle du droit de propriété a semblé être menacée par les limites portées à ce droit par deux décisions du Conseil constitutionnel : Cons. constit., 25 juill. 1989, DC n° 89-256 : P. Bon, « Le statut constitutionnel du droit de propriété », *RFDA* 1989, p. 1009 ; Cons. constit., 19 janv. 1995, DC n° 94-359 : H.

1982²³⁷⁹ et régulièrement réaffirmé²³⁸⁰. « *Principe d'organisation du droit privé* », garant de la libre circulation des biens, la propriété constitue un droit fondamental dont l'aspect subjectif, les pouvoirs du propriétaire, subit néanmoins d'importantes atteintes²³⁸¹. Par conséquent, l'individualisme juridique classique, considérant la propriété comme un droit subjectif, inhérent à la nature de l'homme et établi sans considération de l'intérêt général, a été supplanté par le courant favorable à la socialisation du droit, emmené par Duguit²³⁸², lui-même influencé par Comte²³⁸³.

878. Les limites du droit de propriété imposées par sa fonction sociale - Duguit envisage la propriété non pas comme un droit subjectif, mais comme une chose²³⁸⁴, comme une situation juridique objective qui occupe une fonction sociale²³⁸⁵. La propriété ne doit être respectée qu'en tant qu'elle permet d'atteindre une fin sociale. Josserand estime que le droit de propriété est, certes, un droit subjectif²³⁸⁶ mais, surtout, un « *droit-fonction* »²³⁸⁷. La fonction sociale du droit de propriété est « *de réaliser un aménagement de la richesse aussi fécond, aussi productif que possible par une mise de l'égoïsme individuel au service de la collectivité* »²³⁸⁸. Bien que le droit de propriété apparaisse comme un « *droit à esprit égoïste* »²³⁸⁹, la satisfaction des intérêts personnels du propriétaire ne constitue pas la finalité de ce droit. Celui-ci a pour but la satisfaction des intérêts de la société. L'égoïsme ne représente alors pas une fin, mais un moyen de satisfaire les besoins de la société²³⁹⁰. La légitimité du droit de propriété procède de sa corrélation avec les intérêts de la communauté nationale et, plus particulièrement, à ses intérêts économiques. Si les droits des propriétaires entraient en conflit avec les intérêts de la communauté, la propriété serait contrainte d'être transformée pour être adaptée aux nouveaux

Pauliat, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété », *D.* 1995, p. 283.

²³⁷⁹ Cons. constit., 16 janv. 1982, DC n° 81-132 ; Cons. constit., 11 févr. 1982, DC n° 82-139 : *D.* 1983, p. 169, note L. Hamon ; F. Zenati, « Sur la constitution de la propriété », *D.* 1985, p. 171 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., 2015, t. 1, n° 2, p. 12 ; P. Gaïa et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e éd., 2013, n° 30, p. 366.

²³⁸⁰ Cons. constit., 29 juill. 1998, DC n° 98-403 : *RTD civ.* 1998, p. 799, obs. N. Molfessis ; *RTD civ.* 1999, p. 132 et 136, obs. F. Zenati.

²³⁸¹ R. Cabrillac (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, 21^e éd., 2015, n° 1034, p. 822.

²³⁸² L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003 ; L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912 ; L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, Alcan, 2^e éd., 1944.

²³⁸³ A. Comte, *Système de politique positive*, t. 1, p. 361.

²³⁸⁴ Avant d'être un pouvoir, la propriété est une chose, considérée en elle-même, dépourvue des utilités qui lui sont attribuées par le droit. Sur ce point et la distinction du *dominium* et de la *proprietas*, lire : F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445 et s.

²³⁸⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 3^e éd., 1927, t. 1, § 41, p. 445 et s.

²³⁸⁶ Josserand refuse de jeter le droit subjectif « *par-dessus bord* » comme le disait Duguit.

²³⁸⁷ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 147 et s.

²³⁸⁸ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939), n° 293, p. 396.

²³⁸⁹ *Id.*, n° 305, p. 415.

²³⁹⁰ *Id.*, n° 308, p. 419.

besoins du groupe social²³⁹¹. Dès lors, le droit de propriété doit être limité pour satisfaire l'intérêt général et, ainsi, remplir sa fonction sociale. En effet, le Doyen Carbonnier constate que la propriété est source d'inégalités sociales, allant à l'encontre de l'intérêt de la communauté²³⁹². Rousseau, dans son Projet de Constitution pour la Corse²³⁹³, met en exergue l'opposition qui peut naître entre le droit de propriété et l'intérêt général. Le droit de propriété cristallise les oppositions entre intérêt public et intérêt privé et entre les intérêts privés eux-mêmes. S'appuyant sur les hypothèses d'écoles de Jhering²³⁹⁴, Josserand affirme « l'impossibilité sociale d'un droit de propriété absolu », estimant que des « mesures de compression » de ce droit sont nécessaires²³⁹⁵. Rousseau estimait déjà que la propriété particulière doit être enfermée « dans les plus étroites bornes », qu'il faut « lui donner une mesure, une règle, un frein qui la contienne, qui la dirige, qui la subjugué et la tienne toujours subordonnée au bien public »²³⁹⁶. Cette exigence de limites du droit de propriété est largement acceptée par la doctrine moderne²³⁹⁷. Le Doyen Carbonnier étudie les limites du droit de propriété en analysant ses dimensions juridiques, plus précisément ses dimensions patrimoniales, en ce qu'elles sont, selon lui, au cœur du problème de la délimitation de son étendue²³⁹⁸. Il constate que la très grande propriété est vue comme « quelque chose de monstrueux et d'inhumain »²³⁹⁹ et s'interroge sur l'existence de la protection, par le code civil, d'un patrimoine minimum, conformément à l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui proclame le droit à la propriété²⁴⁰⁰.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

879. Le droit de propriété repose sur l'existence naturelle du rapport propriétaire des hommes aux choses. Son origine, autonome de l'Etat, fonde sa légitimité. Elle exige néanmoins que le droit soit exercé conformément à ses fonctions sociales. Le droit de propriété doit respecter sa finalité et son régime juridique est élaboré par l'Etat en ce sens. Par conséquent, il est démontré que le droit de propriété ne saurait être un droit absolu, dépourvu de toutes limites. Certes, droit individualiste par excellence, il ne doit néanmoins pas servir les égoïsmes au risque de rompre la paix sociale.

²³⁹¹ *Id.*, n° 237, p. 322.

²³⁹² J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 373 et s.

²³⁹³ J.-J. Rousseau, *Projet de Constitution pour la Corse*, Nautilus, 2000.

²³⁹⁴ R. von Jhering, *Œuvres choisies*, trad. de Meulenaère, Paris, A. Marescq, 1928, t. 2, p. 112 et s.

²³⁹⁵ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939), n° 14, p. 17.

²³⁹⁶ J.-J. Rousseau, *Projet de Constitution pour la Corse*, Nautilus, 2000.

²³⁹⁷ G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 29 et s., p. 71 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 144 et s., p. 148 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 458 et s., p. 153 et s. ; N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, Dalloz, coll. Hypercours, 6^e éd., 2016, n° 259 et s., p. 231.

²³⁹⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 373 et s.

²³⁹⁹ *Id.*, p. 375.

²⁴⁰⁰ *Id.*, p. 381.

CONCLUSION DE LA SECTION I

880. Les hommes sont naturellement propriétaires. Imposée par la survie, l'appropriation des choses structure naturellement les premiers groupes sociaux. Par conséquent, le rôle de l'Etat est limité à sa reconnaissance juridique. La théorie du droit naturel est riche d'enseignements quant au droit de propriété. Fondée sur un raisonnement qui permet de justifier la légitimité de son existence, elle révèle aussi l'existence de limites, imposées par la finalité de la propriété. En effet, dans nos sociétés occidentales, le critère d'utilité à la survie est réduit à peau de chagrin, et laisse place aux fonctions sociales. Celles-ci justifient l'absence de caractère absolu du droit de propriété. Des limites sont nécessaires à la coexistence des droits et au maintien de la paix sociale. Cette analyse du droit de propriété constitue le socle de la démonstration de la qualification du droit de la propriété intellectuelle.

SECTION II - La qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété

881. L'opération de qualification - Droit de propriété ? Monopole ? Droit de clientèle ? Droit intellectuel ? Les qualifications envisagées par la doctrine sont nombreuses et les débats encore vifs, faisant fi de l'unanimité des législateurs²⁴⁰¹. La qualification est une « *opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier [...] et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement* »²⁴⁰². L'enjeu d'une qualification réside dans le régime juridique qui en résulte. Les enjeux relatifs au droit de la propriété intellectuelle se cristallisent dans la répartition des droits attribués au titulaire et aux utilisateurs, professionnels ou consommateurs. En fonction de la qualification, ceux-ci disposent de prérogatives plus ou moins étendues. Cependant, la qualification d'un droit exige de mener une analyse objective, indépendante de toute considération d'opportunité quant au régime juridique qui émane des catégories interrogées. Dès lors, le droit de la propriété intellectuelle est-il correctement nommé ? Si les législateurs ont unanimement adopté cette qualification (PARAGRAPHE I), elle est intensément débattue en doctrine, en raison de l'opposition entre intérêt privé et intérêt public (PARAGRAPHE II).

Paragraphe I - La qualification unanime de droit de propriété par les législateurs

882. Un droit de propriété, un droit fondamental - L'étude des textes, qu'ils soient nationaux, régionaux ou internationaux, démontre qu'ils qualifient le droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété (I). Cette qualification lui confère le statut de droit fondamental (II).

I - Le rattachement exprès du droit de la propriété intellectuelle au droit de propriété

883. La consécration historique de la qualification de droit de propriété - A partir de l'arrêt du Conseil d'Etat du Roi du 30 août 1777, le droit des auteurs sur leurs œuvres a toujours été qualifié de droit de propriété²⁴⁰³. Ainsi, les lois des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793 consacrent respectivement le droit de représentation des auteurs d'œuvres dramatiques et le droit de reproduction des auteurs « *d'écrits en tout genre* », des compositeurs de musique,

²⁴⁰¹ Voir *infra* n° 883 et s.

²⁴⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V° qualification.

²⁴⁰³ A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 167 et s. ; P. Ognier, *Le droit d'auteur. Les principes, le droit ancien*, LGDJ, 1934, t. 1, p. 105-106 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 7, p. 9.

peintres et dessinateurs, en les qualifiant de droit de propriété. L'article 5 de la loi de 1791 dispose que « *les héritiers ou cessionnaires des auteurs seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort de l'auteur* ». La loi de 1793 qui, dès le titre, mentionne le droit de propriété des auteurs, affirme, en son article 1^{er}, qu'ils ont le « *droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie* ». Cette qualification a été temporairement abandonnée, sous le second Empire, avec la loi du 14 juillet 1866, relative aux « *droits des héritiers et des ayants cause des auteurs* », qualifiés par le rapporteur de droits *sui generis*²⁴⁰⁴. Toutes les lois postérieures reprennent la qualification classique de droit de propriété.

884. La qualification de droit de propriété par le législateur français - Le lien juridique entre les individus et les biens, objets du droit de la propriété intellectuelle, n'est pas systématiquement et expressément qualifié de droit de propriété par les lois en vigueur. Ne bénéficient de cette qualification que le droit d'auteur, le droit des dessins et modèles, le droit des marques et le droit des brevets. Le droit de l'auteur sur son œuvre est qualifié, par l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, de « *droit de propriété incorporelle* », sans que cette qualification soit, toutefois, utilisée par les autres dispositions. L'article L. 511-10 du même code admet l'action en revendication de la propriété d'un dessin ou d'un modèle, tout comme l'article L. 611-8 en matière de droit des brevets. L'article L. 712-1 dispose, quant à lui, que l'enregistrement permet d'acquérir « *la propriété de la marque* ». Il faut noter aussi que l'article L. 611-3, relatif au droit des brevets, est le seul à qualifier le titulaire du droit de propriétaire. La méthode de qualification n'apparaît donc pas harmonisée. Le vocabulaire fluctue, ce qui contribue à la dispersion du droit de la propriété intellectuelle et nourrit les interrogations sur la juste qualification du droit de la propriété intellectuelle.

885. La qualification de droit de propriété par le législateur de l'Union européenne - Le législateur français n'est pas le seul à qualifier certains droits de propriété intellectuelle de droit de propriété. Dès les premières directives et règlements, l'Union européenne n'a cessé de qualifier les droits de propriété intellectuelle de droits de propriété. Il serait fastidieux et peu utile à la démonstration de dresser une liste exhaustive de ces textes. Néanmoins, il est intéressant de constater que la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information²⁴⁰⁵ mentionne deux fois cette qualification, pour le droit de la propriété littéraire et artistique qui relève de son domaine, et, aussi, pour l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle. Le troisième considérant énonce, en effet, que « *l'harmonisation envisagée [...] porte sur le respect des principes*

²⁴⁰⁴ Cité par A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 23, p. 27.

²⁴⁰⁵ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général », et est confirmé par le considérant 9, qui dispose *in fine* que « *la propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété* ». La qualification générale du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété est confirmée, en 2011, dans une communication de la Commission, portant sur le marché unique des droits de propriété intellectuelle²⁴⁰⁶. Elle déclare que « *les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété, qui protègent la valeur ajoutée générée par l'économie européenne de la connaissance, sous l'impulsion de ses créateurs et inventeurs* ». Plus spécifiquement, le Parlement européen n'hésite pas à qualifier certains biens, objets de droit de propriété intellectuelle, d'« *objets de propriété* », cette formulation étant utilisée dans des intitulés de titres ou de sections²⁴⁰⁷. Cependant, dans des matières sujettes à controverse, le Parlement reste encore mesuré en n'employant pas explicitement la qualification de droit de propriété. Ainsi, la directive relative à la protection des savoir-faire et des secrets des affaires²⁴⁰⁸ mentionne, dans ses considérants, qu'elle a pour objectif d'assurer une protection à ces informations en raison du fait que les entreprises cherchent à s'approprier les résultats de leurs activités d'innovation. En conférant à ces informations une telle protection, elle permet, implicitement, leur appropriation sans toutefois utiliser le terme droit de propriété.

886. L'absence de qualification expresse par les organisations internationales - Les conventions internationales relatives aux droits de propriété intellectuelle²⁴⁰⁹ ne qualifient pas expressément ces droits de droit de propriété. L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexé à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce²⁴¹⁰, intègre certes, pour la première fois, la propriété intellectuelle dans un accord à portée économique générale et non dans un instrument international spécifique, mais se limite à la qualification de « *droits privés* ».

887. Le droit de propriété, un droit fondamental - Nonobstant la frilosité des normes internationales, la qualification des droits de propriété intellectuelle de droit de propriété par les

²⁴⁰⁶ Communication de la Commission, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle*, COM (2011) 287 final.

²⁴⁰⁷ La section 5 de la directive, 2015/2436, du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques et le titre III du règlement (CE), n° 6/2002, du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires.

²⁴⁰⁸ Directive, 2016/943, du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets des affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

²⁴⁰⁹ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883 ; Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 sept. 1886 ; Convention de Rome, sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 oct. 1961 ; Traité sur le droit des marques, 27 oct. 1994 ; Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 déc. 1996 ; Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 déc. 1996 ; Traité sur le droit des brevets, 1^{er} juin 2000.

²⁴¹⁰ Accord sur les ADPIC, annexe 1C de l'accord de Marrakech instituant l'OMC, 15 avr. 1994.

textes permet à ce droit des « *productions du génie* »²⁴¹¹ d'acquérir le statut de droit fondamental.

II - L'élévation du droit de la propriété intellectuelle au rang de droit fondamental

888. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit fondamental - Si le droit de la propriété intellectuelle est consacré droit fondamental par les normes supérieures, internes et internationales, ce statut suscite des interrogations (A). Pourtant, considérer le droit de la propriété intellectuelle comme étant un droit fondamental permet de lui donner la même valeur que d'autres droits ou libertés, assurant ainsi le respect de chacun grâce à la recherche d'un juste équilibre (B).

A- La consécration par les normes fondamentales

889. Une consécration contestée - La consécration du droit de la propriété intellectuelle en droit fondamental n'a pas toujours été directe, ce qui démontre la réticence de certains Etats de conférer à ce droit un tel statut (1). Les incertitudes entourant cette consécration devront donc être levées par la recherche des critères de qualification d'un droit de droit fondamental et leur application au droit de la propriété intellectuelle (2).

1- La consécration directe et indirecte

890. La consécration directe - Quelques déclarations de droits fondamentaux consacrent directement le droit de la propriété intellectuelle. Il en est ainsi de la Charte des droits fondamentaux²⁴¹², qui protège la propriété en son article 17. Le premier alinéa, général, affirme que « *toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété [...]* » et le deuxième, laconique, précise que « *la propriété intellectuelle est protégée* »²⁴¹³. D'une part, le droit de la propriété intellectuelle est explicitement rattaché au droit de propriété et, d'autre part, il est expressément consacré en tant que droit fondamental²⁴¹⁴. De surcroît, la Charte fait référence à la propriété intellectuelle, ne faisant pas de distinction entre la propriété littéraire et

²⁴¹¹ J. Lakanal, *Exposé sommaire des travaux, Rapport sur l'Académie des sciences de Paris*, Firmin Didot Frères, Paris, 1838, p. 9.

²⁴¹² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 déc. 2000, 2000/ C364/01.

²⁴¹³ La version anglaise est beaucoup plus forte : « *Intellectual property shall be protected* » - Ch. Geiger, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *Prop. intell.* 2008, n° 29, chron. 1, p. 483.

²⁴¹⁴ Néanmoins, A. Zollinger, déduit des objectifs de la Charte que le droit de la propriété intellectuelle n'accède à la qualification de droit fondamental que par l'entremise du droit de propriété : A. Zollinger, *Droits d'auteur et droit de l'Homme*, th. dir. Ph. Gaudrat, LGDJ, 2008, n° 366, p. 136 – *contra* : Ch. Caron, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *CCE* 2001, n° 6 - La CJUE a qualifié le droit d'auteur de droit fondamental dans sa décision Luksan du 9 février 2012 (CJUE, 9 févr. 2012, aff. C-277/10, *Martin Luksan c/ Petrus van der Let*).

artistique et la propriété industrielle. Les autres textes internationaux incitant au respect des libertés et droits fondamentaux font, certes, référence au droit de la propriété intellectuelle, mais de manière moins claire²⁴¹⁵. Après avoir énoncé un droit d'accès à la culture, l'article 27 alinéa 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « *chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». Cette disposition ne mentionne pas la propriété intellectuelle et, si les termes « *littéraire* » et « *artistique* » laissent penser qu'elle concerne bien le droit de la propriété littéraire et artistique, il est possible de se demander si la propriété industrielle est protégée sur le fondement du terme « *production scientifique* ». Cette disposition paraît d'autant plus évasive qu'elle n'est pas liée à la protection de la propriété, qui fait l'objet de l'article 17. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels²⁴¹⁶ déclare, en son article 15.1 c), dans des termes identiques et en établissant le même lien avec le droit d'accès à la culture, que chacun doit « *pouvoir bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». Il suscite donc les mêmes interrogations. Néanmoins, le droit de la propriété intellectuelle semble être consacré afin d'encourager les auteurs à créer et d'atteindre le but poursuivi par ces dispositions, la diffusion de la culture. Le droit de la propriété intellectuelle ne constituerait alors qu'un simple prolongement de cette liberté²⁴¹⁷.

891. La consécration indirecte - Contrairement à certains Etats comme l'Allemagne, la Suède, les Etats-Unis, le Brésil ou l'Argentine, la France ne protège pas directement les droits de propriété intellectuelle par un texte à valeur constitutionnelle. Le droit de la propriété intellectuelle a acquis le statut de droit fondamental par le truchement du droit de propriété. En effet, selon la rigueur du syllogisme juridique, le droit de la propriété intellectuelle étant un droit de propriété²⁴¹⁸, si le droit de propriété est un droit fondamental, alors le droit de la propriété intellectuelle est un droit fondamental. Le Conseil constitutionnel, poursuivant la réflexion débutée dans sa décision du 8 janvier 1991 incluant le droit des marques dans le droit de propriété²⁴¹⁹, a, dans sa décision du 27 juillet 2006²⁴²⁰, constaté l'extension du champ

²⁴¹⁵ Pour une étude approfondie de ces textes : A. Zollinger, *Droits d'auteur et droit de l'Homme*, th. dir. Ph. Gaudrat, LGDJ, 2008, n° 210 et s., p. 86 et s.

²⁴¹⁶ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies, 16 déc. 1966.

²⁴¹⁷ D. Cohen, « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac (dir), Dalloz, 21^e éd., 2015, p. 561 et s.

²⁴¹⁸ Voir *infra* n° 917 et s.

²⁴¹⁹ Cons. constit., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. dir. M. Gobert, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 287, 1997, n° 103, p. 87.

²⁴²⁰ Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, spéc. consid. 14 et 15 : V.-L. Benabou, « Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 240-243 ; C. Castets-Renard, « La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006 : une décision majeure », *D.* 2006, p. 2157 ; M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Propri. intell.* 2007, n° 23, p. 193 ; Th. Revet, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTD civ.* 2006, p. 791 – Dans le même sens : Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

d'application du droit de propriété à des domaines nouveaux et a rattaché le droit de la propriété intellectuelle au droit de propriété, en se fondant sur l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dès lors, le droit de la propriété intellectuelle est constitutionnellement protégé par interprétation de l'article 17 de la Déclaration de 1789, rattaché au bloc de constitutionnalité.

La consécration du droit de la propriété intellectuelle en droit fondamental par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est, un peu plus encore, indirecte. Outre le fait qu'elle ne protège pas ostensiblement le droit de la propriété intellectuelle, elle ne protège le droit de propriété que par le truchement d'un protocole additionnel et, de surcroît, sans le nommer²⁴²¹. S'il a été reconnu que le droit au respect des biens englobe le droit au respect du droit de propriété²⁴²², la référence aux biens tend à satisfaire tous les Etats du Conseil de l'Europe. Le rattachement du droit de la propriété intellectuelle au droit de propriété a, ensuite, été réalisé par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a affirmé l'autonomie du concept de biens²⁴²³. De manière générale, la Cour affirme que les droits de propriété intellectuelle – l'emploi du pluriel indiquant que toutes les branches du droit de la propriété intellectuelle sont concernées – font partie du droit de propriété²⁴²⁴. Elle a aussi reconnu spécifiquement la protection des brevets²⁴²⁵, des marques²⁴²⁶ et des œuvres de l'esprit²⁴²⁷ sur ce fondement, en tant que droits de propriété.

2- La justification de la consécration

892. La critique de la consécration du droit de la propriété intellectuelle en droit fondamental - Certains auteurs se sont interrogés sur la pertinence de la qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit fondamental, notamment en raison de la consécration

²⁴²¹ L'article 1 du 1^{er} Protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme déclare que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ».

²⁴²² CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, spéc. pt. 63 : F. Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 3^e éd., 2005, n° 48.

²⁴²³ Ainsi, elle ne limite pas la notion de biens aux biens corporels, ce qui lui permet de protéger sur le fondement de l'article 1 du Protocole n° 1, « certains droits ou intérêts constituant des actifs » (CEDH, 18 juin 2002, n° 48939/99, *Oneryildiz c/ Turquie* : *JCP G* 2002, I, 157, obs. F. Sudre), la clientèle (CEDH, 26 juin 1986, n° 73049/01, *Van Marle et autres c/ Pays Bas*), des actions de SA (CEDH, 2 oct. 2003, n° 48553/99, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*) et des œuvres de l'esprit (CEDH, 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldova*).

²⁴²⁴ CJCE, Gde ch., 12 sept. 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet*, spéc. pt. 65 : *Prop. Intell.* 2007, p. 211, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2008, n° 13, 1144, obs. A. Zollinger – voir aussi M. Dupuis, « L'immixtion de la convention EDH dans la propriété industrielle », *RLDA* 2009, n° 41, p. 2492.

²⁴²⁵ CEDH, 4 octobre 1990, n° 12633/87, *Smith Kline et French Lab. c/ Pays-Bas*.

²⁴²⁶ CEDH, Gde ch., 11 janv. 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch c/ Portugal* : *CCE* 2007, comm. 67, p. 31, note Ch. Caron ; *JCP E* 2007, 1409, note A. Zollinger ; *RTD eur.* 2008, p. 405, obs. J. Schmidt-Szalewski – L'arrêt affirme aussi avec vigueur la protection de la propriété intellectuelle sur le fondement de l'article 1 du Protocole n° 1 : « la propriété intellectuelle en tant que telle bénéficie sans conteste de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1 ».

²⁴²⁷ CEDH, 4^e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie* : *Prop. Intell.* 2008, p. 338, obs. J.-M. Bruguière ; *JCP E* 2008, 1934, obs. A. Zollinger ; *RTD eur.* avr.-juin 2008, p. 405, obs. J. Schmidt-Szalewski ; *RTD com.* oct.-déc. 2008, p. 732, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. intell.* 2008, n° 28, p. 338, obs. J.-M. Bruguière.

souvent indirecte ou peu précise par les déclarations nationales ou internationales²⁴²⁸. Ils constatent que les droits fondamentaux sont des droits proclamés comme tels par diverses sources juridiques, sans qu'aucun critère n'ait été préalablement déterminé²⁴²⁹. A travers la critique du statut accordé au droit de propriété intellectuelle, apparaît celle de la notion même de droit fondamental²⁴³⁰. Les réflexions menées sur la nature et les critères permettant de distinguer les droits subjectifs des droits et libertés fondamentales ont été trop rares pour endiguer la prolifération de ces derniers²⁴³¹. Les droits sont déclarés comme étant fondamentaux, sans que la justesse de cette qualification soit étudiée.

893. A la recherche de critères de consécration d'un droit en droit fondamental - Afin de justifier le statut de droit fondamental du droit de propriété intellectuelle, il convient de ne pas se contenter de ce postulat et de rechercher les critères de détermination d'un droit fondamental. Qualifiant les droits fondamentaux de « *mot-valise fourre-tout* », Cornu les définit comme « *des principes de droit objectif et de véritables institutions, des choix de société en amont des droits individuels qui en découlent* ». Ils constituent les « *bases de la vie en société dotées d'une valeur intrinsèque première et d'une prééminence naturelle* »²⁴³². Si la qualification de droit fondamental relève, d'une part, de la nature même du droit et, d'autre part, des choix de société, des critères plus concrets permettant une application pratique sont nécessaires.

894. Le droit naturel, critère insuffisant - Un critère est énoncé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui expose « *les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme* ». Le caractère naturel du droit est donc un premier critère. Quatre droits naturels sont

²⁴²⁸ Ch. Geiger, « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité », in *Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, IRPI, Litec, n° 36, p. 249-265 ; A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, th. dir. Ph. Gaudrat, LGDJ, 2008 ; M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, n° 174, p. 61-123 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 40-1 et s.

²⁴²⁹ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, considérée comme étant la mère de toutes les autres déclarations de droits, a, en effet, été rédigée par les Révolutionnaires en réaction à la monarchie. Trouver un critère général à ces droits n'est donc pas aisé et, de surcroît, qui concorde avec les nouveaux droits.

²⁴³⁰ F. Terré, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, (dir.), Dalloz, 21^e éd., 2015, p. 3-6.

²⁴³¹ G. Haarscher, « Le droit de propriété est-il un droit de l'homme ? Considérations préliminaires à une analyse systématique », in *Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamental*, Bruylant, 1995, p. 9 et s. ; Dans sa thèse de doctorat, A. Zollinger s'interroge sur les critères de détermination des valeurs qui doivent être protégées en tant que droits fondamentaux, mais il établit les caractères de ces droits sans identifier de critères de détermination. Certes, il explique qu'ils sont reconnus en réaction à des injustices flagrantes et qu'une lecture a contrario permet de déterminer les valeurs essentielles, mais il n'étudie pas ces valeurs indépendamment de leur consécration afin de savoir si elles sont effectivement essentielles à notre société : A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, th. dir. Ph. Gaudrat, LGDJ, 2008, n° 68 et s., p. 32 et s. ; A.-F. Zattara pose aussi la question sans y répondre clairement : A.-F. Zattara, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, th. dir. R. Cabrillac, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 351, 2001, n° 123 et s., p. 112 et s.

²⁴³² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V° fondamentaux (droits).

précisément nommés : la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. Les autres articles énoncent des applications particulières de ces droits. Cependant, le fondement jusnaturaliste des droits de l'homme a, sans surprise, été contesté par les positivistes. Un autre critère peut-il être trouvé ? La Déclaration de 1789 n'est pas la seule source de droits fondamentaux. Il convient de prendre en considération les droits et principes énoncés dans le préambule de la Constitution de 1946 lequel a, par la décision du Conseil constitutionnel sur la liberté d'association²⁴³³ et selon l'expression de Favoreu, intégré le « *bloc de constitutionnalité* ». Il convient aussi de porter attention à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Si certains droits peuvent aisément être rattachés aux quatre droits naturels énoncés par les Révolutionnaires, d'autres y sont étrangers. Il semble, en effet, difficile de considérer que le droit aux loisirs ou le droit au mariage sont des droits naturels. Ce sont des droits socialement construits. Deux issues s'offrent alors à cette étude. Soit les droits, dépourvus d'origine naturelle, doivent perdre leur statut de droits fondamentaux, soit d'autres critères permettent de justifier un tel statut, tant pour les droits naturels que pour les droits socialement construits. La théorie positiviste ne sera d'aucun secours car, il a été démontré que le critère organique, fondant le positivisme, est insuffisant pour justifier l'existence d'un droit²⁴³⁴ et son caractère fondamental.

895. L'exclusion du critère d'universalité - Contrairement à ce qui a été longtemps soutenu, le critère de qualification des droits fondamentaux n'est pas l'universalité. Le caractère universel des droits fondamentaux énoncés par la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, en France, par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'est que relatif. Ces droits et libertés n'ont de caractère universel que du point de vue occidental. Les peuples n'ont pas tous la même conception de la vie, de la mort, de ce qu'est la dignité ou la propriété. Si les Etats occidentaux ont la volonté de faire appliquer et respecter ces droits et libertés, tels qu'ils les définissent, par l'ensemble des Etats, il convient de garder à l'esprit que certains peuples regardent ces grandes déclarations avec amusement, étonnement et, parfois même, les ignorent. Le concept d'universalité est prétentieux et peu pertinent au regard du relativisme ethnologique. De surcroît, comme l'indique Cornu dans sa définition, certains droits sont particuliers à une région, tels que la liberté de circulation ou la liberté de séjour qui sont spécifiques à l'Union européenne. Il en est de même pour des droits garantis uniquement par quelques lois nationales, tels que le droit de se marier ou de fonder une famille. L'universalité ne peut pas être un critère de consécration d'un droit comme droit fondamental. Dès lors, il apparaît nécessaire de trouver un autre critère.

²⁴³³ Cons. constit., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, Liberté d'association.

²⁴³⁴ Voir *supra* n° 859.

896. La diversité des critères de consécration - Dans son étude des droits de l'Homme de la troisième génération²⁴³⁵, Monsieur le Professeur Rousseau a énoncé deux critères permettant d'identifier un droit de l'Homme. Le droit doit être passé d'un état pré-normatif de revendication à un état normatif, porté par l'ensemble social, et la norme doit s'insérer avec cohérence dans l'ordre normatif existant. A ces deux critères, Monsieur le Professeur Vivant ajoute que le droit doit être considéré comme constitutif de conditions sociales essentielles au meilleur développement de la personne et comme ayant, et non devant avoir, une vocation à l'universalité²⁴³⁶.

897. Les difficultés d'application des critères au droit de la propriété intellectuelle - Le droit de la propriété intellectuelle est élevé au rang de droit fondamental par rattachement au droit de propriété. Soit il remplit, par lui-même, les critères de qualification de droit fondamental, soit cette qualification ne sera justifiée qu'en raison de son rattachement au droit de propriété. Selon Monsieur le Professeur Vivant, les deux premiers critères sont remplis²⁴³⁷. Pourtant, si le droit de la propriété intellectuelle est revendiqué par certains, il connaît de fortes contestations, qui laissent penser qu'il n'est pas porté par l'ensemble social. De surcroît, il permet, certes, le développement de la culture et l'encouragement à l'innovation, mais il est difficile de démontrer qu'il est perçu comme ayant une vocation universelle au regard des différences de conception qui existent. Il convient alors de rechercher une assise plus certaine de sa nature fondamentale dans le droit de propriété. Il est donc nécessaire de démontrer que le droit de propriété est un droit de l'homme.

898. L'application des critères au droit de propriété - Mouly voit dans le droit de propriété, non un droit fondamental, mais un « *mode de gestion* » de la rareté, un instrument de règlement des relations entre les hommes, « *une procédure juridique de protection des autres droits de l'homme* »²⁴³⁸. D'autres auteurs excluent le droit de propriété de la catégorie des droits fondamentaux en raison du fait que la propriété relève de l'avoir plutôt que de l'être, tandis que les droits fondamentaux portent sur la nature humaine ou l'organisation de la société²⁴³⁹. Cependant, il a été constaté que les hommes sont, par nature, propriétaires²⁴⁴⁰. Un rapport propriétaire s'instaure naturellement entre les hommes et les choses rares et utiles. Leur travail

²⁴³⁵ D. Rousseau, « Les droits de l'homme de la troisième génération », *Revue interdisciplinaire des études juridiques* 1987, n° 19, p. 19.

²⁴³⁶ M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, n° 174, p. 61-123, spéc. n° 5, p. 73.

²⁴³⁷ Toutefois, s'il est revendiqué par certains, le droit de la propriété intellectuelle connaît de fortes contestations qui laissent penser qu'il n'est pas porté par l'ensemble social.

²⁴³⁸ C. Mouly, « Place de la propriété parmi les droits de l'homme », in *Droits de propriété et environnement*, M. Falque et J. Massenet (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997.

²⁴³⁹ R. Libchaber, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac (dir.), Dalloz, 21^e éd., 2015, p. 811 – Pourtant, les droits fondamentaux, certes davantage les droits de la deuxième et troisième génération, ne protègent pas uniquement l'Homme dans ce qu'il est, mais aussi dans ses activités et dans ses interactions avec les autres.

²⁴⁴⁰ Voir *supra* n° 868.

ou leur activité constitue le fondement de leur droit de propriété. Ce droit relève donc de ce que les hommes sont et de ce qu'ils font. De surcroît, les développements précédents démontrent que la propriété représente une valeur-fin, essentielle à la société. Dans les sociétés occidentales, la propriété est le corollaire de la liberté. Dès lors, le droit de propriété est porté par l'ensemble de la société et s'insère avec une telle cohérence dans l'ordre normatif qu'il est même considéré, par certains, comme irriguant l'ensemble du code civil²⁴⁴¹. Enfin, sa vocation universelle est démontrée par les déclarations de droits qui comportent toutes une disposition garantissant, directement ou par interprétation, sa protection. L'ensemble des critères issus de la réflexion de Messieurs les Professeurs Rousseau et Vivant sont remplis²⁴⁴², permettant de qualifier le droit de propriété de droit fondamental.

899. La consécration du droit de la propriété intellectuelle justifiée par le truchement du droit de propriété - Le droit de propriété intellectuelle étant un droit de propriété au sens de ces déclarations de droits²⁴⁴³, celui-ci emprunte à celui-là la nature de droit fondamental. Néanmoins, Monsieur le Professeur Vivant doute qu'il soit possible d'affirmer que le droit de la propriété intellectuelle constitue un droit fondamental, en raison des incertitudes relatives à la qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété²⁴⁴⁴ et à celle du droit de propriété de droit fondamental²⁴⁴⁵. Il s'interroge alors sur la possibilité de fonder la qualification de droit d'auteur de droit de l'Homme sur le lien qui existe entre l'auteur et son œuvre. La condition d'originalité, qui permet à l'auteur d'acquérir un droit exclusif sur sa création²⁴⁴⁶, implique qu'elle porte l'empreinte de sa personnalité. Ce lien étroit entre l'œuvre et son auteur justifierait donc que le droit soit fondamental. Monsieur le Professeur Vivant n'est toutefois pas convaincu par cet argument car, écrit-il, un panier à salade, considéré comme étant original, serait alors protégé par un droit de l'Homme, ce qui lui semble « *dérisoire* »²⁴⁴⁷. En outre, la qualification de droit de l'Homme nécessite une « *tension vers l'universalité* », qui ne semble pas permise par l'approche anglo-saxonne du *copyright*. Il serait alors possible d'envisager un droit d'auteur à géométrie variable, parfois simple droit subjectif, parfois droit de l'Homme, en fonction de la chose sur laquelle il porte. Si le caractère fondamental du droit d'auteur est fondé sur le lien intime entre l'auteur et son œuvre, qu'en est-il des autres biens, objets de propriété intellectuelle, dont le lien entre créateur et création est plus ténu ? Le critère

²⁴⁴¹ F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305.

²⁴⁴² Bien que M. Vivant doute que le droit de propriété soit un droit de l'homme : M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, n° 174, p. 61-123, spéc. n° 8, p. 77.

²⁴⁴³ Voir *infra* n° 917 et s. pour l'étude de la pertinence de cette qualification.

²⁴⁴⁴ Voir *infra* n° 910.

²⁴⁴⁵ M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, n° 174, p. 61-123, spéc. n° 10, p. 85.

²⁴⁴⁶ Pourtant, le terme création implique l'originalité, au sens juridique. Une chose dépourvue d'originalité ne peut être qualifiée de création.

²⁴⁴⁷ M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *art. cit.*, spéc. n° 13.1, p. 95 – Cette critique n'est toutefois pas convaincante car, que penser alors de la protection, par la Déclaration des droits de l'homme, de ce panier à salade faisant l'objet d'un droit de propriété ? Les biens sont protégés par un droit fondamental non en raison de leur nature, mais en raison du droit de propriété qui s'y applique.

est d'autant moins convaincant que le droit des marques et le droit des brevets ont été reconnus comme étant des droits fondamentaux avant le droit d'auteur. Or, s'il existe un lien entre l'inventeur et son invention et le créateur et la marque, il est certainement moins fort que celui qui lie l'auteur à son œuvre. Le critère du lien intime entre l'auteur et son œuvre ne permettant pas de justifier le statut de droit fondamental du droit de propriété intellectuelle, ne semble pas satisfaisant. Il convient alors de fonder cette qualification sur la qualification de droit de propriété du droit de propriété intellectuelle, dont la pertinence sera démontrée²⁴⁴⁸.

B- Les effets de la consécration

900. L'effet de protection - Grâce à sa qualification de droit fondamental, le droit de la propriété intellectuelle est protégé contre les atteintes que pourrait lui porter le législateur. Les lois susceptibles de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle peuvent être soumises à un contrôle de constitutionnalité par saisine directe du Conseil constitutionnel ou par une question prioritaire de constitutionnalité. Il bénéficie aussi d'une protection européenne, complémentaire de la protection constitutionnelle²⁴⁴⁹.

901. L'effet de conciliation, la méthode de la mise en balance - Les droits fondamentaux, comme les simples droits subjectifs, peuvent entrer en conflit. Une personne peut souhaiter, sur le fondement de la liberté d'expression, réaliser la parodie d'une œuvre de l'esprit, à laquelle l'auteur s'oppose sur le fondement de son droit d'auteur. Une autre peut envisager de produire et commercialiser un bien comportant une invention faisant l'objet d'un brevet, la liberté du commerce et de l'industrie entrant alors en conflit avec le droit des brevets. Les frictions entre les droits fondamentaux peuvent être résolues en raisonnant à partir du postulat, adopté par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil constitutionnel, selon lequel les droits ont tous la même valeur normative, imposant de rechercher, par leur mise en balance, un juste équilibre et de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime²⁴⁵⁰.

902. L'exclusion de la théorie de la hiérarchie des droits fondamentaux - Une partie de la doctrine considère qu'il n'est pas démontré que les droits fondamentaux ont tous la même valeur et conteste la technique de mise en balance de ces droits. Il existerait une hiérarchie des droits fondamentaux, une hiérarchie « *substantielle* » des droits, en sus de la hiérarchie des

²⁴⁴⁸ Voir *infra* n° 917 et s.

²⁴⁴⁹ Sur la complémentarité et l'effectivité de la protection : A.-F. Zattara, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, th. dir. R. Cabrillac, LGDJ, Bibli. dr. Privé, t. 351, 2001, p. 311 et s.

²⁴⁵⁰ J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, th. dir. P.-Y. Gautier, PUAM, 2009, spéc. n° 522 et s. ; Ch. Geiger, « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité », in *Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, IRPI, Litec, n° 36, p. 249-265, spéc. p. 256 et s.

normes²⁴⁵¹. Les théoriciens d'une telle hiérarchie estiment donc que le contrôle de proportionnalité est subsidiaire au syllogisme, n'étant mis en œuvre que lorsque l'égalité des droits est démontrée²⁴⁵². Monsieur le Professeur Gautier estime que la théorie de l'abus de droit de Josserand²⁴⁵³ allait déjà à l'encontre d'un usage systématique de la balance des intérêts et permet d'éviter son imprévisibilité. Cette théorie de la hiérarchie des droits fondamentaux est pourtant peu convaincante car ses partisans ne déterminent pas clairement les critères permettant d'établir cette hiérarchie. Selon certains, elle est établie en fonction de l'importance que le juge constitutionnel attache à certains droits ou libertés²⁴⁵⁴ et ce, indépendamment de tout critère légal. Ils ont aussi cru possible d'établir une hiérarchie entre les droits fondamentaux, dits de la première génération²⁴⁵⁵, les droits de la deuxième²⁴⁵⁶ et ceux de la troisième²⁴⁵⁷, ici encore sans fondement textuel. Certes, en pratique, le seul droit fondamental qui ne soit pas limité par un autre est le droit à la dignité. Cette supériorité pourrait fonder une certaine hiérarchie, mais la théorie de l'existence d'une hiérarchie substantielle paraît plus complexe. De surcroît, la proclamation de Téhéran par l'ONU, le 13 mai 1968, consacre l'indivisibilité des droits fondamentaux et, par conséquent, leur interdépendance. La hiérarchisation des droits fondamentaux en fonction de leur génération ne semble donc pas pertinente²⁴⁵⁸. Pour d'autres, le critère de hiérarchisation est fluctuant. Il dépend des droits en conflit. En matière de propriété incorporelle, les droits fondés sur le travail et la propriété sont privilégiés à ceux fondés sur le plaisir et le critère de dignité permet de résoudre les conflits entre la « *propriété incorporelle innée* » et la « *propriété incorporelle créée* »²⁴⁵⁹. En application du premier critère, le droit à la culture sera écarté au profit du droit d'auteur et, en application du second, le droit à la liberté d'expression sera considéré comme étant inférieur au droit au respect de la vie privée. La jurisprudence montre, pourtant, que ces solutions ne sont pas retenues. La résolution des conflits de droits fondamentaux par leur hiérarchisation est une idée séduisante par sa simplicité de mise en œuvre, mais elle n'apparaît pas pertinente, tant au regard de la théorie, que de la pratique. Leur conciliation par une mise en balance est nécessaire

²⁴⁵¹ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1927, t. 2, n° 174 ; J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, th. dir. P.-Y. Gautier, PUAM, 2009, spéc. n° 492-494 ; P.-Y. Gautier, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.

²⁴⁵² J. Lesueur, *Conflits de droits (...)*, *op. cit.*, spéc. n° 526 ; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^e éd., 2015, n° 167 et 170.

²⁴⁵³ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939), n° 165.

²⁴⁵⁴ G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque au Conseil constitutionnel les 25 et 26 mai 1989, PUF, 1989, p. 35-64, spéc. p. 61 ; D. Turpin, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, Introduction, p. 9.

²⁴⁵⁵ Les droits civils et politiques reconnaissant une faculté d'agir. Ce sont les « droits de ». Ce sont les droits dits naturels qui ne nécessitent qu'une action publique indirecte.

²⁴⁵⁶ Ce sont les droits sociaux, les droits « créance », les « droits à », notamment consacrés par le préambule de la Constitution de 1946.

²⁴⁵⁷ Proches des droits de la deuxième génération, ce sont les droits collectifs, exercés en groupe, par exemple les droits culturels, le droit à un environnement sain.

²⁴⁵⁸ X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2013, n° 58, p. 36.

²⁴⁵⁹ J. Lesueur, *Conflits de droits (...)*, *op. cit.*, spéc. n° 494.

car tout droit fondamental, excepté le droit à la dignité, est relatif. La théorie de l'abus de droit pourrait réduire le champ d'application de la technique de la mise en balance des intérêts et, ainsi, limiter les incertitudes liées à l'appréciation des juges. Toutefois, si tous les droits peuvent être exercés de manière abusive, il est des droits, tels que la liberté d'expression, dont les abus sont limitativement déterminés par la loi²⁴⁶⁰. Qu'en est-il alors lorsque la liberté d'expression entre en conflit avec un autre droit fondamental, par exemple le droit au respect de la vie privée, en dehors des cas d'abus légalement déterminés ? Quelle hiérarchie établir entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée ? Comment résoudre cette opposition, si ce n'est en mettant les intérêts en balance et en recherchant, au cas par cas, l'équilibre entre ces droits ? La recherche du juste équilibre entre les droits est conforme à l'article 52 §1 *in fine* de la Charte des droits fondamentaux, que la Cour de justice de l'Union européenne applique²⁴⁶¹ avant même l'adoption de la Charte²⁴⁶². Le droit d'auteur donne aussi un parfait exemple de l'absence de mise en œuvre systématique des exceptions, démontrant que la balance des intérêts est nécessaire. En effet, la mise en œuvre des exceptions doit satisfaire trois conditions, celles du « test en trois étapes » : figurer dans cette liste limitative d'exceptions, ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de ces droits²⁴⁶³. Bien que le législateur reconnaisse des exceptions, celles-ci ne priment pas automatiquement sur le droit, contrairement à ce que soutiennent les théoriciens de la hiérarchie des droits fondamentaux.

903. Le conflit entre les droits cristallisant l'opposition entre l'intérêt public et l'intérêt privé - Il serait fastidieux et inutile à la présente démonstration de dresser la liste de tous les conflits de droits fondamentaux existants et impliquant un droit de propriété intellectuelle. Néanmoins, certains conflits cristallisent l'opposition entre intérêts privés et intérêt public. Le droit de la propriété littéraire et artistique doit être concilié avec la liberté

²⁴⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 12-35.264 : *Bull. civ. I* 2014, n° 10 - La Cour affirme dans un attendu de principe que la liberté d'expression n'est abusive que dans les cas limitativement déterminés par la loi. Le refus de faire reproduire un tableau dans un catalogue, fondé sur le droit de propriété intellectuelle, n'est donc pas fautif.

²⁴⁶¹ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA* : *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 47, comm. V.-L. Benabou ; *CCE* 2012, n° 6, comm. 63, note A. Debet ; *RLDI* 2012, n° 79, 2622, C. Castets-Renard (la Cour met en balance le droit de la propriété intellectuelle et le droit d'entreprendre) ; CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *Sabam c/ Netlog* : *D.* 2012, p. 2343, obs. J. Larrieu, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny ; CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien* : *CCE* 2014, n° 5, comm. 43, note Ch. Caron ; *Prop. intell.* 2014, n° 52, p. 288, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2014, p. 1246, comm. C. Castets-Renard (la Cour met en balance le droit de la propriété intellectuelle, la liberté d'entreprise et la liberté d'information des utilisateurs d'Internet).

²⁴⁶² Pour un exemple de recherche d'un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle des producteurs musicaux, qui souhaitaient que les fournisseurs d'accès à Internet leur communiquent les données des internautes échangeant des fichiers musicaux, et le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données personnelles de ces internautes : CJCE, Gde ch., 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae v. Telefonica de España SAU*, spéc. n° 71 : *Prop. intell.* 2008, n° 27, p. 239, obs. V.-L. Benabou ; *JCP G* 2008, II, 10099, note E. Derieux ; *RTD com.* 2008, p. 302, obs. F. Pollaud-Dulian.

²⁴⁶³ Le test en trois étapes, appliqué en droit d'auteur, est qualifié de contrôle de proportionnalité : J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, th. dir. P.-Y. Gautier, PUAM, 2009, spéc. n° 533 ; Pour une critique du test en trois étapes et les doutes quant à l'équilibre qu'il permet d'atteindre : Ch. Geiger, « La transposition du test en trois étapes en droit français », *D.* 2006, p. 2164.

d'expression et le droit à la culture ; le droit de la propriété industrielle avec la liberté du commerce et de l'industrie, de laquelle découle la liberté d'entreprendre. De manière plus générale, le droit de la propriété intellectuelle doit être concilié avec le droit du public à l'information²⁴⁶⁴. La récurrence de ces conflits a conduit le législateur à instaurer des instruments permettant de les résoudre en amont. Ainsi, les biens ne sont protégés sur le fondement du droit de la propriété intellectuelle qu'à la condition que des critères de protection soient remplis. Une œuvre de l'esprit ne sera protégée sur le fondement du droit d'auteur que si elle est originale. Une invention n'est brevetable qu'à la condition qu'elle soit nouvelle et procède d'une activité inventive. Lorsque ces instruments n'apparaissent pas suffisants pour éviter le conflit entre les droits, une mise en balance des intérêts est alors nécessaire. Les conflits entre la liberté d'expression et de communication et le droit d'auteur ou les droits voisins étant prégnants, les législateurs national et européen ont instauré des exceptions à ces droits. Limitativement listées et mises en œuvre après un test en trois étapes, elles limitent, en principe, l'appréciation du juge sur l'équilibre de ces droits fondamentaux²⁴⁶⁵.

904. Le conflit au sein du droit de propriété cristallisant l'opposition entre deux intérêts privés - Le droit de la propriété intellectuelle peut aussi entrer en conflit avec le droit de la propriété corporelle. Une œuvre de l'esprit ou une marque peut être représentée sur un support appartenant à un tiers. Le droit de propriété du tiers peut alors entrer en conflit avec celui de l'auteur ou du titulaire de la marque. Le souhait de l'auteur d'exposer son œuvre peut s'opposer au refus du propriétaire du support. Le titulaire d'une marque pourra demander la destruction des objets sur lesquels sont apposés une marque contrefaisante, portant atteinte au droit du propriétaire du bien²⁴⁶⁶. Les propriétaires de biens corporels et intellectuels doivent donc exercer leurs droits dans le respect de chacun. Cet équilibre est exigé par le législateur, dès les premières dispositions du code de la propriété intellectuelle, qui énoncent que « *les titulaires des droits d'auteur ne peuvent exercer leurs droits en portant atteinte aux droits du propriétaire du support* »²⁴⁶⁷. La conciliation des intérêts par la balance des droits doit permettre à chaque propriétaire d'en avoir une jouissance paisible. Si le statut de droit fondamental n'évite pas au droit de la propriété intellectuelle d'entrer en conflit avec d'autres

²⁴⁶⁴ Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – approche de droit comparé*, th. dir. M. Vivant, Litec, coll. IRPI, 2004, n° 131 et s., p. 134 et s. ; E. Derieux, *Droit de la communication*, LGDJ, 4^e éd., 2003, p. 28 et s. ; P. Trudel, *Droit de l'information et de la communication*, Montréal, Thémis, 1984, p. 14 ; J.-M. Auby et R. Ducos-Ader, *Droit de l'information*, Dalloz, 1982, p. 6.

²⁴⁶⁵ La Cour de cassation semble, néanmoins, se départir de la balance des intérêts législativement réalisée au moyen des exceptions à ces droits et du test en trois étapes : Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Klasen c/ Malka* : *Bull. civ. I* 2015, n° 116, *RTD com.* 2015, p. 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. intell.* 2015, p. 281, obs. A. Lucas ; Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-28.467 et n° 16-11.759, *Dialogue des Carmélites* : *Bull. civ. I* 2017, n° 788, *RTD com.* 2017, p. 891, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. intell.* oct. 2017, p. 60, obs. A. Lucas. Dans l'arrêt *Klasen*, la cour d'appel de Versailles de renvoi rompt avec la jurisprudence de la première Chambre civile de la Cour de cassation : CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2018, p. 345, obs. F. Pollaud-Dulian.

²⁴⁶⁶ Sur le fondement, notamment, de l'article L. 716-13 du CPI.

²⁴⁶⁷ Article L. 111-3 du CPI.

droits de même valeur, leur mise en balance et la recherche d'un juste équilibre lui permettent d'exister et, parfois, de prévaloir au sein de ce corpus normatif.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

905. Les législateurs sont unanimes, le droit de la propriété intellectuelle est un droit de propriété. Historiquement, cette qualification n'a jamais été abandonnée et résulte désormais, soit d'une affirmation expresse, soit d'une déduction par articulation des textes. Il résulte de ce choix la consécration du droit de la propriété intellectuelle en droit fondamental. Certes, l'élévation du droit de la propriété intellectuelle au rang de droit fondamental fait l'objet de critiques. L'analyse de cette consécration par le prisme des critères justifiant l'entrée d'un droit dans la catégorie des droits fondamentaux est délicate. Elle exige de passer par la qualification de droit de propriété. Afin que la légitimité de cette consécration ne procède pas d'un postulat, il convient de démontrer la pertinence de cette qualification, intensément débattue en doctrine.

Paragraphe II - La qualification débattue en doctrine, entre droit de propriété et droit sui generis

906. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété au régime juridique spécial - Malgré la qualification unanime des législateurs, la doctrine reste divisée. Entre droit de propriété²⁴⁶⁸, droit de clientèle²⁴⁶⁹, droits intellectuels²⁴⁷⁰ ou droit *sui generis*²⁴⁷¹, la controverse ne perd pas de son intensité. Si la qualification de droit de propriété est aisément reconnue au droit de la propriété industrielle²⁴⁷², l'importance des droits moraux en droit de la propriété littéraire et artistique représente la pierre d'achoppement de cette qualification²⁴⁷³. Certains préfèrent alors adopter une qualification distributive entre droits de la personnalité et

²⁴⁶⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 26, p. 30 et s. ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 18 et s., p. 42 et s.

²⁴⁶⁹ Roubier a proposé la qualification de droits de clientèle en raison du rôle que jouent ces droits dans l'exploitation d'un fonds de commerce, excluant alors la qualification de droits personnels et de droits réels : P. Roubier, « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD com.* 1935, p. 288.

²⁴⁷⁰ J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 17^e éd., 2018, n° 208, p. 252 ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 18^e éd., 2018, n° 447, p. 404 et s. ; E. Picard, *Le droit pur*, Larcier, Bruxelles, 1899, p. 121.

²⁴⁷¹ Nombreux sont les auteurs qui refusent les qualifications existantes, mais rares sont ceux qui reconnaissent expressément son caractère *sui generis* : F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 38 et 39, p. 20-22.

²⁴⁷² J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles*, LGDJ, 2^e éd., 2009, t. 1, n° 10, p. 12. ; J. Mousseron, *Traité des brevets. L'obtention des brevets*, Litec, 1984, t. 1, n° 52 ; J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, coll. Thémis, 1991, p. 265.

²⁴⁷³ Les auteurs refusant de qualifier le droit d'auteur de droit de propriété sont nombreux, mais ne proposent pas toujours une autre qualification existante. Outre l'existence des droits moraux, la qualification de droit de propriété est exclue en raison des différences de contours des prérogatives : A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 435 et s. ; H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 232 ; P. Olagnier, *Le droit d'auteur. Les principes, le droit ancien*, LGDJ, 1934, t. 1, p. 28 et s. – Le droit *sui generis* attribué aux producteurs de bases de données a, aussi, fait l'objet de vifs débats sur sa qualification : M. Vivant, « An 2000 : l'information appropriée ? », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 651-665, spéc. p. 657 : l'auteur propose la qualification de « méta-propriété ».

droits réels incorporels²⁴⁷⁴. Le retour aux sources du droit de propriété permet, toutefois, de justifier l'application de cette qualification aux créations intellectuelles, confirmée par les théories modernes (I). Les adaptations du droit de propriété au droit de la propriété intellectuelle, rendues nécessaires par ses fonctions sociales, font de ce droit un droit spécial de propriété (II).

I- Le droit de propriété, qualification applicable aux créations intellectuelles

907. Une double justification de la qualification - La qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété est justifiée, tant par la nature du droit de propriété, droit naturel s'appliquant aux choses rares et utiles (A), que par la nature des biens qui en sont les objets, dont les caractéristiques ne font pas obstacle à leur appropriation (B).

A- La nature du droit de propriété, fondement de cette qualification

908. La qualification de droit de propriété, un enjeu pour son régime - Le droit de la propriété intellectuelle a été construit au fil du temps et des revendications des différents intéressés. Son régime juridique a donc été élaboré en dehors de toute qualification juridique. Après l'étude des enjeux de la qualification de ce droit (1), la pertinence de la qualification de droit de propriété sera démontrée (2).

1- Les enjeux de la qualification

909. La construction d'un régime juridique dépourvu de qualification - Le droit de la propriété intellectuelle a été attribué, par le roi, aux éditeurs, puis aux auteurs, sous forme de privilèges royaux aux fins de reproduction des œuvres littéraires²⁴⁷⁵. Un régime juridique a alors été construit en fonction des revendications de chacun et le droit des auteurs sur leurs œuvres a été élaboré en étroite relation avec sa fonction sociale²⁴⁷⁶. Cependant, aucune réflexion générale n'a été menée sur la nature de ces droits, rendant difficile leur entrée dans une qualification juridique déjà existante. Pourtant, qualifier un droit demeure indispensable, car en dépendent les évolutions de son régime juridique. En effet, la fonction sociale d'un droit ne peut, à elle seule, fonder les dispositions d'un régime juridique. Il doit, aussi, être guidé par la qualification du droit afin d'assurer la cohérence générale de la législation.

²⁴⁷⁴ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 31, p. 47 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014, n° 63, p. 69 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 16 et s., p. 26 et s.

²⁴⁷⁵ Ces privilèges royaux constituent la reconnaissance étatique du droit naturel de propriété intellectuelle, voir *infra* n° 919.

²⁴⁷⁶ Voir *infra* n° 993 et s.

910. Le droit de la propriété intellectuelle, propriété de principe ou monopole exceptionnel ? - La controverse sur la qualification du droit de la propriété intellectuelle peut être résumée par une question : le droit de la propriété intellectuelle est-il un principe ou une exception ? Plus explicitement, le droit de la propriété intellectuelle est-il un droit de propriété ou un monopole²⁴⁷⁷ exceptionnellement accordé par la loi au créateur²⁴⁷⁸ ? Deux conceptions du droit de la propriété intellectuelle se sont affrontées au XIX^{ème} siècle et trouvent encore un écho dans les débats actuels²⁴⁷⁹. Elles prennent leurs sources dans l'origine du droit et de la société²⁴⁸⁰. L'une envisage le droit de la propriété intellectuelle comme un contrat conclu entre les créateurs et la société. Elle s'inscrit dans le courant doctrinal positiviste, selon lequel le contrat social fonde l'existence du droit et de la société. L'autre considère le droit de la propriété intellectuelle comme un droit naturel, estimant qu'il est dévolu aux créateurs sans qu'il soit nécessaire que la loi intervienne. Cette conception jusnaturaliste s'inscrit dans celle, plus large, de la création de la société, indépendante de toute intervention du législateur.

911. Le refus de la qualification de droit de propriété - La théorie contractuelle du droit d'auteur est fondée sur l'origine divine du savoir. Les auteurs participent à l'accroissement et à la diffusion de la culture et du savoir. Ils mènent donc une activité désintéressée²⁴⁸¹ et, leur attribuer un monopole serait attentatoire à la liberté d'expression, au droit du public à l'information, à la libre concurrence et à la liberté de création, de circulation des idées ou du commerce et de l'industrie²⁴⁸². Le refus de l'appropriation des œuvres, opposé à leurs auteurs, est donc principalement justifié par l'intérêt général. Il est aussi fondé sur une importante confusion entre les idées et leur mise en forme par l'auteur²⁴⁸³. La publication des œuvres exclut

²⁴⁷⁷ La notion de monopole est utilisée par les auteurs qui refusent la qualification de droit de propriété : F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 38 et 39, p. 20-22 ; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., 2007, n° 26 et s., p. 10 et s. Notion économique, le monopole désigne « le droit exclusif de production ou de commercialisation d'un produit ou d'un service, conféré par un autorité publique » (M. Melloni, *Dictionnaire européen de la concurrence*, Larcier, 2018). Cette notion traduit la position d'une entreprise qui sert, seule, un marché (N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013, n° 285, p. 123). Elle n'est pourtant pas exclusive de la qualification de droit de propriété car elle représente l'effet, sur le marché, de l'exclusivité d'un droit d'exploitation portant sur un bien ou un service. La naissance et l'existence du droit de propriété est indépendante de l'exclusivité, accordée par l'Etat, sur le marché. Messieurs les Professeurs Vivant et Bruguière proposent, quant à eux, la qualification de « propriété de marché » : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 36, p. 54 et s.

²⁴⁷⁸ Sur la notion de création, voir *supra* n° 11.

²⁴⁷⁹ L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété – Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^{ème} siècle », *RIDA* 2005, n° 205, p. 117-209 – L'auteur expose ces deux conceptions avec une grande clarté dont la synthèse est présentée ci-après ; E. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, th. dir. A. Lucas, PUR, 2013, n° 154 et s., p. 97 et s.

²⁴⁸⁰ Il est important de replacer la conception du droit de la propriété intellectuelle dans celle, plus large, de la naissance du droit et de la société. Il est, en effet, indispensable qu'il existe une cohérence générale au sein des théories soutenues par les auteurs entre leur conception de la naissance des droits dits subjectifs et la naissance du droit au sens large.

²⁴⁸¹ A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-Arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 455 ; P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires* (1863), Paris, 2002, p. 208 et 231.

²⁴⁸² P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires* (1863), Paris, 2002, p. 223.

²⁴⁸³ L'auteur serait redevable à la société des idées qui ont inspiré son travail, réduisant considérablement l'apport de l'auteur dans la création de son œuvre : P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires* (1863), Paris, 2002, p. 222 ;

leur appropriation, celles-ci devenant des *res communes*, circulant librement et gratuitement²⁴⁸⁴. L'œuvre appartient naturellement à tous, seule la loi pouvant restreindre la faculté du public de l'exploiter. La qualification de droit de propriété est donc refusée en raison de la fonction sociale des œuvres, voire de leur utilité, conformément à la tradition benthamienne²⁴⁸⁵. Les auteurs reçoivent, néanmoins, une récompense du fait de leur contribution à la diffusion de la culture, constituant une créance à l'égard de la société. Le travail de l'auteur lui donne droit à une rémunération, mais ne lui confère pas un droit de propriété. Cette théorie trouve une autre justification dans le postulat selon lequel la propriété ne peut porter que sur des choses corporelles²⁴⁸⁶. La nature incorporelle des œuvres, insaisissables, et leur caractère non rival puisque douées d'ubiquité, exclurait alors leur appropriation²⁴⁸⁷.

912. La réception de la qualification de droit de propriété - La seconde conception du droit d'auteur est fondée sur le droit de propriété. Les auteurs, partisans de cette théorie, constatent, dans un premier temps, que les choses incorporelles peuvent, selon le droit romain²⁴⁸⁸ et le code civil²⁴⁸⁹, faire l'objet d'un droit de propriété, pour, dans un second temps, qualifier le droit d'auteur de droit de propriété. L'auteur est propriétaire de son œuvre en ce qu'elle émane de sa personne, procède de son travail. C'est une propriété originaire et naturelle, telle que théorisée par Locke²⁴⁹⁰. Elle n'a nul besoin d'une loi pour exister. La nature personnelle de cette propriété a été fortement développée. L'œuvre constitue une émanation de l'être de l'auteur, porte l'empreinte de sa personnalité²⁴⁹¹. Cette conception tend à lutter contre les arguments des partisans de la théorie contractuelle, refusant l'appropriation des choses par le travail. Le premier article du code de la propriété intellectuelle confirme cette accession naturelle à la propriété, en énonçant que l'auteur jouit sur son œuvre du droit de propriété incorporelle, du seul fait de sa création. L'auteur est lié à son œuvre par l'acte créatif qu'il

A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 436 ; C. Vandendorpe, « Pour une bibliothèque virtuelle universelle », *Le Débat* 2001, n° 117, p. 31-42 ; C. Vandendorpe, « Contre les nouveaux féodalismes », *Le Débat* 2001, n° 117, p. 53-58.

²⁴⁸⁴ Renouard y voit même une donation irrévocable : A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 436, 437, 447 et 454 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1852, t. 9, n° 536-537, p. 4780.

²⁴⁸⁵ Voir *infra* n° 997 et s. – Renouard affirme que l'attribution de droits privatifs illimités aux auteurs ne « conduit pas à des résultats utiles à l'humanité et au bien-être social » : A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 467.

²⁴⁸⁶ M. Villey, « Le jus in re du droit romain classique au droit moderne », *Publications de l'Institut de droit romain*, Paris, 1950, p. 200.

²⁴⁸⁷ Voir *infra* n° 922.

²⁴⁸⁸ Le droit romain distingue le *dominium*, la puissance et la maîtrise que l'homme exerce sur la chose correspondant au droit de propriété, et la *proprietas*, qualité qu'a une chose d'appartenir privativement à un sujet, correspondant aux choses sur lesquelles s'exerce le droit. Ces choses peuvent donc être corporelles ou incorporelles. Voir *infra* n° 923.

²⁴⁸⁹ Le code civil consacre le droit de propriété sur les actions en justice et sur les rentes viagères : A. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, 1862, p. 86.

²⁴⁹⁰ Voir *supra* n° 872 et s.

²⁴⁹¹ E. Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879, p. 19 ; Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827, t. 8, p. 7.

accomplis. Cet acte lui en confère la propriété exclusive, laquelle ne se perd pas par sa divulgation²⁴⁹². Le public acquiert seulement un droit d'accès intellectuel aux œuvres, tandis que l'auteur en conserve l'accès juridique²⁴⁹³. Ces théoriciens n'ont pas négligé les fonctions sociales de l'œuvre et l'incidence d'une qualification de droit de propriété sur le régime juridique. Ils ont, alors, circonscrit la propriété de l'auteur à la forme, excluant les idées qui doivent rester communes²⁴⁹⁴, ainsi qu'à l'œuvre elle-même, excluant le support. Ils ont aussi accepté que la propriété soit limitée dans le temps. Ces limites ne remettent pas en cause la qualification de droit de propriété²⁴⁹⁵. Les prérogatives, telles que le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et à la paternité, qui constitueront des droits moraux, étaient considérées comme résultant du droit de propriété.

913. Le droit de la propriété industrielle, qualifié de droit de propriété accordé par l'Etat - La qualification des droits de propriété industrielle de droits de propriété a suscité moins de débats. En l'absence de droits moraux – à l'exception du droit moral de l'inventaire, mais d'une portée trop faible pour l'exclure²⁴⁹⁶ – les auteurs s'accordent, majoritairement, sur cette qualification²⁴⁹⁷. Cependant, la théorie positiviste du droit de propriété trouve un écho plus large en droit de la propriété industrielle. Bien qu'à la Révolution, grâce au même raisonnement que celui tenu pour le droit d'auteur, le droit des inventeurs ait été considéré comme un droit naturel, rompant avec l'octroi des privilèges par le roi, le droit de la propriété industrielle est perçu comme étant un droit exclusif ou un monopole, accordé par l'Etat. Cette conception est fondée sur la soumission de l'opposabilité des droits à la condition d'enregistrement ou de dépôt et sur l'obligation d'usage sérieux des marques ou de la cession parfois obligatoire de licence sur des brevets. Pourtant, il sera démontré que ces éléments n'excluent pas l'origine naturelle du droit de la propriété industrielle²⁴⁹⁸.

914. Le flou législatif - Les dispositions du code de la propriété intellectuelle ne permettent pas de déterminer avec certitude la conception choisie par le législateur. En effet, le vocabulaire

²⁴⁹² R.-J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, 1776, t. 1, p. 6, n° 4 ; E. Laboulaye, *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858, p. XXXVIII-XXIX ; E. Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879, p. 23.

²⁴⁹³ J.-M. Mousseron et M. Vivant, « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le "terrain" occupé par le droit », *Cah. dr. entr.*, 1988, n° 1, p. 2.

²⁴⁹⁴ Voir *infra* n° 933.

²⁴⁹⁵ E. Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879, p. 20 ; E. Laboulaye, *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858, p. XLVIII - Voir *infra* n° 929 et s.

²⁴⁹⁶ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles*, LGDJ, 2^e éd., 2009, t. 1, n° 11, p. 13.

²⁴⁹⁷ Voir *infra* n° 913 – Lorsque les appellations d'origine et les indications de provenance sont considérées comme relevant de la catégorie des droits de propriété intellectuelle, certains considèrent que les appellations d'origine et les indications de provenance doivent être exclues de cette qualification car elles ne peuvent être appropriées par les producteurs locaux (notamment, F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 37, p. 20), mais un auteur a démontré que l'Etat en est propriétaire au titre du domaine éminent (N. Olszak, *Droit des appellations d'origine*, Lavoisier, 2001, p. 95).

²⁴⁹⁸ Voir *infra* n° 920.

employé est fluctuant et évasif. Bien que le droit de la propriété intellectuelle porte le nom de droit de propriété et que certaines dispositions du code de la propriété intellectuelle fassent référence au droit de propriété²⁴⁹⁹, la majorité des dispositions emploient le terme générique de protection²⁵⁰⁰. Cette fluctuation permet-elle, néanmoins, de qualifier le droit de propriété intellectuelle de droit de propriété ?

915. Les conséquences de la qualification sur le régime du droit de la propriété intellectuelle - La qualification du droit de la propriété intellectuelle a des conséquences sur son régime juridique. Si le droit de la propriété intellectuelle est qualifié de monopole accordé par le législateur, faisant exception à la liberté d'expression, qui comprend la liberté de création et d'information, et à la liberté du commerce et de l'industrie, dont la libre concurrence est le corollaire, le régime juridique peut aisément être adapté. La nature incorporelle des biens, objets de ce monopole, ne constitue plus une difficulté de qualification et les obstacles, relatifs à la limitation du droit dans le temps et à la réduction des prérogatives du titulaire du droit, sont levés. Le droit de la propriété intellectuelle constituerait alors un droit *sui generis*, qu'il conviendrait de renommer, afin d'éviter toute confusion avec le droit de propriété. *A contrario*, si le droit de la propriété intellectuelle est qualifié de droit de propriété, le régime juridique de celui-ci doit être conforme à celui-là. Dans un premier temps, il est nécessaire de répondre à ceux qui objectent que le droit de propriété ne s'applique pas aux choses incorporelles. Dans un second temps, les prérogatives classiquement attribuées au propriétaire doivent être, autant que faire se peut, respectées. Le caractère limité des droits, tant dans le temps que dans leurs dimensions, doit être justifié afin que la qualification ne soit pas remise en cause.

916. La corrélation entre qualification et fonction du droit - A travers la réflexion portant sur la qualification et le régime juridique du droit de la propriété intellectuelle, apparaît celle sur la fonction de ce droit dans la société. Forme-t-il un droit de protection de l'intérêt des créateurs ou un droit de protection de l'intérêt du public ? La propriété corporelle avait pour enjeu, à l'origine, la maîtrise de l'outil de production, la propriété intellectuelle a pour enjeu la maîtrise des créations, de l'économie du savoir²⁵⁰¹. Le droit de la propriété intellectuelle cristallise l'opposition entre l'intérêt privé des créateurs à la protection de leurs biens et l'intérêt général à leur libre exploitation. Les biens, objets de droit de propriété intellectuelle, doivent-

²⁴⁹⁹ Voir *supra* n° 884.

²⁵⁰⁰ Art. L. 341-1 du CPI : le producteur d'une base de données bénéficie d'une protection du contenu de la base ; art. L. 511-9 du CPI : la protection du dessin ou modèle est accordée à son créateur ; art. L. 611-6 du CPI : le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur. L'article L. 611-3 du CPI mentionne expressément le propriétaire d'un brevet d'invention. C'est le titre qui fait, selon le législateur, l'objet d'un droit de propriété, non l'invention elle-même. L'article L. 613-2 du CPI détermine, quant à lui, l'étendue de la protection conférée par le brevet. Art. L. 622-1 du CPI : le dépôt d'une topographie finale ou intermédiaire d'un produit semi-conducteur confère une protection. Art. L. 623-4 du CPI : le certificat d'obtention végétale confère à son titulaire un droit exclusif dont les prérogatives sont limitativement définies.

²⁵⁰¹ M. Lévy et J.-P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, décembre 2006.

ils être appropriés, excluant les tiers du bénéfice de leurs utilités, ou doivent-ils être laissés à leur libre exploitation, excluant les titulaires du bénéfice des fruits de leurs créations ? Entre ces deux positions, se situent des conceptions plus nuancées, invitant à distinguer le droit à rémunération, de l'exclusivité du droit. En France, le législateur, influencé par le courant jusnaturaliste de Locke, a choisi de protéger les auteurs tandis que, dans les pays anglo-saxons, le *copyright*, dans la veine de Bentham et de sa conception utilitariste du droit, protège l'intérêt du public²⁵⁰². Si cette conception utilitariste colore le droit français de la propriété industrielle, elle s'insinue, aussi, dans les débats sur les fonctions du droit d'auteur et des droits voisins²⁵⁰³.

2- Le choix de la qualification

917. L'objet du droit de la propriété intellectuelle, une chose ou un droit ? - Avant de qualifier le rapport juridique qui existe entre le créateur et son œuvre, son dessin, son modèle, sa marque ou son invention, il convient d'indiquer quelle théorie des biens sera adoptée. La théorie, soutenue par Messieurs les Professeurs Zenati-Castaing et Revet, selon laquelle les biens sont des choses ou des droits qui font l'objet d'un droit de propriété²⁵⁰⁴, est celle qui nous semble la plus conforme à la réalité sociale et économique actuelle. En effet, il n'apparaît pas judicieux de réduire les biens incorporels à la catégorie des droits, comme l'ont fait certains auteurs²⁵⁰⁵. Une chose devient un bien dès lors qu'un droit s'y applique. Le Doyen Carbonnier explique que « *toutes les choses ne sont pas des biens. C'est qu'il faut une possibilité d'appropriation pour faire un bien d'une chose* »²⁵⁰⁶. L'appropriation est donc ce qui distingue les biens des autres choses. Messieurs les Professeurs Zenati-Castaing et Revet approfondissent

²⁵⁰² D. Sagot-Duvauroux, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle*, L'Economie politique, 2004/2, n° 22, p. 34-52, spéc. p. 39.

²⁵⁰³ Voir *infra* n° 997 et s.

²⁵⁰⁴ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 3, p. 21 et n° 8, p. 33.

²⁵⁰⁵ R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, A. Marescq, 2^e éd., 1880, t. 4, § 71, p. 327 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 11^e éd., 1928, t. 1, n° 2171, p. 708 : « *Le mot "bien" comprend donc, outre les choses matérielles, un certain nombre de biens incorporels, qui sont des droits, comme les créances, les rentes, les offices, les brevets, etc* » ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 9, p. 21 ; R. Savatier, *Les métamorphoses du droit privé*, 2^e et 3^e séries, n° 47 et 68 ; R. Savatier, *Théorie des obligations, vision juridique et économique*, 2^e éd., n° 17-18 - Sous l'influence de la théorie réduisant les biens aux droits, le droit de la propriété intellectuelle a souvent été considéré comme ayant pour objet des droits. Pourtant, l'objet du droit de la propriété intellectuelle n'est pas le droit d'auteur, le droit des marques ou le droit des brevets. Ces différents droits sont des droits de propriété intellectuelle ; or le droit de la propriété intellectuelle ne peut pas être sujet et objet. En outre, cela reviendrait à nier l'existence des œuvres, marques, dessins et modèles ou inventions, en dehors de toute intervention du législateur. En ce sens, Monsieur le Professeur Gautier estime que les biens intellectuels sont des valeurs juridiques, sans réalité physique, puisant leur existence dans la loi (P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 15). Néanmoins, cette conception paraît contestable. Seules les choses imperceptibles aux sens requièrent une loi pour exister, car ces choses sont des constructions juridiques (V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* 2005, n° 1). Ce sont, notamment, les fonds de commerce, les universalités, les valeurs mobilières. Les choses, considérées comme existant en dehors de l'intervention du législateur, ne peuvent être réduites à celles appréhendées par le toucher. Les cinq sens servent à démontrer l'existence d'une chose. Il convient aussi de garder à l'esprit que certaines choses, directement imperceptibles par les sens, existent indépendamment de la loi, telles que l'électricité.

²⁵⁰⁶ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, PUF, coll. Thémis, 19^e éd., 2000, t. 3, p. 83.

le raisonnement en affirmant que « *constitue donc un bien toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité* »²⁵⁰⁷. Ils constatent que tous les biens, choses ou droits, font l'objet d'une appropriation. Le droit de propriété constitue le rapport juridique qui lie tout bien aux personnes, physiques ou morales²⁵⁰⁸. Ce qui est prudemment nommée titularité en droit de la propriété intellectuelle, n'est rien d'autre qu'un rapport de propriété²⁵⁰⁹.

918. L'appropriation des créations intellectuelles, droit naturel - Traditionnellement, par une erreur d'interprétation du droit romain, le droit de propriété est considéré comme ne s'appliquant qu'aux choses corporelles²⁵¹⁰. Les choses incorporelles sont exclues du champ de l'appropriable pour faire l'objet d'un usage commun. Pour qu'elles puissent être appropriées, une loi est nécessaire²⁵¹¹. Cette conception positiviste du droit de propriété, qui s'oppose à la conception jusnaturaliste²⁵¹², ne coïncide pourtant pas avec l'origine des biens, objets de droits de propriété intellectuelle. Bien qu'absente des modes d'acquisition de la propriété, listés aux articles 711 et 712 du code civil²⁵¹³, la création constitue le fondement de l'appropriation de ces biens. En effet, « *la création d'une chose est source de propriété* », car « *un principe d'équité naturelle veut qu'une chose nouvelle appartienne à celui qui l'a faite* »²⁵¹⁴. Par conséquent, tant le droit de la propriété littéraire et artistique, que le droit de la propriété industrielle sont des droits naturels. Bien que le régime juridique du second laisse, a priori, penser le contraire, nul besoin d'une loi ou de l'accomplissement de formalités administratives pour que le créateur bénéficie, dès sa création, d'un droit de propriété.

919. Le droit de la propriété littéraire et artistique, droit naturel - Le régime juridique de la propriété littéraire et artistique est clairement orienté vers une accession naturelle au droit de propriété, aucune formalité administrative n'étant imposée par la loi. Le droit de propriété

²⁵⁰⁷ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 2, p. 21.

²⁵⁰⁸ F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 ; F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445 - Ce statut, spécifique du droit de propriété, l'exclut, selon les auteurs, de la qualification de bien. Le droit de propriété ne peut, lui-même, être approprié. Il faut pourtant distinguer l'appropriation d'un droit et le droit de propriété. Le droit de propriété est approprié comme l'est le droit d'usage et de jouissance. Par exemple, le preneur est propriétaire de son droit d'usage d'un appartement et le bailleur est propriétaire de son droit de propriété de cet appartement. Il y a donc deux sortes de droits de propriété : le rapport de tout bien avec la personne et le rapport spécifique d'un bien avec une personne. Le droit de propriété a une double fonction, tout comme les verbes être et avoir sont des auxiliaires ainsi que des verbes.

²⁵⁰⁹ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n°3, p.22.

²⁵¹⁰ F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 43, p. 53.

²⁵¹¹ J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 281 ; M. Vivant et A. Lucas, « "Vol" de biens immatériels ? », *JCP E* 1990, II, 15761, n° 18.

²⁵¹² Voir *supra* n° 873 et s.

²⁵¹³ La création, en tant que mode d'acquisition de la propriété, n'est pas mentionnée aux articles. Il s'agit, pourtant, du mode le plus naturel de l'accession à la propriété. C'est ce caractère naturel, voire évident, qui a peut-être conduit les rédacteurs du code à ne pas mentionner ce mode d'acquisition. Si la création confère naturellement la propriété, il n'est, en effet, pas nécessaire qu'une loi le précise.

²⁵¹⁴ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 173, p. 276.

sur les œuvres de l'esprit est attribué à l'auteur, selon l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, « *du seul fait de sa création* ». Les dispositions relatives aux droits voisins sont moins explicites. Il faut extraire de la définition de l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes et du producteur de vidéogrammes, le fondement de l'appropriation. L'exécution de l'œuvre par l'artiste-interprète lui confère la propriété²⁵¹⁵. Certains droits voisins sont attribués aux producteurs de biens, objets de droits de propriété intellectuelle, non en raison de leur création propre, mais en raison du fait qu'ils sont à l'initiative de la création. Il en est ainsi du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes, qui est à l'initiative de la création et qui a la responsabilité de la première fixation de la séquence de son²⁵¹⁶ ou d'image²⁵¹⁷. De manière similaire, le producteur de bases de données se voit attribuer un droit de propriété, sur le fondement de son investissement financier, matériel ou humain²⁵¹⁸. Le droit de propriété littéraire et artistique est donc naturellement attribué aux créateurs ou à ceux qui ont pris l'initiative de la création.

920. La dissimulation, par la loi, du caractère naturel du droit de la propriété industrielle - *A contrario*, l'accession naturelle au droit de la propriété industrielle apparaît moins évidente, car il comporte l'obligation d'accomplissement de formalités administratives. Les textes affirment que le droit est acquis par enregistrement ou par dépôt. Certaines dispositions qualifient ce droit, de droit de propriété, tandis que d'autres le nomment droit d'exploitation exclusif. Ainsi, l'article L. 511-9 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *la protection du dessin ou modèle [...] s'acquiert par l'enregistrement* » et l'article L. 513-2 du même code énonce que « *[...] l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder* ». S'il a été jugé que l'enregistrement était seulement déclaratif de droit et non constitutif²⁵¹⁹, la solution inverse est retenue, depuis la transposition de la directive de 1998²⁵²⁰. Les dispositions en matière de droit des marques sont, aussi, explicites. L'article L. 712-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement* » et est confirmé par l'article L. 713-1, qui énonce que « *l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés* ». Cependant, l'enregistrement produit ses effets, rétroactivement, à la date du dépôt de la demande. La propriété n'est donc pas conférée par l'enregistrement. Le dépôt de la demande d'obtention du titre attribue, aussi, un droit exclusif d'exploitation du brevet²⁵²¹ et de la topographie d'un

²⁵¹⁵ Art. L. 212-1 du CPI.

²⁵¹⁶ Art. L. 213-1 du CPI.

²⁵¹⁷ Art. L. 215-1 du CPI.

²⁵¹⁸ Art. L. 341-1 du CPI.

²⁵¹⁹ Cass. com., 8 nov. 1994 : *PIBD* 1995, 581, III, 73.

²⁵²⁰ Directive, 98/71/CE, du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles.

²⁵²¹ Art. L. 611-1 al. 1 du CPI et art. L. 613-1 du CPI.

produit semi-conducteur²⁵²². L'obtention du certificat d'obtention végétale permet à son titulaire d'acquérir un droit exclusif d'exploitation²⁵²³.

Cependant, l'étude du régime juridique de ces droits démontre que le droit de propriété est acquis naturellement et que ces formalités, déclaratives et non constitutives de droit, permettent seulement de rendre le droit de propriété opposable aux tiers et de lui conférer un caractère exclusif. Le droit sur les dessins et modèles, sur les inventions ou sur les topographies des produits semi-conducteurs est attribué, sauf preuve contraire, au créateur²⁵²⁴ ou à l'inventeur²⁵²⁵. En matière d'obtention végétale, il est attribué à la personne qui en a le droit, c'est-à-dire à celle qui est en possession des éléments de reproduction ou de multiplication végétative, permettant de reproduire la variété protégée, conformément à ce qui a été défini dans le certificat d'obtention²⁵²⁶. De surcroît, toutes les branches du droit de la propriété industrielle ouvrent une action en revendication aux tiers, qui estiment qu'ils ont un droit sur le bien faisant l'objet d'un enregistrement ou d'un dépôt²⁵²⁷. Si un tiers peut prétendre avoir un droit sur le bien et peut en revendiquer la propriété, cela signifie que l'enregistrement n'est pas constitutif du droit de propriété, mais seulement déclaratif. Si ces formalités étaient constitutives du droit de propriété, aucun tiers ne pourrait prétendre avoir un tel droit sur ces biens. Le droit de propriété existe alors indépendamment de toute formalité administrative. En matière d'obtention végétale, la loi n'a pas prévu d'action en revendication, mais l'article L. 623-23-1 du code de la propriété intellectuelle prévoit soit la nullité du certificat, s'il est démontré qu'il a été illégitimement attribué à une personne, soit son transfert à une personne qui en a le droit. Ce même mécanisme démontre que le droit existe indépendamment du certificat. Enfin, d'autres dispositions permettent de penser que le droit de propriété ne naît pas de l'accomplissement des formalités administratives. En droit des brevets, la règle du premier déposant n'exclut pas la possibilité pour le tiers, qui rapporte la preuve de son invention avant la date du dépôt de la première demande, de bénéficier d'un régime de possession personnelle²⁵²⁸. En matière de produits semi-conducteurs, le dépôt peut intervenir jusqu'à deux ans après la première exploitation commerciale de la topographie²⁵²⁹. Outre le fait que le caractère obligatoire du dépôt de la marque a été instauré par la loi du 31 décembre 1964²⁵³⁰, remplaçant le système de l'acquisition du droit par le premier usage, le droit des marques comporte nombre de dispositions démontrant que l'enregistrement n'est que déclaratif de droits. Le régime juridique des marques notoires permet l'acquisition d'un droit de propriété sur une

²⁵²² Art. L. 622-1 du CPI.

²⁵²³ Art. L. 623-4 du CPI.

²⁵²⁴ Art. L. 622-3 du CPI.

²⁵²⁵ Art. L. 611-6 du CPI.

²⁵²⁶ Art. L. 623-23 du CPI.

²⁵²⁷ Art. L. 511-10 du CPI en matière de dessins et modèles ; art. L. 611-8 du CPI en matière de droit des brevets ; art. L. 622-3 al. 2 du CPI en matière de produits semi-conducteurs ; art. L. 712-6 du CPI en matière de droit des marques.

²⁵²⁸ Art. L. 316-7 du CPI.

²⁵²⁹ Art. L. 622-1 du CPI.

²⁵³⁰ Loi, n° 64-1360, du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service.

marque, sans qu'elle ne fasse l'objet d'un enregistrement, la seule condition étant qu'elle soit notoirement connue²⁵³¹. Le caractère distinctif, condition à la naissance du droit, peut être acquis par l'usage²⁵³² et l'absence d'usage sérieux d'une marque pendant cinq ans entraîne la déchéance du droit²⁵³³. Ces règles révèlent que l'enregistrement ne constitue ni le fondement de l'attribution, ni celui de la perte du droit de propriété sur la marque. Ce n'est pas la loi qui confère le droit de propriété, il naît naturellement de l'activité créatrice. L'enregistrement et le dépôt jouent seulement un rôle probatoire de la possession et rendent le droit opposable aux tiers. Ils confèrent, à l'exclusivité du droit de propriété, son effectivité²⁵³⁴. Cette publicité, rendant le droit opposable aux tiers, est nécessaire en raison de la nature incorporelle et ubiquitaire de ces biens. Si, en théorie, le droit de la propriété littéraire et artistique échappe à ce système d'enregistrement et de dépôt, le droit étant opposable dès la création du bien, en pratique, les dépôts se développent, notamment pour faciliter la preuve du droit de propriété. Un tel système d'enregistrement existe, aussi, pour certains biens corporels. Outre les enjeux fiscaux, l'immatriculation des véhicules terrestres à moteurs, des aéronefs et bateaux constitue un système de preuve du droit de propriété, sans que sa dévolution ne dépende de l'accomplissement de cette formalité.

921. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété - Le droit de la propriété intellectuelle peut donc être qualifié de droit de propriété. Droit naturel, il a pour objet, notamment, des œuvres de l'esprit, des marques, des brevets, des dessins ou des modèles, des obtentions végétales, dont la nature incorporelle ne constitue pas un obstacle à leur appropriation.

B- La nature des créations intellectuelles adaptée à cette qualification

922. L'impossible appropriation d'une chose incorporelle soutenue par une partie de la doctrine - La littérature juridique témoigne des hésitations de certains auteurs à qualifier, de droit de propriété, le droit portant sur les créations intellectuelles²⁵³⁵. Ces réticences résident dans la notion d'appropriation, laquelle supposerait une maîtrise matérielle, physique, de la chose. Cornu définit l'appropriation comme étant « *un geste : la main enfonce l'objet qui lui appartient, l'homme délimite par une clôture, une borne ou une marque son immeuble. Elle est d'abord un rapport matériel et concret avec la chose, un fait : la possession* »²⁵³⁶. Dans le

²⁵³¹ Art. L. 711-4 du CPI.

²⁵³² Art. L. 711-2 al. 3 du CPI.

²⁵³³ Art. L. 714-5 du CPI.

²⁵³⁴ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 79, p. 126, n° 2.

²⁵³⁵ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, PUF, 19^e éd., 2000, t. 3, n° 68, p. 130 ; P. Jourdain, *Les biens*, Dalloz, 1995, n° 4, p. 6 ; Ch. Larroumet, *Droit civil. Les biens, droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., 2006, t. 2, n° 4, p. 6.

²⁵³⁶ G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 43, p. 106.

sillage de Domat et de Pothier²⁵³⁷, il estime que les biens incorporels ne peuvent être appropriés, leur incorporelité exigeant de trouver un substitut²⁵³⁸. D'autres auteurs estiment que les propriétés incorporelles ne sont pas de véritables propriétés, bien qu'elles se rattachent à la notion générale d'appropriation²⁵³⁹. La jurisprudence hésite, aussi, encore, à reconnaître l'appropriation des choses incorporelles. Si la Chambre criminelle de la Cour de cassation admet qu'un numéro de carte de crédit²⁵⁴⁰, le contenu informationnel d'une disquette²⁵⁴¹ ou des données²⁵⁴² puissent faire l'objet d'un droit de propriété, la Chambre commerciale juge que les meubles incorporels ne sont pas susceptibles de possession²⁵⁴³. Certes, l'appropriation des choses incorporelles présente des difficultés, notamment au regard de la distinction entre les choses qui doivent rester des *res communes* et celles qui peuvent faire l'objet d'un droit exclusif. La controverse atteint son acmé au sujet de l'appropriation des informations. Toutefois, étudier la possibilité, pour les informations, de devenir des biens, ne devrait pas avoir pour conséquence de remettre en question la possibilité pour les choses incorporelles d'être appropriées. La question de la reconnaissance de l'appropriation des informations ne devrait pas porter sur l'incorporelité de ces choses, mais sur les critères de distinction entre les informations *res communes* et celles appropriables²⁵⁴⁴. Concernant les droits de propriété intellectuelle, certains auteurs ont alors proposé d'écarter la qualification de droit de propriété et de dépasser la distinction classique des droits réels et des droits personnels, pour appliquer la qualification de monopole²⁵⁴⁵, de droit intellectuel²⁵⁴⁶ ou de droit de clientèle²⁵⁴⁷. L'avantage, présenté par ces deux derniers droits, consiste en leur autonomie par rapport aux autres droits subjectifs. Le refus de reconnaître la nature appropriable des choses incorporelles est induit par la conception de

²⁵³⁷ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle éd. Savoye, 1756, t. 1, p. 264 et s. ; R.-J. Pothier, *Traité de la possession et de la prescription*, Debure et Rouzeau, 1772, p. 3 et s. ; R.-J. Pothier, *Traité de la possession*, Bugnet, Paris, 1846, t. 9, p. 278.

²⁵³⁸ G. Cornu, *Droit civil. Les biens, op. cit.*, n° 43, p. 106.

²⁵³⁹ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 412, p. 135.

²⁵⁴⁰ Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522.

²⁵⁴¹ Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098.

²⁵⁴² Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336.

²⁵⁴³ Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *Bull. civ. IV*, n° 62 ; *D.* 2006, p. 2897, note C. Kuhn ; p. 2363 obs B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; *JCP G* 2006, II, 10143, note G. Loiseau ; *JCP G* 2006, I, 178, n° 3, obs H. Périnet-Marquet ; *Def.* 2007, p. 70, obs. J. Honorat ; *Dr. et Patr.* 2006, p. 103, obs. Seube ; *RTD civ.* 2006, p. 348, obs Th. Revet.

²⁵⁴⁴ Les débats portent pourtant sur le caractère appropriable des informations. Si les choses corporelles sont considérées par nature appropriables, celle-ci formant sa qualité, l'appropriabilité des choses incorporelles est considérée comme relevant d'une décision politique. Selon les auteurs contestant la nature appropriable des choses incorporelles, la nature non rivale des informations justifie que leur appropriation procède de *l'impérium*.

²⁵⁴⁵ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 266 ; M. Vivant, « Le droit d'auteur, un droit de l'Homme ? » *RIDA* 1997, n° 174, p. 61-123, spéc. p. 81 et s.

²⁵⁴⁶ La théorie du droit intellectuel a été imaginée par E. Picard pour les œuvres de l'esprit (E. Picard, *Le droit pur*, Larcier, Bruxelles, 1899, p. 121) et a été étendue à tous les monopoles d'exploitation par J. Dabin (J. Dabin, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit.* 1939, p. 413).

²⁵⁴⁷ F. Siirainen, « Retour sur la construction du "droit de communication au public" par la CJUE ou le droit d'auteur comme "droit de clientèle" », *Prop. intell.* 2015, n° 55, p. 143-148 ; La théorie du droit de clientèle a été élaborée par Roubier : P. Roubier, « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 251, spéc. p. 282 et s.

l'appropriation comme un acte uniquement matériel. Il apparaît alors nécessaire de s'interroger sur la pertinence de cette conception.

923. L'appropriation des choses incorporelles reconnue en droit romain - La nature incorporelle d'une chose rend-elle son appropriation impossible ? En d'autres termes, peut-on posséder l'impalpable ? A notre époque, refuser l'appropriation des choses incorporelles s'apparente à un « *non-sens économique* »²⁵⁴⁸, à une conception archaïque du droit de propriété au regard du développement technologique et économique des sociétés occidentales. Certes, l'appréhension des choses incorporelles par le droit se révèle être moins aisée que celle des choses corporelles, mais l'incorporel n'exclut pas la qualité de bien²⁵⁴⁹. En droit romain, il existe deux sortes de biens. Certains sont des biens ordinaires, ce sont les biens corporels. D'autres consistent en un rapport juridique et forment le produit du commerce juridique. Ce sont les droits, tels que les droits de créance et les servitudes. Pour les Romains, les biens peuvent donc être immatériels, de purs concepts. L'immatériel ne constituait pas un obstacle à l'appropriation. Si cette conception des biens a été transformée au Moyen-Age, transformation qui a ensuite influencé les doctrines contemporaines, le code civil inclut, implicitement, les choses incorporelles dans la catégorie des biens. En effet, les actions et les effets mobiliers sont qualifiés, à l'article 529, de biens meubles.

924. De la possession intellectuelle à l'appropriation des choses incorporelles - L'étude du code civil révèle la possible appropriation des choses incorporelles. La possession représente le principal mode d'acquisition de la propriété et l'appropriation en est la conséquence. Or, le code civil définit la possession comme « *l'exercice de fait d'un droit, qu'on en soit ou non titulaire* »²⁵⁵⁰. « *"Corps et âme" de la propriété, c'est la propriété vécue en action et en intention, en acte et en pensée* »²⁵⁵¹. La notion de possession comporte deux aspects, un *corpus* et un *animus*²⁵⁵². L'élément matériel de la possession est, selon l'article 2255 du code civil, la détention ou la jouissance de la chose ou du droit. Ainsi, la possession peut être tant matérielle, qu'intellectuelle. De surcroît, si les droits sont considérés comme des biens, ceux-ci étant incorporels, la possession, qui, en vertu du code civil, s'applique aux droits, s'applique aux biens incorporels. Contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine²⁵⁵³, la possession

²⁵⁴⁸ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 2, p. 20 et n° 67, p. 115.

²⁵⁴⁹ P.-Y. Gautier, « La dématérialisation du réel », in *Revue internationale de la propriété industrielle et artistique* 1999, n° 197, p. 136 ; A. Piedelievre, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle*, Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart, Montchrestien, 1986, p. 53, spéc. p. 58-60 ; A. Abello, « La propriété intellectuelle, une propriété de marché », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, A. Abello et M.-A. Frison-Roche (dir.), LGDJ, p. 343 ; N. Binctin, *Le capital intellectuel*, th. dir. G. Bonet, Litec, 2007, p. 28.

²⁵⁵⁰ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 482, p. 159.

²⁵⁵¹ G. Cornu, *Les biens*, Montchrestien, 13^e éd, 2007, n° 43, p. 106.

²⁵⁵² L'*animus* de la possession est la volonté, l'intention de se comporter en propriétaire de la chose. La possession implique alors une certaine attitude psychologique.

²⁵⁵³ Voir *supra* n° 922.

n'implique pas uniquement la détention de la chose, l'exercice d'un pouvoir matériel sur elle. Le code civil n'exige aucun contact entre la personne et la chose²⁵⁵⁴. La mainmise du possesseur sur la chose peut être réalisée par des actes juridiques, la maîtrise peut être intellectuelle²⁵⁵⁵. Le droit romain connaissait d'ailleurs la possession *corpore alieno* qui n'exige aucun contact physique entre le possesseur et la chose possédée, car le tiers possède pour le compte du possesseur²⁵⁵⁶. Madame le Professeur Pélissier estime que le pouvoir de fait de la possession peut être dématérialisé et intellectualisé, devenant « *un rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers* »²⁵⁵⁷. Par conséquent, si le mode d'acquisition de la propriété inclut les biens incorporels, l'effet du droit de propriété, qui est l'appropriation, ne peut, ensuite, les exclure. L'incorporalité des choses ne fait donc pas obstacle à leur appropriation et ces choses peuvent être qualifiées de bien. Incidemment, l'incorporalité des choses, objets du droit de la propriété intellectuelle, ne fait pas obstacle à ce que celui-ci soit qualifié de droit de propriété.

925. La théorie renouvelée de la propriété au service des choses incorporelles - La propriété confère le pouvoir de tirer directement d'une chose, tout ou partie de son utilité économique²⁵⁵⁸. Plus qu'une maîtrise physique, elle est une puissance, qui porte tant sur les choses corporelles que sur les choses incorporelles²⁵⁵⁹. Cette conception de l'appropriation rejoint la définition romaniste du droit de propriété. En effet, le droit romain distingue le *dominium*, le pouvoir exclusif détenu sur une chose, de la *proprietas* qui désigne la chose et sa qualité d'être propre à quelqu'un. La propriété est alors la chose, dépourvue de toutes utilités qui lui sont conférées par le droit, qui se distingue du *dominium*, « *puissance, prérogative par nature attachée à la personne* »²⁵⁶⁰, constituant le droit de propriété. Cette distinction entre la propriété et le droit de propriété fonde la théorie du droit des biens de Monsieur le Professeur Zenati-Castaing²⁵⁶¹. Il explique que le titulaire d'un droit sur une chose n'est pas propriétaire de cette chose, mais propriétaire du droit, le *jus*, qui porte sur elle. Cette conception de la

²⁵⁵⁴ L'évolution de la notion du corpus de la possession a été marquée par la théorie subjective de F.-C. von Savigny, (F.-C. von Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, Durand et Pedone, 1^{re} éd., 1803, 7^e éd., 1870, p. 193), critiquée par R. von Jhering (R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. de Meulenaère, Paris, A. Marescq, 3^e éd., 1877, t. 3, p. 117 et s., p. 164).

²⁵⁵⁵ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, PUF, coll. Thémis, 19^e éd., 2000, t. 3, n° 119, p. 203 ; F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 154 et s., p. 157 et s. ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, th. dir. L. Aynès, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, spéc. n° 104 et s., p. 86 et s.

²⁵⁵⁶ G.-A. Likillimaba, « La possession corpore alieno », *RTD civ.* 2005, p. 1.

²⁵⁵⁷ A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, th. dir. M. Cabrillac, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2001.

²⁵⁵⁸ G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 19, p. 50.

²⁵⁵⁹ P. de Vareilles-Sommières, « La définition de la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 452 et s. ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 45, p. 91.

²⁵⁶⁰ F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445 et s.

²⁵⁶¹ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. dir. J. Rubellin-Devichi, Lyon III, 1981 ; F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 ; F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445.

propriété lui permet alors d'affirmer que les choses incorporelles ne sont « *pas plus des droits que ne le sont les propriétés corporelles* », contrairement au droit médiéval savant, qui a artificiellement transformé la chose en droit, passant de la propriété au droit de propriété. Le *dominium*, considéré comme une puissance conformément à la conception de droit romain²⁵⁶², comporte donc un champ incluant toutes les formes de biens et non, uniquement, les choses corporelles. Ainsi, Monsieur le Professeur Zenati-Castaing affirme qu'il est possible de parler de « *propriété d'un droit ou d'une œuvre, ou encore d'une universalité* »²⁵⁶³. Madame Vanuxem prolonge la théorie renouvelée de la propriété, élaborée par Messieurs les Professeurs Zenati-Castaing et Revet, en envisageant les choses comme des milieux²⁵⁶⁴. Selon sa théorie, il existe deux types de choses, les choses-objets, qui n'ont aucune qualité, et les choses-outils, auxquelles le sujet a donné une destination. Etre propriétaire offre une place dans une chose, dans un milieu. Ce n'est pas la chose qui est appropriée, mais la place dans cette chose. Le propriétaire est un habitant²⁵⁶⁵ et une chose peut contenir plusieurs habitants. Le propriétaire d'une place dans la chose peut y accueillir d'autres personnes. Il cède une partie de sa place à celui qui peut alors exercer un droit sur la chose. Par conséquent, la propriété ne se divise pas, elle n'est pas fragmentée en démembrements, elle se démultiplie²⁵⁶⁶. Ainsi, l'usufruitier d'une chose est accueilli dans la place occupée par celui qui détient tous les droits sur la chose. Le transfert de propriété n'est pas un déplacement de la chose ou une transmission d'un droit, mais un changement de place des habitants de la chose²⁵⁶⁷. Cette théorie des choses-milieux, outre le fait de totalement bouleverser la conception du droit de propriété, permet de lever toutes les réticences quant à l'appropriation des choses incorporelles.

926. La nature non rivale des choses incorporelles, absence d'obstacle à leur appropriation - Certaines choses incorporelles ont une nature non rivale. Ils peuvent être reproduits à l'infini, sans perte de valeur, et leur usage par un individu n'empêche pas le même usage, simultanément, par un autre. La majorité des biens, objets de droit de propriété intellectuelle, possèdent cette nature ubiquitaire²⁵⁶⁸. En effet, deux personnes peuvent, au même instant, écouter la même œuvre musicale, lire la même œuvre littéraire ou utiliser la même marque ou la même invention. Cependant, le droit de propriété est un droit exclusif²⁵⁶⁹. La

²⁵⁶² J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^e éd., 2009, p. 227 : les *Institutes* de Justinien parlent d'« *un plein pouvoir sur la chose* » (*Institutes* de Justinien II, 4, 4).

²⁵⁶³ F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445 et s.

²⁵⁶⁴ S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, th. dir. Th. Revet, IRJS éditions, 2012. Dans une version courte : S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. LXIV, p. 123-182.

²⁵⁶⁵ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux », *art. cit.*, spéc. p. 144.

²⁵⁶⁶ *Id.*, spéc. p. 148 ; en ce sens, F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. dir. J. Rubellin-Devichi, Lyon III, 1981, p. 105.

²⁵⁶⁷ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux », *art. cit.*, spéc. p. 177 et s.

²⁵⁶⁸ Il faut exclure les œuvres uniques qui ne sont pas dotées de cette nature.

²⁵⁶⁹ Voir *infra* n° 935 et s.

nature non rivale des choses incorporelles est-elle compatible avec la nature exclusive de la propriété²⁵⁷⁰ ? Cette nature implique-t-elle, nécessairement, qu'ils soient inclusifs ? La propriété place une chose sous le pouvoir d'une personne et en exclut toutes les autres. En principe, seul le propriétaire peut bénéficier des utilités de son bien. L'exclusivité n'est pas une caractéristique attachée à la chose, mais un caractère lié au droit de propriété. Ainsi, le propriétaire est investi du pouvoir d'exclure les autres et, de son pendant, du pouvoir d'inclure. Ce pouvoir lui est attribué indépendamment de la nature du bien. La nature non rivale d'une chose n'empêche pas le propriétaire de mettre en œuvre son pouvoir d'exclusion²⁵⁷¹. L'auteur, propriétaire de son œuvre de l'esprit, pourra donc se réserver toutes les utilités de son bien²⁵⁷² mais, aussi, inclure certaines personnes en leur accordant un droit de reproduction ou de représentation. Il en est de même du propriétaire d'une marque ou d'une invention, qui peut accorder un droit d'usage sur celles-ci. L'exclusion, toujours possible, se traduit tant par des actes matériels, que par des actes juridiques²⁵⁷³. Elle nécessite seulement une plus grande vigilance de la part du propriétaire pour faire respecter son droit. *A contrario*, l'inclusion en est grandement facilitée.

927. Les droits moraux sur les œuvres de l'esprit et les interprétations, absence d'obstacle à la qualification de droit de propriété - Selon la théorie classique, un droit entre dans le patrimoine dès lors qu'il a une valeur pécuniaire. Le droit de propriété, ayant une valeur économique certaine, constitue un droit patrimonial. Les droits, dotés d'un fort caractère personnel et, par conséquent, dépourvus de valeur économique, tel le droit au respect de la vie privée, sont qualifiés d'extrapatrimoniaux et sont exclus du commerce juridique. A l'aune de cette théorie, les droits relevant de la propriété industrielle constituent des droits patrimoniaux, car tous possèdent une valeur pécuniaire et peuvent être cédés. La qualification n'apparaît pas si simple concernant le droit d'auteur et le droit des artistes-interprètes. Ces droits ont une nature duale car ils sont composés de prérogatives patrimoniales, les droits d'exploitation du bien, et de prérogatives extrapatrimoniales, les droits moraux. La nature extrapatrimoniale de certaines prérogatives du droit d'auteur et du droit des artistes-interprètes exclut-elle la qualification de droit de propriété ? La théorie du patrimoine, élaborée par Aubry et Rau, place le droit de la

²⁵⁷⁰ R. Libchaber, « Biens », *Rép. dr. civ. Dalloz*, mai 2016 (actu. avr. 2018), n° 60-66.

²⁵⁷¹ Pour Roubier, le caractère exclusif des droits intellectuels, certes reconnu par la loi, est artificiel : P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1954, t. 2, p. 518 ; B. Parance considère que, sans constituer un obstacle, le caractère ubiquitaire de ces biens amoindrit la portée des actes, signes de possession : B. Parance, *La possession des biens incorporels*, th. dir. L. Aynès, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, spéc. n° 229 et s., p. 177 et s.

²⁵⁷² Le propriétaire peut se réserver toutes les utilités de son bien, sauf celles qui sont accordées au public par la loi. La distinction selon laquelle le propriétaire d'une œuvre de l'esprit se réserve l'usage économique, l'usage intellectuel étant ouvert à tous, ne semble pas pertinente (B. Parance, *La possession des biens incorporels*, th. dir. L. Aynès, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, n° 112, p. 93). Certes, il est possible de réciter par cœur une Fable de La Fontaine ou chanter une chanson, mais ces actes ne pourront être faits en public, peu important que l'accès à la représentation soit ou non payant.

²⁵⁷³ Voir *infra* n° 935 et s.

propriété intellectuelle dans une impasse. En effet, la qualification de droit de propriété est exclue en raison de l'inaliénabilité du droit moral, lequel ne peut pourtant pas être qualifié de droit de la personnalité, droit extrapatrimonial, en raison de sa survivance au décès de son titulaire²⁵⁷⁴. Le droit de la propriété intellectuelle met donc en exergue l'obsolescence de l'opposition des droits patrimoniaux et des droits extrapatrimoniaux²⁵⁷⁵. La théorie renouvelée de la propriété, élaborée par Messieurs les Professeurs Zenati-Castaing et Revet, permet de sortir de cette impasse juridique²⁵⁷⁶. Ils considèrent que les attributs de la personne constituent des biens²⁵⁷⁷ et qualifient les droits de la personnalité de propriété, en ce qu'ils sont exclusifs et de libre disposition, peu important qu'ils soient inaliénables²⁵⁷⁸. Chacun peut tirer profit des utilités de sa personne, dans les limites de l'ordre public²⁵⁷⁹. L'incompatibilité du droit d'auteur et du droit des artistes-interprètes avec le droit de propriété, fondée sur la dualité du droit moral et du droit patrimonial, est alors résolue. L'œuvre et l'interprétation, en tant que prolongement de leurs créateurs, constituent des biens, dès lors que la propriété est considérée comme une émanation de la personne²⁵⁸⁰, à l'image de la terre en droit médiéval²⁵⁸¹. L'auteur et l'artiste-interprète sont donc investis d'une propriété sur leurs créations, dont ils peuvent céder les droits d'exploitation, ou selon la théorie des choses-milieus²⁵⁸², accorder, à des tiers, une place au sein de la leur, afin qu'ils exercent ces droits. Cependant, ils ne pourront pas céder leurs droits moraux ou permettre, de leur vivant, l'exercice par des tiers. Le droit moral, qui forge un lien indéfectible entre le créateur et sa création, incarne le bien comme émanation de la personne.

²⁵⁷⁴ Néanmoins, ces droits extrapatrimoniaux sont « imparfaits », car ils font exception au principe d'intransmissibilité à cause de mort : Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 30, p. 30.

²⁵⁷⁵ *Ibid.* – Certains auteurs cherchent à dépasser les distinctions entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux, ainsi qu'entre droit réel et droit personnel : M. Planiol, *Traité élémentaire*, 1896, I, n° 2158 ; R. Saleilles, *L'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, 1889 ; S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, p. 573 ; G. Loiseau, *Le nom, objet d'un contrat*, th. dir. J. Ghestin, LGDJ, 1997 ; F. Hage-Chahine, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705 et s., spéc. n° 15 et s. ; J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, th. dir. P.-Y. Gautier, PUAM, 2009, n° 54, n° 57 et s., p. 43 et s., p. 45 et s.

²⁵⁷⁶ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 8, p. 31 ; P. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 403 ; S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960 ; F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. dir. J. Rubellin-Devichi, Lyon III, 1981.

²⁵⁷⁷ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 4, p. 23.

²⁵⁷⁸ *Id.*, n° 8, p. 31 ; J.-Ch. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dir. J.-M. Auby, Bordeaux, 1988 ; B. Edelman, « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *D.* 1970, p. 119.

²⁵⁷⁹ Il n'est donc pas nécessaire que la chose soit autonome par rapport à la personne de son propriétaire. *Contra* : B. Parance, *La possession des biens incorporels*, th. dir. L. Aynès, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, n° 59 et s., p. 55 et s. – Qui conçoit toutefois une autonomie intellectuelle afin de prendre en considération la patrimonialisation des droits de la personnalité.

²⁵⁸⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, PUF, coll. Thémis, 19^e éd., 2000, t. 3, n° 251, p. 390-391 ; F. Terré, « Variation de sociologie juridique sur les biens », in *Les biens et les choses*, *Arch. philo. dr.*, 1979, t. 24, p. 17-29.

²⁵⁸¹ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 4 et 5, p. 18-20.

²⁵⁸² Voir *supra* n° 925.

928. Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété au régime juridique spécial - Le droit de la propriété intellectuelle peut être qualifié de droit de propriété. Ni la nature des biens, objets du premier, ni la nature du second ne constituent des obstacles à cette qualification. Toutefois, la nature de ces biens impose une adaptation du régime juridique du droit de propriété. Dès lors, le droit de la propriété intellectuelle constitue un droit spécial de propriété.

II- La nature des créations intellectuelles, source d'un droit spécial de propriété

929. Des adaptations, sources d'un droit spécial de propriété - Le droit de la propriété, appliqué aux créations intellectuelles, subit des adaptations indispensables à la conciliation des intérêts privés et de l'intérêt général, ainsi que des intérêts privés entre eux (A). Si ces adaptations ne remettent pas en cause cette qualification, elles font du droit de la propriété intellectuelle un droit spécial de propriété, parmi les autres (B).

A- Une adaptation nécessaire du droit de propriété

930. Une double adaptation du droit de propriété - Afin de permettre un équilibre des différents intérêts, le droit de propriété voit ses caractères (1) et son régime juridique (2) adaptés au droit de la propriété intellectuelle.

1- L'adaptation de ses caractères au droit de la propriété intellectuelle

931. Une similarité des caractères, souvent ignorée - De nombreux auteurs montrent des réticences à qualifier le droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété, en raison de ses différences avec les caractères classiques de ce dernier²⁵⁸³. Constatant que la naissance du droit de la propriété intellectuelle est subordonnée à des conditions et qu'il est temporaire, Monsieur le Professeur Lucas, Madame Lucas-Schloetter et Madame le Professeur Bernault estiment que la propriété intellectuelle ne trouve pas naturellement sa place dans le giron de l'article 544 du code civil²⁵⁸⁴. Pourtant, les conditions et les limites appliquées au droit de la propriété intellectuelle s'apparentent à celles appliquées au droit de propriété.

932. La condition d'appropriation, la création - La naissance du droit de propriété intellectuelle est soumise à une condition commune, l'activité créatrice de l'homme²⁵⁸⁵. En effet, il a été constaté que ce droit de propriété naît, notamment, du travail intellectuel de

²⁵⁸³ Voir *infra* n° 934 et s.

²⁵⁸⁴ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 26, p. 30 et s.

²⁵⁸⁵ Voir *supra* n° 11.

l'homme²⁵⁸⁶. Le « *talent d'exception* », le don du créateur, est source d'acquisition de la propriété²⁵⁸⁷. Tous les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, résultent d'un « *effort intellectuel créatif* »²⁵⁸⁸, d'une « *activité créatrice* »²⁵⁸⁹. D'autres conditions, spécifiques à chaque droit de propriété intellectuelle doivent, en outre, être satisfaites. Les œuvres de l'esprit doivent être originales, les dessins et les modèles doivent être nouveaux et présenter un caractère propre, les marques doivent être nouvelles et distinctives à l'aune de celles antérieures, les inventions doivent procéder d'une activité inventive. La disparité du vocabulaire employé par le législateur, parfois accrue par la jurisprudence, ne doit pas occulter le fait que toutes ces conditions exigent une activité créatrice de l'homme. La condition d'activité créatrice est la clé de voûte de la propriété intellectuelle, le point commun à tous les droits, qui confère une certaine unité à la matière²⁵⁹⁰. Elle constitue, aussi, une limite à l'extension de son champ d'application afin de concilier les différents intérêts.

933. La condition d'activité créatrice, non exclusive de la qualification de droit de propriété - Bien que le code civil ne le mentionne pas, peut-être en raison de son évidence, la création est un mode naturel d'acquisition de la propriété. Cette condition est nécessaire au droit de la propriété intellectuelle, car il se situe à la croisée des idées et des créations. Les idées, choses communes dont l'intérêt général commande qu'elles restent à la disposition de tous, doivent être distinguées des créations, dont l'intérêt privé exige qu'elles puissent être appropriées. Loin d'exclure la qualification de droit de propriété, cette condition s'inscrit dans la veine de celles qui déterminent le caractère appropriable des choses corporelles. En effet, le code civil soumet la naissance du droit de propriété à quelques conditions, afin de distinguer les choses appropriables de celles qui ne le sont pas. L'exclusion du droit de propriété sur une chose est due, soit à son abondance, rendant l'appropriation inutile²⁵⁹¹, il en est ainsi de l'eau des océans, soit à son essentialité à la vie humaine²⁵⁹², tels que l'air, l'eau de source, la lumière et la chaleur solaire. Outre ces *res communes*²⁵⁹³, il existe des choses dites hors commerce. Bien que cette catégorie tende à se restreindre, elle comprend, notamment, les éléments du corps humain qui ne se renouvellent pas naturellement et qui sont essentiels au maintien de la vie. A l'image de ces distinctions effectuées par le code civil, la condition d'activité créatrice permet de préserver la catégorie des *res communes*, incluant, notamment, les choses qui existent

²⁵⁸⁶ Voir *supra* n° 912 et n° 913 - Th. Revet, *La force de travail*, th. dir. F. Zenati, Litec, 1992, n° 434.

²⁵⁸⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 355 ; Ch. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162.

²⁵⁸⁸ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 3, p. 30.

²⁵⁸⁹ M. Planiol, *Traité de droit civil*, LGDJ, 1950, t. 1, n° 347.

²⁵⁹⁰ Voir *supra* n° 11.

²⁵⁹¹ Voir *supra* n° 875 et s.

²⁵⁹² Voir *supra* n° 878.

²⁵⁹³ M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, th. dir. G. Loiseau, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 464, 2006 ; R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 297 et s., p. 346-350 : Les choses communes ne peuvent être appropriées « *parce qu'il est de leur nature de profiter à tous* ».

naturellement, sans intervention humaine. Elle rend, aussi, effectives les fonctions sociales des différents droits de la propriété intellectuelle, par la conciliation de l'intérêt des créateurs et de l'intérêt du public²⁵⁹⁴. Une telle condition devrait écarter les craintes de ceux qui voient dans la qualification de droit de propriété une rupture d'équilibre entre ces intérêts au profit de celui des créateurs²⁵⁹⁵.

934. Le caractère absolu - En raison des nombreuses limites imposées par ses fonctions sociales, certains estiment que les propriétés intellectuelles « *n'ont pas l'absolutisme du véritable droit de propriété* »²⁵⁹⁶. Trois arguments peuvent être opposés à cette affirmation. D'une part, elle qualifie le droit de propriété de droit absolu ; or de nombreuses limites relativisent ce supposé absolutisme, tant en matière de propriété mobilière qu'en matière de propriété immobilière. Selon Cornu, l'emploi du superlatif, par l'article 544 du code civil, pour désigner l'absolu, est la négation même de l'absolu, car « *que serait un absolu qui aurait des degrés, sinon une chose relative ?* »²⁵⁹⁷. En outre, cette disposition, énonçant *in fine*, « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* », dément ce caractère absolu. Cornu explique que « *le prétendu pouvoir absolu du propriétaire est un excès manifeste, une nostalgie de souveraineté, un rêve de maître charbonnier* »²⁵⁹⁸. Penser que la propriété ne souffre d'aucune restriction est une « *vanité* », une « *illusion dérisoire* »²⁵⁹⁹. Le Doyen Carbonnier envisage le caractère absolu de la propriété comme la traduction de son caractère exclusif. En effet, la propriété, ancien domaine utile, est, désormais, déliée du domaine éminent. Historiquement, le texte avait donc vocation à rassurer les acquéreurs de biens nationaux²⁶⁰⁰. Il peut aussi être perçu comme la traduction de la liberté d'action du propriétaire, celle-ci étant le principe et les restrictions à l'exercice de ce droit étant des exceptions²⁶⁰¹. D'autre part, cette affirmation sous-tend une hiérarchie entre le droit de propriété intellectuelle et le droit de propriété, alors que le régime juridique du premier le rend, sur certains éléments, plus absolu que le second²⁶⁰². Enfin, qualifier le droit de propriété de « *véritable* » insinue que le droit de la propriété intellectuelle est un « *faux* » ou un « *artificiel* » droit de propriété. Selon la rigueur juridique, soit le droit de la propriété intellectuelle est un droit de propriété, soit il ne l'est pas, mais il ne peut pas être un « *faux* » droit de propriété.

²⁵⁹⁴ Voir *infra* n° 997 et s.

²⁵⁹⁵ A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 454 : Les créations intellectuelles ne peuvent être appropriées car « *la pensée est, par son essence, inappropriable ; la faculté de copier et de reproduire la pensée ne l'est pas moins* ».

²⁵⁹⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 228, p. 102.

²⁵⁹⁷ G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 29, p. 71.

²⁵⁹⁸ *Ibid.*

²⁵⁹⁹ *Ibid.*

²⁶⁰⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, PUF, coll. Thémis, 19^e éd., 2000, t. 3, n° 68, p. 131.

²⁶⁰¹ B. Parance, *La possession des biens incorporels*, th. dir. L. Aynès, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, n° 62, p. 57 et s.

²⁶⁰² Voir *infra* n° 943.

Bien que les rédacteurs du code civil, dans la lignée de la Révolution, aient souhaité faire du droit de propriété un droit absolu, son régime juridique démontre que ce qualificatif est inapproprié²⁶⁰³. Dès le droit romain, la propriété subissait des limites fondées sur l'intérêt général²⁶⁰⁴. La nécessaire conciliation entre l'intérêt du propriétaire et l'intérêt général ou entre les différents intérêts privés justifie, encore aujourd'hui, l'application de limites au droit de propriété²⁶⁰⁵. Cornu identifie cinq catégories de restrictions²⁶⁰⁶. Il existe des restrictions à la liberté d'inaction, telles que l'obligation du ravalement de façade d'un immeuble, à la liberté d'action, telles que l'interdiction de surélever sa maison, et au droit d'usage, telles que l'interdiction de circuler avec une voiture gravement accidentée. Apparaissent, aussi, des restrictions dans l'intérêt des tiers, telles que des servitudes bénéficiant à un fonds voisin, et dans l'intérêt général, telles les expropriations pour cause d'utilité publique. Il est possible d'y ajouter la limite appliquée à tous les droits subjectifs et à laquelle le droit de propriété n'échappe pas, celle de l'abus de droit, théorisée par Josserand²⁶⁰⁷. Si le droit de propriété n'est pas absolu, l'absence d'absolutisme du droit de la propriété intellectuelle ne peut constituer un obstacle à sa qualification de droit de propriété. Les cinq catégories de restrictions se retrouvent dans ce droit car, comme tous les autres, son régime juridique établit un équilibre entre les différents intérêts, afin qu'il puisse remplir ses fonctions sociales.

935. Le caractère exclusif - Le caractère exclusif du droit de propriété découle naturellement de son caractère dit, absolu. Ce droit est exclusif en ce qu'il attribue au propriétaire l'ensemble des prérogatives portant sur son bien. Il peut alors user, seul, de ces prérogatives et choisir d'inclure ou d'exclure les tiers.

936. La contestation du caractère exclusif du droit de propriété intellectuelle - Un premier obstacle à la qualification de droit de propriété, lié au caractère exclusif, réside, pour certains, dans le caractère inclusif du droit de la propriété intellectuelle²⁶⁰⁸. Cette conception prend sa source dans la nature incorporelle et non rivale de ces biens, lesquelles ne constituent pourtant pas des obstacles à l'appropriation et à l'exclusivité²⁶⁰⁹. Cornu concède, d'ailleurs, que

²⁶⁰³ Il a été démontré que la légitimité du droit de propriété résulte de son absence d'absolutisme et des limites qui lui sont imposées par ses fonctions sociales : voir *supra* n° 875 et s.

²⁶⁰⁴ M. Villey, « Notes sur le concept de propriété », in *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Dalloz, 1976, p. 187-200.

²⁶⁰⁵ Tous les auteurs dressent de longues listes d'exceptions au caractère absolu du droit de propriété : G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 29, p. 71 ; F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 144, p. 148 et s. ; Ch. Larroumet, *Les biens. Droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., 2006, t. 2, n° 212 p. 113 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 458-460, p. 153-155.

²⁶⁰⁶ G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 29, p. 71.

²⁶⁰⁷ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939).

²⁶⁰⁸ Bien que considérant le droit de la propriété intellectuelle comme faisant partie intégrante du droit des biens, Cornu estime qu'il est un droit de propriété d'une nature et d'une portée différentes de celui attaché aux biens meubles corporels, car il « se réalise plus naturellement dans le droit d'autoriser que dans le droit de se clore » : G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 133, p. 346.

²⁶⁰⁹ Voir *supra* n° 923-926.

les mesures techniques de protection, instaurées en droit d'auteur et en droits voisins, matérialisent le droit d'interdire et, donc, de se clore. Certes, le droit de la propriété littéraire et artistique est construit sous forme de liste de prérogatives attribuées au propriétaire et des dispositions précisent les actes qui constituent des actes de contrefaçon. Le droit d'interdire n'apparaît qu'en creux. Toutefois, il ne peut être ignoré au profit d'une supposée liberté d'utilisation accordée aux tiers. L'énumération des prérogatives ne fait pas obstacle à la qualification de droit de propriété, car elle n'a pas pour objet de réduire la liberté du propriétaire du bien, mais seulement d'en préciser son contenu²⁶¹⁰. Les nombreuses exceptions au droit d'auteur ne peuvent, non plus être considérées comme des principes et reléguer les droits de l'auteur sur son œuvre au rang d'exception²⁶¹¹. De surcroît, les prérogatives de droit moral, imprescriptibles et inaliénables peuvent être interprétées comme traduisant le pouvoir d'exclusivité du propriétaire²⁶¹². *A contrario*, les dispositions du droit de la propriété industrielle mettent en exergue le droit d'interdire du propriétaire du bien. Outre les dispositions énonçant les prérogatives attribuées au propriétaire, chaque droit de propriété industrielle comporte des dispositions énonçant les actes interdits à défaut de consentement du propriétaire. Considérer que le droit de la propriété intellectuelle forme davantage un droit d'autoriser, qu'un droit d'interdire, est donc erroné. Pourtant, les auteurs des théories modernes de la propriété, continuent d'entretenir la croyance que le droit de la propriété intellectuelle est fondé sur le principe de libre utilisation de ces biens. Après avoir rappelé qu'une chose ne peut être à la fois une chose commune et un bien, Madame Vanuxem affirme que les créations intellectuelles, partiellement offertes à la jouissance de tous, n'entrent dans aucune de ces deux catégories²⁶¹³. Madame Chardeaux a, quant à elle, choisi de créer une nouvelle catégorie, les « *quasi-choses communes* »²⁶¹⁴. Ces auteurs voient, dans les limites aux pouvoirs des propriétaires, des créations intellectuelles, une liberté d'en user, tandis qu'elles définissent ces mêmes limites, appliquées au droit de propriété fondé sur l'article 544 du code civil, comme une interdiction d'usage. Quel fondement permet de justifier que des limites similaires représentent, pour un droit, une liberté et, pour un autre, une interdiction ? La démonstration semble fragile. Affirmer que les limites, appliquées à l'article 544 du code civil, constituent un règlement intérieur des « *choses-milieus* », tandis que celles appliquées au droit de la propriété intellectuelle contraignent le propriétaire d'habiter avec tous les autres, sans expliquer en quoi ce règlement

²⁶¹⁰ J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, « De la propriété comme modèle » in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, n° 19, p. 281, spéc. p. 288 ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, th. dir. L. Aynès, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, n° 54, p. 51.

²⁶¹¹ Outre le fait que cette interprétation serait *contra legem*, la mise en œuvre des exceptions, déjà d'interprétation stricte, est soumise au test des trois étapes. Cela démontre qu'elle n'est pas systématique et que le droit d'auteur est le principe. En ce sens : J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, th. dir. P.-Y. Gautier, PUAM, 2009, n° 533, p. 333 et s.

²⁶¹² H. Desbois, « La conception française du droit moral de l'auteur » in *Mélanges offerts à Jean Dabin*, Bruylant et Sirey, 1963, p. 519 et s.

²⁶¹³ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. LXIV, p. 123-182, spéc. p. 154.

²⁶¹⁴ M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, th. dir. G. Loiseau, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 464, 2006, p. 411-412.

intérieur ne représenterait pas, lui-même, une contrainte pour le propriétaire-habitant, ne permet pas de justifier cette analyse des limites à l'exclusivité²⁶¹⁵.

937. La nature relative du caractère exclusif, argument de contestation de la qualification - Le second obstacle à cette qualification, lié au caractère exclusif, se situerait dans la nature relative du caractère exclusif du droit de la propriété intellectuelle. Pourtant, son caractère exclusif est tout autant relatif que celui du droit de propriété. En application du code civil, le propriétaire peut être contraint de supporter le droit d'un tiers sur son bien, par le truchement d'un usufruit ou d'une servitude²⁶¹⁶. Plus spécifiquement, concernant l'image des biens, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation²⁶¹⁷ a jugé que le propriétaire d'un bien ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celui-ci. Seul le trouble anormal qu'elle cause lui permet d'empêcher l'utilisation de cette image par un tiers. Un tiers peut donc profiter des utilités économiques de l'image d'un bien, sans que le propriétaire ne puisse lui opposer un droit de jouissance exclusive de cette image. Le droit de la propriété intellectuelle comporte, lui aussi, des exceptions, qui restreignent son caractère exclusif. Elles sont justifiées par la conciliation entre les différents intérêts privés, telle la possibilité pour le tiers d'effectuer une copie de l'œuvre pour son usage privé²⁶¹⁸, ou par la conciliation entre l'intérêt public et l'intérêt privé du propriétaire, telle la liberté accordée aux tiers de procéder à des actes expérimentaux incluant une invention²⁶¹⁹. La relativité du caractère exclusif n'empêche pas l'opposabilité *erga omnes* du droit de la propriété intellectuelle. Le propriétaire peut agir en justice, contre un tiers, en raison de toute violation de son droit, sans avoir à démontrer un quelconque préjudice. Dès lors, la relativité du caractère exclusif du droit de la propriété intellectuelle, similaire à celle du droit de propriété, ne fait pas obstacle à sa qualification de droit de propriété.

938. Le caractère perpétuel - Le caractère temporel du droit de la propriété intellectuelle constitue un des arguments de contestation de la qualification de droit de propriété qui, lui, est perpétuel. En principe, le droit de propriété dure tant qu'existe la chose qui est en l'objet. Cette affirmation procède, toutefois, d'une confusion entre le droit et l'objet de la propriété²⁶²⁰. La

²⁶¹⁵ Toutefois, Madame Vanuxem dépasse cette analyse en théorisant le fait que toutes les « choses-milieus » seraient, dans une certaine mesure, d'usage commun. La communauté séjourne dans les entrailles de la chose, le propriétaire sort alors de la communauté pour occuper une place particulière. Sans la nommer, l'auteur semble donc adopter la théorie jusnaturaliste du droit de propriété de Locke, selon laquelle, à l'origine, toutes les choses sont communes, la propriété ne naît qu'en raison de l'utilité et de la rareté de certaines d'entre elles, ne faisant pourtant pas disparaître la possibilité d'un usage commun. Elle reconnaît alors que le droit de propriété est adapté à chaque chose, il est donc nécessairement « contingent » et « casuel » : S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. LXIV, p. 123-182, spéc. p. 156 et s.

²⁶¹⁶ Voir *supra* n° 877 et n° 878.

²⁶¹⁷ Cass. Ass. pl., 7 mai 2004, Hôtel de Girancourt, n° 02-10.450 : *Bull. AP* 2004, n° 10 : V.-L. Benabou, « La propriété Schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien », *Droit et patrimoine* 2001, n° 91.

²⁶¹⁸ Art. L. 122-5 2° du CPI.

²⁶¹⁹ Art. L. 613-5 b) du CPI.

²⁶²⁰ C. Pourquier, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, th. dir. Ch. Atias, PUAM, 2000, n° 101 et s., p. 92 et s.

propriété disparaît, certes, lorsque son objet disparaît matériellement, mais elle disparaît aussi lorsque son objet disparaît juridiquement²⁶²¹. Ainsi, le droit de la propriété intellectuelle est affecté d'un terme. La propriété disparaît par l'effet de la loi, dès lors qu'elle n'est plus jugée légitime. Renouard considère que « *l'essence [du droit de propriété intellectuelle] n'exige pas que [ses objets] demeurent à jamais appropriés à des détenteurs exclusifs* »²⁶²². Certes, les droits de propriété industrielle subissent tous une prescription légale. Il en est de même pour les droits d'exploitation des œuvres de l'esprit et des interprétations. La limitation temporelle constitue une règle commune à tous les droits de propriété intellectuelle, car elle permet d'assurer l'équilibre entre intérêt privé et intérêt public et assure la légitimité de l'appropriation exclusive²⁶²³. Madame le Professeur Benabou explique que « [...] *le droit d'auteur partage avec d'autres droits dits de "propriété incorporelle" la spécificité de protéger un intérêt privé par le biais d'un monopole d'exploitation temporaire d'origine légale. L'Etat tient donc une place particulière dans cette discipline car, en organisant ainsi cette prérogative, il se fait l'écho d'un intérêt général qui tend à stimuler la création et l'innovation et ce, pour le bien de tous, puisqu'à l'issue de la période de protection les œuvres tombent dans le domaine public. Le droit d'auteur procède d'une délicate alchimie entre intérêt individuel et intérêt collectif* »²⁶²⁴. Cette limite temporelle de l'appropriation exclusive des créations intellectuelles permet au législateur de protéger, dans un premier temps, les titulaires de droits de propriété intellectuelle en leur accordant un droit exclusif, et, dans un second temps, le public, en faisant disparaître l'exclusivité des droits d'exploitation²⁶²⁵. Néanmoins, les droits moraux de l'auteur, de l'interprète et de l'inventeur sont perpétuels. Transmissibles à cause de mort, ils constituent un lien entre les créateurs et leurs biens, sur lequel le temps n'a pas d'effet. Les œuvres de l'esprit et les interprétations ne cessent donc pas d'être appropriées, elles ne deviennent pas des choses communes par l'extinction de l'exclusivité des droits d'exploitation²⁶²⁶. Si les droits d'exploitation sont temporellement limités, les droits moraux ne le sont pas, conférant un caractère perpétuel au droit d'auteur et aux droits voisins. De surcroît, le droit de propriété sur

²⁶²¹ C. Pourquier, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, th. dir. Ch. Atias, PUAM, 2000, n° 275 et s., p. 233 et s. – Le Doyen Carbonnier explique que le droit de propriété est dit perpétuel en raison du fait qu'il est héréditaire : J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 384.

²⁶²² A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 448-449.

²⁶²³ Lorsque la propriété n'est plus légitimement utile, elle doit disparaître et ce, même pour une propriété matérielle : A. Abello, « La propriété intellectuelle, une propriété de marché », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, A. Abello et M.-A. Frison-Roche (dir), LGDJ, p. 341, spéc. p. 365.

²⁶²⁴ V.-L. Benabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, th. dir. A. Françon, Bruylant, Bruxelles, 1997, n° 7, p. 8.

²⁶²⁵ B. Parance, *La possession des biens incorporels*, th. dir. L. Aynès, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, n° 67, p. 60 et s. – Cet équilibre, assuré par la durée des droits, est présent dans les autres systèmes juridiques. Le Copyright Clause de la Constitution américaine, en son article I§8, clause 8, donne le pouvoir au Congrès fédéral « [...] *de promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en assurant pour des durées limitées aux auteurs et aux inventeurs des droits exclusifs sur leurs écrits et sur leurs découvertes* » (*to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*).

²⁶²⁶ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 14, p. 51.

les marques est, certes, prescriptible, mais l'enregistrement peut être renouvelé indéfiniment²⁶²⁷. Le caractère perpétuel du droit est atténué par la nécessité de concilier les intérêts²⁶²⁸. Cependant, il peut être rétabli par le renouvellement de l'enregistrement. Cette analyse ne peut être appliquée aux autres droits de propriété industrielle dont le renouvellement des formalités administratives est limité dans le temps²⁶²⁹, ainsi qu'au droit des producteurs de bases de données limité à quinze ans²⁶³⁰. Le brevet présente une autre spécificité, le maintien des droits est soumis à la condition du paiement des annuités. Certes, en principe, le droit de propriété est perpétuel. Néanmoins, en principe, l'appropriation d'une chose est suspendue à son utilité pour le propriétaire²⁶³¹. La durée du droit dépend de son utilité²⁶³². Madame Vanuxem affirme que la « *propriété-faculté d'habiter* » est « *actuelle* » et non temporelle ou perpétuelle, la propriété est « *suspendue à l'actualité de sa légitimité* »²⁶³³. Pour certaines créations intellectuelles, le législateur a donc anticipé la perte de légitimité de leur appropriation en fixant le terme extinctif du droit de propriété, permettant d'assurer, *ex ante*, la conciliation de l'intérêt général avec celui du propriétaire²⁶³⁴. La limitation temporelle du droit appliqué à ces biens ne contredit pas la qualification de droit de propriété.

939. Des caractères similaires - L'étude croisée des caractères du droit de la propriété intellectuelle et du droit de propriété démontre qu'ils sont similaires. Seule une adaptation de leurs contours est rendue nécessaire par la nature des biens, objets du droit de propriété intellectuelle. Un constat identique ressort de l'analyse des régimes juridiques.

²⁶²⁷ Art. L. 712-1 du CPI.

²⁶²⁸ Le caractère temporaire de l'enregistrement, certes, est destiné à garantir que seules les marques, dont les propriétaires ont l'utilité, bénéficient d'une appropriation exclusive, mais, aussi, assure à l'Etat de régulièrement recevoir des redevances. Le caractère perpétuel du droit sur la marque est aussi atténué par la condition d'usage sérieux dans la vie des affaires. En l'absence d'usage durant cinq années consécutives, le droit est frappé de déchéance. Cette règle a, elle aussi, vocation à concilier les intérêts.

²⁶²⁹ Art. L. 513-1 du CPI : l'enregistrement des dessins et modèles peut être prorogé pendant vingt-cinq ans maximum ; art. L. 622-6 et R. 622-7 du CPI : l'enregistrement de la topographie des produits semi-conducteurs a une durée de dix ans, renouvelable une fois ; art. L. 623-13 du CPI : le certificat d'obtention végétale confère une propriété d'une durée de vingt-cinq ans ou de trente ans dans certains cas.

²⁶³⁰ Art. L. 342-5 du CPI.

²⁶³¹ Voir *supra* n° 875 et s.

²⁶³² Il est néanmoins possible de s'interroger sur la soumission du maintien du droit sur le brevet à la condition du paiement des annuités. Croissante au fil des ans, cette condition semble étrangère à l'existence d'une utilité du brevet pour son propriétaire. Elle apparaît davantage comme une taxe versée à l'Etat.

²⁶³³ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. LXIV, p. 123-182, spéc. p. 165.

²⁶³⁴ Hegel soulignait déjà que la prescription ne trouble pas la qualification de droit de propriété, celle-ci se fondant sur « la définition du côté réel de la propriété, de la nécessité que la volonté se manifeste pour avoir quelque chose ». Il justifie la prescription du droit de propriété sur les œuvres de l'esprit par la perte de « l'âme de souvenir et d'honneur qui les habite » : G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 2006, n° 64, p. 98 et s.

2- L'adaptation de son régime juridique au droit de la propriété intellectuelle

940. Des prérogatives communes - A l'image du propriétaire de biens corporels, le propriétaire de créations intellectuelles se voit attribuer les prérogatives classiquement attachées au droit de propriété. Il est titulaire du droit de jouir de son bien, du droit d'en disposer et du droit d'en user. Ces prérogatives, appelées aussi utilités, sont les effets du droit de propriété, elles en constituent son régime juridique. Elles varient tant dans leur existence, que dans leurs dimensions, en fonction de la nature de la chose appropriée. Ne participant pas de sa définition, mais de son régime juridique, aucune n'est indispensable à l'existence de la propriété²⁶³⁵. Elles peuvent donc être limitées, voire exclues, sans que la qualification de droit de propriété en soit atteinte²⁶³⁶. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette conception du droit de propriété. La propriété ne résidant pas dans la somme de ses attributs, la qualification du droit n'est pas atteinte lorsque certains d'entre eux sont affectés²⁶³⁷. Cette étude permettra de constater que les prérogatives attachées aux droits de propriété intellectuelle comportent des limites, conciliant les différents intérêts, qui ne peuvent légitimement constituer des arguments de contestation de la qualification de droit de propriété.

941. Le fructus, le droit du créateur de jouir de son bien - Le droit de jouissance est le droit de percevoir les fruits produits par le bien. C'est le droit de faire fructifier son bien et, aussi, de le laisser improductif. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle pourra librement percevoir les fruits produits par sa création, notamment en concédant des licences en contrepartie de redevances. En droit de la propriété intellectuelle, les contrats sont nommés, le régime juridique de chacun étant rappelé par le législateur. Néanmoins, certains contrats présentent de fortes similitudes avec d'autres contrats nommés du code civil. Monsieur le Professeur Pollaud-Dulian constate, ainsi, que la licence de brevet comporte un régime juridique similaire à celui du contrat de louage²⁶³⁸. Il en est de même pour les licences relatives aux marques. Si le droit de jouir de son bien implique celui de le laisser improductif, l'étude du droit d'usage fait apparaître que le titulaire d'un droit de propriété industrielle doit exploiter son bien au risque de le voir tomber en déchéance ou de se voir contraint de céder des licences à des tiers²⁶³⁹. Néanmoins, ces limites, toujours fondées sur l'utilité de l'appropriation et sur la conciliation entre les différents intérêts, ne remettent pas en cause la qualification de droit de propriété.

²⁶³⁵ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 208, p. 332 ; S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 11, p. 31.

²⁶³⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 356 et s.

²⁶³⁷ Cons. constit., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC : *D.* 1990, p. 209, note F. Luchaire ; *RTD civ.* 1990, p. 520, obs. F. Zenati.

²⁶³⁸ F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 694, p. 366.

²⁶³⁹ Voir *infra* n° 942.

942. L'usus, le droit du créateur d'user de son bien - Le droit, pour le propriétaire, d'user de son bien découle du droit de jouissance. Cette prérogative constitue une des causes de l'acquisition du droit de propriété, car une chose est, en principe, appropriée en raison de son utilité²⁶⁴⁰. Le droit d'usage est le droit de se servir personnellement du bien, conformément ou non à sa destination. En principe, comme toutes les prérogatives, le droit d'usage est exclusif. Néanmoins, l'usage du bien par un tiers peut être imposé par la loi. Il en est ainsi des servitudes légales. Le droit de la propriété intellectuelle comporte ce qui pourrait être appelé des servitudes, puisque certains actes, certains usages du bien par les tiers, sont autorisés par la loi. Ces actes d'usage, limitativement énoncés, font exception au droit d'interdire du propriétaire et permettent de concilier les différents intérêts. Le droit d'usage perd alors son caractère exclusif. En matière de droit d'auteur, où la liste des exceptions est devenue pantagruélique, Cornu affirme que les limites à ce droit « *participent intimement de l'équilibre de la matière dans le tracé entre droit exclusif et libre usage du public* »²⁶⁴¹.

En principe, le droit d'usage inclut le droit de ne pas user du bien. L'absence d'usage n'entraîne pas la perte du droit de propriété, notamment en raison de son caractère perpétuel²⁶⁴². Le droit de la propriété industrielle, au contraire, impose au propriétaire d'user de son bien. L'exploitation des utilités économiques du bien est une condition au maintien du droit ou de son exclusivité. Ainsi, en cas d'absence d'usage sérieux d'une marque pendant cinq ans, le titulaire subit la déchéance de ses droits²⁶⁴³. La solution est moins sévère en droit des brevets, car le propriétaire perd l'exclusivité de ce droit en étant contraint de concéder des licences d'exploitation à des tiers²⁶⁴⁴. Certes, dans le domaine des biens immeubles, l'absence d'occupation du bien peut conduire l'Etat à le réquisitionner afin de combler le manque de logement²⁶⁴⁵. Toutefois, ces décisions, ponctuelles, n'ont pas le caractère systématique observé en droit de la propriété industrielle. Cette limite au droit d'usage est fondée sur l'intérêt public. Afin de préserver la libre concurrence, ainsi que la recherche et l'innovation, la conservation du droit de propriété industrielle est soumise à la condition d'usage du bien²⁶⁴⁶. Loin de remettre en cause la qualification de droit de propriété, cette condition, au contraire, la conforte car elle fait écho à celle qui justifie l'appropriation, l'utilité de la chose²⁶⁴⁷. En effet, « *les biens sont les*

²⁶⁴⁰ Voir *supra* n° 875 et s.

²⁶⁴¹ G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 136, p. 354.

²⁶⁴² Req. 12 juill. 1905 : DP 1907.1.141, rapp. Potier ; S. 1907.1.273, note A. Whal. Solution inchangée depuis. – Lire aussi : C. Pourquier, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, th. dir. Ch. Atias, PUAM, 2000.

²⁶⁴³ Art. L. 714-5 du CPI.

²⁶⁴⁴ Art. L. 613-11 du CPI.

²⁶⁴⁵ Art. L. 641-1 et s. du CCH.

²⁶⁴⁶ Le droit de la propriété littéraire et artistique ne comporte pas cette condition en raison de l'intensité du lien qui existe entre l'auteur et son œuvre et de l'absence de nécessité économique, pour le public, d'avoir accès à une œuvre, prise individuellement.

²⁶⁴⁷ Voir *supra* n° 875 et s.

choses dont l'utilité justifie l'appropriation »²⁶⁴⁸. Dès lors, il apparaît logique que, lorsque le bien n'est plus utile à son propriétaire ou que l'utilité sociale y est supérieure, celui-ci se dessaisisse de son droit de propriété²⁶⁴⁹. Des intérêts heurtant l'intérêt général, tels que celui de faire obstacle à la concurrence, peut amener les propriétaires de ces biens à conserver leur droit de propriété, alors même qu'ils n'en ont plus l'utilité²⁶⁵⁰. Cela explique qu'une loi soit nécessaire afin d'empêcher le maintien illégitime de ces appropriations. La déchéance des droits pour défaut d'usage sérieux ou l'attribution forcée de licences correspond donc parfaitement à la nature de ce droit de propriété et à sa fonction sociale²⁶⁵¹.

943. L'abusus, le droit du créateur de disposer librement de son bien - L'abusus est le droit de disposer, matériellement ou juridiquement, d'un bien²⁶⁵². Le propriétaire peut en disposer juridiquement en le vendant, le louant, le donnant et, matériellement, en le modifiant, voire en le détruisant. Il peut aliéner, exploiter ou détruire son bien.

Le droit de la propriété intellectuelle comporte, certes, cette prérogative de disposition, mais elle subit de fortes limites. Le propriétaire d'un bien, objet d'un droit de propriété intellectuelle peut céder à des tiers des droits sur son bien – ou, selon la thèse de Madame Vanuxem, accueillera les tiers dans la place qu'il occupe dans la « chose-milieu », sans se départir de ses prérogatives²⁶⁵³, mais il ne pourra pas toujours l'aliéner. Le propriétaire d'un bien, objet d'un droit de propriété industrielle, peut transférer à un tiers l'ensemble des prérogatives attachées à son droit, à titre gratuit ou à titre onéreux, mais conservera la nue-propriété. En effet, sauf à modifier l'acte de dépôt ou d'enregistrement du bien, le propriétaire est celui qui est mentionné comme tel dans l'acte administratif. Il pourra céder des prérogatives, sans pour autant se défaire de son droit de propriété. Le propriétaire d'une création industrielle conserve toujours, *a minima*, la nue-propriété sur son bien, sauf s'il modifie l'acte d'enregistrement. Le créateur d'une œuvre de l'esprit ou d'une interprétation a un droit de disposer de son bien plus réduit que celui d'une création industrielle. En effet, l'auteur et l'artiste-interprète disposent d'un droit moral sur leur création. Inaliénable, imprescriptible et transmissible à cause de mort, le droit moral exclut la transmission pleine et entière du droit de propriété à un tiers. Le créateur, qui

²⁶⁴⁸ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 2, p. 18 ; S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. LXIV, p. 123-182, spéc. p. 164 : le droit sur la marque tombe en déchéance si elle n'est plus habitée.

²⁶⁴⁹ G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 2006, n° 59, p. 94 et s. : « [...] mon besoin comme modalité particulière d'une volonté est le côté positif qui se satisfait, et la chose, en tant que négative en soi, n'est que pour ce besoin et le sert. L'usage est cette réalisation de mon besoin [...]. [...] on considère la propriété dont il n'est pas fait usage comme morte et sans maître [...] ».

²⁶⁵⁰ Les marques de barrage en constituent un exemple.

²⁶⁵¹ F. Terré, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, Droits, 1985, t. 1, p. 33 à 49 – voir *infra* n° 990 et n° 1003.

²⁶⁵² F. Zenati-Castaing et Th. Revet considèrent que disposition et abusos sont deux notions étrangères. Ils distinguent l'abusos qui consiste en des actes matériels et la disposition qui consiste en des actes juridiques : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 210, p. 335.

²⁶⁵³ Voir *supra* n° 925.

ne peut renoncer à son droit moral, ne pourra transmettre que ses droits d'exploitation²⁶⁵⁴. Par conséquent, un tiers ne peut pas acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit ou d'une interprétation et il sera toujours limité dans la mise en œuvre de ses droits, notamment par l'obligation de respect de la création²⁶⁵⁵. En vertu de ce droit moral, le droit de destruction, conféré par le droit de disposer, appartient au créateur²⁶⁵⁶. C'est ainsi qu'en 1948, Georges Rouault brûla devant huissier trois cent quinze toiles qu'il jugeait imparfaites. Ces obstacles à l'aliénation des biens, objets de droits de propriété intellectuelle, ne remettent pourtant pas en cause la qualification de droit de propriété. L'aliénation du bien n'est pas une condition à la qualification du droit de propriété. D'une part, certains auteurs mettent en garde contre l'identification du droit de disposition au droit d'aliénation²⁶⁵⁷. Tous les actes de disposition ne sont pas des actes d'aliénation, tels que l'hypothèque, et tous les actes d'aliénation ne sont pas des actes de disposition, tels que la vente de récolte. L'aliénation du bien n'est donc qu'un des droits induits par le droit de disposition. Certes, le pouvoir de disposer du bien est essentiel au droit de propriété, mais celui-ci n'étant pas réduit au pouvoir d'aliéner son bien, contester la qualification de droit de propriété sur ce fondement ne semble pas justifié. D'autre part, le pouvoir d'aliénation est réduit, aussi, en matière de biens immeubles. Outre le fait que la vente de certains biens soit subordonnée à l'obtention d'autorisations administratives, l'aliénation à titre onéreux peut être soumise à un droit de préemption au bénéfice de l'Etat ou d'une personne privée. Le droit d'aliéner son bien peut aussi être limité en raison de l'existence de servitudes, légales ou conventionnelles. La qualification de droit de propriété ne saurait donc être valablement contestée par la restriction du droit d'aliénation des créations intellectuelles.

Le droit de disposer implique le droit de protéger son bien contre les intrusions ou empiètements des tiers. L'Etat n'offre pas de garanties suffisantes de protection de la propriété littéraire et artistique. A l'image des propriétaires qui prennent des mesures contre le vol de leurs biens meubles, par leur enfermement dans des coffres par exemple, ou contre l'intrusion dans leurs biens immeubles, par l'installation de fermetures et de clôtures, les propriétaires de

²⁶⁵⁴ Le régime juridique du droit moral de l'inventeur, qui se limite à un droit de paternité, est spécifique, car celui-ci peut y renoncer.

²⁶⁵⁵ Il existe néanmoins des aménagements au droit moral et certains considèrent qu'il est possible de renoncer au droit au respect de l'œuvre et au droit à la paternité : R. Savatier, *Le droit de l'Art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice*, LGDJ, 1953, n° 125 ; P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ et Duculot, 1969, p. 143 et 281 ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, th. dir. M. Vivant, Litec, 1990, n° 311 et 321 ; P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. dir. A. Françon, 1985, spéc. p. 296 et s. ; A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, th. dir. R. Savatier, LGDJ, 1962, n° 144 et 146 ; B. Parisot, « L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique », *D.* 1972, chron. XI, p. 71.

²⁶⁵⁶ Contrairement à ce qui a pu être soutenu, une création, œuvre de l'esprit ou interprétation, peut être détruite. La destruction du support d'une création à exemplaire unique entraînant inexorablement et irrémédiablement la destruction de la création : K. Ben Dahmen, *Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne, Un pluralisme juridique rénové en matière de propriété industrielle*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2013, p. 105, pt. 251.

²⁶⁵⁷ G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 27, p. 68 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 210, p. 335.

créations intellectuelles installent des mesures techniques de protection pour éviter leur reproduction illicite.

944. Le droit de propriété et ses régimes juridiques - L'adaptation des caractères et du régime juridique du droit de propriété aux biens, objets de droits de propriété intellectuelle ne permet pas de contester la qualification de droit de propriété. Elle n'est pas requise, uniquement, par ces biens, puisque l'étude du droit de propriété, appliqué à certains biens, révèle ses nuances. Cette qualification juridique est suffisamment souple pour accueillir en son sein des variantes de son régime juridique.

B- Une adaptation dépourvue d'effet sur la qualification

945. Du droit de propriété aux droits de propriété - L'étude du droit de propriété montre qu'il n'est pas absolu et chacun de ses caractères et prérogatives supportent des limites afin que l'intérêt du propriétaire soit concilié avec les intérêts des tiers ou avec l'intérêt général. Par conséquent, les limites et exceptions supportées par le droit de propriété intellectuelle ne sont pas de nature à exclure la qualification de droit de propriété. L'élaboration de nouvelles qualifications n'apparaît alors pas nécessaire²⁶⁵⁸.

Le régime juridique du droit de propriété varie en fonction du bien approprié. Certes, il dépend de la nature corporelle ou incorporelle du bien, mais, au sein de la catégorie des biens corporels, il s'adapte, aussi, à sa nature meuble ou immeuble. Il est alors possible d'identifier des règles communes, appliquées aux biens corporels, et des règles spéciales, en fonction de leur caractère meuble ou immeuble. De surcroît, à l'intérieur de la catégorie des biens meubles corporels, des régimes spéciaux peuvent être identifiés, justifiés par la nature de ces biens. Il en est ainsi pour les automobiles, les aéronefs, les bateaux et navires. Dès lors, il n'existe pas un droit de propriété, mais des droits de propriété²⁶⁵⁹. L'article 544 du code civil constitue le socle de toutes les appropriations. Avec les autres règles applicables à l'ensemble des biens, indépendamment de leur nature, il forme le droit commun. Les textes spéciaux sont des mises en œuvre du droit de propriété. La propriété intellectuelle est, elle aussi, régie par ces règles communes et par des règles spécifiques. Cornu estime que la propriété intellectuelle est partie intégrante du droit des

²⁶⁵⁸ E. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, th. dir. A. Lucas, PUR, 2013, n° 223 et s., p. 139 et s.

²⁶⁵⁹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français. Théorie générale du droit et des droits des personnes – la famille – la propriété et les autres droits réels principaux*, Recueil Sirey, 3^e éd., 1938, t. 1, n° 1517, p. 839 : « *Il n'y a pas une propriété : il y a des propriétés [...] le droit de propriété est un des plus souples et des plus nuancés qui figurent dans les différentes catégories juridiques ; sa plasticité est infinie* » ; J.-L. Bergel, « Les nouveaux biens, Rapport général », in *La propriété*, Société de législation comparée, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, t. 53, p. 220 : « [...]il faut admettre qu'il existe désormais des droits spéciaux de propriété et que la propriété immobilière telle que l'a conçue le code civil n'est finalement, quelle que soit son importance et sa richesse conceptuelle, qu'un régime spécial de propriété, parmi d'autres » ; J. Lesueur, *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, th. dir. P.-Y. Gautier, PUAM, 2009, n° 228 et s., p. 145 et s.

biens. Toutefois, cette propriété, qu'il désigne comme étant « *hors du commun* », ne peut, selon lui, qu'être « *visitée [...] à pas de colombe* » par le droit commun²⁶⁶⁰. S'il est qualifié de droit de la propriété, le droit de la propriété intellectuelle en constitue un droit spécial²⁶⁶¹.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

946. La qualification d'un droit exige de mener un raisonnement objectif ; or les enjeux de la qualification du droit de la propriété intellectuelle perturbent l'opération juridique de qualification. Plusieurs qualifications ont été proposées par la doctrine spécialisée, mais aucune ne fait consensus. Les arguments soutenus pour refuser la qualification de droit de propriété ne résistent pas à l'étude comparative des caractères et des prérogatives du droit de propriété et du droit de propriété intellectuelle. La nature incorporelle des biens et l'absence de caractère absolu et imprescriptible des droits ne font pas obstacle à leur appropriation. Certes, ces droits sont dotés d'un régime juridique spécifique, mais d'autres biens bénéficient, aussi, d'adaptations.

CONCLUSION DE LA SECTION II

947. L'analyse du droit de la propriété intellectuelle démontre qu'il a été correctement nommé. La qualification adoptée par les législateurs est justifiée à l'aune des caractères du droit de propriété et des prérogatives qui en découlent, sans que ses adaptations à la nature incorporelle et ubiquitaire des biens ne fragilisent ce choix. Cette qualification lui confère, sociologiquement, le statut de valeur essentielle à la société et, juridiquement, l'élève au rang des droits fondamentaux. La démonstration de la légitimité de la consécration du droit de la propriété intellectuelle en droit fondamental, réalisée par un syllogisme fondé sur le droit de propriété, est alors confortée. Cette qualification a des incidences sur l'équilibre des intérêts privés et l'intérêt général. Les droits de propriété intellectuelle protègent le créateur et supportent des limites et exceptions pour sa conciliation avec les autres intérêts privés ou l'intérêt général, relatifs à la circulation et l'utilisation de ces créations intellectuelles. Cependant, si la liste des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins peut être étendue, l'Etat doit veiller à ne pas inverser principe et exceptions.

²⁶⁶⁰ G. Cornu, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 130 et s., p. 337 et s.

²⁶⁶¹ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016, n° 32, p. 47 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017, n° 16, p. 26 et n° 21, p. 31 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 30, p. 15 ; J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles*, LGDJ, 2^e éd., 2009, t. 1, n° 11, p. 12-15 ; N. Binctin, « Les biens intellectuels, contribution à l'étude des choses », *CCE* 2006, ét. 14 ; Ch. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

948. La démonstration de la qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété a exigé de remonter jusqu'aux origines du droit. En principe, le droit n'est que la reconnaissance de l'existant social. Certes, l'Etat peut inciter à des évolutions sociales en consacrant des droits ou en décriminalisant certains comportements. Le droit de propriété est la traduction juridique du comportement naturellement propriétaire des hommes. Reconnu par l'Etat et protégé par le droit, le rapport propriétaire des hommes aux choses structure la société. L'acte de création, à l'origine des biens, objets de droits de propriété intellectuelle, induit un tel rapport propriétaire. Certes, leurs régimes juridiques varient et n'apparaissent pas conformes aux caractères absolu et perpétuel, classiquement dépeints par les civilistes dans leur portrait du droit de propriété. Leur analyse, tant à l'aune du droit romain, qu'à celle du droit contemporain, démontre l'existence de limites. Celles-ci sont indispensables à l'équilibre des intérêts divergents, mais surtout à sa légitimité. En effet, la théorie du droit naturel enseigne que le droit n'est légitime que lorsqu'il est conforme à sa finalité. Les fonctions sociales du droit de propriété excluent donc la conception absolutiste du droit de propriété. Par conséquent, les exceptions et limites aux droits de la propriété intellectuelle ne font pas obstacle à leur qualification de droits de propriété. La valeur sociale conférée par cette qualification exige donc un niveau de protection élevé.

CHAPITRE II

Le renouvellement de la protection du droit de la propriété intellectuelle par un droit pénal de la propriété

*« Rien ne naît ni ne périt,
mais des choses déjà existantes se combinent,
puis se séparent de nouveau »²⁶⁶²*

949. Repenser la protection pénale de la propriété intellectuelle par le droit pénal de la propriété - Le droit de propriété, catégorie juridique incluant le droit de la propriété intellectuelle, peut constituer un vecteur de cohérence de la protection pénale de ce dernier. Cependant, avant de mener cette réflexion, il apparaît nécessaire, à l'aune de l'ensemble des développements précédents, de démontrer la légitimité de l'appréhension du droit de la propriété intellectuelle par le droit pénal. Certes, le droit de la propriété intellectuelle est protégé par le droit pénal depuis la reconnaissance de son existence²⁶⁶³, mais la sanction pénale des atteintes aux droits n'emporte pas l'unanimité. La sévérité des peines, symbolisée par l'emprisonnement, considérée comme inadaptée à la sanction des actes de contrefaçon, notamment de ceux commis à l'échelle individuelle dans le but de réaliser des économies, est brandie comme argument en faveur de la dépénalisation, voire de la décriminalisation du droit. Outre ces âpres débats, la massification des atteintes conjuguée à l'inertie du ministère public amène à s'interroger sur la légitimité de la protection du droit de la propriété intellectuelle par le droit pénal. L'Etat est-il légitime à intervenir dans la sanction des atteintes à ces droits ? Certes, le droit de propriété est un droit pénalement protégé ; or le droit de la propriété intellectuelle étant un droit de propriété, il apparaît légitime à recevoir une protection similaire. Néanmoins, ce syllogisme juridique est insuffisant. La crise de légitimité du droit pénal de la propriété intellectuelle impose de rétablir cette légitimité. Le droit pénal protège les valeurs sociales essentielles et n'incrimine que les comportements qui portent gravement atteinte à l'ordre public, dans le respect des principes de nécessité et de subsidiarité. Il conviendra donc de démontrer que le droit de la propriété intellectuelle répond à ces conditions. La légitimité de sa protection pénale retrouvée (SECTION I), permettra d'envisager une mise en cohérence de sa matière pénale. Ineffectif, le droit pénal de la propriété intellectuelle ne peut être maintenu sans être réformé en profondeur. Or, les évolutions des infractions du livre troisième du code pénal et les concours de qualifications avec celles du code de la propriété intellectuelle incitent à conférer une nouvelle dimension aux infractions au droit de propriété. Un droit pénal commun aux différents régimes du droit de propriété procédant de la fusion de certaines infractions pourrait conférer une protection plus efficace au droit de la propriété intellectuelle et constituerait un élément concret de la justesse de sa qualification (SECTION II).

²⁶⁶² Anaxagore (500 av. J.-C – 428 av. J.-C), fragment 17.

²⁶⁶³ Voir *supra* n° 18 et n° 19.

SECTION I - La réhabilitation de la protection du droit de la propriété intellectuelle par le droit pénal

950. Les fondements de la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle - Au cours de leur analyse sociologique du code pénal, Madame le Professeur Poncela et Monsieur Lascoumes ont élaboré un modèle statistique afin de dessiner l'arborescence des intérêts protégés par les différentes incriminations²⁶⁶⁴. Les incriminations assurant la « *protection du patrimoine matériel* » sont considérées comme « *relevant d'une rationalité de type morale naturelle* »²⁶⁶⁵. Si aucun doute ne vient ternir la légitimité de la protection pénale de la propriété, celle de la propriété intellectuelle est contestée. Deux axes de réflexion constitueront la démonstration. La légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle doit être démontrée à l'aune de sa nature et de celle du droit pénal. Si sa valeur et ses fonctions sociales démontrent cette légitimité, l'absence de désapprobation sociale des atteintes aux droits complexifie la démonstration (PARAGRAPHE I). L'étude des principes de nécessité et de subsidiarité du droit pénal, condition de la légitimité de son intervention dans la protection d'un droit, permettra de parfaire la démonstration (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - La légitimité de la protection fondée sur la nature du droit de la propriété intellectuelle

951. La qualification et les fonctions sociales constitutives de la nature du droit - L'étude de la légitimité de la protection d'un droit par le droit pénal exige d'en examiner la nature. L'essence du droit de la propriété intellectuelle doit être recherchée dans sa qualification. De la détermination de sa catégorie juridique d'appartenance émane son rôle dans la structure de notre société. La démonstration de la justesse de cette qualification permet d'établir la légitimité de sa protection par le droit pénal. Le droit de propriété constitue une valeur sociale essentielle, dont le droit pénal représente l'instrument étatique de protection. Droit de propriété, le droit de propriété intellectuelle constitue une telle valeur, qui, logiquement, exige la même protection. Indépendamment de sa qualification, les droits de propriété intellectuelle remplissent des fonctions sociales dont l'analyse démontre la légitimité de l'intervention étatique en cas d'atteinte. En effet, en raison de ces fonctions, les conséquences des atteintes aux droits dépassent l'intérêt de son titulaire. Bien que la violation des droits de propriété intellectuelle porte une atteinte directe à l'ordre public, certains préfèrent fonder la légitimité du droit pénal, sur ses conséquences indirectes. Si la qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété constitue un solide fondement à la légitimité

²⁶⁶⁴ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p. 82 et s. et p. 293 et s.

²⁶⁶⁵ *Id.*, p. 301 (figure 1).

de sa protection par le droit pénal (I), ses fonctions sociales justifient, aussi, une telle protection (II).

I- La légitimité de la protection fondée sur la valeur sociale de la propriété

952. La légitime protection pénale d'une valeur sociale essentielle - Le droit pénal protège les valeurs sociales essentielles. Les valeurs sociales structurant la société sont nombreuses et ne peuvent être identifiées que par une étude empirique. Certaines sont essentielles, d'autres secondaires. Il a été démontré que la propriété structure notre société. Sa valeur sociale est-elle pourtant essentielle ? Un indice peut être décelé dans le code civil. Les rédacteurs ont consacré, au droit de la propriété, deux de ses trois livres et, plus précisément, 1768 articles sur 2283²⁶⁶⁶. Messieurs les Professeurs Zenati et Revet en déduisent que le code civil constitue « *un véritable rite propriétaire* »²⁶⁶⁷. Le caractère essentiel de sa valeur devra toutefois être démontré. Bien que ses contours varient en fonction de l'espace et du temps, la propriété constitue une valeur sociale permanente, essentielle à l'organisation de la société (I), légitime à être protégée par le droit pénal (II).

A- La propriété, une valeur sociale essentielle structurante

953. La propriété, une valeur-fin de la société - Des valeurs sociales, évolutives, structurent notre société et constituent sa finalité. Ces valeurs, dites valeurs-fins²⁶⁶⁸, forgent l'identité de la société (1). La propriété, dont une trace est trouvée jusque dans les origines des hommes, appartient à cette catégorie des valeurs-fins (2).

1- Les valeurs-fins essentielles, entre variation et stabilité

954. Les valeurs sociales, nombreuses et circonstancielles - Une valeur sociale représente un fait ou un principe considéré comme bon et utile par et pour la société. Bien que multiples, toutes les définitions des valeurs sociales convergent. Monsieur le Professeur Rezsohazy affirme que « *tout élément de la réalité sociale, de l'univers spirituel et moral, peut avoir un aspect "valeur" dans la mesure où cet élément est estimé ou refusé, préconisé ou condamné* »²⁶⁶⁹. Autrement formulé, une valeur sociale est une « *manière d'agir qu'une personne ou une collectivité reconnaît comme idéale et qui rend désirables ou estimables les conduites auxquelles elle est attribuée* »²⁶⁷⁰. Il semble difficile de dresser une liste exhaustive

²⁶⁶⁶ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 1, p. 17.

²⁶⁶⁷ *Id.*, n° 169, p. 270.

²⁶⁶⁸ R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 19 ; M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 12 et s.

²⁶⁶⁹ R. Rezsohazy, *Sociologie des valeurs*, Armand Colin, 2006, p. 5.

²⁶⁷⁰ G. Rocher, *Introduction à la sociologie générale*, Hurtubise, 1969, t. 1, p. 56.

des valeurs d'une société. D'une part, elles sont nombreuses et évoluent dans le temps et dans l'espace. Elles appartiennent à chaque société, à chaque culture²⁶⁷¹. Le culturalisme démontre, en effet, que « *toute culture contient un ensemble cohérent de normes et de valeurs qui prescrivent certaines conduites et en prohibent d'autres, qui valorisent certaines actions et en réprouvent d'autres* »²⁶⁷². D'autre part, elles ne peuvent qu'être déduites de l'observation des comportements, de l'examen des déclarations des membres du groupe social et de leurs productions culturelles, telles que les œuvres²⁶⁷³. Cette méthode empirique de l'analyse des sociétés impose de s'éloigner du droit et de s'intéresser au travail des sociologues. Certes, le droit constitue un indicateur pertinent des valeurs d'une société, mais cette étude portant sur la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle, il convient de chercher, dans les incriminations, les valeurs qui fonderaient leur propre légitimité.

955. L'identification des valeurs des Etats membres de l'Union européenne -

Aujourd'hui, ces valeurs sont, notamment, le bien-être, la liberté, le progrès, la santé, la tolérance, la propriété privée, la science, l'instruction. En 2012, la Commission européenne a coordonné une recherche portant sur les valeurs des Européens²⁶⁷⁴. Elle a permis d'identifier les droits de l'homme, le respect de la vie humaine et la paix comme étant les trois premières valeurs partagées par les européens, la démocratie n'apparaissant qu'en quatrième position. Les sondés estiment que les trois valeurs, représentant le mieux l'Union européenne, sont la paix, la démocratie et les droits de l'homme. De surcroît, ce rapport énonce que les citoyens de l'Union européenne considèrent la santé, l'amour et le travail comme les valeurs les plus importantes pour accéder au bonheur. Enfin, concernant les valeurs économiques et sociales, la libre concurrence paraît être de plus en plus appréciée. La construction de l'Union européenne influence donc les valeurs portées par les Etats membres. Par un « *effet d'inhibition* » et un « *effet d'incitation* »²⁶⁷⁵, le droit de l'Union européenne influe sur les droits nationaux, notamment sur le droit pénal, qui doit se conformer à ces valeurs, impliquant apparitions ou disparitions des incriminations. Madame le Professeur Delmas-Marty observe alors l'apparition d'une « *dynamique interactive entre droit national et supranational* »²⁶⁷⁶.

956. L'échelle des valeurs sociales - Les valeurs sociales structurent la culture d'une société, forment l'*ethos* d'une civilisation²⁶⁷⁷ et jouent un rôle de prescription d'actions

²⁶⁷¹ La notion de culture désigne « *les connaissances diverses communes à un ensemble de personnes, leur permettant de communiquer et d'interagir* » : O. Galland et Y. Lemel, *Valeurs et cultures en Europe*, La Découverte, coll. Repères, 2007, p. 4.

²⁶⁷² M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 57.

²⁶⁷³ O. Galland et Y. Lemel, *Valeurs et cultures en Europe*, La Découverte, coll. Repères, 2007, p. 5.

²⁶⁷⁴ Commission européenne, *Les valeurs des européens*, Rapport, Eurobaromètre standard 77, printemps 2012, TNS Opinion & Social.

²⁶⁷⁵ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 138 et s.

²⁶⁷⁶ *Id.*, p. 138.

²⁶⁷⁷ R. Rezsohazy, *Sociologie des valeurs*, Armand Colin, 2006, p. 8.

générales²⁶⁷⁸. Il existe deux catégories de valeurs sociales, celles spécifiques à des catégories de personnes et celles qualifiées de « *centrales* », qui constituent « *le fondement de l'accord social* » et assurent une « *cohésion minimale* » de la société²⁶⁷⁹. En les formalisant dans une norme, le droit instaure un « *ordre social finalisé* »²⁶⁸⁰. Ces valeurs sont appelées « *valeurs-fins* » car elles correspondent à une certaine conception de la société²⁶⁸¹. La protection pénale doit être limitée à ce « *noyau dur des valeurs de la société* », puisque le droit pénal ne tient qu'à la défense d'un « *ordre social premier* »²⁶⁸². En effet, il apparaît nécessaire « *[...] de ne conserver que les incriminations reflétant à la fois l'identité culturelle de la société française et ses aspirations modernes liées à son hétérogénéité favorisée par l'épanouissement des libertés individuelles ou des techniques et technologies contemporaines* »²⁶⁸³. En d'autres termes, « *l'usage de la loi pénale doit être limité à la protection des valeurs sociales communément admises comme étant essentielles à la vie sociale* »²⁶⁸⁴. Les autres valeurs sociales bénéficient d'une autre protection, notamment celle du droit civil ou du droit administratif.

957. L'identification des valeurs-fins, valeurs essentielles - Afin de déterminer le champ d'application du droit pénal, il apparaît indispensable d'identifier, parmi toutes les valeurs observées dans la société, celles considérées comme étant essentielles et constitutives de l'ordre social premier. Plusieurs outils juridiques permettent de distinguer ces valeurs. Dans nos sociétés occidentales, les droits fondamentaux forment un indicateur pertinent des valeurs considérées comme étant essentielles²⁶⁸⁵. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comporte une liste des droits fondamentaux reconnus en France et constitutionnellement protégés. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales regroupe les droits et libertés fondamentaux fondés sur les valeurs communes et essentielles à nos sociétés²⁶⁸⁶. Outre l'adhésion à cette Convention, l'Union européenne s'est dotée d'une Charte des droits fondamentaux. Certes, les nombreuses similitudes avec la Convention européenne ont conduit à s'interroger sur l'intérêt d'une telle Charte. Toutefois,

²⁶⁷⁸ O. Galland et Y. Lemel, *Valeurs et cultures en Europe*, La Découverte, coll. Repères, 2007, p. 5.

²⁶⁷⁹ R. Rezsohazy, *Sociologie des valeurs*, op. cit., p. 8.

²⁶⁸⁰ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 227 et s. ; Les « *valeurs sociales protégées* » sont entendues comme « *tout ce qui anime le législateur dans sa politique répressive, tout ce qui le détermine à élever au rang des infractions les différents comportements qu'il sanctionne, ce qui ne saurait être sans la projection sur ces comportements d'un ordre de référence* » : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 6^e éd., 2018, PUF, n° 18, p. 27.

²⁶⁸¹ R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 19 ; M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 12 et s.

²⁶⁸² G. Mathieu, « L'ordre social en forme de mosaïque », in *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 455-461, spéc. p. 460.

²⁶⁸³ *Ibid.*

²⁶⁸⁴ A. Darsonville, « Ordre public et droit pénal », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 287-296, spéc. p. 291.

²⁶⁸⁵ F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 31, p. 13.

²⁶⁸⁶ F. Sudre, « L'ordre public européen », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 109-131, spéc. p. 113 et s.

elle a le mérite de confirmer que les Etats de l'Union européenne partagent un large socle de valeurs sociales²⁶⁸⁷. Le caractère essentiel de ces valeurs, à nos sociétés, justifie leur protection par le droit pénal²⁶⁸⁸. Outre ces outils, Roubier a élaboré une théorie tridimensionnelle du droit, qui révèle les trois principales valeurs sociales de notre société²⁶⁸⁹. Enoncées dans l'ordre hiérarchique, elles constituent la sécurité, la justice et le progrès social. Si ces valeurs sont largement acceptées, elles peuvent être critiquées, voire contestées, lorsque la satisfaction de l'une en heurte une autre. Le progrès est, ainsi, régulièrement remis en cause quand il met en péril l'environnement ou la santé. De même, la propriété privée fait l'objet de contestations lorsqu'elle rend plus difficile l'accès à la culture²⁶⁹⁰. Néanmoins, celle-ci demeure une valeur-fin essentielle à notre société.

2- La propriété, une valeur-fin essentielle

958. La propriété, valeur constante aux dimensions variantes - Fondée sur l'utilité, la propriété constitue une valeur, qui existe depuis les origines des hommes. Organisant les rapports entre les hommes et les choses, elle structure nos sociétés, quelle que soit l'époque, quel que soit le lieu. Thiers affirmait que « *la propriété est un fait général, universel, croissant et non décroissant* »²⁶⁹¹. Sociologiquement, Monsieur le Professeur Rezsöházy relève, qu'aujourd'hui, le concept de propriété tient une place prépondérante dans notre société²⁶⁹², démontrée par l'emploi systématique de l'adjectif possessif et du développement de la "société de consommation" poussant au consumérisme²⁶⁹³. La constance du concept de propriété peut, aussi, être observée dans l'incrimination de vol qui, avec l'homicide, « *roule de loi en loi, depuis le fond des âges* »²⁶⁹⁴. Ces incriminations forment le « *"noyau dur" du droit pénal* »²⁶⁹⁵, des « *invariants* »²⁶⁹⁶, des « *incriminations vitales* »²⁶⁹⁷. La propriété constitue donc une de ces valeurs essentielles qui ne disparaît pas avec le temps. Seul son régime juridique s'adapte à la nature de la société. Ainsi, sa dimension privée, individuelle, fait l'objet de débats et marque le

²⁶⁸⁷ C. Picheral, *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, th. dir. F. Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001.

²⁶⁸⁸ F. Palazzo, « Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal », *RSC* 2008, p. 1-21, spéc. p. 18.

²⁶⁸⁹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 220 et p. 318 et s.

²⁶⁹⁰ Voir *supra* n° 911.

²⁶⁹¹ A. Thiers, *De la propriété*, Paulin, Lheureux et C^{ie} éd., Paris, 1848, p. 87.

²⁶⁹² R. Rezsöházy, *Sociologie des valeurs*, Armand Colin, 2006, p. 96-97.

²⁶⁹³ *Id.*, p. 97.

²⁶⁹⁴ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 399 ; J. Pinatel, « Infractions et valeurs morales », *RSC* 1972, p. 664 à 669, spéc. 666.

²⁶⁹⁵ Ch. Debuyst, « Présentation et justification du thème », in *Acteur social et délinquance, une grille de lecture du système de justice pénale*, Hommage à Christian Debuyst, Mardaga, 1990, p. 21-33, spéc. p. 31 ; J.-P. Brodeur, « La pensée postmoderne et la criminologie », *Criminologie*, 1993, vol. XXVI, n° 1, p. 73-121, spéc. p. 99 ; R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, n° 77, p. 79 et s.

²⁶⁹⁶ M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieure, 7^e éd., 2016, p. 12.

²⁶⁹⁷ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 399.

clivage entre les sociétés libérales et les sociétés communistes²⁶⁹⁸. La contestation de la propriété individuelle est apparue dès l'Antiquité, dans les écrits de Platon. Dans La République²⁶⁹⁹, il défend un communisme des biens, en raison de considérations militaires et politiques. Aristote s'oppose à cette théorie en se présentant, dans La Politique²⁷⁰⁰, fervent défenseur de la propriété privée, essentielle, selon lui, à l'exploitation des terres et à l'harmonie dans la cité. Ces divergences, fondées sur la forme de la société envisagée par les philosophes, ont trouvé un écho dans les théories modernes de l'organisation sociale et étatique. Si la propriété privée a été très fortement remise en cause par les courants socialistes et marxistes, elle a été défendue et légitimée par le libéralisme.

959. Les fonctions de la propriété, indice de son caractère essentiel - Sociologiquement, être propriétaire est considéré comme contribuant au bien-être. Cette analyse de la fonction du concept de propriété dans notre société apparaît similaire à celle faite par les juristes. De Tocqueville à Thiers, de Bastiat à Fouillée, la propriété privée est considérée comme étant un instrument de préservation de la liberté, une garantie de l'harmonie et de la postérité de la société. Messieurs les Professeurs Malaurie et Aynès identifient trois fonctions de la propriété²⁷⁰¹ : l'épanouissement de la personne, le développement économique et la paix sociale²⁷⁰². Elle contient donc une dimension individuelle et une dimension collective. En assurant l'autonomie des individus, tant entre eux que dans leurs rapports avec l'Etat, la propriété leur garantit une forme de liberté, permettant leur épanouissement. Toutefois, cela n'est possible que si la propriété est mise en œuvre de manière mesurée et qu'elle n'est pas vecteur d'amoncellements inconsidérés de richesses entre les mains de quelques-uns, annihilant la liberté des autres et suscitant leur révolte. La propriété ne favorise la paix sociale que dans l'hypothèse où elle est mesurée et accessible à tous²⁷⁰³. Suffisamment de biens doivent être disponibles et accessibles, afin que chacun ait la possibilité d'être propriétaire des biens dont il a l'utilité. Les contestations de la propriété privée étaient, en grande partie, fondées sur ce point, affirmant que, facteur d'inégalités économiques, elle rend impossible la paix sociale. Le ratio entre le nombre de biens disponibles et le nombre de personnes, auxquelles ils sont utiles, n'étant pas toujours équilibré, la propriété assure à la paix sociale un fondement précaire, auquel la maxime "*qui terre a, guerre a*" semble prédire un sort funeste. D'exceptions en limites, l'Etat, dont le rôle consiste en l'établissement et au maintien de la paix sociale, a alors modelé cette

²⁶⁹⁸ Les enjeux de la variation du champ de la propriété individuelle sont évidemment économiques. Toutefois, J. Schumpeter a cherché à démontrer, dans son ouvrage *Capitalisme, socialisme et démocratie* (1942), que les régimes fondés sur la propriété privée ne sont pas nécessairement économiquement plus efficaces que ceux qui l'écarternt. (J.-A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, 1983).

²⁶⁹⁹ Platon, *La République*, Garnier-Flammarion, 1966, livre III, 416a-417b, p. 168.

²⁷⁰⁰ Aristote, *La Politique*, Gonthier, 1964, livre I, chapitre II, p. 27-37.

²⁷⁰¹ Ils n'emploient pas le terme "fonction" mais le terme « *fondement* ».

²⁷⁰² Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 401, p. 127.

²⁷⁰³ Voir *supra* n° 875 et s. – Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, Q. 66, art. 2 (citant Saint Ambroise) : « *Tout ce qui dépasse les besoins, on le détient par la violence* » (<http://www.thomas-d-aquin.com/Pages/Traductions/STIIa-IIae.pdf>).

valeur afin qu'elle ne l'ébranle pas. Le Doyen Carbonnier déplore « *un émiettement continu des prérogatives des propriétaires* », inspiré par « *une passion égalitaire, voire [une] charité ou solidarité* »²⁷⁰⁴. Economiquement fondé sur le libéralisme, l'Etat tire aussi profit des vertus incitatives à la production et aux initiatives individuelles de la propriété. Ces fonctions, assurées par la propriété, lui confèrent un caractère essentiel et garanti, à la société, sa finalité. Il apparaît alors essentiel que la propriété soit appréhendée par le droit et que l'Etat en garantisse le respect.

960. A qualification juridique identique, valeur sociale identique - La protection pénale est accordée au droit de propriété en raison de sa valeur, valeur-fin essentielle à la société, constitutive de l'ordre public²⁷⁰⁵. Le droit pénal protège donc le droit de propriété en raison de son rôle dans le maintien de l'ordre public. La qualification, du droit de la propriété intellectuelle, de droit de propriété, lui confère cette valeur. Par conséquent, il doit pouvoir bénéficier de la même protection. Si la valeur du bien approprié n'a pas d'incidence sur le principe de protection pénale du droit de propriété, sa nature ne doit pas, non plus, en avoir. Peu importe la nature corporelle ou incorporelle du bien, peu importe le droit spécial de propriété qui est atteint. Le droit pénal protège le droit de propriété dans toutes ses ramifications spéciales. Dénominateur commun des droits spéciaux de propriété, il lui assure une certaine cohérence²⁷⁰⁶.

961. Le statut de droit fondamental, indice de la valeur sociale essentielle - La qualification de droit de propriété attribue, aussi, au droit de la propriété intellectuelle, le statut de droit fondamental²⁷⁰⁷. Or, une des fonctions du droit pénal est d'être « *l'épée* » des droits de l'Homme²⁷⁰⁸, leur instrument de protection et d'effectivité. Si le droit pénal constitue le glaive des droits de l'homme, ces derniers lui insufflent une « *bonne conscience* »²⁷⁰⁹. En effet, en se plaçant au service de ceux-ci, il acquiert une légitimité d'action, de principe²⁷¹⁰. Si une valeur sociale a une importance telle, qu'elle est légitime à être élevée au rang de droit fondamental, le droit pénal, qui protège les valeurs les plus éminentes de nos sociétés, est d'autant plus légitime à la protéger. Aucune règle n'impose aux Etats de protéger les droits fondamentaux par le droit pénal. Toutefois, il est des décisions où la Cour européenne des droits de l'homme exige que certains droits bénéficient d'une telle protection et ce, même dans les rapports entre

²⁷⁰⁴ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 356.

²⁷⁰⁵ Voir *infra* n° 662 et s.

²⁷⁰⁶ Néanmoins, ce rôle de dénominateur commun est atténué par l'élaboration d'un droit pénal spécifique au droit de la propriété intellectuelle, qui n'apparaît plus nécessaire - Voir *supra* n° 374 et s.

²⁷⁰⁷ Voir *supra* n° 899 – Pour une critique de l'acquisition par le droit d'auteur du statut de droit fondamental, par l'intermédiaire de la qualification de droit de propriété : A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, th. dir. Ph. Gaudrat, LGDJ, 2008, n° 367 et s., p. 137 et s.

²⁷⁰⁸ Y. Cartuyvels (dir.) et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, 2007.

²⁷⁰⁹ Fr. Tulkens et M. van de Kerchove, « Les droits de l'homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal ? », in *Strafrecht als roeping*, Liber amicorum Lieven Dupont, R. Verstraeten, D. Van Daele et B. Spriet (dir.), Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2005, vol. II, p. 949 et s.

²⁷¹⁰ Il ne s'agit, ici, que de justifier la légitimité de l'existence de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle, la légitimité de sa mise en œuvre, fondée notamment sur le respect du principe de subsidiarité, fera l'objet de développements ultérieurs. Voir *infra* n° 1040 et s.

particuliers²⁷¹¹. Elle fonde cette exigence sur le fait que le droit pénal assure l'effectivité du droit concerné²⁷¹². L'étude de la jurisprudence montre que la quasi-totalité des droits sont, désormais, soumis à une obligation de protection²⁷¹³, notamment pénale²⁷¹⁴. De manière similaire, la Cour de justice de l'Union européenne impose aux Etats d'adopter des sanctions pénales afin de protéger les droits fondamentaux²⁷¹⁵. Si le statut de droit fondamental constitue un argument retenu par ces deux Cours pour inciter au recours au droit pénal²⁷¹⁶, une telle obligation n'a, jusqu'à présent, pas été énoncée concernant le droit de propriété²⁷¹⁷.

B- La propriété, une valeur sociale essentielle protégée par le droit pénal

962. Les fondements de la légitimité de la protection pénale de la propriété – Au cours de leur analyse sociologique du code pénal, Madame le Professeur Poncela et Monsieur Lascoumes ont élaboré un modèle statistique afin de dessiner l'arborescence des intérêts protégés par les différentes incriminations²⁷¹⁸. Les incriminations assurant la « *protection du patrimoine matériel* » sont considérées comme « *relevant d'une rationalité de type morale naturelle* »²⁷¹⁹. La protection de la propriété par le droit pénal ne comporte aucun doute. Cependant, il convient d'approfondir le raisonnement et de s'interroger sur la légitimité du droit pénal à protéger la propriété. Sa légitimité peut être justifiée à l'aune des atteintes qui sont portées à cette valeur sociale essentielle. L'intervention de l'Etat, au moyen du droit pénal, apparaît justifiée lorsque des comportements de violence ou de ruse exploitent abusivement une situation d'inégalité (1). Son intervention puise, aussi, sa légitimité dans la désapprobation sociale de ces comportements, législativement consacrée en ordre public (2).

²⁷¹¹ Sur le problème que ces décisions induisent au regard de la souveraineté des législateurs étatiques : S. Van Drooghenbroeck, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels (dir.) et al., Bruylant, 2007, p. 75-109.

²⁷¹² CEDH, 4 déc. 2003, *M.C. c/ Bulgarie* ; CEDH, 30 nov. 2004, *Öneryildiz c/ Turquie*.

²⁷¹³ S. Van Drooghenbroeck, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels (dir.) et al., Bruylant, 2007, p. 75-109, spéc. p. 86.

²⁷¹⁴ CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*, spéc. § 97 (relatif à des faits d'abus sexuels), CEDH, 23 sept. 1998, *A. C/ Royaume-Uni* (actes de maltraitance d'un enfant) ; CEDH, 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, (faits d'esclavage domestique).

²⁷¹⁵ Néanmoins, l'étude de la jurisprudence de la CJUE montre qu'elle statue en ce sens, dans les cas qui participent de l'intégration européenne. Certains auteurs s'interrogent donc sur les véritables motivations de la Cour. Exige-t-elle le recours au droit pénal pour défendre les droits fondamentaux ou pour garantir l'effectivité du droit de l'Union européenne ? : A. Bailleux et J. Van Meerbeeck, « Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels (dir.) et al., Bruylant, 2007, p. 111-174, spéc. p. 156 et s.

²⁷¹⁶ Y. Cartuyvels, « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? » in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels (dir.) et al., Bruylant, 2007, p. 23-44, spéc. p. 44.

²⁷¹⁷ S. Van Drooghenbroeck, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels (dir.) et al., Bruylant, 2007, p. 75-109.

²⁷¹⁸ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p. 82 et s. et p. 293 et s.

²⁷¹⁹ *Id.*, p. 301 (figure 1).

1- La légitimité de la protection fondée sur les valeurs-moyens

963. L'atteinte à une valeur-fin essentielle par une valeur-moyen - Seules les valeurs sociales essentielles, constitutives de la finalité de la société, sont légitimes à être protégées par le droit pénal. Les autres valeurs trouvent protection auprès d'autres réseaux, tels que le droit civil ou le droit administratif. Toutefois, le droit pénal ne sanctionne pas tous les comportements portant atteinte à ces valeurs sociales essentielles. Son champ d'application est plus réduit. L'étude des incriminations permet à Gassin de constater que toutes prohibent deux types de comportements, la violence et la ruse²⁷²⁰. Ceux-ci constituent des moyens de porter atteinte aux valeurs sociales essentielles. Apparaît ainsi la distinction, théorisée par l'auteur, entre les « *valeurs-fins* » et les « *valeurs-moyens* »²⁷²¹, les premières étant multiples et variables, les secondes au nombre de deux et constantes. Les valeurs sociales peuvent donc être identifiées tant dans la fin recherchée, par exemple la protection de la propriété ou de la vie, que dans les moyens mis en œuvre pour y porter atteinte, tels que la volonté d'ôter la vie ou la volonté de soustraire le bien à un propriétaire. Les incriminations se situent à la croisée des valeurs-fins et des valeurs-moyens.

964. Les conditions d'entrée des valeurs-moyens dans le champ du droit pénal - Tous les actes, relevant de la violence ou de la ruse et portant atteinte à une valeur-fin essentielle, n'entrent pas dans le champ pénal. « *Figures matricielles* »²⁷²² du droit pénal, ces comportements de ruse et de violence ne sont pénalement sanctionnés que parce qu'ils exploitent abusivement une situation de déséquilibre caractérisé²⁷²³. En effet, les comportements empreints de ruse ou de violence ne sont pas, nécessairement, répréhensibles. La violence, terme dérivé de *vis* et emprunté au latin *violentia*, désigne un caractère emporté, impétueux. Il est employé, dans un premier temps, au sens de « *qui agit ou s'exprime sans retenue* » et, dans un second temps, au sens de « *qui a un intense pouvoir d'action* »²⁷²⁴. Par conséquent, étymologiquement, la violence n'implique pas la force physique. Au XIV^{ème} siècle, la ruse désignait le détour du gibier dans sa fuite, trompant ainsi les chasseurs en les égarant. Le terme a ensuite été étendu et désigne, aujourd'hui, une tromperie, une astuce, une feinte²⁷²⁵. La ruse constitue alors une manipulation intellectuelle. La violence et la ruse n'ont

²⁷²⁰ R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 79 et s. ; R. Gassin, « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2011, chron. criminologie, p. 481-502 ; R. Gassin, « De la peau de chagrin au noyau dur, réponse à Jean-Paul Brodeur », *Revue Internationale de criminologie et de police technique*, 1997, p. 32.

²⁷²¹ R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, n° 78 et s., p. 80 et s.

²⁷²² J.-Y. Lassalle, « La notion criminologique de l'infraction pénale », in *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 421-433, spéc. p. 431.

²⁷²³ R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 86 et s.

²⁷²⁴ E. Baumgartner et Ph. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le Livre de Poche, coll. La Pochothèque, 1996.

²⁷²⁵ E. Baumgartner et Ph. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le Livre de Poche, coll. La Pochothèque, 1996.

pas, nécessairement, une connotation négative. User de violence, intellectuelle ou physique, pour obtenir ce qui est convoité, n'apparaît pas, en toutes circonstances, condamnable au regard de nos valeurs sociales. La ruse, quant à elle, est synonyme d'habileté. Faire preuve d'habileté ou d'astuce dans les relations sociales n'apparaît pas nécessairement mauvais, cela démontre même une certaine intelligence. La notion d'abus demeure essentielle pour justifier l'incrimination de certains actes de ruse ou de violence. Par conséquent, les deux individus doivent se trouver dans une situation d'inégalité telle, que la ruse ou la violence puisse être exercée de manière à exploiter abusivement cette situation²⁷²⁶. Dès lors, Gassin effectue une distinction entre le contexte – la situation préalable à l'acte – et l'exploitation de cette situation par la réalisation de l'acte²⁷²⁷. Lassalle résume cette théorie en ces termes : « [...] *c'est parce que la violence et la fraude impliquent l'existence d'une situation de déséquilibre inacceptable qu'elles sont incriminées et l'acte délictueux va consister dans le fait d'enfreindre l'interdit, c'est-à-dire dans le fait d'exploiter cette situation, exploitation qui est, alors, abusive* »²⁷²⁸. Le droit pénal n'intervient donc que dans ce périmètre précis.

965. La finalité de la ruse, l'usurpation - Gassin a mené une riche étude sur la notion de ruse et sur son implication dans les incriminations²⁷²⁹. Il identifie deux traits essentiels de la ruse, le mensonge, propre aux infractions de ruse et les distinguant des infractions de violence, et l'usurpation, qui en constitue la finalité. La ruse a pour synonyme la fraude, la tromperie et l'astuce, toutes étant des procédés, des moyens pour tromper autrui. Le mensonge est, selon le petit Robert, « *une assertion sciemment contraire à la vérité, faite dans l'intention de tromper* », tandis qu'usurper signifie « *s'approprier sans droit, par la violence ou la fraude (un pouvoir, une dignité, un bien)* ». Ce rapport étroit avec l'appropriation illégitime, qui résulte de la racine latine du terme, est mis en évidence par le vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, qui définit l'usurpation comme l'action de « *s'arroger sans droit l'usage d'une chose, d'une qualité ou l'exercice d'un pouvoir appartenant à autrui* »²⁷³⁰.

966. La violence et la ruse portant atteinte à la propriété - La propriété fait figure de valeur-fin essentielle à notre société, à laquelle tant des actes de violence, que de ruse peuvent porter atteinte. Tous les comportements de violence et de ruse portant atteinte à la propriété ont pour finalité l'appropriation ou l'usage du bien d'autrui, sans son consentement. Dès lors qu'ils

²⁷²⁶ Cette théorie est contestée par J.-P. Brodeur qui considère qu'elle est trop large car elle englobe des comportements qui ne sont pas sanctionnés pénalement et, dans le même temps, qu'elle est trop étroite car elle ignore des comportements qui le sont (J.-P. Brodeur, « "Le noyau dur et la peau de chagrin" : une étude critique à propos de la parution de la 3^e éd. du Précis de criminologie », *Revue internationale de criminologie et de police* 1995, vol. XLVIII, n°3, p. 332-349).

²⁷²⁷ R. Gassin, « De la peau de chagrin au noyau dur, réponse à Jean-Paul Brodeur », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1997, p. 30.

²⁷²⁸ J.-Y. Lassalle, « La notion criminologique de l'infraction pénale », in *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 421-433, spéc. p. 426.

²⁷²⁹ R. Gassin, *Essai de la théorie générale de la ruse en criminologie*, PUAM, 2009.

²⁷³⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V° usurpation.

exploitent abusivement une situation de déséquilibre caractérisé, ces actes doivent être pénalement sanctionnés. Il serait possible, à l'aune de ces conditions, d'examiner chaque infraction contre les biens, codifiée dans le code pénal, afin d'en vérifier la légitimité. L'objet de cette étude commande de limiter l'examen aux infractions susceptibles de concerner les créations intellectuelles²⁷³¹. Le vol commis en présence du propriétaire est une infraction de violence, mais, commis à son insu, il constitue une infraction de ruse. L'abus de confiance consiste, quant à lui, en une infraction de ruse. Ces infractions exploitent une situation de déséquilibre, en ce que l'auteur de l'infraction profite d'une faiblesse du propriétaire dans la protection de son bien. Le caractère abusif de l'exploitation de telles situations peut être observé, tant dans la nature frauduleuse de la soustraction en matière de vol, que dans la nature abusive du détournement du bien dans le cas de l'abus de confiance. Les actes de ruse et de violence ne sont donc pénalement sanctionnés que s'ils portent atteinte, de manière abusive, à une valeur sociale essentielle. De surcroît, pour entrer dans le champ pénal, le comportement doit être considéré comme étant répréhensible par les membres de la société. La légitimité du droit pénal, protecteur de l'ordre public, est soumise à l'appréhension de comportements socialement désapprouvés.

967. La contrefaçon, une infraction de ruse - La protection pénale du droit de la propriété intellectuelle est légitime en raison de sa soumission, comme tous les droits de propriété, aux actes de ruse, exploitant abusivement une situation de déséquilibre caractérisé²⁷³². Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, dépourvues de violence, ont pour objectif l'appropriation ou l'exploitation du bien d'autrui, sans son consentement. Elles constituent une usurpation et peuvent aussi relever du mensonge, par exemple, dans l'hypothèse d'une violation au droit à la paternité de l'auteur. Ces actes sont répréhensibles en ce qu'ils exploitent abusivement une situation de déséquilibre, le titulaire de droits de propriété intellectuelle étant en position de faiblesse par rapport aux contrefacteurs, qui disposent de moyens faciles à mettre en œuvre pour porter atteinte à ces droits. En effet, le propriétaire d'une création est plus vulnérable que le propriétaire d'un bien corporel, le premier, contrairement au second, n'étant pas en possession matérielle de son bien qui, de surcroît, a le don d'ubiquité.

2- La légitimité de la protection fondée sur l'ordre public

968. Les racines sociales et politiques de l'ordre public - Il existe deux processus de création d'incriminations. Le législateur peut réagir à la désapprobation sociale d'un comportement en l'incriminant. L'incrimination a pour objectif de protéger une valeur sociale considérée comme étant essentielle par la société. Le droit pénal instaure un ordre public, qui prend directement sa source dans l'ordre social, ce qui lui confère une légitimité certaine (a).

²⁷³¹ Voir *supra* n° 250 et s.

²⁷³² Voir *supra* n° 964.

Le législateur peut, aussi, entériner des choix de politique criminelle, dont le lien avec les phénomènes sociaux peut sembler distendu. La légitimité de ces incriminations est incertaine, car elles reçoivent, parfois, un autre objectif que la protection de valeurs sociales (b).

a- La légitimité certaine de la protection de l'ordre social sacré ordre public

969. L'ordre social mué en ordre public par le droit - En principe, la désapprobation des comportements est sociale, avant d'être juridique (i). « *L'incrimination des comportements est le résultat d'un ensemble d'activités sociales de sélection, de traduction et de pondération de valeurs et d'intérêts sociaux protégés, processus validés par décision politique* »²⁷³³. En traduisant juridiquement la désapprobation sociale des comportements, le législateur crée des dispositions pénales dont la légitimité emporte l'adhésion du peuple (ii).

i- Le phénomène sociologique préexistant au phénomène juridique

970. La désapprobation sociale, cause d'intervention du droit pénal - Certains criminologues et certains juristes estiment que le comportement criminel est un phénomène sociologique qui précède le phénomène juridique²⁷³⁴. Un comportement ne peut être juridiquement qualifié de crime que si la société le considère comme tel. Pour les sociologues, plus spécifiquement les criminologues, un crime est « *un comportement [...] saisi par le droit qui menace son auteur d'une peine [...]* »²⁷³⁵. Pour être légitimement appréhendé par le droit, ce comportement doit être socialement désapprouvé. Durkheim explique qu'un crime constitue un acte blessant « *les états forts et définis de la conscience collective* »²⁷³⁶. Selon Pinatel, « *pour qu'on puisse parler de crime, il faut qu'un acte suscite dans le groupe des perturbations émotionnelles intenses, susceptibles de déterminer la réaction sociale* »²⁷³⁷. Certes, pour les juristes, un crime est « *un comportement légalement prévu et puni d'une peine* »²⁷³⁸, mais certains s'accordent avec les sociologues et les criminologues, affirmant que ce comportement doit entraîner une réaction sociale pour que la réaction étatique soit légitime. Monsieur le Professeur Pradel, se fondant sur les analyses de Lévy-Bruhl qui affirmait qu'« *il n'y a pas d'acte qui soit, en soi, criminel* »²⁷³⁹, estime que « *(...) ce ne sont pas les caractères objectifs d'un acte qui en font un crime, c'est le jugement que porte sur lui la société* »²⁷⁴⁰. La société

²⁷³³ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p.73.

²⁷³⁴ B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 25^e éd., 2017, n° 6, p. 5 ; M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 17-20 ; R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd. 2011, n° 23, p. 18-19 ; E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 2^e éd., 1991, p. 36 et s.

²⁷³⁵ P. Robert, *La sociologie du crime*, La Découverte, 2005, p. 10.

²⁷³⁶ E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 47.

²⁷³⁷ J. Pinatel, *La criminologie*, SPES, 1960, p. 72.

²⁷³⁸ J. Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 21^e éd., 2016, n° 3, p. 21.

²⁷³⁹ H. Lévy-Bruhl, « L'ethnologie juridique » in *Ethnologie générale*, Encyclopédie de la Pléiade, Paris, 1968, p. 1165-1174, spéc. p. 1168.

²⁷⁴⁰ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 3, p. 21.

qualifie un acte de crime en fonction de « *ses options morales* »²⁷⁴¹. Duguit estime, ainsi, que le sentiment de justice existe dans la masse des consciences²⁷⁴². Un comportement est incriminé lorsque la norme sociale interagit avec la norme juridique, ce que Madame le Professeur Delmas-Marty appelle « *la rencontre entre la normalité et la normativité* »²⁷⁴³, la première constituant la source de la seconde. Cette conception de la formation des infractions, faisant, du droit, l'œuvre de la société et non de l'Etat, comme le pensait Kelsen et l'Ecole normative, a été développée par l'Ecole dite du droit libre, fortement inspirée par les écrits de Gény et Lambert²⁷⁴⁴.

971. La distinction entre les "vrais crimes" et les autres - Deux courants sociologiques sont nés de cette théorie de la préexistence du phénomène sociologique au phénomène juridique. Certains ont considéré que le crime représente une déviance, une transgression des normes de comportement d'un groupe social, emportant sa réaction²⁷⁴⁵. Pourtant, cette conception élargie du crime englobe des comportements qui ne sont pas incriminés. Toute déviance n'est pas un crime. Cette notion paraît donc insuffisante pour comprendre ce qu'est un crime et analyser sa légitimité. D'autres ont estimé que seuls les comportements socialement désapprouvés constituent de "vrais crimes", les autres infractions étant des erreurs législatives. Cette conception restrictive du crime a été vivement critiquée, notamment par Durkheim, qui affirme que Garofalo, en prétendant parler du crime, brandit *sa* propre morale²⁷⁴⁶. Il est, en effet, difficile d'écarter les autres incriminations sur ce seul argument d'autorité. Si leur légitimité ne se situe pas dans la réprobation sociale préalable, elle se situe peut-être ailleurs, dans le choix politique conduisant à l'incrimination de ces comportements, ce qui n'exclut pas la prise en considération de valeurs sociales²⁷⁴⁷.

ii- La traduction de la norme sociale en norme juridique

972. La formalisation législative de la désapprobation sociale - En incriminant des comportements, le législateur consacre, juridiquement, leur désapprobation sociale. Par conséquent, la normativité sociale préexiste à la normativité législative²⁷⁴⁸. Le législateur transcrit la norme sociale dans une loi et transforme la sanction morale, appliquée par le groupe,

²⁷⁴¹ *Ibid.*, n° 3, p. 21.

²⁷⁴² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 3^e éd., 1927, t. 1, p. 126 et s.

²⁷⁴³ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 157.

²⁷⁴⁴ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 75 et s.

²⁷⁴⁵ E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 2^e éd., 1991, p. 35 et s. – Cependant, dans son ouvrage intitulé *Les règles de la méthode sociologique*, il définit le crime comme « *tout acte puni* », se ralliant à la définition juridique du crime : E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 15^e éd., 1963, p. 35.

²⁷⁴⁶ Les différentes critiques de cette conception du crime sont exposées par P. Robert dans son ouvrage *La sociologie du crime*, La Découverte, 2005, p. 9 et s.

²⁷⁴⁷ Voir *infra* n° 981 et s.

²⁷⁴⁸ R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, n° 55, p. 56 ; M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 12-13.

en une sanction légale, appliquée par l'Etat. Le législateur met en forme cette désapprobation sociale, en déterminant les éléments constitutifs et les limites de l'infraction. C'est ainsi que le « donné » devient le « construit »²⁷⁴⁹. Le code pénal constitue alors « *l'expression historique d'un ordre social, toujours local et temporaire* »²⁷⁵⁰. Bien qu'il n'ait pas été conservé dans le texte définitif, il est intéressant de constater que l'article 1^{er} de l'avant-projet du code pénal, de juin 1983, justifiait la légitimité des incriminations qu'il comportait, en énonçant que « *les crimes et les délits sont des atteintes aux valeurs essentielles de la société. Les contraventions sont des atteintes à l'organisation de la vie sociale* ». La représentation sociale des comportements influe donc sur leur incrimination. La norme sociale tend à modifier la norme juridique par le phénomène de pression sociale, ce qui explique, en partie, les mouvements de pénalisation et de dépenalisation des comportements²⁷⁵¹. Ce parallélisme entre la désapprobation sociale d'un comportement et son incrimination par le législateur donne aux infractions une légitimité certaine. Elles seront peu ou pas remises en cause, car les membres de la société seront plus enclins à s'y conformer. La légitimité du droit pénal est traduite par « *l'adhésion tacite des citoyens aux valeurs sociales protégées et donc à l'ordre public proposé* »²⁷⁵².

973. L'ordre social, source légitime de l'ordre public - En formalisant la désapprobation sociale d'un comportement dans une loi pénale, le législateur transforme la norme sociale en norme juridique. L'ordre social devient alors ordre public. Considéré comme étant le « *noyau dur du système juridique, l'ordre public est l'ensemble des règles que la conscience collective juge indispensable au bon fonctionnement de la société. Il est donc indissociable du système de valeurs morales auquel adhère la majorité des citoyens, et dont le respect spontané constitue un contrat social tacite qui fonde l'autre contrat social, de nature politique, par lequel le peuple manifeste sa volonté de constituer une communauté étatique* »²⁷⁵³. A l'origine de l'Etat, il est un pacte social, fondé sur des valeurs. L'Etat, forme juridiquement instituée par une communauté politique, est donc, aussi, un ordre de valeurs²⁷⁵⁴. L'ordre public en tant qu'ordre étatique est « *surplombé* » et déterminé par un ordre social, un « *sur-ordre social* »²⁷⁵⁵. Par

²⁷⁴⁹ Distinction élaborée par F. Génay (F. Génay, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914, t. 1, p. 96 et s. et t. 2, p. 369 et s.).

²⁷⁵⁰ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p. 73.

²⁷⁵¹ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 157.

²⁷⁵² A. Darsonville, « Ordre public et droit pénal », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 287-296, spéc. p. 290.

²⁷⁵³ G. Lebreton, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, 2001, p. 353-367, spéc. p. 353.

²⁷⁵⁴ S. Pierré-Caps, « La Constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005, p. 283-296.

²⁷⁵⁵ S. Roland, « L'ordre public et l'Etat, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 9-20, spéc. 18.

conséquent, la légitimité de l'ordre public réside dans sa conformité à l'ordre social²⁷⁵⁶. Lorsqu'il s'en écarte, l'ordre public cesse alors d'être ordre public pour devenir raison d'Etat²⁷⁵⁷. En effet, la raison d'Etat constitue une « *dérogation au droit établi, en fonction d'une nécessité politique majeure, c'est-à-dire en vue de la préservation du bien commun ou l'intérêt public* ». Elle est une « *nécessité d'exception qui suscite un exercice extraordinaire de l'art de gouverner* »²⁷⁵⁸. Cette idée de supériorité de l'Etat sur les individus le composant, qui l'autorise à déterminer, *ex nihilo*, des valeurs politiques qui seraient supérieures aux valeurs sociales, confère un droit de résistance à l'oppression. L'ordre public ne doit pas être instrumentalisé, au risque de le transformer en moyen d'oppression²⁷⁵⁹. Par conséquent, « *l'ordre public se situe au point d'articulation entre l'exercice des droits et libertés individuels et les limitations que les autorités étatiques apportent à cet exercice au nom d'exigences que l'Etat endosse en tant que garant de l'intégrité de ces libertés* »²⁷⁶⁰. Selon Monsieur le Professeur Roland, l'ordre public est un moyen d'autolégitimation des restrictions que l'Etat impose aux libertés. Toutefois, une autolégitimation n'étant pas une véritable légitimation, il faut la chercher en dehors de l'ordre public lui-même. Elle tient à l'acceptation par la société de cet ordre public, en raison du fait qu'il correspond au pacte social fondant l'Etat.

974. L'ordre public, notion omniprésente à la définition introuvable - Il n'existe pas de définition légale de l'ordre public national. Il n'est défini qu'en creux, par son contenu. Traditionnellement, l'ordre public est composé du triptyque sécurité, tranquillité et salubrité publiques²⁷⁶¹. L'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales informe des composantes de l'ordre public local, mais il bouleverse cette traditionnelle composition en consacrant, dans un « *ensemble abscons* »²⁷⁶², la sûreté, la sécurité, la salubrité publiques et le bon ordre, auxquels a été ajoutée la tranquillité publique. Cet ordre qualifié de « *matériel* » par Monsieur le Professeur Bonnet, en raison de sa tangibilité, a aussi un caractère immatériel en ce qu'il comporte une dimension morale, qui a récemment pris de l'ampleur avec l'intégration des valeurs républicaines. En effet, les questions de moralité publique ont rapidement fait l'objet de l'ordre public. La jurisprudence du Conseil d'Etat témoigne de ce que l'ordre public

²⁷⁵⁶ Pour une critique de la justification de la légitimité des incriminations par la protection des valeurs sociales essentielles : E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 166, p. 141.

²⁷⁵⁷ S. Roland, « L'ordre public et l'Etat, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 9-20, spéc. 18 et s.

²⁷⁵⁸ C.-Y. Zarka, « Raison d'Etat », in *Dictionnaire de philosophie politique*, P. Raynaud et S. Rials, PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 1996, p. 612.

²⁷⁵⁹ G. Lebreton, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontières », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, 2001, p. 353-367, spéc. p. 364.

²⁷⁶⁰ S. Roland, « L'ordre public et l'Etat, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 9-20, spéc. p.19.

²⁷⁶¹ Loi du 22 déc. 1789 – Instruction du 8 janv. 1790 ; Loi communale du 4 avril 1884.

²⁷⁶² B. Bonnet, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel tentative de définition d'une notion insaisissable », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 117-139, spéc. 122.

impose le respect d'une certaine moralité²⁷⁶³. Les valeurs républicaines ont été depuis peu absorbées par cette « *notion-éponge* » que constitue l'ordre public²⁷⁶⁴. De surcroît, l'ordre public est constitué des droits fondamentaux, qu'il a pour fonction de protéger.

975. De l'ordre public aux ordres publics - La définition de l'ordre public est d'autant plus difficile à établir qu'à l'image de l'ordre social, il change selon le temps et l'espace. Ainsi, la rigidité des mœurs du XIX^{ème} siècle a laissé place, au siècle suivant, au développement du libéralisme économique et social. En outre, il existe un ordre public étatique et un ordre public extra-étatique. Le droit de l'Union européenne et le droit européen instaurent, chacun, un ordre public. Parfois similaires, leurs points de friction ne permettent toutefois pas de conclure à une unité de l'ordre public européen²⁷⁶⁵. L'ordre public est aussi présent dans le droit international ou transnational. Ces ordres publics ne supplantent pas les ordres publics nationaux mais, ils s'y intègrent et, parfois, les modifient²⁷⁶⁶.

976. La protection de l'ordre public, finalité du droit pénal - L'ordre public constitue un instrument, permettant à l'Etat de garantir la stabilité de l'ordre juridique établi, ainsi qu'un moyen de lutter contre les désordres causés ou subis par les citoyens²⁷⁶⁷. Il régit le comportement des sujets de droit et encadre l'action des autorités publiques, les autorisant à restreindre les droits et libertés et leur interdisant de prendre des mesures qui ne seraient pas nécessaires à son maintien²⁷⁶⁸. L'ordre public est protégé par le droit pénal, le droit administratif et le droit civil. Ayant une fonction de coercition, « *le droit pénal a vocation à punir l'auteur d'un comportement perturbateur de l'ordre public* »²⁷⁶⁹. La sauvegarde de l'ordre public a toujours été au centre des lois pénales. Beccaria estime qu'un délit est un mal causé à la société, un acte contraire au bien public²⁷⁷⁰. Jousse commente l'Ordonnance criminelle de 1670 en

²⁷⁶³ Pour n'en citer que trois : CE, 7 nov. 1924, *Club indépendant sportif Châlonnais* – l'arrêt considère que le Maire n'a pas fait un usage abusif de ses pouvoirs en interdisant les combats de boxe en ce qu'ils seraient « *contraires à l'hygiène morale* » ; CE, 18 déc. 1959, *Sté Les Films Lutétia* – l'arrêt permet au maire d'interdire la projection d'un film en raison de son caractère immoral et de circonstances locales ; CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* – Interdiction de l'activité de lancers de nains en raison de son incompatibilité avec la dignité humaine malgré le consentement de celui qui en fait l'objet, le privant de son moyen de subsistance.

²⁷⁶⁴ B. Bonnet, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel tentative de définition d'une notion insaisissable », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 117-139, spéc. 118.

²⁷⁶⁵ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

²⁷⁶⁶ C. Picheral, « *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme* », th. dir. F. Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001.

²⁷⁶⁷ E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 17-61, spéc. p. 48 et s.

²⁷⁶⁸ E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 17-61, spéc. p. 30.

²⁷⁶⁹ A. Darsonville, « Ordre public et droit pénal », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 287-296, spéc. p. 287.

²⁷⁷⁰ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, p. 159 et s.

affirmant qu'« *on appelle crime ou délit toute action injuste et défendue par les Loix, qui tend à blesser la société, et à troubler la tranquillité publique* »²⁷⁷¹. Après la Révolution, le Comité de législation civile et criminelle distingua deux catégories de police, la police municipale, destinée au maintien habituel de l'ordre et de la tranquillité publics, et la police correctionnelle, assurant la répression des délits et crimes qui troublent la société²⁷⁷². L'ordre public constitue alors le seul champ d'action du droit pénal. Celui-ci est limité à la répression des comportements lui causant un trouble. Cette conception restrictive du droit pénal est formulée par l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui énonce que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ». La fonction du droit pénal réside donc dans la défense de l'ordre public et, incidemment, de l'ordre social²⁷⁷³.

977. Le droit pénal, à la croisée de l'ordre public et des intérêts privés - A Rome, il existait déjà une classification des infractions, distinguant celles portant atteinte aux intérêts privés et celles portant atteinte à l'ordre public. Les délits dits "privés", *delicta*, étaient des atteintes indirectes à l'ordre public générant un dommage pour la personne. La sanction avait une fonction plus réparatrice qu'afflictive. En effet, les juridictions ordinaires, qui connaissaient ces délits, prononçaient des amendes au bénéfice de la victime. Les délits "publics", *crimina*, tels que la trahison, le sacrilège et le meurtre affectaient principalement l'ordre public et étaient sanctionnés, par les juridictions spéciales, de mort, d'exil ou d'une amende au profit de l'Etat. Certains délits privés, tel le vol aggravé, ont été publicisés en raison de l'importance du trouble créé à l'ordre public. Aujourd'hui encore, les comportements incriminés ne sont pas uniquement ceux qui portent atteinte à un intérêt commun. Il en est ainsi du harcèlement moral, du vol ou de la violation du droit au respect de la vie privée. Ces atteintes à des intérêts privés sont publicisées, au motif qu'elles défient la puissance publique dans son rôle de gardienne générale de la paix. Ayant le « *monopole de la violence légitime* », l'Etat se substitue à la victime pour agir contre l'auteur de l'acte²⁷⁷⁴. L'incrimination d'un comportement signifie qu'il porte atteinte à une valeur sociale considérée comme constitutive de l'ordre public. En choisissant les valeurs sociales, qui exigent une protection pénale, et en désignant les comportements devant être sanctionnés, le législateur crée des lois qui dessinent, en creux, l'ordre public et, en conséquence, l'ordre social²⁷⁷⁵. Le droit pénal a donc, aussi, une fonction expressive de l'ordre public.

²⁷⁷¹ D. Jousse, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, Debure, 1753.

²⁷⁷² Décret, 19 juill. 1791, relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle.

²⁷⁷³ J. Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 21^e éd., 2016, n° 72, p. 66.

²⁷⁷⁴ E. Durkheim, *La Division du travail social*, Félix Alcan, 1893 ; M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF, 1986 ; P. Robert, *La sociologie du crime*, La Découverte, 2005, p. 17 et s.

²⁷⁷⁵ P. Robert, *La sociologie du crime*, La Découverte, 2005, p. 26.

978. La légitimité de la protection pénale du droit de propriété - Afin de déterminer si le droit pénal est légitime à appréhender les atteintes au droit de propriété, « *noyau dur* »²⁷⁷⁶ des valeurs de notre société, il convient d'observer les réactions sociales. La soustraction des biens d'autrui a toujours été socialement désapprouvée. L'infraction de vol n'a d'ailleurs jamais été contestée²⁷⁷⁷. Les autres atteintes aux biens, dont les incriminations ont été codifiées dans le code pénal, ne semblent pas, non plus, faire l'objet de contestation. Certes, la rédaction des incriminations peut être source de débats, telle que celle de l'abus de confiance modifiée en 1992, mais elles sont acceptées dans leur principe. Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle ne semblent pas faire naître une réaction sociale aussi claire. Les comportements, qualifiés d'actes de contrefaçon, n'emportent pas tous une désapprobation sociale unanime comme celle concernant le vol. Est alors observée une crise de légitimité de la protection pénale des biens, objets de droits de propriété intellectuelle²⁷⁷⁸.

979. La faible désapprobation sociale des comportements incriminés en droit de la propriété intellectuelle - Si, objectivement, tous les éléments sont réunis pour légitimer la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle, elle demeure, toutefois, souvent contestée. En effet, les actes de contrefaçon ne sont pas, tous, socialement désapprouvés. Certaines incriminations ne prendraient pas leur source dans la normativité sociale, mais procéderaient d'un choix politique. Ces délits constitueraient des délits dits artificiels²⁷⁷⁹. L'étude des incriminations des actes de contrefaçon montre d'ailleurs qu'elles n'ont pas toujours été constantes²⁷⁸⁰, à la différence de l'infraction de vol. L'absence de désapprobation sociale des infractions aux droits de propriété intellectuelle peut être expliquée par le refus de perception du trouble à l'ordre public qu'elles causent, malgré l'atteinte certaine aux fonctions sociales de ces droits²⁷⁸¹.

980. La dilution des valeurs sociales dans l'ordre public - La récente inflation des incriminations montre une volonté forte du législateur de recourir au droit pénal pour protéger l'ordre public. Pourtant, en usant excessivement du droit pénal et en mêlant les valeurs sociales fondamentales aux valeurs sociales de moindre importance, le législateur crée une confusion dans l'esprit des citoyens²⁷⁸². Certes, l'échelle des peines permet de distinguer ces valeurs et informe sur leur importance, mais cette profusion tend à affaiblir l'efficacité de la protection de

²⁷⁷⁶ R. Gassin, S. Cimamonti et Ph. Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, n°77, p. 79 et s.

²⁷⁷⁷ Voir *supra* n° 958 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, th. dir. V. Malabat, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2010, n° 4, p. 3.

²⁷⁷⁸ Voir *infra* n° 1020 et s.

²⁷⁷⁹ Voir *supra* n° 982.

²⁷⁸⁰ Voir *supra* n° 28.

²⁷⁸¹ Voir *infra* n° 1026 et s.

²⁷⁸² A. Darsonville, « Ordre public et droit pénal », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 287-296, spéc. p. 289.

l'ordre public. On assiste à une « *dilution des valeurs sociales protégées* »²⁷⁸³ portant atteinte au principe de nécessité. Un pas supplémentaire vers la perte de légitimité du droit pénal est franchi lorsque des choix politiques, éloignés de l'ordre social, déterminent les incriminations.

b- La légitimité incertaine de la protection d'un ordre public fondé sur un choix politique

981. La politique criminelle, source d'incrimination des comportements - Il convient de nuancer le caractère déterminant de l'appréciation du groupe social dans le choix du législateur d'incriminer ou non un comportement, car certains actes relèvent d'une infraction pénale alors même qu'ils ne font pas l'objet d'une représentation sociale négative. L'incrimination du comportement peut relever d'un choix politique, qui ne concorde pas toujours avec l'appréciation du groupe social. Ce choix peut ne pas être guidé par un besoin social, mais par un enjeu politique ou économique. Le droit est un instrument politique, qui permet à l'Etat de guider les membres de la société dans leurs actions, par des règles impératives, afin d'atteindre un certain objectif. La création de normes juridiques constitue donc un enjeu politique. La norme pénale est au service de la politique criminelle. Dans une approche restrictive, la politique criminelle est « *constituée de mesures de droit pénal, de fond et de forme, mises en œuvre afin d'atteindre un objectif déterminé* »²⁷⁸⁴. Dès lors, le droit pénal apparaît comme l'instrument juridique concrétisant la politique criminelle. Dans une approche plus large, elle est définie comme « [...] *l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel et apparaît donc comme "théorie et pratique de différentes formes du contrôle social"* »²⁷⁸⁵. La politique criminelle a pour objectif d'orienter le choix du législateur dans l'incrimination des comportements, en fonction des actions qu'elle souhaite mener. Roubier estime, toutefois, que le gouvernement n'est pas le plus compétent pour créer des règles de droit juste, car il est trop intéressé. Le droit fait figure d'idéal, seules les élites, les juristes selon lui, sont compétentes pour qualifier une règle de juste ou d'injuste²⁷⁸⁶.

982. La politique criminelle, source de délits artificiels - La variation des incriminations, non plus ici fonction de l'évolution des valeurs sociales, mais fonction d'objectifs politiques,

²⁷⁸³ *Id.*, spéc. p. 291.

²⁷⁸⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 178, p. 151.

²⁷⁸⁵ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 13. La politique criminelle peut aussi être définie comme « [...] *l'ensemble des interventions publiques contre le crime et l'ensemble des instruments utilisés pour limiter toutes les formes de contestation de l'ordre social* » : J.-H. Syr, « La responsabilité pénale : essai d'approche sociologique », in *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 489-502, spéc. p. 490.

²⁷⁸⁶ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 220 et s. : « *les règles de droit dégagées par les milieux spécialisés, c'est-à-dire par les juges et les jurisconsultes (règles jurisprudentielles et doctrinales), sont affectées au plus haut degré du coefficient de la justice* » - Dans le même sens : L. Le Fur, « Le droit et les autres règles de la vie sociale », *Arch. philo. dr. et soc. jur.* 1935, n° 3-4, p. 19.

met en exergue, selon Garofalo, l'existence de délits artificiels, contingents et variables en raison d'idéologies s'opposant aux délits naturels, pour certains, permanents, véritablement porteurs de valeurs sociales²⁷⁸⁷. Monsieur le professeur Cusson confirme cette analyse, observant qu'« intuitivement, nous sentons qu'il y a de vrais crimes et d'autres qui n'en sont pas [...] »²⁷⁸⁸. Les premiers sont fondés sur des normes préexistantes dans la conscience collective, le législateur se contentant de les codifier et de les mettre en forme. Les seconds sont dits artificiels ou techniques²⁷⁸⁹, car construits par le législateur en raison de circonstances particulières, sans être directement issus de valeurs collectives²⁷⁹⁰. Uniquement fondés sur une volonté politique et répondant à un besoin ponctuel, ils n'ont qu'un lien ténu avec la protection de l'ordre social et sont dépourvus d'acte de violence ou de ruse²⁷⁹¹. Il en est ainsi de la contravention de négligence caractérisée, définie à l'article L. 335-7-1 du CPI²⁷⁹². Monsieur le Professeur Cusson affine cette analyse en distinguant les incriminations artificielles, lesquelles, n'étant pas de « vrais crimes », procèdent d'une idéologie totalitaire ou d'une confusion entre la politique et la religion, des incriminations marginales, controversées, comme le racolage et le trafic de stupéfiants²⁷⁹³. De manière similaire, Monsieur le Professeur Mayaud explique que l'incrimination forme un « filtre par lequel les valeurs sociales sont définies ou redéfinies : définies par référence à des données qui ne s'imposent pas naturellement (criminalité artificielle), redéfinies par rapport à ce qui, au contraire, relève d'un idéal moral bien ancré (criminalité naturelle) »²⁷⁹⁴.

983. Les interrogations relatives à la légitimité des infractions techniques - N'étant pas directement fondées sur des valeurs sociales existantes, les infractions, dites techniques, sont-elles dépourvues de légitimité ? Si le droit doit répondre aux besoins de la société, ce que le Génny appelle le « donné », il tend aussi vers un idéal, vers un « objectif suprême »²⁷⁹⁵. Outre le « donné », le droit représente le « construit »²⁷⁹⁶. L'Etat lui-même peut avoir l'initiative de propositions pour orienter, faire évoluer l'ordre public. Il est évident que de telles évolutions sont légitimes, dès lors que le groupe social ne s'y oppose pas²⁷⁹⁷. Parfois, l'Etat doit être précurseur d'évolutions, en incitant la société à changer malgré certaines oppositions.

²⁷⁸⁷ R. Garofalo, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Félix Alcan, 2^e éd., 1890, p. 10 et s., p. 38 et s.

²⁷⁸⁸ M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 12.

²⁷⁸⁹ R. Garofalo, *La criminologie* (...), *op. cit.*, p. 38 et 51.

²⁷⁹⁰ Pour une critique de cette distinction, puis sa nuance : E. Dreyer *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 171 et s., p. 144 et s.

²⁷⁹¹ Cette distinction réalisée par Garofalo, bien qu'elle n'échappe pas à la critique de son approximation, a remporté l'adhésion des juristes : F. Desportes et F. Le Guehrec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 30, p. 12-13 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2018, n° 18, p. 28.

²⁷⁹² Voir *supra* n° 617 et n° 618.

²⁷⁹³ M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 13.

²⁷⁹⁴ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 18, p. 28.

²⁷⁹⁵ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 196.

²⁷⁹⁶ F. Génny, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914, t. 1, p. 96 et s. ; F. Génny, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1927, t. 2, p. 369 et s.

²⁷⁹⁷ Il en est ainsi de la dépénalisation de l'adultère.

L'abolition de la peine de mort s'est ainsi faite à l'encontre de l'opinion sociale dominante. Le respect des droits fondamentaux garantit la légitimité de telles propositions. Ces incriminations relèveraient-elles alors de cet idéal d'organisation de la vie sociale ? Si certaines tendent vers cet idéal, il n'est cependant pas établi, au regard de la forte contestation par le groupe social de certaines autres, qu'elles correspondent toujours aux besoins sociaux. La criminalisation des comportements à risque est représentative de cette politique de plus en plus sécuritaire et fortement contestée²⁷⁹⁸. Certes, le maintien de l'ordre social impose, parfois, quelques injustices individuelles²⁷⁹⁹, mais ces choix politiques, quand bien même étrangers à la réprobation sociale des comportements, doivent être approuvés par la société afin d'être effectifs. En effet, nonobstant la légitimité démocratique du législateur pour choisir d'incriminer les comportements, leur absence de réprobation sociale ébranlera la légitimité de l'incrimination.

984. Au code pénal, l'ordre public de protection, aux autres codes, l'ordre public de direction ? - Madame Cerf distingue l'ordre public du code pénal, reflet des valeurs essentielles de notre société, de l'ordre public du droit pénal technique, extérieur au code pénal, étranger à la protection de valeurs sociales²⁸⁰⁰. Cette distinction fondée sur le critère formel de la codification est séduisante. Monsieur Badinter avait déclaré, dans sa présentation du projet de réforme, que le nouveau code pénal devait assurer en priorité la défense de la personne humaine et être un « *code humaniste, un code inspiré par les droits de l'homme* »²⁸⁰¹. De nombreuses incriminations du code pénal tendent à protéger les droits fondamentaux, ainsi l'homicide protège le droit à la vie, ou tendent à les limiter afin d'assurer l'effectivité de tous, tels que le délit de diffamation limite la liberté d'expression. L'ordre public institué par le code pénal forme un ordre public de protection. Madame Cerf estime que le droit pénal technique n'a pas la même nature, car les incriminations ne visent pas à protéger les droits fondamentaux, mais à assurer le respect des objectifs du législateur. L'ordre public, qui apparaît dans les autres codes comportant des dispositions pénales, serait donc un ordre public de direction. Les mouvements de pénalisation et dépenalisation y sont plus fréquents car fonction de choix politiques. Bien que séduisant, ce critère formel de distinction ne résiste pourtant pas à une analyse de l'ensemble des incriminations. Selon Madame Cerf, les incriminations codifiées dans le code de la propriété intellectuelle seraient, toutes, des incriminations techniques, étrangères à la protection de valeurs sociales. Néanmoins, il est démontré que le droit de la propriété intellectuelle porte en lui la valeur sociale essentielle qu'est la propriété. L'auteur le concède, certaines incriminations, bien que n'étant pas intégrées dans le code pénal, peuvent à la fois

²⁷⁹⁸ Les incriminations de comportements à risque sont fortement présentes en droit de la propriété intellectuelle - voir *supra* n° 155 et s.

²⁷⁹⁹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 199 et s.

²⁸⁰⁰ A. Cerf, « Ordre public, droit pénal, et droits fondamentaux », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 63-83, spéc. p. 65 et s.

²⁸⁰¹ R. Badinter, *Présentation du projet de réforme du Code pénal*, Dalloz, 1989, p. 32.

relever de l'ordre public de direction et de l'ordre public de protection²⁸⁰², le droit technique ne chassant pas le droit fondamental. De surcroît, certaines infractions codifiées dans le code pénal tiennent davantage de l'ordre public de direction, que de l'ordre public de protection. En effet, quelle valeur sociale essentielle fonde l'interdiction de vendre des biens ou d'exercer une profession dans un lieu public ? Certes, l'absence de respect des autorisations administratives préalables fonde l'interdiction de la vente à la sauvette, mais elle semble bien insuffisante à fonder la légitimité de l'incrimination. De même, pourquoi interdire la commercialisation de stupéfiants, alors que celle du tabac est autorisée ? Cette disparité ne permet pas de fonder la légitimité de l'incrimination du trafic de stupéfiants sur la valeur sociale essentielle qu'est la protection de la santé car la commercialisation du tabac, substance aussi nocive pour la santé, devrait alors être interdite.

985. La valeur sociale essentielle du droit de propriété intellectuelle, insuffisante en l'absence de désapprobation sociale - La propriété, valeur sociale essentielle, dont la légitimité de sa protection pénale prend sa source dans la désapprobation sociale des comportements portant atteinte au droit. La propriété est une valeur sociale essentielle dans notre société et, par conséquent est légitime à recevoir la protection du droit pénal. Si le droit de propriété intellectuelle, en tant que droit de propriété, forme, lui aussi, une valeur d'une telle importance. Cependant, l'absence de désapprobation sociale des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, affaiblit la légitimité de sa protection pénale. Celle-ci doit alors être renforcée par l'étude de fonctions sociales de ces droits.

II- La légitimité de la protection fondée sur les fonctions sociales du droit de la propriété intellectuelle

986. La substitution de fondements de la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle - Historiques ou modernes, spécifiques ou communes à chaque branche du droit de la propriété intellectuelle, les fonctions sociales de ce droit fondent la légitimité de son existence et, en théorie, suffisent à justifier sa protection pénale. L'étude des conséquences des atteintes à ce droit sur la société révèle l'ampleur du trouble causé à l'ordre public. Certes, ce trouble n'est pas perçu par les membres du groupe social. Cependant, plusieurs facteurs peuvent expliquer cette indifférence. Si les conséquences directes des atteintes aux droits de propriété intellectuelle ne soulèvent pas l'indignation des foules, privant l'ordre public d'une assise sur l'ordre social, leurs conséquences indirectes semblent emporter la conviction de la légitimité de la sanction pénale de certains actes. Dès lors, juridiquement fondée sur les perturbations économiques et industrielles causées par les atteintes aux droits de

²⁸⁰² A. Cerf, « Ordre public, droit pénal, et droits fondamentaux », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 63-83, spéc. p. 68.

propriété intellectuelle, la légitimité de sa protection pénale procède, sociologiquement, du danger pour la santé et la sécurité qu'elles induisent. Un glissement des fonctions sociales du droit de la propriété intellectuelle (A) à des valeurs, en principe, étrangères à ce droit (B), peut alors être observé dans la justification de sa protection par le droit pénal.

A- Les fonctions sociales du droit de la propriété intellectuelle, fondements théoriques de sa protection par le droit pénal

987. Les fonctions sociales, fondement de la légitimité du droit et de sa protection pénale - La légitimité du droit et du droit pénal à appréhender la propriété a été démontrée. Si la légitimité de l'existence du droit de propriété irrigue celle du droit de la propriété intellectuelle, ce dernier comporte aussi une légitimité autonome, fondée sur les fonctions sociales qu'il exerce (1). Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle ont de telles conséquences sur ses fonctions sociales et, incidemment, sur l'ordre public, qu'elles justifient, elles aussi, en théorie, la protection pénale de ce droit (2).

1- Les fonctions sociales du droit de la propriété intellectuelle

988. L'évolution dans le temps des fonctions sociales - Il a été démontré que le droit de propriété est légitime, tant dans son principe que dans son étendue, en raison de la fonction sociale qu'il remplit²⁸⁰³. Pour justifier la légitimité de l'existence du droit de la propriété intellectuelle, il convient donc de mener la même étude et de s'interroger sur les fonctions sociales de ce droit. Aux fonctions sociales historiques (a) ont été ajoutées des fonctions sociales modernes (b).

a- Les fonctions sociales historiques

989. L'origine économique du droit de la propriété intellectuelle - La reconnaissance de l'existence des droits de propriété intellectuelle par le droit positif a une origine économique. Historiquement, ils avaient vocation à développer l'industrie, récompenser l'innovation et garantir une contrepartie financière aux investissements réalisés. De telles fonctions sont clairement identifiées pour le droit des brevets et le droit des dessins et modèles, mais apparaissent plus confuses en droit des marques (i). Si le droit des auteurs sur leur œuvres est né de considérations économiques, sa fonction sociale historique est déterminée par sa nature, laquelle cristallise la controverse (ii).

²⁸⁰³ Voir *supra* n° 867 et s.

i- La fonction de développement du commerce et de l'industrie

990. Le droit des brevets et des dessins et modèles en faveur de l'industrie - L'Ancien droit a connu le développement des corporations, au sein desquelles étaient élaborées les inventions et les dessins et modèles. Celles-ci bénéficiaient d'une protection spécifique. En outre, des privilèges, accordés par le roi, avaient principalement vocation à protéger les méthodes de production et à récompenser l'innovation. Dans le domaine des dessins et modèles, des privilèges ont été accordés, à la fin de l'Ancien Régime aux modèles des soyeux lyonnais. La fabrication fut strictement réglementée afin que les fabricants de soie lyonnais voient leur industrie prospérer. Il fallut ensuite attendre la loi du 18 mars 1806 pour que Napoléon organise la protection des dessins de l'industrie du textile, principalement en faveur de celle des soyeux lyonnais²⁸⁰⁴. En matière d'inventions, les privilèges ont été d'abord accordés afin d'introduire en France des inventions provenant, notamment, d'Italie. Ensuite, au temps de Louis XIV, ils ont été attribués dans le but d'inciter au développement industriel de certaines villes. Colbert les accordait et les supprimait, en fonction de leur utilité pour l'industrie. Cette conception utilitariste de droit sur les inventions a été substituée, à la Révolution, par la conception jusnaturaliste. Le rapport de Boufflers, à l'origine de la loi du 7 janvier 1791, énonce que « *s'il existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée [...]. L'invention qui est la source des arts, est encore celle de la propriété ; elle est la propriété primitive, toutes les autres ne sont que des conventions* »²⁸⁰⁵. Cependant, la conception du contrat social, conclu entre l'inventeur et la société, eut une forte influence sur l'élaboration du régime juridique du droit des brevets. Ce droit incite l'inventeur à divulguer son invention afin qu'il enrichisse l'état de la technique. La levée du secret et la publication de l'invention offrent la possibilité à l'inventeur de confier son invention à ceux qui ont la capacité de l'exploiter. De surcroît, la limite au caractère perpétuel du droit de propriété, faisant tomber l'invention dans le domaine public, est instaurée pour favoriser le progrès et l'innovation. Dès son origine, le droit des brevets poursuit donc un double but économique, en faveur de l'inventeur et de la société.

991. Le droit des marques en faveur du commerce - Les signes apposés sur les produits apparaissent dès l'Antiquité. Signes à destination de la clientèle, identification des produits pour éviter les vols, outil nécessaire de distinction des produits de ceux des concurrents, indice de qualité du produit, les fonctions sont diverses²⁸⁰⁶. A partir du Moyen-Age, les corporations identifiaient leurs productions par des signes, lesquels garantissaient le respect de certaines méthodes. Les producteurs, au sein des corporations, pouvaient apposer un second signe sur leurs produits afin de les individualiser. L'apposition de ces signes sur les produits est

²⁸⁰⁴ F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 967 et s., p. 512 et s.

²⁸⁰⁵ Cité par F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, op. cit., n° 142, p. 94.

²⁸⁰⁶ A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques, une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001, p. 88.

progressivement devenue obligatoire²⁸⁰⁷. La suppression des corporations par les révolutionnaires entraîna la disparition de ce système. Sous la Restauration, la loi du 28 avril 1824 protégea la propriété du nom commercial et il fallut attendre la loi du 23 juin 1857 pour que soit élaboré le régime juridique des marques de fabrique et de commerce. Dès son origine, la marque représente un outil essentiel au commerce. Le droit sur les marques est alors conçu dans cette veine, favorisant le développement du commerce.

992. Des certitudes aux controverses - Si la fonction économique, industrielle et commerciale des droits sur les inventions, les dessins et modèles et les marques apparaît dès l'origine de ces biens, la fonction sociale historique du droit des auteurs sur leurs œuvres est plus complexe à identifier.

ii- La fonction de protection de l'auteur et de son œuvre

993. L'origine économique du droit d'auteur - Le droit d'auteur trouve son origine dans la querelle entre les imprimeurs parisiens et ceux de province. L'invention de l'imprimerie rendit nécessaire la protection des imprimeurs contre les reproductions illicites, plus faciles et plus rapides à réaliser. Dès la fin du XV^{ème} siècle, des privilèges ont alors été accordés par le roi afin que les imprimeurs puissent fabriquer et vendre des ouvrages déterminés, de manière exclusive²⁸⁰⁸. Ces privilèges leur permettaient de rentabiliser leurs investissements au titre de leur travail d'édition, d'atténuer leur prise de risque et de les protéger contre les contrefaçons²⁸⁰⁹. Ils avaient vocation à « *stimuler [...] l'activité économique* »²⁸¹⁰ en facilitant l'obtention d'une contrepartie financière aux frais investis. Les premiers droits sur les œuvres ont été instaurés dans un but économique, dans le contexte du développement des modes de reproduction et de diffusion.

994. La reconnaissance du droit des auteurs sur leurs œuvres - De manière très exceptionnelle, certains auteurs s'étaient vus directement accorder des privilèges, tels Rabelais, qui obtint un privilège de six ans par François I^{er}²⁸¹¹ pour deux volumes de Pantagruel, et Marc-Antoine Muret, pour son ouvrage relatif aux œuvres de Sénèque²⁸¹². Deux siècles plus tard, un

²⁸⁰⁷ Un arrêt du Conseil de 1787 énonce que tous les fabricants doivent apposer une marque : A. Beltran, S. Chauveau et G. Galvez-Behar, *Des brevets et des marques, une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001, p. 90.

²⁸⁰⁸ M.-C. Dock, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, th. dir. J. Gaudemet, LGDJ, 1962, p. 63-64.

²⁸⁰⁹ M. Fujiwara, « Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la Lettre sur le commerce de la librairie », *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2005/1, vol. CV, p. 79-94, spéc. p. 81-82.

²⁸¹⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 6, p. 5.

²⁸¹¹ P. Ollivier, *Le droit d'auteur. Les principes, le droit ancien*, LGDJ, 1934, t. 1, p. 150-151.

²⁸¹² Renouard retranscrit la plaidoirie de l'avocat Simon Marion, baron de Druy, dans cette affaire datée de 1586, demandant la nullité du privilège qui avait été accordé à l'imprimeur à la mort de ce poète et philosophe : « *les*

arrêt du 14 septembre 1761 conféra un privilège de réimpression aux petites-filles de La Fontaine²⁸¹³. A la même époque, Rousseau conclut un contrat d'édition de *l'Emile* stipulant qu'il livre ce manuscrit « *pour en jouir par lui et ses ayant-droit comme de la chose qui leur appartient en propriété* »²⁸¹⁴ et un arrêt du 20 mars 1777 décida que la continuation du privilège sur les œuvres de Fénelon aurait dû être autorisée par les héritiers²⁸¹⁵.

La distinction entre les droits des libraires et les droits des auteurs fut expressément affirmée par un arrêt du Conseil d'Etat du Roi du 30 août 1777, portant règlement sur la durée des privilèges en librairie²⁸¹⁶. Dans un premier temps, il reconnaît la légitimité d'un privilège attribué aux libraires, limité dans le temps²⁸¹⁷ et justifié par la protection de leurs investissements. Dans un second temps, l'article V de l'arrêt accorde, aux auteurs, un privilège à caractère perpétuel sur leurs ouvrages. Le droit de l'auteur sur son œuvre est construit comme une limitation au droit de propriété des libraires²⁸¹⁸. Si certains n'analysent pas ce privilège comme un droit de propriété, mais comme une récompense du travail effectué par l'auteur, rendant service à la nation²⁸¹⁹, d'autres estiment, par une lecture transversale et *a contrario* des termes employés au sujet des privilèges des libraires, qu'il constitue « *une propriété de droit* »²⁸²⁰. Si le but économique de la reconnaissance des droits des éditeurs est évident, le fondement du droit des auteurs sur leurs œuvres et, incidemment, sa fonction sociale, ne sont pas expressément déterminés.

hommes, les uns envers les autres, par un commun instinct, reconnaissent en chacun d'eux, en son particulier, être seigneur de ce qu'il fait, invente et compose », « l'auteur d'un livre en est du tout maître » : A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 113.

²⁸¹³ M.-C. Dock, *Etude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, p. 120.

²⁸¹⁴ W. Lauterburg, *Du contrat d'édition et de la nature juridique du droit de l'éditeur*, Sirey, 1915, p. 32.

²⁸¹⁵ P. Ognier, *Le droit d'auteur. Les principes, le droit ancien*, LGDJ, 1934, t. 1, p. 104.

²⁸¹⁶ A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 167 et s. ; P. Ognier, *Le droit d'auteur. Les principes, le droit ancien*, LGDJ, 1934, t. 1, p. 105-106. Cet arrêt est reproduit par Monsieur le Professeur Lucas, Madame Lucas-Schloetter et Madame le Professeur Bernault, dans leur traité : A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 7, p. 9.

²⁸¹⁷ « [...] accorder un plus long terme, ce serait convertir une jouissance de grâce en une propriété de droit, et perpétuer une faveur contre la teneur même du titre qui en fixe la durée ; ce serait consacrer un monopole en rendant un libraire le seul arbitre à toujours du prix d'un livre ». Cette limite permet un équilibre entre le développement de l'activité des éditeurs, l'accès des « gens de lettres » aux ouvrages et le développement du commerce.

²⁸¹⁸ L. Pfister, *L'Auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. dir. J.-M. Poughon, Strasbourg, 1999, p. 349. Dans son compte rendu, présenté au Parlement de Paris en 1779, l'avocat général Antoine-Louis Séguier constate que « c'est la première fois qu'il est parlé du droit des auteurs et des droits de leur postérité. La propriété y est entièrement reconnue, tant dans la personne de l'auteur que dans la personne de ses héritiers » : A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 182 et s.

²⁸¹⁹ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 7, p. 9.

²⁸²⁰ L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre – La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. dir. J.-M. Poughon, Strasbourg, 1999, p. 349. Dans son compte rendu, présenté au Parlement de Paris en 1779, l'avocat général Antoine-Louis Séguier constate que « c'est la première fois qu'il est parlé du droit des auteurs et des droits de leur postérité. La propriété y est entièrement reconnue, tant dans la personne de l'auteur que dans la personne de ses héritiers » : A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 182 et s.

995. La recherche de la fonction sociale du droit d'auteur à travers son origine - La fonction sociale historique du droit d'auteur dépend de la qualification et de l'origine, droit naturel ou droit socialement construit, qui lui étaient reconnues. En effet, le droit naturel place la protection de l'auteur au centre du régime juridique, *a contrario*, un droit socialement construit peut induire, moins la volonté du législateur de protéger l'auteur, que de favoriser la diffusion des œuvres. Les révolutionnaires ont été influencés par Locke qui, à la fin du XVIII^{ème} siècle, justifiait le droit de la propriété de l'auteur sur son œuvre par la théorie du jusnaturalisme²⁸²¹. Selon cette théorie, l'homme est légitime à avoir la maîtrise de son œuvre ou de son invention et à en contrôler l'exploitation, en raison du travail qu'il a fourni pour la créer²⁸²². Le Chapelier affirme, en 1791, que « *la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, [...], la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain* »²⁸²³ et que la propriété littéraire est « *une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés* »²⁸²⁴. Lakanal, deux ans plus tard, estime que « *de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut blesser l'égalité républicaine, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est sans contredit celle des productions du génie et si quelque chose doit étonner, c'est qu'il a fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive* »²⁸²⁵. Dans cette conception jusnaturaliste, portée encore un siècle après par Frédéric Bastiat²⁸²⁶, le droit d'auteur a pour objet la protection du génie créateur. La consécration du droit moral, par la loi du 11 mars 1957, perpétuel et inaliénable, confirme cette fonction de protection de la personnalité de l'auteur à travers la protection de son œuvre²⁸²⁷. Cependant, cette conception n'a pas fait l'unanimité. Certains, hostiles au droit naturel, estiment que les droits subjectifs naissent du contrat social et considèrent que le droit de propriété est une construction sociale illégitime. A l'image de Beccaria, qui niait la légitimité du droit de propriété²⁸²⁸, Proudhon affirme, de manière générale, que « *la propriété, c'est le vol* »²⁸²⁹ et

²⁸²¹ L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 classe la propriété parmi les « *droits naturels et imprescriptibles de l'homme* ».

²⁸²² Voir *supra* n° 912.

²⁸²³ Cité par A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 309. Le Chapelier est rapporteur à l'Assemblée Constituante des décrets des 13 et 19 janvier 1791.

²⁸²⁴ A. Lucas, « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », in *Droits de la propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, IRPI, Litec, 2010, n° 36, p. 341-359 – Le Chapelier considérait toutefois que le droit d'auteur devait être limité dans le temps car « *un ouvrage publié est de sa nature une propriété publique* ».

²⁸²⁵ Cité par A.-Ch. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1, p. 326. J. Lakanal est rapporteur de la loi des 19 et 24 juillet 1793.

²⁸²⁶ Développements consacrés à Frédéric Bastiat, ardent défenseur d'un droit de propriété perpétuel de l'auteur sur son œuvre, par D. Sagot-Duvaurox, « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^{ème} siècle », *L'Economie politique*, 2004/2, n° 22, p. 34-52, spéc. p.40.

²⁸²⁷ F.-M. Piriou, « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », *Diogenes* 2001/4, n° 196, p. 119-143, spéc. p. 126 et s. ; A. Latournerie, *Droits d'auteur, droits du public : une approche historique*, *L'Economie politique*, 2004/2, n° 22, p. 21-33.

²⁸²⁸ Voir *supra* n° 877.

²⁸²⁹ P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, Paris, J.-F. Brocard, 1841, p. 2 et s.

conteste le droit accordé à l'auteur sur son œuvre. Si, selon lui, « *l'œuvre de l'écrivain est, comme la récolte du paysan, un produit* »²⁸³⁰, « *la propriété intellectuelle fait plus que porter atteinte au domaine public, [elle] fraude le public de la part qui lui revient dans la production de toute idée et de toute forme* »²⁸³¹. Il considère l'œuvre comme un produit, résultat d'un fonds commun d'idées et d'un travail²⁸³². D'autres s'opposent à la théorie de Locke en contestant l'application, aux œuvres de l'esprit, du critère du droit de propriété qu'est le travail. Ils affirment que l'auteur ne travaille pas, il crée, et que la rémunération perçue n'est pas un salaire en raison de son indépendance²⁸³³. Pourtant, si l'agriculteur, qui produit des légumes, travaille indépendamment la terre qui lui appartient, la contrepartie financière qu'il reçoit lors de la vente de ses produits, ne peut être qualifiée de salaire. Le terme travail n'est pas employé par Locke dans son sens juridique, désignant une « *activité exécutée sous l'autorité d'une personne qui en acquiert le résultat, en vertu d'un contrat de travail* »²⁸³⁴ mais, dans son sens courant, développé à partir du XVI^{ème} siècle, qui signifie « *agir pour obtenir un résultat utile* »²⁸³⁵, « *activité humaine, manuelle ou intellectuelle, exercée en vue d'un résultat utile déterminé* », se confondant avec la notion d'activité professionnelle, permettant à un individu d'obtenir les revenus nécessaires à sa subsistance²⁸³⁶. Le travail, activité indépendante de tout lien de subordination, forme un des principaux moyens d'acquérir la propriété d'un bien²⁸³⁷. Si le code civil, dans son livre troisième consacré aux différentes manières dont on acquiert la propriété, ne mentionne pas le travail, celui-ci constitue, néanmoins, le principal moyen, et le moins contesté, d'acquérir la propriété d'un bien²⁸³⁸. Le travail est le moyen direct d'acquérir la propriété du bien produit²⁸³⁹, tandis que les autres, cités par le code civil, ne sont que des moyens indirects. L'œuvre est considérée comme étant un bien, le fruit d'un travail ou un service, en fonction de la personne qui l'appréhende²⁸⁴⁰. L'auteur est alors placé au centre de la

²⁸³⁰ P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires*, Paris, 1868, p. 15.

²⁸³¹ *Id.*, p. 95.

²⁸³² Proudhon accuse le droit d'auteur de restaurer un « *régime divin ou féodal* » (P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires*, op. cit., p. 115) et considère que chacun a « *le plus grand intérêt à ce que ce monopole n'existe pas* » (P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires*, op. cit., p. 6).

²⁸³³ Sur la compatibilité de la notion d'œuvre avec celle de la notion de travail - G. Sapiro, « Droit et histoire de la littérature : la construction de la notion d'auteur », *Revue d'histoire du XIX^{ème} siècle*, 2014, n° 48, p. 107-122, spéc. p. 116 et s.

²⁸³⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Travaux de l'Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018, V^o travail dépendant (ou subordonné).

²⁸³⁵ E. Baumgartner et Ph. Ménard, *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le Livre de Poche, coll. La Pochothèque, 1996.

²⁸³⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V^o travail.

²⁸³⁷ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, 2^e éd., 1992, chap. V, § 27 et 28, p. 163-164.

²⁸³⁸ Les anthropologues associent la naissance du concept de propriété avec le travail de la terre par les hommes nouvellement sédentarisés – Voir *supra* n° 868.

²⁸³⁹ L'analyse ne porte que sur le travail effectué indépendamment, concernant tant le pouvoir de décision, que les outils de production. L'industrialisation a modifié cette conception du travail, l'ouvrier étant placé dans une relation de subordination avec son employeur ou le salarié n'étant pas propriétaire de ses outils de production.

²⁸⁴⁰ G. Sapiro, « Droit et histoire de la littérature : la construction de la notion d'auteur », *Revue d'histoire du XIX^{ème} siècle*, 2014, n° 48, p. 107-122, spéc. p. 118.

protection. La conception jusnaturaliste du droit des auteurs sur leurs œuvres est une conception personnaliste ayant vocation à concilier les intérêts de l'auteur avec ceux des éditeurs.

996. Le droit d'auteur et le *copyright*, deux droits, deux fonctions sociales - Une autre conception du droit d'auteur a été adoptée par les pays anglo-saxons. Le courant utilitariste, créé par Bentham, s'est opposé au courant jusnaturaliste emmené par Locke, car il fonde la légitimité du droit des auteurs et des inventeurs sur l'utilité sociale des œuvres et des inventions²⁸⁴¹. Les droits des auteurs sur leurs œuvres sont limités dans le temps, afin que le public puisse y accéder plus facilement, dès qu'elles tombent dans le domaine public²⁸⁴². Le droit moral, considéré comme étant un frein au développement économique, est conçu plus souplesment pour permettre une diffusion des œuvres moins contraignante par les exploitants²⁸⁴³. De surcroît, le *copyright* a pour but, non pas de protéger les auteurs, mais de protéger les investissements des producteurs contre les contrefaçons, incitant à la création. La propriété tire donc sa légitimité de son efficacité économique. L'utilité pour le public se situe au centre de ce droit, dont le seul nom, *copyright*, en révèle toute la philosophie. Cette notion d'utilité pour le corps social est affirmée dès la rédaction du Statute of Anne, en 1710, première loi à encourager la diffusion des œuvres en attribuant des droits de copie aux auteurs des œuvres littéraires, pour une période limitée. Son intitulé indique qu'elle est destinée à « [...] *l'encouragement des hommes de science à composer et à écrire des œuvres utiles* »²⁸⁴⁴, toutefois cet encouragement tend à satisfaire les intérêts du public²⁸⁴⁵. Les Déclarations des droits américains, proclamant l'Indépendance des ex-colonies, vont en ce sens, en affirmant dans leurs préambules que « *le progrès d'une civilisation dépend des efforts et des connaissances déployés par les génies des arts et des sciences* ». Le *copyright* américain a vocation à faciliter la diffusion des œuvres et est accordé, non pas au bénéfice des auteurs, mais à celui du public. Il adopte, aussi, une conception très large de la notion d'auteur, autorisant l'attribution de cette qualité à des personnes morales.

Ces deux conceptions du droit des auteurs sur leurs œuvres, portées par le droit d'auteur français et le *copyright*, mettent en exergue l'opposition entre les intérêts de l'auteur à la protection de ses œuvres et ceux du public à la diffusion de celles-ci. Les débats entourant la construction du régime juridique du droit d'auteur reflètent cette opposition. Certains, tels que Diderot²⁸⁴⁶, plaidant pour la diffusion des œuvres, souhaitaient que le droit d'auteur soit perpétuel et

²⁸⁴¹ Jules Dupuit est un des rares en France à adopter la conception benthamienne du droit d'auteur – Voir : D. Sagot-Duvaurox, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^{ème} siècle*, L'Economie politique, 2004/2, n° 22, p. 34-52, spéc. p. 42 et s.

²⁸⁴² J. Dupuit, « Du principe de la propriété », *Journal des économistes*, t. 30, janv. 1861, n° 1 et avril 1861, n° 14.

²⁸⁴³ Les Etats-Unis n'ont pas signé la Convention de Berne afin de pouvoir conserver cette souplesse.

²⁸⁴⁴ « The encouragement of learned men to compose and write useful work ».

²⁸⁴⁵ D. Sagot-Duvaurox, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^{ème} siècle*, L'Economie politique, 2004/2, n° 22, p. 34-52, spéc. p. 39.

²⁸⁴⁶ D. Diderot, *Lettre sur le commerce de la librairie*, Paris, Librairie Fontaine, 1984, p. 88-89 ; M. Fujiwara, « Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la Lettre sur le commerce de la librairie », *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2005/1, vol. CV, p. 79-94.

entièrement cessible aux éditeurs. D'autres, tels que Kant²⁸⁴⁷ et Balzac²⁸⁴⁸, favorables à la protection de l'auteur, estimaient qu'il devait conserver son droit moral. Ces controverses, qui persistent encore aujourd'hui, démontrent que la vision personnaliste et romantique de ce droit ne concorde pas, parfaitement, avec sa fonction sociale. Le régime juridique, adopté en France, tend à concilier ces intérêts opposés en offrant « *une dualité entre un droit financier permettant au créateur de bénéficier des fruits de l'exploitation de son œuvre et un droit moral [...] donnant la possibilité de préserver l'authenticité et l'esprit de son œuvre* »²⁸⁴⁹. La conception du droit d'auteur évolue avec la transformation de la société et le dote de fonctions sociales diverses, rompant avec la conception classique.

b- Les fonctions sociales modernes

997. Les fonctions sociales modernes, de l'existence aux contours du droit - Les fonctions sociales modernes du droit de la propriété intellectuelle révèlent la conception utilitariste qui irrigue ce droit. L'utilité justifie l'existence de ce droit et, simultanément, détermine ses limites. Ainsi, Monsieur le Professeur Geiger soutient que « *la société, ayant besoin de productions intellectuelles pour assurer son développement et son progrès culturel, économique, technologique et social, concède au créateur une récompense sous la forme d'un droit de propriété intellectuelle, lui permettant d'exploiter son œuvre et d'en tirer les fruits. En contrepartie, le créateur, en rendant sa création accessible au public, vient enrichir la collectivité. Le droit de propriété intellectuelle est donc le produit d'une sorte de « contrat social » entre le créateur et la société* »²⁸⁵⁰. Entre diffusion de la culture et protection des investissements, le droit de la propriété intellectuelle est socialement accepté en raison des bénéfices que la société peut en retirer. La première concerne davantage le droit de la propriété littéraire et artistique (a), la seconde s'applique à tous les droits de propriété intellectuelle (b).

²⁸⁴⁷ Kant conçoit l'œuvre comme « *une propriété de nature spirituelle que l'auteur détient* », elle est donc physiquement inséparable de l'auteur - E. Kant, *Qu'est-ce qu'un livre ?* Paris, PUF, coll. Quadrige, 1995 ; M. Fujiwara, « Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la Lettre sur le commerce de la librairie », *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2005/1, vol. CV, p. 79-94, spéc. p. 90.

²⁸⁴⁸ H. de Balzac déclara, en 1841, dans une note adressée aux Membres de la Commission Parlementaire chargée d'étudier la révision de la loi sur la propriété littéraire, sous forme de question rhétorique, « *qui peut donc empêcher la reconnaissance de la seule propriété que l'homme crée sans la terre et la pierre, et qui est aussi durable que la terre et la pierre ?* » - Reproduit par F.-M. Piriou, « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », *Diogenes* 2001/4, n° 196, p. 119-143, spéc. p. 125.

²⁸⁴⁹ *Id.*, spéc. p. 126.

²⁸⁵⁰ Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, n° 9, chron., p. 510-516, spéc. p. 513 - Cette conception du droit de la propriété intellectuelle comme consécration du contrat social rousseauiste est contestée par certains auteurs, dont Monsieur le Professeur Binctin qui affirme que « *l'auteur n'est pas engagé dans un contrat social, il n'a pas à assumer le coût d'accès collectif à la culture [...]* » : N. Binctin, « De l'exception de reprographie à la reconfiguration du droit d'auteur », *CCE* 2016, n° 5, ét. 9.

i- La fonction de diffusion de la culture

998. Une fonction spécifique au droit de la propriété littéraire et artistique - Afin que les œuvres de l'esprit participent de la vie culturelle, le législateur doit concilier deux groupes d'intérêts opposés²⁸⁵¹. D'une part, il doit faciliter leur accessibilité pour que le public subisse le moins de contraintes techniques et économiques possibles. D'autre part, les auteurs et autres artistes doivent être encouragés à créer. Ils doivent recevoir une juste rémunération, contrepartie à leur participation à la vie culturelle, ainsi qu'une protection de leurs œuvres, afin qu'elles ne puissent pas être exploitées ou modifiées sans leur accord. L'équilibre entre ces intérêts apparaît indispensable pour que la vie culturelle ne soit pas statique, exclusivement tournée vers les œuvres déjà existantes, mais dynamique, perpétuellement enrichie par de nouvelles créations²⁸⁵².

Le régime juridique du droit d'auteur et des droits voisins a, en 1957, été construit dans un objectif de protection des auteurs et les premières réformes de l'Union européenne ont pris ce même chemin²⁸⁵³.

999. La nécessaire adaptation du droit de la propriété littéraire et artistique aux nouveaux modes de diffusion de la culture - La construction d'un nouveau modèle économique, réduisant les coûts d'accès aux œuvres pour le public, l'incitant à choisir les offres légales, tout en préservant la rémunération des auteurs et la protection de leurs œuvres, apparaît indispensable pour préserver le statut de l'auteur²⁸⁵⁴. Un équilibre différent doit être trouvé entre les intérêts du public et ceux des créateurs afin de redonner confiance au public en légitimité du droit d'auteur et des droits voisins. En effet, ces droits sont essentiels au fonctionnement du marché de la culture, Madame le Professeur Benabou expliquant que « *la culture coûte et rapporte de l'argent ; elle constitue même, en volume, un marché important. [...] Le droit d'auteur [...] n'est donc pas seulement un instrument de politique culturelle au service de la promotion artistique ; il représente, au-delà, un outil d'encouragement à la création intellectuelle en général. Par ailleurs, en tant que facteur de rémunération de la*

²⁸⁵¹ D. Sagot-Duvauroux, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'Economie politique, 2004/2, n° 22, p. 34-52, spéc. p. 49 et s. ; A. Latournerie, *Droits d'auteur, droits du public : une approche historique*, L'Economie politique, 2004/2, n° 22, p. 21-33.

²⁸⁵² J. Huet, « Quelle culture dans le "cyber-espace" et quels droits intellectuels pour cette "cyber-culture" ? » *D* 1998, p. 185.

²⁸⁵³ Directive, n° 91/250/CEE, du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs ; Directive, n° 96/9/CE, du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données ; Directive, n° 92/100/CEE, du 19 nov. 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle ; Directive, n° 93/98/CEE, du 29 oct. 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ; Accord sur les ADPIC, annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avr. 1994 (qui limite par certaines conditions la mise en œuvre des exceptions au droit de la propriété intellectuelle).

²⁸⁵⁴ J. Huet, « Quelle culture dans le "cyber-espace" et quels droits intellectuels pour cette "cyber-culture" ? », *D* 1998, p. 185 ; A. Latournerie, *Droits d'auteur, droits du public : une approche historique*, L'Economie politique, 2004/2, n° 22, p. 21-33.

création, il constitue un élément de valorisation des œuvres protégées et contribue à les placer, ainsi que les auteurs, dans le circuit économique. A l'heure où se développe la notion « d'industrie culturelle », grâce à la multiplication des œuvres, de leurs modes de communication et de leurs destinataires, le droit d'auteur devient même une pièce maîtresse des relations économiques de ce secteur »²⁸⁵⁵. Harmonisant le droit de la propriété littéraire et artistique des Etats membres européens, la Commission européenne élabore, au fil des directives, un régime juridique répondant aux exigences du développement du marché unique²⁸⁵⁶. Certes, elle a pour objectif de favoriser l'essor de la culture en protégeant le droit d'auteur et les droits voisins²⁸⁵⁷, mais elle mène, depuis 2011, de concert avec la Cour de justice de l'Union européenne²⁸⁵⁸, une réflexion sur la réforme de la directive du 22 mai 2001²⁸⁵⁹, afin de développer le marché unique des biens culturels et du numérique, favorisant le public et les distributeurs au détriment des créateurs²⁸⁶⁰. En effet, ceux-ci voient l'exclusivité conférée par leurs droits fortement limitée. Les exceptions au droit d'auteur sont de plus en plus nombreuses, favorisant un accès et une utilisation massive des œuvres, s'apparentant désormais à de la consommation²⁸⁶¹. Cette nouvelle politique culturelle, clairement orientée en faveur du public, a trouvé un écho en France. Toutefois, si la rémunération des créateurs est, pendant un temps, apparue comme étant une problématique secondaire²⁸⁶², elle a constitué un point central

²⁸⁵⁵ V.-L. Benabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, th. dir. A. Françon, Bruylant, Bruxelles, 1997, n° 5, p. 5.

²⁸⁵⁶ E. Treppoz, « Numérique – Le droit d'auteur : frein ou instrument d'un marché unique du numérique », *Juris art etc.*, 2015, n° 21, p. 29.

²⁸⁵⁷ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, consid. 9 et s. – Voir aussi sur la recherche d'un équilibre entre la diffusion de la culture et le droit d'auteur : Commission européenne, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Communication, 19 oct. 2009, COM(2009) 532 final.

²⁸⁵⁸ CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, *Football Association Premier League c/ QC Leisure : Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 51, comm. V.-L. Benabou ; *D.* 2011, p. 2836, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2011, p. 744, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011, p. 855, obs. E. Treppoz – CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft (Sté) c/ Oracle International Corp. (Sté) : D.* 2012, p. 2101, point de vue J. Huet ; *D.* 2012, p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *RTD com.* 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2012, p. 947, obs. E. Treppoz – CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson c/ Retriever Sverige (Sté) : D.* 2014, p. 2078, obs. P. Sirinelli ; *D.* 2014, p. 2317, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *RTD com.* 2014, p. 600, obs. F. Pollaud-Dulian ; V.-L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », <https://vlbenabou.blog/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/>.

²⁸⁵⁹ Directive, 2001/29/CE, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

²⁸⁶⁰ Commission européenne, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix*, Communication, 24 mai 2011, COM(2011) 287 final ; Commission européenne, *Livre vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles*, 13 juill. 2011, COM(2011) 427 final ; J. Reda, Draft report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Parlement européen, 2014/2256 (INI), 15 janv. 2015 ; Proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM(2016) 593 final, 14 sept. 2016 (dont l'adoption a été écartée par le Parlement européen, le 5 juillet 2018).

²⁸⁶¹ Pour une étude très critique du rapport Reda : F. Pollaud-Dulian, « Détruire, dit-elle : le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur », *D.* 2015, p. 639.

²⁸⁶² Le rapport de la Mission « acte II de l'exception culturelle », réalisé par P. Lescure s'attache, dans un premier temps à l'accès des publics aux œuvres et, dans un second temps, à la rémunération des créateurs : P. Lescure,

de l'élaboration de la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, laquelle tente d'équilibrer les différents intérêts²⁸⁶³. La conciliation des intérêts du public et des créateurs, tant par le législateur européen que national, apparaît indispensable car l'affaiblissement de la protection des droits ne tend pas à protéger le foisonnement culturel et, surtout, entretient un climat de suspicion quant à la légitimité du droit d'auteur et des droits voisins.

ii- La fonction de protection des investissements

1000. Une fonction déterminante du droit de la propriété industrielle - Les régimes juridiques des droits de la propriété industrielle ont pour principal objectif, la protection des investissements²⁸⁶⁴. Le système de dépôt et d'enregistrement permet de lever le secret sur ces biens et offre une protection aux fins de leur divulgation et de leur exploitation, en rendant ces droits opposables aux tiers. L'exclusivité des droits favorise les retours sur investissement. Si cette fonction est l'origine de la reconnaissance de droits sur les inventions et les dessins et modèles, elle semble plus récente concernant le droit sur les marques. Les signes utilisés pour identifier l'origine des produits et services se sont complexifiés. Elles sont devenues un enjeu économique pour les entreprises, une importante source de profits car elles ont une valeur intrinsèque distincte de celle des produits et services qu'elles identifient. Prenant en considération ces évolutions, la Cour de justice des communautés européennes a alors identifié différentes fonctions remplies par les marques. Outre la fonction essentielle de garantie de l'identité d'origine du produit ou du service à destination des consommateurs²⁸⁶⁵, les marques ont des fonctions secondaires de communication et de publicité, de garantie de qualité et d'investissement²⁸⁶⁶. Si la protection des investissements sous-tend l'ensemble des fonctions, elle a, aussi, été identifiée indépendamment. Non exhaustive, la liste des fonctions des marques peut s'accroître, de concert avec les évolutions des différents secteurs commerciaux.

Chaque droit comporte des limites afin de concilier la protection des investissements et la libre concurrence. La protection des dessins et modèles est courte et renouvelable²⁸⁶⁷, des licences obligatoires peuvent être accordées sur des brevets dont les inventions ne sont pas ou trop peu exploitées²⁸⁶⁸, une marque inexploitée durant cinq années consécutives est frappée de

Mission « acte II de l'exception culturelle », Rapport relatif à la contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, mai 2013.

²⁸⁶³ Loi, n° 2016-925, du 7 juill. 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

²⁸⁶⁴ Sur les fonctions qui émanent de la protection des investissements, voir *infra* n° 1003.

²⁸⁶⁵ CJCE, 22 juin 1976, aff. 119/75, *Terrapin c/ Terranova*.

²⁸⁶⁶ CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure* : J. Passa, « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? utilité ? », *Prop. ind.* 2012, n° 6, ét. 11. – Pour l'étude de la jurisprudence de la CJCE/CJUE et de l'appréhension des fonctions de la marque par le droit pénal, voir *supra* n° 120 et n° 121.

²⁸⁶⁷ Art. L. 513-1 du CPI.

²⁸⁶⁸ Art. L. 613-11 du CPI.

déchéance²⁸⁶⁹. Si les biens qu'ils protègent ne sont plus exploités, ils perdent leur légitimité. Ces règles soumettent donc la légitimité de ces droits à leur efficacité économique.

1001. Une fonction irriguant le droit de la propriété littéraire et artistique - Une fonction de protection des investissements irrigue, aussi, le droit de la propriété littéraire et artistique. Certains droits, dont les noms visent expressément les producteurs, sont spécifiquement élaborés pour protéger les investisseurs. Ainsi, la mise en œuvre du droit des producteurs de bases de données est soumise à la condition d'investissement substantiel, financier, matériel ou humain²⁸⁷⁰. Il en est de même pour les producteurs de phonogrammes²⁸⁷¹, les producteurs de vidéogrammes²⁸⁷² ou les entreprises de communication audiovisuelle²⁸⁷³, qui voient leurs investissements financiers protégés au titre des droits voisins du droit d'auteur. En outre, des modes de réalisation des œuvres, de plus en plus complexes, réunissant le travail de différents créateurs, sont pris en considération. Il en est ainsi des films ou, plus récemment, des jeux vidéo, lesquels requièrent la participation de scénaristes, de réalisateurs, de dessinateurs, de musiciens et de programmeurs. Le législateur a instauré des qualifications spécifiques, telles que les œuvres collectives et les œuvres de collaboration. Les œuvres collectives sont précisément destinées à protéger, non pas les créateurs directement, mais les producteurs. Les droits d'auteur sont attribués à la personne morale sous le nom de laquelle l'œuvre a été divulguée et non aux divers auteurs qui ont participé à sa création²⁸⁷⁴. Cette protection des producteurs s'effectue parfois au détriment des créateurs. Dans une analyse empirique de la création télévisuelle, Madame le Professeur Benhamou et Madame Peltier ont démontré que, certes, le droit d'auteur appliqué aux œuvres télévisuelles a un effet incitatif pour les producteurs, qui obtiennent la contrepartie financière nécessaire pour couvrir leurs investissements, mais il perd cet effet pour les auteurs dont les revenus sont bien inférieurs à ceux qu'ils devraient être, en raison de la tendance à la forfaitisation²⁸⁷⁵.

1002. La protection des droits de propriété intellectuelle comme valeur économique - Pour les entreprises, les droits de propriété intellectuelle deviennent donc une véritable valeur économique. Des sociétés des secteurs pharmaceutique, cosmétique ou de la haute technologie, telles que Microsoft ou L'Oréal, s'enrichissent, notamment, grâce aux profits réalisés par l'exploitation de leurs biens, objets de droit de propriété intellectuelle. La valeur de ces groupes

²⁸⁶⁹ Art. L. 714-5 du CPI.

²⁸⁷⁰ Art. L. 341-1 du CPI.

²⁸⁷¹ Le Tribunal de commerce de Paris avait explicité la finalité du droit des producteurs de phonogrammes : l'article L. 213-1 du CPI « *tend à protéger les investissements qui ont été nécessaires à la fixation sur le phonogramme, tout en cherchant à récompenser aussi la contribution à la diffusion d'œuvres musicales* » - T. com. Paris, 8 janv. 1999 : RIDA 1999, n° 182, p. 218, note Ch. Caron.

²⁸⁷² Art. L. 215-1 du CPI.

²⁸⁷³ Art. L. 216-1 et s. du CPI.

²⁸⁷⁴ Art. L. 113-2 al. 3 et art. L. 113-5 du CPI.

²⁸⁷⁵ F. Benhamou et S. Peltier, « Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion ? Une analyse empirique du cas de la création télévisuelle », *Revue d'économie industrielle*, 3^e trimestre 2011, n° 135.

industriels n'est plus principalement fondée sur la valeur des bâtiments et des machines, mais sur celle des titres de propriété intellectuelle qu'ils détiennent. Certaines entreprises sont même exclusivement dédiées à la diffusion d'œuvres. Toute leur économie est fondée sur l'acquisition et la gestion de droits de propriété intellectuelle. Il en est ainsi de Netflix²⁸⁷⁶ ou Deezer. Il semble donc relever de leurs intérêts de lutter contre les sites qui proposent un accès contrefaisant aux œuvres, afin de protéger leurs investissements, voire leur modèle économique. Si certains doutent de la pertinence de l'intégration de la propriété intellectuelle dans les bilans comptables, en raison du fait qu'elle constitue « *un élément de risque et de volatilité* »²⁸⁷⁷, les analystes financiers interrogent, de plus en plus, les entreprises sur leurs activités en ce domaine pour connaître le volume des droits, leur nature, leur management et leur utilisation. Ces informations apparaissent essentielles à la gestion des entreprises, à l'attraction des investisseurs et à la prise de parts de marché. Malgré les difficultés à déterminer la valeur de la propriété intellectuelle, le Conseil de normalisation de la comptabilité financière et la Commission des valeurs mobilières des Etats-Unis d'Amérique, travaillant pour l'harmonisation des normes comptables au niveau international, ont déterminé des normes permettant d'intégrer la propriété intellectuelle dans les bilans comptables²⁸⁷⁸.

1003. Le progrès technique et l'innovation, deux fonctions dérivées de celle de la protection des investissements - En protégeant les investissements, réalisés par les entreprises, dans le développement de biens incorporels, tels que les brevets ou les marques, la propriété intellectuelle favorise l'innovation ainsi que le progrès technique et constitue un outil de développement économique et de croissance pour les Etats. Certes, cette analyse ne fait pas l'unanimité²⁸⁷⁹. Cependant, « *si l'on pense que le système de la propriété industrielle est incitatif de l'innovation, que les investissements se font quand il existe une chance de retour sur ces investissements, il n'y aura plus d'investissements s'il n'y a plus de chance de retour et donc moins de bien-être et de progrès pour chacun d'entre nous. Or, la propriété intellectuelle est l'outil d'excellence autorisant ce retour sur investissement* »²⁸⁸⁰. Pour constituer un facteur de croissance, la propriété industrielle, comme la propriété littéraire et artistique, doit bénéficier

²⁸⁷⁶ Désormais, Netflix mène, aussi, une activité de créations d'œuvres originales.

²⁸⁷⁷ T. Sueur, « Les conséquences de la mondialisation sur la contrefaçon », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 69-73, spéc. p. 71.

²⁸⁷⁸ Normes n° 141 et 142 du FASB intégrées aux Principes comptables généralement reconnus des Etats-Unis d'Amérique (PCGR) ; R. Ghafele, *Comptabiliser la propriété intellectuelle*, OMPI, Département de la propriété intellectuelle et du développement économique (http://www.wipo.int/sme/fr/documents/ip_accounting.htm).

²⁸⁷⁹ Les droits de propriété intellectuelle constituent une des pierres d'achoppement des théories économistes du capitalisme. D. Sagot-Duvaurox, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, L'Economie politique, 2004/2, n° 22, p. 34-52, spéc. p. 44 – Citant Dupuit qui estime que le droit des brevets est préjudiciable à l'intérêt général car il ralentit le rythme du progrès technique en empêchant le perfectionnement des innovations.

²⁸⁸⁰ T. Sueur, « Les conséquences de la mondialisation sur la contrefaçon », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 69-73, spéc. p.73.

d'un régime juridique pertinent et d'une protection effective. Dans cet objectif de développement économique, l'Union européenne montre une forte volonté de protection de l'investissement. *« La Commission européenne attache une grande importance à la protection des droits de propriété intellectuelle car c'est un instrument essentiel de sa politique économique et commerciale européenne. En effet, il n'est plus à démontrer qu'une protection efficace de la propriété intellectuelle encourage l'innovation, stimule les investissements, développe l'emploi et améliore la compétitivité des entreprises. [...] Ces phénomènes de contrefaçon et de piraterie ont une influence très néfaste sur le commerce légitime et les économies nationales, avec des conséquences négatives sur la société telles que la perte d'emplois et les dangers pour la santé et la sécurité publique »*²⁸⁸¹. La protection efficace de la propriété intellectuelle favorise le développement économique des Etats. La volonté de la Commission européenne de créer un marché unique de la propriété intellectuelle s'inscrit dans cette perspective de développement de la croissance économique, de libération de l'innovation et de la créativité²⁸⁸². Cependant, certaines décisions du Tribunal de première instance ou de la Cour de justice de l'Union européenne montrent la volonté des juges de ne pas réduire le droit de la propriété intellectuelle à sa seule dimension économique. Au point 125 de sa décision *IMS Health Inc.*, rendue le 26 octobre 2001, le Tribunal énonce que *« la raison d'être fondamentale du droit d'auteur est de conférer au créateur d'œuvres inventives et originales le droit exclusif d'exploiter ces œuvres [...], en veillant de ce fait à l'existence d'une « contrepartie de l'effort créatif » [...]. Le droit d'auteur revêt une importance fondamentale tant pour le titulaire particulier du droit que pour la société en général [...]. Réduire ce droit à un droit purement économique de percevoir des redevances édulcore l'essence de ce droit et est, en principe, de nature à entraîner un préjudice potentiellement grave et irréparable au titulaire du droit »*²⁸⁸³. Il convient de trouver un équilibre entre la protection des investissements, nécessaires à la diffusion des œuvres, à l'innovation et au progrès, et la protection des créateurs et inventeurs, indispensable pour les inciter à produire, mais, aussi, de trouver un équilibre entre la protection de la propriété intellectuelle et la libre concurrence. La légitimité de ces droits doit être observée en comparaison aux résultats qu'ils produisent en faveur de l'intérêt général. Les fonctions sociales modernes du droit de la propriété intellectuelle lui imposent alors, nécessairement, des limites.

1004. Des limites indispensables à la préservation des fonctions sociales - Si les fonctions sociales remplies par le droit de la propriété intellectuelle constituent un des

²⁸⁸¹ B. Norcross, « L'approche de la Commission européenne : des initiatives coordonnées et complémentaires », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 99.

²⁸⁸² Commission européenne, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix*, Communication, 24 mai 2011, COM(2011) 287 final.

²⁸⁸³ TPICE, ord., 26 oct. 2001, aff. T-184/01, *IMS Health Inc. : Propr. Intell.* 2002, n° 3, p. 117, obs. V.-L. Benabou ; JCP E 2002, 1050, note Ch. Caron ; CCE 2002, comm. n° 67, p. 21, note Ch. Caron.

fondements de la légitimité de son existence²⁸⁸⁴, son régime juridique doit être déterminé à l'aune de ces fonctions. Des limites doivent définir les contours des droits de propriété intellectuelle pour garantir l'équilibre entre la protection de l'intérêt privé des titulaires de droit et la protection de l'intérêt général. Ainsi, Madame Buydens affirme que « *la propriété intellectuelle, éclairée par l'intérêt général, pourra devenir ce "droit modeste et légitime", modeste parce qu'instrumentalisé, légitime parce qu'au service de ce qu'il y a de plus fragile en ce monde : l'homme* »²⁸⁸⁵, tandis que Monsieur le Professeur de Boissieu met en garde contre le monopole perpétuel sur les biens, objets de droits de propriété intellectuelle : « *je crois à ce qu'a dit Schumpeter. Je crois fondamentalement que le capitalisme repose sur l'innovation et que le profit est légitimé par le risque et l'innovation. A partir de ce moment-là, je ne suis pas choqué que l'inventeur ou l'innovateur soit protégé par un brevet, à condition que ce brevet ne se transforme pas en rente à vie* »²⁸⁸⁶. Par un effet circulaire, les limites aux droits de la propriété intellectuelle, précédemment étudiées²⁸⁸⁷, sont induites par leurs fonctions sociales et leur permettent de les satisfaire. Outre l'équilibre entre intérêts privés et intérêt public, un équilibre doit être réalisé entre les divers intérêts privés car le droit de la propriété intellectuelle s'oppose, parfois, au droit de la concurrence. L'exclusivité du droit tend à restreindre l'exercice de la concurrence et peut présenter des difficultés lorsque le titulaire des droits occupe une position dominante sur le marché. La CJCE a donc déterminé des conditions permettant de caractériser un abus de position dominante et, ainsi, concilier libre concurrence et respect des droits de propriété intellectuelle²⁸⁸⁸.

1005. Les fonctions sociales, déterminantes d'un ordre public troublé par les atteintes aux droits - Les fonctions sociales des droits de propriété intellectuelle justifient leur existence et imposent au législateur d'instaurer des limites afin de préserver l'équilibre entre les différents intérêts. L'importance du droit de la propriété intellectuelle dans l'organisation et le fonctionnement de la société, démontrée par l'étude de ses fonctions sociales, rend légitime sa protection pénale. En effet, l'intervention du droit pénal apparaît nécessaire à l'aune des

²⁸⁸⁴ J.-L. Goutal, « Perspective internationale », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, colloque du 16-17 juin 2005, Litec, coll. IRPI, Le droit des affaires, propriété intellectuelle, n° 27, p. 27 et s., spéc. p. 29 : « [...] un système de propriété intellectuelle n'est légitime que s'il est bénéfique pour la société au sein de laquelle il est en vigueur, parce que la propriété intellectuelle n'est pas une fin en soi, mais seulement un moyen de développer l'économie, la culture et finalement le bien-être de la société ».

²⁸⁸⁵ M. Buydens, « L'intérêt général, une notion protéiforme », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, M. Buydens et S. Dusollier (dir.), Bruylant, 2008, p. 49 renvoyant au rapport de synthèse de M. Vivant dans le même ouvrage (p. 283).

²⁸⁸⁶ Ch. de Boissieu, « Les aspects économiques de la contrefaçon », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 75.

²⁸⁸⁷ Voir *supra* n° 930.

²⁸⁸⁸ CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-241/91 et C-242/91, *RTE et ITP Ltd c/ Commission : RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. Françon ; TPICE, 12 juin 1997, T-504/93, *Tiercé Ladbroke s.a. c/ Commission* ; CJCE, 26 novembre 1998, aff. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH et Co. KG c/ Mediaprint* ; CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, *IMS Health Inc.* ; TPICE, 17 sept. 2007, T-201/04, *Microsoft Corp c. Commission*.

conséquences des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur leurs fonctions sociales et, incidemment, sur l'ordre public.

2- Les conséquences directes des atteintes aux droits sur leurs fonctions sociales, fondements de la protection pénale

1006. Les deux dimensions du trouble à l'ordre public - Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle ont d'importantes conséquences sur les fonctions sociales de ces droits. Tant le développement économique des entreprises et l'innovation (a), que le développement économique de l'Etat et la protection de ses industries (b) sont menacés, créant alors un trouble palpable à l'ordre public.

a- Les conséquences sur le développement économique des entreprises et sur l'innovation

1007. Les secteurs touchés par la contrefaçon - Dans le domaine de la propriété industrielle, la contrefaçon a longtemps été cantonnée aux produits de luxe. Les biens contrefaisants, principalement fabriqués en Chine, étaient destinés à être vendus aux touristes occidentaux voyageant dans les pays proches, tels que le Japon et la Corée du Sud. La baisse des coûts de production et de transport, conjuguée à la large diffusion de l'accès à l'Internet, a permis aux contrefacteurs de diversifier leurs secteurs d'activités. Ils produisent des biens de consommation courante, tels que des produits cosmétiques, des équipements électriques, des cigarettes, des pièces automobiles, des médicaments. De l'orfèvrerie à l'industrie lourde, la contrefaçon n'épargne donc aucun secteur, même ceux qui auraient pu être supposés ne pas y être exposés, en raison de l'importance des contrôles de sécurité. M. Richard Heath, président de l'International Trademark Association et vice-président d'Unilever a présenté, lors de la High Level Conference, organisée le 13 mai 2008, à Bruxelles, par le commissaire européen responsable du marché intérieur et des services, des cas où des pièces détachées ont été utilisées, sans savoir qu'elles étaient contrefaites²⁸⁸⁹. Il explique qu'en 1976 de faux transistors furent trouvés dans la navette spatiale américaine. L'année suivante, la Federal Aviation Administration américaine découvrit des copies de systèmes de détection incendie au sein du Boeing 737. En 1978, des pompes cardiaques constituées avec des valves contrefaisantes furent détectées dans 266 hôpitaux américains et, en 1979, des cultures de café au Kenya furent détruites après avoir été aspergées avec un faux insecticide Chevron. Plus récemment, en juillet 2000, la pièce tombée de l'avion, qui a causé l'accident du Concorde d'Air France, était une pièce contrefaisante. L'UNIFAB ajoute, qu'en 2004, la mission d'information parlementaire

²⁸⁸⁹ Propos rapporté par l'UNIFAB : UNIFAB, « *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France* », Rapport, avril 2010, p. 44.

sur la sécurité du transport aérien a permis de révéler que 10% des avions américains voleraient avec des pièces contrefaisantes et, qu'en 2006, la Federal Aviation Administration a estimé que 2% des 26 millions de pièces d'avions remplacées seraient contrefaisantes. L'OCDE identifie trois catégories de produits contrefaits : les produits de luxe, les produits interentreprises, tels que les machines ou les pièces détachées, et les produits de consommation courante, notamment les jouets, les médicaments, les cosmétiques et les denrées alimentaires²⁸⁹⁰. En 2007, le service des études et des statistiques industrielles a démontré que deux tiers des entreprises titulaires de marques subissent des contrefaçons²⁸⁹¹.

1008. La diffusion des contrefaçons de biens, objets de droits de propriété industrielle, sur le marché primaire et le marché secondaire - Il existe deux types de marchés de biens contrefaisants, chacun ayant un impact économique spécifique sur les entreprises. Le marché primaire permet aux contrefacteurs de vendre des biens contrefaisants à l'insu des acquéreurs. Ceux-ci ne savent pas qu'ils acquièrent des biens contrefaisants, car ils sont présentés comme étant authentiques et sont vendus à des prix similaires. Leur nature illicite ne peut être perçue que dans les détails de fabrication, difficilement identifiable par le consommateur ou l'utilisateur final. *A contrario*, le marché secondaire offre aux consommateurs des produits dont ils connaissent la nature contrefaisante. Ces produits, ostensiblement contrefaisants, constituent, souvent, l'imitation de produits de luxe, vendus à des prix très bas. L'atteinte portée aux entreprises est donc différente selon que les biens contrefaisants sont vendus sur le marché primaire ou sur le marché secondaire.

La vente de biens contrefaisants, sur le marché secondaire, ne fait pas perdre directement de parts de marché aux entreprises car il n'existe pas de concurrence entre les entreprises qui commercialisent les produits de luxe authentiques et celles qui vendent les contrefaçons. Les produits contrefaisants, de mauvaise qualité et vendus à des prix très bas, ne sont pas acquis par les mêmes consommateurs que les produits authentiques de luxe. Les consommateurs qui achètent des contrefaçons de produits de luxe n'auraient jamais acquis les produits authentiques et inversement, les clients des entreprises de luxe n'acquièrent pas les contrefaçons de ces produits. Toutefois, ces entreprises subissent une atteinte à leur image. En effet, la contrefaçon ternit l'image de qualité et l'image d'exclusivité portées par la marque²⁸⁹². Cette atteinte est ressentie plus fortement lorsque les produits contrefaisants présentent un danger pour la sécurité ou la santé, érodant la confiance des consommateurs. Des pertes de parts de marché sont alors déplorées par ces entreprises. Néanmoins, certaines, telles que la société Vuitton, estiment que la contrefaçon de leurs produits leur a permis de gagner des parts de marché, tant en raison de

²⁸⁹⁰ OECD/EUIPO (2016), *Trade in Counterfeit and Pirated Goods : Mapping the Economic Impact*, OECD Publishing, Paris.

²⁸⁹¹ SESSI, « Les 4 pages des statistiques industrielles », juillet 2007, n° 235.

²⁸⁹² 73% des entreprises interrogées par l'UNIFAB déclarent que la contrefaçon porte atteinte à leur image, leur faisant perdre des parts de marché : UNIFAB, « L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France », Rapport, avril 2010, p. 77.

la publicité qu'elle crée auprès des consommateurs, que de la volonté de ceux-ci de posséder les produits authentiques.

A l'inverse, les produits contrefaisants, de qualité équivalente aux produits authentiques et vendus au même prix sur le marché primaire, sont particulièrement nocifs pour les entreprises, car ils induisent en erreur les consommateurs et les détaillants, qui n'avaient pas la volonté d'acquérir des biens contrefaisants. Ces entreprises, concurrencées par celles réalisant les contrefaçons, souffrent d'importantes pertes économiques et d'un déficit de confiance des clients, dupés par les contrefacteurs ; or la commercialisation des biens contrefaisants sur le marché primaire est en pleine expansion. Le rapport de l'Union européenne sur l'activité des douanes, pour l'année 2015, constate que les biens contrefaisants sont de plus en plus souvent vendus au même prix que les produits originaux, sauf en ce qui concerne les produits de luxe²⁸⁹³. Cette stratégie semble plus rentable pour les contrefacteurs, que la vente de produits ostensiblement contrefaisants sur le marché secondaire.

1009. L'analyse de la diffusion des contrefaçons de biens, objets de droits de propriété littéraire et artistique - Cette analyse des marchés primaire et secondaire n'est pas pertinente concernant les atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique. Dans ce domaine, les consommateurs ont conscience qu'ils acquièrent des biens contrefaisants, notamment en raison de leur faible coût, voire de leur gratuité. Cependant, contrairement au secteur du luxe, les consommateurs sont les mêmes que ceux qui auraient acquis les produits authentiques, si les produits contrefaisants n'avaient pas existé. Les entreprises titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins subissent une importante concurrence déloyale et une captation de clientèle. Certes, les produits contrefaisants peuvent présenter une plus faible qualité – bien que, désormais, elle soit de plus en plus souvent similaire à celle des biens authentiques, mais, cela n'importe pas aux consommateurs qui souhaitent avoir accès à la musique, aux films, aux séries, aux jeux vidéo ou aux logiciels, rapidement et pour un coût très faible ou gratuitement. Ces biens contrefaisants sont donc diffusés sur le même marché que ceux produits par les entreprises titulaires des droits, entraînant une très forte perte de chiffre d'affaires.

1010. Le manque à gagner et les pertes, deux conséquences économiques pour les entreprises - La contrefaçon crée deux catégories de conséquences économiques pour les entreprises titulaires de droits. D'une part, elle crée un manque à gagner, car elles n'obtiennent pas les bénéfices escomptés, et, d'autre part, elle entraîne des pertes, tant en raison de l'absence de retour sur investissements, qu'en raison du financement de la lutte contre la contrefaçon.

²⁸⁹³ European commission, *Report on EU customs enforcement of intellectual property rights. Results at the EU border 2015*, p. 18.

« [...] la contrefaçon est une infraction d'argent, elle en fait gagner à ceux qui s'y livrent, elle en coûte beaucoup aux entreprises sans que jamais ce poste ne soit bénéficiaire »²⁸⁹⁴.

1011. L'évaluation des conséquences économiques pour les entreprises titulaires de droits de propriété industrielle - L'UNIFAB a mené une enquête sur la perception, par les entreprises en France, des conséquences de la contrefaçon²⁸⁹⁵. Depuis 2008, elle a interrogé 55 entreprises, dont un tiers sont inscrites au CAC 40. Elles représentent 17 secteurs d'activités, tels l'alimentaire, le bâtiment, l'automobile, le textile, les médicaments, les composants informatiques, les parfums, les cosmétiques, le luxe. Les pertes en chiffre d'affaires révélées par ces entreprises sont colossales. Pour les seules pièces de carrosserie, Renault estime ses pertes de 90 à 100 millions d'euros, tandis que Peugeot les évalue à 70 millions pour l'année 2006²⁸⁹⁶. Renault estime que le pourcentage de pièces de rechange contrefaisantes représente 5 à 10% du marché de l'Union européenne et 20% en dehors²⁸⁹⁷. Dans les autres secteurs, les pertes sont aussi importantes. Saint-Gobain évalue ses pertes à 2 millions d'euros, soit 1% de son chiffre d'affaires. Lacoste chiffre ses pertes à 228 millions d'euros chaque année, ce qui correspond à 6,2% de son chiffre d'affaires. Selon le dernier rapport de l'UNICRI, les producteurs européens de jouets perdraient environ 1,5 milliards d'euros, chaque année, à cause de la contrefaçon²⁸⁹⁸.

1012. L'évaluation des conséquences économiques pour les entreprises titulaires de droits de propriété littéraire et artistique - Les pertes subies par les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins ne sont pas faciles à estimer. Les douanes contrôlent une partie des flux de marchandises contrefaisantes, celles qui sont matériellement produites et qui franchissent, physiquement, les frontières. Ainsi, en 2008, les saisies de CD et DVD contrefaisants, aux frontières de l'Union européenne, représentaient 80 millions d'exemplaires²⁸⁹⁹. Toutefois, nombreux sont les biens contrefaisants qui conservent leur forme immatérielle et sont transmis directement par Internet. L'absence de contrôle par les services douaniers rend difficile l'évaluation du nombre de téléchargements ou d'accès en streaming illicites. Le 29 avril 2016 a été publiée une étude portant sur la consommation illégale de vidéos, sur Internet, en France, pour la période 2009-2015²⁹⁰⁰. En 2015, un tiers des internautes ont

²⁸⁹⁴ Ch. Lai, « L'efficacité des mesures de lutte anti-contrefaçon du point de vue des entreprises », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 139.

²⁸⁹⁵ UNIFAB, « *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France* », Rapport, avril 2010.

²⁸⁹⁶ *Id.*, p. 74.

²⁸⁹⁷ *Ibid.*

²⁸⁹⁸ UNICRI, *Counterfeiting, A global spread, a global threat*, 2011, p. 38 et s.

²⁸⁹⁹ European commission, *Report on community customs activities on counterfeit and piracy. Results at the European border, 2008*.

²⁹⁰⁰ La consommation illégale de vidéos sur Internet en France, période 2009-2015, publiée le 29 avr. 2016 par l'Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle, Médiamétrie et le Centre national du cinéma et de l'image animée (<http://www.alpa.paris/wp-content/uploads/2016/05/Etude-ALPA-CNC-Mediametrie-2016.pdf>).

accédé à un site dédié à la contrefaçon d'œuvres audiovisuelles, ce qui représente 14 millions de français. En 2009, ils étaient 24,15% de moins. Ce rapport indique que 35 millions de vidéos contrefaisantes sont consultées chaque mois sur les sites de streaming. Concernant les logiciels, la Business Software Alliance constate qu'en 2015, 39% des logiciels installés dans le monde n'ont pas été acquis licitement²⁹⁰¹. En France, cela représente 34% des logiciels, ce qui correspond à 1,8 milliards d'euros, tandis que l'Amérique du Nord fait office de bon élève avec 17% seulement de logiciels contrefaisants. Cependant, en France, l'utilisation de logiciels contrefaisants diminue. En 2005, le pourcentage de logiciels illicites atteignait 47% et, en 2013, il était supérieur de deux points à celui de 2015. Ces installations illicites de logiciels contrefaisants sont, certes, le fait d'individus isolés mais, aussi, le fait d'entreprises. Un des arguments de lutte contre l'installation illicite de logiciels s'appuie sur le risque de cyberattaques. Le BSA met en évidence le lien entre l'acquisition de logiciels contrefaisants et les cyberattaques qui, en 2015, ont coûté 350 milliards d'euros aux entreprises.

1013. La contrefaçon, un frein à la création et à l'innovation - Outre les pertes de chiffre d'affaires, la contrefaçon décourage la création, l'innovation et la recherche. En effet, 54% des entreprises interrogées par l'UNIFAB considèrent que la contrefaçon constitue un frein à l'innovation²⁹⁰². Renault estime que les constructeurs automobiles investissent 5% de leur chiffre d'affaires dans la recherche et le développement ; or ce pourcentage est chaque année plus faible en raison de la contrefaçon, qui limite fortement les retours sur investissements. « [...] le contrefacteur, par ses agissements, "confisque" à son profit les fruits de la chose incorporelle couverte par un droit de propriété intellectuelle ou, si l'on préfère une formule moins imagée, fait siens les fruits de la chose incorporelle qui ne lui appartient pas »²⁹⁰³. Les produits contrefaisants sont mis sur le marché alors que les produits authentiques n'ont pas eu suffisamment de temps pour être rentabilisés. Parfois, les produits contrefaisants sont commercialisés au même moment que les produits authentiques, voire avant. L'absence de retour sur investissements dissuade les entreprises d'investir dans la création et l'innovation. L'entreprise Lacoste affirme avoir dû diminuer de 6 à 7% le nombre de nouveaux modèles qu'elle introduit, chaque année, sur le marché. La contrefaçon de vêtements et accessoires de mode a modifié le processus de création du secteur. Auparavant, les pièces étaient présentées lors des défilés, puis réalisées sur commande. Désormais, pour éviter la reproduction illicite des dessins et modèles, par des entreprises spécialisées dans la contrefaçon de vêtements et accessoires, les maisons de haute couture et de luxe produisent les pièces avant le défilé et les vendent directement après. Ce changement de stratégie commerciale a pour conséquence un affaiblissement de l'innovation et de l'inventivité, les entreprises ne souhaitant pas prendre le

²⁹⁰¹ BSA, *Global Software Survey, Seizing opportunity through license compliance*, May 2016 (http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/studies/BSA_GSS_US.pdf).

²⁹⁰² UNIFAB, « *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France* », Rapport, avril 2010, p. 77.

²⁹⁰³ M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, n° 27, chron., p. 1839-1844, spéc. n° 7, p. 1843.

risque de ne pas vendre leurs stocks. Les designers limitent donc les innovations, se conformant, le plus possible, à ce qui est certain de plaire à la clientèle²⁹⁰⁴.

1014. Les conséquences économiques de la lutte contre la contrefaçon - Toutes les entreprises interrogées par l'UNIFAB consacrent une importante partie de leurs ressources financières à la protection de leurs droits. Elles investissent environ 1% de leur chiffre d'affaires dans la lutte anti-contrefaçon²⁹⁰⁵. Saint-Gobain consacre, chaque année, 1 million d'euros dans cette lutte, au niveau mondial²⁹⁰⁶. Ces investissements servent à la création de services juridiques ou au financement de cabinets juridiques extérieurs, au développement d'outils de surveillance des contrefaçons sur Internet ou au financement de campagnes de sensibilisation des clients. Les entreprises investissent aussi dans des systèmes de traçabilité de leurs produits et mandatent des cabinets d'investigation pour détecter les biens contrefaisants sur le marché. Certaines entreprises comme Lacoste, Chanel ou Gucci emploient, à plein temps, des personnes chargées de lutter contre la contrefaçon de leurs produits, notamment par la détection de produits commercialisés sur Internet²⁹⁰⁷.

1015. D'une échelle économique à l'autre - Ces conséquences des atteintes aux droits de propriété intellectuelle ne sont pas limitées aux entreprises dont l'activité dépend de l'exploitation de biens, objets de ce droit. Elles peuvent, aussi, être observées à une plus grande échelle, celle des Etats.

b- Les conséquences sur le développement économique des Etats et sur leurs industries

1016. L'importance de la contrefaçon dans le commerce mondial - En 2007, 91 millions d'articles de contrefaçon ont été signalés à l'OMD²⁹⁰⁸. L'OCDE a rendu un rapport, en novembre 2009, sur l'étendue de la contrefaçon des biens matériels²⁹⁰⁹, évaluant la part, dans le commerce international, de la contrefaçon de marques, de dessins et modèles, de brevets et d'œuvres de l'esprit. Cette étude révèle qu'en 2000 le commerce international de biens contrefaisants représentait plus de 100 milliards de dollars américains. En 2005, il atteignait 200 milliards et, deux ans plus tard, il dépassait déjà les 250 milliards. En proportion, l'étude indique que le commerce de biens contrefaisants représentait 1,85% du commerce mondial en 2000 et 1,95% en 2007. Le 18 avril 2016, l'OCDE a publié un nouveau rapport sur le commerce

²⁹⁰⁴ Dossier « Mode, innovation et propriété intellectuelle », in *Le Libellio d'AEGIS* printemps 2017, vol. XIII, n° 1, p. 31-53 (<http://lelibellio.com>).

²⁹⁰⁵ UNIFAB, « *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France* », Rapport, avril 2010, p. 89.

²⁹⁰⁶ *Id.*, p. 90.

²⁹⁰⁷ Dossier « Mode, innovation et propriété intellectuelle », in *Le Libellio d'AEGIS* printemps 2017, vol. 13, n° 1, p. 31-53 (<http://lelibellio.com>).

²⁹⁰⁸ OMD, *Point sur la lutte contre la contrefaçon en 2007*.

²⁹⁰⁹ OECD, *Magnitude of counterfeiting and piracy of tangible products : an update*, November 2009.

de biens matériels contrefaisants²⁹¹⁰, informant que le montant des échanges mondiaux de biens contrefaits s'élevait à 461 milliards de dollars américains en 2013 et à 500 milliards en 2016, ce qui représente 2,5% du commerce mondial. Concernant l'Union européenne, l'importation de produits contrefaisants représente 5%, ce qui correspond à 116 milliards de dollars. Une étude du Centre for Economics and Business Research évalue à 8 milliards d'euros les pertes annuelles subies pour le produit intérieur brut de l'Union européenne²⁹¹¹. En 2015, 43,7 millions d'articles contrefaisants ont été saisis aux frontières de l'Union européenne²⁹¹². La même année, les douanes françaises ont saisi 7,7 millions de biens contrefaisants²⁹¹³.

L'OCDE constate que les Etats-Unis, l'Italie et la France, à égalité avec la Suisse, sont les pays les plus touchés par la violation des droits de propriété intellectuelle, tandis que les trois premiers pays producteurs de contrefaçons sont la Chine, qui, à elle seule, concentre 63,2% du total des saisies douanières, Hong Kong, qui totalise 21,3% des saisies, et la Turquie avec 3,3%. Il a aussi été constaté que la plupart des marques atteintes par la contrefaçon sont enregistrées dans des pays de l'OCDE. Cependant, depuis peu, des entreprises chinoises voient, elles aussi, leurs droits de propriété intellectuelle atteints par la contrefaçon. L'importance de la contrefaçon dans le commerce mondial est telle, que la Commission européenne a étendu le mandat de l'office européen de lutte antifraude, en principe dédié à la détection de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, aux marchandises contrefaites. Elle justifie cette extension par les profits illicites réalisés par les contrefacteurs, le frein porté à l'innovation, les pertes fiscales pour les Etats, la menace des emplois et l'atteinte à l'économie européenne. Un Observatoire européen de la contrefaçon et du piratage a été créé en 2009, devenu, en 2012, Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, dont la gestion a été entièrement confiée à l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle. La collecte de données relatives à la contrefaçon dans l'Union européenne permet de développer des outils de lutte contre ces atteintes et sert à l'élaboration, par les organes de l'Union, de décisions en matière de droits de propriété intellectuelle.

1017. Les conséquences fiscales de la contrefaçon - Les contrefacteurs ne respectent évidemment pas les règles fiscales. Le manque à gagner fiscal, pour les Etats, en raison de taxes et impôts impayés, est évalué en millions, voire en milliards de dollars²⁹¹⁴. Ces conséquences

²⁹¹⁰ OECD/EUIPO (2016), *Trade in Counterfeit and Pirated Goods : Mapping the Economic Impact*, OECD Publishing, Paris – Le rapport, fondé sur les chiffres des saisies douanières, exclut les contrefaçons réalisées sur Internet, par téléchargement et donc, sans support matériel.

²⁹¹¹ Center for Economic and Business Research, *The Impact of Counterfeiting on four main sectors in the European Union*, Londres, 2000, cité par la Commission européenne, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix*, Communication, 24 mai 2011, COM(2011) 287 final.

²⁹¹² European Commission, *Report on EU customs enforcement of intellectual property rights, Results at the EU border 2015*.

²⁹¹³ Douane, Résultats 2015, rapport rendu par le Ministère des finances et des comptes publics.

²⁹¹⁴ UNIFAB, *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France*, Rapport, avril 2010, p. 79.

économiques comprennent, aussi, les coûts liés à la lutte contre la contrefaçon menée par les Etats. Le Comité national anti-contrefaçon estime, qu'en France, la contrefaçon produit un manque à gagner de 14,3 milliards d'euros pour les recettes publiques et que, chaque année, 35 milliards d'euros sont perdus par l'Union européenne. Le Royaume-Uni évalue ses pertes fiscales annuelles à 4,1 milliards d'euros et les membres du G20 estiment leurs pertes à 62 milliards d'euros²⁹¹⁵. Selon l'UNICRI, le manque à gagner des Etats en taxes et impôts, dû à la contrefaçon, conduit à une augmentation des impôts dans d'autres secteurs²⁹¹⁶. De surcroît, les Etats fortement touchés par la contrefaçon subissent une baisse des investissements étrangers, en raison de la perte de confiance de ces investisseurs en la protection de leurs droits de propriété intellectuelle. Enfin, les dépenses des Etats réalisées en raison de la contrefaçon augmentent chaque année. Les décès causés par la contrefaçon entraînent des dépenses publiques évaluées à 14,2 milliards d'euros²⁹¹⁷. En outre, 20 milliards d'euros sont dépensés en plus dans la lutte contre le crime organisé, lequel mène des activités liées à la contrefaçon²⁹¹⁸.

1018. Les conséquences sociales de la contrefaçon - Concernant l'emploi, 57% des entreprises françaises ayant participé à l'étude de l'UNIFAB déclarent que la contrefaçon a un impact direct sur l'emploi²⁹¹⁹. Deux sortes de conséquences sont identifiées : la suppression d'emplois et l'absence de création de nouveaux emplois. Les pertes étant trop importantes, les entreprises se voient contraintes de supprimer des emplois et les budgets alloués à l'innovation et au développement étant de plus en plus limités, les emplois qui auraient pu être créés ne le sont pas. L'UNICRI estime que, chaque année, 2,5 millions d'emplois sont perdus dans les pays du G20, en raison de la contrefaçon²⁹²⁰.

1019. Le droit pénal, solution idoine pour endiguer ces conséquences - Les conséquences des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, sur leurs fonctions sociales, justifient pleinement une protection pénale de ce droit. Pourtant, une crise de légitimité de la protection pénale est observée. Au lieu d'être rétablie à l'aune de l'importance de l'atteinte au droit et de ses conséquences directes économiques et sociales, la légitimité de la protection pénale est désormais fondée sur l'atteinte à des valeurs extrinsèques aux droits de propriété intellectuelle.

²⁹¹⁵ UNICRI, *Counterfeiting, A global spread, a global threat*, 2011, p. 38 et s.

²⁹¹⁶ *Ibid.*

²⁹¹⁷ Dans le domaine des médicaments, outre la contrefaçon de brevets et de marques, les « faux médicaments », qui ne portent pas nécessairement atteinte à un droit de propriété intellectuelle sont largement diffusés en Afrique, causant plusieurs centaines de milliers de décès chaque année. L'Organisation mondiale des douanes et l'Institut national de recherche anti-contrefaçon de médicaments ont instauré un programme commun pour lutter contre ce fléau. Une convention internationale, dite MEDICRIME, conclue entre plusieurs Etats le 28 octobre 2011, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Sur cette convention, voir *supra* n° 222.

²⁹¹⁸ UNICRI, *Counterfeiting, A global spread, a global threat*, 2011, p. 45.

²⁹¹⁹ UNIFAB, « *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France* », Rapport, avril 2010, p. 80 et s.

²⁹²⁰ UNICRI, *Counterfeiting, A global spread, a global threat*, 2011, p. 47.

B- Des fonctions sociales étrangères au droit de la propriété intellectuelle, fondements reconnus de sa protection par le droit pénal

1020. Le décentrement de la protection pénale - La description des conséquences des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur leurs fonctions sociales démontre l'existence d'un trouble à l'ordre public. Ces actes portent atteinte à la propriété, valeur essentielle et structurante de la société, ainsi qu'au développement économique des entreprises en freinant la création, l'innovation et le progrès. Les Etats voient certaines de leurs industries fortement mises en difficulté, causant des pertes d'emplois ou ralentissant leur création, et subissent des pertes fiscales²⁹²¹. Pourtant, les membres de la société semblent préférer ignorer ce trouble. La violation du droit de la propriété intellectuelle est considérée comme ne portant atteinte qu'aux intérêts privés des titulaires de droits et lorsque le trouble à l'ordre public est perçu, sa gravité n'est pas correctement évaluée. Cependant, la désapprobation sociale des actes incriminés fonde la légitimité de leur appréhension par le droit pénal²⁹²². L'indifférence au trouble à l'ordre public, causé par ces atteintes, affaiblit la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle (1). L'observation des réactions des membres de la société permet de constater que la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle subit un déplacement de son centre de gravité. Elle puise sa légitimité dans les conséquences indirectes des atteintes à ce droit, notamment celles relatives à la santé des consommateurs et à la sécurité de l'Etat. Certes, les biens contrefaisants présentent de tels risques mais, ceux-ci sont dépourvus de lien de causalité avec leur nature contrefaisante. Il en résulte que la protection pénale ne porte plus sur la propriété, valeur sociale essentielle, mais sur d'autres valeurs, étrangères aux droits de propriété intellectuelle (2).

1- La légitimité de la protection par le droit pénal affaiblie par l'indifférence au trouble à l'ordre public

1021. La faible désapprobation sociale des atteintes aux droits de propriété intellectuelle - Bien qu'à l'aune des conséquences des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur leurs fonctions sociales, le trouble à l'ordre public soit avéré, la désapprobation sociale demeure discrète. Cette indifférence des utilisateurs et des consommateurs résulte des difficultés, qui tiennent à la perception de ce trouble (a) et à l'évaluation de sa gravité (b).

²⁹²¹ Voir *supra* n° 1016 et s.

²⁹²² Voir *supra* n° 970.

a- Les difficultés de perception du trouble à l'ordre public

1022. La connaissance de la perception de la contrefaçon par les consommateurs - Des études sociologiques mériteraient d'être menées concernant la perception de la contrefaçon par les consommateurs, car elles se font rares. Sur une recommandation de la Cour des comptes, la Direction générale des entreprises, l'Institut national de la propriété industrielle et l'Union des fabricants mènent, depuis le 20 octobre 2016, une étude portant sur l'évaluation des conséquences économiques des pratiques de contrefaçon en France²⁹²³. Cette étude comporte une enquête recueillant la perception de la contrefaçon des biens matériels par les consommateurs. Le formulaire pose, notamment, une question sur l'impact de la contrefaçon sur les consommateurs et sur les entreprises. Quatre réponses sont proposées : un impact négatif, un impact positif, un impact nul ou un impact dépendant du produit contrefait. Il sera intéressant de lire ces résultats pour affiner la connaissance de la perception qu'ont les consommateurs du trouble à l'ordre public causé par l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Cette enquête demande aussi quelle serait la communication la plus efficace pour lutter contre l'achat de contrefaçons. Il est intéressant de constater qu'aucune des sept propositions ne mentionne l'atteinte au droit de propriété des titulaires de droits et que la première proposition concerne l'atteinte à la santé et à la sécurité du consommateur. Apparaissent ensuite, notamment, les sanctions encourues par le consommateur, l'atteinte à l'économie, les conséquences pour l'emploi, les liens entre les fabricants de contrefaçons et le crime organisé. Ces propositions mêlent donc les conséquences directes de la contrefaçon et les conséquences indirectes²⁹²⁴.

1023. La dissimulation de l'atteinte à l'ordre public par l'atteinte à l'intérêt privé - L'indifférence au trouble à l'ordre public, causé par la contrefaçon, peut être expliquée par une déformation de la perception des intérêts atteints. La contrefaçon est considérée comme portant exclusivement atteinte à un intérêt privé. Dès lors, en l'absence supposée du trouble à l'ordre public, la réponse pénale aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle n'apparaît pas légitime. Pourtant, un délit peut porter atteinte à un intérêt privé, tout en ayant des conséquences sur l'ordre public. Il a été démontré que les atteintes aux droits de propriété intellectuelle ont des conséquences sur leurs fonctions sociales²⁹²⁵. Si la violation de ce droit porte atteinte à l'intérêt privé de son propriétaire, elle a aussi une incidence sur l'intérêt général. Les conséquences de la contrefaçon peuvent être rapprochées de celles du vol. Ce dernier, dont personne ne songe à remettre en cause la légitimité de l'incrimination, n'est pas moins une atteinte à un intérêt privé. La contrefaçon, comme le vol, porte atteinte à la propriété, valeur-

²⁹²³ DGE, INPI, UNIFAB, *Etude portant sur l'évaluation des conséquences économiques des pratiques de contrefaçon en France*, (<http://www.surveygizmo.com/s3/3091544/enquete-consommateurs>).

²⁹²⁴ Voir *infra* n° 1031.

²⁹²⁵ Voir *supra* n° 1006.

fin essentielle à la société. Certes, la perception du trouble à l'ordre public causé par le vol est plus aisée, car toute personne est propriétaire de biens et est susceptible de subir une telle atteinte. *A contrario*, seules quelques personnes sont titulaires de droits de propriété intellectuelle, par conséquent, la contrefaçon ne porte atteinte qu'à ces personnes. Cet argument, fondé sur la nature de l'intérêt atteint, est donc inopérant à remettre en cause la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle.

1024. La perception du trouble à l'ordre public, une question d'échelle - Les consommateurs ou utilisateurs, qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle, ne peuvent percevoir le trouble qu'ils causent à l'ordre public en l'observant à l'échelle individuelle. Leurs actes, considérés individuellement, ne constituent pas la cause de l'entière perte de chiffre d'affaires des entreprises titulaires des droits. Chaque acte de contrefaçon n'a qu'une faible incidence économique. Toutefois, l'ensemble des actes ont des conséquences considérables²⁹²⁶. La problématique, rencontrée en ce domaine, est similaire à celle existant dans celui de la protection de l'environnement. A l'échelle de chaque citoyen, les conséquences de l'absence de tri des déchets, de l'utilisation de produits nocifs ou de l'utilisation systématique des véhicules terrestres à moteur individuels, sont faibles, mais à l'échelle de l'ensemble de la société, elles ne sont pas négligeables. Si ce raisonnement individualiste apparaît moins fréquent dans le domaine de l'environnement, il est très répandu dans celui de la propriété intellectuelle, qui ne bénéficie pas de campagnes de sensibilisation intenses comme en matière de protection de l'environnement.

1025. De la perception du trouble, à la mesure de sa gravité - S'il apparaît difficile pour les consommateurs et les utilisateurs de percevoir le trouble à l'ordre public, lorsqu'ils le perçoivent, ils préfèrent l'ignorer. Cette indifférence à l'existence du trouble réside dans la faible gravité qu'ils en perçoivent.

b- La perception déformée de la gravité du trouble à l'ordre public

1026. La contrefaçon, une infraction routinière - La différence d'appréciation de la gravité des actes de contrefaçon par rapport à celle du vol apparaît dans la désapprobation du vol par nombre de contrefacteurs ou de consommateurs de biens contrefaisants. Il convient d'identifier les causes de la déformation de la perception de la gravité des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. L'accroissement du nombre de biens contrefaisants et leur facilité d'accès pour les consommateurs tendent à atténuer leur nature illégale. Le faible risque pénal participe, aussi, de cette atténuation. Télécharger ou visionner un film en streaming illégalement est devenu une habitude. Acheter un sac à main, dont la marque et le modèle sont contrefaits,

²⁹²⁶ Voir *supra* n° 1006 et s.

est devenu courant. La contrefaçon consiste en un acte banal, une infraction routinière. La notion d'infraction routinière a été élaborée par Messieurs les Professeurs Cohen et Felson lors de l'élaboration de leur théorie de la *routine activity approach*²⁹²⁷. Cette théorie tend à expliquer le paradoxe de l'accroissement de la délinquance dans les années 1970 aux Etats-Unis, au regard de l'augmentation du niveau de vie des citoyens et du nombre de biens en circulation et accessibles à tous. Ils ont constaté que le vol, traditionnellement synonyme de fracture sociale, constitue, désormais, aussi, la conséquence de la liberté et de la prospérité sociale. Le développement des zones urbaines et la synchronisation des rythmes de vie ont permis au vol de devenir une activité routinière, de plus en plus facile et de moins en moins risquée, résultant d'un choix rationnel. En outre, cette théorie explique le vol dit en interne, vol commis par les employés sur leur lieu de travail. Les employés qui, sur leur lieu de travail, font des photocopies de documents personnels, téléphonent à leur famille, emportent des fournitures, telles que des stylos ou des cahiers, commettent des vols. Monsieur Bonnet a mené une analyse sociologique de ces vols en interne²⁹²⁸. Il constate que ceux-ci constituent moins une déviance des employés par rapport à une norme, qu'une opportunité. Il ne faut pas y voir des actes de revendication ou d'opposition par rapport à la direction de leur entreprise. Les employés volent parce qu'ils le peuvent, parce que les conditions de surveillance le leur permettent. Ils optimisent leurs satisfactions par des moyens illégaux, quelles que soit leurs conditions sociales et leurs besoins objectifs. Ces vols en interne sont si fréquents, presque institutionnalisés, qu'ils ne provoquent plus de scandale au sein des entreprises. Ils ne sont pas sanctionnés par les employeurs, faute de pouvoir mettre en place une surveillance effective et efficiente²⁹²⁹.

Cette théorie peut permettre d'expliquer la manière dont les consommateurs appréhendent la contrefaçon. Internet leur permet d'accéder très facilement aux biens contrefaisants. En téléchargeant illégalement des œuvres ou en acquérant des biens contrefaisant des marques, des modèles ou des brevets, ils saisissent l'opportunité qui leur est offerte par la surveillance peu intense du réseau et le risque de sanctions très faibles. Le comportement illégal des consommateurs ne résulte pas d'une quelconque fracture sociale. Il peut être expliqué par la profusion de biens contrefaisants mis à leur disposition, facilement accessibles et à des prix plus attractifs que ceux des biens contrefaits. La contrefaçon est devenue routinière, notamment en raison de la passivité de l'Etat à sanctionner de tels actes. La banalité, ayant entraîné la massification des infractions, est devenue très difficile à combattre. L'analyse, démontrant que l'ordre public a pour fondement l'ordre social et que les incriminations prennent leur source dans la désapprobation sociale des comportements²⁹³⁰, prend ici tout son sens. En sanctionnant

²⁹²⁷ L. Cohen et M. Felson, « Social change and crime rate trends: a routine activity approach », *American sociological review*, 1979, vol. XLIV, n° 4, p. 588-608.

²⁹²⁸ F. Bonnet, « Un crime sans déviance : le vol en interne comme activité routinière », *Revue française de sociologie*, 2008/2, vol. XLIX, p. 331-350.

²⁹²⁹ L'auteur explique, toutefois, que l'apparente tolérance de ces vols en interne est aussi instrumentalisée par les employeurs, constituant un argument en cas de licenciement.

²⁹³⁰ Voir *supra* n° 970 et s.

la contrefaçon, l'Etat se heurte à l'absence de désapprobation, par les membres du groupe social, des actes de contrefaçon réalisés par les consommateurs ou les fabricants de produits contrefaisants. Si ces infractions routinières ne prennent pas leur source dans une opposition de principe à la norme, une telle opposition constitue un argument tendant à justifier les atteintes au droit d'auteur et les droits voisins.

1027. Le droit d'accès à la culture, source d'indifférence au trouble à l'ordre public -

L'existence du trouble à l'ordre public, causé par les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, est connue des utilisateurs, car les sociétés productrices de musiques et de films ont largement communiqué sur leurs pertes de chiffre d'affaires. Les utilisateurs n'ignorent pas le phénomène de massification des téléchargements et de l'accès en streaming illicites, ainsi que les répercussions économiques et sociales. Bien que le trouble à l'ordre public soit palpable, les utilisateurs y sont indifférents et ne modifient par leur comportement. Une forte contestation du droit d'auteur et des droits voisins sous-tend cette indifférence, fondée sur la revendication d'un droit d'accès à la culture. La culture et, plus largement, la connaissance sont devenues des facteurs d'intégration sociale et ne sont plus réservées à une élite. Si le droit d'accès à la culture est reconnu par les déclarations de droits fondamentaux, il est rarement mis en œuvre devant les juridictions. L'article 27-1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 énonce que « *toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts* », le préambule de la Constitution de 1946, intégré au bloc de constitutionnalité, garantit un égal accès à « *l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture* ». Dans son arrêt *Beyeler*, du 5 janvier 2000, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît à l'Etat un rôle de protection du patrimoine culturel dans l'intérêt général²⁹³¹, dont le corollaire, qu'elle ne nomme pas expressément, est son rôle de garant d'une large accessibilité des œuvres, au public²⁹³².

Sur le fondement de ce droit d'accès à la culture, le public estime qu'il doit pouvoir accéder facilement, rapidement, gratuitement et de manière illimitée à ces biens. Cette exigence est corrélative à la mutation des œuvres et interprétations en biens de consommation. Les utilisateurs sont devenus des consommateurs²⁹³³ et les auteurs et interprètes, les débiteurs de

²⁹³¹ CEDH, 5 janv. 2000, n° 33202/96, *Ernst Beyeler c/ Italie*.

²⁹³² G. Ballif, « La protection du droit de propriété des œuvres d'art », *LPA* 2001, n°103, p. 15.

²⁹³³ Les changements de terminologie dans les lois et directives témoignent de cette mutation. Sur cette évolution : voir le dossier in *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77 et spécifiquement, en droit d'auteur : M.-C. Piatti, « Le consommateur, Arlésienne de la propriété intellectuelle », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 4 ; Ch. Caron, « Le consommateur en droit d'auteur », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 37 ; A.-E. Kahn, « Circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 45 ; N. Bouche, « Le consommateur et le droit des logiciels », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 55. Ph. Gaudrat et M. Vivant, « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Colloque des 27 et 28 juin 2002, Faculté de droit de Montpellier, organisé par l'Equipe de recherche Créations immatérielles et droit, Dalloz, 2004, p. 32 – Lire aussi : V. Nisato, *Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle : analyse consumériste des principaux droits de propriété intellectuelle*, th. dir. J.-M. Bruguière, Avignon, 2005.

cette fonction sociale du droit de la propriété littéraire et artistique²⁹³⁴. La profusion des œuvres et interprétations, accessibles depuis le domicile du consommateur, a banalisé ces biens et désacralisé leurs créateurs. Nonobstant la limite temporelle des droits patrimoniaux, ayant pour effet de faire tomber les œuvres et interprétations dans le domaine public, celles-ci sont considérées, dès leur divulgation, comme étant des *res communes*. La revendication du droit d'accès à la culture s'accompagne d'une volonté de disparition de ces droits ou d'attribution des droits, *a minima* d'un usufruit, confinant à l'acquisition d'un statut de « *quasi-exploitant* »²⁹³⁵. Le public considère alors que le droit d'auteur et les droits voisins font obstacle à leur droit d'accès à la culture²⁹³⁶.

1028. La revendication contradictoire d'un droit d'accès gratuit à la culture - Outre un droit d'accès à la culture, le public estime être légitime à bénéficier d'un accès aux œuvres et interprétations à un faible coût, voire gratuitement. Cette revendication est fondée sur deux évolutions. D'une part, ces dernières années, le droit de la propriété littéraire et artistique a subi une mutation. Il tend moins à protéger les auteurs et artistes-interprètes que les droits patrimoniaux acquis par les producteurs²⁹³⁷. Un déplacement du centre de gravité de l'auteur-créateur vers l'industriel producteur ou diffuseur²⁹³⁸ est alors observé. Les utilisateurs-consommateurs, revendiquent un accès à un prix plus faible ou gratuit²⁹³⁹. D'autre part, Internet a rendu obsolète l'acquisition des œuvres et interprétations par le truchement d'un support corporel. En outre, l'accès permanent de ces biens, sur Internet, et leur évolution consumériste tendent à ce que leur téléchargement soit supplanté par leur accès en streaming. Ce nouveau rapport du public aux œuvres et interprétations amène à s'interroger sur leur valeur. Le prix fixé par les sociétés titulaires de droits serait-il excessif ? Leur valeur d'échange correspond-elle à leur valeur d'usage²⁹⁴⁰ ? Selon le courant économiste néo-classique, qui a développé la théorie de la valeur-utilité en réponse à la théorie de la valeur-travail du courant classique, la valeur d'usage des biens correspond à leur utilité, à la satisfaction qu'ils apportent à ceux qui les

²⁹³⁴ A. Latreille, « L'avènement du droit d'auteur sans auteur », *Droit et Patrimoine*, 2007, n° 162, p. 28.

²⁹³⁵ *Ibid.*

²⁹³⁶ A.-E. Kahn, « La circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 45 ; F.-M. Piriou, « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », *Diogène* 2001/4, n° 196, p. 119-143.

²⁹³⁷ A.-E. Kahn, « La circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *art. cit.* ; Ch. Caron, « Le consommateur en droit d'auteur », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 37, spéc. p. 43.

²⁹³⁸ A.-E. Kahn, « La circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *art. cit.* ; A. Latreille, « L'avènement du droit d'auteur sans auteur », *art. cit.*

²⁹³⁹ Pour certains utilisateurs, ces revendications sont déterminées par la faible part des profits attribués aux auteurs et artistes-interprètes. Certaines associations, telle la Quadrature du Net, jouent aussi un rôle dans la revendication d'un accès libre et gratuit à la culture.

²⁹⁴⁰ La distinction, d'origine aristotélicienne, entre valeur d'usage et valeur d'échange a été conceptualisée par de nombreux économistes, notamment : A. Smith, *La Richesse des nations*, 1776, Flammarion, 1999 ; F. Perroux, *La valeur*, PUF, 1943 ; F. Fourquet, *Richesse et puissance, Une généalogie de la valeur (XVI-XVII siècles)*, La Découverte, 2002.

détiennent ou les consomment²⁹⁴¹, conjuguées à leur rareté. Cette utilité est « *l'utilité marginale* », qui correspond à la satisfaction procurée par la dernière unité consommée. Pour les néo-classiques, le prix se confond avec la valeur-utilité des biens. Cette théorie démontre donc, pourquoi, dans les pays occidentaux, l'eau, essentielle à la vie, est, pourtant, moins chère que les diamants. En effet, le cinquième diamant est plus satisfaisant que le cinquième litre d'eau. Transposée aux œuvres de l'esprit et aux interprétations, cette théorie explique, à l'aune de leur profusion et de leur facilité d'accès, qu'elles aient une valeur d'usage plus faible qu'il y a vingt ou trente ans, leur utilité marginale ayant fortement chuté. Le prix fixé par les titulaires de droits, la valeur d'échange, n'apparaît pas équivalente à la valeur utile, ce qui justifie cette contestation du public. Néanmoins, l'accès gratuit aux biens culturels, objets de droits de propriété intellectuelle, ne peut être instauré qu'à la condition d'un changement de modèle économique, afin de garantir aux auteurs et artistes-interprètes le versement de redevances leur permettant de consacrer du temps à la création. Certes, les titulaires des droits n'ont pas su répondre rapidement à cette demande et s'adapter à ce nouveau rapport des utilisateurs à ces biens. Si le caractère dérisoire de l'offre légale²⁹⁴² explique qu'ils aient succombé à la facilité du téléchargement et de l'accès en streaming illicites, ces comportements ne peuvent trouver une justification dans le droit d'accès à la culture, car ils portent eux-mêmes atteinte à la culture. Le droit d'accès à la culture ne saurait justifier une atteinte à la culture, au risque de la faire disparaître²⁹⁴³ et de faire de ce droit d'accès, une coquille vide²⁹⁴⁴.

1029. Le centre de gravité de la protection pénale mû par l'indifférence - Les difficultés d'appréhension et l'indifférence des consommateurs au trouble à l'ordre public, causé par les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, fragilisent la légitimité de la protection pénale de ces droits. Les conséquences indirectes de ces atteintes tendent, désormais, à justifier une telle protection.

2- La légitimité de la protection par le droit pénal fondée sur les conséquences indirectes des atteintes aux droits

1030. Le changement de valeurs pénalement protégées - En portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle, il n'est pas rare que les contrefacteurs violent, aussi, d'autres réglementations. Le travail clandestin et le travail des enfants, auxquels ils ont couramment recours, contreviennent aux dispositions du droit du travail, tandis que l'absence de respect des

²⁹⁴¹ J. Perrin, « Repenser la valeur économique pour concevoir d'autres modes de développement », *Innovations*, 2011/3, n° 36, p. 159-178, spéc. p. 166 et s.

²⁹⁴² Des progrès ont été réalisés concernant le développement de l'offre légale, notamment grâce à Deezer, Spotify ou Netflix, nonobstant les montants très faibles des redevances versées aux auteurs et artistes-interprètes.

²⁹⁴³ A.-E. Kahn, « La circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 45 ; Ch. Caron, « Le consommateur en droit d'auteur », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 37.

²⁹⁴⁴ A. Latreille, « L'avènement du droit d'auteur sans auteur », *Droit et Patrimoine* 2007, n° 162, p. 28, spéc. p. 39.

règles relatives au recyclage, à la pollution et à la fabrication de produits nocifs viole la législation sur la protection de l'environnement. S'il semble vain de vouloir dresser la liste de toutes les violations commises par les contrefacteurs, deux catégories d'atteintes semblent, néanmoins, justifier la protection de la propriété intellectuelle par le droit pénal. Ce sont les atteintes à la santé et à la sécurité des consommateurs, ainsi que les atteintes à la sécurité de l'Etat (a). Cependant, ces atteintes sont indépendantes de la violation du droit de la propriété intellectuelle. Les valeurs sociales concernées sont étrangères à ce droit. Justifier sa protection pénale par de telles atteintes entraîne un changement d'objet de la protection (b).

a- Des conséquences indirectes sur des valeurs étrangères au droit de la propriété intellectuelle

1031. Deux valeurs étrangères au droit de la propriété intellectuelle, la santé et la sécurité - Si la violation du droit de la propriété intellectuelle cause une atteinte directe au droit de propriété, elle peut, aussi, avoir des conséquences indirectes sur d'autres valeurs sociales. Les biens contrefaisants peuvent, indirectement, porter atteinte à la santé et à la sécurité des consommateurs (i), ainsi qu'à la sécurité de l'Etat (ii).

i- Les conséquences indirectes sur la santé et la sécurité des consommateurs

1032. Le risque d'atteintes à la santé et à la sécurité des consommateurs - Les produits contrefaisants, notamment les médicaments, les jouets pour enfants et les pièces détachées mécaniques, peuvent présenter des dangers pour les consommateurs, car ils ne respectent pas les standards de fabrication. L'UNICRI a établi la liste des produits contrefaisants, susceptibles de présenter de tels dangers²⁹⁴⁵. Le rapport expose que les batteries peuvent exploser en raison de composants défectueux ; les dentifrices, les savons et les rouges à lèvres peuvent contenir des substances toxiques. L'absence de respect des normes de sécurité, notamment quant à la taille et aux colorants, peuvent rendre les jouets dangereux pour les enfants. Les pièces détachées, notamment d'avion et de voiture, peuvent être dangereuses en raison de l'absence de soumission aux tests d'usure et de résistance aux chocs. Les médicaments contrefaisants peuvent, quant à eux, présenter deux sortes de risques, soit ils contiennent des substances toxiques, soit ils sont dépourvus de molécules actives traitant la maladie. Dans cette deuxième hypothèse, le produit ne permet pas de traiter les maladies et favorise le développement de nouvelles souches, plus résistantes. La vente de médicaments contrefaisants atteint une grande ampleur. En 2014, les douanes françaises ont saisi 2,4 millions de médicaments contrefaisants²⁹⁴⁶. En Afrique, en Asie et en Amérique latine, les ventes de médicaments contrefaisants représentent 10 à 30% des marchés nationaux légaux. Dans certains pays, tels

²⁹⁴⁵ UNICRI, *Counterfeiting, A global spread, a global threat*, 2011, p. 48 et s.

²⁹⁴⁶ Douane, *Résultats 2015*, rapport rendu par le Ministère des finances et des comptes publics.

que l'Ukraine, elles en constituent 40%. L'UNICRI constate que les médicaments contrefaisants en circulation dans les pays développés sont ceux liés à l'amélioration du mode de vie, permettant, par exemple, de perdre du poids ou de lutter contre le vieillissement, tandis que ceux circulant dans les pays en voie de développement sont destinés au traitement des maladies les plus graves, telles que la malaria ou le sida. Les contrefacteurs s'adaptent aux marchés et adoptent des stratégies spécifiques à chaque pays, ce qui leur permet d'obtenir des profits plus importants. Les produits alimentaires n'échappent pas au phénomène de contrefaçon et, comme pour les médicaments, les contrefacteurs s'adaptent aux marchés de chaque pays. Le riz contrefait est principalement vendu dans les pays asiatiques, la vodka en Russie, les bouteilles d'huile en Italie et les bouteilles d'eau en France. Ces denrées sont susceptibles de contenir des produits toxiques pouvant entraîner la mort²⁹⁴⁷.

1033. Un risque, conséquence indirecte de la contrefaçon - En principe, s'il constitue uniquement une circonstance aggravante des infractions aux droits de propriété intellectuelle, le risque pour la santé ou la sécurité des consommateurs devient un fait justifiant l'incrimination pénale de ces délits. Le 5 août 2013, la Commission européenne déclare, dans son rapport annuel sur la protection des droits de propriété intellectuelle, que *« le respect des droits de propriété intellectuelle est également essentiel pour la santé et la sécurité, étant donné que certains produits contrefaits (comme les denrées alimentaires, les produits de soins corporels et les jouets pour enfants) fabriqués en dehors de toute réglementation peuvent constituer une grave menace pour les citoyens »*. Cette déclaration comporte, pourtant, en son sein, l'ambiguïté de l'application des droits de propriété intellectuelle pour la protection de la santé et la sécurité des consommateurs. Le risque d'atteinte à la santé et à la sécurité des consommateurs procède de l'absence de respect de la réglementation prévenant de telles atteintes et non de la violation des droits de propriété intellectuelle. Un jouet, portant une marque contrefaisante, peut être fabriqué sans violation de la réglementation relative à la sécurité du consommateur. La contrefaçon est la violation d'un droit de propriété intellectuelle, elle n'est pas la violation d'une réglementation relative à la sécurité du produit pour le consommateur. La contrefaçon n'est pas, nécessairement, synonyme de produit dangereux. Il n'apparaît donc pas juridiquement correct de lutter contre la dangerosité d'un produit contrefaisant sur le fondement du droit de la propriété intellectuelle. Madame Lai, directrice générale de l'Union des Fabricants, affirme ainsi, avec vigueur, que *« le fabricant d'un médicament contrefaisant qui tue est un assassin et un contrefacteur »*²⁹⁴⁸. Il convient, néanmoins, de ne pas être dupe, les contrefacteurs n'ont pas d'intérêt à respecter ces réglementations fortement contraignantes lors de la fabrication des produits. La nature

²⁹⁴⁷ En 2008, la Chine a connu un scandale sanitaire en raison du lait contrefaisant, contaminé à la mélamine.

²⁹⁴⁸ Ch. Lai, « L'efficacité des mesures de lutte anti-contrefaçon du point de vue des entreprises », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 134.

contrefaisante du produit constitue un indice pertinent de sa dangerosité potentielle. Lutter contre la contrefaçon permet, incidemment, de lutter contre des produits dangereux pour la santé ou la sécurité des consommateurs. Il faut, toutefois, éviter cet amalgame juridique, aussi réalisé au sujet de la sécurité des Etats.

ii- Les conséquences indirectes sur la sécurité des Etats

1034. La certitude d'atteintes à la sécurité des Etats - Toutes les organisations, telles qu'Europol, Interpol, la Commission des Nations-Unies pour la prévention du crime et de la justice pénale, l'Office des Nations-Unies contre la drogue et le crime et l'Organisation mondiale des douanes, mettent en évidence les liens entre la contrefaçon et le crime organisé ou le terrorisme. En effet, les bénéfices issus de la contrefaçon réalisée à l'échelle industrielle par des réseaux criminels servent au financement d'activités, telles que le trafic de stupéfiants, le trafic d'armes et le terrorisme²⁹⁴⁹. La contrefaçon joue deux rôles distincts en matière de crime organisé et de terrorisme. Elle constitue une source de profits pour le premier et une source de financement pour le second. Elle sert, aussi, à blanchir les revenus d'autres crimes et délits commis par ces groupes.

1035. Les liens entre contrefaçon et terrorisme - L'UNIFAB a rendu, en 2016, un rapport portant sur les liens entre la contrefaçon et le terrorisme²⁹⁵⁰. Dès 2003, le secrétaire général d'Interpol alertait sur ce lien, la première finançant le second²⁹⁵¹. Auparavant spécialisées dans le trafic de stupéfiants, les organisations terroristes financent désormais leurs activités, notamment, par la vente de produits contrefaisants. La contrefaçon produit des revenus plus élevés et plus rapides²⁹⁵² et présente un risque pénal plus faible, tant au regard des arrestations que des sanctions²⁹⁵³. L'UNIFAB cite plusieurs exemples de groupes terroristes, dont les activités sont ainsi financées²⁹⁵⁴. En 1993, les terroristes du World Trade Center avaient financé la bombe qu'ils ont fait exploser dans une voiture, en vendant des vêtements contrefaisants dans un magasin situé sur Broadway. L'IRA a financé ses activités par la vente de médicaments vétérinaires, d'hormones de croissance et de CD et DVD contrefaisants. L'ETA contrôlait la

²⁹⁴⁹ T. Azzi, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, Présentation générale », *Dossier : La lutte contre la contrefaçon* (loi, n° 2007-1544, du 29 octobre 2007), *D.* 2008, n° 11, p. 700, spéc. p. 704.

²⁹⁵⁰ UNIFAB, *Contrefaçon et terrorisme*, 2016.

²⁹⁵¹ *Id.*, p. 5.

²⁹⁵² 1 000 dollars investis dans le trafic de drogue rapporte 20 000 dollars alors que la contrefaçon de médicaments peut rapporter 200 000 à 500 000 euros : UNIFAB, *Contrefaçon et terrorisme*, 2016, p. 22.

²⁹⁵³ En France, le délit de contrefaçon commis en bande organisée est sanctionné de 7 ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende (les peines ont été augmentées par l'article 44 de la loi, n° 2016-731, du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale), quel que soit le droit concerné (notamment, art. L. 335-2 du CPI ; art. L. 521-10 du CPI ; art. L. 615-14 du CPI ; art. L. 716-10 du CPI), tandis que la production ou la fabrication illicite de stupéfiants en bande organisée est sanctionnée de 30 ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende (Art. 222-35 du CP).

²⁹⁵⁴ UNIFAB, *Contrefaçon et terrorisme*, 2016, p. 12 et s.

vente de contrefaçons de vêtements et de sacs dans le sud de l'Espagne. Les FARC finançaient leurs opérations grâce aux revenus de la vente de DVD contrefaisants. Le Hezbollah utilise la contrefaçon de jeux vidéo tant pour financer l'organisation que pour faire de la propagande et a développé des réseaux de contrefaçon de pièces détachées de voiture et de médicaments. Il en est de même pour Al Qaïda et les autres groupes affiliés, tel qu'Aqmi. Daech est, quant à elle, financée par diverses sources, notamment la contrefaçon de cigarettes. Les terroristes, responsables des attentats à Paris en janvier et en novembre 2015, vendaient des produits contrefaisants pour financer leurs opérations, notamment des vêtements et des chaussures de sport. En 2012, à Molenbeek, commune de Belgique constituant l'un des foyers du terrorisme, trois tonnes de vêtements, chaussures, parfums et autres accessoires contrefaisants avaient été saisies. En 2009, 9000 biens contrefaisants y avaient déjà été découverts. Pourtant, la police n'a pas fait le lien entre ces activités de contrefaçon et les activités terroristes. Il apparaît indispensable à la lutte contre le terrorisme que les enquêteurs considèrent la contrefaçon comme un indice d'activités de terrorisme, celle-ci étant un mode de financement de celles-là.

1036. Des conséquences indirectes justifiant l'intervention du droit pénal - Observée à l'aune de la criminalité organisée et du terrorisme, la contrefaçon prend une autre dimension. Outre la menace pour la sécurité de l'Etat, ces réseaux criminels participent au développement de l'économie parallèle. Le trouble à l'ordre public est certain et ce lien justifie l'intervention du droit pénal. Toutefois, elle est encore justifiée, non pas par l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle, mais par les liens qui existent entre la contrefaçon et le crime organisé et le terrorisme. Certes, la lutte pénale contre la contrefaçon permet de lutter contre le développement de ces réseaux criminels²⁹⁵⁵. Monsieur Stoll, directeur adjoint de la Direction générale du marché intérieur de la Commission européenne, constate que *« la contrefaçon représente un volet de "l'entreprise criminelle", ayant de multiples liens avec d'autres formes du crime organisé : les activités de contrefaçon servent pour financer d'autres activités criminelles comme les trafics d'armes, d'argent ou de drogues. La Commission considère donc qu'une action efficace de lutte contre la contrefaçon et la piraterie exige des sanctions pénales »*²⁹⁵⁶. Ces arguments, centrés sur la sécurité de l'Etat, destinés à convaincre d'une lutte contre la contrefaçon au moyen du droit pénal, révèlent, comme en matière d'atteinte à la santé et à la sécurité des consommateurs, que l'argument de la violation du droit de propriété est devenu secondaire.

²⁹⁵⁵ J. Monteiro, « Des moyens renforcés pour lutter contre la contrefaçon : de nouvelles "bonnes pratiques" », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 125 et s., spéc. n° 3, p. 130 ; W. Bourdon, « Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ? », *D.* 2008, n° 11, p. 729-734, spéc. n° 18, p. 731 : « [...] tant que la contrefaçon reste aux mains de réseaux organisés, la qualification pénale de l'atteinte aux droits protégés s'impose comme une évidence ».

²⁹⁵⁶ T. Stoll, « L'état du droit communautaire », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 22.

b- Le changement contestable des valeurs protégées

1037. De nouvelles valeurs sociales protégées par le droit de la propriété intellectuelle

- L'atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne semble plus constituer une raison suffisante pour justifier l'intervention du droit pénal. L'indifférence du groupe social aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle rend leur protection pénale difficile à justifier. Pour que le droit pénal soit légitime à intervenir, il apparaît nécessaire de démontrer un danger autre que celui de l'appropriation du bien d'autrui, tel qu'un danger pour la santé des consommateurs ou la sécurité de l'Etat. Au lieu d'être pénalement protégé en raison des fonctions sociales qu'il remplit et des valeurs sociales qui lui sont attachées, le droit de la propriété intellectuelle est protégé sur le fondement de valeurs, qui lui sont étrangères. Ce glissement de la protection de la propriété à la santé et à la sécurité met en exergue la cristallisation de l'opposition entre le domaine public et domaine privé par le droit pénal de la propriété intellectuelle. Cette opposition fait, pourtant, l'objet de critiques, car le domaine privé n'est, en principe, pas exclu du champ du droit pénal²⁹⁵⁷. Madame Lai affirme, ainsi, qu'« *il n'existe pas d'un côté la bonne et de l'autre la mauvaise contrefaçon. Celle pour laquelle il serait légitime de s'engager car elle porte atteinte à la santé ou à la sécurité et l'autre qui relèverait d'intérêts purement privés* »²⁹⁵⁸.

1038. Une protection juridiquement erronée - Il apparaît juridiquement erroné de protéger la santé et la sécurité des consommateurs et la sécurité de l'Etat sur le fondement du droit de la propriété intellectuelle. Contrefaire ne signifie pas créer un produit dangereux pour le consommateur. Il n'existe pas de lien inéluctable entre la contrefaçon et la dangerosité des produits. C'est pourtant cette dangerosité qui fonde désormais la légitimité de l'intervention du droit pénal. *A contrario*, concernant la sécurité de l'Etat, le lien entre la contrefaçon et les organisations criminelles ou terroristes est avéré. Lutter contre la contrefaçon avec les instruments de droit pénal offre, certes, *a priori*, une plus grande efficacité pour tarir cette source de financement ou de profits, mais cette justification de l'intervention du droit pénal demeure indépendante de l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle. Faire de la propriété intellectuelle un droit de protection des consommateurs et de la sécurité nationale induit un déplacement de la valeur sociale protégée par ce droit et, surtout, entraîne la protection de valeurs extrinsèques au droit de la propriété intellectuelle. Aucune disposition du code de la propriété intellectuelle ne garantit la sécurité des produits sur lesquels sont appliqués ces droits ni ne sanctionne le fait que les revenus de la contrefaçon servent à financer des groupes terroristes. Ces actes sont sanctionnés par d'autres dispositions dépourvues de lien direct avec

²⁹⁵⁷ Voir *supra* n° 977.

²⁹⁵⁸ Ch. Lai, « L'efficacité des mesures de lutte anti-contrefaçon du point de vue des entreprises », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 134.

le droit de la propriété intellectuelle. Seules des circonstances aggravantes sont prévues par le code de la propriété intellectuelle, dès lors que la contrefaçon a été commise en bande organisée ou qu'elle portait sur des marchandises dangereuses pour la santé ou la sécurité des consommateurs, accroissant les sanctions encourues²⁹⁵⁹.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

1039. Droit de propriété naturellement né du processus de création des biens concernés, le droit de la propriété intellectuelle représente une valeur sociale essentielle. Enrobé dans son régime juridique cousu sur mesure par le législateur afin de garantir l'équilibre des intérêts, le droit de la propriété intellectuelle se révèle être un atout pour la création, l'innovation et le développement économique. Son alliance avec le droit pénal apparaît alors légitime en raison, tant de sa qualification de droit de propriété, que de ses fonctions sociales. Certes, la faible désapprobation sociale des actes de contrefaçon affaiblit la légitimité de sa protection pénale, mais elle a été démontrée par l'étendue des conséquences des atteintes à ce droit. Les conséquences économiques et sociales de la contrefaçon atteignent une telle ampleur, qu'elles exigent l'intervention des Etats pour protéger ce droit et garantir que les entreprises, qui investissent dans la culture et l'innovation, puissent obtenir les contreparties financières qui leur sont dues. Bien que les membres de la société soient régulièrement informés de la gravité des conséquences de la contrefaçon, ils y restent indifférents et n'accordent une légitimité à l'intervention du droit pénal que lorsqu'elle crée un risque pour la santé ou la sécurité. La légitimité du mariage du droit de la propriété intellectuelle et du droit pénal a été observée à l'aune de la nature du premier ; afin que la démonstration soit complète et que les voix s'y opposant se taisent, la légitimité de cette union doit aussi être étudiée à l'aune de la nature du droit pénal.

PARAGRAPHE II - La légitimité de la protection fondée sur le droit pénal

1040. Le droit pénal, un droit nécessaire et subsidiaire - Le droit pénal est un droit d'exception, car il n'intervient que de manière discontinue. Deux conditions doivent être réunies afin qu'il puisse protéger les autres branches du droit. D'une part, il n'interdit que certains actes. Cette interdiction exceptionnelle de certains comportements est fondée sur le principe de nécessité (I). D'autre part, il n'intervient que si les autres réseaux de sanctions échouent à protéger les valeurs essentielles au fonctionnement de la société. Cette intervention exceptionnelle du droit pénal est fondée sur le principe de subsidiarité (II).

²⁹⁵⁹ Not., art. L. 335-2 du CPI ; art. L. 521-10 du CPI ; art. L. 615-14 du CPI ; art. L. 716-10 du CPI.

I- La légitimité de la protection à l'aune du principe de nécessité du droit pénal

1041. La nécessité du droit pénal déduite de la gravité des atteintes aux droits - La légitimité du droit pénal à protéger un autre droit est soumise à sa nécessité ; or le droit pénal n'est nécessaire qu'en présence d'actes graves (A). L'analyse de la gravité des actes incriminés en droit de la propriété intellectuelle démontrera que le principe de nécessité est respecté (B).

A- L'incidence du principe de nécessité sur le champ du droit pénal

1042. Le principe de nécessité des délits et des peines - Les articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 fondent le principe de nécessité de la loi pénale. Le premier, énonçant que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* », concerne la nécessité des incriminations et le second, affirmant que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires [...]* », porte sur la nécessité des peines. La formulation restrictive met en évidence, tant les incriminations (1) que les peines (2) doivent être nécessaires.

1- Le principe de nécessité des incriminations

1043. Le respect du principe de nécessité des incriminations - Madame le Professeur Delmas-Marty considère que l'incrimination d'un comportement suppose deux actions. Il faut, d'abord, nommer le comportement, ou la situation, jusqu'alors innommé, puis, diviser l'espace social entre licite et illicite. Le nouvel interdit ou la nouvelle obligation²⁹⁶⁰, restreint alors l'espace de liberté²⁹⁶¹. Les hommes aliènent, par nécessité, une partie de leur liberté en vue du bien commun. La loi pénale n'est pas légitime si elle n'apparaît pas nécessaire à la conservation du dépôt de la liberté publique. Le principe de nécessité implique donc une certaine proportionnalité, afin d'éviter une déviance vers l'obscurantisme sécuritaire, une aseptisation de la société ou une normalisation des comportements. Néanmoins, ce principe n'est pas systématiquement respecté par le législateur. Levasseur constate que, lorsqu'un changement économique ou social se produit dans un domaine où la liberté est la règle, tel qu'en droit du travail, du commerce ou de la consommation, l'Etat recourt aux sanctions pénales pour rendre contraignantes de nouvelles règles, qui vont parfois à l'encontre des intérêts pécuniaires des acteurs de ces domaines²⁹⁶². Le principe de nécessité ne semble pas, non plus, être respecté lorsque les incriminations portent sur des comportements potentiellement dangereux, qui ne créent qu'un risque d'atteinte. Levasseur observe alors que le droit pénal représente une solution de facilité pour les pouvoirs publics, conduisant à « *une inflation pénale envahissante* ». Cette

²⁹⁶⁰ Une obligation est traduite pénalement en délit d'action.

²⁹⁶¹ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 56.

²⁹⁶² G. Levasseur, « Le problème de la dépénalisation », *Archives de politique criminelle* 1983, n° 6, p. 53-69.

analyse peut, toutefois, être nuancée par celle de Madame le Professeur Delmas-Marty, qui estime que l'augmentation des lois pénales ne va pas toujours à l'encontre du principe de nécessité. L'augmentation ne signifie pas l'excès, car elle est parfois indispensable. Il en est ainsi, par exemple, des lois prenant en compte les progrès techniques. C'est la « [...] *disproportion qui caractérise l'inflation* »²⁹⁶³ et non l'inflation qui caractérise la disproportion.

1044. L'incrimination des seuls actes graves, imposée par le principe de nécessité - Le principe de nécessité se traduit par la limitation du champ du droit pénal aux comportements les plus graves. L'atteinte à une valeur sociale ne constitue pas une condition suffisante pour que le comportement entre dans le champ pénal, elle doit aussi être grave. Tous les actes contraires à la morale sociale ne sont donc pas incriminés²⁹⁶⁴. Il en est ainsi de l'adultère ou de l'absence de paiement d'une dette. Monsieur le Professeur Dreyer explique qu'« [...] *on recourt à la sanction pénale, parmi toutes les sanctions juridiques, lorsqu'un comportement affecte gravement l'ordre public et justifie une réaction de la part de la société toute entière* »²⁹⁶⁵. Madame le Professeur Delmas-Marty qualifie le droit pénal d'« *exceptionnel, de recours extraordinaire, réservé aux cas les plus graves* »²⁹⁶⁶. En matière d'atteinte à des intérêts privés, le droit pénal « *ne punit, en principe, que les transgressions les plus graves, c'est-à-dire celles qui portent atteinte à des libertés et droits fondamentaux* »²⁹⁶⁷. Ce caractère exceptionnel garantit, en principe, l'obtention d'un consensus social sur l'incrimination des comportements. La sanction des atteintes les plus graves au pacte social confère au droit pénal, un caractère « *discontinu* », « *sélectif* »²⁹⁶⁸.

1045. L'évaluation sociologique de la gravité des comportements - Les juristes semblent avoir quelques difficultés à appréhender la notion de gravité. En principe, elle doit être appréciée à l'aune de la valeur sociale essentielle atteinte, du dommage causé à la société²⁹⁶⁹. Les sociologues et les criminologues ont tenté de comprendre cette notion et d'établir des critères de mesure de la gravité des comportements²⁹⁷⁰. A partir de 1964, les sociologues américains Sellin et Wolfgang ont réalisé des sondages sur la gravité des infractions et sur leur classement, afin de créer un instrument de mesure de la gravité d'un crime, correspondant à la

²⁹⁶³ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 65.

²⁹⁶⁴ E. Garçon, *Le droit pénal*, Payot et Cie, 1922, p. 131 ; F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 52, p. 26 ; N. Catelan, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, mémoire DEA dir. Ph. Bonfils, PUAM, 2004, n° 31, p. 53 et s. ; B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 42, 2007, n° 529 et s., p. 249.

²⁹⁶⁵ E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 83, p. 61.

²⁹⁶⁶ M. Delmas-Marty, *Les chemins de la répression*, PUF, coll. « Droit d'aujourd'hui », 1980, p. 259.

²⁹⁶⁷ M. Delmas-Marty (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 2^e éd., 2002, p. 437.

²⁹⁶⁸ E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 88, p. 65.

²⁹⁶⁹ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1991, p. 77 ; N. Catelan, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, mémoire DEA dir. Ph. Bonfils, PUAM, 2004, n° 30, p. 52.

²⁹⁷⁰ J. Léauté, « Sondage sur l'estimation de la gravité comparée des principales infractions », *Année sociologique* 1970, p. 111 et s. ; P. Robert et al., « Société et gravité des infractions », *RSC* 1976, p. 915 et s.

conscience collective²⁹⁷¹. Monsieur le Professeur Cusson, qui fait état de leurs travaux, constate que « [...] la gravité est une propriété si essentielle de l'infraction que nous pourrions aller jusqu'à dire qu'elle est la quantité de crime que recèle un acte »²⁹⁷². Il ressort de ces sondages un consensus de tous les répondants, quelles que soient leur catégorie socio-professionnelle et leur nationalité, sur l'ordre de gravité des infractions. Les actes considérés comme étant les plus graves sont ceux qui menacent le plus fortement la sécurité de la collectivité et qui constituent des atteintes flagrantes à un juste équilibre des rapports sociaux²⁹⁷³. Un acte est donc considéré comme étant grave dès lors qu'il trouble fortement l'ordre public. L'analyse de cet ordre de gravité a permis d'identifier six critères, implicitement utilisés par les répondants pour effectuer leur classement. Il s'agit de l'ampleur de l'atteinte à l'intégrité physique, des dangers auxquels l'acte expose autrui, de la violence des moyens, de l'importance des pertes monétaires, de la vulnérabilité de la victime et de l'intention coupable. Ces six critères, mêlant gravité intrinsèque à l'acte et gravité de ses conséquences, constituent, pour les juristes, un intéressant faisceau d'indices pour mesurer la gravité d'un acte, de violence ou de fraude²⁹⁷⁴, portant atteinte à une valeur sociale essentielle²⁹⁷⁵. Dans son étude de l'échelle des désordres, Monsieur le Professeur Cusson classe les atteintes au bien public de la plus forte à la moins forte. Il établit une échelle de gravité des actes en respectant cette dualité de la gravité, gravité intrinsèque et extrinsèque des actes. Le désordre le plus grave est celui qui « détruit immédiatement la société » et le moins grave est celui qui cause « la plus petite injustice possible [...] à ses membres privés »²⁹⁷⁶. Il affirme que « certains délits détruisent immédiatement la société ou ceux qui la représentent ; certains offensent la sûreté privée d'un citoyen dans sa vie, ses biens ou son honneur ; d'autres sont des actions contraires à ce que les lois obligent chacun à faire ou à ne pas faire, en vue du bien public »²⁹⁷⁷. La gravité des actes constitue donc un critère essentiel d'incrimination aux fins de respect du principe de nécessité. Bien que l'acte soit empreint de violence ou de ruse et qu'il porte atteinte à une valeur sociale essentielle à la société, sa faible gravité l'exclut du champ du droit pénal.

1046. L'évaluation juridique de la légitimité de l'incrimination des comportements -

Lors de la réforme du code pénal, la Commission de révision, associée aux travaux de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, a élaboré des critères d'évaluation des infractions afin de si le recours au droit pénal est conforme à l'idée de justice, en d'autres termes, si la gravité des comportements est suffisante pour légitimer le choix de ce réseau de responsabilité. Madame le Professeur Delmas-Marty fait état de ces travaux dans son ouvrage,

²⁹⁷¹ T. Sellin et M.-E. Wolfgang, *The Measurement of Delinquency*, New York, Wiley, 1964.

²⁹⁷² M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 14.

²⁹⁷³ C'est ce que R. Gassin nommait l'exploitation abusive d'une situation de déséquilibre caractérisé : voir *supra* n° 964.

²⁹⁷⁴ Valeurs-moyens – voir *supra* n° 964.

²⁹⁷⁵ Valeur-fin – voir *supra* n° 957.

²⁹⁷⁶ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009, p. 161.

²⁹⁷⁷ *Id.*, p. 167.

Les grands systèmes de politique criminelle²⁹⁷⁸. Trois indicateurs, délimitant la notion d'infraction – la transgression, le dommage et l'intérêt protégé, sont mis en relation avec des critères correspondant à la gravité morale et à la réprobation attachées au réseau pénal. Un chiffre est attribué au degré de gravité. Plus il est élevé, plus le degré de proximité avec la catégorie pénale est fort. L'évaluation globale de l'infraction étudiée aboutit à un chiffre, lequel doit atteindre le seuil de 7 pour qu'elle soit légitimement sanctionnée par le droit pénal. Lorsque l'évaluation ne dépasse pas le seuil de 5, le réseau pénal doit être écarté²⁹⁷⁹. Ce jeu de critères est explicité dans un tableau, reproduit ci-dessous²⁹⁸⁰.

Indicateurs	Critères	Degré de proximité
Transgression	Faute intentionnelle	3
	Faute d'imprudence (simple ou délibérée)	2
	Faute matérielle	1
Intérêt protégé	Valeurs à haute protection (absolue ou quasi absolue)	3
	Droits et libertés reconnus sous réserve d'exception ou de restriction nécessaire dans un société démocratique	2
	Règles de discipline de la vie en société	1
Dommage	Atteinte quantitativement forte	3
	Atteinte quantitativement faible	2
	Menace d'atteinte	1

Cette méthode d'évaluation de la légitimité de l'appréhension des comportements par le droit pénal confère réalité au principe de nécessité. Elle est d'autant plus essentielle lorsqu'elle est appliquée aux actes non intentionnels²⁹⁸¹. A la nécessité des incriminations, s'ajoute celle des peines.

2- Le principe de nécessité des peines

1047. Le choix des peines par le législateur - L'évaluation de la gravité des comportements est essentielle pour attribuer une sanction à une incrimination. « [...] *La gravité fixe l'ordre de priorité des actions à mener contre ces menaces. Elle est le "programme" du contrôle social ; elle contient en effet l'instruction sur l'intensité du blâme privé et de la peine publique devant logiquement suivre la perpétration du délit. Elle dicte de le réprouver et de le*

²⁹⁷⁸ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992, p. 286-292.

²⁹⁷⁹ Une deuxième évaluation est prévue à l'aune de critères d'efficacité et d'effectivité de la sanction attachée à l'infraction.

²⁹⁸⁰ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., spéc. p. 287.

²⁹⁸¹ La loi, n° 200-647, du 10 juill. 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a parfait l'échelle des fautes dessinée par celle du 13 mai 1996 (loi, n° 96-393, du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence), en distinguant, par ordre croissant de gravité, la faute simple, la faute caractérisée et la faute délibérée.

punir d'autant plus sévèrement et certainement qu'il est grave »²⁹⁸². La tripartition des infractions, distinguant les contraventions, les délits et les crimes, est fondée sur la gravité des comportements. En outre la gravité des comportements permet au législateur de déterminer, en cohésion avec les valeurs essentielles, l'échelle des peines. Ainsi, la peine appliquée à un homicide commis sur une personne dépourvue de fonction publique ne sera pas la même que celle appliquée à un homicide commis sur un dépositaire de la fonction publique, tel qu'un agent de police. L'acte commis, ôter la vie à une personne, est identiquement incriminé, mais il ne sera pas pareillement sanctionné. Dans la deuxième hypothèse, l'atteinte à la vie ne sera pas la seule valeur sociale bafouée, la sécurité de l'Etat le sera aussi. Cependant, la gravité constitue davantage une valeur sociale qu'une valeur scientifique. A l'image des incriminations, la politique criminelle se départit alors, parfois, de ce critère lors de la détermination des peines encourues.

1048. L'application de la théorie au droit de la propriété intellectuelle - Malgré un effort de systématisation pour guider le législateur dans l'incrimination des comportements et la détermination des peines, la mise en œuvre de la théorie n'est pas toujours aisée, en témoigne le cas du droit de la propriété intellectuelle.

B- Le respect du principe de nécessité du droit pénal en droit de la propriété intellectuelle

1049. L'incrimination des actes de contrefaçon respectueuse du principe de nécessité - Il a été constaté que le droit de la propriété intellectuelle porte en lui une valeur essentielle de la société, la propriété²⁹⁸³, et que les actes portant atteinte à cette valeur sont des actes de ruse, grâce auxquels leur auteur exploite abusivement une situation d'inégalité avec le propriétaire²⁹⁸⁴. De surcroît, il a été démontré que les actes de contrefaçon portent atteinte à la collectivité, tant d'un point de vue économique, que culturel ou sanitaire, et déséquilibrent les rapports sociaux entre les utilisateurs ou consommateurs de biens protégés par un droit de propriété intellectuelle et leurs créateurs²⁹⁸⁵. L'examen des actes de contrefaçon à la lumière du faisceau d'indices de gravité des comportements, établi par Sellin et Wolfgang, met en exergue le fait que tous procèdent d'une intention coupable et causent d'importantes pertes monétaires. Ils exploitent la vulnérabilité de la victime, celle-ci ayant peu de moyens pour prévenir ces atteintes. En outre, certains actes présentent un danger pour les consommateurs, lorsqu'ils s'affranchissent des normes de sécurité applicables²⁹⁸⁶. La légitimité de l'incrimination des actes de contrefaçon peut, aussi, être démontrée à l'aune des critères établis par la Commission de révision du Code pénal. La faute est intentionnelle (3), le droit de propriété est un droit

²⁹⁸² M. Cusson, *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016, p. 16.

²⁹⁸³ Voir *supra* n° 958 et s.

²⁹⁸⁴ Voir *supra* n° 964 et s.

²⁹⁸⁵ Voir *supra* n° 1006 et s.

²⁹⁸⁶ Voir *supra* n° 1032.

reconnu sous réserve d'exceptions ou de restrictions nécessaires à la nature démocratique de notre société (2) et le dommage causé par les actes de contrefaçon peuvent être considérés comme étant soit faibles (2), soit forts (3). Un résultat de 7 ou de 8 est alors atteint, justifiant leur incrimination. Par conséquent, les actes de contrefaçon comportent un degré suffisant de gravité pour que leur appréhension par le droit pénal soit légitime. Cependant, il convient de préciser que certains actes de contrefaçon en droit des marques sont, en principe, des actes d'imprudence ou de négligence²⁹⁸⁷. Lorsque l'atteinte est considérée comme étant quantitativement faible, le seuil de 7 n'est donc pas atteint.

1050. L'incrimination d'actes périphériques à la contrefaçon respectueuse du principe de nécessité - Il est des actes, pénalement sanctionnés, qui ne sont pas des actes de contrefaçon. Il en est ainsi des actes qui ne constituent qu'une simple menace, notamment les actes de fourniture de moyens de contrefaçon ; or il a été démontré que la légitimité de ces infractions obstacles peut être discutée²⁹⁸⁸. Ce débat peut être poursuivi à la lumière du principe de nécessité, la gravité de ces comportements étant difficile à établir en raison de l'absence d'atteinte directe à l'ordre public. Néanmoins, la menace est réelle. L'infraction de fourniture de moyens ne concerne que ceux principalement destinés à commettre des actes de contrefaçon. Nonobstant l'absence d'atteinte à la valeur sociale protégée, les infractions aux droits de propriété intellectuelle ont pris une telle ampleur, qu'il apparaît indispensable de mener une politique de prévention des actes de contrefaçon. Toutefois, l'application des critères élaborés par la Commission de révision du Code pénal révèle l'insuffisante gravité des actes pour entrer dans le champ pénal. Bien que la faute soit intentionnelle (3) et que le droit de propriété soit un droit reconnu sous réserve d'exceptions ou de restrictions nécessaires à la nature démocratique de notre société (2), ces actes ne constituent qu'une menace d'atteinte (1), portant le total à 6. Le droit civil apparaît alors plus légitime à appréhender ces comportements.

1051. La conjugaison des principes de nécessité et de subsidiarité - Le principe de nécessité, selon lequel le droit pénal n'est légitime à intervenir qu'en cas d'atteinte grave à l'ordre public, doit être conjugué à celui de subsidiarité, qui implique qu'il soit l'ultime recours de protection des droits.

II- La légitimité de la protection à l'aune du principe de subsidiarité du droit pénal

1052. Le principe de subsidiarité, fondement de la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle - Le caractère subsidiaire du droit pénal justifie la légitimité de son intervention. Il ne doit intervenir qu'en l'absence d'autre système de protection efficace (A). Le droit de la propriété intellectuelle est protégé tant par le droit pénal, que par les

²⁹⁸⁷ Voir *supra* n° 83.

²⁹⁸⁸ Voir *supra* n° 981 et s.

réseaux de normes civiles et administratives²⁹⁸⁹. Cependant, il a été démontré que l'HADOPI intervient préalablement à une procédure judiciaire, excluant le caractère répressif que le législateur souhaitait lui attribuer. Les normes civiles prennent, quant à elles, une coloration répressive par l'emprunt d'instruments relevant traditionnellement du droit pénal²⁹⁹⁰. A l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle relèvent de la matière pénale. Par conséquent, le droit pénal ne supplée pas le droit civil, la notion de matière pénale leur conférant une équivalence répressive. Cependant, cette qualification est incertaine au regard des décisions du Conseil constitutionnel et de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le respect du principe de subsidiarité du droit pénal par rapport aux dommages-intérêts, doit alors être démontré (B).

A- Le caractère subsidiaire du droit pénal, source de légitimité de son intervention

1053. La justification du principe de subsidiarité - Le droit pénal a un caractère subsidiaire, car il ne doit intervenir qu'en ultime recours. Il forme *l'ultima ratio* des pouvoirs publics. En effet, le droit pénal n'a pas « *le monopole des sanctions* »²⁹⁹¹, il ne doit intervenir que lorsque les autres réseaux sont inefficaces²⁹⁹². Le principe de subsidiarité constitue le premier principe affirmé dans les Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale, élaborées le 22 mai 1986²⁹⁹³. L'énoncé de ce principe avant ceux d'utilité, de proportionnalité, d'individualisation et d'humanisation démontre son importance.

1054. La dépénalisation et les modes alternatifs de sanctions, deux facteurs de respect du principe de subsidiarité - Bien que l'intervention du droit pénal ne cesse de s'intensifier, deux mouvements entraînent le respect du principe de subsidiarité du droit pénal. D'une part, le législateur mène, dans certains domaines, une dépénalisation des comportements. Monsieur le Professeur Pradel nomme ce phénomène, la « *dépénalisation de la législation civile* »²⁹⁹⁴. Il considère qu'il faut encourager les mouvements de décriminalisation et de dépénalisation²⁹⁹⁵, car ils assurent le respect du principe de subsidiarité de la loi pénale et rétablissent une hiérarchie des manquements²⁹⁹⁶. La dépénalisation s'effectue, aussi, grâce au juge. Le nombre

²⁹⁸⁹ Voir *supra* n° 568 et s.

²⁹⁹⁰ Voir *supra* n° 644 et s.

²⁹⁹¹ J. Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 21^e éd., 2016, n° 73, p. 67.

²⁹⁹² L'exigence de subsidiarité ne s'applique pas au domaine contraventionnel. L'incrimination d'un comportement par une règle contraventionnelle n'a pas pour objet de montrer l'attachement de la société à certaines valeurs et de réprimer les comportements les plus graves qui y portent atteinte. Elle a pour objet de sanctionner les comportements qui, sans gravité, ne peuvent être tolérés dans le cadre d'une vie en société. Individuellement, le comportement ne porte pas un trouble grave à l'ordre public, mais si ce type de comportement est multiplié, l'ordre public est fortement troublé. Une contravention est un rappel à la loi, la sanction est infligée de manière automatique et la discussion sur sa légitimité a lieu, éventuellement, *a posteriori*.

²⁹⁹³ « Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale », texte adopté à la suite de la Table ronde tenue le 22 mai 1986, sous la présidence de M. Roger Merle, *RCS* 1987, p. 183-186, spéc. p. 185.

²⁹⁹⁴ J. Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 21^e éd., 2016, n° 73, p. 67.

²⁹⁹⁵ Sur ces notions, voir *supra* n° 830 et s.

²⁹⁹⁶ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 10, p. 26.

des incriminations et des actes infractionnels est si élevé que ces derniers ne sont plus susceptibles d'être tous sanctionnés. Par conséquent, les juges appliquent eux-mêmes le principe de subsidiarité. Le principe de l'opportunité des poursuites, qui impliquait que leur abandon soit l'exception, a alors évolué en sens inverse, l'abandon étant devenu le principe²⁹⁹⁷. D'autre part, le législateur favorise le développement de la médiation et de la répression disciplinaire²⁹⁹⁸. Le droit disciplinaire est fondé sur un accord implicite des individus, ce qui lui emporte une plus forte adhésion du groupe. Dans certaines professions, telles que la médecine ou l'avocature, la généralité et l'impersonnalité des lois répressives sont remplacées par des règles disciplinaires concrètes, mieux adaptées au secteur d'activité. De surcroît, le droit disciplinaire permet de désengorger les tribunaux et est plus efficient que le droit pénal dans ces domaines. La dépenalisation peut donc être causée par l'élaboration de mesures extérieures au droit pénal, assurant tout autant la protection de la société, voire mieux, conférant à celui-ci une véritable place subsidiaire dans l'ordre des sanctions.

1055. La mise en œuvre de ce principe en droit de la propriété intellectuelle - La protection du droit de la propriété intellectuelle par le droit pénal a été instituée dans le respect du principe de subsidiarité. Outre ses lacunes quant à l'indemnisation des titulaires de droits, le droit civil, en principe dépourvu de fonctions de dissuasion et de sanction, n'apporte pas une protection suffisamment forte à ce droit.

B- Le respect du principe de subsidiarité à l'aune des lacunes du droit civil

1056. L'éviction du droit commun de la responsabilité civile - En droit de la propriété intellectuelle, l'article 1240 du code civil²⁹⁹⁹ a été évincé au profit de dispositions spéciales, dans un objectif d'efficacité de la protection³⁰⁰⁰. Le législateur a allégé la charge de la preuve. L'engagement de la responsabilité civile ne nécessite pas la preuve d'un préjudice, la preuve de l'atteinte au droit suffit. Le droit des marques est doté d'un régime encore plus souple, puisque l'article L. 713-5 du code de la propriété intellectuelle limite les conditions d'engagement de la responsabilité, en cas d'atteinte à une marque notoire ou une marque de renommée, à la preuve d'un préjudice ou à la preuve d'une faute. De surcroît, l'action en responsabilité civile n'est ouverte qu'à certaines personnes³⁰⁰¹. Les autres peuvent néanmoins agir sur le fondement de l'article 1240 du code civil, en démontrant la faute, le préjudice et le lien de causalité. Bien que ce régime juridique semble avantageux pour le titulaire de droits de propriété intellectuelle, il comporte des lacunes que le droit pénal peut combler.

²⁹⁹⁷ M. van de Kerchove, « Eclatement et recomposition du droit pénal », RSC 2000, p. 5.

²⁹⁹⁸ Sur les rapprochements et les distinctions entre le droit pénal et le droit disciplinaire : J. Pralus-Dupuy, « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », RSC 1992, p. 229.

²⁹⁹⁹ Anciennement codifié à l'article 1382.

³⁰⁰⁰ J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, th. dir. P. Jourdain, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 477, 2007, n° 347 et s., p. 297 – voir *supra* n° 716.

³⁰⁰¹ Voir *supra* n° 461.

1057. Les lacunes de l'action en responsabilité civile - L'action en responsabilité civile pour atteinte à un droit de propriété intellectuelle comporte quatre objectifs. Elle permet de revendiquer la propriété sur le bien, d'engager la responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte, d'indemniser le propriétaire des droits et de faire cesser la situation illicite³⁰⁰². Si son efficacité est certaine concernant la revendication du droit de propriété, les autres objectifs ne sont pas atteints.

1058. L'objectif d'indemnisation et les écueils de l'évaluation du préjudice - L'évaluation des dommages-intérêts est ardue en raison des difficultés, tant à connaître l'ampleur des atteintes, qu'à quantifier les pertes financières et le manque à gagner subis par le titulaire des droits. D'une part, la contrefaçon est une infraction obscure, dissimulée par des organisations criminelles ou commise à l'ombre des foyers. Des actes d'investigation, qui, parfois, exigent de contourner les principes fondamentaux, sont indispensables, tant pour identifier son existence, que pour en mesurer l'importance. D'autre part, l'évaluation des dommages-intérêts suppose de connaître les pertes financières et le manque à gagner des titulaires des droits. Si, dans certains secteurs, notamment ceux relevant de la propriété industrielle, les pertes et le manque à gagner sont corrélés au nombre de biens contrefaisants vendus, le plus souvent, le nombre de copies illicites commercialisées ne correspond pas au nombre de biens licites, qui auraient été vendus en l'absence des premières. Il en est ainsi dans le secteur du luxe, car les individus qui acquièrent les biens contrefaisants ne sont pas ceux qui acquièrent les biens licites, faute de moyens financiers suffisants³⁰⁰³. Il en est de même dans le secteur de l'audiovisuel. Le nombre de téléchargements illicites de films ne correspond pas au nombre d'entrées au cinéma qui aurait été réalisé en l'absence de la mise à disposition de ces copies illicites, sur Internet. Les titulaires de droits et, plus spécifiquement les entreprises, ne facilitent pas l'évaluation de leur préjudice économique car elles sont souvent réticentes à divulguer leurs documents comptables. Dès lors, la détermination du montant des dommages-intérêts constitue une difficulté majeure pour le juge. Certes, la procédure civile, bien qu'accusatoire, comporte des mesures permettant de pallier ces deux difficultés et, sous l'influence de l'Union européenne, le législateur a instauré un droit d'information³⁰⁰⁴. Néanmoins, les difficultés demeurent et les montants attribués sont souvent faibles. L'action en responsabilité civile ne remplit donc pas, complètement, sa mission de réparation du préjudice.

1059. La lucrativité de la contrefaçon et ses conséquences sur les autres objectifs - De surcroît, nonobstant la correcte évaluation du préjudice, il est souvent inférieur aux profits réalisés grâce à l'infraction. En effet, la contrefaçon et les délits assimilés consistent en une

³⁰⁰² L'analyse exclut la fonction répressive des dommages-intérêts puisqu'elle est menée à l'aune de leur conception par les organes internes de contrôle et d'interprétation de la loi.

³⁰⁰³ Sur cette analyse des marchés – voir *supra* n° 1008.

³⁰⁰⁴ Voir *supra* n° 656 et s.

activité illicite très rentable, notamment en raison des faibles coûts de fabrication délocalisée des produits. Selon l'UNICRI, la fabrication illicite d'un logiciel coûte 20 centimes et rapporte 45 euros or, 1 gramme de cannabis, produit pour 1,5 euros, se vend à 12 euros. La contrefaçon est plus rentable que du trafic de stupéfiants. La nature lucrative de la contrefaçon n'est pas anéantie par l'engagement de la responsabilité civile du contrefacteur. Dans l'affaire *Minibel*³⁰⁰⁵, en vendant 11 254 paires de chaussures, le contrefacteur avait réalisé un bénéfice net de 1 350 480 francs or, il n'a été condamné à payer que 500 000 francs de dommages-intérêts. Après déduction du montant de l'indemnisation, ses actes de contrefaçon lui ont rapporté, 850 000 francs, auxquels il faut encore enlever les frais de procédure. En échouant à indemniser l'entier préjudice des titulaires de droits, l'action civile échoue, aussi, à remplir sa fonction d'engagement de la responsabilité. En effet, l'importante différence entre le montant des dommages-intérêts et les profits réalisés par le contrefacteur ne favorise pas la prise de conscience de sa responsabilité. De surcroît, malgré les destructions des biens contrefaisants et la confiscation des moyens principalement destinés à leur fabrication, le contrefacteur, toujours bénéficiaire à l'issue de la procédure, poursuivra son activité illicite. Outre les objectifs d'indemnisation et d'engagement de la responsabilité, celui de cessation des activités n'est alors pas atteint.

1060. Des lacunes justifiant l'intervention du droit pénal - Confrontés à ces difficultés d'évaluation de leur préjudice et au caractère lucratif de la contrefaçon, les titulaires de droits déplorent, certes, un manque d'indemnisation, mais, aussi, un manque d'effet dissuasif et sanctionnateur. Pourtant, ces lacunes sont inhérentes au droit civil et les fonctions de dissuasion et de sanction ne relèvent pas de ce droit, mais du droit pénal³⁰⁰⁶. Monsieur le Professeur Revet rappelle que « *le droit pénal des biens et le droit civil des biens se distinguent par leurs objectifs, leurs logiques, leurs raisons d'être et leurs fonctions* »³⁰⁰⁷. De nombreux auteurs ont démontré la différence de logique parcourant ces deux droits, « *le droit pénal vise à punir le coupable ; il frappe le délinquant d'une peine ; le droit civil, lui, ne tend qu'à assurer la réparation du préjudice causé* »³⁰⁰⁸. L'indemnisation n'est pas une sanction, puisqu'évaluée à l'aune de l'ampleur du préjudice et non de la faute commise³⁰⁰⁹. Elle a pour fonction de « *rétablir la victime dans la situation qui était la sienne avant la production du dommage* »³⁰¹⁰. Certes, en vertu du principe de réparation intégrale, l'auteur de la faute peut craindre qu'il lui soit demandé

³⁰⁰⁵ CA Paris, 14 sept. 1988, *Minibel* : *Gaz. Pal.* 1989, II, doct. p. 470-471, C. Rodhain.

³⁰⁰⁶ C.-A. Morand, « La sanction », *Arch. philo. dr.*, Sirey, 1990, t. 35, p. 305 ; J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 677.

³⁰⁰⁷ Th. Revet, « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, J.-Ch. Saint-Pau (dir.), éd. Cujas, 2012, p. 29-40, spéc. p. 29.

³⁰⁰⁸ A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, Dalloz, 1959, t. 3, n° 281, p. 272 ; F. Chabas, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, Montchrestien, 1975, n° 102, p. 119-120.

³⁰⁰⁹ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, n° 26, chron. p. 197-204.

³⁰¹⁰ C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. dir. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002, n° 1, p. 17.

de réparer le dommage qu'il a causé, mais il ne peut en être déduit que la responsabilité civile joue un rôle de dissuasion. La fonction de dissuasion est interdépendante à celle de sanction, donc de répression³⁰¹¹. *A contrario*, la peine dépend de la gravité de la faute et de l'atteinte portée aux valeurs sociales³⁰¹². Elle sanctionne le comportement et non le résultat³⁰¹³. Le dépassement du débat sur l'évaluation du préjudice, par celui sur les fonctions des régimes de responsabilité démontre que la protection du droit de la propriété intellectuelle exige de dissuader et de sanctionner les contrefacteurs. Dès lors, le droit pénal apparaît légitime à protéger le droit de la propriété intellectuelle. Droit subsidiaire, le droit pénal est nécessaire afin d'assurer la dissuasion et la sanction des actes de contrefaçon, réclamées par les titulaires de droits. Monsieur le Professeur Revet constate que « *grâce au droit pénal, les immixtions dans la sphère de souveraineté du sujet à l'égard des choses qui lui sont propres sont combattues avec une force dont le droit civil est incapable* »³⁰¹⁴. Dans l'affaire Minibel, si une action publique avait été mise œuvre, le montant de l'amende en cas d'infraction commise par une personne morale étant portée au quintuple, le contrefacteur aurait encouru 1 500 000 euros d'amende, dépassant largement le bénéfice réalisé.

1061. La solution apportée par le législateur - Le législateur français a, certes, établi une protection pénale pour chaque droit de propriété intellectuelle, excepté en matière de produits semi-conducteurs et d'indications géographiques. Toutefois, malgré les différences de logique entre les deux systèmes d'engagement de la responsabilité, il a, aussi, sous l'influence de l'Union européenne, pour chaque droit, introduit des dommages-intérêts susceptibles d'être punitifs³⁰¹⁵. Outre le bouleversement illégitime de la philosophie du droit civil et l'anéantissement du principe de réparation intégrale³⁰¹⁶, cette mesure révèle la nécessité d'une répression effective. A l'aune de ces démonstrations le droit pénal apparaît donc nécessaire et intervient subsidiairement en raison de l'insuffisance du droit civil – dépourvu de fonction répressive – à protéger le droit de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

1062. L'analyse de la nature du droit pénal démontre qu'il est légitime à intervenir dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle. Concernant le principe de nécessité, le seuil pénal est atteint par les infractions aux droits de propriété intellectuelle. L'incrimination et la sanction des comportements portant atteinte à ces droits sont légitimes. De surcroît, le principe

³⁰¹¹ Voir *supra* n° 513 et s.

³⁰¹² Avant la réforme du code pénal en 1992, la Chambre criminelle affirmait que la peine varie en fonction de la gravité de la faute et, de manière secondaire, en fonction de la gravité du dommage subi par la victime : Cass. crim., 8 oct. 1959, *JCP G* 1959, II, 11324, note J. Larguier.

³⁰¹³ Ce qui justifie la sanction de la tentative.

³⁰¹⁴ Th. Revet, « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, J.-Ch. Saint-Pau (dir.), éd. Cujas, 2012, p. 29-40, spéc. p. 29.

³⁰¹⁵ Voir *supra* n° 719 et s.

³⁰¹⁶ Voir *supra* n° 738.

de subsidiarité est respecté. Si la seule instauration de dommages-intérêts, susceptibles d'être punitifs, suffit à le démontrer, l'argumentation réalisée à partir de fonctions traditionnelles du droit pénal révèle que le droit civil n'est pas adapté à la lutte contre les fautes lucratives. L'intervention du droit pénal, en application du principe de subsidiarité, confère alors la possibilité de respecter la frontière entre droit de la responsabilité civile et droit de la responsabilité pénale.

CONCLUSION DE LA SECTION I

1063. Les arguments contestant la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle sont nombreux. Certains actes de contrefaçon sont devenus routiniers et la passivité de l'Etat a nourri l'indifférence des membres de la société. Concernant le droit d'auteur et les droits voisins, l'action étatique de diffusion de la culture et l'instauration de facilités d'accès à ces biens a pour effet la revendication d'un prix dérisoire, voire de la gratuité. Cette dévalorisation du droit de la propriété intellectuelle est source d'incompréhension de l'incrimination des comportements y portant atteinte. Le droit pénal n'apparaît alors légitime, pour les consommateurs, qu'en raison du risque que crée la contrefaçon, pour leur santé et leur sécurité ou celle de l'Etat. Ce décentrement de la légitimité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle présente une difficulté majeure, car ce droit n'a pas vocation à garantir la qualité des produits ou services. Le fondement sociologique de la légitimité de la protection pénale de ce droit ne coïncide donc pas avec le fondement juridique. Pourtant, il a été démontré qu'outre leur valeur sociale essentielle, conférée par la qualification de droit de propriété, les droits de propriété intellectuelle exercent des fonctions sociales déterminantes dans l'organisation de notre société. Utile à la diffusion de la culture, à l'innovation et au développement économique des entreprises, ainsi que des Etats, le droit de la propriété intellectuelle est devenu un instrument de politiques publiques. Les atteintes portées aux droits ont alors d'importantes répercussions sur l'ordre social, imposant une réponse pénale de la part de l'Etat. La réhabilitation de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle permet d'envisager la reformation de la matière pénale appliquée à ce droit.

SECTION II - La formation d'un droit pénal de la propriété

1064. Du chaos à l'ordre - La qualification du droit de propriété intellectuelle de droit de propriété et la démonstration de la légitimité du droit pénal à en assurer la protection incitent à rationaliser la matière pénale de la propriété intellectuelle. Les concours de qualifications entre les infractions du livre troisième du code pénal, désormais applicables aux biens incorporels non rivaux, et celles du code de la propriété intellectuelle révèlent leur convergence vers la protection du droit de propriété. En effet, l'incorporalité des biens implique l'absence de maîtrise matérielle, ce qui a pour conséquence de recentrer l'infraction sur le pouvoir juridique dont dispose l'individu sur le bien. Les infractions du livre troisième du code pénal retrouvent alors leur fonction principale, sanctionner les atteintes au droit de propriété. Un parallélisme est instauré avec les infractions aux droits de propriété intellectuelle, dont l'élément matériel est constitué par l'atteinte aux droits. Un droit pénal commun aux différents régimes juridiques du droit de propriété se dessine (PARAGRAPHE I). L'élaboration d'un droit pénal de la propriété donnerait l'occasion de mettre fin aux dérives de répression hors du champ pénal, observées en droit de la propriété intellectuelle. L'incrimination unique d'atteintes au droit de propriété et le choix de peines adaptées produiraient plusieurs effets. Grâce aux infractions communes, le droit de la propriété intellectuelle pourrait espérer une protection pénale effective et efficace. De surcroît, celle-ci rendrait inutile le droit civil répressif, rétablissant la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. Enfin, le droit pénal commun, applicable au droit de la propriété, formerait un lien concret entre cette qualification et le droit de la propriété intellectuelle (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - La formation d'un droit pénal commun aux divers régimes du droit de propriété

1065. Une infraction et des peines communes - Le législateur et les juges sont confrontés à la dématérialisation des biens, inhérente aux évolutions technologiques que connaît notre société. Les informations sont devenues objets de commerce et sources de richesses. Leur protection pénale, éclatée, ainsi que celle d'autres biens incorporels non rivaux, constituent le reflet de leurs régimes juridiques, qui forment une mosaïque dont le dessin n'est plus intelligible. A l'heure de la transposition de la directive dite secrets d'affaires³⁰¹⁷, il serait intéressant, si ce n'est de s'interroger sur l'articulation des régimes juridiques des différentes catégories de biens-informations, d'au minimum réformer leur protection pénale. En effet, la jurisprudence, parfois audacieuse, de la Chambre criminelle de la Cour de cassation témoigne de l'archaïsme des infractions contre les biens du code pénal. Cette évolution inévitable du code pénal conjuguée à l'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle, encourage

³⁰¹⁷ Directive (UE), 2016/943, du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites – transposée par la loi, n° 2018-670, du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

l'incrimination des atteintes au droit de propriété par une infraction unique (I), dont les peines garantiraient l'efficacité dissuasive et répressive (II).

I- La formation d'une infraction commune

1066. Une infraction pour la protection du droit de propriété - A l'aune de la conception intellectuelle des infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal, deux voies sont susceptibles d'être empruntées. L'une consiste en la consécration de la reproduction comme élément matériel du vol. Sans modifier l'actuelle infraction, une incrimination supplémentaire, à l'image de celle dédiée à l'énergie, pourrait être créée. L'infraction pourrait être rédigée en ces termes, « la reproduction frauduleuse d'une information est assimilée au vol ». Il est possible d'ajouter que la reproduction peut être effectuée « *par tout moyen* » afin de reprendre les termes de l'arrêt du 28 juin 2017, rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation³⁰¹⁸. Toutefois, cette précision alourdit inutilement l'incrimination. Le délit d'abus de confiance, suffisamment souple pour s'adapter aux biens incorporels non rivaux, ne requiert pas de modifications. Ce choix présente l'avantage de préserver, intacte, l'infraction de vol. Cependant, il produit de nombreux concours de qualifications, notamment avec la contrefaçon par reproduction, les infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données, aux règles de traitement des données à caractère personnel et au secret protégeant certaines informations. De surcroît, cette infraction participe du morcèlement du droit pénal protégeant le droit de propriété. L'autre voie mène à la création d'une incrimination, née de la fusion des infractions dont l'objet, exprès ou sous-jacent, est le droit de propriété (A). Cette infraction commune aux différents régimes du droit de propriété, constitue une solution aux concours de qualifications précédemment étudiés, tout en préservant les infractions périphériques aux droits de propriété intellectuelle (B).

A- La fusion des infractions en une nouvelle infraction de résultat

1067. L'incrimination des atteintes au droit de propriété - Les infractions de vol et d'abus de confiance, les atteintes aux données contenues dans un système de traitement automatisé ainsi que les infractions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle ont toutes pour objet, exprès ou implicite, le droit de propriété. Leur ouverture aux biens incorporels non rivaux démontre que ces infractions du code pénal ne sanctionnent pas des atteintes matérielles aux biens, mais l'exercice frauduleux de prérogatives relevant du droit de propriété. La fusion de ces infractions a donc vocation à conférer au droit de propriété le statut d'objet de la nouvelle infraction, commune aux différents régimes juridiques de ce droit (1), ce qui implique une adaptation des éléments la constituant (2).

³⁰¹⁸ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411.

1- Le droit de propriété, objet de la nouvelle infraction

1068. De la protection pénale des biens à la protection pénale du droit de propriété -

L'acception intellectuelle des infractions contre les biens du code pénal met en évidence le statut d'objet des infractions du droit de propriété et le rôle d'*instrumentum* du bien concerné. Le nouvel éclairage de ces infractions fait apparaître l'existence d'un parallélisme entre celles-ci et les infractions relatives aux droits de propriété intellectuelle (a). Le droit de propriété peut alors constituer l'objet de la nouvelle incrimination et son existence devra être démontrée préalablement à la mise en œuvre de l'infraction (b).

a- Le droit de propriété, objet des infractions du code pénal et du code de la propriété intellectuelle

1069. Le droit de propriété, clé de voûte des infractions de vol et d'abus de confiance - L'évolution des infractions contre les biens, présentes dans le code pénal, a induit leur recentrement sur la protection du droit de propriété. L'objet de ces infractions n'est plus la chose, mais le droit. Si le vol était centré sur la soustraction du bien et l'abus de confiance sur son détournement, l'étude des infractions et de leur mise en œuvre par les juges démontre qu'elles tendent à sanctionner l'exercice frauduleux des prérogatives du droit de propriété, plutôt que le sort réservé au bien. En effet, l'abus de confiance sanctionne l'exercice abusif de prérogatives qui ont été dévolues au tiers. Cet abus est traduit par la violation des obligations auxquelles s'est engagé le tiers lors de la remise du bien. L'acception intellectuelle des éléments matériels de l'abus de confiance n'a eu pour effet que de faire apparaître cette conception sous-jacente de l'infraction. De manière plus radicale, le vol sanctionne la privation de prérogatives du propriétaire sur son bien. Dès lors que le bien doit être possédé physiquement pour que le propriétaire exerce ses prérogatives, son enlèvement le prive de cette possibilité. Un raisonnement trop rapide pourrait laisser croire que l'arrachement du bien corporel prive le propriétaire de l'ensemble de ses prérogatives. Cependant, dans certaines circonstances, il est des prérogatives qui, pour être exercées, n'imposent pas que le bien soit physiquement maîtrisé. Ainsi, le propriétaire d'une voiture, qui loue la carrosserie comme espace publicitaire, pourrait continuer à percevoir les fruits malgré sa soustraction frauduleuse.

Le même constat peut être tiré de l'incrimination des actes de reproduction, d'extraction, de détention et de transmission des données contenues dans un système de traitement automatisé de données, par la loi du 13 novembre 2014³⁰¹⁹. Ces actes, contrairement à la suppression et la modification des données, ne constituent pas une atteinte aux données, mais l'exercice de prérogatives, sans l'autorisation du propriétaire³⁰²⁰. Ils portent donc atteinte au droit de propriété et non au bien qui en est grevé.

³⁰¹⁹ Voir *supra* n° 358 et s.

³⁰²⁰ Encore faut-il, pour qu'il y ait un propriétaire, que les données soit appropriables.

Le droit de propriété est l'objet de ces infractions et le bien en constitue seulement *l'instrumentum*. Cette conception concorde avec la référence au « *bien quelconque* » par l'incrimination de l'abus de confiance, avec l'absence de restriction de l'infraction de vol à certaines choses, notamment en fonction de leur valeur, ainsi qu'avec le fait que la reproduction de données contenues dans un système de traitement automatisé constitue une infraction, quel que soit le nombre de données concernées.

1070. La protection du droit de propriété et non de la simple possession - Certains auteurs estiment que le vol et l'abus de confiance ne protègent pas seulement le droit de propriété, mais, aussi, la possession. La soustraction d'un bien des mains du simple possesseur constitue un vol. Attribuer au droit de propriété le statut d'objet de l'infraction, réduirait-il son champ d'application ? La possession est définie à l'article 2255 du code civil comme étant « *la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom* ». Bien que le possesseur soit toujours présumé posséder pour lui, à titre de propriétaire³⁰²¹, cette présomption légale est réfragable puisque seules les règles de prescription acquisitive permettent au possesseur de devenir propriétaire du bien³⁰²². « *En fait de meubles, la possession vaut titre* »³⁰²³, dès lors qu'elle est « *continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire* »³⁰²⁴. Par conséquent, ne peuvent prescrire ceux qui possèdent pour autrui³⁰²⁵ ou qui possèdent par pure faculté ou simple tolérance de la part du propriétaire³⁰²⁶. La soustraction d'un bien, d'entre les mains d'un individu, dont la possession remplit les conditions de la prescription acquisitive en matière mobilière, porte atteinte au droit de propriété et non uniquement à la possession. Dans l'hypothèse où les conditions ne sont pas satisfaites, la soustraction du bien constituera une atteinte, certes à la possession, mais, principalement, aux droits du propriétaire. La soustraction frauduleuse de la chose d'autrui est donc incriminée en raison de la violation du droit de propriété. Si le bien est possédé par un tiers, pour le propriétaire, l'incrimination ne protège qu'indirectement la possession. En effet, celle-ci procède du droit de propriété, sa protection ne constitue que la protection d'une des prérogatives de ce droit. Cette démonstration est corroborée par le second alinéa de l'article 2276 du code civil, qui dispose que « *[...] celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve [...]* ». Cette disposition constitue une limite au principe énoncé à l'alinéa précédent, qui prévoit qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Nonobstant l'existence d'une possession répondant aux conditions de la prescription acquisitive, le

³⁰²¹ Art. 2256 du code civil.

³⁰²² Art. 2258 du code civil.

³⁰²³ Art. 2276 du code civil.

³⁰²⁴ Art. 2261 du code civil.

³⁰²⁵ Art. 2266 du code civil.

³⁰²⁶ Art. 2262 du code civil.

propriétaire d'un bien volé peut le revendiquer auprès du possesseur, dont le titre régulier lui confère la propriété. Le droit de propriété, atteint par la soustraction frauduleuse du bien, est protégé malgré l'existence d'une possession prescrite. Cette disposition démontre que le vol porte atteinte au droit de propriété et que son incrimination protège ce droit et non la seule possession³⁰²⁷.

Un raisonnement similaire peut être tenu au sujet de l'abus de confiance. Certes, la remise du bien et l'octroi de prérogatives, à charge de respecter les obligations qui les sous-tendent, peuvent être le fait du possesseur. Toutefois, les deux situations, précédemment étudiées, doivent être envisagées. Si les conditions de la prescription acquisitive sont remplies, le possesseur est propriétaire du bien et sa remise précaire consiste en l'exercice de ses prérogatives. Si les conditions ne le sont pas, le possesseur exerce des prérogatives en vertu d'une autorisation du propriétaire du bien. La remise précaire n'est donc que l'exercice d'une prérogative du droit de propriété. L'abus de confiance ne protège qu'indirectement la possession car la violation de ses obligations par le bénéficiaire de la remise porte atteinte au droit du propriétaire du bien.

Le vol et l'abus de confiance protègent le droit de propriété, valeur sociale essentielle à notre société. La reconnaissance expresse de son statut d'objet de ces infractions n'a pas pour effet de réduire leur champ d'application.

1071. Une conception conforme au *furtum* - Dans son dix-neuvième tome du Manuel des Antiquités romaines, dédié au droit pénal romain, le romaniste allemand Mommsen expose les délits d'appropriation du bien d'autrui relevant du *furtum* des jurisconsultes romains³⁰²⁸. L'historien explique que *fur* signifie, en grec, « celui qui emporte » et *furtum* désigne le fait d'emporter ainsi que la chose emportée. Dans son acception délictuelle, *furtum* est « l'appropriation injuste du bien d'autrui »³⁰²⁹. Bien que cette notion embrasse, aussi, le détournement, l'auteur nomme vols, les différents délits constituant le *furtum*. Il explique que, d'une part, le vol de la chose d'un particulier consiste en la commission d'un acte constitutif de la possession avec une intention délictuelle, celle de s'enrichir injustement. Celui qui a la possession ou la détention de la chose sera considéré comme étant voleur, s'il saisit de nouveau la chose avec une intention délictuelle. D'autre part, constitue un vol, au sens du *furtum*, « la violation délictuelle des limites du droit d'usage », laquelle est caractérisée « lorsque le propriétaire a accordé à un tiers la possession ou la détention d'une chose et que le détenteur n'observe pas les limites arbitrairement fixées ou naturelles de son droit d'usage »³⁰³⁰. En

³⁰²⁷ Il convient de distinguer le droit protégé par l'infraction, des victimes de celle-ci. Si la possession n'est protégée qu'indirectement, par le truchement de la protection du droit de propriété, le possesseur, qui a subi la soustraction du bien, est victime du vol et peut se constituer partie civile aux côtés du propriétaire du bien.

³⁰²⁸ T. Mommsen, « Le droit pénal romain », t. 19, trad. de J. Duquesne, Paris, 1907, in *Manuel des Antiquités romaines*, T. Mommsen, J. Marquardt et P. Krüger, spéc. t. 3, p. 34 et s.

³⁰²⁹ *Id.*, spéc. t. 3, p. 35.

³⁰³⁰ *Id.*, spéc. t. 3, p. 38.

l'absence de la *contrectatio* de la chose d'autrui, le vol ne peut être constitué. Sont ainsi exclus de cette qualification, le dol concernant les qualités de la chose et la contrainte exercée sur une personne pour qu'elle s'engage à l'exécution d'une obligation. Bien qu'empreint de matérialisme, le *furtum* existe moins en raison de l'acte sur la chose que de la violation du droit de propriété. Mommsen explique qu'il ne peut être appliqué qu'aux choses qui sont, au moment de l'acte, « *dans la propriété d'une personne* ». Toute personne qui subit un préjudice dans son patrimoine pourra agir contre toute personne qui se rend coupable d'une appropriation présentant ces caractères. Par conséquent, le possesseur de bonne foi pourra agir contre le propriétaire de la chose, s'il lèse sa possession. Il en est de même pour le détenteur de la chose. Cette étude du *furtum* démontre qu'il a vocation à protéger le droit de propriété ou les prérogatives du droit de propriété sur la chose, plutôt que le sort de la chose elle-même³⁰³¹. Ce n'est que la désignation, par le terme soustraction, de l'intraduisible « *contrectatio* » et la volonté des auteurs de l'ancien droit de distinguer le vol, consistant en l'enlèvement du bien des mains de son propriétaire, de l'usage abusif de la chose préalablement remise³⁰³², qui est à l'origine du décentrement des infractions sur la chose. L'objet des infractions de vol et d'abus de confiance n'est donc pas le bien, mais le droit de propriété. Une telle conception de ces délits est conforme à leur origine commune en droit romain, désignée par le *furtum*.

1072. Leur rapprochement des infractions aux droits de propriété intellectuelle - Deux méthodes d'incrimination ont été utilisées par le législateur, en droit de la propriété intellectuelle, la méthode normative et la méthode par renvoi³⁰³³. Les infractions sont toutes constituées par l'exercice d'un droit en l'absence d'autorisation du propriétaire. Leur étude démontre qu'elles tendent à protéger le droit de propriété et non le bien, objet du droit³⁰³⁴.

1073. Le droit de propriété, double élément de l'infraction - La nature ubiquitaire des biens incorporels non rivaux met en exergue l'importance du droit de propriété sur le bien et la nécessité de sa protection pénale. En effet, qu'il soit expressément énoncé comme tel par le législateur ou que ce statut soit révélé par interprétation jurisprudentielle, le droit de propriété constitue l'objet des infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal, ainsi que celui des infractions relatives aux droits de la propriété intellectuelle. Afin de protéger le droit et non la chose, la rédaction de l'infraction commune aux différents régimes du droit de propriété doit rompre avec celle utilisée pour les infractions de vol et d'abus de confiance.

³⁰³¹ Dans le même sens : G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, th. dir. B. de Lamy, LGDJ, bibli. dr. privé, t. 532, 2012, n° 230, p. 97 : « [...] le *furtum* représente, en droit romain, toute atteinte indifférenciée contre la propriété ».

³⁰³² D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, éd. Debure, 1771, t. 4, titre LVII, « Du vol », art. II, « Diverses espèces de vols simples », n° 14 et s., p. 172 et s. ; M. Muzart de Vouglans, *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot, Crapart et Morin, 1780, t. 1, 1^{ère} partie, livre III, titre VI, chap. I, X, p. 255.

³⁰³³ Voir *supra* n° 57 et s.

³⁰³⁴ *Ibid.*

b- Le droit de propriété, objet et condition préalable à la nouvelle infraction

1074. Le droit de propriété, objet de la nouvelle infraction - Afin de constituer une protection commune aux différents régimes du droit de propriété, la nouvelle infraction devra avoir pour objet, non plus le bien, désormais expressément limité à un rôle d'*instrumentum*, mais le droit de propriété. La consécration de ce nouvel objet implique l'absorption de certaines infractions contre les biens, qui protègent implicitement le droit de propriété. La fusion des infractions de vol et d'abus de confiance, donnant naissance à la nouvelle infraction, emporte le détournement de gage ou d'objet saisi³⁰³⁵. Les infractions relevant de l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité ainsi que celles constituant des extorsions et escroqueries, par l'exercice contraint d'un droit sur le bien, pourront être conservées telles qu'actuellement rédigées³⁰³⁶. La protection de l'intégrité physique des biens sera laissée aux infractions de destruction, dégradation et détérioration. Les infractions de recel et de blanchiment, sanctionnant le bénéfice tiré de l'atteinte préalablement commise au droit de propriété ou le simple fait de prolonger cette atteinte, conservent, aussi, leur rédaction actuelle³⁰³⁷.

1075. L'existence d'un droit de propriété, condition préalable à la nouvelle infraction - Le droit de propriété étant l'objet de la nouvelle infraction, la preuve de l'appropriation du bien constitue une condition préalable à sa mise en œuvre. L'unification se limitant à la protection pénale de la propriété, l'existence du droit sur le bien devra être démontrée conformément aux conditions spécifiques à chacun de ses régimes. Or, nonobstant la fonction normative du droit pénal, leur détermination relève du droit civil. Malgré la création d'un droit pénal de la propriété, le juge répressif n'échappera pas à la complexité de l'application des conditions d'attribution d'un droit de propriété intellectuelle³⁰³⁸. Cette condition préalable exige, en outre, du juge qu'il vérifie la nature appropriable de la chose. Dans l'hypothèse où le litige porte sur une information, le juge devra s'assurer qu'elle relève d'une des catégories d'informations susceptibles d'appropriation, limitativement déterminées par le législateur.

³⁰³⁵ Art. 314-5 à 314-6 du CP.

³⁰³⁶ Une évolution jurisprudentielle du délit d'escroquerie révèle, toutefois, qu'il tend moins à protéger le patrimoine que la personne. Les juges sanctionnent l'atteinte à la liberté du consentement, à la confiance, rapprochant cette infraction du délit d'abus de faiblesse (Cass. crim., 28 janv. 2015, n° 13-86.772 : *Bull. crim.* 2015, n° 24 – voir aussi : Cass. crim., 30 juin 2004, n° 30-85.019 : *Bull. crim.* 2004, n° 178 ; Cass. crim., 16 juin 2010, n° 05-84.147 et n° 09-84.036). Certes, cette évolution est soumise à une controverse doctrinale, mais il semble que la modification du livre toisième du code pénal pourrait inciter le législateur à placer le délit d'escroquerie dans le livre deuxième de ce code.

³⁰³⁷ L'infraction de blanchiment.

³⁰³⁸ Voir *supra* n° 89 et s.

1076. L'élaboration de l'infraction - La consécration du droit de propriété comme objet de cette nouvelle infraction rend indispensable une réflexion sur le choix de son élément matériel et de son élément moral.

2- L'adaptation des éléments de l'infraction à son objet

1077. Le choix d'éléments matériel et moral adaptés - La reconnaissance du droit de propriété comme véritable objet des infractions de vol et d'abus de confiance rend nécessaire la création d'une nouvelle infraction. Qu'elle émerge de la fusion de ces infractions ou qu'elle les réforme, elle implique la création d'un élément matériel (a) et le choix d'un élément moral (b), adaptés à cet objet.

a- La détermination d'un élément matériel

1078. Un élément matériel large mais légitime - Bien qu'il soit possible de puiser parmi les éléments matériels apparaissant dans la jurisprudence de la Chambre criminelle, relative à l'infraction de vol, il semble que la création d'un nouvel élément, parfaitement adapté à l'objet de la nouvelle infraction soit la solution la plus judicieuse (i). Si le champ d'application de cet élément matériel peut paraître large, l'étude de la gravité des actes incriminés démontre sa légitimité (ii).

i- Le choix de l'élément matériel

1079. La détermination du nombre d'infractions créées - La réflexion sur l'élément matériel de la nouvelle infraction requiert, préalablement, de choisir entre la création de deux infractions maintenant la distinction entre le vol et l'abus de confiance ou l'élaboration d'une infraction issue de la fusion de ces deux délits. Dans la première hypothèse, l'élément distinctif sera l'existence d'une dévolution préalable de prérogatives du droit de propriété. Dans la seconde hypothèse, la trahison de la confiance accordée lors de l'attribution de prérogatives sur le bien peut constituer une circonstance aggravante. Bien que cette solution soit préférable, ces deux possibilités méritent d'être étudiées.

1080. Les éléments matériels issus de la jurisprudence - La jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, relative au vol, fournit quelques éléments de réflexion quant au choix des termes susceptibles de qualifier l'atteinte au droit de propriété. Dans les arrêts précédemment étudiés³⁰³⁹, deux notions sont substituées à celle de soustraction, l'appréhension et l'appropriation. Malgré son acception matérielle et intellectuelle, la notion d'appréhension

³⁰³⁹ Voir *supra* n° 295 et s.

doit être exclue car elle n'a été appliquée qu'aux supports de l'information et a été récemment remplacée par celle d'appropriation. Quand bien même cette dernière ne serait, elle aussi, qu'utilisée en référence aux supports dans les derniers arrêts de la Cour, cette notion semble, *a priori*, plus adaptée. Dans sa décision du 8 décembre 1998³⁰⁴⁰, elle énonce, sous le visa des articles 379 ancien et 311-1 du code pénal, que « *toute appropriation de la chose d'autrui contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur caractérise la soustraction frauduleuse constitutive du vol* ». Le 28 juin 2017, elle précise que l'appropriation frauduleuse des documents peut s'effectuer par « *tout moyen de reproduction* »³⁰⁴¹. L'appropriation n'est pas nécessairement réalisée par la maîtrise physique du bien, elle désigne aussi le pouvoir juridique sur celui-ci. Cependant, elle comporte un aspect psychologique, puisqu'elle induit l'existence d'une volonté. L'appropriation n'est pas uniquement caractérisée par un acte matériel ou juridique sur le bien, elle exige la volonté de se comporter en propriétaire du bien. Cette notion n'est pas sans rappeler la définition du *furtum*, dont le centre de gravité est constitué par l'appropriation injuste du bien d'autrui. Toutefois, mêlant élément matériel et dol spécial, est-elle suffisamment claire et précise pour satisfaire aux principes fondamentaux du droit pénal ? Le 25 mai 1993, la Cour européenne des droits de l'homme, se fondant sur l'article 7 de la Convention européenne, a rappelé que l'infraction doit être clairement définie par la loi³⁰⁴². Ne désignant aucun acte précis, la notion d'appropriation risque d'être considérée comme étant trop floue pour être conforme à ce principe.

1081. Le choix de l'élément matériel - Le droit de propriété étant l'objet de l'infraction, l'incrimination doit porter sur l'exercice frauduleux des prérogatives relevant du droit de propriété. Dans un souci de précision, il conviendra de mentionner qu'il peut concerner une ou plusieurs prérogatives. L'utilisation de la notion de prérogatives paraît être indispensable au regard de la conception actuelle, majoritaire, du droit de propriété. Si la conception du droit de propriété, théorisée par Messieurs les Professeurs Zenati-Castaing et Revet, était adoptée, une telle référence aux prérogatives du droit de propriété n'aurait plus de sens. La propriété, conçue comme la puissance sur un bien, constitue le rapport propriétaire à toute chose, par conséquent, les actuelles prérogatives sont des droits, qui procèdent de la propriété. Le bien est, quant à lui, « *toute entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité* »³⁰⁴³. Cette théorie étant minoritairement adoptée par la doctrine, l'élément matériel proposé portera sur les prérogatives du droit de propriété³⁰⁴⁴.

L'*instrumentum* de l'infraction, le bien, pourrait être mentionné et qualifié de bien meuble, afin d'exclure les biens immeubles. Néanmoins, une telle précision forme un obstacle à toute

³⁰⁴⁰ Cass. crim., 8 déc. 1998, n° 97-83.318.

³⁰⁴¹ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411.

³⁰⁴² CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinatis c/ Grèce*.

³⁰⁴³ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, p. 21, n° 2.

³⁰⁴⁴ Une formulation de l'infraction, conforme à la théorie de ces Professeurs, sera toutefois proposée – voir *infra* n° 1083.

évolution possible de la jurisprudence. Si la Cour de cassation a rappelé, le 10 octobre 2001, que les biens immeubles sont exclus de la notion de bien quelconque visée dans l'incrimination de l'abus de confiance³⁰⁴⁵, elle a affirmé le 28 septembre 2016 que « *l'escroquerie peut porter sur un immeuble, lequel constitue un bien au sens de l'article 313-1 du code pénal* »³⁰⁴⁶. Or, ce délit concerne, lui aussi, « *tout bien quelconque* ». Cette récente interprétation de la notion de bien quelconque, ouvrant l'escroquerie aux biens immeubles, pourrait influencer l'interprétation de l'infraction d'abus de confiance³⁰⁴⁷. Restreindre l'incrimination proposée aux biens meubles empêcherait une telle évolution.

1082. La rédaction des nouvelles infractions distinguant la remise préalable ou non de prérogatives sur le bien - L'infraction d'abus de confiance pourrait être ainsi réformée : « constitue un abus de confiance, la violation, par une personne, d'une ou plusieurs prérogatives du droit de propriété portant sur le bien quelconque d'autrui, qui lui ont été accordées et qu'elle a acceptées ». L'infraction de vol disparaîtrait au profit d'une infraction ainsi rédigée : « Est puni de [précision des sanctions³⁰⁴⁸], l'usurpation d'une ou plusieurs prérogatives du droit de propriété portant sur le bien quelconque d'autrui ». Ces propositions respectent la structure actuelle des infractions de vol et d'abus de confiance. Toutefois, une autre proposition, plus audacieuse, peut être étudiée.

1083. La rédaction d'une infraction née de la fusion des infractions de vol et d'abus de confiance - Une infraction, conforme au raisonnement mené au sujet de la fusion des infractions de vol et d'abus de confiance, pourrait être ainsi formulée : « Est puni de [précision des sanctions³⁰⁴⁹], l'exercice frauduleux, sur le bien quelconque d'autrui, d'une ou plusieurs prérogatives du droit de propriété »³⁰⁵⁰. La circonstance aggravante, constituée par l'abus dans l'exercice des prérogatives préalablement dévolues sur le bien, pourrait être ainsi rédigée : « Lorsque l'exercice frauduleux porte sur une ou plusieurs prérogatives qui ont, préalablement, été accordées et acceptées, les peines sont portées à [précision des sanctions³⁰⁵¹] ». ».

³⁰⁴⁵ Cass. crim., 10 oct. 2001, n° 00-87.605 : *Bull. crim.* 2001, n° 205 ; *D.* 2002, p. 1796, obs. B. de Lamy ; *RSC* 2002, p. 108, R. Ottenhof - Dans le même sens : Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-83.707 : *JCP* 2009, n° 31-35, note. G. Beaussonie ; *RSC* 2009, p. 841, R. Ottenhof.

³⁰⁴⁶ Cass. crim., 28 sept. 2016, n° 15-84.485 : *Bull. crim.* 2016, n° 254 ; *AJ Pénal* 2016, p. 582, note G. Beaussonie.

³⁰⁴⁷ C. Renaud-Duparc, « Apports jurisprudentiels à la délimitation des contours de l'escroquerie », *AJ Pénal* 2017, p. 211.

³⁰⁴⁸ Voir *infra* n° 1101 et s.

³⁰⁴⁹ Voir *infra* n° 1101 et s.

³⁰⁵⁰ Une version de cette incrimination, conforme à la théorie de la propriété élaborée par Messieurs les Professeurs Zenati-Castaing et Revet, et prolongée par Madame Vanuxem, pourrait être : « Est puni de [précision des sanctions], l'exercice frauduleux du droit d'autrui sur un bien ».

³⁰⁵¹ Voir *infra* n° 1101 et s.

ii- La mesure de l'élément matériel choisi

1084. La mesure du champ de l'élément matériel - A l'aune de ces incriminations, tout exercice d'une ou plusieurs prérogatives du droit de propriété, sans l'autorisation ou en violation de l'autorisation donnée par son titulaire, constitue une infraction. Cette incrimination est sous-tendue par la condition préalable de l'existence d'un droit de propriété³⁰⁵². Le champ de l'élément matériel est large car il recouvre toutes les atteintes au droit de propriété par l'exercice d'une prérogative. Néanmoins, il convient de remarquer que la précision de l'appartenance du bien à autrui exclut l'engagement de la responsabilité pénale du propriétaire qui contredirait les prérogatives cédées à un tiers sur son bien. Si une telle possibilité était conforme à la conception de l'infraction et permettait de rétablir l'équilibre instauré par le *furtum* dans la sanction des atteintes aux prérogatives du droit de propriété, qu'elles soient commises par le propriétaire ou par le tiers, elle aboutirait à une rupture trop brutale avec les infractions actuelles. De surcroît, dès lors que les prérogatives du propriétaire sont déterminées par la loi, l'incrimination satisfait au principe de légalité des délits.

1085. La sanction pénale de l'atteinte au droit moral de l'auteur - Le droit moral de l'auteur et de l'artiste-interprète, constituant « *un attribut du droit de propriété incorporelle* »³⁰⁵³, trouve une protection pénale sur le fondement de cette nouvelle infraction. Le droit moral, certes qualifié de droit de la personnalité et classé dans les droits extrapatrimoniaux, en référence à la division classique des droits, constitue néanmoins un attribut du droit de propriété intellectuelle. Grâce à cette qualification, la nouvelle infraction peut être appliquée en cas de violation de ces prérogatives attribuées aux auteurs et artistes-interprètes sur leurs créations³⁰⁵⁴.

1086. La sanction pénale du fait de prendre connaissance d'une information - Concernant les craintes de certains auteurs, de voir être pénalement sanctionné le seul fait de prendre connaissance d'une information, il suffit de rappeler que les informations appropriables sont limitativement déterminées par la loi et que les régimes juridiques du droit de propriété sur cette catégorie de biens relèvent du droit civil. Dès lors, le fait de prendre connaissance d'une information ne peut être répréhensible qu'à condition qu'elle appartienne à une catégorie d'informations protégées par le droit et que sa connaissance exclusive ait été élevée en

³⁰⁵² Dans l'hypothèse de la violation d'une prérogative relevant d'un droit de propriété intellectuelle, le juge devra donc vérifier que les conditions déterminées par la loi sont remplies. Un raisonnement similaire devra être tenu concernant les autres informations appréhendées par d'autres régimes juridiques du droit de propriété. Si la détermination des conditions d'appropriation de ces informations fait l'objet de vifs débats, elle ne s'inscrit pas dans le champ de cette démonstration limitée aux informations, objets de droits de propriété intellectuelle.

³⁰⁵³ Art. L. 111-1 du CPI – Une telle qualification n'est pas employée par l'article L. 212-2 du code de la propriété intellectuelle, relatif au droit moral des artistes-interprètes, mais peut être transposée.

³⁰⁵⁴ Il apparaît clairement que la théorie du droit de propriété, élaborée par Messieurs les Professeurs Zenati et Revet, est plus adaptée au droit de la propriété intellectuelle – voir *supra* n° 925.

prérogative par le législateur. Or, la connaissance exclusive d'une information est rarement considérée comme étant une prérogative. Quelques exceptions existent car le législateur a incriminé le fait de prendre connaissance d'une information qui relève du secret des correspondances³⁰⁵⁵ ou du secret défense³⁰⁵⁶. Par ces dispositions, le droit pénal joue un rôle normatif. Néanmoins, il est possible d'envisager que le législateur établisse un régime juridique cohérent des informations et distingue celles qui doivent être protégées afin de pouvoir être divulguées, tels les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, ou les données à caractère personnel, de celles qui doivent être protégées afin de rester secrètes.

1087. L'évaluation de la gravité de l'élément matériel - La nouvelle incrimination proposée n'implique pas, nécessairement, une paralysie des prérogatives du propriétaire, contrairement à l'infraction de vol. L'exercice frauduleux peut ne porter que sur une prérogative et sur un bien incorporel non rival. Malgré l'atteinte, la prérogative peut être exercée, simultanément, par le propriétaire et le tiers. Elle n'est pas retirée au propriétaire, seul son caractère exclusif est anéanti par sa mise en œuvre, de concert, par une autre personne. Faut-il alors en conclure que l'infraction proposée comporte un degré de gravité inférieur à l'infraction de vol ? Toute atteinte au droit de propriété, par l'exercice frauduleux d'une prérogative, peut-elle, légitimement, être pénalement sanctionnée ?

La gravité d'une infraction ne s'évalue pas à l'aune du seul dommage causé. Si cet élément doit être pris en considération, il est insuffisant, en témoignent les peines encourues par un contrefacteur. En effet, la contrefaçon, qui consiste en la violation d'une prérogative du droit de propriété intellectuelle, sans que le propriétaire en soit totalement privé, est sanctionnée de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Si la peine d'emprisonnement est similaire à celle encourue pour vol, l'écart entre cette peine d'amende et celle du vol, s'élevant à 45 000 euros, démontre que le législateur a considéré l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle plus grave que le vol.

Afin d'étudier la gravité de l'exercice frauduleux d'une prérogative du droit de propriété d'autrui sur un bien, il convient d'appliquer les critères d'évaluation élaborés par la Commission de révision du Code pénal, associée aux travaux de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, rappelés par Madame le Professeur Delmas-Marty dans son ouvrage, Les grands systèmes de politique criminelle³⁰⁵⁷. Ces critères, précédemment présentés³⁰⁵⁸, sont syntétisés dans un tableau, à nouveau reproduit pour faciliter la démonstration.

³⁰⁵⁵ Art. 226-15 al. 1 du CP.

³⁰⁵⁶ Art. 413-11 1° du CP.

³⁰⁵⁷ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis, 1992, p. 286-292.

³⁰⁵⁸ Voir *supra* n° 1046.

Indicateurs	Critères	Degré de proximité
Transgression	Faute intentionnelle	3
	Faute d'imprudence (simple ou délibérée)	2
	Faute matérielle	1
Intérêt protégé	Valeurs à haute protection (absolue ou quasi absolue)	3
	Droits et libertés reconnus sous réserve d'exception ou de restriction nécessaire dans une société démocratique	2
	Règles de discipline de la vie en société	1
Domage	Atteinte quantitativement forte	3
	Atteinte quantitativement faible	2
	Menace d'atteinte	1

Appliqués à l'infraction proposée, ces critères aboutissent à un résultat de 7, voire de 8. La faute est intentionnelle (3), le droit de propriété est un droit reconnu sous réserve d'exception ou de restrictions nécessaires à la nature démocratique de notre société (2) et le dommage causé par l'atteinte au droit de propriété peut quantitativement, soit être faible (2), soit être fort (3). Par conséquent, l'exercice frauduleux d'une prérogative du droit de propriété d'autrui sur un bien comporte un degré suffisant de gravité pour que la protection pénale soit légitime.

b- L'exclusion d'un dol spécial

1088. L'existence implicite du dol général - Il n'est pas nécessaire de préciser, dans l'incrimination, l'existence du dol général, qui consiste en la volonté de commettre un acte infractionnel, la conscience d'enfreindre une prohibition légale. Requis pour toute infraction intentionnelle, le dol général est implicitement contenu dans l'incrimination.

1089. L'inutilité du dol spécial d'appropriation du bien - L'ajout d'un dol spécial, qui est la recherche d'un résultat déterminé, est une idée séduisante car il permettrait, *a priori*, de réduire le champ de l'infraction. La notion d'appropriation pourrait apparaître dans l'incrimination qui serait, alors, ainsi rédigée : « Est puni de [précision des sanctions] l'appropriation frauduleuse du bien quelconque d'autrui par l'usurpation d'une ou plusieurs prérogatives du droit de propriété ». La notion d'usurpation se substitue aux termes « exercice frauduleux » afin d'éviter les répétitions. Cependant, l'exercice d'une prérogative du droit de propriété implique la volonté d'appropriation du bien. L'étude de la jurisprudence de la Chambre criminelle a démontré que les juges déduisent de l'exercice du droit de reproduction, la volonté d'appropriation du bien. Il ne semble donc pas nécessaire d'alourdir l'incrimination en exigeant la démonstration d'un dol spécial qui, en pratique, sera déduit de la preuve de l'élément matériel et, par conséquent, ne réduit pas le champ de l'incrimination.

1090. Les effets de cette nouvelle infraction - Cette nouvelle infraction, créée par la fusion des infractions de vol et d'abus de confiance, plonge ses racines dans le *furtum*, lui conférant une certaine stabilité. Sa rédaction lui permet de mettre un terme aux concours de qualifications précédemment étudiés, sans toutefois faire entièrement disparaître le droit pénal de la propriété intellectuelle.

B- L'incidence de la nouvelle infraction sur les infractions existantes

1091. Après la fusion, l'absorption - L'infraction proposée, commune aux différents régimes juridiques du droit de propriété a vocation à absorber nombre d'infractions, notamment celles dont les concours ont été étudiés (1), et laisse au droit de la propriété intellectuelle les infractions qui ne procèdent pas de l'exercice frauduleux d'un droit (2).

1- La suppression des concours de qualifications

1092. La disparition de l'infraction de contrefaçon et de celles assimilées - L'élément matériel de l'infraction proposée lui permet d'absorber toutes les infractions aux droits de propriété intellectuelle caractérisées par l'exercice frauduleux d'un droit. Les infractions de contrefaçon et les infractions inconnues, qui lui sont apparentées, disparaissent donc au profit de cette nouvelle infraction.

1093. La résolution du concours de qualifications impliquant le recel - La fusion de ces infractions de résultat n'a pas d'incidence sur celle de recel, qui peut être maintenue dans sa rédaction actuelle. L'infraction de recel prolonge l'atteinte au droit de propriété par des actes portant sur le bien, *instrumentum* des infractions d'origine. Les concours de qualifications étudiés entre ce délit et les infractions d'origines relatives au droit d'auteur et aux droits voisins sont résolus par l'absorption de ces dernières par la nouvelle infraction. Les infractions de conséquences spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, qui entrent en concours avec le recel, n'entrent pas dans le champ de la nouvelle infraction. Elles peuvent être supprimées en raison de leur inutilité à l'aune de l'infraction du recel. Toutefois, si la Cour de cassation maintient sa jurisprudence relative à l'incompatibilité de qualification entre le recel et les infractions d'origine, une telle suppression implique l'exclusion de tout concours réel d'infractions. Inversement, conserver ces infractions de conséquence permettrait, au juge, de faire jouer les règles du concours d'infractions, dans l'hypothèse où un individu exercerait frauduleusement un droit de propriété intellectuelle et accomplirait, ensuite, des actes relevant de ces infractions.

1094. L'incidence sur les autres infractions du code pénal - Plongeant ses racines dans la fusion des infractions de vol et d'abus de confiance, la nouvelle infraction rend indispensable

l'examen des autres infractions du code pénal, afin d'éviter la création de concours de qualifications ou de supprimer ceux déjà existants. Il a été mentionné que l'infraction de reproduction de données, contenues dans un système de traitement automatisé, entre en concours avec certaines infractions relatives au droit des données à caractère personnel. La suppression du chapitre dédié aux systèmes de traitement ne rend pas inutile de s'interroger sur la possible protection du droit des données à caractère personnel sur le fondement de cette nouvelle infraction. Cependant, le choix d'un tel fondement impliquerait que le rapport de propriété des personnes aux données les identifiant soit consacré³⁰⁵⁹. De manière similaire, dès lors qu'est reconnu un droit de propriété sur les informations protégées par le secret, la répression des atteintes à ce droit pourra être fondée sur cette nouvelle infraction.

2- Le maintien des infractions périphériques aux droits de propriété intellectuelle

1095. Le maintien des infractions aux mesures techniques - L'étude comparative des infractions aux mesures techniques de protection et d'information des œuvres de l'esprit et des prestations, phonogrammes, vidéogrammes et programmes et des infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données a démontré qu'elles entrent en concours pour l'ensemble des actes matériels contre ces mesures. Si la disparition du chapitre consacré aux systèmes de traitement automatisé de données emporte avec elle le concours de qualifications, il est possible de s'interroger sur l'absorption de l'incrimination des atteintes aux mesures techniques par la nouvelle infraction. Certes, ces mesures peuvent être considérées comme des biens appropriés et les atteintes pourraient être sanctionnées, tant sur le fondement de la nouvelle infraction, que sur ceux dédiés aux destructions, dégradations et détériorations. Néanmoins, leur maintien dans le code de la propriété intellectuelle permet de conserver une cohérence avec l'incrimination de la fourniture de moyens conçus pour porter atteinte à ces mesures. Il est, cependant, envisageable d'élever les infractions directes à ces mesures techniques en circonstances aggravantes de la nouvelle infraction³⁰⁶⁰.

1096. Le maintien des infractions de fourniture de moyens de contrefaçon - Les infractions de fourniture de moyens de contrefaçon pourront, aussi, être conservées dans le code de la propriété intellectuelle puisqu'il a été démontré qu'elles ne forment pas de concours de qualifications avec la complicité³⁰⁶¹.

1097. L'art du choix de la peine - Cette infraction, commune aux différents régimes juridiques du droit de propriété, permet d'appréhender toutes les atteintes à ce droit, peu

³⁰⁵⁹ Il serait alors indispensable, préalablement, d'adopter la théorie du droit de propriété telle qu'élaborée par Messieurs les Professeurs Zenati et Revet – voir *supra* n° 925.

³⁰⁶⁰ Voir *infra* n° 1108.

³⁰⁶¹ Voir *supra* n° 141.

important le bien sur lequel il porte. Cette protection pénale unifiée ne peut être efficace qu'accompagnée de peines, dont la nature et la sévérité relèvent d'un choix délicat.

II- Le choix de peines communes

1098. La construction de l'échelle des peines du droit pénal de la propriété - L'infraction proposée constitue un délit (A), sanctionné de peines principales et de peines complémentaires et est complété par l'incrimination de circonstances aggravantes, qui complètent l'échelle des peines (B).

A- Le choix de la qualification de l'infraction

1099. La qualification de délit - L'infraction, obtenue par la fusion des infractions de vol et d'abus de confiance et absorbant, notamment, celle de contrefaçon, semble naturellement devoir adopter la qualification de délit. Outre le fait que les atteintes au droit de propriété ont toujours été élevées au rang délictuel, cette qualification permet de ne pas bouleverser les règles procédurales applicables. Elle conserve, aussi, une certaine cohérence avec la qualification des autres infractions du livre troisième du code pénal.

1100. L'exclusion de la contraventionnalisation des atteintes au droit d'auteur et droits voisins sur Internet - La loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information prévoyait la contraventionnalisation des actes de contrefaçon commis par reproduction, à des fins personnelles, lorsque les biens, objets de droit d'auteur ou de droits voisins ont été mis à disposition au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair ainsi que la communication au public, à des fins non commerciales, au moyen d'un service de communication au public en ligne, lorsqu'elle résulte automatiquement et à titre accessoire de leur reproduction, au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair. Le déclassement de ces infractions au rang de contraventions avait pour objectif d'offrir une procédure plus simple et plus rapide, afin de résorber le contentieux de masse existant en ce domaine. Certes, le régime juridique des contraventions, à l'image des infractions contraventionnelles au code de la route, comporte de nombreux avantages. Les sanctions, échappant au principe d'individualisation des peines, peuvent être de faibles peines d'amende forfaitaires, appliquées rapidement, dès constatation de l'infraction par procès-verbal³⁰⁶². L'exercice des droits de la défense de l'individu, dont la bonne foi ne peut faire échec à la présomption de culpabilité, est reporté postérieurement au prononcé de la décision. L'efficacité de ce système, principalement due à l'automatisme des peines et au faible taux de leur contestation, rend le dispositif dissuasif. Séduisante, cette solution de contraventionnalisation des contrefaçons commises au moyen

³⁰⁶² Dans l'hypothèse où la contravention est inférieure à la cinquième classe.

d'un logiciel pair à pair a toutefois été censurée par le Conseil constitutionnel sur le fondement du principe d'égalité³⁰⁶³. Il affirme que « *les particularités des réseaux d'échange de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement qu'instaure la disposition contestée* ». Si le principe de la contraventionnalisation n'est pas rejeté, le Conseil refuse de voir ces actes sanctionnés moins sévèrement que les autres, sur le seul fondement du moyen utilisé pour les commettre³⁰⁶⁴. La contraventionnalisation aurait pu être fondée sur l'ampleur des actes de contrefaçon réalisés, notamment en distinguant les actes commis à l'échelle commerciale et ceux commis à des fins personnelles. Néanmoins, la notion d'échelle commerciale est d'application incertaine³⁰⁶⁵ et le droit pénal commun dispose d'instruments qui permettent d'échelonner les peines³⁰⁶⁶. Afin de conserver l'unité acquise grâce à l'infraction proposée, il n'apparaît pas judicieux de contraventionnaliser une partie des actes portant une atteinte directe aux droits de la propriété intellectuelle. Le large choix de sanctions, applicables aux délits, permettra d'atteindre l'efficacité qui était recherchée au moyen de la contraventionnalisation.

B- Le choix des peines de l'infraction

1101. Un choix fondé sur l'objectif de dissuasion - La réflexion au sujet des sanctions prendra en considération la proposition de l'infraction née de la fusion du vol et de l'abus de confiance, ainsi que la circonstance aggravante constituée par l'abus dans l'exercice des prérogatives préalablement dévolues sur le bien. Pour rappel, la première, disposant qu'« est puni de [précision des sanctions³⁰⁶⁷], l'exercice frauduleux, sur le bien quelconque d'autrui, d'une ou plusieurs prérogatives du droit de propriété », serait ainsi complétée « lorsque l'exercice frauduleux porte sur une ou plusieurs prérogatives qui ont, préalablement, été accordées et acceptées, les peines sont portées à [précision des sanctions³⁰⁶⁸] ». Le choix des peines doit être fondé sur l'objectif de dissuasion, qui a été manqué dans l'élaboration des peines de la contrefaçon. Afin qu'une échelle cohérente soit instituée, il serait indispensable de mener une étude complète de l'ensemble des peines applicables à chaque infraction constituant une atteinte au droit de propriété, tant des infractions principales que des infractions commises dans des circonstances aggravantes. Un tel travail franchit les limites de notre sujet. Des propositions seront formulées quant aux peines principales et complémentaires applicables à l'infraction proposée (1) et des circonstances aggravantes communes au vol, à l'abus de confiance et à la contrefaçon seront prises en considération afin d'offrir une gradation plus précise des peines (2).

³⁰⁶³ Cons. constit., 27 juill. 2006, DC n° 2006-540, spéc. consid. n° 63-65

³⁰⁶⁴ E. Dreyer, « Pour une contraventionnalisation des échanges illégaux de pair à pair », *RSC* 2007, p. 57.

³⁰⁶⁵ Voir *supra* n° 540.

³⁰⁶⁶ Voir *supra* n° 544 et s.

³⁰⁶⁷ Voir *infra* n° 1101 et s.

³⁰⁶⁸ Voir *infra* n° 1101 et s.

1- Les peines principales et les peines complémentaires

1102. La peine d'emprisonnement - Les infractions de vol et d'abus de confiance, dont la fusion a permis de créer cette nouvelle infraction³⁰⁶⁹, sont actuellement sanctionnées de trois ans d'emprisonnement. Cette peine est aussi encourue pour les actes de contrefaçon. Une telle peine pourra alors être maintenue. Cette durée est suffisamment longue pour éviter au juge de prononcer des peines d'emprisonnement courtes, lesquelles font actuellement l'objet d'une réflexion³⁰⁷⁰. Certes, si elle est suffisamment dissuasive pour les individus qui commettraient d'importantes atteintes au droit de propriété, elle ne le sera pas pour les délinquants occasionnels ou les délinquants qui commettraient de faibles atteintes, puisqu'elle ne serait jamais prononcée. Toutefois, elle n'est pas obligatoire. Elle peut être substituée par d'autres peines, telles que les peines privatives ou restrictives de liberté, les peines de confiscation listées à l'article 131-6 du code pénal, le travail d'intérêt général³⁰⁷¹ ou la peine de sanction-réparation³⁰⁷². Appliquées à des atteintes de moindre gravité, ces peines, dès lors qu'elles sont connues, ont une forte fonction dissuasive, tant passivement qu'activement.

1103. La peine d'amende - Les peines d'amendes encourues en cas de vol, d'abus de confiance et de contrefaçon s'élèvent, respectivement, à 45 000 euros, 375 000 euros et 300 000 euros. L'abus de confiance devenant une circonstance aggravante, le montant de l'amende doit rester supérieur à celui de l'infraction principale. Il convient alors de trouver un équilibre entre les montants relatifs au vol et à la contrefaçon. Le caractère lucratif de cette dernière explique le choix d'un montant élevé. Néanmoins, il a été démontré que l'écart entre le montant encouru et les montants prononcés anéantit le caractère dissuasif de la peine. Il apparaît donc judicieux de choisir un montant plus faible, sachant que les dispositions relatives aux circonstances aggravantes seront sanctionnées plus fortement. De surcroît, le caractère lucratif de l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle peut être sanctionné par une majoration de la peine d'amende, proportionnée aux bénéfices réalisés. Ce critère de majoration est utilisé en matière de délit d'initié, lequel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de cent millions euros d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage³⁰⁷³. D'autres éléments de majoration de l'amende peuvent être utilisés, tels que la valeur du bien atteint³⁰⁷⁴ ou le montant des dépenses de publicité engagées en matière de pratiques commerciales trompeuses³⁰⁷⁵. Concernant les actes de contrefaçon, il semble que la solution la plus dissuasive réside dans la

³⁰⁶⁹ Voir *supra* n° 1083.

³⁰⁷⁰ Voir *supra* n° 530.

³⁰⁷¹ Art. 131-8 du CP.

³⁰⁷² Art. 131-8-1 du CP.

³⁰⁷³ Art. L. 465-1, I – A du code monétaire et financier.

³⁰⁷⁴ Art. 311-4-2 et 322-3-1 du CP portant respectivement sur le vol et la destruction, dégradation ou détérioration des biens culturels.

³⁰⁷⁵ Art. L. 132-2 du code de la consommation.

possibilité pour le juge d'indexer le montant de l'amende sur celui des bénéfices, voire, plus largement, de « *l'avantage retiré du délit* », et de faire de celui-ci le plancher du montant de l'amende. Ainsi, les contrefacteurs, agissant à des fins personnelles, encourrent une peine d'amende raisonnable, qui pourrait être évaluée entre 50 000 et 100 000 euros. Les juges pourront alors l'appliquer dans toute sa sévérité. Les contrefacteurs, qui tirent un profit économique de leurs actes, se verront sanctionnés d'une peine d'amende plus élevée, dont le caractère dissuasif est renforcé par son évaluation en fonction de celui-ci.

1104. Les peines complémentaires - Les peines complémentaires, actuellement encourues en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, peuvent être conservées. Néanmoins, il convient de remarquer que le législateur a dressé des listes de peines complémentaires qui sont pourtant encourues de plein droit en application de l'article 131-21 du code pénal. Nombreuses sont donc les dispositions pénales, inutiles, du code de la propriété intellectuelle. Sur le fondement de cette disposition de droit pénal commun, l'infraction proposée pourra être sanctionnée, lorsque leurs conditions spécifiques sont remplies, des peines de confiscation de biens meubles ou d'immeubles servant à commettre l'infraction, des objets dont la détention est illicite et des biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction³⁰⁷⁶. Ces derniers peuvent être les bénéfices réalisés grâce à l'infraction. Une telle confiscation, lorsqu'elle est prononcée en sus de l'amende majorée est particulièrement dissuasive. Une disposition pourra prévoir que les biens contrefaisants confisqués et les moyens ayant servi à commettre l'infraction seront détruits aux frais du condamnés, si la partie lésée ne souhaite pas se les voir remettre. Concernant la peine de suspension de la connexion à Internet, celle-ci pourra être prononcée de plein droit, sur le fondement de l'alinéa 2 de cette disposition, qui prévoit la confiscation de tous les biens meubles, quelle qu'en soit la nature, ayant servi à commettre l'infraction, dont le condamné est propriétaire, ou sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition. Les peines de fermeture d'établissements et de publication des décisions sont aussi prévues aux articles 131-33 et 131-35 du code pénal. Cet arsenal répressif, applicable à l'infraction proposée, peut être complété par des peines prévues en cas de circonstances aggravantes.

2- Les autres circonstances aggravantes

1105. Une réflexion indispensable sur les circonstances aggravantes - Dans sa thèse de doctorat, Madame de Jacobet de Nombel a démontré que, malgré la profusion et la variété des circonstances aggravantes, une cohérence et des règles communes peuvent être trouvées³⁰⁷⁷. La

³⁰⁷⁶ La peine de confiscation prévue à l'article 131-21 du code pénal a été déclarée conforme à la Constitution : Cons. constit., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC.

³⁰⁷⁷ C. de Jacobet de Nombel, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. dir. Ph. Conte, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006 – Lire aussi : E. Dreyer, « Notations sur l'écèlement des circonstances

consécration de la nouvelle infraction impliquerait de mener une étude complète des circonstances aggravantes des infractions absorbées par celle-ci, afin de bâtir un corpus cohérent et unifié. Afin de ne pas sortir du champ de notre recherche, seules quelques circonstances, liées à la violation des droits de propriété intellectuelles, seront analysées.

1106. La transposition des circonstances aggravantes prévues par le droit de la propriété intellectuelle - La circonstance aggravante de commission de l'atteinte au droit de propriété au moyen d'un service de communication au public et celle relative à la commission de l'atteinte en bande organisée, peuvent être transposées dans le droit pénal de la propriété. La circonstance de commission de faits portant sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal doit être adaptée à la nouvelle incrimination. Une peine plus sévère pourrait être prévue lorsque l'exercice frauduleux des prérogatives du droit de propriété a pour effet de mettre en danger la santé ou la sécurité de l'homme ou de l'animal.

1107. L'atteinte à l'échelle commerciale - L'atteinte au droit de propriété causée à l'échelle commerciale pourrait constituer une circonstance aggravante de l'infraction proposée. Toutefois, la peine d'amende, majorée en fonction du montant des bénéfices réalisés, a déjà vocation à sanctionner les atteintes commises à l'échelle commerciale. Celle-ci évite les difficultés d'application de cette condition³⁰⁷⁸ et peut être mise en œuvre dès que le caractère lucratif de l'atteinte au droit est démontré, peu important qu'elle atteigne une échelle commerciale. De surcroît, la circonstance aggravante d'atteinte commise en bande organisée englobe certaines atteintes commises à l'échelle commerciale. La combinaison de ces dispositions offre une répression des atteintes commises à l'échelle commerciale, rendant inutile l'adoption de cette circonstance aggravante à la définition ambiguë.

1108. Le contournement des mesures techniques de protection - L'atteinte au droit de propriété de l'auteur, de l'artiste interprète, du producteur de phonogramme ou vidéogramme ou de l'entreprise de communication audiovisuelle, commise par contournement des mesures techniques de protection pourrait être élevée en circonstance aggravante. Elle constituerait un parallélisme avec les atteintes commises par effraction.

1109. Les atteintes à la personnalité - Lorsque l'exercice frauduleux d'une prérogative du droit de propriété porte atteinte aux personnes, tel que la violation du secret professionnel, du secret des correspondances ou la violation des règles relatives aux fichiers et aux traitements informatiques des données à caractère personnel, une peine plus élevée pourrait être prévue au titre de cette circonstance aggravante.

aggravantes », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 63-70.

³⁰⁷⁸ Voir *supra* n° 540.

1110. Les peines applicables à ces circonstances aggravantes - Il semble nécessaire de mener une étude complète des circonstances aggravantes afin de trouver une unité parmi celles actuellement attachées aux différents régimes de droit de propriété et de bâtir une échelle des peines cohérente.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I

1111. La création d'un droit pénal commun aux différents régimes du droit de propriété est possible dès lors que celui-ci est reconnu comme étant l'objet des infractions contre les biens, codifiées dans le code pénal. La fusion des infractions de vol et d'abus de confiance donne naissance à une nouvelle infraction, qui peut être complétée par des dispositions relatives à diverses circonstances aggravantes. Grâce à son élément matériel centré sur l'atteinte au droit de propriété, cette infraction a pour effet d'absorber nombre d'infractions incriminant de telles atteintes. Un choix de peines adaptées et mesurées permet de revitaliser la fonction dissuasive du droit pénal. La diversité de nature des peines offre aussi au juge les moyens d'anéantir le caractère lucratif de certaines atteintes, notamment celles aux droits de la propriété intellectuelle. Certes, une réflexion, plus vaste que le sujet de cette étude, serait nécessaire pour parfaire cette ébauche de droit pénal de la propriété. Toutefois, il appert que cette infraction proposée crée le lien manquant entre les différents régimes juridiques du droit de propriété. L'unification de ce droit par sa protection pénale pourrait avoir des incidences sur la place du droit de la propriété intellectuelle en son sein et les secousses ressenties aux frontières des réseaux de responsabilité pourraient en être atténuées.

PARAGRAPHE II - Les effets de la formation d'un droit pénal de la propriété

1112. Des effets dépassant les frontières du droit de la propriété intellectuelle - Si le droit pénal commun aux régimes juridiques du droit de propriété ne constitue pas une solution à toutes les difficultés nées de la confrontation du droit de la propriété intellectuelle et du droit pénal, il forme une réponse aux effets séduisants. Grâce à cette infraction, le droit de la propriété intellectuelle bénéficierait d'une revalorisation et d'un renforcement de ses racines plongées dans le droit de propriété. Le droit pénal, quant à lui, se verrait modernisé par une ouverture générale aux biens incorporels, par le truchement de la protection du droit de propriété. Cette réponse a, aussi, vocation à mettre fin au développement de la matière pénale en droit de la propriété intellectuelle, dérive législative face à l'ineffectivité et l'inefficacité de son droit pénal spécial. Plus largement, elle démontre, notamment par sa sanction adaptée aux bénéfices tirés de l'infraction, que l'amende civile ne constitue pas la seule riposte à la lucrativité des atteintes aux droits. Outre la disparition des concours de qualifications, la consécration d'un droit pénal commun aux régimes juridiques du droit de propriété a donc des incidences sur le droit de la propriété intellectuelle et le droit pénal (I), ainsi que sur les réseaux de responsabilité (II).

I- Les effets sur les droits

1113. Une infraction au service du droit de la propriété intellectuelle et du droit pénal - Le droit de la propriété intellectuelle et sa protection pénale se verraient fortement renforcés par l'infraction proposée (A). Grâce à son adaptation à la dématérialisation croissante des biens, le droit pénal gagnerait en cohérence par rapport au droit civil et sa fonction d'instrument étatique de protection de l'ordre public s'en trouverait rétablie (B).

A- Les effets sur le droit de la propriété intellectuelle

1114. Les fonctions normative, dissuasive et répressive du droit pénal au service du droit de la propriété intellectuelle - L'infraction commune aux différents régimes du droit de propriété a pour effet d'unifier ce droit et de réintégrer le droit de la propriété intellectuelle dans le giron de sa qualification de droit de propriété. Cette revalorisation du droit de la propriété intellectuelle grâce au caractère normatif du droit pénal (1) s'accompagne d'une protection effective et efficace, permise par l'exploitation prudente de ses fonctions dissuasive et répressive (2).

1- Les effets sur le droit

1115. L'unification du droit de propriété - Cette infraction constituerait un lien entre les différents régimes du droit de propriété. En établissant une protection commune, le droit pénal offrirait un fondement d'unification du droit de propriété, à l'image de ce que le législateur a élaboré en droit de la propriété intellectuelle³⁰⁷⁹.

1116. La revalorisation de la propriété intellectuelle - La protection pénale du droit de la propriété intellectuelle, sur le même fondement que les autres régimes du droit de propriété, permettrait sa revalorisation. Grâce à la fonction normative du droit pénal, le législateur pourrait réaffirmer la légitimité de l'existence d'un tel droit et renforcer sa qualification de droit de propriété. De surcroît, la légitimité de sa protection pénale n'a de cesse d'être débattue, contrairement à celle du droit de propriété, dont l'infraction principale, le vol, est une infraction constante³⁰⁸⁰. Accorder au droit de la propriété intellectuelle le même fondement juridique de protection pénale qu'aux autres régimes du droit de propriété, contribuerait à atténuer les critiques d'une telle protection. Elle serait, aussi, œuvre de pédagogie pour les utilisateurs de biens, objets de droits de propriété intellectuelle, qui refusent de voir la gravité de l'atteinte à ce droit.

³⁰⁷⁹ Voir *supra* n° 12.

³⁰⁸⁰ Voir *supra* n° 958.

2- Les effets sur la protection pénale du droit

1117. L'effectivité retrouvée - Une unique infraction remplacerait la profusion d'incriminations existant en droit de la propriété intellectuelle. De surcroît, ses éléments ne comportent aucune difficulté technique et n'exigent pas une connaissance pointue du droit de la propriété intellectuelle pour être mis en œuvre. Elle constituerait alors un début de réponse à la question de la spécialisation des juridictions répressives, permettant alors à la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle de retrouver son effectivité. Néanmoins, il convient de remarquer qu'une telle infraction ne peut résoudre le problème lié à la condition préalable de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle. L'examen de cette condition ne peut échapper à l'application du régime juridique du droit concerné. Or, tant que la condition d'originalité, déterminant l'existence d'un droit d'auteur sur le bien, n'est pas définie par le législateur, elle sera soumise aux vents prétoriens et constituera une difficulté majeure de mise en œuvre de ce droit pour le juge répressif.

1118. L'efficacité retrouvée - Outre le faible nombre d'actions publiques engagées en cas de violation d'un droit de propriété intellectuelle, les sanctions actuellement encourues sont une des principales causes d'inefficacité du droit pénal de la propriété intellectuelle³⁰⁸¹. La révision de l'échelle des peines et, surtout, la possibilité, pour le juge de prononcer une amende proportionnelle aux bénéfices réalisés par le contrefacteur, rendraient le dispositif particulièrement dissuasif. En effet, en raison de la faible mise en œuvre des peines complémentaires de confiscation³⁰⁸², cette amende permettrait d'anéantir le caractère lucratif de la contrefaçon. L'application plus fréquente de la peine de suspension de la connexion à Internet en cas d'infraction directe au droit d'auteur ou aux droits voisins, commise sur Internet pourrait renforcer la lutte contre ces atteintes. La restauration de cette sanction en cas de négligence caractérisée, ainsi que l'attribution, à l'HADOPI, d'un pouvoir de sanctions pécuniaires qui pourraient être prononcées au cours de la réponse graduée, constitueraient aussi des instruments efficaces de dissuasion. Les fonctions dissuasive et répressive du droit pénal seraient alors mises au service du droit de la propriété intellectuelle par le truchement de cette nouvelle infraction, complétée par des infractions spéciales et des sanctions pénales ou administratives répressives.

1119. L'étendue des effets - La création d'une infraction commune aux différents régimes juridiques du droit de propriété ne profite pas seulement au droit de la propriété intellectuelle. Le droit pénal doit être adapté à la dématérialisation des biens et à l'évolution du droit de la propriété.

³⁰⁸¹ Voir *supra* n° 527.

³⁰⁸² Voir *supra* n° 550.

B- Les effets sur le droit pénal

1120. L'adaptation du droit pénal à la dématérialisation des biens - La création d'une infraction commune au droit de la propriété emporte le droit pénal dans le courant de la modernité. A l'heure de la profusion de biens incorporels et de la nécessité de protéger certaines informations fortement convoitées en raison de la création d'algorithmes suffisamment puissants pour les agréger en masse, le droit pénal ne peut rester enfermé dans la conception corporelle de ses infractions. Les biens disponibles sur Internet n'ont pas vocation à être physiquement maîtrisés, mais à être multipliés par leur reproduction. Le législateur crée, certes, de nouvelles infractions individuellement adaptées à certains biens incorporels. Néanmoins, le morcellement du droit pénal relatif aux biens doit être limité car il conduit à l'émergence de concours de qualifications au sein même du code pénal, tels qu'entre la reproduction des données contenues dans un système de traitement automatisé et le traitement de données à caractère personnel³⁰⁸³. Or, l'œuvre législative se doit d'être cohérente et la plus ordonnée possible. La création de cette infraction invite alors à mener une réflexion dépassant les relations entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit pénal pour s'intéresser aux infractions relatives à des informations ou données qui ont pour effet de porter atteinte aux personnes.

1121. La cohérence retrouvée - La consécration du droit de propriété comme objet de la protection pénale, reléguant les biens au statut de simples *instrumenta* de l'infraction, instaure une cohérence entre le droit pénal et le droit civil. Le code civil comporte le droit commun du droit de propriété, tandis que ses régimes spécifiques sont insérés dans d'autres codes ou déterminés par des lois, qui ne sont pas codifiées. Les biens n'apparaissent dans le code civil qu'au titre de supports du droit de propriété. Il ne semble donc pas logique qu'à l'inverse du droit civil, le droit pénal protège principalement les biens et accessoirement le droit de propriété dont ils sont les objets. Cette incohérence transparaît dans les tables des matières des ouvrages de droit pénal spécial. Messieurs les Professeur Pradel et Danti-Juan divisent le titre consacré aux « *infractions contre les biens* » en un premier sous-titre dédié aux « *atteintes juridiques aux biens* » et un second aux « *atteintes matérielles aux biens* »³⁰⁸⁴. La deuxième partie de l'ouvrage de Monsieur le Professeur Conte porte sur les « *infractions contre les biens* »³⁰⁸⁵. Le premier livre est intitulé « *les infractions commises à l'encontre du propriétaire : la protection de la propriété* ». Son titre I porte sur « *la protection du droit de propriété* » et réunit, notamment, « *la protection des atteintes au droit de propriété par soustraction* » et « *la protection des atteintes au droit de propriété par détournement* ». Le titre II concerne « *la protection de l'objet de propriété* » et expose les dommages contre les biens. Les plans de ces ouvrages font

³⁰⁸³ Voir *supra* n° 368.

³⁰⁸⁴ J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 6^e éd., 2014.

³⁰⁸⁵ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 5^e éd., 2016.

apparaître la volonté de leurs auteurs, peut-être plus forte chez Monsieur le Professeur Conte, de rétablir la cohérence perdue par le code pénal dans l'exposé des infractions relatives au droit de propriété et aux biens, objets du droit. La réforme proposée rétablit le droit pénal dans cette fonction de protection du droit de propriété, tel que civilement défini, et crée un parallélisme parfait avec le droit civil, à l'image de ce qui existe actuellement en droit de la propriété intellectuelle. Elle s'inscrit, aussi, symétriquement aux actions civiles en revendication, qui protègent le droit de propriété lorsqu'il est contesté par un tiers, ainsi qu'à l'action négatoire, action réelle qui permet au propriétaire de dénier à un tiers le droit réel dont il prétend être titulaire.

1122. La réaffirmation du rôle étatique de protection de la propriété intellectuelle - Le droit pénal est l'instrument utilisé par l'Etat pour protéger l'ordre public. Bien que portant atteinte à une valeur sociale essentielle, les infractions aux droits de propriété intellectuelle restent sans réponse étatique et cette passivité encourage les contrefacteurs à poursuivre dans cette voie délictuelle. Pourtant, les importantes conséquences culturelles, économiques et sécuritaires rendent indispensable une réaction de l'Etat³⁰⁸⁶. Le droit de la propriété intellectuelle doit être protégé en tant que droit de propriété et la création d'une infraction commune devrait inciter le ministère public à agir. Les fonctions traditionnelles du droit pénal, de répression et de protection étatique du droit de propriété, seraient alors rétablies.

1123. Les effets systémiques - Le droit pénal de la propriété tend à revaloriser le droit de la propriété intellectuelle et à renforcer sa protection pénale, ainsi qu'à moderniser le droit pénal. De tels apports ont une incidence sur les réseaux de responsabilité, dont les frontières traditionnelles ont été bouleversées par le législateur, dans sa lutte contre la contrefaçon.

II- Les effets sur la matière pénale

1124. Des effets intrinsèques et extrinsèques - Deux effets pourraient être observés, dans l'hypothèse d'une adoption de l'infraction proposée. Le premier, intrinsèque au droit pénal, consiste en la hiérarchisation des dispositions pénales protégeant le droit de la propriété intellectuelle. L'engagement de la responsabilité pénale serait fondé, principalement, sur le droit pénal de la propriété et, subsidiairement, sur le droit pénal de la propriété intellectuelle (A). Le second effet, extrinsèque, tendrait au rétablissement des frontières traditionnelles des réseaux de responsabilité. Certes, la frontière entre les réseaux de normes pénales et administratives resterait poreuse, mais celle entre les réseaux de normes pénales et civiles retrouverait sa fonction initiale de distinction de la protection des intérêts individuels et de l'intérêt général (B).

³⁰⁸⁶ Voir *supra* n° 1006 et s.

A- La création d'une hiérarchie au sein du réseau de normes pénales

1125. Du commun au spécial - L'infraction au droit de propriété proposée a pour effet d'absorber les infractions de contrefaçon ainsi que les infractions innommées, assimilées à la contrefaçon. Seules seraient maintenues les infractions périphériques et spécifiques aux droits de propriété intellectuelle, qui n'incriminent pas l'exercice frauduleux d'un droit. Le droit pénal de la propriété intellectuelle côtoierait donc le droit pénal commun de la propriété, au même titre que le droit pénal spécial à chaque régime juridique du droit de propriété. Une hiérarchie serait alors instaurée, le droit pénal spécial complétant le droit pénal commun de la propriété.

1126. Les effets extrinsèques du bouleversement intrinsèque du réseau de normes pénales - Outre cette nouvelle formation du réseau de normes pénales, emprunté en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, la création d'un droit pénal de la propriété a une incidence plus large sur les frontières de ce réseau avec celui de normes civiles.

B- Les effets sur les réseaux périphériques au réseau de normes pénales

1127. L'inutilité du droit civil répressif - L'élaboration d'une infraction commune au droit de la propriété et la révision de l'échelle des peines a pour ambition de rétablir une protection pénale effective et efficace du droit de la propriété intellectuelle³⁰⁸⁷. Le droit pénal serait alors apte, notamment, à apporter une réponse adaptée à la nature lucrative de la faute, terrain sur lequel prospère la contrefaçon. Si cet objectif était atteint, les frontières traditionnelles tracées entre les réseaux de responsabilités pourraient être rétablies. Le droit civil répressif, notamment nourri par les dommages-intérêts spéciaux au droit de la propriété intellectuelle, pourrait être écarté grâce à l'abrogation de cette disposition. L'indemnisation du préjudice causé par l'atteinte aux droits pourrait alors être fondée sur la disposition de droit commun de la responsabilité civile, énoncée à l'article 1240 du code civil. Néanmoins, ce fondement rend indispensable l'amélioration de l'évaluation du préjudice, tant par le travail des avocats du titulaire des droits, que par la prise en considération de l'entier dommage par les juges et ce, quelle que soit son ampleur. Quant aux bénéfices issus de la contrefaçon, ils pourront être restitués au propriétaire sur le fondement d'une action en revendication. Celle-ci a pour effet la restitution des fruits perçus par l'exploitation du bien possédé de mauvaise foi³⁰⁸⁸. Cette action à la disposition des titulaires de droits de propriété intellectuelle, fait perdre toute utilité à l'amende civile prévue par la réforme du droit de la responsabilité civile.

³⁰⁸⁷ Voir *supra* n° 457 et s. sur l'ineffectivité et l'inefficacité de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle.

³⁰⁸⁸ Art. 549 et 550 du code civil.

1128. L'abandon partiel de la matière pénale - La disparition du droit civil répressif entraîne celle d'une partie de la matière pénale. En effet, l'attribution de dommages-intérêts indemnisant le préjudice subi n'exige pas de connaître l'ampleur des bénéfices réalisés par le contrefacteur. Le droit d'information perd donc son objet et peut ainsi être abrogé. Dans l'hypothèse où le titulaire des droits souhaiterait que le juge civil mène quelques investigations, il pourra requérir la mise en œuvre des dispositions procédurales civiles de droit commun³⁰⁸⁹. L'HADOPI conserverait ses actuelles missions et pourrait se voir attribuer un pouvoir de sanction.

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II

1129. Entre revalorisation du droit de la propriété intellectuelle et modernisation du droit pénal, le droit pénal commun aux différents régimes juridiques du droit de la propriété apporterait une réponse à certaines difficultés nées de la confrontation de ces deux droits. Les instruments juridiques, développés par le législateur pour pallier l'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle, pourraient être remplacés par ce droit pénal commun. Le droit civil répressif, élaboré afin de lutter contre le caractère lucratif de la contrefaçon, perdrait de son intérêt face à la construction d'un droit pénal adapté. Seules les atteintes massives au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet rendent nécessaire le maintien de l'externalisation des fonctions du droit pénal. L'attribution, à l'HADOPI, du pouvoir de prononcer l'amende de la contravention de négligence caractérisée permettrait de lui insuffler une nouvelle force dissuasive. Le droit pénal de la propriété, complété par les infractions spéciales aux droits de propriété intellectuelle, qui sanctionnent une atteinte indirecte au droit, et soutenu par le droit administratif répressif dans le domaine de ces infractions de masse, se révèle être un instrument de protection plus efficace et moins corrosif pour les frontières traditionnelles des réseaux de responsabilité, que l'actuelle matière pénale de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION DE LA SECTION II

1130. La voie proposée pour la protection du droit de la propriété intellectuelle suggère un changement de paradigme. Le droit de propriété, centre de gravité de certaines infractions contre les biens codifiées dans le code pénal, a, jusqu'alors, été dissimulé par l'importance accordée aux biens. L'élaboration d'une nouvelle incrimination pourrait redistribuer les rôles en restituant au droit de propriété son statut d'objet de l'infraction et en conférant, expressément, aux biens, celui d'*instrumentum*. Née de la fusion des infractions de vol et d'abus de confiance et absorbant d'autres infractions sanctionnant l'atteinte au droit de propriété, cette nouvelle infraction pourrait être ainsi énoncée : « est puni de [précision des sanctions³⁰⁹⁰], l'exercice frauduleux, sur le bien quelconque d'autrui, d'une ou plusieurs prérogatives du droit de propriété ». Une circonstance aggravante, correspondant à l'actuel abus de confiance est

³⁰⁸⁹ Voir *supra* n° 670 et s.

³⁰⁹⁰ Voir *supra* n° 1101 et s.

susceptible d'être ainsi formulée : « lorsque l'exercice frauduleux porte sur une ou plusieurs prérogatives qui ont, préalablement, été accordées et acceptées, les peines sont portées à [précision des sanctions³⁰⁹¹] ». Le choix des peines représente un enjeu primordial afin de ne pas anéantir la fonction dissuasive sous-jacente à ces infractions. Outre la révision de leur échelle, la principale mesure réside dans l'indexation de la peine d'amende sur les bénéfices illicitement réalisés. Grâce à une telle sanction, le droit civil répressif perd sa légitimité. La fonction indemnitaire des dommages-intérêts peut être réinstaurée et l'amende civile apparaît dépourvue d'intérêt. Le droit pénal de la propriété offre au droit de la propriété intellectuelle une protection pénale efficace et dissuasive, qui permet de rétablir les frontières traditionnelles des réseaux de responsabilités. Il confère, aussi, une unité au droit de la propriété et renforce les attaches du droit de la propriété intellectuelle à cette qualification.

³⁰⁹¹ Voir *supra* n° 1101 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

1131. Le droit de la propriété intellectuelle est un droit de propriété, dont la protection par le droit pénal est légitime. En effet, qualifié de droit de propriété, il constitue une valeur sociale essentielle, structurant notre société. Favorisant l'innovation et le développement de la culture, les droits de propriété intellectuelle permettent aux créateurs ou aux entreprises qui établissent leur modèle économique sur l'exploitation des biens, objets de ce droit, d'obtenir une contrepartie financière, laquelle peut alors être réinvestie. Le cercle vertueux créé par la reconnaissance étatique de ce droit est fragile car ces biens peuvent aisément être illicitement exploités. L'importance de la propriété intellectuelle est alors démontrée par l'étude de ces fonctions sociales. L'ampleur des conséquences des atteintes qui lui sont portées, y est corrélative. Pourtant, seuls les risques pour la santé et la sécurité, indirectement créés par les actes de contrefaçon, font naître une désapprobation sociale. Ce décentrement de la protection pénale du droit de la propriété intellectuelle ne semble pas devoir être encouragé. Si la nature du droit de la propriété intellectuelle fonde la légitimité de sa protection pénale, celle-ci a été aussi démontrée par le prisme de la nature du droit pénal. De ces constats procède la reformation d'une protection pénale du droit de la propriété intellectuelle. Le droit pénal spécialement élaboré n'étant ni effectif, ni efficace, il apparaît vain de persévérer dans cette voie. De surcroît, l'évolution des infractions du livre troisième du code pénal, faisant du droit de propriété leur objet, et la profusion des concours de qualifications avec les infractions du code de la propriété intellectuelle invitent à penser une protection pénale commune aux différents régimes juridiques du droit de propriété. En effet, la concurrence des infractions naît de leurs ressemblances et, à leur concurrence, peut être substituée leur fusion. Certes, la création d'une infraction commune implique la disparition des infractions historiques du vol et de l'abus de confiance. Toutefois, l'histoire du droit enseigne qu'elles n'ont pas toujours été distinctes. Accompagnée de peines et enrichie de circonstances aggravantes, elle édifie les fondations d'un droit pénal de la propriété. Plus respectueux des frontières traditionnelles des réseaux de responsabilité que la matière pénale développée par le législateur en droit de la propriété intellectuelle, ce droit pénal jouerait un double rôle de protection et d'unificateur du droit de la propriété. Ce nouveau réseau de normes pénales, constitué du droit pénal de la propriété et du droit pénal de la propriété intellectuelle, délesté de toutes les infractions devenues inutiles, permet de rationaliser la matière pénale de la propriété intellectuelle. Seule subsisterait l'HADOPI, renforcée par le rétablissement de son pouvoir de sanction.

CONCLUSION DU TITRE II

1132. La cohérence de la matière pénale de la propriété intellectuelle peut être apportée par le droit de propriété. Bien qu'elle soit contestée, cette qualification est démontrée par l'existence d'un rapport propriétaire naturel entre les hommes et leurs créations intellectuelles. Droit naturel reconnu par l'Etat, son régime juridique est organisé de manière à ce qu'il soit exercé conformément à sa finalité, à ses fonctions sociales. Les limites de ce droit de propriété ne constituent donc pas un obstacle à cette qualification, elles participent de la légitimité du droit. Qualifié de droit de propriété, le droit de la propriété intellectuelle voit sa protection pénale justifiée. La démonstration, fondée sur les fonctions sociales de ce droit, révélatrices de son rôle structurel dans notre société, conforte le syllogisme juridique. Rétablir la qualification du droit de propriété et la légitimité de sa protection pénale permet de structurer le réseau de normes pénales qui lui sont applicables et, incidemment, de conférer une cohérence à la matière pénale de la propriété intellectuelle. L'ineffectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle et sa concurrence avec les infractions du livre troisième du code pénal incitent à dépasser les contours de la propriété intellectuelle afin que le droit pénal épouse ceux, plus étendus, du droit de la propriété. Les concours de qualifications et la conception intellectuelle des incriminations du code pénal, élevant le droit de propriété en véritable objet de ces infractions, démontrent que des incriminations communes aux divers régimes du droit de propriété peuvent être élaborées. Nées de la fusion de ces infractions, les incriminations proposées peuvent être appliquées au droit de propriété intellectuelle. Simplifiée, sa protection pénale serait aussi renforcée grâce au fondement stable du droit de propriété. L'efficacité du droit pénal de la propriété rendrait alors inutile l'attribution des fonctions de sanction et dissuasion aux normes civiles. Les dommages-intérêts retrouveraient leur fonction réparatrice, ce qui exigerait néanmoins de réfléchir à la juste évaluation du préjudice subi. La matière pénale de la propriété intellectuelle serait alors constituée du droit pénal de la propriété, de quelques dispositions pénales spécifiques au droit de la propriété intellectuelle et de l'HADOPI, dont la mission consolidée par une fonction de sanction, apparaît indispensable à l'aune des infractions de masse commises sur Internet, à l'encontre du droit d'auteur et des droits voisins. Replacer le droit de la propriété intellectuelle dans le giron du droit de propriété permet donc d'envisager différemment sa protection pénale.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

1133. La matière pénale, un réseau de normes entremêlées - L'étude des dispositions protégeant le droit de la propriété intellectuelle met en exergue l'existence d'autres réseaux de normes que celui composé des normes pénales. Contournant les difficultés présentées par le droit pénal de la propriété intellectuelle, le législateur externalise les fonctions du droit pénal pour les attribuer à d'autres réseaux, créant alors de la matière pénale. Spécifiquement compétente en droit d'auteur et droits voisins sur Internet, une autorité administrative indépendante a été créée pour lutter contre le contentieux de masse relatif aux téléchargements illicites. Pour cette mission, l'HADOPI s'était vue attribuer des fonctions d'investigation et de sanction. Cependant, les péripéties de sa création ont abouti à la suppression de son pouvoir de sanction. Limitée à mener des investigations et à mettre en œuvre la réponse graduée, elle est désormais dépendante de l'autorité judiciaire et l'incohérence de l'actuel dispositif a été démontrée. Certes, tentative ratée d'externalisation de la répression, l'étude de l'HADOPI révèle néanmoins la pertinence de sa création. Lui attribuer le pouvoir de prononcer la peine d'amende encourue en cas de négligence caractérisée renforcerait son efficacité. *A contrario*, en droit civil, le contournement de l'échec du droit pénal de la propriété intellectuelle par l'externalisation des prérogatives d'investigation, de dissuasion et de sanction est un succès, qui n'échappe toutefois pas aux critiques. Ont été créés, une mesure procédurale inquisitoire, le droit d'information et des dommages-intérêts à vocation punitive. A ces instruments spécifiques au droit de la propriété intellectuelle devrait être ajoutée l'amende civile de droit commun, encore en attente de consécration. Cependant, ces normes périphériques au droit pénal, organiquement civiles et substantiellement répressives, n'apparaissent ni légitimes, en raison de la confusion des responsabilités civile et pénale, ni efficaces à protéger le droit de la propriété intellectuelle. L'application de la notion de matière pénale, qui implique le respect des droits fondamentaux traditionnellement attachés au droit pénal, révèle une concurrence au sein de ce réseau de normes civiles répressives, ainsi qu'avec le réseau de normes pénales. Cette rivalité normative, confinant à la paralysie de la protection, conjuguée aux concours observés entre les infractions du code pénal et du code de la propriété intellectuelle, ne laisse plus de doute quant à la nécessaire rationalisation de la matière pénale de la propriété intellectuelle.

1134. La rationalisation de la matière pénale de la propriété intellectuelle - Il apparaît indispensable de réformer la protection du droit de la propriété intellectuelle. L'observation de la convergence des infractions du code pénal et du code de la propriété intellectuelle incite à mener l'opération de qualification tant redoutée du droit de la propriété intellectuelle. La démonstration exige de remonter aux origines du droit, pour le dépasser et observer le comportement des hommes des sociétés primitives. Le rapport naturellement propriétaire des hommes aux choses a été démontré par les anthropologues. La propriété préexiste au droit et à l'Etat. Les théoriciens du droit naturel ont conceptualisé ce phénomène et démontré que l'Etat

reconnaît seulement l'existence de droits, lesquels doivent être exercés conformément à leur finalité ou à leurs fonctions sociales. Dès lors, il appert que le droit de propriété intellectuelle est un droit de propriété, consacrant le rapport propriétaire des hommes à leurs créations intellectuelles. Valeur sociale essentielle, le droit de la propriété intellectuelle est doté de fonctions sociales déterminantes, structurant notre société. L'importance et les effets des atteintes aux droits fondent la légitimité de la protection pénale, sans que l'absence de réprobation sociale de certaines de ces atteintes ne puisse l'anéantir. Ces observations constituent le fondement d'une nouvelle protection, élargie car commune aux différents régimes juridiques du droit de propriété. Né de la fusion d'infractions, le droit pénal de la propriété constituerait avec les quelques dispositions restantes du droit pénal de la propriété intellectuelle un nouveau réseau de normes pénales. Il induirait alors la disparition du droit civil répressif. Repenser la protection pénale de la propriété intellectuelle hors de ses contours offre la possibilité de créer, pour la propriété, un droit pénal commun.

CONCLUSION GENERALE

1135. Une profusion inefficace - L'étude des mesures ayant vocation à protéger le droit de la propriété intellectuelle révèle une structure complexe de réseaux de normes de nature répressive, mais inefficaces.

1136. Le droit pénal de la propriété intellectuelle, entre inefficacité et ineffectivité - Le droit pénal est l'instrument historique de protection du droit de la propriété intellectuelle. Le législateur a élaboré des infractions ainsi que quelques procédures spécifiques à ce droit. Considérablement développé, dans un objectif de lutte tant réactive que préventive contre les infractions aux droits, ce droit pénal n'est pourtant pas mis en œuvre devant les juridictions. L'inflation législative contraste alors avec la dépénalisation judiciaire. Peu attractif en raison de peines inaptes à absorber les bénéfices réalisés, le droit pénal est délaissé par les titulaires de droits qui préfèrent agir devant les juridictions civiles³⁰⁹². L'inertie du ministère public est, quant à elle, révélatrice du désengagement de l'Etat³⁰⁹³. La protection du droit de la propriété intellectuelle par son droit pénal n'est donc qu'illusoire³⁰⁹⁴.

1137. Les enseignements de l'inefficacité du droit pénal de la propriété intellectuelle - Deux enseignements peuvent néanmoins être tirés de l'inefficacité du droit pénal de la propriété intellectuelle. Bien qu'instrument de souveraineté nationale, le droit pénal ne peut plus être élaboré, aveuglément au sein des frontières des Etats³⁰⁹⁵. Un certain degré d'harmonisation des incriminations et des sanctions est devenu essentiel pour lutter contre des infractions dont les éléments constitutifs peuvent être réalisés sur différents territoires ou dans le cyberspace³⁰⁹⁶. Concernant les peines, il apparaît indispensable de prendre en considération la lucrativité des actes de contrefaçon et autres infractions directes aux droits. La doctrine utilitariste et l'approche économique du droit pénal peuvent être contestées, il est néanmoins indispensable à leur efficacité que les sanctions soient dissuasives³⁰⁹⁷. Si la procédure judiciaire n'aboutit pas à la confiscation des bénéfices réalisés, un effet incitatif est substitué à l'effet dissuasif. Dans

³⁰⁹² F. Stasiak, « Les sanctions de la contrefaçon », *CCE* 2009, n° 1, ét. 1 ; C. Bernault, « La sanction pénale de la contrefaçon », *RLDI* 2012, p. 86.

³⁰⁹³ P. Poncela, « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », in *Philosophie pénale*, *Arch. philo. dr.*, Sirey, 1983, t. 28, p. 123-135.

³⁰⁹⁴ W. Bourdon, « Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ? », *D.* 2008, n° 11, p. 729-734.

³⁰⁹⁵ M. Delmas-Marty, « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne », in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, t. 39, p. 229-242 ; D. Chilstein, « Sources du droit pénal et construction européenne », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Litec, coll. Colloques et Débats, 2011, n° 32, p. 15-28.

³⁰⁹⁶ E. Dreyer, « La compétence territoriale limitée de la loi pénale en matière de contrefaçon sur internet », *D.* 2011, n° 15, p. 1055-1059 ; J. Francillon, « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et la cybercriminalité », in *Le droit international du Web*, Lamy, Droit de l'Immatériel, dossier spéc., déc. 2011.

³⁰⁹⁷ G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique. Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. dir. F. Stasiak, LGDJ, coll. Droit & Economie, 2009.

ce domaine où les infractions sont réalisées après le calcul du *ratio* coûts-bénéfices, il semble que le législateur n'ait d'autre choix que d'adopter des peines économiquement dissuasives³⁰⁹⁸. Leur indexation sur le montant des bénéfices ou sur la valeur des biens, objets ou issus de l'infraction, n'est pourtant pas étrangère au droit pénal. Certes, ce froid calcul de la répression des comportements exclut la dimension éducative des peines. Toutefois, dans les circonstances d'infractions lucratives, la pédagogie peut être exercée par d'autres instruments, laissant le soin au droit pénal de dissuader efficacement³⁰⁹⁹.

1138. Les effets de la modernisation des infractions du livre troisième du code pénal -

L'inefficacité du droit pénal de la propriété intellectuelle tend à être renforcée par la concurrence instaurée avec les infractions du livre troisième du code pénal. L'adaptation de ces infractions aux biens incorporels non rivaux et, plus particulièrement aux informations, fait émerger des concours de qualifications. La consécration jurisprudentielle d'une conception intellectuelle de leurs éléments matériels confère au vol, à l'abus de confiance et au recel, leur véritable objet. Ces infractions portent sur le droit de propriété et non sur la chose, seulement *instrumentum* de l'atteinte au droit. Un parallélisme apparaît alors entre les infractions du code de la propriété intellectuelle, dont le droit est expressément désigné comme en étant l'objet, et ces infractions du livre troisième du code pénal. Les infractions aux systèmes de traitement automatisé de données s'inscrivent aussi dans une relation de concurrence avec les infractions spécifiques au droit de la propriété intellectuelle. Que le bien, objet de ce droit, soit considéré comme étant un système de traitement automatisé de données ou qu'il constitue une donnée d'un tel système, des concours de qualifications adviennent. Or, l'accroissement du réseau de normes pénales applicables au droit de la propriété intellectuelle a pour effet de mettre à l'écart le droit pénal de la propriété intellectuelle. Complexe, notamment en raison des conditions préalables des infractions, et parfois techniques, les premières décisions connaissant de ces concours, révèlent que les juges choisissent les infractions du code pénal, plus simples à mettre en œuvre. Le droit pénal substantiel de la propriété intellectuelle, dont l'ineffectivité observée est endogène et exogène, tend à être substitué par les infractions du livre troisième du code pénal. De principal instrument de protection du droit de la propriété intellectuelle, le droit pénal spécial à ce domaine devient secondaire.

1139. L'externalisation de la répression, conséquence de l'échec du droit pénal de la propriété intellectuelle - L'échec du droit pénal de la propriété intellectuelle nourrit la contestation de sa légitimité. Certains spécialistes prônent la dépénalisation de ce droit ou,

³⁰⁹⁸ M. Cusson, « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfice des délinquants », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, éd. Cujas, 2006, p. 741-752.

³⁰⁹⁹ M. Cusson, « Les mécanismes de la dissuasion », *RICPT* 1983, p. 13-24.

seulement, des infractions commises à l'échelle individuelle³¹⁰⁰, d'autres proposent leur contraventionnalisation³¹⁰¹. Indifférent à l'exigence d'une réforme de ce droit pénal spécial, le législateur instaure de nouveaux instruments, extérieurs au droit pénal mais dotés de ses fonctions traditionnelles. Appréhendés par le prisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ils entrent, en raison de leur vocation répressive, dans la catégorie de la matière pénale³¹⁰².

1140. Le vain bouleversement de la responsabilité civile par les dommages-intérêts - L'étude des dommages-intérêts spécifiques au droit de la propriété intellectuelle a révélé leur nature punitive. La rédaction de la disposition, commune à tous les droits, est suffisamment subtile pour ne pas apparaître punitive dès sa première lecture. Néanmoins, elle permet au juge de prononcer des montants supérieurs aux bénéfices réalisés. La fonction indemnitaire de la responsabilité civile et le principe de réparation intégrale, qui la sous-tend, sont écartés au profit d'une fonction répressive. Certes, cette évolution du droit de la responsabilité civile s'inscrit dans un mouvement plus général de confusion des fonctions des responsabilités civile et pénale³¹⁰³. Le droit pénal est devenu réparateur et le projet d'adoption de l'amende civile démontre que le droit civil tend à devenir répressif. Cependant, ces dommages-intérêts, accompagnés du droit d'information, mesure procédurale inquisitoire, répondent aux conditions de la notion de matière pénale. Or, cette qualification révèle une rivalité infructueuse entre cette mesure, organiquement civile, et les peines. D'une part, le principe *non bis in idem* exclut leur cumul avec les sanctions pénales, d'autre part, la formulation des deux catégories de dommages-intérêts ne rend pas certaine l'absorption des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte, anéantissant leur caractère dissuasif.

1141. L'indispensable renforcement de l'HADOPI - Dans le domaine spécifique des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet, le caractère massif du contentieux, les difficultés d'enquête et de preuve, ainsi que l'impopularité de la répression des Internautes-consommateurs, ont incité à l'externalisation des prérogatives d'investigation et de sanction. Astucieuse, la réponse graduée formulée par l'HADOPI a néanmoins vu son efficacité décroître par l'attribution des sanctions de la négligence caractérisée au juge judiciaire, puis par la suppression de la sanction de suspension de la connexion à Internet. Parente des peines de confiscation, celle-ci était pourtant dotée d'un fort caractère dissuasif. A l'aune de cette dernière

³¹⁰⁰ C. Bernault, « La sanction pénale de la contrefaçon », *RLDI* 2012, p. 86.

³¹⁰¹ E. Dreyer, « Pour une contraventionnalisation des échanges illégaux de pair à pair », *RSC* 2007, p. 57 ; M. Vivant « Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 51.

³¹⁰² M. van de Kerchove, « Eclatement et recomposition du droit pénal », *RSC* 2000, p. 5 ; M. Delmas-Marty, « Les contradictions du droit pénal », *RSC* 2000, p. 1.

³¹⁰³ J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Resp. civ. et ass.* 2013, n° 5, dossier 23 ; Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, th. dir. Y. Lequette, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 570, 2016.

réforme, il apparaît regrettable que l'amende contraventionnelle ait suivi la peine de suspension de la connexion lors de son transfert à l'autorité judiciaire. Faire dépendre l'efficacité de la réponse graduée de celle de la réponse judiciaire affaiblit considérablement l'intérêt de la création de cette autorité administrative indépendante. La complémentarité instaurée entre l'action de l'HADOPI et celle du ministère public ne semble pas judicieuse après l'analyse de l'inertie de celui-ci. Outre le rétablissement, indispensable, du fondement juridique de la réponse graduée, il paraît nécessaire de transférer à l'HADOPI le pouvoir de prononcer la peine d'amende de la contravention de négligence caractérisée. De surcroît, l'évolution des pratiques de consommation d'œuvres et autres biens, objets de droits voisins, sur Internet, exige une adaptation de sa mission³¹⁰⁴.

1142. La nécessaire réforme de la matière pénale de la propriété intellectuelle - Ces réseaux normatifs, considérablement développés, se révèlent décevants lors de la mise en œuvre de leurs normes répressives. La protection théorique du droit de la propriété intellectuelle ne passe pas avec succès l'épreuve de la pratique. De surcroît, le législateur répond à la contestation de la légitimité de la protection pénale de ce droit par le développement de normes extra-pénales, mais substantiellement répressives. A la contestation de la répression, qui semble avoir été entendue par le ministère public, le législateur répond, dans ce qui ressemble à un dialogue de sourds, par l'extension de la répression. La stratégie de faire du droit pénal sans le droit pénal échoue. Les mesures adoptées ne sont pas suffisamment efficaces et la qualification de matière pénale leur impose le respect des principes fondamentaux, lesquels, notamment, excluent leur cumul. Le législateur ne peut poursuivre sa course répressive en ignorant, aussi, l'insatisfaction des titulaires de droits due à l'inefficacité des mesures de protection. Le développement du secret, comme technique de protection des informations, menace de concurrencer le droit de la propriété intellectuelle. Le choix de protéger le bien-information par le secret, plutôt que de le divulguer, ferait perdre à ce droit tout son intérêt.

1143. Une cohérence apportée par le droit de propriété - Malgré l'unanimité des législateurs, il est affirmé que le droit de la propriété intellectuelle porte mal son nom³¹⁰⁵. L'origine économique des droits de propriété intellectuelle sert souvent de justification. Pourtant, le rapport propriétaire entre les hommes et les choses naît naturellement de leur utilité, qui peut être économique. La démonstration de l'origine jurnaturaliste du droit et, incidemment, du droit de propriété, justifie la qualification du droit de la propriété intellectuelle. Celle-ci a été confortée par l'étude comparative des caractères et des prérogatives du droit de propriété et

³¹⁰⁴ Ces lacunes avaient été observées dès l'origine de l'instauration de l'HADOPI : F. Macrez et J. Gossa, « Surveillance et sécurisation : ce que l'HADOPI rate », *RLDI* 2009, n° 50.

³¹⁰⁵ La controverse est ancienne : L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », *RIDA* 2005, n° 205, p. 117-209 ; D. Sagot-Duvauroux, « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^e siècle », *L'Economie politique*, 2004/2, n° 22, p. 34-52.

des droits de propriété intellectuelle³¹⁰⁶. Le droit de la propriété intellectuelle, rétabli dans la légitimité de son existence et conforté dans sa qualification de droit de propriété, paraît alors légitime à recevoir une protection pénale. Certes, l'absence de désapprobation sociale des actes de contrefaçon, corrélée à la contestation de la protection pénale des droits, affaiblit la légitimité de l'intervention du droit pénal. La contestation régulière de la légitimité de l'infraction de contrefaçon contraste avec la stabilité de l'infraction de vol. La sanction de la multiplication des biens, en violation des droits de propriété intellectuelle, ne semble pas autant légitime que celle de leur soustraction, en violation du droit de propriété corporelle. Pourtant, ces deux infractions protègent le droit de propriété. Bien que soit observé un déplacement de la justification des sanctions pénales vers les effets indirects des infractions aux droits de la propriété intellectuelle, fonder la protection pénale de ce droit sur des valeurs qui lui sont étrangères, apparaît trop incertain. Les infractions aux droits de propriété intellectuelle ne sont pas pénalement sanctionnées en raison du risque créé pour la santé par les biens contrefaisants ou du financement des activités terroristes. Le droit pénal s'applique en raison de la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété et de ses incidences sur l'ordre public.

1144. Vers un droit pénal commun de la propriété ? - Replacer le droit de propriété intellectuelle dans sa catégorie juridique du droit de propriété offre une nouvelle perspective de construction de sa protection pénale. De surcroît, l'élaboration d'un droit pénal commun aux différents régimes de droit de propriété semble encouragée par la modernisation des infractions du livre troisième du code pénal. Les concours de qualifications alors observés permettent d'envisager une fusion des infractions de résultat du code pénal et du droit de la propriété intellectuelle. L'entreprise est périlleuse car la recherche de la simplicité ne doit pas se départir de l'obligation de respecter le principe de légalité des délits. L'élaboration de nouvelles infractions mène, aussi, à une réflexion sur l'adoption de peines efficaces. L'évolution de la conception de la peine d'emprisonnement, l'existence d'une diversité considérable de peines complémentaires ou alternatives et la théorie utilitariste des peines doivent être prises en considération pour que ce droit pénal de la propriété soit efficace³¹⁰⁷. Quelques infractions spécifiques pourraient subsister en droit de la propriété intellectuelle, formant un droit pénal spécial, hiérarchiquement soumis à ce droit pénal commun. Grâce à l'efficacité de ce réseau de normes pénales, le droit de la responsabilité civile pourrait retrouver ses fonctions indemnitaire et compensatrice. Le traitement du contentieux de masse des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet pourrait être utilement conservé par l'HADOPI, dotée d'une fonction de sanction des contraventions de négligence caractérisée. Dès lors, la matière pénale de la propriété intellectuelle acquerrait une cohérence, fondée sur le droit de propriété, et la réduction des réseaux de normes répressives serait réalisée au profit d'une efficacité retrouvée.

³¹⁰⁶ Th. Revet, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTD civ.* 2006, p. 791.

³¹⁰⁷ L. H. C. Hulsman, « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497-545 ; M. Imbert-Quaretta, « Un regard sur le chantier de la Justice : sens et efficacité des peines », *AJ Pénal* 2013, p. 79.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	I
SOMMAIRE	III
INTRODUCTION.....	1
I - Le droit de la propriété intellectuelle, un droit aux contours incertains	1
II - Des normes destinées au respect du droit de la propriété intellectuelle	11
A- Le droit pénal de la propriété intellectuelle	13
1- Le droit pénal, instrument historique de protection du droit de la propriété intellectuelle	13
2- Le droit pénal, un instrument adapté à la protection du droit de la propriété intellectuelle ...	16
3- Un droit pénal spécialement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle.....	20
B- Des normes répressives appliquées au droit de la propriété intellectuelle	23
1- Des normes répressives spécifiques au droit de la propriété intellectuelle	23
2- Des normes répressives externes au droit de la propriété intellectuelle.....	26
III - Des réseaux de normes répressives formant la matière pénale	27
A- La formation de réseaux de normes répressives	27
B- La notion de matière pénale, révélatrice d'une concurrence normative.....	29
IV - Le dépassement de la protection de la propriété intellectuelle par le droit pénal de la propriété	30
A- Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété	31
B- Le droit de propriété, fondement de la protection pénale du droit de propriété intellectuelle	33
 PARTIE I - L'IMPARFAITE PROTECTION DU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE PAR LE DROIT PENAL	 34
 TITRE I - UN RESEAU COMPLEXE DE NORMES PENALES APPLICABLES AU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE.....	 36
 CHAPITRE I - Un droit pénal spécialement élaboré pour le droit de la propriété intellectuelle... 37	
 <i>SECTION I - L'adaptation réussie du droit pénal au caractère civiliste du droit de la propriété intellectuelle.....</i>	 <i>38</i>
<i>PARAGRAPHE I - Des éléments d'incriminations sous influence civiliste</i>	<i>38</i>
I- La concordance entre éléments matériels et prérogatives des droits.....	39
A- Les méthodes d'incrimination des actes portant atteinte aux droits	39
1- La méthode normative, une méthode exigeante.....	40
2- La méthode du renvoi, une méthode peu pédagogique.....	42
B- La protection pénale controversée des droits moraux.....	43
1- La reconnaissance d'une protection pénale des droits moraux de l'auteur	44
a- L'interprétation stricte, favorable à la protection pénale	44
b- L'opposition de la doctrine à la jurisprudence de la Chambre criminelle.....	46
2- Le refus d'une protection pénale des droits moraux de l'artiste-interprète.....	48
II- Le rapprochement entre élément moral et faute civile	49
A- La recherche du caractère intentionnel des infractions.....	49

1- La détermination de l'élément moral à l'aune du droit pénal général	50
2- L'application du droit pénal général aux infractions aux droits de la propriété intellectuelle	50
B- L'atténuation du caractère intentionnel par la présomption de mauvaise foi	54
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	56
<i>PARAGRAPHE II - Des conditions de qualification des infractions sous influence civiliste</i>	<i>56</i>
I- Les conditions préalables des infractions, l'existence de biens, objets de droits de propriété intellectuelle.....	57
A- L'appréciation des conditions préalables, compétence des juridictions répressives	58
1- L'existence présumée des conditions préalables.....	58
2- La compétence relative à l'exception substantielle de qualification du bien	59
B- L'appréciation des conditions préalables, conforme au droit civil interne.....	61
1- L'absence d'autonomie jurisprudentielle des juridictions répressives	61
2- L'appréciation influencée par la loi et la jurisprudence civile interne.....	62
a- L'appréciation conforme à la définition légale des biens, objets de droits de propriété intellectuelle.....	62
b- L'appréciation conforme à la définition jurisprudentielle interne des biens	64
II- Les exceptions et limites aux droits de propriété intellectuelle, causes objectives d'irresponsabilité pénale	70
A- Les exceptions au droit d'auteur, causes objectives d'irresponsabilité pénale.....	72
B- Les limites au droit des marques, causes objectives d'irresponsabilité pénale.....	74
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	78
CONCLUSION DE LA SECTION I	79

SECTION II - L'adaptation délicate du droit pénal à la nature des infractions aux droits de propriété intellectuelle.....

<i>PARAGRAPHE I - Le droit pénal de la propriété intellectuelle confronté à des infractions de masse</i>	<i>81</i>
I- Les causes des difficultés d'appréhension des infractions de masse par le droit pénal	81
A- Les causes endogènes au droit pénal	81
1- L'exigence d'un trouble à l'ordre public.....	82
2- L'exigence du respect des droits fondamentaux	84
B- Les causes exogènes au droit pénal	85
II- L'adaptation du droit pénal de la propriété intellectuelle aux infractions de masse	86
A- Les solutions communes aux droits de propriété intellectuelle	86
1- L'instauration de nouvelles incriminations	86
a- L'incrimination de la fourniture de moyens.....	87
b- L'incrimination de diverses circonstances aggravantes	89
2- L'application de procédures simplifiées	91
B- Les solutions spécifiques au droit d'auteur et aux droits voisins	92
1- L'instauration de nouvelles incriminations	92
a- L'échec de la dépénalisation de certaines atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins.....	93
b- L'accroissement de la pénalisation des comportements.....	94
i- La responsabilité pénale du titulaire de la connexion à Internet.....	94
ii- La responsabilité pénale des prestataires techniques sur Internet.....	96
iii- L'incrimination des atteintes directes et indirectes aux mesures techniques	99

2- L'adoption de nouveaux instruments procéduraux	103
a- La diversification des acteurs chargés des enquêtes	104
b- L'application d'une procédure simplifiée.....	105
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I.....	105
<i>PARAGRAPHE II - Le droit pénal de la propriété intellectuelle confronté à des infractions transfrontalières</i>	<i>106</i>
I- L'adaptation du droit pénal formel aux infractions transfrontalières	107
A- L'adaptation générale de la procédure pénale	107
1- Les acteurs dédiés à la lutte contre les infractions transfrontalières.....	107
a- La coopération des Etats au service du droit de la propriété intellectuelle.....	107
b- Le rôle spécifique des douanes en droit de la propriété intellectuelle	109
2- Les règles de compétence dédiées à la lutte contre les infractions transfrontalières	113
B- L'adaptation spécifique de la procédure pénale à la cybercriminalité	117
1- Les acteurs dédiés à la lutte contre la cybercriminalité	117
2- Les règles procédurales dédiées à la lutte contre la cybercriminalité.....	119
a- L'adaptation des règles de compétence de la loi pénale dans l'espace	119
i- <i>L'influence de la jurisprudence civile sur la jurisprudence pénale.....</i>	<i>120</i>
ii- <i>La création d'une règle de compétence de la loi pénale dans le cyberspace</i>	<i>123</i>
b- L'adaptation des règles d'enquête et de preuve	124
II- L'adaptation du droit pénal substantiel aux infractions transfrontalières.....	127
A- L'échec de l'harmonisation internationale du droit pénal substantiel de la propriété intellectuelle	127
1- Les normes internationales relatives aux droits de propriété intellectuelle, dépourvues d'incriminations	128
a- La généralité des normes internationales, obstacle à l'incrimination des actes contrefaisants	128
b- La seule incitation au recours du droit pénal par les normes internationales	130
2- L'échec de l'harmonisation du droit pénal substantiel par l'accord commercial anti-contrefaçon	134
a- Les prémices de l'harmonisation du droit pénal substantiel par l'ACTA	134
b- Le rejet de l'ACTA par le Parlement européen.....	136
B- Le désintérêt de l'Union européenne pour le droit pénal de la propriété intellectuelle	137
1- La nécessaire harmonisation des peines par l'Union européenne	138
a- L'entrée du droit pénal dans le champ de compétences partagées de l'Union européenne	138
b- Les peines, domaine de mise en œuvre nécessaire de la compétence en droit de la propriété intellectuelle.....	140
2- L'abandon de la proposition de directive relative aux mesures pénales protégeant le droit de la propriété intellectuelle.....	142
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	145
CONCLUSION DE LA SECTION II.....	146
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	146

CHAPITRE II - Des infractions du code pénal applicables au droit de la propriété intellectuelle 147

SECTION PRELIMINAIRE - L'absence de hiérarchie entre le code pénal et le code de la propriété intellectuelle 148

PARAGRAPHE I - La distinction des champs du code de la propriété intellectuelle et du code pénal.. 148

I- Le code de la propriété intellectuelle, un champ clos par la nature du droit..... 149

II- A la recherche de la clé du champ du livre troisième du code pénal 150

PARAGRAPHE II- L'autonomie des champs du code de la propriété intellectuelle et du code pénal ... 153

I- L'absence de code pilote et de code suiveur 153

II- L'absence de droit pénal commun des biens..... 154

CONCLUSION DE LA SECTION PRELIMINAIRE 156

SECTION I - Les infractions utiles aux droits de propriété intellectuelle 157

PARAGRAPHE I - Les infractions utiles à la protection du droit sur les œuvres uniques 157

I- L'appréhension juridique de la fusion artistique de l'œuvre et du support..... 157

II- La protection des œuvres uniques sur le fondement du code pénal 159

A- Les limites du droit pénal de la propriété intellectuelle dans la protection des œuvres uniques
..... 159

1- Les limites de la protection pénale du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre..... 160

2- Les limites de la protection pénale des droits patrimoniaux..... 161

B- L'application des infractions du code pénal aux atteintes aux œuvres uniques..... 162

1- Les infractions de destruction, dégradation et détérioration au service de l'œuvre unique . 162

2- L'infraction de vol au service de l'œuvre unique..... 165

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I 165

PARAGRAPHE II - L'infraction de blanchiment, une protection indirecte du droit de la propriété intellectuelle 166

I- La contrefaçon, délit d'origine de l'infraction de blanchiment 166

II- La lutte contre le blanchiment au service de la lutte contre la contrefaçon 168

CONCLUSION DU PARAGRAPHE II..... 171

CONCLUSION DE LA SECTION I 171

SECTION II - L'ouverture du livre troisième du code pénal aux informations, variété de biens incorporels non rivaux 173

PARAGRAPHE I - L'adaptation prétorienne des infractions du code pénal aux biens incorporels non rivaux..... 174

I- L'adaptation des infractions de résultat aux biens incorporels non rivaux 175

A- La conception intellectuelle de l'infraction de vol 175

1- La dématérialisation variable de la chose..... 176

a- La résistance à la dématérialisation par le décentrement de l'infraction sur le support.. 176

i- La corporalité de la chose 177

ii- L'incidence de la corporalité de la chose sur la mise en œuvre de l'infraction de vol
..... 177

b- La dématérialisation au service du recentrement de l'infraction sur l'objet du vol..... 182

i- La consécration des informations comme objets du vol..... 182

ii- <i>Le contournement de la condition préalable d'appropriation des informations</i>	184
2- L'intellectualisation de l'élément matériel de l'infraction de vol	188
a- La consécration de l'acceptation intellectuelle de l'élément matériel du vol	188
b- La transformation de l'infraction de vol, corrélative à sa conception intellectuelle	195
B- La conception intellectuelle de l'infraction d'abus de confiance	197
1- La dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance	198
a- Les biens incorporels, objets d'abus de confiance	198
b- Une dématérialisation conforme aux origines du délit	201
2- Le renforcement de l'acceptation intellectuelle des éléments de l'abus de confiance	203
a- La prédominance de la conception juridique de la condition de remise	204
b- Le détournement, un acte juridique	205
II- L'influence de l'adaptation des infractions de résultat sur l'infraction de conséquence	208
A- La dématérialisation des objets et l'intellectualisation des éléments matériels du recel	208
1- L'interprétation prétorienne au secours de la conception intellectuelle du recel-détention ..	208
2- La conception intellectuelle d'origine législative du recel-profit	210
B- L'inévitable consécration du recel d'informations	211
1- Le domaine limité du recel d'informations	211
2- L'harmonisation du recel avec ses infractions préalables	213
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	214
<i>PARAGRAPHE II - La consécration législative d'une protection pénale générale des informations</i> ...	215
I- Les données informatisées, biens incorporels non rivaux pénalement protégés	216
A- Une protection pénale dépourvue de condition	216
B- L'incrimination d'actes matériels et intellectuels	218
II- La protection pénale générale des données informatisées, source de bouleversements internes au code pénal	219
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II	219
CONCLUSION DE LA SECTION II	220
 CONCLUSION DU CHAPITRE II	 220
 CONCLUSION DU TITRE I	 221
 TITRE II - L'ECHEC DU DROIT PENAL DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	 222
 CHAPITRE I - Le droit pénal de la propriété intellectuelle à l'épreuve des concours de qualifications	 223
 SECTION I - Des concours de qualifications d'origine légale et prétorienne	 225
<i>PARAGRAPHE I - Les concours de qualification d'origine légale</i>	225
I- Les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, qualifiés de systèmes de traitement automatisé de données	226
A- La protection de biens identiques	226
B- L'incrimination d'éléments matériels identiques	229

II- Les biens, objets de droits de propriété intellectuelle, contenus dans un système de traitement automatisé de données	231
A- L'existence d'un système de traitement automatisé de données, entre condition préalable et circonstance aggravante	231
B- Les éléments matériels des infractions, sources de concours de qualifications	233
1- Les actes portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle, incriminés par le code pénal	233
a- La reproduction du bien.....	233
b- La transmission du bien.....	234
c- La modification du bien.....	235
2- Les actes portant atteinte aux mesures techniques de protection et d'information, incriminés par le code pénal.....	236
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	237
<i>PARAGRAPHE II - Les concours de qualifications d'origine prétorienne.....</i>	<i>237</i>
I- Les concours de qualifications entre infractions de résultat.....	237
A- Le concours de qualifications entre la contrefaçon et le vol	238
B- Les concours de qualifications entre les infractions aux droits de la propriété intellectuelle et l'abus de confiance.....	240
II- Des concours de qualifications avec l'infraction de recel	242
A- Les concours de qualifications entre infractions de conséquence	243
1- L'existence de concours de qualifications.....	243
a- L'acte de détention de biens contrefaisants, élément de convergence des qualifications	243
b- Variations sur le thème de la vente, œuvres de concours de qualifications.....	244
c- De la qualification des actes de déplacement à celle du rôle du transporteur	246
2- La justification possible de l'existence de concours de qualifications	248
B- Les concours de qualifications entre infraction de conséquence et infractions d'origine	248
1- La copie réalisée à partir d'une source illicite, un recel-profit	249
2- Le <i>streaming</i> réalisé à partir d'une source illicite, un recel-profit	251
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	253
CONCLUSION DE LA SECTION I	253
 SECTION II - La résolution des concours de qualifications au détriment du droit pénal de la propriété intellectuelle	254
<i>PARAGRAPHE I - Les concours de qualifications à l'épreuve des principes fondamentaux.....</i>	<i>254</i>
I- Les concours de qualifications à l'aune des normes supérieures.....	255
II- L'étude de la constitutionnalité des concours de qualifications étudiés	256
<i>PARAGRAPHE II - La résolution des concours défavorable au droit pénal de la propriété intellectuelle</i>	<i>257</i>
I- Des règles préservant l'effectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle	257
A- L'existence de règles de résolution des concours de qualifications	257
B- L'application théorique de ces règles aux concours de qualifications étudiés.....	258
II- Le contournement des règles au détriment de l'effectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle	259
CONCLUSION DU SECTION II.....	260

CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	261
CHAPITRE II - Le droit pénal de la propriété intellectuelle à l'épreuve de la dépenalisation judiciaire	262
<i>SECTION I - L'anéantissement de la fonction de sanction du droit pénal de la propriété intellectuelle</i>	263
<i>PARAGRAPHE I - Les avantages de la procédure pénale sur la procédure civile</i>	<i>263</i>
I- Les avantages relatifs à l'exercice de l'action publique	264
II- Les avantages relatifs à la mise en état de l'affaire.....	269
III- Les avantages relatifs au jugement	271
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	273
<i>PARAGRAPHE II - La rareté des actions pénales en droit de la propriété intellectuelle</i>	<i>273</i>
I- L'inaction du ministère public.....	274
A- L'inaction liée à l'information du ministère public.....	274
1- Les informations transmises par les organismes publics et privés	274
2- Les informations transmises par les victimes	276
B- L'inaction liée à la réponse pénale choisie par le ministère public	277
1- Les raisons contestables du classement sans suite	277
2- Les difficultés d'application des mesures alternatives aux poursuites	280
II- Le désintérêt des victimes pour l'action publique	282
A- La perte des avantages du droit pénal au contact du droit de la propriété intellectuelle.....	283
1- La concurrence des moyens de preuve des atteintes	284
2- La concurrence des sanctions des atteintes.....	284
B- La perception d'inconvénients par les titulaires de droits de la propriété intellectuelle.....	286
1- L'étude de la condition préalable par des juridictions non spécialisées	287
2- La détermination de peines et de dommages-intérêts considérés comme trop faibles	288
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II	294
CONCLUSION DE LA SECTION I	294
<i>SECTION II - L'anéantissement de la fonction de dissuasion du droit pénal de la propriété intellectuelle</i>	296
<i>PARAGRAPHE I - L'anéantissement de la fonction de dissuasion par des peines inefficaces</i>	<i>296</i>
I- La dissuasion, critère de choix des peines d'infractions lucratives.....	297
A- La dissuasion collective par la détermination légale des peines	297
B- La dissuasion collective et individuelle par la détermination judiciaire des peines	302
II- L'absence de fonction dissuasive des peines choisies.....	303
A- Des peines encourues, entre inefficacité et efficacité apparente	304
1- L'inefficacité des peines principales	304
a- De la nature aux <i>quanta</i> , des peines principales inefficaces	305
i- La nature inadaptée de la peine d'emprisonnement	305
ii- Les <i>quanta</i> inefficaces des peines d'amendes	306
b- La critique de l'échelle des peines encourues	309
i- L'échelle des peines, déterminée par leurs <i>quanta</i>	309
ii- L'échelle des peines, déterminée par la nature des circonstances aggravantes.....	311

2- L'efficacité théorique des peines complémentaires et alternatives	314
B- L'inefficacité des peines prononcées	317
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	319
<i>PARAGRAPHE II - L'anéantissement de la fonction de dissuasion par un droit pénal ineffectif</i>	<i>319</i>
I- L'absence d'incitation au respect de droit de la propriété intellectuelle	320
A- L'absence de contrôle étatique.....	320
B- L'absence de contrôle social.....	322
II- La perte de crédibilité du droit pénal de la propriété intellectuelle	324
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	324
CONCLUSION DE LA SECTION II.....	324
 CONCLUSION DU CHAPITRE II	 325
 CONCLUSION DU TITRE II	 326
 CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	 327
 PARTIE II - LA MATIERE PENALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE, UN RESEAU DE NORMES EN QUETE DE COHERENCE	 328
 TITRE I - L'EMERGENCE DE RESEAUX DE NORMES REPRESSIVES, PERIPHERIQUES AU DROIT PENAL	 330
 CHAPITRE I - L'échec de l'externalisation de la fonction répressive à une autorité administrative indépendante.....	 331
 SECTION I - Le rôle investigateur de l'HADOPI.....	 332
<i>PARAGRAPHE I - L'externalisation des prérogatives d'investigation de la police judiciaire</i>	<i>332</i>
I- L'externalisation justifiée des prérogatives d'investigation.....	332
A- L'externalisation justifiée par les atteintes massives au droit d'auteur et aux droits voisins ..	333
B- L'externalisation justifiée par la fonction d'origine de l'HADOPI.....	335
II- L'attribution de pouvoirs d'investigation limités	336
A- Des pouvoirs d'investigation en principe restreints par la suppression de leur fondement juridique	336
B- Des pouvoirs limités par le respect des droits des internautes	337
1- Des pouvoirs d'investigation fortement limités	337
2- Des pouvoirs d'investigation limités par l'exigence du respect des droits des internautes..	340
a- La juste qualification des adresses IP de données à caractère personnel.....	340
b- Des pouvoirs d'investigation respectueux du droit au respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel	343
i- Les pouvoirs des agents privés, respectueux des droits des internautes	343
ii- Les pouvoirs des agents publics, respectueux des droits des internautes	347
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	351
<i>PARAGRAPHE II - Des pouvoirs d'investigation déterminants pour l'engagement des poursuites</i>	<i>352</i>

I- L'efficacité démontrée des pouvoirs d'investigation	352
II- L'influence des pouvoirs d'investigation sur la procédure judiciaire	354
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	356
CONCLUSION DE LA SECTION I	357
 SECTION II - L'épopée du rôle répressif de l'HADOPI	 358
<i>PARAGRAPHE I - La réponse graduée, entre recommandations administratives et sanctions judiciaires</i>	358
I- L'HADOPI et la sanction de suspension de la connexion à Internet, deux choix adaptés	359
A- La pertinence de l'attribution d'un pouvoir de sanction à l'HADOPI.....	359
B- La pertinence de la création d'une sanction de suspension de la connexion à Internet	363
II- L'attribution de la sanction au juge judiciaire, au détriment de l'unicité de la réponse.....	366
A- L'incompatibilité entre la nature de la liberté restreinte par la sanction et l'autorité chargée de la prononcer	367
B- L'attribution des sanctions au juge judiciaire, de l'utilité à l'incohérence.....	372
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	374
<i>PARAGRAPHE II - Le pouvoir de recommandation de l'HADOPI, un pouvoir d'injonction efficace ..</i>	375
I- Les recommandations, pouvoir d'injonction de l'HADOPI	375
II- L'efficacité de la fonction dissuasive des recommandations	378
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	382
CONCLUSION DE LA SECTION II.....	382
 CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	 383
 CHAPITRE II - Le droit civil répressif, réseau de normes rivales du droit pénal.....	 384
 SECTION I - De l'inquisitoire dans l'accusatoire.....	 385
<i>PARAGRAPHE I - L'expansion du caractère inquisitoire de la procédure civile par la création d'un droit d'information</i>	385
I- L'existence d'une empreinte inquisitoire sur la procédure civile de droit commun	386
A- Le caractère mixte des procédures	386
B- L'existence de mesures civiles inquisitoires et leurs conséquences	386
II- La création d'une empreinte inquisitoire sur la procédure civile spéciale au droit de la propriété intellectuelle.....	388
A- La prétendue insuffisance des mesures civiles inquisitoires de droit commun	388
B- La création d'une mesure inquisitoire spéciale par transposition d'une directive européenne.	389
1- Les origines anglo-saxonnes du droit d'information	389
2- L'élargissement du champ d'application du droit d'information lors de sa transposition en droit français.....	391
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	393
<i>PARAGRAPHE II - La transposition aveugle d'une directive européenne.....</i>	393
I- La recherche infructueuse d'une qualification du droit d'information.....	393
A- Le débat sur la qualification éludé par la recherche du moment de mise en œuvre du droit d'information.....	394
1- L'absence de qualification légale du droit d'information	394

2- Les hésitations relatives au moment de mise en œuvre du droit d'information.....	395
B- La qualification imparfaite du droit d'information de mesure de production forcée de pièces	397
1- Les qualifications de droit commun envisageables	397
2- Le rapprochement du droit d'information de la qualification de mesure de production forcée de pièces	400
II- L'inutilité du droit d'information à l'aune des mesures procédurales de droit commun	400
A- La complémentarité opportune des mesures civiles inquisitoires de droit commun	401
B- L'efficacité certaine des mesures pénales d'investigation	401
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	402
CONCLUSION DE LA SECTION I	403
 SECTION II - Du répressif dans l'indemnitaire	 404
<i>PARAGRAPHE I - Les dommages-intérêts et l'amende civile, deux instruments civils répressifs</i>	<i>404</i>
I- La création de dommages-intérêts punitifs, spécifiques au droit de la propriété intellectuelle....	405
A- Le droit commun de la responsabilité civile délictuelle à l'épreuve de la contrefaçon	405
1- La cristallisation des difficultés dans le préjudice et la faute	406
a- Les difficultés de preuve du préjudice	406
i- La preuve de l'existence du préjudice	406
ii- La preuve de l'étendue du préjudice.....	409
b- Le caractère lucratif de la faute	413
2- L'incidence des difficultés sur le contentieux de la propriété intellectuelle.....	415
a- L'ébauche prétorienne de la fonction dissuasive des dommages-intérêts	416
b- Le risque de <i>forum-shopping</i>	419
B- L'abandon du droit commun de la responsabilité civile en faveur de dommages-intérêts punitifs	421
1- De l'indemnisation du préjudice à la dissuasion et la sanction de la faute	421
a- La prétendue amélioration de l'indemnisation du préjudice par la fonction de dissuasion	422
b- L'insidieuse fonction punitive.....	427
2- La nature conjoncturelle du caractère punitif des dommages-intérêts.....	430
a- L'absence de caractère intrinsèque punitif des dommages-intérêts.....	431
b- L'incidence du rôle du juge sur le caractère punitif des dommages-intérêts.....	434
i- <i>L'inconstance du respect de la disposition relative aux dommages-intérêts</i>	434
ii- <i>Le respect de la disposition relative aux dommages-intérêts, source de dommages-intérêts punitifs</i>	442
II- L'amende civile, un instrument répressif de droit commun au service du droit de la propriété intellectuelle.....	443
A- L'amende civile, une solution contestable aux fautes lucratives	444
1- Le choix de l'amende civile comme solution de droit commun aux fautes lucratives	444
a- Le choix de l'amende civile résultant d'intenses débats	445
b- La cohérence du choix de l'amende civile à l'aune des exigences du droit pénal	449
2- L'amende civile, une solution incertaine au caractère lucratif de la faute	451
a- La résolution du problème de l'attribution des profits illégitimes.....	451

b- L'objectif de l'amende civile, entre sanction de la cupidité et montant proportionnel aux profits	452
B- De l'ineffectivité à l'inefficacité de l'amende civile en droit de la propriété intellectuelle	454
1- Les causes d'ineffectivité de l'amende civile en droit de la propriété intellectuelle	455
2- Les causes d'inefficacité de l'amende civile en droit de la propriété intellectuelle	456
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	456
<i>PARAGRAPHE II - Les dommages-intérêts punitifs et l'amende civile, deux instruments de matière pénale</i>	<i>457</i>
I- La qualification d'instruments de matière pénale	458
A- La matière pénale, instrument de contrôle de la répression extra-pénale	458
1- La détermination des critères de la matière pénale par la Cour européenne des droits de l'homme	458
2- La réception du critère téléologique de la répression	461
B- Les sanctions de droit de la propriété intellectuelle à l'épreuve des critères de qualification de la matière pénale.....	463
1- Les dommages-intérêts à l'épreuve des critères de la matière pénale	463
2- L'amende civile à l'épreuve des critères de la matière pénale	465
II- Les instruments de matière pénale à l'épreuve des principes fondamentaux	466
A- L'exigence de respect du principe de légalité des délits et des peines	467
1- L'exigence de prévisibilité	468
a- La prévisibilité de la norme	468
b- La prévisibilité de la peine.....	469
2- L'exigence de la nécessité de la peine	471
B- L'exigence du respect du principe <i>non bis in idem</i>	473
1- Variations des organes de contrôle sur le thème <i>non bis in idem</i>	473
2- Les dissonances des jurisprudences appliquées au droit de la propriété intellectuelle	476
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	481
CONCLUSION DE LA SECTION II.....	481
 SECTION III - La rivalité du droit civil répressif et du droit pénal de la propriété intellectuelle	483
<i>PARAGRAPHE I - La confusion des fonctions des réseaux</i>	<i>483</i>
I- La création historique d'une frontière entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale ..	484
A- La naissance de la responsabilité civile par son détachement de la responsabilité pénale.....	484
B- Le régime juridique du droit de la responsabilité civile exclusivement centré sur la fonction réparatrice.....	486
II - L'abolition moderne de la frontière entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale par la confusion de leurs fonctions	490
A- Un mouvement général de confusion des fonctions des responsabilités	490
B- Une confusion observée en droit de la propriété intellectuelle par le choix d'une répression extra-pénale	495
1- L'échec de la tentative de dissociation des fonctions de dissuasion et de sanction	495
2- La réintroduction de la faute intentionnelle par l'amende civile	498
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	499
<i>PARAGRAPHE II - Vers une fusion des réseaux en faveur du droit civil répressif</i>	<i>499</i>

I- La nécessaire rationalisation des réseaux de responsabilité en droit de la propriété intellectuelle	500
A- Le droit civil répressif, instrument de dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle ...	500
1- La dépénalisation par l'adoption d'un nouveau réseau répressif	501
2- La dépénalisation du droit de la propriété intellectuelle par l'adoption d'un droit civil répressif	503
B- L'abrogation <i>de facto</i> ou <i>de jure</i> du droit pénal de la propriété intellectuelle, entre résignation et choix de politique criminelle	503
1- L'inévitable abrogation <i>de facto</i> du droit pénal de la propriété intellectuelle	504
2- La préférable abrogation <i>de jure</i> du droit pénal de la propriété intellectuelle	504
II- Le droit civil répressif, un choix de politique criminelle	506
A- Un relatif désengagement de l'Etat de la protection du droit de la propriété intellectuelle	506
1- Une politique de répression horizontale des atteintes aux droits de propriété intellectuelle	507
2- Une politique de répression révélatrice de l'idéologie étatique	509
B- L'incidence du droit civil répressif sur la notion de propriété intellectuelle	513
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II	514
CONCLUSION DE LA SECTION III	514
 CONCLUSION DU CHAPITRE II	 515
 CONCLUSION DU TITRE I	 516
 TITRE II - LE DROIT DE PROPRIETE, VECTEUR DE COHERENCE DE LA MATIERE PENALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	 517
 CHAPITRE I - Le droit de la propriété intellectuelle, un droit de propriété	 519
 SECTION I - Les origines naturelles du droit de propriété	 520
PARAGRAPHE I - L'existence du droit, entre théorie du droit naturel et positivisme	520
I- La théorie du droit naturel, fondement philosophique de la légitimité du droit	521
II- La finalité du droit, fondement juridique de la légitimité du droit	525
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	527
PARAGRAPHE II - De la propriété au droit de propriété	527
I- La légitimité de l'existence du droit de propriété fondée sur ses origines naturelles	527
II- La légitimité de l'existence du droit de propriété maintenue par son caractère limité	532
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II	535
CONCLUSION DE LA SECTION I	536
 SECTION II - La qualification du droit de la propriété intellectuelle de droit de propriété	 537
PARAGRAPHE I - La qualification unanime de droit de propriété par les législateurs	537
I - Le rattachement exprès du droit de la propriété intellectuelle au droit de propriété	537
II - L'élévation du droit de la propriété intellectuelle au rang de droit fondamental	540
A- La consécration par les normes fondamentales	540
1- La consécration directe et indirecte	540
2- La justification de la consécration	542
B- Les effets de la consécration	547

CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	551
PARAGRAPHE II - La qualification débattue en doctrine, entre droit de propriété et droit sui generis	551
I- Le droit de propriété, qualification applicable aux créations intellectuelles	552
A- La nature du droit de propriété, fondement de cette qualification	552
1- Les enjeux de la qualification	552
2- Le choix de la qualification	557
B- La nature des créations intellectuelles adaptée à cette qualification	561
II- La nature des créations intellectuelles, source d'un droit spécial de propriété	568
A- Une adaptation nécessaire du droit de propriété	568
1- L'adaptation de ses caractères au droit de la propriété intellectuelle	568
2- L'adaptation de son régime juridique au droit de la propriété intellectuelle	576
B- Une adaptation dépourvue d'effet sur la qualification	580
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	581
CONCLUSION DE LA SECTION II.....	581
 CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	 582
 CHAPITRE II - Le renouvellement de la protection du droit de la propriété intellectuelle par un droit pénal de la propriété	 583
 SECTION I - La réhabilitation de la protection du droit de la propriété intellectuelle par le droit pénal.....	 584
PARAGRAPHE I - La légitimité de la protection fondée sur la nature du droit de la propriété intellectuelle	584
I- La légitimité de la protection fondée sur la valeur sociale de la propriété.....	585
A- La propriété, une valeur sociale essentielle structurante.....	585
1- Les valeurs-fins essentielles, entre variation et stabilité	585
2- La propriété, une valeur-fin essentielle.....	588
B- La propriété, une valeur sociale essentielle protégée par le droit pénal.....	591
1- La légitimité de la protection fondée sur les valeurs-moyens.....	592
2- La légitimité de la protection fondée sur l'ordre public.....	594
a- La légitimité certaine de la protection de l'ordre social sacré ordre public	595
i- Le phénomène sociologique préexistant au phénomène juridique	595
ii- La traduction de la norme sociale en norme juridique	596
b- La légitimité incertaine de la protection d'un ordre public fondé sur un choix politique	602
II- La légitimité de la protection fondée sur les fonctions sociales du droit de la propriété intellectuelle	605
A- Les fonctions sociales du droit de la propriété intellectuelle, fondements théoriques de sa protection par le droit pénal	606
1- Les fonctions sociales du droit de la propriété intellectuelle.....	606
a- Les fonctions sociales historiques.....	606
i- La fonction de développement du commerce et de l'industrie	607
ii- La fonction de protection de l'auteur et de son œuvre.....	608
b- Les fonctions sociales modernes	613
i- La fonction de diffusion de la culture	614

ii- <i>La fonction de protection des investissements</i>	616
2- Les conséquences directes des atteintes aux droits sur leurs fonctions sociales, fondements de la protection pénale.....	621
a- Les conséquences sur le développement économique des entreprises et sur l'innovation	621
b- Les conséquences sur le développement économique des Etats et sur leurs industries ..	626
B- Des fonctions sociales étrangères au droit de la propriété intellectuelle, fondements reconnus de sa protection par le droit pénal	629
1- La légitimité de la protection par le droit pénal affaiblie par l'indifférence au trouble à l'ordre public	629
a- Les difficultés de perception du trouble à l'ordre public.....	630
b- La perception déformée de la gravité du trouble à l'ordre public	631
2- La légitimité de la protection par le droit pénal fondée sur les conséquences indirectes des atteintes aux droits.....	635
a- Des conséquences indirectes sur des valeurs étrangères au droit de la propriété intellectuelle.....	636
i- <i>Les conséquences indirectes sur la santé et la sécurité des consommateurs</i>	636
ii- <i>Les conséquences indirectes sur la sécurité des Etats</i>	638
b- Le changement contestable des valeurs protégées.....	640
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	641
<i>PARAGRAPHE II - La légitimité de la protection fondée sur le droit pénal</i>	641
I- La légitimité de la protection à l'aune du principe de nécessité du droit pénal.....	642
A- L'incidence du principe de nécessité sur le champ du droit pénal	642
1- Le principe de nécessité des incriminations	642
2- Le principe de nécessité des peines	645
B- Le respect du principe de nécessité du droit pénal en droit de la propriété intellectuelle	646
II- La légitimité de la protection à l'aune du principe de subsidiarité du droit pénal.....	647
A- Le caractère subsidiaire du droit pénal, source de légitimité de son intervention.....	648
B- Le respect du principe de subsidiarité à l'aune des lacunes du droit civil.....	649
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II	652
CONCLUSION DE LA SECTION I	653
 SECTION II - La formation d'un droit pénal de la propriété	654
<i>PARAGRAPHE I - La formation d'un droit pénal commun aux divers régimes du droit de propriété</i> ..	654
I- La formation d'une infraction commune	655
A- La fusion des infractions en une nouvelle infraction de résultat.....	655
1- Le droit de propriété, objet de la nouvelle infraction	656
a- Le droit de propriété, objet des infractions du code pénal et du code de la propriété intellectuelle.....	656
b- Le droit de propriété, objet et condition préalable à la nouvelle infraction.....	660
2- L'adaptation des éléments de l'infraction à son objet	661
a- La détermination d'un élément matériel.....	661
i- <i>Le choix de l'élément matériel</i>	661
ii- <i>La mesure de l'élément matériel choisi</i>	664
b- L'exclusion d'un dol spécial.....	666

B- L'incidence de la nouvelle infraction sur les infractions existantes	667
1- La suppression des concours de qualifications	667
2- Le maintien des infractions périphériques aux droits de propriété intellectuelle.....	668
II- Le choix de peines communes.....	669
A- Le choix de la qualification de l'infraction	669
B- Le choix des peines de l'infraction.....	670
1- Les peines principales et les peines complémentaires	671
2- Les autres circonstances aggravantes	672
CONCLUSION DU PARAGRAPHE I	674
<i>PARAGRAPHE II - Les effets de la formation d'un droit pénal de la propriété.....</i>	<i>674</i>
I- Les effets sur les droits	675
A- Les effets sur le droit de la propriété intellectuelle	675
1- Les effets sur le droit	675
2- Les effets sur la protection pénale du droit.....	676
B- Les effets sur le droit pénal.....	677
II- Les effets sur la matière pénale	678
A- La création d'une hiérarchie au sein du réseau de normes pénales	679
B- Les effets sur les réseaux périphériques au réseau de normes pénales	679
CONCLUSION DU PARAGRAPHE II.....	680
CONCLUSION DE LA SECTION II.....	680
CONCLUSION DU CHAPITRE II	682
CONCLUSION DU TITRE II	683
CONCLUSION DE LA PARTIE II	684
CONCLUSION GENERALE	686
TABLE DES MATIERES	691
ANNEXES - TOME II	

Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale

Tome 2

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay
préparée à l'Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines

École doctorale n°578 Sciences de l'homme et de la société (SHS)
Spécialité de doctorat : sciences juridiques

Thèse présentée et soutenue à Guyancourt, le 11 décembre 2018

Anaïs SZKOPINSKI

Composition du Jury :

Monsieur Michel VIVANT Président
Professeur agrégé émérite, Sciences Po - Ecole de droit

Monsieur Emmanuel DREYER Rapporteur
Professeur agrégé, Université Paris I - Ecole de Droit de la Sorbonne

Monsieur Jean LAPOUSTERLE Rapporteur
Professeur agrégé, Université Paris-Sud - Jean Monnet

Monsieur Guillaume BEAUSSONIE Examineur
Professeur agrégé, Université Toulouse 1 Capitole

Madame Valérie-Laure BENABOU Directrice de thèse
Professeur agrégé, Université d'Aix-Marseille

ANNEXES

PLAN DES ANNEXES

1. Table des abréviations p. 2
2. Tableaux p. 6
3. Index p. 20
4. Bibliographie p. 32

TABLE DES ABREVIATIONS

AAI	Autorité administrative indépendante
act.	actualité
ACTA	Accord commercial anti-contrefaçon
ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
aff.	affaire
AJ Pénal	L'actualité juridique. Droit pénal
AJDA	L'actualité juridique. Droit administratif
al.	altri ou alinéa
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
AMF	Autorité des marchés financiers
Ann. propr. ind.	Annales de la propriété industrielle
ANSES	Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail
ANSM	Agence nationale de sécurité du médicament
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
Arch. philo. dr.	Archives de philosophie du droit
ARJEL	Autorité de régulation des jeux en ligne
art.	article
BGH	Bundesgerichtshof / Cour fédérale de justice
bibli.	bibliothèque
Bibli. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
Bibli. sciences crim.	Bibliothèque des sciences criminelles
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation . Chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation . Chambres criminelles
Bull. législ.	Bulletin législatif
c/	contre
CA	Cour d'appel
Cah. Cons. constit	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. dr. entr	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. Ass.	Cour de cassation
Cass. ass. pl	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass. mixte	Cour de cassation, Chambre mixte
Cass. req.,	Cour de cassation, Chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
CCC	Contrat Concurrence Consommation
CCE	Communication Commerce Electronique
CCiv	code civil
CE	Conseil d'état
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
ch.	chambre
ch. civ.	chambre civile
ch. com	chambre commerciale
ch. corr	chambre correctionnelle
ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chap.	chapitre
chron.	chronique
Cie	compagnie
civ.	civil, e
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'union européenne
CNC	Conseil national du cinéma
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés

CNRS	Centre national de la recherche scientifique
COB	Commission des opérations de bourse
coll.	collection
comm.	commentaire
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
consid.	considérant
CPC	code de procédure civile
CPI	code de la propriété intellectuelle
CPP	code de procédure pénale
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Recueil Dalloz édition Affaires
DACG	Direction des affaires criminelles et des grâces
DADVSI	Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information
DC	Décision du Conseil Constitutionnel
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Délib.	Délibération
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DGCIS	Direction générale de la compétitivité de l'industrie et des services
DH	Dalloz hebdomadaire (années antérieures à 1941)
dir.	Dirigé par
Doc.	document
Doc. Ass. nat.	Documents de travail de l'Assemblée Nationale
Doc. Sénat	Documents de travail du Sénat
doctr.	doctrine
DP	Dalloz périodique (années antérieures à 1941)
dr.	droit
Dr. et Patr.	Droit et patrimoine
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. Public	Droit public
éd.	édition
esp.	espèce
ét.	étude
Fasc.	fascicule
GAFA	Google, Apple, Facebook, Amazon
GAFI	Groupe d'action financière
GAPI	Les grands arrêts de la propriété intellectuelle (Dalloz)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gde ch.	Grande chambre
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
HADOPI	Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
HALDE	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
inf. rap.	Informations rapides
IP	Internet Protocol
IPC3	<i>Intellectual property crime coordinated coalition</i>
IR	informations rapides
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
JCL	JurisClasseur
JCP	JurisClasseur périodique (La semaine juridique) édition
JCP E	JurisClasseur périodique (La semaine juridique) édition entreprises
JCP G	JurisClasseur périodique (La semaine juridique) édition générale
JME	Juge de la mise en état
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
jurispr.	jurisprudence
L.	Loi
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
LEPI	L'Essentiel Droit de la propriété intellectuelle
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches

n°	numéro
not.	notamment
NRE	Nouvelles réglementations économiques
obs.	observation
OMC	Organisation Mondiale du commerce
OMPI	Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle
ord	ordonnance
ord. JME	Ordonnance rendue par le juge de la mise en état
ord. réf	Ordonnance rendue en référé
p.	page
pan.	panorama
PHAROS	Plateforme d'harmonisation, de recoupement et d'orientation des signalements
PIBD	Propriété intellectuelle - Bulletin documentaire
Prop. ind.	Revue Propriété industrielle
Prop. intell.	Revue Propriété intellectuelle
pt.	point
PUAM	Presses Universitaires d'Aix Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUR	Presses Universitaires de Rennes
q.	Question
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	Rapport
Rapp. AN	Rapport de l'Assemblée nationale
RDTI	Revue du droit des technologies de l'information
Rec	Recueil
rep	répertoire
Rép. Dr. Civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. Internat. Dalloz	Répertoire de droit international Dalloz
REQ	requête
Resp. civ. et assur.	Revue responsabilité civile et assurance
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RICPT	Revue internationale de la criminologie et de la police technique
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de science criminelle
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	suivant (e,es,s)
SACEM	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SCPL	Service de communication au public en ligne
SCPP	Société civile des producteurs phonographiques
SDRM	Société des droits de reproduction mécanique
sect.	section
sess. ord.	session ordinaire
SESSI	Service des études et des statistiques industrielles
SLC	Société de législation comparée
SNEP	Société nationale des entreprises de presse
somm.	sommaire
spéc.	spécifiquement
SPPF	Société civile des producteurs de phonogrammes en France
SPRD	société de perception et de répartition des droits

suppl.	supplément
t.	tome
T. civ.	Tribunal civil
T. com	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
th. dir.	thèse dirigée
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
TRACFIN	Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins
Trad	traduction
Trib.	tribunal
U.C.L.	Université Catholique de Louvain
UE	Union européenne
V°	<i>Verbo</i>
vol.	volume
WIPO	<i>World international property organization</i>

TABLEAUX

1. Tableau synthétisant les dix-sept arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation au sujet du vol d'informations ou de données.
2. Tableau des infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données
3. Tableau synthétisant la correspondance des éléments matériels de l'infraction de recel et des infractions au droit d'auteur et au droit des marques
4. Tableau des peines des infractions du code de la propriété intellectuelle et du code pénal, formant des concours de qualifications

1. Tableau synthétisant les dix-sept arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation au sujet du vol d'informations ou de données.

ARRETS DE LA CHAMBRE CRIMINELLE DE LA COUR DE CASSATION	FAITS	OBJETS DE L'INFRACTION		ELEMENT MATERIEL DU VOL		ELEMENT MORAL DU VOL
		SUPPORT D'ORIGINE	INFORMATIONS	SOUSTRACTION	TEMPORALITE	VOLONTE DE SE COMPORTER EN PROPRIETAIRE
LOGABAX 8 janvier 1979 N° 77-93038	Reproduction par photocopie de documents appartenant à l'entreprise.	Papier	Absence de précision sur la nature des informations	CA : écarte la qualification d'appropriation frauduleuse CASS : énonce le principe « [...] <i>l'appréhension constitue l'un des éléments du délit de vol</i> » et déduit des faits une appréhension frauduleuse des documents . ⇒ Absence du terme soustraction	Appréhension des documents « <i>pendant le temps nécessaire à la reproduction</i> »	La Cour précise que le salarié n'avait que la simple détention matérielle des documents.
HERBRETEAU 29 avril 1986 N° 84-93281	Fourniture de « <i>tirages</i> » de plans d'une société à une société concurrente.	Papier La décision n'est pas précise sur ce point.	Plans	CA : soustraction frauduleuse des plans CASS : affirme que la cour d'appel a justifié sa décision en caractérisant les éléments constitutifs des infractions retenues.	Non	Absence de précision

BOURQUIN 12 janvier 1989 N° 87-82265	Des salariés entreposent, à leurs domiciles, 70 disquettes dont 47 comportent la reproduction de travaux et données commerciales de leur entreprise.	La décision ne précise pas si les supports d'origine sont des disquettes ou des fichiers informatiques.	Informations Données commerciales Fichiers clientèle	CA : appréhension de l'original ou de la première copie de sauvegarde pour en faire une reproduction. Qualification de vol de 70 disquettes et de vol du contenu informationnel de 47 de ces disquettes CASS : affirme que la cour d'appel a relevé l'ensemble des éléments constitutifs des délits retenus.	Vol du contenu informationnel « <i>durant le temps nécessaire à la reproduction des informations</i> »	Dans ses motifs la cour d'appel insiste sur le fait que ces actes ont été commis sans autorisation.
ANTONIELLI 1^{er} mars 1989 N° 88-82815	Un salarié utilise des documents de l'entreprise pour établir des tableaux et graphiques qu'il communique à un tiers.	Papier	Deux types d'informations : - Celles contenues dans les documents - Celles résultant de l'analyse du salarié	CA : qualification de soustraction frauduleuse de documents, justifiée ensuite par le fait que les données y figurant constituent des biens incorporels étant la propriété exclusive de l'entreprise. CASS : affirme que la cour d'appel a caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction de vol.	Non	Usurpation de possession des documents. Transmission des données à un tiers.

24 OCTOBRE 1990 N° 89-84485	Reproduction par photocopie de documents appartenant à l'entreprise.	Papier	Informations relatives aux clients de l'entreprise	CA : appréhension et détention des documents CASS : affirme que la cour d'appel a caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction de vol.	Détention des documents « <i>le temps nécessaire à la réalisation des photocopies</i> ».	Usurpation de la prérogative de reproduction de l'employeur.
3 MARS 1992 N° 90-82964	Le salarié a « <i>tiré</i> » une liste du personnel sur l'ordinateur mis à sa disposition.	Fichier informatique	Données relatives au personnel	CASS : rappelle le principe « [...] <i>l'appréhension</i> [...] caractérise l'un des éléments constitutifs du délit de vol » et constate l' appréhension frauduleuse du fichier informatique .	Non	Le prévenu avait la simple détention matérielle du fichier informatique et l'a utilisé à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré de son employeur.
30 NOVEMBRE 1993 N° 92-81960	Reproduction de données commerciales informatisées, contenues dans des bandes magnétiques.	Bandes magnétiques	Données commerciales	CA : soustraction des données commerciales informatisées. CASS : qualification de vol mais référence à la détention matérielle des documents et à leur appréhension frauduleuse . ⇒ Absence d'utilisation de la notion de soustraction.	Appréhension « <i>pendant le temps nécessaire à leur reproduction</i> ».	Sans précision

19 JANVIER 1994 N° 93-80633	Un salarié emporte des copies et effectue des photocopies de « <i>pièces</i> » de son entreprise.	Papier La décision n'est pas précise sur ce point.	Données relatives à l'activité de l'entreprise	CA : prise de possession des documents CASS : : affirme que la cour d'appel a caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction de vol.	Non	Appropriation des <u>informations</u> et atteinte au droit de propriété de l'employeur déduites du fait d'avoir gardé des copies, d'avoir effectué des photocopies, d'avoir pris possession et d'avoir disposé des <u>documents</u> .
18 OCTOBRE 1994 N° 93-83519	Reproduction par photocopie des registres du personnel.	Papier	Informations relatives à l'entreprise	CA : assimile la soustraction à l'appréhension des documents. CASS : se prononce uniquement sur le caractère frauduleux des actes.	Appréhension temporaire des documents en vue d'effectuer leur reproduction	Intention de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire des documents
8 DECEMBRE 1998 N° 97-83318	Un salarié adresse à son employeur un courrier avec des photocopies de documents appartenant à celui-ci.	Papier	Informations relatives à l'entreprise	La Cour de cassation, au visa des articles 379 ancien et 311-1 du code pénal, énonce le principe selon lequel « <i>toute appropriation de la chose d'autrui, contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive du vol [...]</i> ».	Non	La volonté de se comporter comme un propriétaire semble être assimilée à l'élément matériel de l'infraction de vol.

24 OCTOBRE 2000 N° 99-80666	Reproduction et communication de la liste de clients de la société à une autre société.	Fichier informatique	Informations relatives à la clientèle	CA : qualification de vol de fichiers informatiques CASS : affirme que la cour d'appel a caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction de vol.	Non	La salariée n'était pas la détentrice légitime de ces fichiers.
9 SEPTEMBRE 2003 N° 02-87098	Reproduction et utilisation du « contenu informationnel » d'une disquette support d'un logiciel.	Disquette	Données relatives à un logiciel	CA : indique que le contenu informationnel a été reproduit et qualifie cet acte de soustraction frauduleuse . Qualification de vol de données informatiques relatives à un logiciel. CASS : affirme que la cour d'appel a caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction de vol.	Non	Absence d'autorisation de reproduction et d'usage du contenu informationnel de la disquette. Volonté de s'approprier les informations gravées sur le support matériel.
MARS 2008 N° 07-84002	Reproduction des données et fichiers informatiques enregistrés sur des disques durs externes d'une entreprise pour en faire bénéficier une autre.	Fichiers informatiques	Plans de base et plans de découpe	CA : les juges utilisent deux qualifications, vol de fichiers informatiques et vol du contenu informationnel. ⇒ Les données et fichiers informatiques ont été « subtilisés » et « copiés » sur des supports matériels. ⇒ Absence d'utilisation du terme soustraction. CASS : affirme que la cour d'appel a caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction de vol.	Non	Appropriation des données et des fichiers afin de pouvoir en disposer, de les utiliser, de les reproduire et de les exploiter.

2 SEPTEMBRE 2008 N° 08-80177	Un salarié est accusé par son ancien employeur d'avoir dérobé des fichiers clients et fournisseurs pour constituer ses propres listings.	Fichiers informatiques	Informations relatives aux clients et fournisseurs	CA : non-lieu fondé sur l'absence de preuve du détournement d'un bien corporel. CASS : ne conteste pas les principes énoncés par la cour d'appel : - Seule une chose corporelle peut être soustraite. ⇒ Les juges estiment qu'il ne peut être déterminé si le fichier a été détourné ou copié. - Aucune disposition ne réprime la soustraction d'une information détenue par une entreprise et portant sur sa clientèle ou ses fournisseurs.	Non	En l'absence de preuve de l'élément matériel de l'infraction de vol, l'élément moral n'est pas examiné.
20 MAI 2015 N° 14-81336	Un individu télécharge des fichiers informatiques contenus dans le système informatique d'une Agence nationale, les fixe sur différents supports et les communique à des tiers.	Fichiers informatiques	Données	La poursuite porte sur le vol de données. TGI : en l'absence de dépossession, les juges concluent à « <i>l'absence de soustraction matérielle de documents</i> » ainsi qu'à l'absence d'appréhension d'une chose. CA : qualification de vol de fichiers informatiques. ⇒ Absence de référence au terme soustraction. CASS : après avoir rappelé le téléchargement, la fixation et la diffusion de données, les juges concluent à la soustraction des données.	Non	Utilisation de données sans le consentement de leur propriétaire.

28 JUIN 2017 n° 16-81113	Un avocat effectue des photocopies de courriers rédigés par une consœur et télécharge des documents personnels de celle-ci, librement accessibles sur le réseau informatique du cabinet.	Papier et fichiers informatiques	Informations personnelles	Le pourvoi concerne le titulaire du droit de propriété sur les documents CA : appropriation des documents par les photocopies et l'impression des courriers. CASS : appropriation frauduleuse des documents, laquelle peut s'effectuer par « tout moyen de reproduction ».	Non	La consœur « avait seule, en tant que propriétaire, le pouvoir d'en disposer ».
24 JANVIER 2018 N° 16-86597	L'ancien salarié d'une entreprise imprime un courriel qui ne lui était pas destiné et « duplique » un autre document, comportant des données industrielles à caractère confidentiel.	Fichier informatique La décision ne précise pas la nature du deuxième document.	Informations techniques relatives à un procédé industriel	La poursuite porte sur la soustraction frauduleuse de deux documents. CA : appropriation frauduleuse des documents CASS : affirme que la cour d'appel a caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction de vol.	Non	Les juges du fond estiment que le dol général, qui consiste dans la volonté d'appréhension, est établie par le « le seul fait de s'approprier et de conserver les documents ».

2. Tableau des infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé de données

Acte portant atteinte au système	Acte portant atteinte principalement au système et accessoirement aux données	Acte portant atteinte principalement aux données et accessoirement au système	Acte portant atteinte aux données
L'accès dans tout ou partie d'un système (art. 323-1 al. 1)	L'accès dans le système ayant pour conséquence la suppression et la modification des données (art. 323-1 al. 2)	L'extraction de données contenues dans un système (art. 323-3 al. 1)	La détention de données contenues dans un système (art. 323-3 al. 1)
Le maintien dans tout ou partie d'un système (art. 323-1 al. 1)	Le maintien dans le système ayant pour conséquence la suppression et la modification des données (art. 323-1 al. 2)	La suppression de données contenues dans un système (art. 323-3 al. 1)	La reproduction de données contenues dans un système (art. 323-3 al. 1)
L'accès dans un système ayant pour conséquence l'altération de son fonctionnement (art. 323-1 al. 2)		La modification de données contenues dans un système (art. 323-3 al. 1)	La transmission de données contenues dans un système (art. 323-3 al. 1)
Le maintien dans un système ayant pour conséquence l'altération de son fonctionnement (art. 323-1 al. 2)			
L'entrave au fonctionnement d'un système (art. 323-2 al. 1)			
Le fait de fausser le fonctionnement d'un système (art. 323-2 al. 1)			
L'introduction de données dans un système (art. 323-3 al. 1)			

3. Tableau synthétisant la correspondance des éléments matériels de l'infraction de recel et des infractions au droit d'auteur et au droit des marques

Infractions spéciales au droit de la propriété intellectuelle		Éléments matériels du recel				
Droit de propriété intellectuelle	Élément matériel de l'incrimination	Dissimuler	Détenir	Transmettre	Faire office d'intermédiaire afin de transmettre	Bénéficiaire du produit d'un délit
Droit d'auteur (art. L. 335-2)	Débit			•		•
Droit des marques (art. L. 716-10)	Vente			•		•
Droit d'auteur (art. L. 335-2) Droit des marques (art. L. 716-10)	Exportation				•	•
Droit des marques (art. L. 716-9)	Exportation Condition : en vue de vendre, fournir, offrir à la vente, louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite				• (si condition remplie)	• (si condition remplie)

Droit d’auteur (art. L. 335-2) Droit des marques (art. L. 716-10)	Importation				•	•
Droit des marques (art. L. 716-9)	Importation Condition : en vue de vendre, fournir, offrir à la vente, louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite				• (si condition remplie)	• (si condition remplie)
Droit d’auteur (art. L. 335-2)	Transbordement				•	•
Droit des marques (art. L. 716-9)	Transbordement Condition : en vue de vendre, fournir, offrir à la vente, louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite				• (si condition remplie)	• (si condition remplie)
Droit d’auteur (art. L. 335-2)	Détention Condition : aux fins de débit, d’exportation, d’importation, de transbordement		• (si condition remplie)			

Droit des marques (art. L. 716-10)	Détention Condition : absence de motif légitime		• (condition implicitement contenue dans l’incrimination)			
Droit des marques (art. L. 716-9)	Réexportation Condition : en vue de vendre, fournir, offrir à la vente, louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite				• (si condition remplie)	• (si condition remplie)
Droit des marques (art. L. 716-10)	Offrir à la vente		•			
Droit des marques (art. L. 716-11)	Mettre en vente un produit revêtu d’une marque collective de certification irrégulièrement employée		•			
Droit des marques (art. L. 716-11)	Avoir vendu un produit revêtu d’une marque collective de certification irrégulièrement employée					•

4. Tableau des peines des infractions du code de la propriété intellectuelle et du code pénal, formant des concours de qualifications

Infractions du code pénal Biens objets de droits de propriété intellectuelle	Atteinte au système de traitement automatisé de données (art. 323-3 du CP)	Vol	Vol avec circonstance aggravante du bien culturel (art. 311-4-2 al. 1, 3° du CP)	Abus de confiance	Recel
Œuvre de l'esprit	5 ans 3 ans 150 000 € 300 000 €	3 ans 3 ans 45 000 € 300 000 €	7 ans 3 ans 100 000 € 300 000 €	3 ans 3 ans 375 000 € 300 000 €	5 ans 3 ans 375 000 € 300 000 €
Prestation, phonogramme, vidéogramme ou programme	5 ans 3 ans 150 000 € 300 000 €	3 ans 3 ans 45 000 € 300 000 €		3 ans 3 ans 375 000 € 300 000 €	
Base de données	5 ans 3 ans 150 000 € 300 000 €	3 ans 3 ans 45 000 € 300 000 €		3 ans 3 ans 375 000 € 300 000 €	
Mesures techniques de protection et d'information	5 ans 3 750 € 150 000 €				
Marque	5 ans 3 ans 150 000 € 300 000 €	3 ans 3 ans 45 000 € 300 000 €		3 ans 3 ans 375 000 € 300 000 €	5 ans 3 ans 375 000 € 300 000 €
Marque Circonstance aggravante du SCPL	5 ans 7 ans 150 000 € 750 000 €	3 ans 7 ans 45 000 € 300 000 €		3 ans 7 ans 375 000 € 750 000 €	5 ans 7 ans 375 000 € 750 000 €
Marque Circonstance aggravante du dol spécial (art. L. 716-9)					5 ans 4 ans 375 000 € 400 000 €

Dessins et modèles	3 ans 300 000 €	5 ans 150 000 €			3 ans 300 000 €	3 ans 375 000 €	
Dessins et modèles Circonstance aggravante du SCPL	7 ans 750 000 €	5 ans 150 000 €			7 ans 750 000 €	3 ans 375 000 €	
Brevet					3 ans 300 000 €	3 ans 375 000 €	
Brevet Circonstance aggravante du SCPL					7 ans 750 000 €	3 ans 375 000 €	
Circonstance aggravante du lien conventionnel					6 ans 600 000 €	3 ans 375 000 €	

INDEX

A

Abus de confiance

- Biens 329, 330, 415
- Détournement 339-341, 417
- Droit de propriété 1069
- Élément matériel 339-341
- Élément moral 342, 418
- Informations 331
- Remise précaire 336, 337, 416

Accord sur les ADPIC 220, 540, 656

ACTA 225-232

Action civile

- Délais de prescription 464, 465
- Spécialisation des juridictions 504
- Titulaires de l'action 461

Action publique

- Constitution partie civile 493
- Délais de prescription 463, 465, 466
- Engagement des poursuites 460
- Spécialisation des juridictions 504, 505
- Titulaires de l'action 461, 494

Amende civile 743, 745, 746, 775, 781, 784, 788, 794

- Article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile (mars 2017) 744, 757
- Dol spécial 747, 750, 752
- Faute 747, 750, 751, 774
- Fonction de sanction 825
- Intention 750
- Montant 749, 753
- Profit 742

Amende pénale

- Infractions lucratives 508, 533, 538
- Proportionnelle 533, 534

Artiste-interprète

- Droits moraux 75

Autorité administrative indépendante

- Définition 573
- Pouvoir de sanction 619, 625-627

Autorité de la chose jugée 96

B

Bases de données

- Notion 383
- Système automatisé de données 384

Bien

- Bien immeuble 329
- Bien incorporel 255, 256
- Biens incorporels non rivaux (V° biens incorporels non rivaux)
- Bien-information 7, 8

Biens incorporels non rivaux

- Appropriation 926
- Définition 292
- Nature ubiquitaire 926
- Protection pénale 256, 294, 327, 415, 1066

Blanchiment

- Autoblanchiment 287
- Biens 284
- Définition 282
- Infraction d'origine 283, 285, 288

Brevet

- Activité inventive 11
- Fonction sociale 990
- Protection pénale 19

C

Certificat d'obtention végétale 90, 95, 143, 460, 476, 920

Chose incorporelle

- Appropriation 922, 923
- Possession intellectuelle 925
- *Res communes* 922

Circonstance aggravante 27, 143, 1105

- Infraction commise au moyen d'un service / réseau de communication au public en ligne 144
- Infraction commise en bande organisée 143
- Notion 393

CNIL 573

- Collecte d'adresses IP 586, 587, 591, 597

Code pilote / Code suiveur 259

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité 148

Complicité 130, 141

Composition pénale 147

Concours de qualifications 433, 1093

- Constitutionnalité 445
- Conventionnalité 446
- Définition 375, 376
- Principe d'égalité 445
- Principe de légalité des délits et des peines 445
- Principe *non bis in idem* 450
- Principe *specialia generalibus derogante* 447, 451
- Règles de résolution des concours 450-452

Confiscation

- Confiscation des marchandises contrefaisantes 544, 547
- Confiscation des recettes 544, 706
- Mesures correctives 501
- Peine complémentaire de confiscation 501, 545

Contraventionnalisation 153, 154, 1100**Contrefaçon**

- Abus de confiance 419
- Amende 534
- Conséquences économiques 1010, 1011, 1013, 1014, 1016
- Conséquences fiscales 1017
- Conséquences sociales 1018
- Débit 426
- Désapprobation sociale 1022, 1024, 1027, 1028
- Dommage 689-691
- Echelle commerciale 225, 540, 659, 1107
- Exportation/Importation/Réexportation/Transbordement 430, 431
- Indemnisation du préjudice (V° dommages et intérêts)
- Infraction routinière 1026
- Légitimité 1049, 1050
- Lucrativité (V° faute lucrative)
- Qualification 15
- Recel 427
- Ruse 967
- Secteurs de contrefaçon 1007, 1008, 1009
- Transit 432
- Vente de biens contrefaisants 426
- Vol 412-414

Contrôle social 558, 559**Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité** 221**Convention Médicrime** 222**Copyright** 996**Cybercriminalité**

- Acteurs privés 169, 170, 213
- Loi pénale applicable 207, 208
- Services d'enquête 199, 200
- Théorie de l'accessibilité 204
- Théorie de la focalisation 204, 205, 206

- Preuve 210-212

D

Décriminalisation 28, 830, 831

Dépénalisation 28, 830, 832, 1054

Dessins et modèles

- Caractère propre 101
- Fonctions sociales 990
- Nouveauté 10, 101
- Protection pénale 19

Destruction / dégradation / détérioration (infraction CP) 276, 278

Deterrance theory 556

Dissuasion 556, 821, 822

- Dissuasion active collective 513, 522
- Dissuasion active individuelle 513, 522, 523, 524
- Dissuasion passive collective 513
- Fonction des peines 518, 520, 521

Dommages-intérêts

- Bénéfices 694, 699, 722, 723
- Dommages-intérêts circonstanciels 30, 721, 722, 732, 733, 737, 738, 782
- Dommages-intérêts forfaitaires 30, 720, 734, 772, 782, 785
- Dommages-intérêts punitifs 719-728, 738, 743, 771, 795
- Evaluation des dommages-intérêts 510, 511, 700, 703, 709, 710, 716, 725, 731
- Evaluation du préjudice 693, 698, 714, 716, 1058
- Fonction dissuasive 702, 704, 705, 715, 717, 727, 1060
- Fonction punitive 715, 719, 726, 727, 1060
- Indemnisation du préjudice (article 1240 du c. civ.) 1056
- Peine privée (V° peine privée)
- Préjudice moral 735
- Principe de réparation intégrale 730, 1060
- Sanction réparatrice 31

Données

- Adresse IP 586, 587-589
- Données à caractère personnel 360, 586-589
- Notion 9

Douanes 187-190

- Délits douaniers 185
- Destruction 186
- Retenue 186
- Saisie 186

Droit au respect de la vie privée 590, 594, 599

Droit civil répressif 836, 837, 839-841, 845, 848, 1127

- Amende civile (V° amende civile)
- Amende pénale (V° amende pénale)
- Vengeance privée 842

Droit d’auteur

- Droit au respect de l’œuvre 271-273
- Droit de propriété 927
- Droits moraux (protection pénale) 68-74
- Droits patrimoniaux 274
- Exceptions (V° exceptions)
- Fonction sociale 995, 996
- Origine historique 993, 994
- Protection pénale 18

Droit d’accès à la culture 890, 1027, 1028

Droit de clientèle 906, 922

Droit de la propriété industrielle

- Biens-informations 8
- Droit de propriété 913
- Droit naturel 920
- Fonction de protection des investissements 1000, 1002-1004, 1011
- Fonctions sociales historiques 990, 991, 993, 994
- Fonctions sociales modernes 997-1005

Droit de la propriété intellectuelle

- Activité créatrice 11, 932, 933
- Création intellectuelle 918
- Définition 2, 3
- Désapprobation sociale 979
- Droit de propriété 42, 43, 910-912, 918
- Droit fondamental 890-892, 897, 899, 902-904
- Droit intellectuel 906, 922
- Fonctions sociales 989, 997, 1002-1004
- Limites 934, 936-938
- Matière pénale 39
- Monopole 910
- Nouveauté 10
- Prerogatives 941-943
- Principe de territorialité 194
- Protection pénale 27, 28, 44
- Qualification 5, 41, 883, 886, 909, 916
- Valeur sociale essentielle 960, 961, 985
- Valeur sociale étrangère au droit 1032-1036

Droit de la propriété littéraire et artistique

- Biens-informations 9
- Droit naturel 919
- Fonction de diffusion de la culture 999
- Fonction de protection des investissements 1001-1004, 1012
- Fonctions sociales historiques 995, 996
- Fonctions sociales modernes 998, 999

Droit de propriété

- Abusus 943
- Caractère absolu 877, 934
- Caractère exclusif 935, 937
- Caractère perpétuel 938
- Choses incorporelles (V° choses incorporelles)
- Droit fondamental 898, 899, 902, 904
- Droit pénal commun 1066, 1075, 1079-1083, 1144
- Fonctions sociales 878
- Fructus 941
- Locke 857, 872, 873
- Légitimité 877, 978
- Limites 876, 878
- Propriété (V° propriété)
- Théorie du droit naturel 871, 874, 918
- Théorie renouvelée 925
- Usus 942
- Utilité 875, 876
- Valeur sociale essentielle 959, 960

Droit d'information 654, 656

- Définition 657
- Qualification 665, 666, 674, 675
- Régime juridique 658, 659, 660, 666, 668, 678

Droits fondamentaux

- Critères 893-896
- Hiérarchie 901, 902
- Valeurs sociales essentielles 961

Droit pénal

- Autonomie 99, 110
- Fonction de dissuasion (V° dissuasion)
- Fonction de sanction 21, 821, 822
- Fonction expressive 22
- Ineffectivité 487, 834
- Légitimité 560, 962, 970, 971, 978
- Ordre public 976, 977
- Rétribution 24

Droits voisins

- Exceptions (V° exceptions)

E**Echanges pair à pair** 154, 616**Echelle commerciale** (V° contrefaçon)**Enquête**

- Coopération des acteurs privés 479
- Services d'enquête 478, 496

Escroquerie 255, 1074, 1081

Europol 180, 199, 1034

Exceptions

- Au droit d’auteur 114
- Aux droits voisins 114
- Exception de copie privée 115, 436, 437

F

Faute intentionnelle 86

Faute lucrative 14, 508, 533, 699, 700, 742, 743, 824, 1056, 1060

Faute de négligence / d’imprudence 86

Faux 374

Forum-shopping 708

Furtum 314, 332, 1071

G

Gravité

- De la faute civile 722
- De la faute pénale 723
- Des comportements 1045, 1046, 1087

H

HADOPI 32, 171, 572

- Agents privés assermentés 593, 594
- Autorité administrative indépendante 573, 574
- Fondement juridique 578, 579
- Identification des titulaires de connexion à Internet 591, 595, 596, 598, 599, 603
- Perquisitions 592
- Pouvoirs d’investigation 575, 576, 581-584, 591, 609
- Recommandations 633, 634, 637, 639
- Réponse graduée 613, 617, 629, 630, 635, 638
- Sanction de suspension de la connexion à Internet 620-622, 626-628

I

Incrimination

- Méthode du renvoi 62-64
- Méthode normative 58-61

Infractions aux droits de la propriété intellectuelle

- Condition préalable 89-94
- Élément moral 79-83
- Exception substantielle 95, 96, 471
- Infractions préventives 141
- Mauvaise foi (présomption) 84, 85
- Peines alternatives 546
- Peines complémentaires 544, 545

Infraction de fourniture de moyens 138-141, 1096**Infraction de masse 14, 572****Infraction transfrontalière 14**

- Compétence de la loi pénale 193
- Compétence juridictionnelle 192
- Coopération des Etats 179-182

Intermédiaires techniques

- Hébergeurs de contenus 160,161
- Responsabilité pénale limitée 158, 159

Interpol 182, 199, 1034**L****Logiciel**

- Contrefaçon 388
- Incrimination 62, 63
- Système de traitement automatisé de données 382, 389, 390

M**Marché**

- Primaire 1008, 1009
- Secondaire 1008, 1009

Marque

- Distinctivité 102, 103
- Fonctions de la marque 118, 120
- Fonctions sociales 991
- Usage dans la vie des affaires 116, 117, 119

Matière pénale

- Définition 38, 763, 846
- Qualification d'infraction 764, 774
- Qualification de peine 765-767, 770-773
- Respect des principes fondamentaux 777

Mesures correctives 501**Mesures d'instruction 670, 672, 677**

Mesures d'investigation 468, 679

Mesures de production forcée de pièces 670, 671, 673, 674, 677

Mesures techniques d'information 1095

Mesures techniques de protection 162-164, 1095

- Contournement 1108
- Interopérabilité 165, 166

N

Négligence caractérisée 156, 157

- Définition 618
- Sanctions 628

O

Obligation de veille 156, 157

Œuvre de l'esprit

- Œuvre unique 277, 278, 279
- Originalité 104-109
- Support 266-268

Opportunité des poursuites 483

- Classement sans suite 484-486

Ordonnance pénale 173, 609

Ordre public 972, 973

- De direction 984
- Définition 974-976, 980
- De protection 984
- Trouble à l'ordre public 129
- Union européenne 238

Ordre social 972, 973, 982, 983

P

Peines

- Amendes 532-534, 537-539, 1103
- Circonstances aggravantes 143, 144, 540, 1105-1107
- Confiscation (V° confiscation)
- Détermination des peines 519, 537, 539
- Echelle des peines 536-542
- Emprisonnement 530, 531, 1002
- Fonction de dissuasion (V° dissuasion)
- Fonction réparatrice 472, 499, 500
- Individualisation 489, 542, 550, 551

- Mesures alternatives aux poursuites 489-491
- Peines alternatives 546
- Peines complémentaires 545, 1004
- Peines prononcées 507, 509
- Proportionnalité 542

Peine privée 819

Politique criminelle 133, 485, 831, 839-841, 843, 844, 981, 982

Possession 1070

Preuve

- Principe de loyauté 470

Prévention 130

Principe d'égalité 74, 154, 445, 616, 1100

Principe de légalité des délits et des peines 74, 99, 105, 120, 165, 273, 380, 778

Principe de nécessité

- Des incriminations 1043, 1044, 1046, 1050
- Des peines 787, 788, 1047, 1049

Principe de prévisibilité de la norme 780-782

Principe de prévisibilité de la peine 783-785

Principe de subsidiarité 1053, 1054

Principe *non bis in idem* 450, 790-800

Procédure accusatoire 648

Procédure inquisitoire 648-650

Propriété

- Anthropologie 868, 870
- Ethologie 869, 870
- Valeur-fin essentielle 958, 959
- Valeur-moyen 966

R

Recel

- Élément moral 428
- Infraction préalable 354
- Recel de contrefaçon 424
- Recel-détention 346, 347
- Recel d'information 351, 352
- Recel-profit 348, 349

Réseaux de normes 37

Responsabilité civile

- Fonction de dissuasion 817
- Fonction de réparation 808-813
- Fonction de sanction 817, 818, 823, 824
- Histoire 806, 807

Responsabilité pénale 806, 807

- Fonction de réparation 818

Routine activity approach 1026**S****Saisie-contrefaçon** 469**Sanction-réparation** 472, 499, 818**Secret**

- Secret défense 1086
- Secret des affaires 4, 332, 355, 660, 678, 757
- Secret des correspondances 1086
- Secret professionnel 256, 292

Soustraction 314

- Acception intellectuelle 317, 318, 320, 321, 323, 325, 326
- Appréhension 301, 302, 316-318
- Appropriation 294, 301, 309, 310
- Chose 305, 306
- Reproduction 315, 316, 319

Streaming 438-440

- Source illicite 439, 440

Système de traitement automatisé de données

- Condition préalable 392
- Définition 380, 381
- Détention de données 366
- Éléments matériels 385-387
- Extraction de données 364
- Information 360-362
- Modification de données 402, 403
- Reproduction de données 364, 398
- Transmission de données 365, 400

T**Téléchargement illicite** 28, 616**Terrorisme** 1035**Théorie du droit naturel** 861, 862

- Aristote 860, 862, 871
- Critère de finalité du droit 863, 864

- Droit de propriété (V° droit de propriété)
- Locke (V° droit de propriété)
- Légitimité du droit 860
- Saint Thomas d'Aquin 860, 862
- Théorie aristotélico-thomiste 860

Théorie du positivisme 861

- Hiérarchie des normes 859
- Kelsen 859, 861
- Légitimité du droit 859, 861

Traité de Lisbonne 235, 236

U

Utilitarisme

- Bentham 517, 526
- Théorie utilitariste 26, 517, 519, 520, 526

V

Valeur d'échange 1028

Valeur d'usage 1028

Valeur fin-essentielle 957, 958, 963

Valeurs-moyens

- Notion 963
- Ruse 964-967, 982
- Violence 964, 966, 982

Valeur sociale essentielle

- Echelle des valeurs 956
- Notion 954
- Union européenne 955

Vol

- Appréhension 301
- Appropriation frauduleuse 301
- Chose 299, 300
- Condition préalable 309
- Informations 310
- Droit de propriété 1069
- Données 307
- Dol spécial 324
- Par reproduction 410-412
- Soustraction (V° soustraction)
- Vol d'énergie 256

Vols en interne 1026

BIBLIOGRAPHIE

PLAN

PREMIERE PARTIE – OUVRAGES JURIDIQUES

I – OUVRAGES GENERAUX

II – OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

III – OUVRAGES COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES

DEUXIEME PARTIE – OUVRAGES ET ARTICLES NON JURIDIQUES

TROISIEME PARTIE – RAPPORTS, DOCUMENTS DE TRAVAIL, RECOMMANDATIONS, COMMUNICATIONS

QUATRIEME PARTIE – ARTICLES DE DOCTRINE

I – ARTICLES DE MELANGES

II – ARTICLES ET CHRONIQUES DE REVUES JURIDIQUES

CINQUIEME PARTIE – NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

SIXIEME PARTIE – JURISPRUDENCE

PREMIERE PARTIE – OUVRAGES JURIDIQUES

I – OUVRAGES GENERAUX

ALLAND D. et RIALS S.

- *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy et PUF, 1^{re} éd., 2003

ATIAS Ch.

- *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016

AUBERT J.-L.

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 17^e éd., 2018

BINCTIN N.

- *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018

BIOY X.

- *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2013

BONIS-GARÇON E. et PELTIER V.

- *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^e éd., 2015

BOULOC B.

- *Procédure pénale*, Dalloz, 25^e éd., 2016
- *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 5^e éd., 2017
- *Droit pénal général*, Dalloz, 25^e éd., 2017

BRUN Ph.

- *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4^e éd., 2016

CABRILLAC R. (dir.)

- *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, 21^e éd., 2015

CADIET L. et JEULAND E.

- *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016

CARBASSE J.-M.

- *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014

CARBONNIER J.

- *Droit civil. Les biens*, PUF, coll. Thémis, 19^e éd., 2000, t. 3
- *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27^e éd., 2002

CARON Ch.

- *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd., 2017

CHAINAIS C., FERRAND F. et GUINCHARD S.

- *Procédure civile, droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33^e éd., 2016

COLIN A. et CAPITANT H.

- *Traité de droit civil*, Dalloz, 1959, t. 3

COLOMBET C.

- *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^e éd., 1999, n° 388

CONTE Ph.

- *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 5^e éd., 2016

CORNU G.

- *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, PUF, 12^e éd., 2018
- *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13^e éd., 2007

CUSSON M.

- *La criminologie*, Hachette supérieur, 7^e éd., 2016

DELMAS-MARTY M. (dir.)

- *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 2^e éd., 2002

DEMOLOMBE C.

- *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1852, t. 9

DESBOIS H.

- *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978

DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L.

- *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2016

DESPORTES F. et LE GUNEHEC F.

- *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009

DREYER E.

- *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016

- DUGUIT L.**
- *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 3^e éd., 1927, t. 1
- FABRE-MAGNAN M.**
- *Droit des obligations, 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^e éd., 2013
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E.**
- *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011
- FOYER J. et VIVANT M.**
- *Le droit des brevets*, PUF, coll. Thémis, 1991
- FRANÇON A.**
- *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, coll. Les cours du droit, 1999
- GARÇON E.**
- *Le droit pénal*, Payot et Cie, 1922
- GAROFALO R.**
- *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Félix Alcan, 2^e éd., 1890
- GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS Ph.**
- *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011
- GAUDEMET J. et CHEVREAU E.**
- *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^e éd., 2009
- GAUTIER P.-Y.**
- *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd., 2017
- HUET A. et KOERING-JOULIN R.**
- *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2005
- JOSSERAND L.**
- *Cours de droit civil positif français. Théorie générale du droit et des droits des personnes – la famille – la propriété et les autres droits réels principaux*, Recueil Sirey, 3^e éd., 1938, t. 1
- JOURDAIN P.**
- *Les biens*, Dalloz, 1995
- JOUSSE D.**
- *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, éd. Debure, 1771, t. 4
- LABOULAYE E.**
- *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris, 1858
- LABOULAYE E. et GUIFFREY G.**
- *La propriété littéraire au XVIII^e siècle*, Paris, Librairie de L. Hachette, 1859
- LARROUMET Ch.**
- *Droit civil. Les biens, droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., 2006, t. 2
- LE TOURNEAU Ph. (dir.)**
- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Action, 11^e éd., 2018/2019
- LEPAGE A. et MATSOPOULOU H.**
- *Droit pénal spécial*, PUF, 2015
- LOCRE**
- *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827, t. 8
- LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C.**
- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017
- LUCAS A., LUCAS H.-J. et LUCAS-SCHLOETTER A.**
- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd., 2012 (pour une note, cette édition a été préférée à la plus récente, laquelle ne comporte plus le développement référencé).
- MALAURIE Ph. et AYNES L.**
- *Droit des biens*, LGDJ, 7^e éd., 2017
- MALAURIE Ph., AYNES L. et Ph. STOFFEL-MUNCK**
- *Droit des obligations*, LGDJ, 9^e éd., 2017
- MALINVAUD Ph.**
- Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 18^e éd., 2018
- MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M.**
- *Droit des obligations*, LexisNexis, 14^e éd., 2017
- MAYAUD Y.**
- *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2018
- MERLE R. et VITU A.**
- *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. 1, éd. Cujas, 4^e éd., 1981
- *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, t. 3, par A. Vitu, éd. Cujas, 1981

MOMMSEN T.

- *Le droit pénal romain*, t. 19, trad. de J. Duquesne, Paris, 1907, in *Manuel des Antiquités romaines*, T. Mommsen, J. Marquardt et P. Krüger

MORVAN P.

- *Criminologie*, LexisNexis, 2^e éd., 2016

MOUSSERON J.

- *Traité des brevets. L'obtention des brevets*, Litec, 1984, t. 1

MUYART DE VOUGLANS M.

- *Les lois criminelles dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot, Crapart et Morin, 1780, t. 1

OLAGNIER P.

- *Le droit d'auteur. Les principes, le droit ancien*, LGDJ, 1934, t. 1

ORTOLAN

- *Éléments de droit pénal*, Plon, 3^e éd, 1863, t. 1

Du PASQUIER C.

- *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1967

PASSA J.

- *Traité de droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles*, LGDJ, 2^e éd., 2009, t. 1
- *Traité de droit de la propriété industrielle. Brevets d'invention – Protections voisines*, LGDJ, 2013, t. 2

PATAULT A.-M.

- *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989

PETIT N.

- *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013

PINATEL J.

- *La criminologie*, SPES, 1960

PLANIOU M.

- *Traité de droit civil*, LGDJ, 1950, t. 1

PLANIOU M. et RIPERT G.

- *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 11^e éd., 1928, t. 1

POLLAUD-DULIAN F.

- *Propriété intellectuelle. La propriété industrielle*, Economica, 2010
- *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014

POUILLET E.

- *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, Cosse, Marchal et Billard, 1872
- *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879
- *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 3^e éd., 1908

PRADEL J. et DANTI-JUAN M.

- *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 6^e éd., 2014

PRADEL J.

- *Droit pénal général*, éd. Cujas, 21^e éd., 2016

PROCEDURE CIVILE

- Francis Lefebvre, 2016-2017

RASSAT M.-L.

- *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2018

RAYNARD J., PY E. et TREFIGNY P.

- *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 1^{re} éd., 2016

REBOUL-MAUPIN N.

- *Droit des biens*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^e éd., 2016

REBUT D.

- *Droit pénal international*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2015

RENOUARD A.-Ch.

- *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, 1838, t. 1
- *Traité des brevets d'invention*, Paris, Guillaumin, 1844

ROSSI P.

- *Traité de droit pénal*, A. Sautet et Compagnie Paris et J. Barbezat et Compagnies Genève, 1829, t. 1

ROUBIER P.

- *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. 1
- *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1954, t. 2
- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2005

SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L.

- *Droit de la propriété industrielle*, LexisNexis, 4^e éd., 2007

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L.

- *Les obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996

SUDRE F.

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^e éd., 2015

VON SAVIGNY F.-C.

- *Traité de droit romain*, Paris, 1848, Panthéon-Assas, 1860, t. 8

TERRE F. et SIMLER Ph.

- *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018

TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE F.

- *Droit civil. Droit des obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018

TURPIN D.

- *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004 (cette édition a été retenue en raison de ses développements théoriques, supprimés dans l'édition suivante)

VINEY G.

- *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, J. Geste (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2008

VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S.

- *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013
- *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017

VIVANT M.

- *Le droit des brevets*, Dalloz, 2^e éd., 2005

VIVANT M. et BRUGUIERE J.-M.

- *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2016

VOUIN R. et LEAUTE J.

- *Droit pénal et criminologie*, PUF, 1956

ZENATI-CASTAING F. et REVET T.

- *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008

II – OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

ANCEL M.

- *La défense sociale nouvelle*, éd. Cujas, 3^e éd, 1981

AUBY J.-M. et DUCOS-ADER R.

- *Droit de l'information*, Dalloz, 1982

AUGER D.

- *Droit de propriété et droit pénal*, th. dir. S. Cimamonti, PUAM, 2005

AYNES L. et VUITTON X.

- *Droit de la preuve – Principes et mise en œuvre processuelle*, LexisNexis, 2013

BEAUSSONIE G.

- *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal, contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, th. dir. B. de Lamy, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 532, 2012

BEBIN X.

- *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, L'Harmattan, 2006

BECCARIA C.

- *Des délits et des peines*, ENS éditions, 2009

BEIGNIER B., DE LAMY B. et DREYER E.

- *Traité du droit de la presse et des médias*, Litec, 2009

BELFAYOL E.

- *Le contentieux pénal douanier*, Economica, 2016

BELTRAN A., CHAUVEAU S. et GALVEZ-BEHAR G.

- *Des brevets et des marques, une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001

BEN DAHMEN K.

- *Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne, Un pluralisme juridique rénové en matière de propriété industrielle*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2013

BENABOU V.-L.

- *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, th. dir. A. Françon, Bruylant, Bruxelles, 1997

BENTHAM J.

- *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, réd. et trad. par E. Dumont, Vogel et Schulze, Londres, 1811
- *Traité de législation civile et pénale*, Rey et Gravier, Paris, 3^e éd, 1830, t. 3
- *Introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996

BERGEAUD A.

- *Le droit à la preuve*, th. dir. J.-Ch. Saint-Pau, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 525, 2010

BINCTIN N.

- *Le capital intellectuel*, th. dir. G. Bonet, Litec, 2007

BLANC E.

- *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, Plon, 4^e éd., 1855

BLOCH C.

- *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. dir. R. Bout et M. Bruschi, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006

BONNEAU Th.

- *Jurisprudence de la CJUE 2015*, Bruylant, Bruxelles, 2015

BOUCHET-LE MAPPIAN E.

- *Propriété intellectuelle et droit de propriété, Droit comparé anglais, allemand et français*, th. dir. A. Lucas, PUR, 2013

BRETTEMIEX P.

- *Essai théorique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, Paris, Robbe, 1921

CARBONNIER J.

- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996
- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001
- *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004

CARVAL S.

- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. dir. G. Viney, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 250, 1995

CASALONGA A.

- *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, LGDJ, 1949

CATELAN N.

- *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, mémoire DEA dir. Ph. Bonfils, PUAM, 2004

CAZALBOU P.

- *Etude de la catégorie des infractions de conséquence (contribution à une théorie des infractions conditionnées)*, th. dir. B. de Lamy, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 63, 2016

CHABAS F.

- *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, Montchrestien, 1975

CHAGNY M.

- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. dir. J. Ghestin, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2002

CHAGNY M. et DEFFAINS B.

- *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, coll. Essai, 2015

CHAMOIX J.-P.

- *L'appropriation de l'information*, Litec, 1986

CHARDEAUX M.-A.

- *Les choses communes*, th. dir. G. Loiseau, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 464, 2006

COUTANT-LAPALUS C.

- *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. dir. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002

CUSSON M.

- *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983
- *Pourquoi punir ?*, Dalloz, 1987

DANA A.-C.

- *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. dir. A. Decocq, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 23, 1982

DEBET A., MASSOT J. et METALLINOS N.

- *Informatique et Libertés : la protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso, Les intégrales, 2015

DECHAMPS F. et LAMBILOT C.

- *Cybercriminalité, Etat des lieux*, Anthemis, 2016

DEGOFFE M.

- *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000

DELMAS-MARTY M.

- *Les chemins de la répression*, PUF, coll. Droit d'aujourd'hui, 1980
- *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983
- *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1992
- *Pour un droit commun*, Seuil, 1994
- *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, 2004

DELMAS-MARTY M. (dir.)

- *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, 1997

DELMAS-MARTY M. et TEITGEN-COLLY C.

- *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992

DELMAS-MARTY M. et VERVAELE J. (dir.)

- *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres. Dispositions pénales pour la protection des finances de l'Europe*, Antwerpen, Groningen, Oxford Intersentia, 2000-2001, 4 vol.

DERIEUX E.

- *Droit de la communication*, LGDJ, 4^e éd., 2003

DERIEUX E. et GRANCHET A.

- *Lutte contre le téléchargement illégal*, Lois DADVSI et HADOPI, Lamy, 2010

DESCAMPS O.

- *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, th. dir. A. Lefebvre-Teillard, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 436, 2005

DEVEZE J., FRAYSSINET J. et LUCAS A.

- *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, coll. Thémis, 2001

DOCK M.-C.

- *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, th. dir. J. Gaudemet, LGDJ, 1962
- *Etude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963

DOMAT J.

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle éd. Savoye, 1756, t. 1

DONAUD F.

- *Les acteurs du procès civil en contrefaçon*, th. dir. V.-L. Benabou, Université Paris-Saclay, 2016

DUBITON S.

- *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, th. dir. J.-L. Autin et P. Idoux, LGDJ, Bibli. dr. public, t. 293, 2016

DUBOIS Ch.

- *Responsabilité civile et responsabilité pénale. A la recherche d'une cohérence perdue*, th. dir. Y. Lequette, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 570, 2016

DUGUIT L.

- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912
- *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, Alcan, 2^e éd., 1944
- *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003

DUPICHOT J.

- *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, th. dir. J. Flour, LGDJ, Biblio. dr. privé, t. 96, 1969

DUSOLLIER S.

- *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, th. dir. Y. Pouillet, Larcier, 2007

ESCARRA J., RAULT J. et HEPP F.

- *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, 2^e éd., 1937

FAUCHOUX V., DEPREZ P. et BRUGUIERE J.-M.

- *Le droit de l'Internet*, LexisNexis, 2^e éd., 2013

FERAL-SCHUHL Ch.

- *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, 5^e éd., 2009-2010

FERRI E.

- *La sociologie criminelle*, (1893), Dalloz, 3^e éd., 2004

FERRI T.

- *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hypersurveillance*, L'Harmattan, 2012

FREYSSINET E.

- *La cybercriminalité en mouvement*, Lavoisier, 2012

GAÏA P. et al.

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e éd., 2013

GALLOUX J.-Ch.

- *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dir. J.-M. Auby, Bordeaux, 1988

GARAPON A.

- *Le gardien des promesses. Le juge et la démocratie*, Odile Jacob, 1996

GASSIN R.

- *Essai de la théorie générale de la ruse en criminologie*, PUAM, 2009

GASTAMBIDE A.

- *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, 1862

GAUDRAT Ph. et SARDAIN F.

- *Traité de droit civil du numérique, Droit des biens*, Larcier, 2015, t.1
- *Traité de droit civil du numérique, Droit des obligations*, Larcier, 2015, t. 2

GEIGER Ch.

- *Droit d'auteur et droit du public à l'information – approche de droit comparé*, th. dir. M. Vivant, Litec, coll. IRPI, 2004

GENY F.

- *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914, t. 1
- *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1927, t. 2

GHAFOURIAN A.

- *Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français : étude jurisprudentielle*, th. dir. R. Jambu Merlin, Paris II, 1977

GILARDEAU E.

- *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, 2011

GINOSSAR S.

- *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960

GRARE C.

- *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, th. dir. Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. XLV, 2005

GUILLOTREAU G.

- *Art et crime, La criminalité du monde artistique, sa répression*, PUF, Coll. Criminalité Internationale, 1999

GUINCHARD A.

- *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, th. dir. Y. Mayaud, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 38, 2003

HARNAY S., MARCIANO A. et POSNER R.-A.

- *L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, 2003

HENRY G.

- *L'évaluation en droit d'auteur*, th. dir. P.-Y. Gautier, IRPI, t. 30, 2007

HUGUENEY L.

- *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, A. Rousseau, 1904

HUGUET A.

- *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, th. dir. R. Savatier, LGDJ, 1962

DE JACOBET DE NOMBEL C.

- *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. dir. Ph. Conte, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006

JAULT A.

- *La notion de peine privée*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 442, 2005

JOSSERAND L.

- *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, (réimpression de la 2^e éd., 1939)

JOUSSE D.

- *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, Debure, 1753

JUEN E.

- *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, th. dir. E. Loquin, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 568, 2016

VON JHERING R.

- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. de Meulenaëre, Paris, A. Marescq, 3^e éd., 1877, t. 3
- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. de Meulenaëre, Paris, A. Marescq, 2^e éd., 1880, t. 4
- *Œuvres choisies*, trad. de Meulenaëre, Paris, A. Marescq, 1928, t. 2

VAN DE KERCHOVE M.

- *Le droit sans peines, Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 1987
- *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005

KINBERG O.

- *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, éd. Cujas, 1962

LAPOUSTERLE J.

- *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. dir. P.-Y. Gautier, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2009

LAUTERBURG W.

- *Du contrat d'édition et de la nature juridique du droit de l'éditeur*, Sirey, 1915

LESUEUR J.

- *Conflits de droits – Illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, th. dir. P.-Y. Gautier, PUAM, 2009

LEVASSEUR A.

- *Le Droit américain*, Dalloz, 2004

LEVEQUE F et MENIERE Y.

- *Economie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003

LOISEAU G.

- *Le nom, objet d'un contrat*, th. dir. J. Ghestin, LGDJ, 1997

LUCAS-SCHLOETTER A.

- *Droit moral et droits de la personnalité, Etude de droit comparé français et allemand*, th. dir. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002

MACKAAY E.

- « Les droits intellectuels, Entre propriété et monopole », *Journal des économistes et des études humaines*, vol. 1, hiver 1989-1990, p. 61

MAZEAUD D.

- *La notion de clause pénale*, th. dir. F. Chabas, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 223, 1992

MELLONI M.

- *Dictionnaire européen de la concurrence*, Larcier, 2018

MOLFESSIS N.

- *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. dir. M. Gobert, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 287, 1997

MOURGEON J.

- *La répression administrative*, LGDJ, 1967

OLLARD R.

- *La protection pénale du patrimoine*, th. dir. V. Malabat, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2010

OLSZAK N.

- *Droit des appellations d'origine*, Lavoisier, 2001

OST F. et VAN DE KERCHOVE M.

- *De la pyramide au réseau ?, pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 2002

PAILLARD B.

- *La fonction réparatrice de la répression pénale*, th. dir. J.-H. Robert, LGDJ, Bibli. sciences crim., t. 42, 2007

PARANCE B.

- *La possession des biens incorporels*, th. dir. L. Aynès, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008

PELISSIER A.

- *Possession et meubles incorporels*, th. dir. M. Cabrillac, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2001

PFISTER L.

- *L'auteur, propriétaire de son œuvre – La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. dir. J.-M. Poughon, Strasbourg, 1999

PICARD E.

- *Le droit pur*, Larcier, Bruxelles, 1899

PICHERAL C.

- *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, th. dir. F. Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001

POLLAUD-DULIAN F.

- *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, th. dir. A. Françon, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 205, 1989

PONCELA P. et LASCOUMES P.

- *Réformer le code pénal, où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998

PORTALIS J.-E.-M.

- « Donations et testaments », Séance du 30 nivôse an XI, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris, Joubert, 1844
- *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, 2004

POTHIER R.-J.

- *Traité de la possession et de la prescription*, Debure et Rouzeau, 1772
- *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, 1776, t. 1

POURQUIER C.

- *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, th. dir. Ch. Atias, PUAM, 2000

PRINS A.

- *Criminalité et répression. Essai de science pénale*, Merzbach et Falk, Bruxelles, 1886

PROUDHON P.-J.

- *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, Paris, J.-F. Brocard, 1841
- *Les majorats littéraires*, Paris, 1868

QUEMENER M. et CHARPENEL Y.

- *Cybercriminalité, Droit pénal appliqué*, Economica, 2010

QUEMENER M. et FERRY J.

- *Cybercriminalité, Défi mondial et réponses*, Economica, 2007

RABUT-BONALDI G.

- *Le préjudice en droit pénal*, th. dir. J.-Ch. Saint-Pau, Dalloz, 2016, n° 650

RAYNARD J.

- *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, th. dir. M. Vivant, Litec, 1990

RECHT P.

- *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ et Duculot, 1969

REJET T.

- *La force de travail*, th. dir. F. Zenati, Litec, 1992

RIALS S.

- *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988

ROBERT P., SOUBIRAN-PAILLET F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.)

- *Normes, normes juridiques, normes pénales, Pour une sociologie des frontières*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 1997, t. 1

ROBERT P.

- *La sociologie du crime*, La Découverte, 2005

ROUJOU DE BOUBÉE M.-E.

- *Essai sur la notion de réparation*, th. dir. P. Hebraud, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 135, 1974

ROYER G.

- *L'efficacité en droit pénal économique. Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, th. dir. F. Stasiak, LGDJ, coll. Droit & Economie, 2009

RUZEK V.

- *Communautarisation et mondialisation du droit de la propriété intellectuelle*, th. dir. D. Gadbin, Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, 2016

SAINTOURENS B.

- *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. dir. J. Derrupé, Bordeaux, 1986

SALEILLES R.

- *L'individualisation de la peine*, Alcan, 1898
- *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, R. Ottenhof (dir.), Réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles suivie de *L'individualisation de la peine : cent ans après Saleilles*, Erès, 2001
- *L'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, 1889

SAVATIER R.

- *Le droit de l'art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice*, LGDJ, 1953

VON SAVIGNY F.-C.

- *Traité de la possession en droit romain*, Durand et Pedone, 1^{re} éd., 1803, 7^e éd., 1870

SERIAUX A.

- *Le droit naturel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993

SICHEL L.

- *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dir. G. Loiseau, 2011

SIRINELLI P.

- *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. dir. A. Françon, 1985

SOULARD Ch.

- *Guide pratique du contentieux douanier*, LexisNexis, 2^e éd., 2015

STARCK B.

- *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. dir. M. Picard, Paris, Rodstein, 1947

SUDRE F. et al.

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis Droit, 8^e éd., 2017

TERRE F.

- *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, Droits, 1985, t. 1

TERRE F. et LEQUETTE Y.

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., 2015, t. 1

THELLIER DE PONCHEVILLE B.

- *La condition préalable de l'infraction*, th. dir. A. Varinard, PUAM, 2010

THIERS A.

- *De la propriété*, Paulin, Lheureux et C^{ie} éd., Paris, 1848

TRAULLE J.

- *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, th. dir. P. Jourdain, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 477, 2007

TRUDEL P.

- *Droit de l'information et de la communication*, Montréal, Thémis, 1984

TULKENS F.

- *Surcriminalisation et décriminalisation. Les choix de la justice pénale aux Etats-Unis à la fin des années 1960*, Louvain, U.C.L., 1975

VANUXEM S.

- *Les choses saisies par la propriété*, th. dir. T. Revet, IRJS éditions, 2012

VERON P. (dir.)

- *Saisie-contrefaçon 2013-2014*, Dalloz, coll. Dalloz référence, 3^e éd., 2012

VIGNON-BARRAULT A.

- *Intention et responsabilité civile*, th. dir. D. Mazeaud, PUAM, 2004

VILLEY M.

- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962

VINEY G.

- *Le déclin de la responsabilité civile*, th. dir. A. Tunc, 1963, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 53, 1965
- *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013

VIVANT M., RAPP L. et WARUSFEL B.

- *Droit du numérique*, Lamy, 2015

ZATTARA A.-F.

- *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, th. dir. R. Cabrillac, LGDJ, Bibli. dr. privé, t. 351, 2001

ZENATI F.

- *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. dir. J. Rubellin-Devichi, Lyon III, 1981

ZOLLINGER A.

- *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, th. dir. Ph. Gaudrat, LGDJ, 2008

III – OUVRAGES COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES

ABELLO A.

- « La propriété intellectuelle, une propriété de marché », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, A. Abello et M.-A. Frison-Roche (dir.), LGDJ, p. 343

ALAI

- *Le droit d'auteur en cyberspace*, Journées d'étude, Amsterdam, 4-8 juin 1996

AZZI T.

- « Les créations multimédias », in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, J.-M. Bruguière (dir.), Dalloz, 2011

BAILLEUX A. et VAN MEERBEECK J.

- « Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels (dir.) et al., Bruylant, 2007, p. 111-174

BANAKAS S.

- « Du réparable et du non-réparable. Etude comparative des dommages-intérêts », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol, (dir.), Dalloz, 2016, p. 369-391

BEHAR-TOUCHAIS M.

- « Comment indemniser la victime de la contrefaçon de façon satisfaisante ? », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 105-118

BENABOU V.-L.

- « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France. Situation et propositions », in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Rencontres franco-allemandes, IRPI, coll. Le Droit des affaires, propriété intellectuelle, 2007, n° 29, p. 165-184
- « La codification de la propriété intellectuelle 1992-2012... », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, coll. IRPI, 2014, n° 43, p. 141-162

BERGEL J.-L.

- « Les nouveaux biens, Rapport général », in *La propriété*, Société de législation comparée, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, t. 53, p. 220

DE BOISSIEU Ch.

- « Les aspects économiques de la contrefaçon », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 75

BONNET B.

- « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel tentative de définition d'une notion insaisissable », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 117-139

BUYDENS M.

- « L'intérêt général, une notion protéiforme », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, M. Buydens et S. Dusollier (dir.), Bruylant, 2008, p. 49

CARON Ch.

- « Quelques considérations sur le phénomène du peer-to-peer », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Colloque des 16-17 juin 2005, Litec, coll. IRPI, Le droit des affaires, propriété intellectuelle, n° 27, p. 105-107

CARTUYVELS Y.

- « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? » in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels (dir.) et al., Bruylant, 2007, p. 23-44

CERF A.

- « Ordre public, droit pénal, et droits fondamentaux », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 63-83

CHILSTEIN D.

- « Sources du droit pénal et construction européenne », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Litec, coll. Colloques et Débats, 2011, n° 32, p. 15-28

CLEMENT-FONTAINE M.

- « De la contrainte à la coopération : l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques », in *L'efficacité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, M. Béhar-Touchais (dir.), Actes des journées des 14, 15 et 16 octobre 2014, IRJS éditions, 2015, vol. 1, p. 3-15

COHEN D.

- « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac (dir.), Dalloz, 21^e éd., 2015, p. 561

DARSONVILLE A.

- « Ordre public et droit pénal », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 287-296

DELICOSTOPOULOS C.

- « Autorités administratives indépendantes et procès équitable », in *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques*, Actes du colloque du 12 oct. 2012, SLC, coll. Colloques, vol. XIX, 2013, p. 73-93

DELMAS-MARTY M.

- « Introduction », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. Martin (dir.), LGDJ, 1988, p. 212

DEROCHE A.

- « Les origines historiques de la notion de dommages-intérêts », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol (dir.), Dalloz, 2016, p. 11-30

DEVEZE J.

- « Commentaire de la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique », in *Lamy Droit de l'informatique 1987*, MAJ févr. 1988, p. 3, spéc. n° 53

DREYER E.

- « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », in *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale, Opinio Doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 63-70

VAN DROOGHENBROECK S.

- « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels (dir) et al., Bruylant, 2007, p. 75-109

FRANCILLON J.

- « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et la cybercriminalité », in *Le droit international du Web*, Lamy, Droit de l'Immatériel, dossier spéc., déc. 2011

GALLOUX J.-Ch.

- « Conclusion prospective », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI du 27 oct. 2008, Paris, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, Collection de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, Litec, n° 33, p. 133-136
- « Synthèse du colloque », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Colloque du 9 déc. 2005, SLC, Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises, éd. Société de législation comparée, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 143-150

GAUDRAT Ph. et VIVANT M.

- « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Colloque des 27 et 28 juin 2002, Faculté de droit de Montpellier, organisé par l'Equipe de recherche Créations immatérielles et droit, Dalloz, 2004, p. 32

GAUTIER P.-Y.

- « Conflits de lois, conflits de juridictions : pour la simplification », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 143, spéc. n° 2, p. 145

GAZZANIGA J.-L.

- « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers, Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, coll. Publications de la faculté de droit et sciences sociales de Poitiers, 1997, t. 32, p. 3-18

GOUTAL J.-L.

- « Perspective internationale », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Colloque des 16 et 17 juin 2005, Litec, coll. IRPI, Le droit des affaires, propriété intellectuelle, n° 27, p. 27

GRAVEN P.

- « La politique criminelle néo-classique », in *Des libertés et des peines*, Actes du colloque Pellegrino Rossi des 23 et 24 nov. 1979, Genève, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 65, Librairie de l'Université de Georg et Compagnie S.A Genève, 1980, p. 108

HAARSCHER G.

- « Le droit de propriété est-il un droit de l'homme ? Considérations préliminaires à une analyse systématique », in *Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale, Mutations et limites d'un droit fondamental*, Bruylant, 1995, p. 9

HENNION-JACQUET P.

- « Dommages-intérêts et sanctions pécuniaires en droit de la concurrence », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol (dir.), Dalloz, 2016, p. 345-357

- « L'indemnisation du dommage causé par une infraction : une forme atypique de réparation ? Dommages et intérêts, classement sous condition de réparation, sanction-réparation », in *La notion de dommages-intérêts*, N. Cayrol (dir.), Dalloz, 2016, p. 323-332

HULSMAN L.H.C.

- « Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Ch. Debuyst (dir.), avec la collaboration de F. Tulkens, Genève, 1981, p. 7

HULSMAN L.H.C. et BERNAT DE CELIS J.

- « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », in *Punir, mon beau souci. Pour une raison pénale*, F. Ringelheim (dir.), Revue de l'Université libre de Bruxelles, 1984, n° 1-3, p. 308

HUMBLLOT B.

- « L'emprise de la propriété intellectuelle sur les meubles corporels : l'exemple du droit d'auteur », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujot et A. Robin (dir.), PUAM, 2007, p. 123-148

JUNYENT Y.

- « Protection des marques : l'exemple de l'Argentine et la coopération régionale en Amérique du Sud », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Colloque de la Société de législation comparée et de l'Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 113

KNAACK R.

- « Les mesures effectives de recours contre la contrefaçon : l'exemple de l'Allemagne », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 93-104

VAN DE KERCHOVE M.

- « Les frontières des normes pénales », in *Normes, normes juridiques, normes pénales, Pour une sociologie des frontières*, P. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. van de Kerchove (dir.), L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 1997, t. 2, p. 77-113

LAI Ch.

- « L'efficacité des mesures de lutte anti-contrefaçon du point de vue des entreprises », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 133-142

LAPOUSTERLE J. et WARUSFEL B. (dir.)

- *La protection des secrets d'affaires, perspectives nationales et européennes*, Actes du colloque du 1^{er} avril 2016, LexisNexis, 2017.

LAPOYADE-DESCHAMPS Ch.

- « Quelle(s) réparation(s) ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : Bilan prospectif*, Colloque des 7 et 8 déc. 2000, Chambéry, *Resp. civ. et assur.* 2001, n° 6 bis, p. 62

LARRIERU J. et MORVILLIERS N.

- « La création des pôles spécialisés en matière de propriété intellectuelle et de concurrence », in *La spécialisation des juges*, C. Ginestet (dir.), Actes du colloque des 22 et 23 nov. 2010 organisé par l'Institut de droit privé, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2012, p. 143-155

LEBRETON G.

- « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, 2001, p. 353-367

LEGRAIN J.

- « De la preuve à l'action en contrefaçon, le regard de l'huissier de justice », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI du 27 oct. 2008, Paris, Litec, coll. IRPI, n° 33, p. 83-87

LEMASSON A.-Th.

- « L'adéquation du contenu pénal des lois HADOPI au téléchargement illégal », in *Technique et Droits humains*, Actes du colloque, Facultés de droit de Limoges et Poitiers, 20 au 23 avr. 2010, Montchrestien, Grands Colloques, 2011, p. 367-381

LIBCHABER R.

- « La recodification du droit des biens », in *Le code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 346-350
- « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac (dir.), Dalloz, 21^e éd., 2015, p. 811

LUCAS A.

- « Le droit d'auteur et protections techniques », Rapport général, in *Le droit d'auteur en cyberspace*, ALAI, Journées d'étude, Amsterdam, 4-8 juin 1996, p. 343-356

MALABAT V.

- « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La Réforme du code pénal et du code de procédure pénale, Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy, et M. Giacomelli (dir.), Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 71-77

MARCOS-COURANT L. (ancienne directrice de la SCPP)

- « Des moyens renforcés pour lutter contre la contrefaçon : de nouvelles "bonnes pratiques" », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 131

MASSE M.

- « Droit pénal et informatique », in *Emergence du droit de l'informatique*, éd. des Parques, 1984, p. 155

MAZEAUD D.

- « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 74

MONTEIRO J.

- « Des moyens renforcés pour lutter contre la contrefaçon : de nouvelles "bonnes pratiques" », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 125

MOULY C.

- « Place de la propriété parmi les droits de l'homme », in *Droits de propriété et environnement*, M. Falque et J. Massenet (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997

NAUMANN S.

- « Les dommages et intérêt punitifs : le système juridique des Etats-Unis », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Colloque de la Société de législation comparée et de l'Institut international du droit d'expression et d'inspiration françaises du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 87

NORCROSS B.

- « L'approche de la Commission européenne : des initiatives coordonnées et complémentaires », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 99

OLLARD R.

- « La dématérialisation des infractions contre le patrimoine », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, J.-Ch. Saint-Pau (dir.), éd. Cujas, 2012, p. 41-52

PICARD E.

- « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 17-61

PIEDELIEVRE S.

- « Les dommages-intérêts punitifs : une solution d'avenir », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : Bilan prospectif*, Colloque des 7 et 8 déc. 2000, Chambéry, *Resp. civ. et assur.* 2001, n° 6 bis, p. 68

POLINSKY A. M. et SHAVELL S.

- « Public Enforcement of Law », in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. V, *The Economics of Crime and Litigation*, B. Bouckaert et G. De Geest (dir.), eds. Cheltenham and Edward Elgar, 2000, p. 307

PRADEL J.

- « L'apport de Pellegrino Rossi à la théorie de l'infraction », in *Des libertés et des peines*, Actes du colloque Pellegrino Rossi des 23 et 24 nov. 1979, Genève, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 65, Librairie de l'Université de Georg et Compagnie S.A Genève, 1980, p. 91

REMY-CORLAY P.

- « De la réparation », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. Terré (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 191-222

REMET T.

- « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, J.-Ch. Saint-Pau (dir.), éd. Cujas, coll. Actes et Etudes, 2012, p. 29-40

ROLAND S.

- « L'ordre public et l'Etat, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, coll. Actes & Etudes, 2013, p. 9-20

ROUSSEAU F.

- « La fonction réparatrice de la responsabilité pénale », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, éd. Cujas, coll. Actes et Etudes, 2012, p. 125

SAINT-ESTEBEN R.

- « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque du 29 avr. 2004, Université Paris I, LPA 2005, n° 14, p. 53

SAINT MARTIN A.

- « Les spécificités de l'action en contrefaçon au regard du droit commun », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), PUAM, 2007, p. 57-77

SEBOK A. J.

- « Punitive damages in the United States », in *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, H. Koziol et V. Wilcox (eds.), Springer, 2009, p. 155

SEGNANA O.

- « Europol et la lutte contre la contrefaçon », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 107

SIIRIAINEN F.

- « Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique », in *Le droit au défi de l'économie*, Y. Chaput (dir.), Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002, p. 91-114

SIRINELLI P.

- « Le cadre juridique applicable à la protection des contenus en ligne et au "peer to peer" », in *Livre Blanc sur le « Peer-to-Peer »*, SNEP, Paris, 25 oct. 2007, p. 105-133

SOURZAT C.

- « La question de l'effectivité de la Convention Médicrime », in *La contrefaçon de médicaments : les premiers pas d'une réaction normative internationale*, C. Jourdain-Fortier et I. Moine-Dupuis (dir.), Actes du colloque du 15 juin 2012, Dijon, LexisNexis, 2013, vol. XL, p. 111-131

STASIAK F.

- « Dépénaliser : quoi, pourquoi, comment ? », in *Droit pénal : le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Litec, coll. Colloques et Débats, 2011, n° 32, p. 31-37

STOLL T.

- « L'état du droit communautaire », in *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée*, Actes du colloque du 9 déc. 2005, SLC, coll. Colloques, 2006, vol. IV, p. 22

STROWEL A.

- « La loi Création et internet : de la confirmation d'un « droit d'accès » en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI du 27 oct. 2008, Paris, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, Collection de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, Litec, n° 33, p. 99-121

SUDRE F.

- « L'ordre public européen », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 109-131

SUEUR T.

- « Les conséquences de la mondialisation sur la contrefaçon », in *La contrefaçon – L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Colloque de l'IRPI du 17 déc. 2002, Paris, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 2003, n° 23, p. 69-73

TERRE F.

- « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, (dir.), Dalloz, 21^e éd., 2015, p. 3-6

TZITZIS S.

- « Propos introductifs, Du devoir de punir au droit de punir. Les Anciens et les modernes », in *Le renouveau de la sanction pénale, évolution ou révolution ?*, S. Jacopin (dir.), Bruylant, 2010, p. 1

VAVER D.

- « Le concept d'invention en droit des brevets : bilan et perspectives », in *Protéger les inventions de demain. Biotechnologie, logiciels et méthodes d'affaires*, M. Vivant et J.-M. Bruguière (dir.), La documentation française, INPI, 2003, p. 271

VEDEL G.

- « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque au Conseil constitutionnel, 25 et 26 mai 1989, PUF, 1989, p. 35-64

VILLEY M.

- « Notes sur le concept de propriété », in *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Dalloz, 1976, p. 187-200

VIVANT M.

- « Contrefaçon et réparation : une question à revoir », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), LGDJ, coll. Droit et économie, 2014, p. 107-116

WALLON F.

- « Le recours à l'expert technicien ou comment faire constater une infraction sur Internet ? », in *Contrefaçon sur Internet - Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, Colloque de l'IRPI du 27 octobre 2008, Paris, Litec, coll. de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, n° 33, p. 89-91

WILCOX V.

- « Punitive damages in England », in *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, H. Koziol et V. Wilcox (eds.), Springer, 2009, p. 7

ZOLLINGER A.

- « L'adaptation du droit d'auteur français à l'univers numérique : quels risques pour les droits de l'homme ? », in *Technique et Droits humains*, Actes du colloque, Facultés de droit de Limoges et Poitiers, 20 au 23 avr. 2010, Montchrestien, Grands Colloques, 2011, p. 283-297

DEUXIEME PARTIE – OUVRAGES ET ARTICLES NON JURIDIQUES

ARISTOTE

- *La Politique*, Gonthier, 1964
- *Ethique de Nicomaque*, Garnier-Flammarion, 1965

BAUDUER F.

- *Eléments d'anthropologie biologique*, Ellipses, 2013

BAUMGARTNER E. et MENARD Ph.

- *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Le livre de poche, coll. La Pochothèque, 1996

BOCQUENTIN F.

- « Premiers sédentaires du Proche-Orient », in *Origine et évolution des populations humaines*, O. Dutour, J.-P. Hublin et B. Vandermeersch (dir.) Comité des travaux historiques et scientifiques, 2005, p. 209

BONNET F.

- « Un crime sans déviance : le vol en interne comme activité routinière », *Revue française de sociologie*, 2008/2, vol. XLIX, p. 331-350

BOURLIERE F.

- « Le territorialisme dans l'organisation sociale des vertébrés », in *Structure et physiologie des sociétés animales*, Colloque international du centre national de la recherche scientifique, Paris, mars 1950, CNRS, 1952, p. 201

CHANTEPIE Ph.

- « Révolution(s) numériques(s) des industries culturelles », *Annales des Mines – Réalités industrielles* 2010/4 (nov. 2010), p. 34-41

COHEN L. et FELSON M.

- « Social change and crime rate trends : a routine activity approach », *American sociological review*, 1979, vol. XLIV, n° 4, p. 588-608

CROZIER M.

- « La transformation des modes de contrôle social et la crise des régulations traditionnelles », *La Revue Tocqueville*, vol. II, n° 1, p. 40-54

CRUBEZY E., BRAGA J. et LARRAY G.

- *Anthropobiologie, évolution humaine*, Masson, 2^e éd., 2008

DELEUZE G. et GUATTARI F.

- *Rhizome*, Editions de Minuit, 1976
- *Mille plateaux*, Editions de Minuit, 1980

DIDEROT D.

- *Lettre sur le commerce de la librairie*, Paris, Librairie Fontaine, 1984

DUPUIT J.

- « Du principe de la propriété », *Journal des économistes*, t. 30, janv. 1861, n° 1 et avril 1861, n° 14

DURKHEIM E.

- *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 15^e éd., 1963
- *De la division du travail social*, PUF, 2^e éd., 1991

FOUCAULT M.

- *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975
- « Interview de Michel Foucault », *Entretien avec C. Baker, Actes/Les cahiers de Vaucresson*, 1984, n° 45/46, p. 5

FOURQUET F.

- *Richesse et puissance, Une généalogie de la valeur (XVI-XVII siècles)*, La Découverte, 2002

FUJIWARA M.

- « Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la Lettre sur le commerce de la librairie », *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2005/1, vol. CV, p. 79-94

GALLAND O. et LEMEL Y.

- *Valeurs et cultures en Europe*, La Découverte, coll. Repères, 2007

GOLDBERG J.

- *Ethologie animale et humaine, communication et comportement*, Frison-Roche, 2010

GROTIUS H.

- *Droit de la guerre et de la paix*, PUF, coll. Léviathan, 1999

HEGEL G.W.F.

- *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 2006

HUME D.

- *Traité de la nature humaine*, Garnier Flammarion, 1999

KANT E.

- *Métaphysique des mœurs. Première partie Doctrine du droit*, Vrin, 5^e éd., 1993
- *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1995

KELSEN H.

- *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996
- *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999

LANDES W. M. et POSNER R. A.

- « The Economics of trademarks law », *TMR*, vol. 78, n° 3, mai-juin 1988, p. 297

LEVY-BRUHL H.

- « L'ethnologie juridique », in *Ethnologie générale*, Encyclopédie de la Pléiade, Paris, 1968, p. 1165-1174

LOCKE J.

- *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, 2^e éd., 1992

MC FARLAND D.

- *Le comportement animal, psychobiologie, éthologie et évolution*, De Boeck, 3^e éd., 2009

MONTESQUIEU

- *De l'esprit des lois*, Flammarion, coll. Le monde de la philosophie, 2008

PERRIN J.

- « Repenser la valeur économique pour concevoir d'autres modes de développement », *Innovations*, 2011/3, n° 36, p. 159-178

PLATON

- *La République*, Garnier-Flammarion, 1966
- *Phédon*, Les Belles Lettres, 1995

PUFENDORF S.

- *Droit de la Nature et des Gens*, Presses universitaires de Caen, 2009, t. 1

RAYNAUD P. et RIALS S.

- *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 1996

REZSOHAZY R.

- *Sociologie des valeurs*, Armand Colin, 2006

RICOEUR P.

- *Le Juste*, Esprit, coll. Philosophie, 1995, t. 1
- *Le Juste*, Esprit, coll. Philosophie, 2001, t. 2

ROCHER G.

- *Introduction à la sociologie générale*, Hurtubise, 1969, t. 1

ROUSSEAU J.-J.

- *Projet de Constitution pour la Corse*, Nautilus, 2000
- *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, 2001

SAINT THOMAS D'AQUIN

- *Somme Théologique*, Ia-IIae, q. 90-97, Desclée, 1935

SCHUMPETER J.-A.

- *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, 1983

SEVE R.

- *Leibniz et l'Ecole moderne du droit naturel*, PUF, 1989

SMITH A.

- *La Richesse des nations*, 1776, Flammarion, 1999

TULLY J. et LOCKE J.

- *Droit naturel et propriété*, PUF, coll. Léviathan, 1992

VON UEXKÜLL J.

- *Milieu animal et milieu humain*, Bibliothèque Rivages, 2010

VANDENDORPE C.

- « Contre les nouveaux féodalismes », *Le Débat* 2001, n° 117, p. 53-58
- « Pour une bibliothèque virtuelle universelle », *Le Débat* 2001, n° 117, p. 31-42

WEBER M.

- *Sociologie du droit*, PUF, 1986

TROISIEME PARTIE – RAPPORTS, DOCUMENTS DE TRAVAIL, RECOMMANDATIONS, COMMUNICATIONS

ASSOCIATION DE LUTTE CONTRE LA PIRATERIE AUDIOVISUELLE, MEDIAMETRIE et LE CENTRE NATIONAL DU CINEMA et DE L'IMAGE ANIMEE

- *La consommation illégale de vidéos sur Internet en France, période 2009-2015*, 29 avr. 2016 (<http://www.alpa.paris/wp-content/uploads/2016/05/Etude-ALPA-CNC-Mediametrie-2016.pdf>)

BADINTER R.

- *Présentation du projet de réforme du Code pénal*, Dalloz, 1989

BENABOU V.-L. et VARET V.

- *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI, Mission de recherche Droit et Justice, La Documentation française, 1998

BRULAT-AULAN P. et al.

- *La jurisprudence relative à la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle*, Etude pour le Ministère de la Justice, IRPI, 1999

BSA

- *Global Software Survey, Seizing opportunity through license compliance*, May 2016 (http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/studies/BSA_GSS_US.pdf)

CARRASCO V., CHAUSSEBOURG L. et CREUSAT J.

- « Les déterminants du dépôt de plainte : le type d'agression subie devance de loin les caractéristiques de la victime », *Economie et statistique* 2011, n° 448 et 449, p. 107-127

CATALA P. (dir.)

- *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005

CENTER FOR ECONOMIC AND BUSINESS RESEARCH

- *The Impact of Counterfeiting on four main sectors in the European Union*, Londres, 2000

CNIL

- *L'adresse IP est une donnée à caractère personnel pour l'ensemble des CNIL européennes*, 2 août 2007

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA

- *Notre droit pénal*, Ottawa, mars 1976 (ISBN 0-662-00739-5)

CONSEIL D'ETAT

- *Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'Etat, 2014

COTTE B.

- *Pour une refonte du droit des peines* Rapport à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 18 déc. 2015

COTTE B. et MINKOWSKI J.

- *Sens et efficacité des peines*, Chantiers de la Justice, Ministère de la Justice, 15 janv. 2018

CSPLA

- *Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne*, avis 2005-2

DGE, INPI, UNIFAB

- *Etude portant sur l'évaluation des conséquences économiques des pratiques de contrefaçon en France*, (<http://www.surveygizmo.com/s3/3091544/enquete-consommateurs>)

DOUANE

- *Résultats 2015*, rapport rendu par le Ministère des finances et des comptes publics
- *Résultats 2016*, rapport rendu par le Ministère de l'économie et des finances

FIDAL

- *Etude comparée sur les dommages et intérêts alloués dans le cadre des actions en contrefaçon en France, au Royaume-Uni et en Allemagne*. Etude réalisée sur commande de la DGCIS, janvier 2014

FOURTOU J.

- *Rapport sur proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle*, (COM(2003) 46 – C5-0055/2003 – 2003/0024(COD) Commission juridique et du marché intérieur, 5 déc. 2003, A5-0468/2003 Final

G29

- *Document de travail sur les questions de protection des données liées aux droits de propriété intellectuelle*, 18 janv. 2005, WP 104, 10092/05/FR
- *Avis n° 4/2007, sur le concept de données à caractère personnel*, 20 juin 2007, 01248/07/FR, WP 136

GHAFFELE R.

- *Comptabiliser la propriété intellectuelle*, OMPI, Département de la propriété intellectuelle et du développement économique (http://www.wipo.int/sme/fr/documents/ip_accounting.htm)

HADOPI

- *Rapport d'activité 2015-2016*
- *Rapport d'activité 2016-2017*

KPMG, FIDUCIAIRE DE FRANCE, UNION DES FABRICANTS, SOFRES

- *Les entreprises et la contrefaçon*, KPMG Audit, 1998

LAKANAL J.

- *Exposé sommaire des travaux, Rapport sur l'Académie des sciences de Paris*, Firmin Didot Frères, Paris, 1838

LESCURE P.

- *Mission « Acte II de l'exception culturelle »*, Rapport relatif à la contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, mai 2013

LEVY M. et JOUYET J.-P.

- *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, La Documentation française, déc. 2006

MEZARD J.

- *Autorités administratives indépendantes, Un Etat dans l'Etat, canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Rapport fait au nom de la commission d'enquête, n° 126 (2015-2016)

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES

- *Propriété industrielle : le coût des litiges*, éd. de l'Industrie, Paris, 2000

MINISTERE DE LA JUSTICE

- *Les condamnations 2015 (définitives)*, données statistiques
- *Les chiffres clés de la Justice 2017*

OECD/EUIPO

- *Magnitude of counterfeiting and piracy of tangible products : an update*, Nov. 2009
- *Trade in Counterfeit and Pirated Goods : Mapping the Economic Impact*, OECD Publishing, Paris, 2016

OLIVENNES D.

- *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, Rapport au Ministère de la culture et de la communication, nov. 2007

OMC

- *Rapport du groupe spécial, Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter*, 29 janv. 2009, WT/DS362/R

OMD

- *Point sur la lutte contre la contrefaçon en 2007*

OMPI

- *Synthèse des questions concernant les difficultés et les pratiques en matière de sanction des droits*, Réunion de consultation sur la sanction des droits, Genève, 11-13 sept. 2002, WWIPO/CME/3, 26 juill. 2002

PROJET DE REFORME DE LA RESPONSABILITE CIVILE, présenté par le Garde des Sceaux le 13 mars 2017**RAPPORT SUR LA CYBERCRIMINALITE**

- *Protéger les internautes*, Rapport établi par le Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, rendu le 30 juin 2014

REDA J.

- *Draft report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Parlement européen, 2014/2256 (INI), 15 janv. 2015

SENAT / ASSEMBLEE NATIONALE**ANZIANI A. et BETEILLE L. (dir.)**

- *Rapport d'information relatif à la responsabilité civile*, Commission des lois du Sénat, 15 juill. 2009, n° 558 (2008-2009)

BETEILLE L.

- *Rapport sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon*, Doc. Sénat 2007, n° 420 (2006-2007)

CLEMENT J.-M.

- *Rapport sur la proposition de loi (n° 1575) tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon*, AN, 22 janv. 2014, n° 1720

DELEBARRE M.

- *Rapport sur la proposition de loi (n° 1575) tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon*, Sénat, 13 nov. 2013, n° 133 (2013-2014)

GELARD P.

- *Autorités administratives indépendantes 2006-2014 : un bilan*, Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois, Doc. Sénat 2014, n° 616

GOSSELIN P.

- *Rapport sur le projet de loi (n° 175), adopté par le Sénat, de lutte contre la contrefaçon*, AN, 26 sept. 2007, n° 178

LAFFINEUR M.

- *Rapport d'information n° 2363 sur la lutte de l'Union européenne contre la contrefaçon*, présenté à l'Assemblée nationale le 8 juin 2005

LE DEAUT J.-Y.

- *Avis au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi (n° 2250) relatif aux nouvelles régulations économiques*, AN, 4 avr. 2000, n° 2319

THIOLLIERE M.

- *Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires culturelles, Sénat, 12 avr. 2006, n° 308, (2005-2006)
- *Projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires culturelles, Sénat, 22 oct. 2008, n° 53, (2008-2009)

THYRAUD J.

- *Rapport sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale, relative à la fraude informatique*, Doc. Sénat, n° 3 (1987-1988)

SESSI

- « *Les 4 pages des statistiques industrielles* », juill. 2007, n° 235

UNICRI

- *Counterfeiting, A global spread, a global threat*, 2011

UNIFAB

- « *L'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France* », Rapport, avr. 2010
- *Contrefaçon et terrorisme*, 2016

UNION EUROPEENNE**COMMISSION DE L'INDUSTRIE, DE LA RECHERCHE et DE L'ENERGIE**

- *Avis sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon*, 5 juin 2012, Doc. 2011/0167(NLE)

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES

- *Avis sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon [...]*, 4 juin 2012, Doc. 2011/0167 (NLE).

COMMISSION DES LIBERTES CIVILES, DE LA JUSTICE et DES AFFAIRES INTERIEURES

- *Avis sur la compatibilité de l'accord commercial anti-contrefaçon [...] avec les droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 4 juin 2012, Doc. 2011/0167(NLE)

COMMISSION DU COMMERCE INTERNATIONAL

- *Recommandation sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon [...]*, 22 juin 2012, Doc. 2011/0167(NLE)

COMMISSION DU DEVELOPPEMENT

- *Avis sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon [...]*, 5 juin 2012, Doc. 2011/0167 (NLE)

COMMISSION EUROPEENNE

- *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, 27 juill. 1995, COM(95) 382 final
- *Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, 9 déc. 1997, (97/C 372/03)
- *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Communication, 19 oct. 2009, COM(2009) 532 final
- *Application de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, Rapport, 22 déc. 2010, COM(2010) 779 final
- *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix*, Communication, 24 mai 2011, COM(2011) 287 final

- *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, 13 juill. 2011, COM(2011) 427 final
- *Les valeurs des européens*, Rapport, Eurobaromètre standard 77, printemps 2012, TNS Opinion & Social
- *Un système équilibré de contrôle du respect de la propriété intellectuelle pour relever les défis sociétaux d'aujourd'hui*, Communication, 29 nov. 2017, SWD(2017) 430 final
- *Un système équilibré de contrôle du respect de la propriété intellectuelle pour relever les défis sociétaux d'aujourd'hui*, Communication, 29 nov. 2017, COM(2017) 707 final
- *Report on community customs activities on counterfeit and piracy. Results at the European border*, 2008
- *Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States*, Staff working document, 22 Dec. 2010, COM(2010) 779 final
- *The anti-counterfeiting trade agreement (ACTA) : an assessment*, Study of the Policy Department, 2011
- *Report on EU customs enforcement of intellectual property rights. Results at the EU border*, 2015
- *Report on EU customs enforcement of intellectual property rights, Results at the EU border*, 2017

QUATRIEME PARTIE – ARTICLES DE DOCTRINE

I – ARTICLES DE MELANGES

BAUDOUIN J.-L.

- « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la Common Law », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 1-10

BENABOU V.-L.

- « L'originalité, un janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome du droit de l'Union », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 17-34

BONFILS Ph.

- « L'autonomie du juge pénal », in *Les droits et le droit*, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz, 2006, p. 47

BOULOC B.

- « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in *Droit pénal, droit européen*, Mélanges offerts à Georges Levasseur, Litec, 1992, p. 103-120

CADIET L.

- « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 495-510

CATALA P.

- « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97

CHAZAL J.-P.

- « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum, Mélanges offerts à Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279-309

COHEN D.

- « Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur », in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz, 2013, p. 247-269

CONTE Ph.

- « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité" ... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala, Litec 2001, p. 125

CORTESI G.

- « La propriété intellectuelle, de l'immatériel à l'invisible », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 197-204

CREMIEUX M.

- « Réflexions sur la peine privée moderne », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p. 201

CUSSON M.

- « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfice des délinquants », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, éd. Cujas, 2006, p. 741-752

DEBUYST Ch.

- « Présentation et justification du thème », in *Acteur social et délinquance, une grille de lecture du système de justice pénale*, Hommage au Professeur Christian Debuyst, Mardaga, 1990, p. 21-33

DELMAS-MARTY M.

- « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne », in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, t. 39, p. 229-242

DESBOIS H.

- « La conception française du droit moral de l'auteur » in *Mélanges offerts à Jean Dabin*, Bruylant et Sirey, 1963, p. 519

FORTIS E.

- « Janus et la responsabilité. Variations sur la sanction-réparation créée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Liber Amicorum, LGDJ, 2008, p. 449

FOURNIER S.

- « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 285

FRANÇON A.

- « Les sanctions pénales de la violation du droit moral », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 171-180

GAUDRAT Ph.

- « Pour une propriété intellectuelle épurée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 325-351

GEIGER Ch.

- « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité », in *Droits de propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, IRPI, Litec, 2010, n° 36, p. 249-265

GERVAIS D.

- « Originalité(s) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 389-399

GINSBURG J.-C.

- « Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international privé », *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 245-258

HUET A.

- « L'incidence de la territorialité des marques et brevets nationaux sur la compétence des tribunaux français en matière de contrefaçon », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 253-272
- « Droit pénal international et internet », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 663

LASSALLE J.-Y.

- « La notion criminologique de l'infraction pénale », in *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 421-433

LEVASSEUR A.

- « Quels dommages... en droit louisianais ? », in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 353-373

LUCAS A.

- « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », in *Droits de la propriété intellectuelle*, Liber amicorum Georges Bonet, IRPI, Litec, 2010, n° 36, p. 341-359

DI MARINO G.

- « La procédure pénale à visage dissimulé », in *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 204-213

MASSE M.

- « La peur du gendarme, à l'occasion d'une nouvelle rédaction du code de la route », in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, t. 39, p. 437-551

MATHIEU G.

- « L'ordre social en forme de mosaïque », in *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 455-461

MORLET L.

- « La faute caractérisée dans le droit de la responsabilité civile », *Mélanges en l'honneur de Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 291

MOUSSERON J.-M.

- « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 281

MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET T.

- « De la propriété comme modèle » in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281

PETIT L.

- « Le contentieux de la contrefaçon de brevets en France », in *La défense des droits de la propriété industrielle en Europe, aux Etats-Unis et au Japon*, *Mélanges offerts à Dieter Stauder*, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Du C.E.I.P.I., 2001, p. 87 à 112

PIEDELIEVRE A.

- « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle*, Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart, Montchrestien, 1986, p. 53

PIERRE-CAPS S.

- « La Constitution comme ordre de valeurs », in *La Constitution et les valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005, p. 283-296

RAYNARD J.

- « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527-540

RIVERO J.

- « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 677

SIIRIAINEN F.

- « Le droit d'auteur à l'épreuve de sa dimension économique : libres propos sur le droit d'auteur économique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 673-681

SYR J.-H.

- « La responsabilité pénale : essai d'approche sociologique », in *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM, 2007, p. 489-502

TRUCHE P.

- « Des bonnes et des mauvaises raisons d'échapper à la sanction pénale », in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, t. 39, p. 449-453

TULKENS F. et VAN DE KERCHOVE M.

- « Les droits de l'homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal ? », in *Strafrecht als roeping*, Liber amicorum Lieven Dupont, R. Verstraeten, D. Van Daele et B. Spriet (dir.), Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2005, vol. II, p. 949

TUNC A.

- « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, vol. I, *Etudes de droit privé, de droit public et de droit comparé*, Pédone, 1975, p. 407

VIVANT M.

- « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415
- « An 2000 : l'information appropriée ? », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 651-665
- « Considérations au fil de la plume sur la norme subtile », in *Libre Droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 1059

ZENATI F.

- « Les notions de code et de codification (contribution à la définition du droit écrit) », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 217-253

II – ARTICLES ET CHRONIQUES DE REVUES JURIDIQUES

ALT-MAES F.

- « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *RSC* 1987, p. 349

AMBROISE-CASTEROT C.

- « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du graal de la Vérité », *AJ Pénal* 2005, p. 261

ANCEL M.-E.

- « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2017, n° 1, chron. 1

ANDENAES J.

- « General Prevention. Illusion or Reality ? », *Journal of criminal law, criminology and political science*, 1952, vol. XLIII, p. 179

AUDEGEAN P.

- « Genèse et signification des Délits et des Peines de Beccaria », in *Le droit pénal*, *Arch. philo. dr.*, Dalloz, 2010, t. 53, p. 11-24

AZZI T.

- « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, Présentation générale », *Dossier La lutte contre la contrefaçon* (loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007), *D.* 2008, n° 11, p. 700
- « Le droit moral de l'artiste-interprète », *Prop. intell.* 2008, n° 28, p. 278
- « Atteintes aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois, De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II », *Prop. intell.* 2009, n° 33, p. 324

AZZI T. et TREPPOZ E.

- « Contrefaçon et conflits de lois : quelques remarques sur la liste des conventions internationales censées primer le règlement Rome II », *D.* 2011, p. 1293

BALLIF G.

- « La protection du droit de propriété des œuvres d'art », *LPA* 2001, n°103, p. 15

BEAUSSONIE G.

- « Quelques observations à partir de (et non sur) l'"auto-blanchiment" », *AJ Pénal* 2016, p. 192
- « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215

BEAUVAIS P.

- « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *Archives de politique criminelle*, 2007/1, n° 29, p. 3-18
- « Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen », *Dr. pén.* 2010, n° 9, ét. 18, p. 10-14

BEHAR-TOUCHAIS M.

- « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n° 232, p. 36

BELFORT E.

- « L'indemnisation des préjudices en matière de contrefaçon : la pratique des tribunaux en France », *RIPIA* 2000, p. 72

BENABOU V.-L.

- « La propriété chizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien », *Dr. et Patr.* 2001, n° 91
- « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* 2005, n° 1
- « Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 240-243
- « Glose de la loi HADOPI ou opération nécessaire de débroussaillage (après la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009) », *RLDI* 2009, n° 52
- « Grand Guignol », *Prop. intell.* 2009, n° 32, p. 212
- « Originalité ? Vous avez dit originalités ? », *Legicom* 2014/2, (n° 53), p. 5-15

BENAZERAF J.-A.

- « Qualification et responsabilité des sites contributifs », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 173

BENHAMOU F. et PELTIER S.

- « Le droit d'auteur, incitation à la création ou frein à la diffusion ? Une analyse empirique du cas de la création télévisuelle », *Revue d'économie industrielle*, 3^e trimestre 2011, n° 135

BENSAMOUN A.

- « Création et données : différence de notions = différence de régime ? », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 85
- « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA* avr. 2010, p. 2-159

BERLIOZ P.

- « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », *RTD com.* 2012, p. 263

BERNAULT C.

- « La loi du 1^{er} août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », *RLDI* 2006, n° 19
- « La sanction pénale de la contrefaçon », *RLDI* 2012, p. 86
- « Ouverture des données publiques et propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 103

BINCTIN N.

- « Les biens intellectuels, contribution à l'étude des choses », *CCE* 2006, ét. 14
- « L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », *Cah. dr. entrep.* 2007, n° 4, doss. 22
- « La preuve et l'évaluation du préjudice », *CCE* 2010, n° 3, ét. 7
- « De l'exception de reprographie à la reconfiguration du droit d'auteur », *CCE* 2016, n° 5, ét. 9

BINET-GROSCLAUDE A.

- « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ? », *Dr. pén.* 2009, n° 11, ét. 24, p. 11-18

BON P.

- « Le statut constitutionnel du droit de propriété », *RFDA* 1989, p. 1009

BONIS E. et OLLARD R.

- *JCL. Pénal Code*, art. 322-1 à 322-4-1, Fasc. 20 : Destructures, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes, MAJ 4 juin 2018

BOUCHE N.

- « Le consommateur et le droit des logiciels », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 55

BOULAN F.

- « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *JCP G* 1973, I, 2563, Doctrine

BOURDON W.

- « Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ? », *D.* 2008, n° 11, p. 729-734

BOURGUET F.

- « Droit d'information, Le bilan de deux ans d'application », *Prop. intell.* 2010, p. 682-690

BRODEUR J.-P.

- « La pensée postmoderne et la criminologie », *Criminologie*, 1993, vol. XXVI, n° 1, p. 73-121
- « "Le noyau dur et la peau de chagrin" : une étude critique à propos de la parution de la 3^e éd. du Précis de criminologie », *Revue internationale de criminologie et de police* 1995, vol. XLVIII, n°3, p. 332-349

BRUGUIERE J.-M.

- « Du particularisme de la propriété littéraire et artistique dans la réforme du droit de la contrefaçon », *Propri. intell.* 2008, n° 27, p. 227-232
- « Loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *Propri. ind* 2008, n° 27, p. 227
- « Loi "sur la protection de la création sur Internet": mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? », *D.* 2009, n° 26, p. 1770

BRUN B. et OPPELT-REVENEAU M.-E.

- « Améliorer le contentieux de la contrefaçon : du souhaitable au possible », *Propri. ind.* 2004, n° 6, ét. 11

CAPRIOLI E.-A.

- « Vol et recel d'informations commerciales », *CCE* 2011, n° 3, comm. 30

CARBONNIER J.

- « L'Etat dans une vision civiliste », *Droits*, n° 15, PUF, 1992, p. 33-37

CARON Ch.

- « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162
- « Le consommateur en droit d'auteur », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 37
- « La loi du 29 octobre 2007 dite "de lutte contre la contrefaçon" », *CCE* 2007, n° 12, ét. 30
- « La loi du 29 octobre 2007 : un an après », *CCE* 2008, n° 11, comm. 124

CARVAL S.

- « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *Revue des contrats* 2006, n° 3, p. 822
- « L'amende civile », *JCP G* 2016, numéro spéc. 30-35, p. 42

CASTETS-RENARD C.

- « La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006 : une décision majeure », *D.* 2006, p. 2157
- « La coopération des fournisseurs d'accès à l'internet dans la lutte contre la contrefaçon : quelques précisions d'envergure » : *D.* 2014, p. 1246

CATALA P.

- « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *S.* 1984, 16^e cahier, chron. XVII, p. 97-104

CHAFIOL-CHAUMONT F. et BONNIER A.

- « L'identification des "pirates du Web" à partir de leurs adresses IP », *RLDI* 2009, n° 49

CHAGNY M.

- « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2006, I, 149

CHAVANNE A.

- « L'évaluation des dommages-intérêts dans les instances en contrefaçon de marque de fabrique », *RIPIA* 1964, p. 284

CHAVENT-LECLERE A.-S.

- « Faux et contrefaçon : quelles qualifications pénales ? », *Juris art etc* 2017, n° 46, p. 21

CHILSTEIN D.

- « La dimension internationale des infractions d'affaires », *Dr. et patri.* 2006, n° 149
- « Législation sur la cybercriminalité en France », *RIDC* 2010, vol. LXII, n° 2, p. 553-606
- « Le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international », *Legicom* 2014/1, n° 52, p. 51-58

CHOPIN F.

- « Téléchargement illégal et HADOPI », *AJ Pénal* 2012, p. 258

CLEMENT E.

- « Concours et cumuls des infractions contre les biens », *AJ Pénal* 2017, p. 219

CLEMENT-CUZIN S.

- « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *AJDA* 2001, p. 111

COMBALDIEU J.-C.

- « La réparation du préjudice en matière de contrefaçon de brevet et ses méthodes d'évaluation », *JCP Commerce et Industrie* 1975, II, 12382

CONTE Ph.

- « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, n° 4, ét. 8, p. 13-16

COUSTE M. et GUILBOT F.

- « Réforme de l'indemnisation du préjudice de contrefaçon en France : du jardin à la française à l'Eldorado américain ? – Point de vue de praticiens », *Propr. ind.* 2007, n° 12, ét. 26

CRETOIS P.

- « La propriété repensée par l'accès », *Revue internationale de droit économique* 2014/3, t. XXVIII, p. 319-334

CROZE H.

- « Contentieux de la propriété intellectuelle », *Procédures* 2008, n° 1, comm. 16
- « Dispositions procédurales introduites par la loi de lutte contre la contrefaçon », *Procédures* 2008, n° 1, comm. 16

CUSSON M.

- « Les mécanismes de la dissuasion », *RICPT* 1983, p. 13-24
- « Le sens de la peine et la rétribution », *RICPT* 1985, p. 271-285
- « Dissuasion, justice et communication pénale : Institut pour la Justice », *Etudes & Analyses*, 2010, n° 9

DABIN J.

- « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit.* 1939, p. 413

DANET J.

- « La concurrence des procédures pénales », in *Le droit pénal*, *Arch. philo. dr.*, Dalloz, 2010, t. 53, p. 201-211

DAOUD E.

- « Existe-t-il une stratégie des droits de la défense devant les autorités administratives indépendantes ? », *AJ Pénal* 2015, p. 126

DAURY-FAUVEAU M.

- *JCL Pénal Code*, Fasc. 20 : Infraction générale de blanchiment – conditions et constitution, MAJ 4 juin 2018

DAVIN G.

- « Vers une sanction pénale du droit moral », *RIDA* 1961, XXXI, p. 3-17

DECIMA O.

- « Du piratage informatique aux perquisition et saisies numériques ? », *AJ Pénal* 2017, p. 315

DECOOPMAN N.

- « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP G* 1987, n° 44, doctr. 3303

DELMAS-MARTY M.

- « Permanence ou dérive du modèle libéral de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, 1983, n° 6, p. 41
- « Pour des principes directeurs de législation pénale », *RSC* 1985, p. 225
- « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.* 1986, chron., p. 27
- « Les contradictions du droit pénal », *RSC* 2000, p. 1

DELVOLVE P.

- « Droit pénal et droit administratif », in *Le droit pénal*, *Arch. philo. dr.*, Dalloz, 2010, t. 53, p. 147-163

DERAMBURE C.

- « Premiers commentaires sur la "loi contrefaçon" du 29 octobre 2007 », *RLDI* 2007, n° 32, p. 1090

DERIEUX E.

- « Pouvoir de sanction du CSA, Touche pas à mon poste, n° 3 », *RLDI* 2017, n° 140

DESURMONT Th.

- « Le régime de la copie privée », *CCE* 2006, n° 11, ét. 28

DETRAZ S.

- « Vol du contenu informationnel de fichiers informatiques », *D.* 2008, p. 2213
- « Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. Pal.* 2013, n° 247 à 248, p. 12-15
- « Application du délit de destruction du bien d'autrui à un enregistrement audiovisuel », *JCP G* 2016, n° 12, p. 575

DETRAZ S. ET OLLARD R.

- « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Première partie », *Dr. pén.* 2014, n° 11, ét. 20
- « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance. Deuxième partie », *Dr. pén.* 2014, n° 12, ét. 22

DEVEZE J.

- « Le vol de "biens informatiques" », *JCP E* 1986, n° 20, p. 14712

DREYER E.

- « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2007, n° 25, p. 1344
- « La protection pénale du droit moral de l'auteur », *CCE* 2007, n° 9, ét. 20, p. 14-17

- « Les nouvelles incriminations... Retour sur cinquante ans de droit pénal d'auteur », *LPA* 6 déc. 2007, n° 244, p. 52-67
 - « Pour une contraventionnalisation des échanges illégaux de pair à pair », *RSC* 2007, p. 57
 - « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, n° 43, doct. 201
 - « L'internationalisation de la communication. Les lois applicables. Le droit pénal international », in *Traité du droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, p. 1269-12
 - « L'indemnisation de la contrefaçon sur Internet », *JCP G* 2011, n° 17, p. 487
 - « La compétence territoriale limitée de la loi pénale en matière de contrefaçon sur internet », *D.* 2011, n° 15, p. 1055-1
 - « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. La QPC et les attentes déçues... », *JCP G* 2011, n° 37, doct. 976
 - *JCL Contrefaçon et fraude en matière littéraire et artistique – Eléments constitutifs. Sanctions*, Fasc. 20, MAJ févr. 2015
 - « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017, p. 1136
 - *JCL Propriété littéraire et artistique – Procédures et sanctions*, Fasc. 1612, MAJ 1er juin 2018
- DUCOULOUX-FAVARD C.**
- « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 2004, n° 54, p. 3
- DUMONT F.**
- « La preuve de la contrefaçon après la loi du 29 octobre 2007 », *RLDI* 2008, n° 37
- DUPUIS M.**
- « L'immixtion de la convention EDH dans la propriété industrielle », *RLDA* 2009, n° 41, p. 2492
- DURRANDE S.**
- « L'artiste, le juge pénal et le faux artistique, plaidoyer pour une loi méconnue », *RSC* 1989, p. 682
 - « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau Code pénal », *D.* 1999, chron., p. 319
- EDELMAN B.**
- « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *D.* 1970, p. 119
 - « De l'urinoir comme un des beaux-arts : de la signature de Duchamp au geste de Pinoncelly », *D.* 2000, p. 98
 - « Du baiser-vampire à la "dégradation" d'un concept », *D.* 2008, p. 58
- ERICKSON M.-L. et GIBBS J.-P.**
- « Community Tolerance and Measures of Delinquency », *Journal of Reaserch in Crime and Delinquency*, vol. XVI, n° 6, p. 55-79
- FARCHY J. et ROCHELANDET F.**
- « La remise en cause du droit d'auteur sur Internet : de l'illusion technologique à l'émergence de barrières à l'entrée », *Revue d'économie industrielle*, vol. XCIX, 2^e trimestre 2002, *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, p. 49-64
- FASQUELLE D.**
- « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n° 232, p. 27
- FERAL-SCHUHL C.**
- « Une procédure pénale adaptée à l'Internet se dessine : entre "cyber-enquêteurs" et collaboration des fournisseurs et utilisateurs », *AJ Pénal* 2005, p. 228
- FOURNIER S.**
- « Quel domaine pour l'abus de confiance ? », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, *D.* 2009, p. 113
- FRANCILLON J.**
- « Piratage numérique », *RSC* 2006, p. 95
 - « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », *RLDI* 2012, n° 81, 2728
 - « Piratage informatique. Accès, maintien, modification de données dans un STAD sans l'autorisation du maître du système. Vol de fichiers », *RSC* 2014, p. 119
- FREYRIA C.**
- « L'application en jurisprudence de la règle *electa una via* », *RSC* 1951, p. 213
- GALLOUX J.-Ch.**
- « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229
 - « Les lois n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon et n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation », *RTD com* 2014, p. 579
 - « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD com.* 2018, p. 643
- GARDNER D.**
- « L'immixtion du droit pénal dans le civil : l'expérience des dommages-intérêts punitifs en Amérique du Nord », *Resp. civ. et assur.* mai 2013, dossier n° 25

GASNIER J.-P.

- « Quelques observations à propos de la loi de lutte contre la contrefaçon », *Prop. Ind.* 2007, n° 12, ét. 25

GASSIN R.

- « Les lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron., p. 91
- « De la peau de chagrin au noyau dur, réponse à Jean-Paul Brodeur », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1997, p. 30-32
- « De Garofalo à la théorie du noyau dur de la délinquance et à ses éléments essentiels », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2011, chron. criminologie, p. 481-502

GAUDEMET-TALLON H.

- « Droit international privé de la contrefaçon : aspects actuels », *D.* 2008, p. 735

GAUDRAT Ph.

- « Forme numérique et propriété intellectuelle », *RTD com.* 2000, p. 910
- « L'invention informatique, un débat difficile et contourné », *RTD com.* 2005, p. 512
- « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011, p. 562

GAUTIER P.-Y.

- « La dématérialisation du réel », in *Revue internationale de la propriété industrielle et artistique*, 1999, n° 197, p. 136
- « De la prescription des infractions commises sur l'Internet et dans le monde physique », *D.* 2002, p. 1852
- « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189

GAVIN G.

- « Vers une sanction pénale du droit moral », *RIDA* avr. 1961, XXXI, p. 3-17

GEIGER Ch.

- « La transposition du test en trois étapes en droit français », *D.* 2006, p. 2164
- « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *Prop. intell.* 2008, n° 29, chron. 1, p. 483
- « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, n° 9, chron., p. 510-516
- « "HADOPI", ou quand la répression devient pédagogique. Une analyse critique du dispositif juridique de lutte contre le téléchargement sur les réseaux "de pair à pair" », *D.* 2011, n° 11, chron., p. 773

GELATO P.

- « Le droit d'information et la détermination du préjudice selon le décret italien de transposition de la directive n° 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle », *Prop. ind.* 2009, n° 4, ét. 8

GERSTNER L.

- « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon sous le droit allemand », *Cah. dr. entrep.*, 2007, n° 4, doss. 27

GIACOPELLI M.

- « Libres propos sur la sanction-réparation », *D.* 2007, p. 1551

GINOSSAR S.

- « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, p. 573

GINSBURG J.-C.

- « Chronique des Etats-Unis », *RIDA* 4/2008, p. 167-355

GIRARDET A.

- « Entre deux mondes ? », *Cah. dr. entrep.*, 2007, n° 4, doss. 21

GIRAULT C.

- « Soustraction de documents d'entreprise par les salariés en vue de se défendre en justice », *JCP E* 2004, n° 38, comm. p. 1345

GOGORZA A.

- « Le rôle de la CJUE en matière pénale », *Dr. pén.* 2010, n° 9, ét. 19, p. 15-18

GOUTAL J.-L.

- « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose » *RSC* 1980, p. 911
- « Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle », *Prop. intell.* nov. 2003, p. 8

GRANIER J.

- « Quelques réflexions sur l'action civile », *JCP G* 1957, I, 1386, Doctrine

GREGOIRE S.

- « NT1, TF1, France 2, France 3, France 4, France 5, M6, W9 : la loi des séries pour Wizzgo », *RLDI* 2009, n° 45

GRUA F.

- « Les divisions du droit », *RTD civ.* janv.-mars 1993, p. 59-71
- « La fée et l'horloge », *RTD civ.* avr.-juin 2001, p. 319-325

GUIBENTIF P.

- « Retour à la peine : contexte et orientation des recherches récentes en prévention générale », *Déviance et société* 1981, p. 293-311

DE HAAS Ch.

- « L'évaluation de l'indemnisation de la victime d'une contrefaçon, entre incohérences et approximations », *Légicom* 2014/2, n° 53, p. 69-82

HAERI K. et BONNIER A.

- « L'affaire "Wizzgo.com" ou comment évaluer désormais un préjudice économique né de la contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 46

HAGE-CHAHINE F.

- « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705

HENAFF P.

- « Les lacunes de la loi de 1895 sur le faux artistique », *CCE* 2006, ét. 5

HENRIOT J.

- « Note sur la date et le sens du mot responsabilité », in *La responsabilité*, Arch. philo. dr., Sirey, 1977, t. 22, p. 59-62

HENRY G.

- « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *CCE* 2009, n° 1, ét. 2

HERZOG-EVANS M.

- « Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle "LJ-PJ-TJ" », *AJ Pénal* 2016, p. 129

HUET A. et KOERING-JOULIN R.

- *JCL international*, Fasc. 403-20, 2013

HUET J.

- « Quelle culture dans le "cyber-espace" et quels droits intellectuels pour cette "cyber-culture" ? » *D.* 1998, p. 185

HULSMAN L. H. C.

- « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 497-545

VON HIRSCH A. et OUMET M.

- « Proportionnalité et prévention », *RSC* 1989, p. 269

IMBERT-QUARETTA M.

- « Un regard sur le chantier de la Justice : sens et efficacité des peines », *AJ Pénal* 2013, p. 79

IMBERT-QUARETTA M., MONFORT J.-Y. et CARPENTIER J.-B.

- « La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en oeuvre de la procédure de réponse graduée », *JCP G* 2012, n° 19, doct. 591

DE JACOBET DE NOMBEL C.

- « Le recel d'information », *Dr. pén.* 2008, n° 9, ét. 21

JESTAZ Ph.

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, n° 26, chron., p. 197-204

JOURDAIN P.

- « Présentation des dispositions de l'avant-projet sur les effets de la responsabilité », *Revue des contrats* 2007, n° 1, p. 141

KAHN A.-E.

- « Circulation des œuvres en ligne et consommateur : guerre ou paix ? », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 45

KAMINA P.

- « Quelques réflexions sur les dommages-intérêts punitifs en matière de contrefaçon », *Cah. dr. entrep.* 2007, n° 4, doss. 23
- « Un an de droit anglo-américain », *CCE* 2017, n° 2, chron. 3

VAN DE KERCHOVE M.

- « "Médicalisation" et "fiscalisation" du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépénalisation », in *Déviance et société*, 1981, vol. V, n° 1, p. 1
- « Eclatement et recomposition du droit pénal », *RSC* 2000, p. 5
- « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008/2, vol. LXI, p. 1-48

KEVORKIAN A.

- « Amende civile versus sanction pénale », *Cah. dr. entr.* 2017, n° 1, édit. 1

KUHL L. et PANAIT R.

- « Les négociations pour un Parquet européen : un organe d'enquête et de poursuite européen pour la lutte antifraude dans l'Union européenne ou un deuxième acteur de coordination judiciaire ? », *RSC* 2017, p. 41

LALOU H.

- « La gamme des fautes », *DH* 1940, chron., p. 17

LAMBERT-FAIVRE Y.

- « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 1

DE LAMY B.

- « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les cahiers du droit* 2009, vol. L, n° 3-4, p. 585-609

LAPOUSTERLE J.

- « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », *D.* 2014, p. 682
- « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 493

LATIL A.

- « Les économies d'investissements du contrefacteur », *CCE* 2015, n° 3, ét. 6

LATOURNERIE A.

- « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Economie politique*, 2004/2, n° 22, p. 21-33.

LATREILLE A.

- « L'avènement du droit d'auteur sans auteur », *Dr. et Patr.*, 2007, n° 162, p. 28
- « Quelles limites à l'effectivité des exceptions ? Les limitations techniques, conditions de régulation et périmètre des exceptions », *RLDI* 2013, n° 94

LAUGEE F.

- « Droits d'auteur : fin de la riposte graduée aux Etats-Unis », *REM*, n° 41, hiver 2016-2017

LAZARIDIS S.-A.

- « La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui », in *Philosophie pénale*, *Arch. philo. dr.*, 1983, t. 28, p. 91-108

LAZERGES Ch.

- « De la fonction déclarative de la loi pénale » *RSC* 2004, p. 194

LE FUR L.

- « Le droit et les autres règles de la vie sociale », *Arch. philo. dr. et soc. jur.* 1935, n° 3-4, p. 19

LEAUTE J.

- « Sondage sur l'estimation de la gravité comparée des principales infractions », *Année sociologique*, 1970, p. 111

LEBOIS A.

- « Lutte contre la contrefaçon et données personnelles », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 107

LEFRANC D.

- « L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », *D.* 2002, p. 1926-1933
- « La contrefaçon en droit d'auteur – Naissance – extension – scission », *Propri. intell.* 2009, p. 19-30

LEGAL A.

- « L'imprudence et la négligence comme source de responsabilité pénale », *RIDP* 1961, p. 1079

LEPAGE A.

- « Un an de droit pénal des nouvelles technologies, oct. 2007 – oct. 2008 », *Dr. pén.* 2008, n° 12, chron. 10

LE STANC Ch.

- « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », *D.* 1993, p. 4

LEVASSEUR G.

- « Le problème de la dépenalisation », *Archives de politique criminelle* 1983, n° 6, p. 53-69

LIBCHABER R.

- « Biens », *Rép. Dr. Civ. Dalloz*, mai 2016 (actu. avr. 2018)

LIKILLIMABA G.-A.

- « La possession corpore alieno », *RTD civ.* 2005, p. 1

LUCAS A.

- « Droits des auteurs - Droits patrimoniaux, exceptions au droit exclusif », *JCL Propriété littéraire et artistique*, Fasc. n° 1248, MAJ 1^{er} juin 2018

LUCAS DE LEYSSAC M.-P.

- « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, chron., p. 43
- « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *RSC* 1990, p. 507

LUCAS-SCHLOETTER A.

- « Lettre d'Allemagne, Qu'y a-t-il dans la "deuxième corbeille" », *Propr. intell.* 2008, p. 368-375
- « La contrefaçon artistique : état des lieux », *CCE* 2011, ét. 3
- « Le domaine commun informationnel », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 90

MACKAAY E.

- « La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? », *Dr. informatique et télécoms* 1986/2

MACREZ F. et GOSSA J.

- « Surveillance et sécurisation : ce que l'HADOPI rate », *RLDI* 2009, n° 50

MAILLARD T.

- « La "réponse pénale graduée" en matière d'atteintes aux mesures techniques de protection et d'information », *RLDI* 2007, n° 23

MALAUURIE-VIGNAL M.

- « Entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative », *CCC* 2017, n° 11, rep. 10

MALAUURIE-VIGNAL M. et AZARD V. (dir.)

- Dossier « Mode, innovation et propriété intellectuelle », in *Le Libellio d'AEGIS* printemps 2017, vol. XIII, n° 1, p. 31-53 (<http://lelibellio.com>)

MANACORDA S.

- « Le droit pénal et l'Union européenne », *RSC* 2000, p. 95

MANDEL O.

- « Le nouvel arsenal de lutte contre la contrefaçon », *Propr. ind.* 2009, n° 2, ét. 4

MANDEL S.

- « L'indemnisation du préjudice en cas de contrefaçon de marque ou de modèle », *Gaz. Pal.* 1996, I, p. 600

MARECHAL C.

- « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245

MARINO L.

- « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *D.* 2009, n° 30, p. 2045
- « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2) », *D.* 2010, n° 3, chron., p. 160

MASSA Ch.-H. et STROWEL A.

- « La proposition de Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle : déchirée entre le désir d'harmoniser les sanctions et le besoin de combattre la piraterie », *CCE* 2004, n° 2, chron. 4

MASSE M.

- « La souveraineté nationale », *RSC* 1999, p. 905
- « Internationalité et droit pénal », *RLDA* 2002, suppl., n° 46

MASTOPOULOU H.

- « Incrimination de l'auto-blanchiment », *RSC* 2017, p. 750

MATHELY P.

- « De l'évaluation de l'indemnité de contrefaçon », *Ann. Propr. ind.* 1963, p. 249

MAY B.

- « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Propr. ind.* 2008, n° 3, ét. 4

MAYAUD Y.

- « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597
- « De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière pénale », *D.* 1997, p. 37

MEIER-BECK P.

- « Les dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet en droit allemand », *Propr. ind.* 2004, n° 11, ét. 19

MEKKI M.

- « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 2016, n° 22, p. 17

MERCADAL B.

- « Recherches sur l'intention en droit pénal », *RSC* 1967, p. 1

MERLE R. (dir.)

- « Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale », texte adopté à la suite de la Table ronde tenue le 22 mai 1986, *RCS* 1987, p. 183-186

MESA R.

- « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.* 2009, n° 325, p. 15
- « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, p. 2754

- « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G* 2012, n° 20-21, doct. 625
- MORAND C.-A.**
- « La sanction », in *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. philo. dr., Sirey, 1990, t. 35, p. 305
- MOUSSERON J.-M. et VIVANT M.**
- « Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le "terrain" occupé par le droit », *Cah. dr. entr.*, 1988, n° 1, p. 2
- MULLER Y.**
- « La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance », *RSC* 2006, p. 809
- NAUCKE W.**
- « Philosophie pénale contemporaine et réparation civile », in *Philosophie pénale*, Arch. philo. dr., Sirey, 1983, t. 28, p. 1-15.
- NEYRET L.**
- « L'extension de la responsabilité civile en droit de l'environnement », *Resp. civ. et assur.* 2013, n° 5, doss. 29
- NGUYEN THANH-BOURGEAIS D.**
- « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes », *RTD civ.* 1973, p. 496
- NUSSENBAUM N.**
- « Evaluation du préjudice de marque. Le cas particulier de l'atteinte à l'image de marque », *JCP E* 1993, I, 303
- OLLARD R.**
- « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, n° 4, ét. 9
- OLSZAK N.**
- « Le génie des AOC », *RLDA* 2014, n° 68, p. 83
- OTTENHOF R.**
- « Abus de confiance, nature du bien détourné », *RSC* 2002, p. 108
- OUANICHE M.**
- « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP E* 2014, n° 15, p. 1194
- PALAZZO F.**
- « Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal », *RSC* 2008, p. 1-21
- PARIZOT R.**
- « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », *RSC* 2016, p. 376
- PASSA J.**
- « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et Patr.* 2001/91, p. 64
- « Le droit pénal des marques après la loi Perben II du 9 mars 2004 », *D.* 2005, p. 433
- « Propriété intellectuelle et droit pénal international : incompétence de la loi et du juge français à l'égard d'actes accomplis à l'étranger. À propos de Cass. crim., 19 juin 2007 », *JCP E* 2007, 2504
- « Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de protection de la propriété intellectuelle sur Internet », *RLDI* 2010, n° 63, suppl., p. 23
- « Caractérisation de la contrefaçon par référence aux fonctions de la marque : la Cour de justice sur une fausse piste », *Propr. ind.* 2011, n° 1, ét. 1
- « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? utilité ? », *Propr. ind.* 2012, n° 6, ét. 11
- PAULIAT H.**
- « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété », *D.* 1995, p. 283
- PERINET-MARQUET H.**
- « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G* 2010, p. 1100
- PFISTER L.**
- « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle », *RIDA* 2005, n° 205, p. 117-209
- PIATTI M.-C.**
- « Le consommateur, Arlésienne de la propriété intellectuelle », *RLDA*, suppl., déc. 2004, n° 77, p. 4
- PIERRE P.**
- « La place de la responsabilité objective », *RLDC* 2010, n° 71
- PINATEL J.**
- « La prévention générale d'ordre pénal », *RSC* 1955, p. 554

PIRIOU F.-M.

- « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », *Diogène* 2001/4, n° 196, p. 119-143

PISIER E.

- « Du recours aux sages », *Etudes*, 1988, t. 368, n° 6, p. 733

POCHARD M.

- « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA* 2001, p. 106

POLLAUD-DULIAN F.

- « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780
- « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *D. aff.* 1996, chron. 359
- « Loi n° 2007-1544 du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon », *RTD com.* 2008, p. 70
- « Détruire, dit-elle : le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur », *D.* 2015, p. 639

PONCELA P.

- « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », in *Philosophie pénale*, Arch. philo. dr., Sirey, 1983, t. 28, p. 123-135

PONCELA P. et LASCOUMES P.

- « Des délits et des peines sous la Constituante », *Archives de politique criminelle* 1989, n° 11, p. 11-25

PRALUS-DUPUY J.

- « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *RSC* 1992, p. 229

PY E.

- « Contrefaçon par fourniture de moyens : le cas des consommables », *Prop. ind.* 2017, n° 11, comm. 59

QUEMENER M.

- « Les techniques spéciales d'enquête en matière de lutte contre la cybercriminalité », *AJ Pénal* 2015, p. 403

RASSAT M.-L.

- in *Le rapport de la Cour de cassation* (1979), *JCP* 1981, ét. G, 1, 3041, n° 95
- « De l'objet de l'abus de confiance », *Dr. pén.* 2015, n° 4, ét. 10

RAYNARD F.

- « La réparation de la contrefaçon : nouveaux principes pour nouveau juge ? », *Prop. ind.* 2010, n° 6, alerte 65

REMY P.

- « Critique du système français de la responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK*, 1997, n° 5, p. 49-68

RENAUD-DUPARC C.

- « Apports jurisprudentiels à la délimitation des contours de l'escroquerie », *AJ Pénal* 2017, p. 211

REVET T.

- « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTD civ.* 2006, p. 791

RIAS N.

- « L'amende civile : une fausse bonne idée ? A propos de l'avant-projet portant réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 2072

ROBERT J.-H.

- « Commentaire de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet », *Dr. pén.* 2009, n° 12, ét. 25, p. 7

ROBERT P. et al.

- « Société et gravité des infractions », *RSC* 1976, p. 915

ROCA C.

- « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *D.* 1991, chron., p. 85

RODHAIN C.

- « Contrefaçon, réparation et indemnisation », *Gaz. Pal.* 1989, II, p. 470-471

ROSEN J.

- « News from the Nordic countries », *RIDA* 1/2011, p. 163-207

ROTH R.

- « La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale. Evaluation de l'apport des résultats de la recherche historique à la politique criminelle et à la prévision de son évolution, compte tenu des changements du contexte social et économique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 16, 1986, p. 123-151

ROUBIER P.

- « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 251

ROUSSEAU D.

- « Les droits de l'homme de la troisième génération », *Revue interdisciplinaire des études juridiques* 1987, n° 19, p. 19

ROUSSEAU F.

- « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement. – A propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », *Environnement* 2014, n° 3, ét. 3

ROUSSEL G.

- « Les multiples pouvoirs d'enquête des administrations », *AJ Pénal* 2015, p. 64

ROUSSELET M.

- « Les ruses et artifices dans l'instruction criminelle », *RSC* 1946, p. 50

ROUSSELET-MAGRI A.

- « Les perquisitions "informatiques" à l'épreuve du principe de souveraineté, dans un contexte de mondialisation du stockage des données », *RSC* 2017, p. 659

RUBI-CAVAGNA E.

- « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne », *RSC* 2009, p. 501

SAENKO L.

- « *Non bis in idem* et (auto) blanchiment », *RTD com.* 2017, p. 205

SAGOT-DUVAUROUX D.

- « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle », *L'Economie politique*, 2004/2, n° 22, p. 34-52

SAINT MARTIN A.

- « Radioblog – Peine privée pour contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 53

SAINT-PAU J.-Ch.

- « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Resp. civ. et assur.* 2013, n° 5, dossier 23

SALAS D.

- « Etat et droit pénal, le droit pénal entre "Thémis" et "Diké" », *Droits*, n° 15, PUF, 1992, p. 77-90

SAPIRO G.

- « Droit et histoire de la littérature : la construction de la notion d'auteur », *Revue d'histoire du XIXème siècle*, 2014, n° 48, p. 107-122

SCHMIDT-SZALEWSKI J.

- « La détermination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon », *Propr. ind.* 2007, n° 11, ét. 22

SEGONDS M.

- « Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *AJ Pénal* 2016, p. 168

SEJEAN M.

- « La restitution du profit illicite », *RIDC* 2014, n° 2, p. 345-362

SELLIN T. et WOLFGANG M.-E.

- « The Measurement of Delinquency », New York, Wiley, 1964

SENECHAL J.

- « La notion de fournisseur de contenu numérique : quel rôle pour les plateformes en ligne ? », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 20

SIIRIAINEN F.

- « Retour sur la construction du "droit de communication au public" par la CJUE ou le droit d'auteur comme "droit de clientèle" », *Propr. intell.* 2015, n° 55, p. 143-148

SIRINELLI P., BENEZERA J.-A. et BENSAMOUN A.

- « Pour une évolution des textes applicables à certains prestataires de services ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 186

SIZAIRE V.

- « Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle ? », *RSC* 2017, p. 261

SONTAG KOENIG S.

- « Les perquisitions 2.0 : quand l'informatique se saisit de l'immatériel », *AJ Pénal* 2016, p. 238

STASIAK F.

- « L'éviction du juge pénal en matière économique et financière », *Archives de politique criminelle*, 2017/1, n° 39, p.7-21
- « Les sanctions de la contrefaçon », *CCE* 2009, n° 1, ét. 1

STIGLER G.

- « The Optimum Enforcement of Laws », *Journal of Political Economy*, 1970, vol. LXXVIII, p. 526

STOLL H.

- « Consequences of liability remedies », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol XI, ch. 8

SZABO D.

- « La prévention : concepts et stratégies », *RSC* 1984, p. 685

TELLER M.

- « Faut-il créer des dommages-intérêts punitifs ? », *Environnement* 2012, n° 7, doss. 10

TERRE F.

- « Propos sur la responsabilité civile », in *La responsabilité*, *Arch. philo. dr.*, Sirey, 1977, t. 22, p. 37-44
- « Variation de sociologie juridique sur les biens », in *Les biens et les choses*, *Arch. philo. dr.*, 1979, t. 24, p. 17-29

THELLIER DE PONCHEVILLE B.

- « La transposition manquée de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative aux conflits de compétences », *AJ Pénal* 2015, p. 528

THOMASSIN N.

- « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964

TREPPOZ E.

- « Numérique – Le droit d'auteur : frein ou instrument d'un marché unique du numérique », *Juris art etc.*, 2015, n° 21, p. 29
- « Le secret d'affaires dans l'anti-chambre de la protection de la propriété intellectuelle », *RTD eur.* 2017, p. 868

VANDERDORPE Ch.

- « Pour une bibliothèque virtuelle universelle », *Le Débat* 2001/5, n° 117, p. 31-42

VANUXEM S.

- « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/1, vol. LXIV, p. 123-182

DE VAREILLES-SOMMIERES P.

- « La définition de la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 452

VARET V.

- « "Riposte graduée" : beaucoup de bruit pour rien ? », *Légipresse* 2010, n° 268, cah. II, p. 1-12

VERHAEGEN J.

- « Faute pénale et faute civile », in *Philosophie pénale*, *Arch. philo. dr.*, Sirey, 1983, t. 28, p. 17-28

VERIN J.

- « L'efficacité de la prévention générale », *RSC* 1975, p. 1061-1068

VIDAL J.

- « Observations sur la nature juridique de l'action civile », *RSC* 1963, p. 481-528

VILLEY M. (dir.)

- « Les biens et les choses », in *Les biens et les choses*, *Arch. philo. dr.*, Sirey, 1979, t. 24, p. 2

VILLEY M.

- « Le jus in re du droit romain classique au droit moderne », *Publications de l'Institut de droit romain*, Paris, 1950, p. 200
- « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité*, *Arch. philo. dr.*, Sirey, 1977, t. 22, p. 45-58

VINEY G.

- « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, chron., p. 263

VIVANT M.

- « A propos des "biens-informationnels" », *JCP* 1984, I, 3132
- « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne », *D.* 1995, p. 197
- « Internet, support publicitaire : régulation et déontologie », *Gaz. Pal.* 1997, n° 2, doct. 1503
- « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, n° 174, p. 61-123
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique* 2006/4, (t. XX, 4), p. 361-388, spéc. n° 14 p. 379
- « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 193
- « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, p. 1839-1844
- « Au-delà de l'HADOPI : penser la contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 51
- « Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques », *D.* 2010, n° 13, p. 776-783
- « Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle », *D.* 2011, p. 2351
- « Internet », *Rép. Internat. Dalloz*, oct. 2017

VIVANT M. et LUCAS A.

- « "Vol" de biens immatériels ? », *JCP E* 1990, II, 15761, n° 18
- « Droit de l'informatique (suite) », *JCP E* 1990, II, 15761, n° 18

VIVANT M., MALLET-POUJOL N. et BRUGUIERE J.-M.

- « Droit de l'informatique », *JCP E* 2009, n° 27, p. 1674

VOUIN R.

- « L'unique action civile », *D.* 1973, chron., p. 265.

ZENATI-CASTAING F.

- « Sur la constitution de la propriété », *D.* 1985, p. 171
- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305
- « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445

ZOLLINGER A.

- « La lutte des parlements : les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée », *Légipresse* 2009, n° 262, p. 77

ZOLYNSKI C.

- « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes ? », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 94

CINQUIEME PARTIE – NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

ALLEAUME Ch.

- Note sous Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *Légipresse* 2002, III, p. 206

ANDRIANTSIMBAZOVINA J.

- Note sous CEDH, 21 févr. 1984, aff. 8544/79, *Oztürk c/ Allemagne* : PUF, 5^e éd, resp. n° 20 et 24, *Les grands arrêts de la CEDH 2009*

ANCEL M.-E.

- Obs. sous Cass. com., 20 mars 2007, n° 04-19.679 : *JCP G* 2007, II, 10088
- Obs. sous CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *CCE* 2012, chron. 1, n° 6 et n° 10
- Obs. sous Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *CCE* 2013, n° 15, chron. 1
- Obs. sous CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, *Wintersteiger* : *CCE* 2012, n° 3, p. 30
- Obs. sous CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney* : *CCE* 2014, chron. 1, n° 3

D'AVOUT L.

- Obs. sous Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *D.* 2012, p. 2339
- Obs. sous CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, *Wintersteiger* : *D.* 2012, p. 2331

AZEMA J.

- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 1^{er} juin 2005, n° 04/09317 : *RTD com.* 2005, p. 714
- Obs. sous CJUE, Gde ch., 11 sept. 2007, aff. C-17/06, *Céline* : *RTD com.* 2007, p. 712

AZZI T.

- Note sous CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *D.* 2012, p. 1279
- Obs. sous CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verglas GmbH* : *GAPI*, comm. 13
- Note sous CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, *Wintersteiger* : *D.* 2012, p. 1926
- Comm. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188 : Dalloz, 2^e éd., 2015, *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.)
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : *D.* 2013, p. 2004
- Note sous CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney* : *D.* 2013, p. 411
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 2017, n° 16-10.428 : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 122

BEAUSSONIE G.

- Note sous Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-83.707 : *JCP G* 2009, n° 31-35, p. 25
- Note sous Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *D.* 2012, p. 137
- Note sous Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : *D.* 2013, p. 1936
- Note sous Cass. crim., 28 sept. 2016, n° 15-84.485 : *AJ Pénal* 2016, p. 582
- Obs. sous Cass. crim., 26 oct. 2016, n° 15-84.552 : *Rev. pénit.* 2016, p. 941

BECKER M.

- Note sous Bundesgerichtshof, 22 avr. 2009, *Internet Video Recorder* : *GRUR* 2009, p. 845

BENABENT A.

- Note sous Cass. crim., 9 juill. 1970, n° 70-90.670 : *JCP G* 1971, I, 16616

BENABOU V.-L.

- Obs. sous TPICE, ord., 26 oct. 2001, aff. T-184/01, *IMS Health Inc.* : *Propr. intell.* 2002, n° 3, p. 117
- Obs. sous Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *Propr. intell.* 2006, n° 20, p. 240-243
- Obs. sous CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/ Telefonica de Espana* : *Propr. intell.* 2008, p. 239
- Comm. sous CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening* : *RDTI* 2009, n° 67, p. 61-85 ; *GAPI*, comm. 15 ; *Propr. intell.* 2009, n° 33, p. 378
- Obs. sous CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, *Padawan SL c/ SGAE* : *Propr. intell.* 2011, p. 108
- Comm. sous CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, *Football Association Premier League c/ QC Leisure* : *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 51
- Obs. sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 47-51
- Obs. sous CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo ! UK Ltd et a.* : *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 421
- Comm. sous CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson c/ Retriever Sverige (Sté)* : « Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale

- du droit de communication au public », <https://vlbenabou.blog/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/>
- Comm. sous CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Medias BV c/ Sonoma Media Netherlands BV et al.* : « GS Mediaaaaargh ! », <https://vlbenabou.blog/2016/10/15/gs-mediaaaaargh/>
 - Obs. sous CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300
- BENOIT-ROHMER F.**
- Obs. sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : *RTD eur.* 2012, p. 404
 - Chron. sous CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c/ Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson et al.* : *RTD eur.* 2018, p. 461
- BERNAULT C.**
- Obs. sous CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 déc. 2011 : *LEPI* mars 2012, 40
- BINCTIN N.**
- Comm. sous CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 24 juin 2011 : *Cah. dr. entrep.* 2007, n° 4, doss. 22
- BINET-GROSCLAUDE A.**
- Obs. sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *Dr. pén.* 2009, ét. 24, p. 11
- BON P.**
- Obs. sous Cons. constit., 25 juill. 1989, n° 89-256 DC : *RFDA* 1989, p. 1009
- BONET G.**
- Obs. sous CJCE, 8 avr. 2003, aff. jtes C-53/01, *Linde* : *Propr. intell.* 2003, n° 9, p. 420
- BONIS-GARCON E.**
- Comm. sous Cass. Ass. pl., 7 janv. 2011, n° 09-14.667 : *JCP G* 2015, n° 19-20, proc. 558, p. 933-936
 - Obs. sous Cons. constit., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC : *Cah. Cons. constit.* 2014, n° 43, p. 152
 - Obs. sous Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 : *Dr. pén.* 2014, comm. 67
- BONJEAN B.**
- Note sous Cass. crim., 15 mars 1977 : *JCP* 1979, II, 19148
- BONNEAU Th.**
- Note sous CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-580/13, *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg* : *Jurisprudence de la CJUE* 2015, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 704
- BOULOC B.**
- Obs. sous Cass. crim., 18 janv. 1988, n° 87-80.298 : *Rev. Sociétés* 1988, p. 579
 - Obs. sous Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : *RSC* 1996, p. 645
 - Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995 : *RTD com.* 1996, p.108
 - Note sous Cass. crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780 : *Rev. Sociétés* 1996, p. 326
 - Obs. sous Cass. crim., 29 avr. 1996, n° 95-83.274 : *RTD com.* 1997, p. 155
 - Obs. sous Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *RTD com.* 2001, p. 526
 - Obs. sous Cass. crim., 7 mai 2002, n° 02-80.797 : *RTD com.* 2002, p. 736
 - Obs. sous Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.675 : *RTD com.* 2004, p. 824
 - Obs. sous Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *RTD com.* 2005, p. 179
 - Obs. sous Cass. crim., 2 juin 2010, n° 09-82.013 : *RTD com.* 2010, p. 184
 - Obs. sous Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 13-80.223 : *RTD com.* 2014, p. 435
 - Obs. sous Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *RTD com.* 2016, p. 345
- BOUZAT P.**
- Obs. sous Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau* : *RSC* 1987, p. 701
 - Note sous Cass. crim., 9 mars 1987, n° 84-91.977 : *RSC* 1988, p. 311
 - Obs. sous Cass. crim., 18 janv. 1988, n° 87-80.298 : *RSC* 1988, p. 118
 - Obs. sous Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964 : *RSC* 1993, p. 546
- BROCHARD**
- Obs. sous CA Versailles, 1^{re} ch., 28 janv. 1999 : *JCP E* 1999, p. 1482
- BROUCHOT J.**
- Note sous Cass. crim., 12 juin 1952 : *JCP G* 1952, II, 7241
- BRUGUIERE J.-M.**
- Obs. sous CEDH, 4^e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie* : *Propr. Intell.* 2008, p. 338
 - Obs. sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *D.* 2009, p. 1770
 - Note sous Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224 : *JCP G* 2012, p. 1007
 - Note sous CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien* : *Propr. intell.* 2014, n° 52, p. 288

BURST J.-J.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995 : *D.* 1996, somm. 286

BUSSEUIL G.

- Comm. sous CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-580/13, *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg* : *RLDI* 2015, n° 118

CACHARD O.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225 : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 632

CAPRIOLI E.-A.

- Note sous Cass. crim., 20 oct. 2010, n° 09-88.387 : *CCE* 2011, n° 3, comm. 30
- Note sous CA Rennes, ch. com., 28 avr. 2015, n° 14-05708, *SARL Cabinet Peterson c/ SARL Groupe Logisneuf, SARL C-Invest, SARL European Soft* : *CCE* 2015, comm. 64
- Note sous CA Paris, pôle 4, ch. 11, 15 sept. 2017, *M. X. c/ Weezevent* : *CCE* 2018, n° 2, comm. 16

CARON Ch.

- Note sous T. com. Paris, 8 janv. 1999 : *RIDA* 1999, n° 182, p. 218
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001 (2^e arrêt), n° 99-15.284 : *CCE* 2002, comm. 91
- Note sous TPICE, ord., 26 oct. 2001, aff. T-184/01, *IMS Health Inc* : *JCP E* 2002, 1050 ; *CCE* 2002, comm. n° 67, p. 21
- Note sous Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156 : *CCE* 2002, comm. 150, 2^e arrêt
- Obs. sous Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *CCE* 2002, comm. 150, 1^{er} arrêt
- Note sous CA Paris, 4^e ch., 8 sept. 2004 : *CCE* 2004, comm. 136
- Note sous Cass. Crim., 30 mai 2006, n° 05-83.335 : *CCE* 2006, comm. 118
- Obs. sous Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *CCE* 2006, n° 10, comm. 140
- Note sous CEDH, Gde ch., 11 janv. 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch c/ Portugal* : *CCE* 2007, comm. 67, p. 31
- Note sous CA Paris, 13^e ch. corr., sect. A, 15 mai 2007, n° 06-01954, *Henri S. c/ SCPP* : *CCE* 2007, comm. 144
- Note sous CE, 23 mai 2007, n° 288149, *SACEM et autres* : *CCE* 2007, n° 7-8, comm. 90
- Note sous TGI Saint-Brieuc, 6 sept. 2007, Ministère public, *SCPP, SACEM c/ J.-P.* : *CCE* 2007, comm. 144, Ch. Caron
- Note sous TGI Paris, ord. de réf., 12 déc. 2007, n° 07/59572 : *CCE* nov. 2008, n° 11, comm. 124
- Note sous CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/ Telefonica de Espana* : *JCP E* 2008, p. 1270
- Note sous TGI Paris, ord. mise en état, 26 mars 2008, n° 06/09722 : *CCE* 2008, n° 5, comm. 66
- Note sous TGI Paris, ord. mise en état, 18 avr. 2008, n° 2007/09543 : *CCE* 2008, n° 11, comm. 124
- Obs. sous TGI Paris, ord. JME, 25 juin 2008, n° 08/06929 : *CCE* 2008, comm. 124
- Note sous CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Pub. rec. Lebon* : *CCE* 2008, comm. 112
- Obs. sous Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.088 : *CCE* 2009, comm. 31
- Obs. sous Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-28.088 : *CCE* 2012, comm. 14
- Note sous Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-23.349 : *CCE* 2013, n° 12, comm. 123
- Note sous CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien* : *CCE* 2014, n° 5, comm. 43
- Note sous CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-580/13, *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg* : *CCE* 2015, comm. 66

CARRE S.

- Obs. sous CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verlags GmbH* : *GAPI*, comm. 22

CASTETS-RENARD C.

- Comm. sous Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *D.* 2006, p. 2157
- Note sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : *RLDI* 2012, n° 2622
- Comm. sous CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien* : *D.* 2014, p. 1246

CATELAN N.

- Note sous Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC : *RSC* 2010, p. 442
- Note sous Cass. crim., 26 oct. 2016, n° 15-84.552 : *JCP G* 2017, 16

CERVETTI P.-D.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : *RLDI* 2013, n° 94, 3111

CHABERT C.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225 : *JCP G* 2004, II, 10055

CHAGNY M.

- Obs. sous Cass. Ass. pl., 7 janv. 2011, n° 09-14.667 : *CCE 2011*, n° 3, comm. 24

CHALTIEL F.

- Note sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *LPA 2009*, n° 125, p. 7

CHAMBON M.

- Note sous Cass. crim., 19 févr. 1959, n° 58-91.898 : *JCP 1959*, II, 11178

CHILSTEIN D.

- Obs. sous Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 : *RPDP 2011*, n° 1, p. 203

CLARA C.

- Obs. sous Cass. civ., 8 févr. 1910, *Gindre c/ Sauveur* : *DP 1914*, 1, 245

COLLET M. et COLLIN P.

- Note sous Cons. constit., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC : *JCP G 2016*, p. 847

COLOMBET C.

- Note sous CA Paris, 25^e ch., 10 juill. 1975 : *D. 1977*, p. 342
- Obs. sous Cass. crim., 6 mai 1981 : *D. 1982*, inf. rap., p. 48
- Obs. sous Cass. crim., 27 mai 1986, n° 85-91.701 : *D. 1988*, somm. p. 209
- Obs. sous CA Paris, 11 juin 1990 : *D. 1991*, somm. p. 89
- Obs. sous Cass. crim., 6 juin 1991, n° 90-80.755 : *D. 1993*, somm. p. 86

CONTE Ph.

- Obs. sous Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : *Rev. pénit.* 2013, p. 650
- Obs. sous Cass. crim., 16 sept. 2015, n° 15-83.204 : *Dr. pén.* 2015, comm. 136
- Note sous Cass. crim., 26 oct. 2016, n° 15-84.552 : *Dr. pén.* 2017, comm. 1
- Obs. sous Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929 : *Dr. pén.* 2017, n° 6, comm. 84
- Note sous Cass. crim., 25 oct. 2017, n° 16-84.133 : *Dr. pén.* 2018, n° 1, comm. 1

CORLAY P.

- Note sous Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038 : *D. 1979*, p. 509

COSTA J.-L.

- Note sous Cass. crim., 15 oct. 1970, n° 68-93.383, *Boyoud* : *D. 1970*, p. 733

COSTES L.

- Obs. sous Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.675 : *AJ Pénal 2004*, p. 286
- Obs. sous TGI Paris, ord. de réf., 24 janv. 2013, *UEJF c/ Twitter inc. et Twitter France* : *RLDI 2013*, n° 90, n° 3003
- Obs. sous T. com. Paris, ord. de réf., 1^{er} févr. 2013, *Uptoten c/ Google Ireland* : *RLDI 2013*, n° 91, 3037
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 11-26.882, 11-24.019 et 11-26.822 : *RLDI 2014*, n° 3375

COURBE P. et JAULT-SESEKE F.

- Obs. sous Cass. com., 20 mars 2007, n° 04-19.679 : *D. 2008*, p. 1507

CROZE H.

- Obs. sous Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau* : *JCP G 1987*, II, 20788

CULIOLO

- Et. sous Cass. crim., 9 juill. 1970, n° 70-90.670 : *RSC 1973*, p. 81

CUTAJAR C.

- Obs. sous Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81.165 : *D. aff.* 2004, p. 1377
- Note sous Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-83.220 : *D. 2008*, p. 1585
- Note sous Cass. crim., 24 févr. 2010, n° 09-82.857 : *JCP G 2010*, 629

DALEAU J.

- Note sous CA Paris, 4^e ch., 8 sept. 2004 : *D. 2004*, p. 2574

DEBET A.

- Note sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA* : *CCE 2012*, n° 6, comm. 63

DECHENAUD D.

- Note sous CA Paris, pôle 5, 12^e ch., 23 janv. 2012, n° 11-00746 : *JCP G 2012*, n° 23, p. 675

DECOCQ A.

- Obs. sous CA Paris, 8 sept. 2004, *Publicis conseil c/ sté Gaumont et SFR* : *CCE 2004*, comm. 136
- Note sous CJCE, 22 mai 2008, aff. C-266/06, *Evonik Degussa GmbH* : *JCP G 2008*, I, 182

DERIEUX E.

- Comm. sous Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : *JCP G 1995*, II, 22429
- Note sous CEDH, 21 janv. 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France* : *JCP G 1999*, II, 10120

- Note sous CEDH, 7 juin 2007, n° 1914/02, *Dupuis et a. c/ France* : JCP G 2007, II, 10127
- Note sous CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/ Telefonica de Espana* : JCP G 2008, II, 10099
- Note sous Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.088 : *Légipresse* 2009, II, p. 98
- Note sous Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC : *RLDI* 2009, n° 54
- Note sous CSA, Déc. n° 2017-532, 26 juill. 2017 : *RLDI* 2017, n° 140

DESBOIS H.

- Note sous Cass. crim., 30 mars 1944 : *D.* 1945, p. 247
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1968, *Salvador Dali* : *RTD com.* 1969, p. 492
- Obs. sous CA Paris, 25^e ch., 10 juill. 1975 : *RTD com.* 1976, p. 359
- Obs. sous Cass. ch. mixte, 5 nov. 1976 : *RTD com.* 1976, p. 728
- Note sous Cass. crim., 30 mars 1944 : *D.* 1945, p. 247

DETRAZ S.

- Note sous Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 : *D.* 2008, p. 2213
- Comm. sous Cass. crim., 20 oct. 2010, n° 09-88.387 : *JCP G* 2010, p. 1273
- Note sous Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Gaz. Pal.* 12 mars 2012, n° 11, p. 322
- Note sous Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : *JCP G* 2013, p. 933
- Comm. sous Cons. constit., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, *Association Emmaüs Forbach* : *Gaz. Pal.* 2013, n° 247-248, p. 12
- Note sous Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *JCP G* 2016, n° 12, p. 575
- Note sous Cons. constit., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC : *JCP G* 2016, p. 1042

DEVEZE J.

- Note sous Cass. crim., 9 mars 1987, n° 84-91.977 : *JCP G* 1988, II, 20913

DOUCET J.-P.

- Obs. sous Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bourquin* : *Gaz. Pal.* 14-15 juil. 1989, p. 23

DOMINGO L. et NICOT S.

- Obs. sous Cons. constit., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : *D.* 2003, somm. p. 1127

DREYER E.

- Note sous Cass. crim., 30 mai 2006, n° 05-83.335 : *D.* 2006, p. 2676
- Obs. sous Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 : *D.* 2011, p. 1055
- Note sous Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Gaz. Pal.* 13-14 janv. 2012, p. 40
- Note sous Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *JCP G* 2012, 248
- Obs. sous Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224 : *D.* 2012, p. 3005

DUPUIS M.

- Obs. sous CJCE, Gde ch., 12 sept. 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet* : *RLDA* 2009, n° 41, p. 2492

DURRANDE S.

- Obs sous CJCE, 12 avr. 2004, aff. C-218/01, *Henkel* : *D.* 2005, p. 500

EDELMAN B.

- Note sous TGI Tarascon, 20 nov. 1998 : *D.* 2000, p. 98
- Note sous TGI Avignon, 16 nov. 2007 : *D.* 2008, p. 588

ESMEIN P.

- Note sous Cass. civ., 8 mai 1964 : *JCP* 1965, II, 15140

FELDMAN J.-P.

- Obs. sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *JCP G* 2009, p. 101

FRANCILLON J.

- Obs. sous Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : *RSC* 1995, p. 599
- Obs. sous Cass. crim., 5 févr. 2008, n° 07-81.387 : *RSC* 2008, p. 618
- Obs. sous Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 : *RSC* 2009, p. 131
- Obs. sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *RSC* 2009, p. 609
- Obs. sous Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.346 : *RSC* 2010, p. 178
- Obs. sous Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 : *RSC* 2011, p. 651
- Obs. sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : *RSC* 2012, p. 163
- Note sous Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *RSC* 2012, p. 167

FRANCON A.

- Note sous CA Paris, 25^e ch., 10 juill. 1975 : *RIDA* 1/1977, p. 118
- Obs. sous CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-241/91 et C-242/91, *RTE et ITP Ltd c/ Commission* : *RTD com.* 1995, p. 606
- Obs. sous Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 93-85.256 : *RTD com.* 1996, p. 462
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, n° 95-22.282 : *D.* 1998, p. 471
- Obs. sous Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156 : *RTD com.* 2003, p. 85

FRANCQ S.

- Note sous CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *JCP G* 2012, n° 28, p. 35

GAIA P. et al.

- Note sous Cons. constit., 11 févr. 1982, DC n° 82-139 : Dalloz, 17^e éd., 2013, n° 30, p. 366, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*

GALLOUX J.-Ch.

- Obs. sous TGI Paris, ord. de réf., 22 mai et 20 nov. 2000 : *CCE* 2000, comm. n° 92.132
- Obs. sous TGI Paris, ord. JME, 25 juin 2008, n° 08/06929 : *Propri. intell.* 2008, n° 29, p. 479

GALOPIN B.

- Comm. sous CJUE, 23 janv. 2014, aff. C-355/12, *Nintendo c/ PC Box* : *RLDI* 2014, n° 102

GARINOT J.-M.

- Note sous Cass. crim., 22 oct. 2014, n° 13-82.630 : *Gaz. Pal.* 2015, n° 8, p. 7

GAUBIAC Y.

- Note sous TGI Nanterre, 10 mars 1993 : *RIDA* 1993, n° 157, p. 343

GAUDEMET-TALLON H.

- Obs. sous CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *D.* 2012, p. 1228

GAUDRAT Ph.

- Obs. sous CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening* : *RTD com* 2009, p. 715

GENY P.

- Note sous CA Paris, 20 nov. 1935 : *S.* 1936, 2, 170

GIRAULT C.

- Comm. sous Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Logabax* : *JCP E* 2004, n° 38, comm. p. 1345

GULPHE M.

- Concl. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1986 : *JCP G* 1987, II, 20723

HALLEMANS S.

- Note sous CJUE, 3^e ch., 19 avr. 2012, aff. C-461/10, *Bonnier audio AB et al. c/ Perfect Communication Sweden AB* : *RDTI* 2013, n° 50, p. 65

HAMON L.

- Note sous Cons. constit., 11 févr. 1982, n° 82-139 DC : *D.* 1983, p. 169

HAUSER J.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595 : *RTD civ.* 2017, p. 94

HONORAT J.

- Obs. sous Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *Def.* 2007, p. 70

HUET A. et KOERING-JOULIN R.

- Note sous Cass. crim., 19 juin 2007 : *JCL international*, Fasc. 403-20, 2013, n° 20

HUET J.

- Note sous Cass. Ass. pl., 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Microfor* : *JCP G* 1988, II, 20932
- Note sous Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 : *CCE* 2008, ét. 25
- Note sous CA Reims, 5 mai 2009 : *D.* 2009, p. 2470
- Point de vue sous CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft (Sté) c/ Oracle International Corp. (Sté)* : *D.* 2012, p. 2101

HUMBLLOT B.

- Obs. sous CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-383/99 : *GAPI* 2001, p. 361

IDOT L.

- Obs. sous CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, *Commission c/ Conseil* : *RSC* 2006, p. 155
- Obs. sous CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *Europe* 2011, comm. 499
- Obs. sous CJUE, 3^e ch., 19 avr. 2012, aff. C-461/10, *Bonnier audio AB et al. c/ Perfect Communication Sweden AB* : *Europe* 2012, comm. 255

- Obs. sous CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, *Wintersteiger* : *Europe* 2012, comm. 263
- Obs. sous CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney* : *Europe* 2013, comm. 558
- DE JACOBET DE NOMBEL C.**
 - Obs. sous Cass. Ass. pl., 12 juill. 2000, n° 98-11.155 : *Dr. pén.* 2008, n° 9, ét. 21
- JACOPIN S.**
 - Chron. sous Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *Dr. pén.* 2001, n° 4, chron 16
- JAULT-SESEKE F.**
 - Obs. sous CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, *Wintersteiger* : *D.* 2013, p. 1503
- JOURDAIN P.**
 - Note sous Cass. com., 9 oct. 2001, n° 99-16.512 : *RTD civ.* 2002, p. 304
 - Obs. sous Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *Chronopost*, 2 arrêts : *RTD civ.* 2005, p. 604
- KAMINA P.**
 - Obs. sous CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel AB* : *Propr. ind.* 2005, n° 1, comm. 7
- KEREVER A.**
 - Note sous CA Paris, 4^e ch., 1^{er} oct. 1990 : *RIDA* 3/1991
 - Note sous CA Versailles, ch. réun., 19 déc. 1994 : *RIDA* 4/1995, p. 289
 - Obs. sous Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 94-82.512 : *RIDA* 1996, n° 169, 279
 - Note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, n° 95-22.282 : *RIDA* 3/1998, p. 213
- KESSLER G.**
 - Et. sous Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *D.* 2006, p. 2167
- KEVORKIAN A.**
 - Obs. sous Cons. constit., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC : *Cah. dr. entr.* 2017, n° 1, édito 1
- KNETSCH J.**
 - Obs. sous Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 : *Rev. crit. DIP* 2013, p. 192
- KOERING-JOULIN R.**
 - Obs. sous CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France* : *RSC* 1997, p. 462
- KUHN C.**
 - Note sous Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *D.* 2006, p. 2897
- LAMPE A.-S. et LERICHE S.**
 - Note sous TGI Paris, 3^e ch., 3 déc. 2009 : *RLDI* 2010, n° 57
- DE LAMY B.**
 - Note sous Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *D.* 2001, n° 1, p. 423
 - Obs. sous Cass. crim., 10 oct. 2001, n° 00-87.605 : *D.* 2002, p. 1796
 - Obs. sous Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.675 : *D.* 2004, p. 2748
 - Obs. sous Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *D.* 2005, p. 411
- LARERE X.**
 - Note sous Cass. com., 13 janv. 1971 : *D.* 1971, p. 147
- LARGUIER J.**
 - Note sous Cass. crim., 8 oct. 1959 : *JCP G* 1959, II, 11324
- LARRIEU J.**
 - Note sous CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo ! UK Ltd et a.* : *Propr. ind.* 2012, comm. 75
- LARRIEU J., LE STANC C. et TREFIGNY P.**
 - Note sous Cass. crim., 9 sept. 2008, n° 07-87.281 : *D.* 2009, p. 1992
 - Obs. sous CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *Sabam c/ Netlog* : *D.* 2012, p. 2343
 - Obs. sous CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft (Sté) c/ Oracle International Corp. (Sté)* : *D.* 2012, p. 2343
 - Obs. sous CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson c/ Retriever Sverige (Sté)* : *D.* 2014, p. 2317
- LASSERRE CAPDEVILLE J.**
 - Note sous Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-83.220 : *JCP G* 2008, I, 10103
 - Note sous CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus* : *AJ Pénal* 2009, p. 354
 - Obs. sous Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.346 : *D.* 2009, p. 806
 - Obs. sous Cass. crim., 2 juin 2010, n° 09-82.013 : *AJ Pénal* 2010, p. 441
 - Obs. sous Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *AJ Pénal* 2012, p. 163

LEBLOIS-HAPPE J.

- Obs. sous Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *AJ Pénal* 2005, p. 22

LEBOIS A.

- Obs. sous CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c/ Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson et al.* : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 107

LECLERC

- Note sous Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954 : *Gaz. Pal.* 1998, n° 2, p. 529

LE FUR A.-V. et SCHMIDT D.

- Obs. sous CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie* : *D.* 2014, p. 2059
- Note sous Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : *D.* 2015, p. 894

LEPAGE A.

- Obs. sous TGI Paris, 17^e ch., 26 févr. 2002 : *CCE* 2002, n° 77
- Obs. sous CA Paris, 11^e ch., 17 mars 2004 : *CCE* 2005, comm. n° 72
- Obs. sous Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.675 : *CCE* 2004, comm. 165
- Note sous Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.346 : *JCP G* 2010, p. 18
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595 : *Dr. pén.* 2016, n° 12, chron. 11

LEPOINTE G.

- Note sous CA Paris, 28 juill. 1932, *Chaliapine* : *DP* 1934, 2, p. 139

LINDON R.

- Concl. sous Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 1965, *Bernard Buffet* : *JCP* 1965, II, 14339

LITTMAN

- Note sous Cass. crim., 9 juill. 1970, n° 70-90.670 : *D.* 1971, p. 3

LOISEAU G.

- Note sous Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *Chronopost*, 2 arrêts : *JCP* 2005, II, 10066
- Note sous Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *JCP G* 2006, II, 10143
- Obs. sous Cass. com., 5 juill. 2017, n° 14-16.737, *Société Concurrence c/ Samsung et Amazon* : *CCE* 2017, comm. 72

LUCAS A.

- Obs. sous Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *Propr. intell.* 2003, n° 6, p. 52
- Obs. sous CJCE, Gde ch., 12 sept. 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet* : *Propr. intell.* 2007, p. 211
- Obs. sous CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Pub. rec. Lebon* : *Propr. intell.* 2008, p. 428
- Obs. sous CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, *Padawan SL c/ SGAE* : *Propr. intell.* 2011, p. 93
- Obs. sous CA Paris, 28 oct. 2011 : *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 26
- Obs. sous Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *Propr. intell.* 2012, p. 41
- Obs. sous CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verglas GmbH* : *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 30
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188 : *Propr. intell.* 2012, p. 416 et 420
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : *Propr. intell.* 2013, p. 306
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 11-26.882, 11-24.019 et 11-26.822 : *Propr. intell.* 2014, n° 51, p. 181
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Klasen c/ Malka* : *Propr. intell.* 2015, p. 281
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-28.467 et n° 16-11.759, *Dialogue des Carmélites* : *Propr. intell.* oct. 2017, p. 60

LUCAS DE LEYSSAC M.-P.

- Chron. sous Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Logabax* : *D.* 1985, p. 43
- Note sous Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau* : *D.* 1987, p. 131
- Obs. sous Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bourquin* : *RSC* 1990, p. 507
- Obs. sous Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, *Antonielli* : *RSC* 1990, p. 507

LUCAS-SCHLOETTER A.

- Obs. sous CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Pub. rec. Lebon* : *RLDI* 2008/40, p. 1321
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : *JCP G* 2013, I, 493

LUCHAIRE F.

- Note sous Cons. constit., 4 juillet 1989, n° 89-254 DC : *D.* 1990, p. 209

MALABAT V.

- Obs. sous Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-83.220 : *Rev. pénit.* 2008, p. 402
- Obs. sous Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Rev. pénit.* 2011, p. 914

MALLET-BRICOUT B. et REBOUL-MAUPIN N.

- Obs. sous Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *D.* 2006, p. 2363

MALLET-POUJOL N.

- Obs. sous TGI Paris, ord. de réf., 24 janv. 2013, *UEJF c/ Twitter inc. et Twitter France* : *Légipresse* 2013, n° 304, p. 235

MALAURY-VIGNAL M.

- Obs. sous Cons. constit., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC : *CCC* 2017, n° 11, rep. 10
- Obs. sous Cass. com., 5 juill. 2017, n° 14-16.737, *Société Concurrence c/ Samsung et Amazon* : *CCC* 2017, comm. 196

MANACORDA S.

- Obs. sous CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, *Commission c/ Conseil* : *RSC* 2005, p. 940

MANARA C.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225 : *D.* 2004, p. 276
- Obs. sous TGI Paris, ord. JME, 25 juin 2008, n° 08/06929 : *D.* 2008, p. 2069
- Obs. sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : *D.* 2011, p. 2925
- Obs. sous TGI Paris, ord. de réf., 24 janv. 2013, *UEJF c/ Twitter inc. et Twitter France* : *D.* 2013, p. 300

MARCHADIER F.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : *JCP E* 2014, n° 8, p. 1444

MARINO L.

- Note sous Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC : *D.* 2010, p. 160
- Obs. sous CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, *Padawan SL c/ SGAE* : *JCP G* 2010, p. 1256
- Note sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : *Gaz. Pal.* 2012, n° 47, p. 14

MARTIAL-BRAZ N.

- Obs. sous Cons. constit., 21 juill. 2017, n° 2017-646/647 QPC : *Rev. sociétés.* 2017, p. 582

MASCALA C.

- Obs. sous Cass. crim., 27 mars 2013, n° 12-85.115 : *D.* 2013, p. 1647

MATHELY P.

- Note sous CA Paris, 26 avr. 1975 : *Ann. propr. ind.* 1977, n° 2, p. 73

MATSOPOULOU H.

- Obs. sous Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81.165 : *JCP G* 2004, II, 10081
- Obs. sous Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-83.220 : *RSC* 2008, p. 607
- Obs. sous Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : *RSC* 2013, p. 813
- Obs. sous CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie* : *Rev. sociétés* 2014, p. 675
- Obs. sous Cass. crim., 26 oct. 2016, n° 15-84.552 : *RSC* 2016, p. 778
- Obs. sous Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929 : *RSC* 2017, p. 747
- Obs. sous Cass. crim. 14 juin 2017, n° 16-84.921 : *RSC* 2017, p. 750

MAURO C.

- Note sous Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 : *JCP G* 2014, p. 345

MAURY J.

- Note sous Cass. crim., 8 juin 1971 : *D.* 1971, p. 594

MENDOZA-CAMINADE A.

- Note sous Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *RSC* 2005, p. 852
- Note sous Cass. crim., 22 oct. 2014, n° 13-82.630 : *D.* 2015, p. 415

MESA R.

- Note sous Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 14-90.042 et 14-90.043 : *Gaz. Pal.* 2015, I, p. 282
- Obs. sous Cass. crim. 9 déc. 2015, n° 15-83.204 : *Gaz. Pal.* 2016, n° 7, p. 18

METALLINOS N.

- Note sous CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* : *CCE* 2016, n° 12, comm. 104

MILOUDI

- Note sous Cons. constit., 2 déc. 2011, n° 2011-200 QPC : *LPA* 2012, n° 55, p. 3-6

MINOIS M.

- Obs. sous Cass. com., 5 juill. 2017, n° 14-16.737, *Société Concurrence c/ Samsung et Amazon* : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 140

MOLFESSIS N.

- Obs. sous Cons. constit., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC : *RTD civ.* 1998, p. 799

MOUSSERON J.-M. et SCHMIDT J.

- Obs. sous TGI Paris, 30 janv. 1985 : *D.* 1986, IR, p. 136
- Obs. sous CA Paris, 1^{er} juill. 1986 : *D.* 1988, somm. comm., p. 350
- Obs. sous TGI Paris, 4 mars 1987 : *D.* 1988, somm. comm., p. 350

MUIR WATT H.

- Note sous CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389

NEYRET L. et REBOUL-MAUPIN N.

- Obs. sous Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *D.* 2016, p. 1779

NICOT S.

- Rapp. sous Cass. Ass. pl., 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Microfor* : *JCP G* 1988, II, 20932

NOURRISAT C.

- Obs. sous CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, *Commission c/ Conseil* : *D.* 2006., pan. 1259

NUSSENBAUM M.

- Obs. sous Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-19.660, *Chevignon c/ Carrefour* : *JCP E* 1993, I, 303

OTTENHOF R.

- Note sous Cass. crim., 21 avr. 1964 : *JCP* 1965, II, 13973, 1^{re} esp.
- Obs. sous Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038 : *RSC* 1996, p. 659 et 863
- Obs. sous Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau* : *RSC* 1996, p. 659 et 863
- Obs. sous Cass. crim., 24 oct. 1990, n° 89-84.485 : *RSC* 1996, p. 863
- Obs. sous Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964 : *RSC* 1996, p. 659
- Obs. sous Cass. crim., 19 janv. 1994, n° 93-80.633 : *RSC* 1994, p. 767
- Obs. sous Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : *RSC* 1995, p. 821
- Obs. sous Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *RSC* 2001, p. 385
- Obs. sous Cass. crim., 10 oct. 2001, n° 00-87.605 : *RSC* 2002, p. 108,
- Obs. sous Cass. crim., 25 juin 2003, n° 02-86.182 : *RSC* 2004, p. 350
- Obs. sous Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81.165 : *RSC* 2004, p. 350
- Obs. sous Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *RSC* 2005, p. 852
- Obs. sous Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-83.707 : *RSC* 2009, p. 841

PASSA J.

- Obs. sous CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure* : *Propr. ind.* 2012, n° 6, ét. 11

PATIN M.

- Rapp. sous Cass. crim., 22 janv. 1953, *Flandin* : *D.* 1935, p. 109

PAULIAT H.

- Obs. sous Cons. constit., 19 janv. 1995, n° 94-359 DC : *D.* 1995, p. 283

PERINET-MARQUET H.

- Obs. sous Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *JCP G* 2006, I, 178, n° 3
- Obs. sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *Constitutions*, 2010, p. 97

PERROT R.

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 15 mars 1979 : *RTD civ.* 1979, p. 664

PETTITI Ch. et TEITGEN F.

- Obs. sous CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, *Schenk c/ Suisse* : *RSC* 1988, p. 840

PLAISANT R.

- Note sous TGI Seine, ord. de réf., 25 sept. 1959 : *JCP* 1959, II, 11319

POLLAUD-DULIAN F.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225 : *RTD com.* 2004, p. 281
- Obs. sous CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel AB* : *RTD com.* 2005, p. 90
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006, n° 05-11.780, *Djobi Djoba* : *RTD com.* 2006, p. 596
- Obs. sous CEDH, 4^e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie* : *RTD com.* oct-déc. 2008, p. 732

- Obs. sous CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/ Telefonica de Espana* : *RTD com.* 2008, p. 302
- Obs. sous Cass. crim., 5 févr. 2008, n° 07-81.387 : *RTD com.* 2008, p. 320
- Obs. sous CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Pub. rec. Lebon* : *RTD com.* 2008, p. 747
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Rheims c/ Gautel* : *RTD com.* 2009, p. 140
- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch., 25 nov. 2008, *Wizzgo* : *RTD com.* 2009, p. 312
- Obs. sous Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.088 : *RTD com.* 2010, p. 310
- Obs. sous Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC : *RTD com.* 2009, p. 730
- Obs. sous Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-85.695 : *RTD com.* 2011, p. 100
- Obs. sous Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 : *RTD com.* 2013, p. 731
- Obs. sous CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, *Football Association Premier League c/ QC Leisure* : *RTD com.* 2011, p. 744
- Obs. sous CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *RTD com.* 2012, p. 554
- Obs. sous CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verlags GmbH* : *RTD com.* 2012, p. 109 et 118
- Obs. sous CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, *Wintersteiger* : *RTD com.* 2012, p. 554
- Obs. sous CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft (Sté) c/ Oracle International Corp. (Sté)* : *RTD com.* 2012, p. 542
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188 : *RTD com.* 2012, p. 780
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : *RTD com.* 2013, p. 725
- Obs. sous CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney* : *RTD com.* 2013, p. 731
- Obs. sous CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson c/ Retriever Sverige (Sté)* : *RTD com.* 2014, p. 600
- Obs. sous CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-435/12, *ACI Adam BV c/ Stichting de Thuisakopie* : *RTD com.* 2014, p. 603
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Klasen c/ Malka* : *RTD com.* 2015, p. 509
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-28.467 et n° 16-11.759, *Dialogue des Carmélites* : *RTD com.* 2017, p. 891
- Obs. sous CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : *RTD com.* 2018, p. 345

POTIER

- Rapp. sous Cass. Req., 12 juill. 1905 : *DP* 1907.1.141

PRADEL J.

- Obs. sous Cass. crim., 29 mars 1994, n° 93-84.995 : *D.* 1995, p. 144
- Note sous Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : *D.* 1995, p. 320
- Obs. sous Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *Dr. pén.* 2001, p. 385
- Note sous Cass. Ass. pl., 6 mars 2015, n° 14-84.339 : *D.* 2015, p. 711
- Obs. sous Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : *D.* 2015, p. 1738

PY E.

- Obs. sous Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-29.378 : *Propr. ind.* 2017, n° 11, comm. 59

RASSAT M.-L.

- Rapp. sous Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Logabax* : *JCP* 1981, ét. G, 1, 3041, n° 95

RATOVA A.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001 : *JCP E* 2003, 278, n° 9

RAYNARD J.

- Obs. sous Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *D.* 2005, p. 961

RAYNARD J., PY E. et TREFIGNY P.

- Obs. sous TGI Paris, ord. JME, 25 juin 2008, n° 08/06929 : *Propr. ind.* 2008, comm. 76

REBUT D.

- Obs. sous Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-86.343 : *D.* 2008, p. 958

REDET T.

- Obs. sous Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *RTD civ.* 2001, p. 912
- Obs. sous Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *RTD civ.* 2005, p. 164
- Obs. sous Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *RTD civ.* 2006, p. 348
- Obs. sous Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *RTD civ.* 2006, p. 791
- Obs. sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *RTD civ.* 2009, p. 754 et 756

RIUNY L.

- Obs. sous CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, *Commission c/ Conseil* : *AJ Pénal* 2005, p. 414

ROBERT J.-H.

- Note sous Cass. crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780 : *Dr. pén.* 1996, comm. 189
- Obs. sous CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France* : *Dr. pén.* 1997, comm. 11
- Obs. sous Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *Dr. pén.* 2002, comm. 124
- Obs. sous Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-83.220 : *JCP G* 2008, I, 146
- Obs. sous Cons. constit., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC : *JCP G* 2011, n° 15
- Comm. sous Cons. constit., 27 sept. 2013, n° 2013-341 QPC : *Dr. pén.* 2013, p. 156
- Note sous Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : *JCP G* 2015, p. 369

RODHAIN C.

- Comm. sous CA Paris, 14 sept. 1988, *Minibel* : *Gaz. Pal.* 1989, II, p. 470-471

ROETS D.

- Obs. sous CEDH, 17 mars 2009, n° 13113/03, *Ould Dah c/ France* : *RSC* 2009, p. 659

ROUJOU DE BOUBEE G.

- Note sous Cass. crim., 19 févr. 1959, n° 58-91.898 : *D.* 1959, J., p. 331
- Obs. sous Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038 : *D.* 1979, I.R., p. 182
- Obs. sous Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964 : *D.* 1994, somm. 157
- Obs. sous Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *D.* 2016, p. 2424
- Obs. sous Cass. crim., 14 juin 2017, n° 16-84.921 : *D.* 2017, p. 2501

ROUSSELET M.

- Obs. sous Cass. crim., 19 juin 1989, n° 89-81.777 : *RSC* 1946, p. 50

RUDONI A. et DUFAURE A.

- Comm. sous Trib. di Milano, 6 nov. 2015, aff. 11739/2009, *Nintendo c/ PC Box* : *RLDI* 2016, n° 126

SAINT-PAU J.-Ch.

- Chron. sous CEDH, 7 juin 2007, n° 1914/02, *Dupuis et a. c/ France* : *Rev. pénit.* 2008, p. 113
- Chron. sous Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361 : *Rev. pénit.* 2008, p. 113

SARDIN D.

- Obs. sous CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening* : *JCP E* 2010, p. 1691, n° 12

SAVATIER R.

- Obs. sous TGI Seine, ord. de réf., 25 sept. 1959 : *JCP* 1957, I, 1398

SCHMIDT-SZALEWSKI J.

- Obs. sous CEDH, Gde ch., 11 janv. 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Bush c/ Portugal* : *RTD eur.* 2008, p. 405
- Obs. sous CJUE, Gde ch., 11 sept. 2007, aff. C-17/06, *Céline* : *RTD eur.* 2007, p. 689
- Obs. sous CEDH, 4^e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie* : *RTD eur.* avr.-juin 2008, p. 405

SEGONDS M.

- Obs. sous Cass. crim., 24 févr. 2010, n° 09-82.857 : *Rev. pénit.* 2010, p. 447
- Note sous Cass. crim., 27 mars 2013, n° 12-85.115 : *RPDP* 2013, p. 927
- Note sous Cass. crim., 30 oct. 2013, n° 12-84.189 : *Rev. pénit.* 2013, p. 927

SEUBE J.-B.

- Obs. sous Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *Dr. et Patr.* 2006, p. 103

SIMON C.

- Note sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *RLDI* 2009, n° 1701

SIRINELLI P.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001 : *Propr. intell.*, 2001, p. 71
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch., 8 sept. 2004 : *Propr. intell.* 2005, p. 70
- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch., 25 nov. 2008, *Wizzgo* : *RIDA* 1/2009, p. 388 et p. 219
- Obs. sous CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, *Padawan SL c/ SGAE* : *RIDA* 1/2011, p. 353 et p. 299
- Obs. sous CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, *Football Association Premier League c/ QC Leisure* : *D.* 2011, p. 2836
- Obs. sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : *D.* 2012, p. 2836
- Obs. sous Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *D.* 2012, p. 2836

- Et. sous CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verglas GmbH* : D. 2012, p. 2837
- Obs. sous CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo ! UK Ltd et a.* : D. 2012, p. 2838
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : RIDA 2013, n° 236, p. 445
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 11-26.882, 11-24.019 et 11-26.822 : RIDA 2014, 513
- Obs. sous CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson c/ Retriever Sverige (Sté)* : D. 2014, p. 2078
- Obs. sous CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-435/12, *ACI Adam BV c/ Stichting de ThuisKopie* : D. 2014, p. 207

SPORTOUCH J.-M.

- Obs. sous Cass. soc., 27 janv. 1999, n° 96-44.460 : *Procédures* 1999, n° 124

STAEFFEN V.

- Note sous CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 11 févr. 2001 : *Gaz. Pal.* 2001, 2, jurispr. p. 2049

STASIAK F.

- Obs. sous Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 : RSC 2014, p. 106
- Obs. sous CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie* : RSC 2014, p. 110
- Obs. sous Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : RSC 2015, p. 374

STOFFEL-MUNCK Ph.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 05-20.213 : JCP G 2007, I, 185, n° 2

SUDRE F.

- Obs. sous CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S.W c/ Royaume Uni* : JCP G 1996, I, 3910, n° 28
- Obs. sous CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France* : JCP G 1997, I, 4000, n° 31
- Obs. sous CEDH, 18 juin 2002, n° 48939/99, *Oneryildiz c/ Turquie* : JCP G 2002, I, 157
- Note sous Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : JCP G 2015, p. 368

SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVIA J. et al.

- Note sous CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique* : PUF, 3^e éd., 2005, n° 48, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*

TERRE F. et LEQUETTE Y.

- Note sous Cons. constit., 11 févr. 1982, DC n° 82-139 : Dalloz, 13^e éd., 2015, t. 1, n° 2, p. 12, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*

TREFFIGNY P.

- Obs. sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : D. 2012, p. 2347
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188 : D. 2012, p. 2348

TREPPOZ E.

- Note sous Cass. com., 20 mars 2007, n° 04-19.679 : *Rev. crit. DIP* 2008, p. 322
- Obs. sous CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, *Football Association Premier League c/ QC Leisure* : RTD eur. 2011, p. 855
- Obs. sous CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM* : RTD eur. 2012, p. 957
- Obs. sous CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft (Sté) c/ Oracle International Corp. (Sté)* : RTD eur. 2012, p. 947
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : JCP G 2013, I, 701
- Note sous CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney* : RTD eur. 2013, p. 897

TRICOIRE A.

- Note sous TGI Paris, 24 janv. 2006 : D. 2006, Jur. 1827

VARET V.

- Note sous CA Paris, 4^e ch., 8 sept. 2004 : *Légipresse* 2005, n° 219, III, p. 25

VERON M.

- Obs. sous Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964 : *Dr. pén.* 1992, comm. 254
- Note sous Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : *Dr. pén.* 1995, comm. 175
- Obs. sous Cass. crim., 10 oct. 2001, n° 00-87.605 : *Dr. pén.* 2002, n° 1, comm. 1
- Note sous Cass. crim., 7 mai 2002, n° 02-80.797 : *Dr. pén.* 2002, comm. 108
- Note sous Cass. crim., 25 juin 2003, n° 02-86.182 : *Dr. pén.* 2003, comm. 142
- Note sous Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81.165 : *Dr. pén.* 2004, comm. 48
- Note sous Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.675 : *Dr. pén.* 2004, comm. 129
- Note sous Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *Dr. pén.* 2004, comm. 179
- Obs. sous Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361 : *Dr. pén.* 2007, comm. 143
- Obs. sous Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : *Dr. pén.* 2013, p. 158

VERPEAU M.

- Comm. sous Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *JCP G* 2009, n° 39, 247

VIGNEAU V.

- Obs. sous Cass. Ass. pl., 7 janv. 2011, n° 09-14.667 : *D.* 2011, p. 618

VIOLEAU O.

- Note sous Cass. crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879 : *AJ Pénal* 2017, p. 142

VIVANT M.

- Obs. sous CA Douai, 7 oct. 1992 : *JCP E* 1994, I, 359, n° 15
- Obs. sous Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 193
- Obs. sous CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening : GAPI*, comm. 17
- Obs. sous CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 24 juin 2011 : *D.* 2009, n° 27, p. 1839

VIVANT M. et LUCAS A.

- Obs. sous Cass. Ass. pl., 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Microfor* : *JCP E* 1988, II, 15093, n° 4
- Obs. sous Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bourquin* : *JCP E* 1990, n° 18, p. 15761
- Obs. sous Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, *Antonielli* : *JCP E* 1990, n° 18, p. 15761

VIVANT M., MALLET-POUJOL N. et BRUGUIERE J.-M.

- Obs. sous CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel AB* : *JCP E* 2005, 963, n°4
- Obs. sous Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 : *JCP E* 2009, n° 27, p. 1674
- Obs. sous CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo ! UK Ltd et a.* : *JCP E* 2012, n° 1489, § 4

WHAL A.

- Note sous Cass. Req., 12 juill. 1905 : *S.* 1907.1.273

ZENATI F.

- Obs. sous Cons. constit., 11 févr. 1982, n° 82-139 DC : *D.* 1985, p. 171
- Obs. sous Cons. constit., 4 juillet 1989, n° 89-254 DC : *RTD civ.* 1990, p. 520
- Obs. sous Cons. constit., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC : *RTD civ.* 1999, p. 132 et 136

ZOLLINGER A.

- Obs. sous CJCE, Gde ch., 12 sept. 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet*, spéc. pt. 65 : *JCP E* 2008, n° 13, 1144
- Note sous CEDH, Gde ch., 11 janv. 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Bush c/ Portugal* : *JCP E* 2007, 1409
- Obs. sous CEDH, 4^e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie* : *JCP E* 2008, 1934

SIXIEME PARTIE – JURISPRUDENCE

PARTIE I TITRE I CHAPITRE I Section I

CEDH

CEDH, 7 oct. 1988, n° 10519/83, *Salabiaku c/ France*
CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*
CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S.W c/ Royaume Uni* : JCP G 1996, I, 3910, n° 28, obs. F. Sudre
CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France* : RSC 1997, p. 462, obs. R. Koering-Joulin ; *Dr. pén.* 1997, comm. 11, obs. J.-H. Robert
CEDH, 30 mars 2004, n° 53984/00, *Radio-France et a. c/ France*
CEDH, Gde ch., 29 mars 2006, n° 67335/01, *Achour c/ France*
CEDH, 6 oct. 2011, n° 50425/06, *Soros c/ France*

CJCE/CJUE

CJCE, 22 juin 1976, aff. C-119/75, *Terrapin c/ Terranova*
CJCE, 17 oct. 1990, aff. C-10/89, *Hag II*
CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-383/99 : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 6279 ; *PIBD* 2002, III, p. 31 ; *GAPI* 2001, p. 361, obs. B. Humblot
CJCE, 18 juin 2002, aff. C-299/99, *Philips*
CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, *Arsenal football club c/ Matthew Reed*
CJCE, 8 avr. 2003, aff. jtes C-53/01, *Linde* : *Propr. intell.* 2003, n° 9, p. 420, obs. G. Bonet
CJCE, 12 avr. 2004, aff. C-218/01, *Henkel* : *D.* 2005, p. 500, obs. S. Durrande
CJCE, 16 nov. 2004, aff. C-245/02, *Anheuser-Busch*
CJUE, Gde ch., 11 sept. 2007, aff. C-17/06, *Céline* : *RTD eur.* 2007, p. 689, obs. J. Schmidt-Szalewski ; *RTD com.* 2007, p. 712, obs. J. Azéma
CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure NV*
CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening* : *RDTI* 2009, n° 67, p. 61-85, comm. V.-L. Benabou ; *GAPI*, comm. 15, obs. V.-L. Benabou et comm. 17, obs. M. Vivant ; *JCP E* 2010, p. 1691, n° 12, obs. D. Sardin ; *Propr. intell.* 2009, n° 33, p. 378, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com* 2009, p. 715, obs. Ph. Gaudrat
CJCE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Google France c/ Louis Vuitton et alii*
CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, *Portakabin*
CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora*
CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard Verglas GmbH* : *GAPI*, comm. 13, obs. T. Azzi et comm. 22, obs. S. Carre ; *D.* 2012, p. 2837, ét. P. Sirinelli ; *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 30, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2012, p. 109 et 118, obs. F. Pollaud-Dulian
CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo ! UK Ltd et a.* : *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 421, obs. V.-L. Benabou ; *JCP E* 2012, n° 1489, § 4, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière ; *D.* 2012, p. 2838, obs. P. Sirinelli ; *Propr. ind.* 2012, comm. 75, note J. Larrieu
CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10, *SAS Institute Inc. c/ World Programming Ltd*
CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson c/ Retriever Sverige (Sté)* : *D.* 2014, p. 2078, obs. P. Sirinelli ; *D.* 2014, p. 2317, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *RTD com.* 2014, p. 600, obs. F. Pollaud-Dulian ; V.-L. Benabou, « Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public », <https://vlbenabou.blog/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/>
CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-435/12, *ACI Adam BV c/ Stichting de ThuisKopie* : *RTD com.* 2014, p. 603, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2014, p. 2078, obs. P. Sirinelli
CJUE, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, *BestWater International GmbH c/ M. Mebes et S. Potsch*
CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Medias BV c/ Sonoma Media Netherlands BV et al.* : V.-L. Benabou, « GS Mediaaaaaargh ! », <https://vlbenabou.blog/2016/10/15/gs-mediaaaaaargh/>

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 11 juin 1999, n° 99-411 DC

Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC

CASS. ASS. PL.

Cass. Ass. pl., 7 mars 1986, n° 83-10.477 : *Bull. AP* 1986, n° 3, p. 5

CASS. CIV.

Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001 : *D.* 2001, AJ, p. 1952 ; *Prop. intell.*, 2001, p. 71, obs. P. Sirinelli ; *JCP E* 2003, 278, n° 9, obs. A. Ratovo

Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006, n° 05-11.780, *Djobi Djoba* : *Bull. civ. I*, 2006, n° 246 ; *RTD com.* 2006, p. 596, obs. F. Pollaud-Dulian

CASS. CRIM.

Cass. crim., 11 avr. 1889 : *Bull. crim.* 1889, p. 150

Cass. crim., 15 mai 1934 : *Bull. crim.* 1934, p. 101

Cass. crim., 30 mars 1944 : *D.* 1945, p. 247, note H. Desbois

Cass. crim., 25 mars 1957 : *Bull. crim.* 1957, p. 152

Cass. crim., 28 janv. 1978 : *Bull. crim.* 1978, n° 27

Cass. crim., 30 mars 1994, n° 93-80.762

Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 93-85.256 : *Bull. crim.* 1995, n° 379

Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 94-82.512 : *RIDA* 1996, n° 169, 279, obs. A. Kéréver

Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954 : *Bull. crim.* 1997, n° 310

Cass. crim., 7 oct. 1998, n° 97-83.243 : *Bull. crim.* 1998, n° 248

Cass. crim., 28 oct. 1998, n° 97-84.895

Cass. crim., 29 févr. 2000, n° 98-88.175

Cass. crim., 26 avr. 2000, n° 98-86.067 : *Bull. crim.* 2000, n° 166, p. 484

Cass. crim., 23 janv. 2001, n° 00-80.562

Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156

Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *Bull. crim.* 2002, n° 156 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 124, obs. J.-H. Robert ; *Prop. intell.* 2003, n° 6, p. 52, obs. A. Lucas ; *CCE* 2002, comm. 150, obs. Ch. Caron

Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098

Cass. crim., 21 oct. 2003, n° 02-87.156

Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 03-85.699

Cass. crim., 4 mai 2006, n° 05-85.883

Cass. crim., 30 mai 2006, n° 05-83.335

Cass. crim., 19 sept. 2006, n° 05-85.360

Cass. crim., 5 févr. 2008, n° 07-81.387 : *Bull. crim.* 2008, n° 28 ; *RTD com.* 2008, p. 320, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RSC* 2008, p. 618, obs. J. Francillon

Cass. crim., 16 juin 2009, n° 08-87.193 : *Bull. crim.* 2009, n° 123

Cass. crim., 7 avr. 2010, n° 09-82.770

Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 09-85.695 : *RTD com.* 2011, p. 100, obs. F. Pollaud-Dulian

Cass. crim., 25 janv. 2011, n° 10-81.659

Cass. crim., 8 mars 2011, n° 10-81.160

Cass. crim., 18 oct. 2011, n° 11-81.404

Cass. crim., 13 déc. 2011, n° 10-85.380

Cass. crim., 13 juin 2012, n° 11-83.129

Cass. crim., 26 nov. 2013, n° 12-86.502

Cass. crim., 30 avr. 2014, n° 12-80.745

Cass. crim., 19 mai 2016, n° 14-86.971

Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 15-84.620

Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 16-85.951

Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 16-86.881 : *Bull. crim.* 2018, n° 123

Cass. crim., 4 avr. 2018, n° 16-87.414

Cass. crim., 27 juin 2018, n° 16-86.478

CA

CA Paris, 10 avr. 1862 : *D.* 1863, 1, 53

CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 11 févr. 2001 : *Gaz. Pal.* 2001, 2, jurispr. p. 2049, note V. Staeffen

CA Paris, 20 mars 2002, n° 2000/07284

CA Paris, 4^e ch. A, 1^{er} juin 2005, n° 04/09317 : *PIBD* 2005, III, p. 587 ; *RTD com.* 2005, p. 714, obs. J. Azéma
 CA Versailles, 16 mars 2007, n° 05/00568
 CA Aix-en-Provence, 5^e ch. corr., 5 sept. 2007, n° 2007/501
 CA Lyon, 29 janv. 2009, n° 411/08
 CA Pau, ch. corr., 5 mars 2009, n° 09/00009
 CA Paris, pôle 5, 12^e ch., 14 sept. 2010, n° 10/00160
 CA Versailles, 1^{er} déc. 2015, n° 14/05712
 CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029

TGI

TGI Seine, ord. de réf., 25 sept. 1959 : *JCP* 1959, II, 11319, note R. Plaisant ; *JCP* 1957, I, 1398, n° 50, note R. Savatier
 TGI Nanterre, 10 mars 1993 : *RIDA* 1993, n° 157, p. 343, note Y. Gaubiac
 TGI Lille, 7^e ch., 29 janv. 2004, n° 768/04

COUR ETRANGERE

U.S Supreme Court, March 27, 1991, *Feist Publ'ns Inc c/ Rural Tel. Serv. Co.*, 499 US 340, 346 (1991)

PARTIE I

TITRE I

CHAPITRE I

Section II

CJCE/CJUE

CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, *Commission c/ Conseil* : *D.* 2006., pan. 1259, obs. C. Nourrisat ; *AJ Pénal* 2005, p. 414, obs. L. Riuny ; *RSC* 2005, p. 940, obs. S. Manacorda ; *RSC* 2006, p. 155, obs. L. Idot
 CJCE, 23 oct. 2007, aff. C-440/05, *Commission c/ Conseil*
 CJUE, 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate* : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. Muir Watt ; *D.* 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2012, p. 1279, note T. Azzi ; *RTD com.* 2012, p. 554, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP G* 2012, n° 28, p. 35, note S. Francq ; *Europe* 2011, comm. 499, obs. L. Idot ; *CCE* 2012, chron. 1, n° 6 et n° 10, obs. M.-E. Ancel
 CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-523/10, *Wintersteiger* : *D.* 2012, p. 1926, note T. Azzi ; *D.* 2012, p. 2331, obs. L. D'Avout ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2012, p. 554, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Europe* 2012, comm. 263, obs. L. Idot ; *CCE* 2012, n° 3, p. 30, obs. M.-E. Ancel
 CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney* : *D.* 2013, p. 411, note T. Azzi ; *RTD Eur.* 2013, p. 897, note E. Treppoz ; *RTD com.* 2013, p. 731, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Europe* 2013, comm. 558, obs. L. Idot ; *CCE* 2014, chron. 1, n° 3, obs. M.-E. Ancel
 CJUE, 23 janv. 2014, aff. C-355/12, *Nintendo c/ PC Box* : *RLDI* 2014, n° 102, comm. B. Galopin

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *D.* 2006, p. 2157, comm. C. Castets-Renard ; *D.* 2006, p. 2167, ét. G. Kessler ; *CCE* 2006, n° 10, comm. 140, obs. Ch. Caron
 Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC
 Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC

CASS. CIV.

Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03.225 : *D.* 2004, p. 276, obs. C. Manara ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 632, note O. Cachard ; *RTD com.* 2004, p. 281, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP G* 2004, II, 10055, note C. Chabert
 Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188 : *Bull. civ. I*, 2012, n°162 ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2^e éd., 2015, comm. T. Azzi ; *RTD com.* 2012, p. 780, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. intell.* 2012, p. 416 et 420, obs. A. Lucas ; *D.* 2012, p. 2348, obs. P. Tréfigny
 Cass. civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 : *Bull. civ. I*, 2013, n° 68 ; *RIDA* 2013, n° 236, p. 445, obs. P. Sirinelli ; *JCP G* 2013, I, 493, obs. A. Lucas-Schloetter ; *JCP G* 2013, I, 701, note E. Treppoz ; *D.* 2013, p. 2004, note T. Azzi ; *Prop. intell.* 2013, p. 306, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2013, p. 725,

obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2013, n° 94, 3111, obs. P.-D. Cervetti ; *JCP E* 2014, n° 8, p. 1444, obs. F. Marchadier
Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 11-26.882, 11-24.019 et 11-26.822 : *Prop. intell.* 2014, n° 51, p. 181, obs. A. Lucas ; *RLDI* 2014, n° 3375, obs. L. Costes ; *RIDA* 2014, 513, obs. P. Sirinelli
Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 2017, n° 16-10.428 : *Bull. Civ. I* 2017, n° 1110 ; *Dalloz IP/IT* 2018, p. 122, obs. T. Azzi

CASS. COM.

Cass. com., 20 mars 2007, n° 04-19.679 : *D.* 2008, p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 322, note E. Treppoz ; *JCP G* 2007, II, 10088, note M.-E. Ancel
Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-29.378 : *Prop. ind.* 2017, n° 11, comm. 59. obs. E. Py
Cass. com., 5 juill. 2017, n° 14-16.737, *Société Concurrence c/ Samsung et Amazon* : *Bull. civ. IV* 2017, n° 1027 ; *Dalloz IP/IT* 2018, p. 140, obs. M. Minois ; *CCE* 2017, comm. 72, obs. G. Loiseau ; *CCC* 2017, comm. 196, obs. M. Malaurie-Vignal

CASS. CRIM.

Cass. crim., 2 févr. 1977, n° 75-90.944 : *Bull. crim.* 1977, n° 41 ; *RIDA* 1977, n° 3, p. 139
Cass. crim., 6 juin 1991, n° 90-80.755 : *Bull. crim.* 1991, n° 240 ; *JCP G* 1991, IV, 357 ; *D.* 1993, somm. p. 86, obs. C. Colombet
Cass. crim. 29 janv. 2002, n° 01-83.122 : *Bull. crim.* 2002, n° 13, *D.* 2002, AJ, p. 1352
Cass. crim., 28 nov. 2006 : *Bull. crim.* 2006, n° 294
Cass. crim., 19 juin 2007 : *JCP E* 2007, 2504 ; A. Huet et R. Koering-Joulin, *JCL international*, Fasc. 403-20, 2013, n° 20
Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-86.944 : *Bull. crim.* 2008, n° 5
Cass. crim., 9 sept. 2008, n° 07-87.281 : *D.* 2009, p. 1992, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny
Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 : *D.* 2011, p. 1055, obs. E. Dreyer ; *RTD com.* 2013, p. 731, note F. Pollaud-Dulian ; *RSC* 2011, p. 651, obs. J. Francillon ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 192, note J. Knetsch ; *RPDP* 2011, n° 1, p. 203, obs. D. Chilstein
Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : *Bull. crim.* 2011, n° 240 ; *JCP G* 2012, 248, note E. Dreyer ; *RSC* 2012, p. 167, note J. Francillon ; *D.* 2012, p. 2339, obs. L. d'Avout, et p. 2836, obs. P. Sirinelli ; *Prop. intell.* 2012, p. 41, obs. A. Lucas ; *CCE* 2013, n° 15, chron. 1, obs. M.-E. Ancel
Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224 : *Bull. crim.* 2012, n° 196, *D.* 2012, p. 3005, comm. E. Dreyer ; *JCP G* 2012, p. 1007, note J.-M. Bruguière
Cass. crim., 3 nov. 2015, n° 13-82.645 : *Bull. crim.* 2015, n° 839
Cass. crim., 14 mars 2017, n° 15-87.319

CA

CA Paris, 11^e ch., 17 mars 2004 : *CCE* 2005, comm. n° 72, obs. A. Lepage
CA Paris, pôle 5, ch. 12, 26 sept. 2011, n° 10/1053
CA Paris, 12 juin 2013, n° 13-06106

TGI/T. COM

TGI Paris, ord. de réf., 22 mai et 20 nov. 2000 : *CCE* 2000, comm. n° 92.132, obs. J.-Ch. Galloux
TGI Paris, 17^e ch., 26 févr. 2002 : *CCE* 2002, n° 77, obs. A. Lepage
TGI Paris, 3^e ch., 3 déc. 2009 : *RLDI* 2010, n° 57, note A.-S. Lampe et S. Leriche
T. com. Paris, ord. de réf., 1^{er} févr. 2013, *Uptoten c/ Google Ireland* : *RLDI* 2013, n° 91, 3037, obs. L. Costes
TGI Paris, ord. de réf., 4 avr. 2013, *Mathieu S. c/ Twitter Inc.*
T. com. Paris, 1^{re} ch., 28 janv. 2014, *M. X. c/ Google Inc., Google France*

COUR ETRANGERE

Trib. di Milano, 6 nov. 2015, aff. 11739/2009, *Nintendo c/ PC Box* : *RLDI* 2016, n° 126, comm. A. Rudoni et A. Dufaure

DECISION AAI

CSPLA, Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne, avis 2005-2

PARTIE I
TITRE I
CHAPITRE II
Section I

CASS. ASS. PL.

Cass. Ass. pl., 30 oct. 1987, n° 86-11.918, *Microfor* : *Bull. AP* 1987, n° 4 ; *JCP G* 1988, II, 20932, rapp. S. Nicot et note J. Huet ; *JCP E* 1988, II, 15093, n° 4, obs. M. Vivant et A. Lucas

CASS. CH. REUNIES

Cass. ch. réunies, 27 mai 1842 : *DP* 1842, 1, p. 297

CASS. CIV.

Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 1965, *Bernard Buffet* : *JCP* 1965, II, 14339, concl. R. Lindon

Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1968, *Salvador Dali* : *Bull. civ I* 1968, n° 87 ; *RTD com.* 1969, p. 492, obs. H. Desbois

Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1986 : *JCP G* 1987, II, 20723, concl. M. Gulphe

Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1991, *Munch* : *RIDA* 1992, n° 3, p. 161

Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, n° 95-22.282 : *Bull. civ I* 1998, n° 75 ; *RIDA* 3/1998, p. 213, note A. Kéréver ; *D.* 1998, p. 471, note A. Françon

CASS. CRIM.

Cass. crim., 3 mars 1898 : *Ann. Propr. ind.* 1899, 72 ; *S.* 1899, 1, 303

Cass. crim., 6 juin 1991, n° 90-80.755, *Formento* : *Bull. crim.* 1991, n° 240

Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 93-85.256 : *Bull. crim.* 1995, n° 379 ; *RTD com.* 1996, p. 462, obs. A. Françon

Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954 : *Bull. crim.* 1997, n° 310 ; *Gaz. Pal.* 1998, n° 2, p. 529, note Leclerc

Cass. crim., 7 janv. 1998, n° 97-83.205

Cass. crim., 2 mai 2001, n° 00-85.144

Cass. crim., 29 janv. 2002, n° 01-83.122 : *Bull. crim.* 2002, n° 13

Cass. crim., 22 mai 2002, n° 01-86.156 : *CCE* 2002, comm. 150, 2^e arrêt, note Ch. Caron ; *RTD com.* 2003, p. 85, obs. A. Françon

Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-83.738 : *Bull. crim.* 2002, n° 156 ; *CCE* 2002, comm. 150, 1^{er} arrêt, note Ch. Caron ; *Légipresse* 2002, III, p. 206, note Ch. Alleaume

Cass. crim., 25 juin 2003, n° 02-86.182 : *Dr. pén.* 2003, comm. 142, note M. Véron ; *RSC* 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof

Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81.165 : *Bull. crim.* 2004, n° 12 ; *JCP G* 2004, II, 10081, note H. Matsopoulou ; *D. aff.* 2004, p. 1377, obs. C. Cutajar ; *Dr. pén.* 2004, comm. 48, obs. M. Véron ; *RSC* 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof

Cass. crim., 31 mars 2005, n° 04-80.541

Cass. crim., 6 sept. 2006, n° 05-86.671

Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-83.220 : *Bull. crim.* 2008, n° 43 ; *JCP G* 2008, I, 10103, note J. Lasserre-Capdeville ; *D.* 2008, p. 1585, note C. Cutajar ; *Rev. pénit.* 2008, p. 402, obs. V. Malabat ; *RSC* 2008, p. 607, obs. H. Matsopoulou ; *JCP G* 2008, I, 146, obs. J.-H. Robert

Cass. crim., 24 févr. 2010, n° 09-82.857 : *Bull. crim.* 2010, n° 37 ; *Rev. pénit.* 2010, p. 447, obs. M. Segonds ; *JCP G* 2010, 629, note C. Cutajar

Cass. crim., 2 juin 2010, n° 09-82.013 : *Bull. crim.* 2010, n° 99 ; *RTD com.* 2010, p. 184, obs. B. Boulloc ; *AJ Pénal* 2010, p. 441, obs. J. Lasserre-Capdeville

Cass. crim., 27 mars 2013, n° 12-85.115 : *D.* 2013, p. 1647, obs. C. Mascala ; *RPDP* 2013, p. 927, note M. Segonds

Cass. crim. 22 mai 2013, n° 12-83.772

Cass. crim., 30 oct. 2013, n° 12-84.189 : *Rev. pénit.* 2013, p. 927, note M. Segonds

Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 13-80.223 : *RTD com.* 2014, p. 435, obs. B. Boulloc

Cass. crim., 30 avr. 2014, n° 13-85.044

Cass. crim. 9 déc. 2015, n° 15-83.204 : *Bull. crim.* 2015, n° 840 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 7, p. 18, obs. R. Mésa

Cass. crim., 14 juin 2017, n° 16-84.921 : *RSC* 2017, p. 750, obs. H. Matsopoulou ; *D.* 2017, p. 2501, obs. G. Roujou de Boubée

CA

CA Paris, 28 juill. 1932, *Chaliapine* : *DP* 1934, 2, p. 139, note G. Lepointe
CA Paris, 27 avr. 1934 : *DH* 1934, p. 385
CA Paris, 20 nov. 1935 : *S.* 1936, 2, 170, note F. Géný
CA Paris, 25^e ch., 10 juill. 1975 : *RIDA* 1/1977, p. 118, note A. Françon ; *D.* 1977, p. 342, note C. Colombet ; *RTD com.* 1976, p. 359, obs. H. Desbois
CA Paris, 11 juin 1990 : *D.* 1991, somm. 89, obs. C. Colombet
CA Versailles, ch. réun., 19 déc. 1994 : *RIDA* 4/1995, p. 289, note A. Kéréver
CA Paris, 13^e ch., 5 oct. 1995 : *RIDA* 1996, n° 2, p. 303
CA Versailles, 1^{re} ch., 28 janv. 1999 : *RIDA* 2/2000, p. 332 ; *JCP E* 1999, p. 1482, obs. Brochard
CA Paris, 12^e ch., 9 févr. 2007
CA Paris, 28 oct. 2011 : *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 26, obs. A. Lucas

TGI

TGI Paris, 31^e ch., 9 mai 1995 : *RIDA* 1996, n° 1, p. 282
TGI Tarascon, 20 nov. 1998 : *D.* 2000, Jur. 128 ; *D.* 2000, p. 98, note B. Edelman
TGI Paris, 24 janv. 2006 : *D.* 2006, Jur. 1827, note A. Tricoire
TGI Avignon, 16 nov. 2007 : *D.* 2008, p. 588, note B. Edelman

PARTIE I

TITRE I

CHAPITRE II

Section II

CEDH

CEDH, 21 janv. 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France* : *JCP G* 1999, II, 10120, note E. Derieux
CEDH, 7 juin 2007, n° 1914/02, *Dupuis et a. c/ France* : *JCP G* 2007, II, 10127, note E. Derieux ; *Rev. pénit.* 2008, p. 113, chron., J.-Ch. Saint-Pau

CASS. ASS. PL.

Cass. Ass. pl., 12 juill. 2000, n° 98-11.155 : *Bull. civ. Ass. pl.* 2000, n° 8 ; *Dr. pén.* 2008, n° 9, ét. 21, spéc. n° 26 et 27, obs. C. de Jacobet de Nombel

CASS. CRIM.

Cass. crim., 18 nov. 1837, *Beaudet* : *Bull. crim.* 1837, n° 405 ; *S.* 1838.1.366
Cass. crim., 14 déc. 1839 : *Bull. crim.* 1839, n° 380 ; *S.* 1840.1.550
Cass. crim., 2 mai 1845 : *S.* 1845.1.474, *DP* 1845.1.298
Cass. crim., 27 janv. 1898 : *D.* 1899.1.327
Cass. crim., 18 févr. 1927 : *S.* 1929.1.77
Cass. crim., 19 févr. 1959, n° 58-91.898 : *Bull. crim.* 1959, n° 121 ; *D.* 1959, J., p. 331, note G. Roujou de Boubée ; *JCP* 1959, II, 11178, note M. Chambon
Cass. crim., 21 avr. 1964 : *Bull. crim.* 1964, n° 120 ; *D.* 1964, p. 398 ; *JCP* 1965, II, 13973, 1^{ère} esp., note R. Ottenhof
Cass. crim., 12 avr. 1967 : *Bull. crim.* 1967, n° 115
Cass. crim., 9 juill. 1970, n° 70-90.670 : *Bull. crim.* 1970, n° 236 ; *D.* 1971, p. 3, note Littman ; *JCP G* 1971, I, 16616, note A. Bénabent ; *RSC* 1973, p. 81, ét. Culiolo
Cass. crim., 7 nov. 1974, n° 72-93.034 : *Bull. crim.* 1974, n° 323 ; *JCP G* 1974, IV, 417
Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Logabax* : *Bull. crim.* 1979, n° 13 ; *RSC* 1996, p. 863, obs. R. Ottenhof ; *D.* 1979, p. 509, note P. Corlay ; *RSC* 1996, p. 659, obs. R. Ottenhof ; *D.* 1979, I.R., p. 182, obs. G. Roujou de Boubée ; *D.* 1985, p. 43, chron. M.-P. Lucas de Leyssac ; *JCP* 1981, ét. G, 1, 3041, n° 95, Rapp. M.-L. Rassat ; *JCP E* 2004, n° 38, comm. p. 1345, note C. Girault
Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.281, *Herbreteau* : *Bull. crim.* 1986, n° 148 ; *D.* 1987, p. 131, note M.-P. Lucas de Leyssac ; *RSC* 1987, p. 701, obs. P. Bouzat ; *RSC* 1996, p. 863, obs. R. Ottenhof ; *RSC* 1996, p. 659, obs. R. Ottenhof ; *JCP G* 1987, II, 20788, obs. H. Croze
Cass. crim., 9 mars 1987, n° 84-91.977 : *Bull. crim.* 1987, n° 111 ; *JCP G* 1988, II, 20913, note J. Deveze ; *RSC* 1988, p. 311, note P. Bouzat

Cass. crim., 18 janv. 1988, n° 87-80.298 : *Bull. crim.* 1988, n° 22 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 579, obs. B. Bouloc ; *RSC* 1988, p. 118, obs. P. Bouzat

Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bourquin* : *Bull. crim.* 1989, n° 14 ; *JCP E* 1990, n° 18, p. 15761, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *Gaz. Pal.* 14-15 juil. 1989, p. 23, obs. J.-P. Doucet ; *RSC* 1990, p. 507, obs. M.-P. Lucas de Leyssac

Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, *Antonielli* : *Bull. crim.* 1989, n° 100 ; *JCP E* 1990, n° 18, p. 15761, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *RSC* 1990, p. 50, obs. M.-P. Lucas de Leyssac

Cass. crim., 11 juin 1990 : *Bull. crim.* 1990, n° 238

Cass. crim., 24 oct. 1990, n° 89-84.485 : *Bull. crim.* 1990, n° 355 ; *RSC* 1996, p. 863, obs. R. Ottenhof

Cass. crim., 3 mars 1992, n° 90-82.964 : *Dr. pén.* 1992, comm. 254, obs. M. Véron ; *RSC* 1993, p. 546, obs. P. Bouzat ; *RSC* 1996, p. 659, obs. R. Ottenhof ; *D.* 1994, somm. 157, obs. G. Roujou de Boubée

Cass. crim., 8 févr. 1993 : *Bull. crim.* 1993, n° 65

Cass. crim., 30 nov. 1993, n° 92-81.960

Cass. crim., 19 janv. 1994, n° 93-80.633 : *RSC* 1994, p. 767, obs. R. Ottenhof

Cass. crim., 18 oct. 1994, n° 93-83.519

Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 : *Bull. crim.* 1995, n° 142 ; *JCP G* 1995, II, 22429, E. Dérieux ; *Dr. pén.* 1995, comm. 175, note M. Véron ; *D.* 1995, p. 320, note J. Pradel ; *RSC* 1995, p. 599, obs. J. Francillon ; *RSC* 1995, p. 821, obs. R. Ottenhof ; *RSC* 1996, p. 645, obs. B. Bouloc

Cass. crim., 26 oct. 1995, n° 94-83.780 : *Bull. crim.* 1995, n° 324 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 189, note J.-H. Robert ; *Rev. Sociétés* 1996, p. 326, note B. Bouloc

Cass. crim., 29 avr. 1996, n° 95-83.274 : *Bull. crim.* 1996, n° 174 ; *RTD com.* 1997, p. 155, obs. B. Bouloc

Cass. crim., 30 mai 1996, n° 95-82.487 : *Bull. crim.* 1996, n° 224

Cass. crim., 24 oct. 2000, n° 99-80.666

Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *Bull. crim.* 2000, n° 338 ; *D.* 2001, n° 1, p. 423, note B. de Lamy ; *Dr. pén.* 2001, p. 385, obs. J. Pradel ; *RSC* 2001, p. 385 obs. R. Ottenhof ; *RTD civ* 2001, p. 912, obs. T. Revet ; *RTD com.* 2001, p. 526, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.* 2001, n° 4, chron. 16, chron. S. Jacopin

Cass. crim., 10 oct. 2001, n° 00-87.605 : *Bull. crim.* 2001, n° 205 ; *Dr. pén.* 2002, n° 1, comm. 1, obs. M. Véron

Cass. crim., 7 mai 2002, n° 02-80.797 : *Bull. crim.* 2002, n° 108 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 108, note M. Véron ; *RTD com.* 2002, p. 736, obs. B. Bouloc

Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098

Cass. crim., 3 déc. 2003 : *Bull. crim.* 2003, n° 232

Cass. crim., 5 mai 2004, n° 03-85.503 : *Bull. crim.* 2004, n° 110

Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.675 : *Bull. crim.* 2004, n° 126 ; *CCE* 2004, comm. 165, obs. A. Lepage ; *D.* 2004, p. 2748, obs. B. de Lamy ; *AJ Pénal* 2004, p. 286, obs. J. Coste ; *RTD com.* 2004, p. 824, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.* 2004, comm. 129, note M. Véron

Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *Bull. crim.* 2004, n° 218 ; *D.* 2005, p. 411, note B. de Lamy ; *D.* 2005, p. 961, obs. J. Raynard ; *JCP* 2005, II, 10034, note A. Mendoza-Caminade ; *RSC* 2005, p. 852, obs. R. Ottenhof ; *AJ Pénal* 2005, p. 22, obs. J. Leblois-Happe ; *RTD civ.* 2005, p. 164, obs. T. Revet ; *RTD com.* 2005, p. 179, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.* 2004, comm. 179, note M. Véron

Cass. crim., 20 avr. 2005, n° 04-83.017 : *Bull. crim.* 2005, n° 139

Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-86.491

Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361 : *Bull. crim.* 2007, n° 157 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 143, obs. M. Véron ; *Rev. pénit.* 2008, p. 113, chron., J.-Ch. Saint-Pau

Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-86.343 : *D.* 2008, p. 958, obs. D. Rebut

Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002 : *D.* 2008, p. 2213, note S. Detraz ; *CCE* 2008, n° 12, étude 25, obs. J. Huet ; *JCP E* 2009, n° 27, p. 1674, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière ; *RSC* 2009, p. 131, obs. J. Francillon

Cass. crim., 15 mai 2008, n° 07-88.369 : *Bull. crim.* 2008, n° 121

Cass. crim., 2 sept. 2008, n° 08-80.177

Cass. crim., 3 déc. 2008, n° 08-82.896

Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-83.707 : *JCP G* 2009, n° 31-35, p. 25, obs. G. Beaussonie

Cass. crim., 13 janv. 2010, n° 08-83.216 : *Bull. crim.* 2010, n° 6

Cass. crim., 20 oct. 2010, n° 09-88.387 : *CCE* 2011, n° 3, comm. 30, note A.-E. Caprioli ; *JCP G* 2010, p. 1273, comm. S. Detraz

Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 10-88.722 : *Bull. crim.* 2011, n° 193

Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Bull. crim.* 2011, n° 233 ; *D.* 2012, p. 137, note G. Beaussonie ; *Rev. pénit.* 2011, p. 914, obs. V. Malabat ; *AJ Pénal* 2012, p. 163, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Gaz. Pal.* 13-14 janv. 2012, p. 40, note E. Dreyer ; *Gaz. Pal.* 12 mars 2012, n° 11, p. 322, note S. Detraz

Cass. crim., 10 oct. 2012, n° 11-85.914 : *Bull. crim.* 2012, n° 214

Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : *Bull. crim.* 2013, n° 145 ; *JCP G* 2013, p. 933, note S. Detraz ; *Dr. pén.* 2013, p. 158, obs. M. Véron ; *Rev. pénit.* 2013, p. 650, obs. Ph. Conte ; *D.* 2013, p. 1936, note G. Beaussonie ; *RSC* 2013, p. 813, obs. H. Matsopoulou
 Cass. crim., 16 oct. 2013, n° 12-86.241 : *Bull. crim.* 2013, n° 191
 Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 13-80.009
 Cass. crim., 22 oct. 2014, n° 13-82.630 : *D.* 2015, p. 415, note A. Mendoza-Caminade ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 8, p. 7, note J.-M. Garinot
 Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *Bull. crim.* 2015, n° 119
 Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 14-84.627
 Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304 ; *JCP G* 2016, n° 12, p. 575, note S. Detraz ; *RTD com.* 2016, p. 345, obs. B. Bouloc ; *D.* 2016, p. 1779, obs. L. Neyret et N. Reboul-Maupin ; *D.* 2016, p. 2424, obs. G. Roujou de Boubée
 Cass. crim., 17 févr. 2016, n° 14-87.934
 Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929 : *Bull. crim.* 2017, n° 940 ; *Dr. pén.* 2017, n° 6, comm. 84, obs. Ph. Conte ; *RSC* 2017, p. 747, obs. H. Matsopoulou
 Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411
 Cass. crim., 24 janv. 2018, n° 16-86.597

CA

CA Rouen, ch. corr., 10 sept. 2009 : *Jurisdata*, n° 2009-015814
 CA Paris, pôle 5, 12^e ch., 23 janv. 2012, n° 11-00746 : *JCP G* 2012, n° 23, p. 675, note D. Dechenaud
 CA Paris, pôle 4, ch. 10, 5 févr. 2014, n° 13/04833
 CA Paris, pôle 4, ch. 11, 15 sept. 2017, *M. X. c/ Weezevent* : *CCE* 2018, n° 2, comm. 16, note E.-A. Caprioli

TGI

TGI Créteil, 11^e ch. corr., 23 avr. 2003 :
 (<https://www.doctrine.fr/d/TGI/Creteil/2013/KFVE7B286822FCA5B968CE0>)

PARTIE I

TITRE II

CHAPITRE I

Section I

CJCE/CJUE

CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, *Padawan SL c/ SGAE* : *Prop. intell.* 2011, p. 108, obs. V.-L. Benabou ; *Prop. intell.* 2011, p. 93, obs. A. Lucas ; *RIDA* 1/2011, p. 353 et p. 299, obs. P. Sirinelli ; *JCP G* 2010, p. 1256, note L. Marino

CE

CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Pub. rec. Lebon* ; *CCE* 2008, comm. 112, note Ch. Caron ; *RLDI* 2008/40, p. 1321, obs. A. Lucas-Schloetter ; *Prop. intell.* 2008, p. 428, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2008, p. 747, obs. F. Pollaud-Dulian

CASS. COM.

Cass. com., 7 juin 2006, n° 04-16.908 : *Bull. civ.* IV 2006, n° 138

CASS. CRIM.

Cass. crim., 28 janv. 1888 : *DP* 1888, 1, p. 400
 Cass. crim., 15 déc. 1959 : *Bull. crim.* 1959, n° 350
 Cass. crim., 6 mai 1981 : *D.* 1982, inf. rap., p. 48, obs. C. Colombet
 Cass. crim., 27 mai 1986, n° 85-91.701 : *Bull. crim.* 1986, n° 176 ; *RIDA* 3/1987, p. 181 ; *D.* 1988, somm. p. 209, obs. C. Colombet
 Cass. crim., 8 avr. 1991, n° 89-83.371, *Lifszyc*
 Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098

Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80285 : *Bull. crim.* 2004, n° 218
 Cass. Crim., 30 mai 2006, n° 05-83.335 : *CCE* 2006, comm. 118, note Ch. Caron ; *D.* 2006, p. 2676, note E. Dreyer
 Cass. crim., 3 oct. 2007, n° 07-81.045 : *Bull. crim.* 2007, n° 236
 Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002
 Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.346 : *Bull. crim.* 2009, n° 177 ; *RSC* 2010, p. 178, obs. J. Francillon ; *JCP G* 2010, p. 18, note A. Lepage ; *D.* 2009, p. 806, obs. J. Lasserre Capdeville
 Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866 : *Bull. crim.* 2011, n° 233
 Cass. crim., 8 févr. 2012, n° 11-81.865
 Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416 : *Bull. crim.* 2014, n° 86
 Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *Bull. crim.* 2015, n° 119
 Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304
 Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929 : *Bull. crim.* 2017 n° 940
 Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411

CA

CA Paris, 11 janv. 1937 : *Ann. propr. ind.* 1938, p. 227
 CA Paris, 4^e ch., 31 janv. 1985 : *Gaz. Pal.* 1985, 2, somm. p. 260
 CA Douai, 7 oct. 1992 : *JCP E* 1994, I, 359, n° 15, obs. M. Vivant.
 CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 déc. 2011 : *LEPI* mars 2012, 40, obs. C. Bernault
 CA Paris, pôle 5, ch. 12, 24 oct. 2012, n° 11/00404

T. CIV./TGI

T. civ. Seine, 10^e ch., 19 mai 1956 : *RIDA* 1958, n° 18, p. 200
 TGI Paris, 3^e ch., 8 janv. 1993 : *Expertises* 1993, p. 265
 TGI Paris, 13^e ch. corr., 25 févr. 2000, n° 25-022000
 TGI Paris, 3^e ch., 25 nov. 2008, *Wizzgo* : *RIDA* 1/2009, p. 388 et p. 219, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2009, p. 312, obs. F. Pollaud-Dulian

COUR ETRANGERE

Bundesgerichtshof, 22 avr. 2009, *Internet Video Recorder* : *GRUR* 2009, p. 845, note M. Becker

PARTIE I

TITRE II

CHAPITRE I

Section II

CEDH

CEDH, 22 janv. 2013, n° 42931/10, *Camilleri c/ Malte*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC
 Cons. constit., 12 janv. 2002, n° 2001-455
 Cons. constit., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, *Association Emmaüs Forbach* : *Gaz. Pal.* 2013, n° 247-248, p. 12, comm. S. Detraz

CASS. CRIM.

Cass. crim., 13 janv. 1951 : *Bull. crim.* 1951, n° 12
 Cass. crim., 2 févr. 1956 : *Bull. crim.* 1956, n° 127
 Cass. crim., 9 mai 1957 : *Bull. crim.* 1957, n° 393
 Cass. crim., 26 oct. 1960 : *JCP G* 1960, IV, 166
 Cass. crim., 28 janv. 1969 : *Bull. crim.* 1969, n° 51
 Cass. crim., 16 mai 1984 : *Bull. crim.* 1984, n° 471
 Cass. crim., 10 oct. 2000 : *Bull. crim.* 2000, n° 291

Cass. crim., 8 déc. 2009 : *Bull. crim.* 2009, n° 209
Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-83.140 : *Bull. crim.* 2015, n° 304
Cass. crim., 26 oct. 2016, n° 15-84.552 : *Bull. crim.* 2016, n° 276 ; *RSC* 2016, p. 778, obs. H. Mastopoulou ; *Rev. pénit.* 2016, p. 941, obs. G. Beaussonie ; *JCP G* 2017, 16, note N. Catelan ; *Dr. pén.* 2017, comm. 1, note Ph. Conte
Cass. crim., 25 oct. 2017, n° 16-84.133 : *Dr. pén.* 2018, n° 1, comm. 1, note Ph. Conte

PARTIE I
TITRE II
CHAPITRE II
Section I

CEDH

CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, *Schenk c/ Suisse* : *RSC* 1988, p. 840, obs. Ch. Pettiti et F. Teitgen

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC

CASS. ASS. PL.

Cass. Ass. pl., 7 janv. 2011, n° 09-14.667 : *Bull. AP* 2011, n° 1 ; *CCE* 2011, n° 3, comm. 24, obs. M. Chagny ; *D.* 2011, p. 618, obs. V. Vigneau ; *JCP G* 2015, n° 19-20, proc. 558, p. 933-936, comm. E. Bonis-Garçon
Cass. Ass. pl., 6 mars 2015, n° 14-84.339 : *Bull. AP* 2015, n° 2 ; *D.* 2015, p. 711, note J. Pradel

CASS. CRIM.

Cass. crim., 8 déc. 1826 : *Bull. crim.* 1826, n° 250
Cass. crim., 12 juin 1952 : *JCP G* 1952, II, 7241, note J. Brouhot
Cass. crim., 15 oct. 1970, n° 68-93.383, *Boyoud* : *Bull. crim.* 1970, n° 268 ; *D.* 1970, p. 733, note J.-L. Costa
Cass. crim., 8 juin 1971, n° 69-92.311 : *Bull. crim.* 1971, n° 182 ; *D.* 1971, p. 594, note J. Maury
Cass. crim., 15 mars 1977, n° 75-91.220 : *Bull. crim.* 1977, n° 94 ; *JCP* 1979, II, 19148, note B. Bonjean
Cass. crim., 19 juin 1989, n° 89-81.777 : *Bull. crim.* 1989, n° 261 ; *RSC* 1946, p. 50, M. Rousselet
Cass. crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509 : *Bull. crim.* 1993, n° 210
Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559 : *Bull. crim.* 2002, n° 131
Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-83.395 : *Bull. crim.* 2010, n° 16
Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85.464 : *Bull. crim.* 2012, n° 27
Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-88.118 : *Bull. crim.* 2012, n° 64
Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 15-80.722
Cass. crim., 21 nov. 2017, n° 16-82.948
Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 16-86.881 : *Bull. crim.* 2018, n° 113
Cass. crim., 4 avr. 2018, n° 16-87.414

CA

CA Versailles, 20 juin 2014, n° 13/00449

TGI

TGI Paris, ch. corr., 12 mai 2015, *Disney Channel et al.* : *RLDI* 2015, n° 116, actualités.
TGI Paris, ch. corr., 2 juill. 2015, *Dimitri Maderc c/ Columbia Pictures et al.* : *RLDI* 2015, n° 118, actualités

PARTIE I
TITRE II
CHAPITRE II
Section II

CEDH

CEDH, 27 nov. 2014, n° 28457/10, *Abdoufadda c/ France*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC

Cons. constit., 19 juin 1999, n° 99-411 DC

Cons. constit., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC

CASS. CRIM.

Cass. crim., 15 févr. 1994, n° 93-80.023 : *Bull. crim.* 1994, n° 69 ; *JCP G* 1994, IV, 1210

Cass. crim., 7 août 1995, n° 94-85.502

Cass. crim., 27 juin 2000, n° 99-86.869

Cass. crim., 1er mars 2006, n° 05-84.312

Cass. crim., 23 sept. 2009, n° 08-86.377

Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 15-80.722

Cass. crim., 7 déc. 2016, n° 15-85.136 : *Bull. crim.* 2016, n° 330

Cass. crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879 : *Bull. crim.* 2016, n° 331 ; *AJ Pénal* 2017, p. 142, note O. Violeau

Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 16-86.881

CA

CA Versailles, 16 mars 2007, n° 05/00568

CA Nancy, 27 mars 2007, n° 07/00060

CA Versailles, 20 juin 2014, n° 13/00449

TGI

TGI Paris, ch. corr., 12 mai 2015, *Disney Channel et al.* : *RLDI* 2015, 116, actualités

TGI Paris, ch. corr., 2 juill. 2015, *Dimitri Maderc c/ Columbia Pictures et al.* : *RLDI* 2015, 118, actualités

PARTIE II
TITRE I
CHAPITRE I
Section I

CEDH

CEDH, 30 avr. 2015, n° 3453/12, *Kapetanios c/ Grèce*

CEDH, 9 juin 2016, n° 66602/09 et 71879/12, *Sismanidis et Sitaridis c/ Grèce*

CJCE/CJUE

CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA c/ SABAM*, pt. 51 : *JurisData* 2011-032131 ; *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 47-51, obs. V.-L. Benabou ; *D.* 2011, p. 2925, obs. C. Manara ; *D.* 2012, p. 2347, obs. P. Tréfigny ; *D.* 2012, p. 2836, obs. P. Sirinelli ; *RLDI* 2012, n° 2622, note C. Castets-Renard ; *RSC* 2012, p. 163, obs. J. Francillon ; *RTD eur.* 2012, p. 404, obs. F. Benoit-Rohmer ; *RTD eur.* 2012, p. 957, obs. E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 47, p. 14, note L. Marino

CJUE, 3^e ch., 19 avr. 2012, aff. C-461/10, *Bonnier audio AB et al. c/ Perfect Communication Sweden AB* : *Europe* 2012, comm. 255, obs. L. Idot ; *RDTI* 2013, n° 50, p. 65, note S. Hallemans

CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* : *CCE* 2016, n° 12, comm. 104, note N. Metallinos

CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige AB c/ Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department c/ Tom Watson et al.* : *RTD eur.* 2018, p. 461, chron. F. Benoît-Rohmer ; *Dalloz IP/IT* 2018, p. 107, A. Lebois

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 11 janv. 1990, n° 89-271 DC

Cons. constit., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : *D.* 2003, somm. p. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot

Cons. constit., 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC

Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *D.* 2009, p. 1770, J.-M. Bruguière ; *RSC* 2009, p. 609, obs. J. Francillon ; *JCP G* 2009, n° 39, 247, comm. M. Verpeau ; *RTD civ.* 2009, p. 754, obs. T. Revet ; *RTD civ.* 2009, p. 756, T. Revet ; *Constitutions*, 2010, p. 97, H. Périnet-Marquet ; *JCP G* 2009, p. 101, obs. J.-P. Feldman ; *LPA* 2009, n° 125, p. 7, note F. Chaltiel

Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC : *RTD com.* 2009, p. 730, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2009, n° 54, note E. Derieux ; *RSC* 2010, p. 442, note N. Catelan ; *D.* 2010, p. 160, note L. Marino

Cons. constit., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC

Cons. constit., 5 août 2015, n° 2015-715 DC : *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*

Cons. constit., 21 juill. 2017, n° 2017-646/647 QPC : *Rev. sociétés* 2017, p. 582, obs. N. Martial-Braz

CE

CE, 23 mai 2007, n° 288149, *SACEM et autres* : *CCE* 2007, n° 7-8, comm. 90, note Ch. Caron

CASS. CIV.

Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595 : *Bull. civ. I* 2016, n° 1184 ; *RTD civ.* 2017, p. 94, obs. J. Hauser ; *Dr. pén.* 2016, n° 12, chron. 11, obs. A. Lepage

CASS. CRIM.

Cass. crim., 29 mars 1994, n° 93-84.995 : *D.* 1995, p. 144, obs. J. Pradel

Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.088 : *Bull. crim.* 2009, n° 13 ; *JurisData* 2009-046824 ; *RTD com.* 2010, p. 310, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2009, comm. 31, obs. Ch. Caron ; *Légipresse* 2009, II, p. 98, note E. Derieux

CA

CA Paris, 13^e ch. corr., sect. B, 27 avr. 2007, *M. G. A. c/ SCPP* : *JurisData* 2007-338935

CA Paris, 13^e ch. corr., sect. A, 15 mai 2007, n° 06-01954, *Henri S. c/ SCPP* : *JurisData* 2007-336454 ; *CCE* 2007, comm. 144, note Ch. Caron

CA Rennes, ch. com., 28 avr. 2015, n° 14-05708, *SARL Cabinet Peterson c/ SARL Groupe Logisneuf, SARL C-Invest, SARL European Soft* : *CCE* 2015, comm. 64, note E.-A. Caprioli

TGI/T. COM.

TGI Saint-Brieuc, 6 sept. 2007, *Ministère public, SCPP, SACEM c/ J.-P.* : *JurisData* 2007-349373 ; *CCE* 2007, comm. 144, note Ch. Caron

TGI Paris, ord. de réf., 12 déc. 2007, n° 07/59572 : *CCE* nov. 2008, n° 11, comm. 124, note Ch. Caron

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., ord. JME, 21 mars 2008, n° 06/09722 : *CCE* mai 2008, n° 5, comm. 66, note Ch. Caron

TGI Paris, ord. mise en état, 18 avr. 2008, n° 2007/09543 : *CCE* 2008, n° 11, comm. 124, note Ch. Caron

TGI Paris, ord. JME, 25 juin 2008, n° 08/06929 : *PIBD* 2008, n° 882, III, p. 576 ; *Propr. ind.* 2008, comm. 76, obs. J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny ; *CCE* 2008, comm. 124, obs. Ch. Caron ; *D.* 2008, p. 2069, obs. C. Manara ; *Propr. intell.* 2008, n° 29, p. 479, obs. J.-Ch. Galloux

TGI Paris, ord. JME, 10 oct. 2008 : *PIBD* 2008, n° 888, III, p. 778

TGI Paris, ord. JME, 3 avr. 2009 : *PIBD* 2009, n° 901, III, p. 1282

TGI Paris, ord. de réf., 24 janv. 2013, *UEJF c/ Twitter inc. et Twitter France* : *D.* 2013, p. 300, obs. C. Manara ; *RLDI* 2013, n° 90, n° 3003, obs. L. Costes ; *Légipresse* 2013, n° 304, p. 235, note N. Mallet-Poujol

T. com. Paris, 1^{re} ch., 28 janv. 2014, *M. X. c/ Google inc., Google France* : *Legalis.net*

DECISIONS AAI

CNIL, Délib. n° 2001-018, 3 mai 2001, portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information

CNIL, Délib. n° 2005-235, n° 2005-236, n° 2005-237 et n° 2005-238, 18 oct. 2005

CNIL, *L'adresse IP est une donnée à caractère personnel pour l'ensemble des CNIL européennes*, 2 août 2007 : www.cnil.fr

CNIL, Délib. n° 2007-334, 8 nov. 2007

CNIL, Délib. n° 2007-348, 22 nov. 2007

CNIL, Délib. n° 2008-006, 10 janv. 2008

CNIL, Délib., formation restreinte, n° 2016-053, 1^{er} mars 2016 prononçant un avertissement à l'encontre de la société NC Numericable

HADOPI, Délibération n° 2017-01, du 26 janv. 2017, portant avis sur le régime de conservation des données de connexion par les FAI prévu par la loi du 12 juin 2009 au regard de l'arrêt de la CJUE du 21 décembre 2016

PARTIE II
TITRE I
CHAPITRE I
Section II

CEDH

CEDH, 22 oct. 1983, n° 8790/79, *Sramek c/ Autriche*

CEDH 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Oztürk c/ Allemagne* : *Les grands arrêts de la CEDH* 2009, PUF, 5^e éd, resp. n° 20 et 24, note J. Andriantsimbazovina

CEDH, 29 avr. 1988, n° 10328/83, *Belilos c/ Suisse*,

CEDH, 21 janv 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*

CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus* : *AJ Pénal* 2009, p. 354, note J. Lasserre Capdeville

CJCE/CJUE

CJCE, 29 oct. 1980, aff. 209/78, *Fedetab* : *Rec.* p. 3125

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 23 déc. 1983, n° 83-164 DC

Cons. constit., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC

Cons. constit., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC

Cons. constit., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC

Cons. constit., 23 juill. 1996, n° 96-378 DC

Cons. constit., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC

Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 240-243, obs. V.-L. Benabou ; *D.* 2006, p. 2157, comm. C. Castets-Renard ; *Propri. intell.* 2007, n° 23, p. 193, M. Vivant ; *RTD civ.* 2006, p. 791, T. Revet

Cons. constit., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC

Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *Dr. pén.* 2009, ét. 24, p. 11, obs. A. Binet-Grosclaude

Cons. constit., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC

Cons. constit., 2 déc. 2011, n° 2011-200 QPC : *LPA* 2012, n° 55, p. 3-6, note Miloudi

Cons. constit., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC

CE

CE, 3 déc. 1999, n° 207434, *Didier*

CE, 19 oct. 2011, n° 339279, *French Data Network*

CE, 19 oct. 2011, n° 342405, *French Data Network*

CE, 19 oct. 2011, n° 339154, *Sté Apple Inc et Sté I Tunes SARL*

DECISION AAI

CSA, Déc. n° 2017-532, 26 juill. 2017 : *RLDI* 2017, n° 140, note E. Derieux

PARTIE II
TITRE I
CHAPITRE II
Section I

CEDH

CEDH, 8 févr. 1996, n° 18731/91 *John Murray c/ RU*

CEDH, 17 déc. 1996, n° 19187/91, *Saunders c/ RU*

CJCE/CJUE

CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Productores de Musica de Espana (Promusicae) c/ Telefonica de Espana : Propr. intell.* 2008, p. 239, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2008, p. 302, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP G* 2008, II, 10099, note E. Derieux ; *JCP E* 2008, p. 1270, note Ch. Caron

CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-580/13, *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg* : *RLDI* 2015, n° 118, comm. G. Busseuil ; *CCE* 2015, comm. 66, Ch. Caron ; Th. Bonneau, *Jurisprudence de la CJUE 2015*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 704

CASS. CIV.

Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 1977 : *Bull. civ.* I 1977, n° 486

Cass. civ. 2^e, 15 mars 1979 : *Bull. civ.* II 1979, n° 88 ; *RTD civ.* 1979, p. 664, obs. R. Perrot

Cass. civ. 2^e, 8 févr. 2006, n° 05-14.198 : *Bull. civ.* II 2006, n° 44, p. 37

CASS. COM.

Cass. com., 12 mars 1979 : *Bull. civ.* IV 1979, n° 97

Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-28.088 : *Bull. civ.* IV 2011, n° 1283 ; *CCE* 2012, comm. 14, obs. Ch. Caron

Cass. com., 8 oct. 2013, n° 12-23.349 : *Bull. civ.* IV 2013, n° 149 ; *CCE* 2013, n° 12, comm. 123, note Ch. Caron

CASS. SOC.

Cass. soc., 27 janv. 1999, n° 96-44.460 : *Procédures* 1999, n° 124, obs. J.-M. Sportouch

CASS. REQ.

Cass. req., 17 juin 1879 : *D.* 1880, 1, p. 427

CA

CA Reims, 5 mai 2009 : *D.* 2009, p. 2470, note J. Huet

TGI

TGI Paris, ord. de réf., 12 déc. 2007, n° 07/59572 : *CCE* nov. 2008, n° 11, comm. 124, note ch. Caron

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., ord. JME, 26 mars 2008, n° 06/09722 : *CCE* mai 2008, n° 5, comm. 66, note Ch. Caron

TGI Paris, ord. mise en état, 18 avr. 2008, n° 2007/09543 : *CCE* 2008, n° 11, comm. 124, note Ch. Caron

TGI Paris, ord. JME, 25 juin 2008, n° 08/06929 : *PIBD* 2008, n° 882, III, p. 576 ; *Propr. ind.* 2008, comm. 76, obs. J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny ; *CCE* 2008, comm. 124, obs. Ch. Caron ; *D.* 2008, p. 2069, obs. C. Manara ; *Propr. intell.*, 2008, n° 29, p. 479, obs. J.-Ch. Galloux

TGI Paris, ord. JME, 10 oct. 2008 : *PIBD* 2008, n° 888, III, p. 778

TGI Paris, ord. JME, 3 avr. 2009 : *PIBD* 2009, n° 901, III, p. 1282

TGI Paris, ord. JME, 4 sept. 2009, n° 08/09863

PARTIE II
TITRE I
CHAPITRE II
Section II

CEDH

CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et a. c/ Pays-Bas*
CEDH, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Öztürk c/ Allemagne*
CEDH, 28 juin 1984, n° 7819/77, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*
CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c/ Grèce*
CEDH, 24 févr. 1994, n° 12547/86, *Bendenoun c/ France*
CEDH, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*
CEDH, 8 juin 1995, n° 15917/89, *Jamil c/ France*
CEDH, 23 oct. 1995, n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*
CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *S. W. et C. R. c/ Royaume-Uni*
CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France* : JCP G 1997, I, 4000, n° 31, obs. F. Sudre
CEDH, Gde ch., 23 nov. 2006, n° 73053/01, *Jussila c/ Finlande*
CEDH, Gde ch., 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotoukhine c/ Russie*,
CEDH, 17 mars 2009, n° 13113/03, *Ould Dah c/ France* : RSC 2009, p. 659, obs. D. Roets
CEDH, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *Gardel c/ France*
CEDH, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *M. c/ Allemagne*
CEDH, 14 sept. 2011, n° 39665/98, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*,
CEDH, 27 sept 2011, n° 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c/ Italie*
CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie* : D. 2014, p. 2059, obs. A.-V. Le Fur et D. Schmidt ; *Rev. Sociétés* 2014, p. 675, obs. H. Matsopoulou ; RSC 2014, p. 110, obs. F. Stasiak
CEDH, 20 mai 2014, n° 11828/11, *Nykänen c/ Finlande*.
CEDH, nov. 2014, n° 7356/1027, *Lucky Dev c/ Suède*
CEDH, 30 avr. 2015, n° 3453/12, *Kapetanios c/ Grèce*.
CEDH, 4 oct. 2016, n° 21563/12, *Rivard c/ Suisse*, spéc. § 33.
CEDH, Gde ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, *A et B c/ Norvège*

CJCE/CJUE

CJCE, 13 févr. 1969, aff. C-14/68, *Walt Wilhem et a. c/ Bundeskartellamt*
CJCE, 22 mai 2008, aff. C-266/06, *Evonik Degussa GmbH* : JCP G 2008, I, 182, note A. Decocq
CJUE, Gde ch., 26 févr. 2013, aff. C-617/10, *Åklagaren c/ Hans Åkeberg Fransson*

TPICE/TPIUE

TPICE, 5 avr. 2006, aff. T-279/02, *Degussa AG c/ Commission*,
TPIUE, 8 avr. 2010, aff. T-446/05, *Amann & Söhne GmbH & Co. KG c/ Cousin Filterie SAS*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 30 juill. 1982, n° 82-143 DC
Cons. constit., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC
Cons. constit., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC
Cons. constit., 25 févr. 1992, n° 92-307 DC
Cons. constit., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC.
Cons. constit., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC
Cons. constit., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC
Cons. constit., 10 févr. 2010, n° 2011-220 QPC
Cons. constit., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC : JCP G 2011, n° 15, obs. J.-H. Robert
Cons. constit., 13 janv. 2011, n° 2010-85 DC
Cons. constit., 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC
Cons. constit., 29 avr. 2011, n° 2011-124 QPC
Cons. constit., 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC
Cons. constit., 27 sept. 2013, n° 2013-341 QPC : *Dr. pén.* 2013, p. 156, comm. J.-H. Robert
Cons. constit., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC : *Cah. Cons. constit.* 2014, n° 43, p. 152, obs. E. Bonis-Garçon
Cons. constit., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC
Cons. constit., 29 déc. 2013, n° 2013-689 DC

Cons. constit., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC
 Cons. constit., 8 oct. 2014, n° 2014-418 QPC
 Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : *D.* 2015, p. 894, note A.-V. Le Fur et D. Schmidt ; *JCP G* 2015, p. 368, note F. Sudre ; *JCP G* 2015, p. 369, note J.-H. Robert ; *D.* 2015, p. 1738, obs. J. Pradel ; *RSC* 2015, p. 374, obs. F. Stasiak
 Cons. constit., 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC
 Cons. constit., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC : *JCP G* 2016, p. 1042, note S. Detraz ; *JCP G* 2016, p. 847, note M. Collet et P. Collin
 Cons. constit., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC
 Cons. constit., 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC
 Cons. constit., 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC
 Cons. constit., 30 sept. 2016, 2016-572 QPC
 Cons. constit., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC
 Cons. constit., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC : *Cah. dr. entr.* 2017, n° 1, édito 1, obs. A. Kévorkian ; *CCC* 2017, n° 11, rep. 10, obs. M. Malaurie-Vignal

CE

CE, avis, 4 avr. 1997, n° 18-3658, *Jammet* : *D.* 1997, IR, p. 125
 CE, 8 juin 2016, n° 39-4350

CASS. CH. MIXTE

Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *Chronopost*, 2 arrêts : *Bull. ch. mixte* 2005, n° 3 et 4 ; *JCP* 2005, II, 10066, note G. Loiseau ; *RTD civ.* 2005, p. 604, obs. P. Jourdain
 Cass. ch. mixte, 5 nov. 1976 : *RTD com.* 1976, p. 728, obs. H. Desbois

CASS. CIV.

Cass. civ., 8 févr. 1910, *Gindre c/ Sauveur* : *Gaz. Pal.* 1910, 1, 225 ; *DP* 1914, 1, 245, obs. C. Clara
 Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995, n° 93-14.767 : *Bull. civ. I* 1995, n° 203 ; *D.* 1996, somm. 286, obs. J.-J. Burst ; *RTD com.* 1996, p.108, obs. B. Boulloc
 Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001 (2^e arrêt), n° 99-15.284 : *Bull. civ. I* 2001, n° 154 ; *CCE* 2002, comm. 91, obs. Ch. Caron
 Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 05-20.213 : *Bull. civ. I* 2007, n° 217 ; *JCP G* 2007, I, 185, n° 2, obs. Ph. Stoffel-Munck
 Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 06-19.021, *Rheims c/ Gautel* : *Bull. civ. I* 2008, n° 258 ; *RTD com.* 2009, p. 140, obs. F. Pollaud-Dulian
 Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2012, n° 11-10.923 : *Bull. civ. I* 2012, n° 131
 Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-25.200

CASS. COM.

Cass. com., 13 janv. 1971 : *D.* 1971, p. 147, note X. Larere
 Cass. com., 19 févr. 1991 : *ANPI* 1991, n° 2, p. 4
 Cass. com., 1^{er} mars 1994 : *PIBD* 1994, III, p. 287
 Cass. com., 23 mai 1995 : *PIBD* 1995, n° 592, III, p. 341
 Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-19.660, *Chevignon c/ Carrefour* : *JurisData* 1999-000707 ; *PIBD* 1999, III, p. 276 ; *JCP E* 1993, I, 303, obs. M. Nussenbaum
 Cass. com., 9 oct. 2001, n° 99-16.512 : *RTD civ.* 2002, p. 304, note P. Jourdain
 Cass. com., 17 juin 2003, n° 01-12.307
 Cass. com., 12 mai 2015, n° 14-13.024
 Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-16.304

CASS. CRIM.

Cass. crim., 29 déc. 1882 : *Ann. propr. ind.* 1884, p. 359
 Cass. crim., 23 juin 1893 : *Ann. propr. ind.* 1893, p. 329
 Cass. crim., 24 déc. 1896 : *Ann. propr. ind.* 1898, p. 37
 Cass. crim., 21 févr. 2012, n° 11-80.738
 Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 : *Bull. crim.* 2014, n° 22 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 67, obs. E. Bonis-Garçon ; *RSC* 2014, p. 106, obs. F. Stasiak ; *JCP G* 2014, p. 345, note C. Mauro
 Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 14-90.042 et 14-90.043 : *Gaz. Pal.* 2015, I, p. 282, note R. Mésa
 Cass. crim., 5 août 2015, n° 15-90.007
 Cass. crim., 22 sept. 2015, n° 14-84.029

CA

CA Caen, 20 mai 1926 : *Ann. propr. ind.* 1927, p. 146
CA Amiens, 22 oct. 1930 : *Ann. propr. ind.* 1931, p. 109
CA Paris, 5 nov. 1956 : *Ann. propr. ind.* 1957, p. 408
CA Paris, 1^{er} ch., 1^{er} juill. 1968 : *D.* 1968, jurispr., p. 719
CA Paris, 26 avr. 1975 : *Ann. propr. ind.* 1977, n° 2, p. 73, note P. Mathély
CA Paris, 1^{er} juill. 1986 : *D.* 1988, somm. comm., p. 350, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt
CA Paris, 14 sept. 1988, *Minibel* : *Gaz. Pal.* 1989, II, p. 470-471, C. Rodhain
CA Paris, 4^e ch., 1^{er} oct. 1990 : *RIDA* 3/1991, p. 206, note A. Kéréver
CA Paris, 4^e ch., 14 avr. 1992 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. p. 606
CA Paris, 4^e ch., sect. A, 1^{er} oct. 1997, *Royer c/ Adidas* : *JurisData* 1997-024397 ; *Annales* 1998, p. 46
CA Paris, 1^{re} ch., 11 janv. 2000 : *RIDA* 1/2001, p. 286
CA Paris, 27 sept. 2000, *VF Diffusion et VF Boutiques c/ Chantelle*
CA Paris, 12 oct. 2001 : *Annales* 2002, p. 12
CA Paris, 4^e ch., 27 nov. 2002 : *Expertises* 2003, p. 191
CA Nancy, 2^e ch., 3 mars 2004 : *JurisData* 2004-342589
CA Paris, 4^e ch., 8 sept. 2004 : *D.* 2004, p. 2574, note J. Daleau ; *CCE* 2004, comm. 136, note Ch. Caron ; *Propr. intell.* 2005, p. 70, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2005, n° 219, III, p. 25, note V. Varet
CA Paris, 8 sept. 2004, *Publicis conseil c/ sté Gaumont et SFR* : *CCE* 2004, comm. 136, obs. A. Decocq
CA Paris, pôle 5, ch. 2, 25 sept. 2009, n° 08-01704
CA Versailles, 14^e ch., 10 mars 2010 : *JurisData* 2010-017312
CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 31 mars 2010 : *JurisData* 2010-003816
CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 30 juin 2010 : *JurisData* 2010-020479
CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 3 sept. 2010, *eBay c/ Louis Vuitton* : *JurisData* 2010-015044
CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 24 sept. 2010 : *JurisData* 2010-018166
CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 4 févr. 2011 : *JurisData* 2011-011963
CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 2 mars 2011 : *JurisData* 2011-002927
CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 22 mars 2011, *SPPF, SCPP c/ Mubility et al.* : *legalis.net*
CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 29 avr. 2011 : *JurisData* 2011-012987
CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 24 juin 2011 : *JurisData* 2011-014551 ; *Cah. dr. entrep.* 2007, n° 4, doss. 22, comm. N. Binctin ; *D.* 2009, n° 27, chron., p. 1839, M. Vivant
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 déc. 2011, n° 10-04481, *Wizzgo c/ Métropole Télévision et al.*
CA Aix-en-Provence, ch. civ. 2^e, 14 mars 2012, n° 10-20333
CA Nancy, ch. civ. 1, 7 mai 2013, n° 11-02866
CA Nancy, ch. com. 2, 5 févr. 2014, n° 10-03403
CA Rennes, ch. 1, 16 déc. 2014, n° 13-09217
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 7 avr. 2015, n° 14-07503
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 avr. 2015, n° 13-15794
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 avr. 2015, n° 13-15800
CA Lyon, ch. civ. 1 A, 7 mai 2015, n° 13-03746
CA Paris, pôle 5, ch. 2, 20 nov. 2015, n° 15-00181
CA Paris, pôle 5, ch. 2, 27 nov. 2015, n° 13-21612
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 1^{er} déc. 2015, n° 14-02708
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 26 janv. 2016, n° 15-00320
CA Paris, pôle 5, ch. 2, 12 févr. 2016, n° 09-13793
CA Paris, pôle 5, ch. 2, 1^{er} avr. 2016, n° 15-04765
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 12 avr. 2016, n° 14-21043
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 4 oct. 2016, n° 15-09727
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 oct. 2016, n° 15-05739
CA Bordeaux, ch. civ. 1, sect. A, 31 oct. 2016, n° 15-00769
CA Paris, pôle 5, ch. 2, 4 nov. 2016, n° 16-03711
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 15 nov. 2016, n° 15-14677
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 29 nov. 2016, n° 15-08804
CA Douai, ch. 1, sect. 2, 8 déc. 2016, n° 15-01872
CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 déc. 2016, n° 16-02891
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 déc. 2016, n° 15-14795
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 févr. 2017, n° 15-00217
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 21 févr. 2017, n° 15-16438
CA Paris, pôle 5, ch. 1, 7 mars 2017, n° 15-17850
CA Aix-en-Provence, ch. 2, 9 mars 2017, n° 14-09986

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 10 mars 2017, n° 16-03997
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 mars 2017, n° 15-19495
 CA Versailles, ch. 12, 14 mars 2017, n° 15-08491
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 21 mars 2017, n° 15-17585
 CA Paris, pôle 5, ch. 2, 24 mars 2017, n° 16-04919
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 avr. 2017, n° 15-23772
 CA Bordeaux, ch. civ. 1, 4 mai 2017, n° 15-01660
 CA Paris, pôle 5, ch. 2, 5 mai 2017, n° 14-20216
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 16 mai 2017, n° 15-09506
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 mai 2017, n° 16-02857
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 6 juin 2017, n° 16-04272
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 13 juin 2017, n° 15-10847
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 juin 2017, n° 16-03653
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 juin 2017, n° 16-04649
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 27 juin 2017, n° 15-09294
 CA Rennes, ch. com. 3, 26 sept. 2017, n° 15-02967
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 avr. 2015, n° 13-15794
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 avr. 2015, n° 13-15800

T. COM./TGI

T. com. Seine, 18 juin 1934 : *Gaz. Pal.* 1934, 2, 176
 TGI Paris, 30 janv. 1985 : *D.* 1986, IR, p. 136, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt
 TGI Paris, 1^{er} juill. 1986 : *PIBD* 1987, III, p. 287
 TGI Paris, 4 mars 1987 : *PIBD* 1987, III, p. 308 ; *D.* 1988, somm. comm., p. 350, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt
 TGI Paris, 1^{re} ch., 17 févr. 1999 : *RIDA* 3/1999, p. 331
 TGI Paris, 9 févr. 2006 : *PIBD* 2006, III, p. 350

COURS ETRANGERES

BGH, 10 mars 1972, aff. n° I ZR 160/70, *Doppelte Tarifgebühr*, *GRUR*, 1973, p. 379
 BGH, 19 janv. 1973, aff. n° I ZR 39/71, *Modeneuheit*, *GRUR*, 1973, p. 478
 BGH, 6 mars 1980, aff. n° X ZR 49/78, *Tolbutamid*, *GRUR*, 1980, p. 841
 BGH, 22 janv. 1986, aff. n° I ZR 194/83, *Filmmusik*, *GRUR*, 1986, p. 376
 BGH, 22 mars 1990, aff. n° I ZR 59/88, *Lizenzanalogie*, *GRUR*, 1990, p. 1008
 BGH, 4 juin 1992, aff. n° IX ZR 149/91, *NJW*, 1992, p. 3096
 BGH, 2 nov. 2000, aff. n° I ZR 246/98, *Gemeinkostenanteil*, *GRUR*, 2001, p. 329
 Supreme Court of Alabama, *BMW of North America inc. v. Gore*, n° 94-896, 517 U.S. 559 (1996)
 U.S. Supreme Court, *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989)

PARTIE II

TITRE I

CHAPITRE II

Section III

CASS. CIV.

Cass. civ., 24 mai 1913 : *DP* 1916, 1, 171
 Cass. civ., 21 oct. 1946 : *JCP* 1946, II, 3348
 Cass. civ., 8 mai 1964 : *Bull. civ.* II 1964, n° 269 ; *JCP* 1965, II, 15140, note P. Esmein

CASS. CRIM.

Cass. crim., 8 févr. 1977 : *Bull. crim.* 1977, n° 52, p. 120

CASS. SOC.

Cass. soc., 16 mai 1989 : *Bull. civ.* V 1989, n° 364

PARTIE II
TITRE II
CHAPITRE I
Section I

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 16 janv. 1982, DC n° 81-132
Cons. constit., 11 févr. 1982, DC n° 82-139 : *D.* 1983, p. 169, note L. Hamon ; *D.* 1985, p. 171, obs. F. Zenati ; F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., 2015, t. 1, n° 2, p. 12 ; P. Gaïa et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^e éd., 2013, n° 30, p. 366
Cons. constit., 25 juill. 1989, DC n° 89-256 : *RFDA* 1989, p. 1009, obs. P. Bon
Cons. constit., 19 janv. 1995, DC n° 94-359 : *D.* 1995, p. 283, obs. H. Pauliat
Cons. constit., 29 juill. 1998, DC n° 98-403 : *RTD civ.* 1998, p. 799, obs. N. Molfessis ; *RTD civ.* 1999, p. 132 et 136, obs. F. Zenati

PARTIE II
TITRE II
CHAPITRE I
Section II

CEDH

CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique* : F. Sudre, J.-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 3^e éd., 2005, n° 48
CEDH, 26 juin 1986, n° 73049/01, *Van Marle et autres c/ Pays Bas*
CEDH, 4 oct. 1990, n° 12633/87, *Smith Kline et French Lab. c/ Pays-Bas*
CEDH, 18 juin 2002, n° 48939/99, *Oneryildiz c/ Turquie* : *JCP G* 2002, I, 157, obs. F. Sudre
CEDH, 2 oct. 2003, n° 48553/99, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*
CEDH, Gde ch., 11 janv. 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch c/ Portugal* : *CCE* 2007, comm. 67, p. 31, note Ch. Caron ; *JCP E* 2007, 1409, note A. Zollinger ; *RTD eur.* 2008, p. 405, obs. J. Schmidt-Szalewski
CEDH, 4^e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie* : *Propr. Intell.* 2008, p. 338, obs. J.-M. Bruguière ; *JCP E* 2008, 1934, obs. A. Zollinger ; *RTD eur.* avr.-juin 2008, p. 405, obs. J. Schmidt-Szalewski ; *RTD com.* oct-déc. 2008, p. 732, obs. F. Pollaud-Dulian

CJCE/CJUE

CJCE, Gde ch., 12 sept. 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet* : *Propr. Intell.* 2007, p. 211, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2008, n° 13, 1144, obs. A. Zollinger ; *RLDA* 2009, n° 41, p. 2492, obs. M. Dupuis
CJCE, Gde ch., 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae v. Telefonica de España SAU* : *Propr. intell.* 2008, n° 27, p. 239, obs. V.-L. Benabou ; *JCP G* 2008, II, 10099, note E. Derieux ; *RTD com.* 2008, p. 302, obs. F. Pollaud-Dulian
CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA* : *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 47, comm. V.-L. Benabou ; *CCE* 2012, n° 6, comm. 63, note A. Debet ; *RLDI* 2012, n° 79, 2622, note C. Castets-Renard
CJUE, 9 févr. 2012, aff. C-277/10, *Martin Luksan c/ Petrus van der Let*
CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *Sabam c/ Netlog* : *D.* 2012, p. 2343, obs. J. Larrieu, Ch. Le Stanc et P. Tréfigny
CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien* : *CCE* 2014, n° 5, comm. 43, note Ch. Caron ; *Propr. intell.* 2014, n° 52, p. 288, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2014, p. 1246, comm. C. Castets-Renard

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC
Cons. constit., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC : *D.* 1990, p. 209, note F. Luchaire ; *RTD civ.* 1990, p. 520, obs. F. Zenati
Cons. constit., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC
Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC : *Propr. intell.* 2006, n° 20, p. 240-243, obs. V.-L. Benabou ; *D.* 2006, p. 2157, obs. C. Castets-Renard ; *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 193, obs. M. Vivant ; *RTD civ.* 2006, p. 791, obs. T. Revet
Cons. constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC

CASS. ASS. PL.

Cass. Ass. pl., 7 mai 2004, Hôtel de Girancourt, n° 02-10.450 : *Bull. AP* 2004, n° 10

CASS. CIV.

Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2014, n° 12-35.264 : *Bull. civ. I* 2014, n° 10

Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Klasen c/ Malka* : *Bull. civ. I* 2015, n° 116 ; *RTD com.* 2015, p. 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. intell.* 2015, p. 281, obs. A. Lucas

Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-28.467 et n° 16-11.759, *Dialogue des Carmélites* : *Bull. civ. I* 2017, n° 788 ; *RTD com.* 2017, p. 891, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. intell.* oct. 2017, p. 60, obs. A. Lucas

CASS. CRIM.

Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522

Cass. crim., 9 sept. 2003, n° 02-87.098

Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336

CASS. COM.

Cass. com., 8 nov. 1994 : *PIBD* 1995, 581, III, 73

Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.569 : *Bull. civ. IV* 2006, n° 62 ; *D.* 2006, p. 2897, note C. Kuhn ; *D.* 2006, p. 2363, obs B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; *JCP G* 2006, II, 10143, note G. Loiseau ; *JCP G* 2006, I, 178, n° 3, obs H. Périnet-Marquet ; *Def.* 2007, p. 70, obs. J. Honorat ; *Dr. et Patr.* 2006, p. 103, obs. J.-B. Seube ; *RTD civ.* 2006, p. 348, obs T. Revet

CASS. REQ.

Cass. Req., 12 juill. 1905 : *DP* 1907.1.141, rapp. Potier ; *S.* 1907.1.273, note A. Whal

CA

CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 300, obs. V.-L. Benabou ; *RTD com.* 2018, p. 345, obs. F. Pollaud-Dulian

PARTIE II
TITRE II
CHAPITRE II
Section I

CEDH

CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*

CEDH, 23 sept. 1998, *A. c/ Royaume-Uni*

CEDH, 5 janv. 2000, n° 33202/96, *Ernst Beyeler c/ Italie*

CEDH, 4 déc. 2003, *M.C. c/ Bulgarie*

CEDH, 30 nov. 2004, *Öneryildiz c/ Turquie*

CEDH, 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*

CJCE/CJUE

CJCE, 22 juin 1976, aff. C-119/75, *Terrapin c/ Terranova*

CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-241/91 et C-242/91, *RTE et ITP Ltd c/ Commission* : *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. Françon

CJCE, 26 nov. 1998, aff. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH et Co. KG c/ Mediaprint*

CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, *IMS Health Inc.*

CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure* : *Prop. ind.* 2012, n° 6, ét. 11, obs. J. Passa

CJUE, 4 oct. 2011, aff. C-403/08, *Football Association Premier League c/ QC Leisure* : *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 51, comm. V.-L. Benabou ; *D.* 2011, p. 2836, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2011, p. 744, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011, p. 855, obs. E. Treppoz

CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft (Sté) c/ Oracle International Corp. (Sté)* : *D.* 2012, p. 2101, point de vue J. Huet ; *D.* 2012, p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *RTD com.* 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2012, p. 947, obs. E. Treppoz

CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson c/ Retriever Sverige (Sté)* : D. 2014, p. 2078, obs. P. Sirinelli ; D. 2014, p. 2317, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *RTD com.* 2014, p. 600, obs. F. Pollaud-Dulian ; V.-L. Benabou, « Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt *Svensson*, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public », <https://vlbenabou.blog/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/>

TPICE

TPICE, 12 juin 1997, aff. T-504/93, *Tiercé Ladbroke s.a. c/ Commission*
TPICE, ord., 26 oct. 2001, aff. T-184/01, *IMS Health Inc. : Propr. intell.* 2002, n° 3, p. 117, obs. V.-L. Benabou ; *JCP E* 2002, 1050, note Ch. Caron ; *CCE* 2002, comm. n° 67, p. 21, note Ch. Caron
TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/04, *Microsoft Corp c. Commission*

CE

CE, 7 nov. 1924, *Club indépendant sportif Châlonnais*
CE, 18 déc. 1959, *Sté Les Films Lutétia*
CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*

CASS. CRIM.

Cass. crim., 8 oct. 1959 : *JCP G* 1959, II, 11324, note J. Larguier
Cass. crim., 12 janv. 1989 : *Bull. crim.* 1989, n° 14
Cass. crim., 1^{er} mars 1989 : *Bull. crim.* 1989, n° 100
Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522 : *Bull. crim.* 2000, n° 338
Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.953 : *Bull. crim.* 2004, n° 126
Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 04-80.285 : *Bull. crim.* 2004, n° 218
Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-84.002
Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866

CA

CA Paris, 14 sept. 1988, *Minibel* : *Gaz. Pal.* 1989, II, doct. p. 470-471, C. Rodhain

T. COM

T. com. Paris, 8 janv. 1999 : *RIDA* 1999, n° 182, p. 218, note Ch. Caron

PARTIE II TITRE II CHAPITRE II Section II

CEDH

CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinatis c/ Grèce*

CONS. CONSTITUTIONNEL

Cons. constit., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC
Cons. constit., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC

CASS. CRIM.

Cass. crim., 8 déc. 1998, n° 97-83.318
Cass. crim., 10 oct. 2001, n° 00-87.605 : *Bull. crim.* 2001, n° 205 ; D. 2002, p. 1796, obs. B. de Lamy ; *RSC* 2002, p. 108, obs. R. Ottenhof
Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-83.707 : *JCP* 2009, n° 31-35, note. G. Beaussonie ; *RSC* 2009, p. 841, obs. R. Ottenhof.
Cass. crim., 28 sept. 2016, n° 15-84.485 : *Bull. crim.* 2016, n° 254 ; *AJ Pénal* 2016, p. 582, note G. Beaussonie
Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 : *Bull. crim.* 2017, n° 1411

Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale

Confronté à des atteintes massives et lucratives, le droit de la propriété intellectuelle est protégé par des réseaux de normes répressives, formant la matière pénale. Le droit pénal, droit traditionnel de protection des autres droits, constitue le premier réseau, composé de règles pénales, tant substantielles que formelles, spécifiques au droit de la propriété intellectuelle, et de certaines infractions contre les biens, du livre troisième du code pénal. Ces normes se heurtent à plusieurs écueils. Le droit pénal de la propriété intellectuelle appréhende difficilement le caractère massif ou transfrontalier des infractions et si les incriminations du code pénal peuvent s'inscrire dans les vides répressifs laissés par celui-ci, leur adaptation aux biens incorporels non rivaux bouleverse les équilibres. D'une part, cette adaptation est réalisée pour leur application aux informations, sans considération de leur caractère appropriable, ce qui affaiblit l'intérêt du droit de la propriété intellectuelle. D'autre part, ces infractions entrent en concours avec celles spécifiques au droit de la propriété intellectuelle. Ineffectif, le droit pénal de la propriété intellectuelle subit, aussi, la dépénalisation judiciaire de ce droit. Ignorant l'indispensable réforme de ce droit pénal, le législateur a créé de nouveaux réseaux répressifs.

Si le droit administratif répressif, mis en œuvre par l'HADOPI, pouvait constituer une alternative pertinente à la massification des infractions au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet, l'attribution des sanctions au juge répressif en a réduit l'attrait. À l'aune de la jurisprudence de la CEDH, les normes civiles répressives, applicables au droit de la propriété intellectuelle, forment un réseau rival du droit pénal, dont les effets systémiques imposent de réfléchir au dessein de la frontière entre les responsabilités civile et pénale. La matière pénale de la propriété intellectuelle, née de la dilatation de la répression, est donc constituée de normes pénales, dont seules celles du code pénal apparaissent effectives, d'un droit administratif à la fonction répressive altérée et d'un droit civil répressif inefficace. Protection défaillante d'un droit affaibli, elle doit être restructurée. Une cohérence peut être instaurée par son organisation autour du droit de propriété, dont émane le droit de la propriété intellectuelle. La création d'un droit pénal de la propriété pourrait ainsi conférer une protection efficace au droit de la propriété intellectuelle, complétée par des normes répressives spécifiques.

Mots clés : droit de la propriété intellectuelle – droit de propriété littéraire et artistique – droit de la propriété industrielle – droit d'auteur – droits voisins – dessins et modèles – marques – brevets – droit de propriété – matière pénale – réseaux de normes – droit pénal – procédure pénale – infractions – contrefaçon – peines – sanctions – pénalisation – dépénalisation – répression – droit civil répressif – dommages-intérêts punitifs – amende civile – droit d'information – droit administratif répressif – HADOPI – réponse graduée – négligence caractérisée

Intellectual property law and criminal matters

The intellectual property rights, which are confronted with massive, lucrative infringements, are protected by several networks of repressive norms that constitute criminal matters. Penal law, a traditional body of law for the protection of the other forms of law, constitute the first network. It is composed of criminal law rules, both substantive and procedural, which are specific to intellectual property law, and certain property offences from Book III of the French Penal Code. These norms encounter several obstacles. This criminal law applied to intellectual property has difficulty grasping the massive or cross-border nature of infringements. Although offences under the French Penal Code may occur in the punitive legal vacuum left by this body of law, their adaptation to non-rival intangible assets upsets balances. On the one hand, this adaptation is effected by applying them to information without taking account of their appropriable nature, thereby weakening the benefits of intellectual property law. On the other hand, these offences compete with offences that are specific to intellectual property law. Penal law, which is ineffective, has also been subject to the judicial decriminalization of intellectual property law. Overlooking the pressing need to reform such criminal law applied to intellectual property, legislators have created new repressive networks.

Whereas repressive administrative law, as implemented by HADOPI, could offer a relevant alternative to the massification of infringements of copyright and related rights on the Internet, allowing judges exercising criminal jurisdiction to impose sanctions has diminished its appeal. In the light of the ECHR's case-law, repressive civil law forms a rival network to penal law, but its ineffectiveness with regard to intellectual property law and its systemic effects force us to reflect on the purpose for the boundary between civil and criminal liability. Criminal matters, which stem from the expansion of judicial repression, are thus comprised of criminal norms, of which only those of the French Penal Code appear effective, of administrative law with an altered repressive function, and of ineffective repressive civil law. Since the protection of a weakened right turned out to be defective, it must be restructured. Consistency can be achieved by organizing it around property law which is the origin of intellectual property law. Using this approach, creating penal law applied to property could offer effective protection for intellectual property rights, supplemented by specific repressive norms.

Keywords : intellectual property law - literary and artistic property rights - industrial property law – copyright – rights of performers – designs – trademark – patent – property right – criminal matters – networks of norms – criminal law – criminal proceedings – offenses – punishment – criminalization – decriminalization – repressive civil law – punitive damages – civil fine - repressive administrative law – HADOPI – graduated response – oversight characterized

