

## Droit d'auteur Auteursrecht

CJUE (3<sup>e</sup> ch.)  
11 janvier 2024

Siège : Jürimäe (prés. ch.), Piçarra,  
Safjan, Jääskinen et Gavalec (juges)

M.P.: M. Szpunar (av. gén.)

MYLAN AB c. GILEAD E.A.

Aff. C-473/22

**Propriété intellectuelle et industrielle –  
Certificat complémentaire de protection  
(CCP) – Article 9, paragraphe 7, de la  
directive 2004/48/CE – Mesures provisoires  
ordonnées sur la base d'un CCP – Annulation  
du CCP – Réparation du préjudice causé  
par les mesures provisoires – Responsabilité  
sans faute du demandeur desdites mesures**

La directive 2004/48/CE relative au respect des droits de la propriété intellectuelle ne s'oppose pas à l'application du régime de responsabilité sans faute pour la réparation de dommages causés par des mesures provisoires obtenues sur la base d'un CCP, ultérieurement annulé. L'article 9, § 7, de la directive 2004/48/CE doit être interprété en ce sens que les États membres sont libres d'opter pour un régime de responsabilité sans faute ou pour un régime de responsabilité pour faute. Le régime de responsabilité sans faute ne remet en tout cas pas en cause l'équilibre instauré par le législateur européen entre la protection des droits de la propriété intellectuelle et les droits et libertés du défendeur. Si aucune atteinte aux droits de propriété intellectuelle n'est finalement établie, alors le fondement des mesures provisoires disparaît. Par conséquent, la réparation de tout dommage causé par ces mesures injustifiées est, en principe, rendue obligatoire. Qu'importe enfin le choix du régime de responsabilité retenu par le législateur national, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire dont il est saisi, en ce compris l'éventuelle participation du défendeur à la réalisation du dommage.

**Intellectuele en industriële eigendom –  
Aanvullend beschermingscertificaat**

(ABC) – Artikel 9, lid 7, van Richtlijn 2004/48/EG – Op basis van een ABC gelaste voorlopige maatregelen – Nietigverklaring van het ABC – Vergoeding van de door de voorlopige maatregelen veroorzaakte schade – Risicoaansprakelijkheid van de aanvrager van deze maatregelen

Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten verzet zich niet tegen de toepassing van de risicoaansprakelijkheidsregeling voor de vergoeding van schade die is veroorzaakt door voorlopige maatregelen die zijn verkregen op basis van een ABC dat vervolgens nietig is verklaard. Artikel 9, lid 7, van richtlijn 2004/48/EG moet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten vrij zijn om te kiezen voor een schuldloze aansprakelijkheidsregeling of voor een schuld-aansprakelijkheidsregeling. In elk geval doet de schuldloze aansprakelijkheidsregeling geen afbreuk aan het door de Europese wetgever vastgestelde evenwicht tussen de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten en de rechten en vrijheden van de verweerder. Als er uiteindelijk geen inbreuk op intellectuele eigendomsrechten wordt vastgesteld, verdwijnt de basis voor voorlopige maatregelen. Bijgevolg wordt de vergoeding van de schade veroorzaakt door deze ongerechtvaardigde maatregelen in principe verplicht gesteld. Ongeacht de keuze van het aansprakelijkheidsstelsel door de nationale wetgever, moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van de zaak die hem wordt voorgelegd, met inbegrip van de eventuele deelname van de verweerder aan het veroorzaken van de schade.

### Note

**Responsabilité du titulaire de droits  
intellectuels pour des mesures  
provisoires ou conservatoires  
injustifiées : le vent tourne !**

Les mesures provisoires et conservatoires constituent des armes importantes dans l'arsenal des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Elles permettent de rassembler des éléments de preuve, d'empêcher que des marchandises soupçonnées de contrefaçon soient introduites sur le marché ou revendues ou encore d'obtenir des garanties pour le paiement de dommages-intérêts qui pourraient être alloués à la victime de la contrefaçon dans le futur.

La directive 2004/48 sur le respect des droits de propriété intellectuelle<sup>(1)</sup> contient deux dispositions relatives aux mesures provisoires et conservatoires.

Selon l'article 7 (« mesures de conservation des preuves »), « avant même l'engagement d'une action au fond, les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, sur requête d'une partie qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles il a été porté atteinte à son droit de propriété intellectuelle ou qu'une telle atteinte est imminente, ordonner des mesures provisoires rapides et efficaces pour conserver les éléments de preuve pertinents, au regard de l'atteinte alléguée, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée. De telles mesures peuvent inclure la *description détaillée* avec ou sans prélèvement d'échantillons, ou la *saisie réelle* des marchandises litigieuses et, dans les cas appropriés, des matériels et instruments utilisés pour produire et/ou distribuer ces marchandises ainsi que des documents s'y rapportant. Ces mesures sont prises, le cas échéant, sans que l'autre partie soit entendue, notamment lorsque tout retard est susceptible de causer un préjudice irréparable au titulaire du droit ou lorsqu'il existe un risque démontrable de destruction des éléments de preuve »<sup>(2)</sup>.

L'article 9 (« mesures provisoires et conservatoires ») prévoit quant à lui, en son paragraphe 1<sup>er</sup>, que « Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du requérant : a) rendre à l'encontre du contrevenant supposé une *ordonnance de référé* visant à *prévenir toute atteinte imminente* à un droit de propriété intellectuelle, à *interdire*, à *titre provisoire* et sous réserve, le cas échéant, du paiement d'une astreinte lorsque la législation nationale le prévoit, *que les atteintes présumées à ce droit se poursuivent*, ou à *subordonner leur poursuite à la constitution de garanties* destinées à assurer l'indemnisation du titulaire du droit ; (...) b) ordonner la saisie ou la remise des marchandises qui sont soupçonnées de porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle pour empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux<sup>(3)</sup>.

En Belgique, les titulaires de droits peuvent solliciter du président du tribunal de l'entreprise (ou de première instance) l'autorisation de

pratiquer une saisie en matière de contrefaçon, impliquant des mesures de description et, moyennant des preuves plus solides, des mesures de saisie réelle (art. 1369bis/1 et s. C. jud.). Ils peuvent également saisir ce même juge, selon les formes du référé, pour qu'il ordonne des mesures provisoires (art. 584 C. jud.), en ce compris des interdictions d'exploiter (sous astreinte) mais aussi la saisie à titre conservatoire des biens mobiliers et immobiliers du contrefacteur supposé, et le cas échéant le blocage des comptes bancaires et des autres avoirs de ce dernier (art. 584, 5°, C. jud.).

Inutile de dire que ces mesures conservatoires et provisoires sont susceptibles de causer un préjudice considérable à ceux qui les subissent. Préjudice dont ces derniers chercheront à obtenir réparation dans l'hypothèse où ces mesures sont rapportées, sur recours, ou dans celle où le juge du fond décide, ultérieurement, qu'il n'y a pas eu d'atteinte au droit intellectuel concerné (soit que ce droit ne soit pas valable, soit qu'il ne soit pas enfreint).

La directive 2004/48 envisage ces hypothèses et prévoit que « dans les cas où les mesures provisoires (ou de conservation de preuves) sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires sont habilitées à ordonner au demandeur, à la demande du défendeur, d'accorder à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures » (art. 7(4) pour les mesures de conservation de preuve ; art. 9(7) pour les autres mesures conservatoires et provisoires). En outre, les autorités judiciaires compétentes peuvent subordonner les mesures provisoires (et de conservation de preuves) à la constitution par le demandeur d'une caution ou d'une garantie équivalente adéquate, destinée à assurer l'indemnisation éventuelle du préjudice subi par le défendeur conformément aux dispositions précédentes (art. 7(2) et 9(6)).

Les articles 7, paragraphe 4, et 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 ne précisent toutefois pas quel est le régime de responsabilité qui doit être appliqué. L'indemnisation doit-elle être automatique dès lors que les circonstances objectives décrites dans ces dispositions sont réunies, ou bien la victime de ces mesures doit-elle démontrer une faute dans le chef du titulaire qui a sollicité ces mesures ? S'agit-il d'une responsabilité objective, à base de risque, ou d'une responsabilité pour faute ? L'obligation d'indemniser s'impose-t-elle à tout titulaire, bénéficiaire de mesures provisoires ou conservatoires, qui finit par être débouté (au provisoire, sur recours, ou au fond) ou seulement à celui qui a abusé du système ou, à tout le moins, a manqué de prudence ? Ou le

(1) Directive 2004/48/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, J.O. L 157 du 30 avril 2004, p. 45. Ci-après « la directive 2004/48 ».

(2) Nous soulignons. Comp. article 50 (1), a), et (2) de l'accord ADPIC.

(3) Article 9 (1) directive 2004/48 (nous soulignons). Comp. articles 43 (1) et 50 (1), b), de l'accord ADPIC.

législateur laisse-t-il aux États membres le choix entre ces deux systèmes ?

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt annoté est déjà la deuxième occasion pour la Cour de justice de se pencher sur ces questions. Sans y répondre de manière générale, elle les avait déjà abordées dans une affaire Bayer ayant donné lieu à un arrêt du 12 septembre 2019<sup>(4)</sup>. La Cour s'était alors prononcée largement en faveur des titulaires de droits. Avec l'arrêt annoté, en cause de *Mylan contre Gilead*<sup>(5)</sup>, le vent tourne singulièrement. Après avoir rendu compte de cette bascule (I), on se demandera quel peut être son impact sur la situation en Belgique, où ces questions ont déjà fait couler beaucoup d'encre (II).

Préalablement, on observera que si les arrêts de la Cour de justice ont été rendus en matière de brevets, en présence d'une annulation du titre, leur portée concerne aussi le droit d'auteur et les droits voisins : il n'est pas rare qu'une œuvre soit déclarée non protégée ou que le juge conclue à une absence d'atteinte alors qu'une première décision (au provisoire ou au fond) avait accueilli la demande du titulaire et mise à exécution par celui-ci.

## I. De Bayer à Mylan

### A. L'arrêt Bayer

L'entreprise pharmaceutique Bayer Pharma (ci-après « Bayer ») avait obtenu en Hongrie des mesures provisoires contre Richter Gedeon et Exeltis, deux entreprises concurrentes qui avaient mis sur le marché des médicaments génériques qui, selon Bayer, portaient atteinte à ses droits de brevet. Sur recours, les mesures provisoires furent toutefois rapportées, et le brevet fut quant à lui annulé (par l'office hongrois puis par la juridiction de renvoi). Après quoi, la juridiction de renvoi, ayant constaté le désistement, par Bayer, de son action en contrefaçon, avait à statuer sur les demandes reconventionnelles de Richter Gedeon et d'Exeltis en indemnisation du dommage qu'elles avaient subi du fait de l'exécution des mesures provisoires.

En Hongrie, dans ces circonstances s'applique un régime de responsabilité à base de faute. Bayer faisait valoir que Richter Gedeon et Exeltis avaient choisi en connaissance de cause de mettre leurs produits sur le marché sans attendre l'annulation du

brevet de Bayer (un prétendu « lancement à risque » [« launch at risk »]), en sorte qu'elles avaient elles-mêmes causé le dommage dont elles se plaignaient. Ceci mena la juridiction hongroise à interroger à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne pour savoir si le régime de responsabilité hongrois – à base de faute et permettant de prendre en considération le comportement du destinataire des mesures provisoires – était compatible avec l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48.

La Cour, qui regroupe les différentes questions posées par le juge hongrois, estime qu'il y a d'abord lieu de déterminer s'il appartient aux États membres de définir le contenu, l'étendue et les modalités de la notion de « dédommagement approprié » dont question dans cette disposition. Après avoir décortiqué l'article 9, paragraphe 7, la Cour, considère que cette notion, comme bien d'autres dans le domaine de la propriété intellectuelle, doit recevoir « une interprétation autonome et uniforme »<sup>(6)</sup> en accord avec l'objectif poursuivi par la directive, qui est « d'assurer un niveau de protection élevé, équivalent et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur »<sup>(7)</sup> ; compte tenu des « disparités importantes » relevées entre les États membres<sup>(8)</sup>, cet objectif ne saurait être atteint si ces derniers étaient libres de préciser eux-mêmes le contenu, l'étendue ainsi que les modalités d'application de la notion de « dédommagement approprié »<sup>(9)</sup>. La Cour relève aussi que le législateur a ainsi fait le choix d'assurer une « protection plus large » de la propriété intellectuelle que celle que prescrit l'article 50 de l'accord ADPIC.

Même si le lien n'est pas évident, la Cour déduit de ce qui précède qu'il appartient aux juridictions nationales de tenir compte des « circonstances particulières de l'affaire » dont elles sont saisies en vue de décider s'il y a lieu de condamner le demandeur à verser au défendeur un dédommagement « approprié » « c'est-à-dire justifié au regard desdites circonstances »<sup>(10)</sup>. En particulier, si l'exercice du pouvoir d'accorder un dédommagement est « strictement soumis aux conditions préalables » énoncées dans l'article 9, paragraphe 7 – abrogation des mesures ou constatation d'absence d'atteinte ou de menace d'atteinte – « le fait que ces conditions sont satisfaites, dans une affaire précise, n'implique pas que les juridictions nationales compétentes seraient automatiquement et en toutes hypothèses obligées

(4) C.J., 12 septembre 2019, arrêt *Bayer Pharma AG c. Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Nyrt et Exeltis Magyarország Gyógyszerkereskedelmi Kft.*, aff. C-688/17, ECLI:EU:2019:722, ci-après « Bayer ».

(5) C.J., 11 janvier 2024, arrêt *Mylan AB c. Gilead Sciences Finland Oy et autres*, aff. C-473/22, ECLI:EU:C:2024:8, ci-après « Mylan ».

(6) Arrêt *Bayer*, point 40.

(7) Arrêt *Bayer*, point 42.

(8) Arrêt *Bayer*, point 43.

(9) Arrêt *Bayer*, point 44.

(10) Arrêt *Bayer*, point 51.

de condamner le demandeur à réparer tout le dommage encouru par le défendeur en raison desdites mesures »<sup>(11)</sup>.

Après avoir rappelé le contexte précis dans lequel elle était interrogée, la Cour aborde ensuite « la question de savoir si l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48, notamment la notion de "dédommagement approprié" visée à cette disposition, s'oppose à l'application, dans de telles circonstances, d'une législation nationale excluant en substance que le défendeur puisse obtenir la réparation du dommage que celui-ci a subi en raison du fait qu'il n'a pas agi conformément à ce qui peut être généralement attendu de toute personne dans la situation concernée afin d'éviter ou de réduire ledit dommage, pour autant que le demandeur, en sollicitant des mesures provisoires, a lui-même agi conformément à ce qui peut être généralement attendu de toute personne dans la situation concernée »<sup>(12)</sup>.

En d'autres termes, la directive autorise-t-elle une législation nationale qui exclut toute indemnisation lorsque le titulaire qui a causé le dommage a été diligent, au contraire de la victime qui n'a pas cherché à éviter ou réduire ce dommage ?

Pour répondre à cette question, la Cour s'intéresse d'abord au « contexte » de l'article 9, paragraphe 7. Elle fait alors un rapprochement, à notre sens décisif, entre cette disposition et le considérant 22 de la directive 2004/48 qui évoque les frais et dommages occasionnés au défendeur par une « demande injustifiée » de mesures provisoires<sup>(13)</sup>.

Quand une demande est-elle injustifiée ? Réponse : quand elle n'est pas justifiée... Or, selon la Cour, la demande est *justifiée* dès lors que tout retard, dans l'octroi des mesures provisoires, pourrait causer au demandeur « un préjudice irréparable », et un tel préjudice risque *a priori* de se produire « lorsque des défendeurs commercialisent leurs produits alors même qu'une demande de brevet a été introduite ou qu'il existe un brevet de nature à faire obstacle à un tel commerce »<sup>(14)</sup>. Quant à la circonstance que les mesures provisoires ont été *abrogées*, si elle peut constituer l'une des conditions nécessaires à l'indemnisation, « elle ne peut, en revanche, être considérée en elle-même comme un élément déterminant de preuve du caractère injustifié de la demande à l'origine des mesures provisoires abrogées »<sup>(15)</sup>. La Cour ajoute, et c'est un attendu qui frappera particulièrement les commentateurs et les juridictions

nationales, qu'« une conclusion différente pourrait avoir pour effet, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, de dissuader le titulaire du brevet en cause de recourir aux mesures visées à l'article 9 de la directive 2004/48 et irait ainsi à l'encontre de l'objectif de cette directive consistant à assurer un niveau de protection élevé de la propriété intellectuelle »<sup>(16)</sup>.

Enfin, en ce qui concerne le comportement du demandeur, la Cour, se réfère à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48 relatif à la nécessité d'appliquer les mesures, les procédures et les réparations nécessaires pour assurer le respect des droits intellectuels « de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif »<sup>(17)</sup>. Elle en déduit qu'il « incombe à la juridiction de renvoi de vérifier que le demandeur n'a pas fait un usage abusif de la mesure prévue à l'article 9 »<sup>(18)</sup> et qu'« à cette fin, il appartient à celle-ci de prendre dûment en compte toutes les circonstances objectives de l'affaire, en ce compris le comportement des parties »<sup>(19)</sup>.

À la suite de cet arrêt, plusieurs commentateurs ont soulevé la question de savoir si un régime de responsabilité objective, qui prévoit donc que la responsabilité du titulaire est engagée dès lors que les mesures provisoires mises en œuvre sont révoquées ou lorsqu'il est ultérieurement jugé qu'il n'y avait pas d'atteinte ou de menace d'atteinte à ses droits, était encore compatible avec l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48. Selon nombre d'entre eux, seul un régime de responsabilité à base de faute semblait encore conforme au droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice<sup>(20)</sup>.

(16) Arrêt *Bayer*, point 65.

(17) Arrêt *Bayer*, point 67.

(18) La Cour mentionne, à notre avis à tort, l'article 9, paragraphe 7. On ne voit pas comment le demandeur – qui vise ici le titulaire des droits de propriété intellectuelle – peut abuser du droit à la réparation prévu dans ce paragraphe. Il faut sans doute comprendre qu'il y a lieu de vérifier s'il n'a pas abusé de la faculté d'obtenir des mesures provisoires (paragraphe 1).

(19) Arrêt *Bayer*, *op.cit.*, point 70.

(20) Voir, par exemple, T. DE HAAN, « Conséquences de l'eupéanisation des mesures provisoires et conservatoires en matière de droits intellectuels : la Cour de justice donne l'avantage au titulaire de droits », *Ing.-Cons.*, 2019, p. 503 ; L. DIJKMAN, « CJEU rules that repeal of provisional measure does not automatically create liability for wrongful enforcement », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, p. 917 ; J.-D. LINDEMANS et J. BUSSE, « Aansprakelijkheid voor het uitvoeren van voorlopige maatregelen in het kader van de handhaving van intellectuele rechten na de Bayer- en

(11) Arrêt *Bayer*, point 52.

(12) Arrêt *Bayer*, point 58.

(13) Arrêt *Bayer*, point 60.

(14) Arrêt *Bayer*, point 63.

(15) Arrêt *Bayer*, point 64.

Si la plupart d'entre eux semblaient approuver cette évolution, quelques-uns s'en sont émus, estimant que la solution de la Cour négligeait la situation de la partie subissant les mesures provisoires, et contestant l'effet dissuasif d'un régime de responsabilité objective sur les titulaires (brevetés) ayant un titre solide. Ceux-ci firent notamment valoir, à juste titre selon nous, que dans un système de responsabilité à base de faute, le titulaire de brevets (mais on peut étendre l'observation à d'autres droits intellectuels) peut être amené à solliciter des mesures provisoires dans des cas aux faibles chances de succès, entravant de ce fait le commerce légitime. Le risque couru par les concurrents est tel que ceux-ci peuvent être dissuadés d'entrer sur le marché même lorsque le risque de contrefaçon est faible, ce qui prive les consommateurs de potentielles diminutions de prix pour de nombreuses années<sup>(21)</sup>.

La Cour de justice eut toutefois l'opportunité d'apporter à sa jurisprudence quelques précisions, pour ne pas dire quelques rectifications, à l'occasion d'une nouvelle question préjudicielle relative à l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48, posée cette fois par une juridiction finlandaise dans l'affaire *Mylan contre Gilead*.

## B. L'arrêt Mylan

Les faits qui sont à l'origine de ces nouvelles questions préjudicielles étaient comparables à ceux qui présidaient à l'arrêt *Bayer*. Gilead, une société pharmaceutique « innovatrice » avait obtenu et fait exécuter des mesures provisoires à l'encontre de Mylan, producteur bien connu de médicaments génériques. Cette décision, rendue le 21 décembre 2017, faisait interdiction à Mylan d'offrir, de mettre sur le marché et d'utiliser le médicament générique en cause qui, selon Gilead, portait atteinte à son

certificat complémentaire de protection. Un an et demi plus tard, cette mesure fut toutefois annulée, ce qui advint aussi ultérieurement du droit de propriété intellectuelle sur lequel avaient été fondées les mesures provisoires. Mylan réclamait par conséquent une indemnisation de 2.367.854,99 EUR pour le dommage causé par lesdites mesures provisoires.

Le droit finlandais prévoit dans ce cas de figure une responsabilité objective du demandeur des mesures. Cependant, le montant de la réparation peut être réduit par le tribunal au motif que le défendeur a lui-même rendu possible la survenance du dommage ou n'a pas pris les mesures raisonnables pour prévenir ou limiter celui-ci et a ainsi contribué à sa survenance.

Dans ses conclusions, l'avocat général Szpunar suivit l'avis de nombreux auteurs et considéra que tel qu'interprété par la Cour dans l'arrêt *Bayer*, l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 s'oppose à ce que la responsabilité du demandeur de mesures provisoires qui y est prévue soit, dans l'ordre juridique interne d'un État membre, une responsabilité sans faute. L'avocat général relève que la Cour a souligné que les juges nationaux doivent toujours avoir la possibilité de prendre en compte toutes les circonstances particulières de l'affaire. Ceci ne serait pas possible si un régime de responsabilité objective est prévu parce qu'une telle responsabilité « est automatique et indépendante des circonstances particulières du cas d'espèce ».<sup>(22)</sup> La seule faculté pour les tribunaux nationaux de prendre en compte le comportement du défendeur aux fins de la détermination du montant du dédommagement ne serait pas suffisante car, selon l'avocat général, « la Cour a expressément exigé, dans l'arrêt *Bayer Pharma*, que les juridictions nationales prennent en compte les circonstances de chaque cas d'espèce afin d'apprécier s'il y a lieu d'accorder un dédommagement »<sup>(23)</sup>.

Dans son arrêt du 11 janvier 2024, la Cour de justice surprend toutefois les observateurs en s'écartant totalement des conclusions de son avocat général et en décidant, de manière plutôt inattendue mais à notre avis fort heureuse, qu'un régime de responsabilité objective tel que celui prévu en Finlande est bien compatible avec l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48.

La Cour rappelle d'abord qu'il incombe en tout état de cause à l'autorité judiciaire, saisie d'une demande d'indemnisation, d'examiner si les trois conditions prévues dans cette disposition sont

Snowfall-arresten », *TBH*, 2020, p. 362 ; T. DE HAAN, « The CJEU sides with IP right holders : the Bayer Pharma judgment (C-688/17) and the consequences of the Europeanisation of provisional and precautionary measures relating to IP rights », *European Intellectual Property Review*, 2020, p. 767 ; F. REYNAERT, « De "passende schadeloosstelling" : het (gebrek aan) evenwicht in het kader van een onterecht beslag inzake namaak », *Ann. Prat.*, 2022, p. 982 ; J. BUSSÉ, C. DEKONINCK, et J. FIGYS, « Hoofdstuk V. De aansprakelijkheid van de beslaglegger », in *Beslag inzake namaak. Een stand van zaken*, Gand, Larcier, 2017, pp. 88-89 ; W. TILMANN, « Consequences of the CJEU's Bayer v Richter decision », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, p. 526.

(21) R. FELTHUN, D. FIXLER, C. COTTER et D. BLAIE, « Compensating wrongly restrained defendants in pharmaceutical cases : recent developments in the EU, England and Australia », *Bio-Science Law Review*, vol. 17, p. 234.

(22) Av. gén. M. Szpunar, concl. préc. C.J., 11 janvier 2024, *Mylan AB c. Gilead Sciences Finland Oy et autres*, aff. C-473/22, ECLI:EU:C:2023:699, point 41.

(23) Point 45. C'est le magistrat qui souligne.

réunies. Premièrement, elle doit vérifier soit que les mesures provisoires ont été abrogées ou ont cessé d'être applicables en raison d'une action ou d'une omission du demandeur, soit qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte au droit de propriété intellectuelle de ce demandeur. Deuxièmement, elle doit apprécier l'existence d'un dommage. Troisièmement, elle doit déterminer s'il y a un lien de causalité entre ce dommage et ces mesures<sup>(24)</sup>. La Cour observe aussi que la disposition ne mentionne pas parmi ces conditions l'existence d'une faute du demandeur des mesures provisoires<sup>(25)</sup>.

Rappelant que le législateur de l'Union a choisi de procéder seulement à une harmonisation minimale concernant le respect de la propriété intellectuelle<sup>(26)</sup> et constatant par ailleurs que l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 reprend en substance le libellé de l'article 50, paragraphe 7, de l'accord ADPIC<sup>(27)</sup>, la Cour considère, en porte-à-faux avec son arrêt *Bayer*, que la disposition interprétée « laiss(e), en principe, aux États membres une marge de manœuvre quant à la mise en œuvre concrète du régime d'harmonisation<sup>(28)</sup>, leur permettant "d'opter, le cas échéant, pour un régime de responsabilité sans faute ou pour un régime de responsabilité pour faute" »<sup>(29)</sup>.

La Cour essaye ensuite de dissiper le malentendu né à la suite de son arrêt *Bayer* : celui-ci a certes décidé que l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 ne s'opposait pas à une législation nationale refusant une indemnisation au défendeur qui a subi des mesures provisoires lorsqu'il n'a pas adopté le comportement qui peut généralement être attendu de toute personne soucieuse d'éviter ou de réduire son préjudice, cela quand bien même le brevet sur la base duquel ces mesures avaient été accordées a été postérieurement annulé. La Cour a cependant explicitement précisé qu'une telle législation n'était compatible avec cette disposition qu'à la condition que le juge puisse *tenir compte*, afin de parvenir éventuellement à un tel refus, *de toutes les circonstances de l'affaire*<sup>(30)</sup>. L'obligation de tenir compte de toutes les circonstances ne revient toutefois *pas* à *subordonner* l'indemnisation à l'existence d'une *faute du demandeur*<sup>(31)</sup>. Autrement dit, le juge « doit pouvoir prendre en compte toutes les circonstances de

l'affaire dont il est saisi, en ce compris le comportement des parties, et ce indépendamment du régime de responsabilité retenu »<sup>(32)</sup>.

La Cour souligne ensuite que la marge de manœuvre dont disposent les États membres pour transposer l'article 9, paragraphe 7, est également encadrée par les prescriptions de l'article 3 de la directive 2004/48. Cette disposition prévoit que les moyens prévus par les États pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle doivent être (i) équitables et proportionnés et (ii) ne pas créer d'obstacle au commerce légitime tout en (iii) restant dissuasifs<sup>(33)</sup>. La Cour vérifie alors si ces conditions sont remplies s'agissant du *système* de mesures provisoires *et* d'indemnisation<sup>(34)</sup> prévu par la législation finlandaise.

La Cour parvient à la conclusion que, en l'espèce, il est « parfaitement » satisfait à ce « triple test ».

S'agissant, premièrement, du caractère proportionné et équitable du système, la Cour de justice souligne que le législateur de l'Union « a voulu assurer un *équilibre* entre un niveau élevé de protection des droits de propriété intellectuelle *et les droits et les libertés du défendeur* »<sup>(35)</sup> (une mise en balance qui était étrangement absente de l'arrêt *Bayer*). Ceci explique que le législateur ait prévu, tant dans l'article 9 que dans l'article 7, des mesures de dédommagement qui « constituent des garanties que le législateur a considérées nécessaires en *contrepartie* des mesures provisoires rapides et efficaces dont il a prévu l'existence »<sup>(36)</sup>. Battant en brèche une des considérations de l'arrêt *Bayer*<sup>(37)</sup>, la Cour estime ensuite qu'« il ne saurait être soutenu qu'un mécanisme de responsabilité sans faute tel que celui en cause au principal remettrait en question (cet) équilibre en *dissuadant le titulaire* d'un droit de propriété intellectuelle d'agir en justice et de se prévaloir de ce droit. En effet, les mesures provisoires sont destinées à prévenir une atteinte imminente à un tel droit ou à empêcher la poursuite d'un acte de contrefaçon présumé. Cependant, s'il s'avère finalement qu'il n'y a pas eu d'atteinte à ce droit, *le fondement des mesures provisoires disparaît, ce qui oblige, en principe, le*

(24) Arrêt *Mylan*, point 30.

(25) Arrêt *Mylan*, point 31.

(26) Arrêt *Mylan*, point 33.

(27) Arrêt *Mylan*, point 34.

(28) Arrêt *Mylan*, point 35.

(29) Arrêt *Mylan*, point 36.

(30) Arrêt *Mylan*, point 37 (nous soulignons).

(31) Arrêt *Mylan*, point 38 (nous soulignons).

(32) Arrêt *Mylan*, point 40.

(33) Arrêt *Mylan*, point 41.

(34) Le régime de responsabilité sans faute doit en effet être replacé « dans le contexte » des mesures provisoires prévues par l'article 9 et c'est le « système issu de leur combinaison » qui doit répondre aux conditions de l'article 3, paragraphe 2, de la directive (point 42).

(35) Point 44. Nous soulignons.

(36) Arrêt *Mylan*, point 45.

(37) Voy. le point 65 de l'arrêt *Bayer*.

demandeur à réparer tout dommage causé par ces mesures injustifiées »<sup>(38)</sup>. Intéressante et essentielle également est la considération de la Cour selon laquelle « Le fait que le demandeur de (mesures provisoires) soit tenu d'apprécier le *risque de leur exécution* correspond au *risque* que prend le défendeur en décidant de commercialiser des produits qui sont susceptibles de constituer une contrefaçon. Ainsi, un mécanisme de responsabilité sans faute, fondé sur le risque pris par le demandeur, apparaît *proportionné à l'objectif* du législateur de l'Union d'assurer le respect des droits de propriété intellectuelle tout en atténuant de manière globale le risque que le défendeur subisse un préjudice du fait des mesures provisoires »<sup>(39)</sup>.

En ce qui concerne, deuxièmement, l'absence d'obstacle au commerce légitime, la Cour observe que « les actes du défendeur empêchés par ces mesures *relevaient pleinement du commerce légitime et n'auraient pas dû être entravés*. De même, dans cette hypothèse, le *haut niveau de protection* de la propriété intellectuelle voulue par le législateur de l'Union ne saurait être invoqué dès lors que le droit de propriété intellectuelle, annulé de manière rétroactive, est *réputé n'avoir jamais existé* »<sup>(40)</sup>. Ce point est particulièrement important : il contraste singulièrement avec les considérations de l'arrêt *Bayer* sur le caractère « (in)justifié » des mesures provisoires, devant s'apprécier au moment où elles sont prises (et où un brevet valable existe).

En ce qui concerne, enfin, le caractère « dissuasif » du système de mesures provisoires, l'arrêt relève que « dès lors que le juge saisi d'une demande en réparation peut tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, en ce compris le comportement du défendeur, pour déterminer le montant des dommages-intérêts, un tel régime de responsabilité sans faute n'est pas susceptible de remettre en question le caractère dissuasif du système de mesures provisoires »<sup>(41)</sup>. La possibilité de prendre en considération le comportement, et en particulier la faute, du défendeur, est donc essentielle.

En définitive, si la Cour conclut que l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 « ne s'oppose pas » à une législation telle que la législation finlandaise – à savoir un mécanisme de responsabilité objective nuancé par la possibilité de prendre en cause toutes les circonstances de l'espèce, en ce compris l'éventuelle participation du défendeur à la réalisation du dommage, pour adapter le montant des dommages-intérêts –, plusieurs considérations

de l'arrêt *Mylan* permettent de penser que la Cour considère un tel système comme supérieur à un régime de responsabilité à base de faute, car plus équilibré. Non seulement l'équilibre des droits du demandeur et du défendeur apparaît « *parfaitement garanti* »<sup>(42)</sup> par un mécanisme de responsabilité sans faute tel que celui en cause au principal, mais « s'il s'avère finalement qu'il n'y a pas eu d'atteinte (au droit de propriété intellectuelle), le fondement des mesures provisoires disparaît, ce qui oblige, *en principe*, le demandeur à réparer tout dommage causé par ces mesures injustifiées »<sup>(43)</sup>.

## II. Et en Belgique ?

Quel sera, ou pourrait être, l'impact de l'arrêt annoté en Belgique ? Il convient d'abord de rappeler que, dans notre pays, la situation du titulaire de droits intellectuels diffère selon que l'ordonnance du président du tribunal qui a autorisé une saisie en matière de contrefaçon ou accordé des mesures provisoires est réformée à la suite d'un recours ([tierce] – opposition ou appel) ou qu'elle est contredite par une décision ultérieure du juge du fond concluant à l'absence de contrefaçon. Dans le premier cas s'applique le régime de responsabilité objective prévu à l'article 1398, alinéa 1, du Code judiciaire : « l'exécution provisoire du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit » ; ce qui signifie que le titulaire sera automatiquement tenu de réparer le dommage occasionné par la saisie ou les mesures provisoires<sup>(44)</sup>. Dans le second cas, cette disposition particulière n'est pas d'application. Par un arrêt *Balta* du 11 mars 2005, la Cour de cassation dit pour droit que, en décidant que la saisie est illicite du seul fait que la saisie-description a été réalisée par une partie dont le droit d'auteur n'a ensuite pas été reconnu par le juge du fond, le juge ne justifie pas légalement sa décision<sup>(45)</sup>. En d'autres termes, dans ces circonstances, la responsabilité du titulaire était régie par l'article 1382 du Code civil (ancien) et non

(42) Arrêt *Mylan*, point 48. Nous soulignons.

(43) Arrêt *Mylan*, point 46. Nous soulignons.

(44) Cass., 7 avril 1995, *Pas.*, I, p. 396, *R.W.*, 1995-1996, p. 185, note K. BROECKX. ; H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 925, et les références citées à la note 3505.

(45) Cass., 11 mars 2005 (*Balta industries c. Roger Vanden Berghe*), *Pas.*, 2005, p. 583, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1313, *I.R.D.I.*, 2005, p. 238, *A&M*, 2005, p. 396, note F. DE VISSCHER. Pour des commentaires critiques de cette solution, *cf.* F. DE VISSCHER, note précitée ; D. DESSARD, « Les abus de la saisie-description », *Ing.-Cons.*, 2005, pp. 303 et s., spéc. p. 304.

(38) Arrêt *Mylan*, point 46 (nous soulignons).

(39) Arrêt *Mylan*, point 47 (nous soulignons).

(40) Arrêt *Mylan*, point 49 (nous soulignons).

(41) Arrêt *Mylan*, point 60.

par l'article 1398, alinéa 1, du Code judiciaire<sup>(46)</sup> ; elle était dépendante d'une faute du titulaire<sup>(47)</sup>.

La question a toutefois rebondi à la suite de la transposition de la directive 2004/48. À ce moment, le législateur belge a en effet inséré dans le Code judiciaire des dispositions directement inspirées des articles 7, paragraphe 3, et 9, paragraphe 7, de la directive 2004/48 : en vertu de l'article 1369bis/3, § 2, du Code, « dans les cas où les mesures de description ou de saisie sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du requérant, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte au droit de propriété intellectuelle en cause, le tribunal peut condamner le requérant, sur demande du défendeur, à verser à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures » ; l'article 1369ter, § 3, prévoit la même chose à l'égard du dommage causé par des mesures provisoires<sup>(48)</sup>. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2007 ; elles ne s'appliquent pas aux faits dommageables survenus avant cette date<sup>(49)</sup>.

La doctrine s'est alors divisée sur la question de savoir si ces dispositions introduisaient un nouveau

cas de responsabilité objective<sup>(50)</sup> ou si elles renvoyaient implicitement à l'article 1382 du Code civil (ancien)<sup>(51)</sup>. La cour d'appel de Gand, le tribunal de commerce d'Anvers et la cour d'appel d'Anvers ont retenu la première option<sup>(52)</sup>, alors que le tribunal de commerce de Bruxelles et la cour d'appel de Bruxelles (8<sup>e</sup> chambre néerlandophone) se sont montrés plus cléments à l'égard des titulaires de droits intellectuels, en subordonnant la responsabilité de ceux-ci à la démonstration d'une faute<sup>(53)</sup>. Dans son arrêt du 28 février 2018, la cour d'appel de Bruxelles

(46) À noter que l'article 1398, alinéa 1, du Code judiciaire n'est pas davantage applicable lorsqu'une saisie en matière de contrefaçon a été pratiquée en exécution d'une décision qui est ensuite rétractée sur la base de l'article 1369bis/1, § 7, du Code judiciaire (anc. art. 1419, al. 2, C. jud.), lequel permet au saisi de requérir la modification ou la rétractation de l'ordonnance en cas de « changement de circonstances » : *cfr* Cass., 10 septembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1294, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1308, *A&M*, 2008, p. 105, note F. DE VISSCHER.

(47) Pour pallier le défaut d'application de l'article 1398, alinéa 1, du Code judiciaire, F. DE VISSCHER, constatant qu'il est difficile de tenir l'exécution d'une décision de justice pour un manquement à l'obligation générale de prudence, propose de considérer la saisie, réalisée par quelqu'un dont il est finalement reconnu qu'il n'avait pas de droit exclusif, comme une faute par violation d'une disposition légale déterminée, à savoir celle qui consacre la liberté de commerce et industrie (*cfr* notre précitée sous Cass., 11 mars 2005 ; *ég.* F. DE VISSCHER et P. BRUWIER, *La saisie-description et sa réforme – Jurisprudence 1997-2009*, coll. Les dossiers du *Journal des tribunaux*, vol. 79, p. 152). Cette proposition, implicitement exclue par l'arrêt *Balta*, n'a pas fait florès.

(48) Dans les cas où les mesures provisoires sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte au droit de propriété intellectuelle en cause, le tribunal peut ordonner au demandeur, sur demande du défendeur, un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

(49) Cass., 14 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2539, *R.A.G.B.*, 2015, p. 436.

(50) En ce sens, voy. not. H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 942 ; K. ONGENA, « Commentaire de l'article 1369bis/3 du Code judiciaire », in B. ALLEMEERSCH, P. DEPUYDT, D. LINDEMANS, S. RAES et B. VAN DEN BERGH (éd.), *Ge-rechtelijke Wetboek Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer, septembre 2009 ; L. VAN BUNNEN, « Examen de jurisprudence (2004 à 2008) – Brevets d'invention », *R.C.J.B.*, 2009/1, p. 142 n° 23 ; V. PEDE, « Schadevergoeding bij onterecht beslag inzake namaak : *Quo vadis* », *I.R.D.I.*, 2010, pp. 274-275 ; Rapp. B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 554-555 (qui tout en considérant que la responsabilité du saisissant est fondée sur l'article 1382 du Code civil et requiert donc une faute, estiment que cette faute résulte de la seule exécution des mesures provisoires alors qu'il est ultérieurement jugé qu'il n'y avait pas d'atteinte au droit de propriété intellectuelle. Pour une critique de cette approche en termes de « faute implicite », voy. S. CATTOOR et M. VAN MEERBEECK, « Compensation to the alleged infringer of an IP right for harm caused by provisional measures in case of a different outcome on appeal or on the merits », in *Handhaving van intellectuele rechten in België – Respect des droits intellectuels en Belgique*, Gand, Larcier, 2017, pp. 127-146, n° 21).

(51) En ce sens, voy. K. ROOX, « De nieuwe bevoegdheids-regeling in het intellectuele eigendomsrecht (deel II) », *I.R.D.I.*, 2008, p. 16, n° 17 ; A. DE BOECK et J. LINDEMANS, « Aansprakelijkheid voor beslag inzake namaak », *R.A.B.G.*, 2011, pp. 16-20 ; S. CATTOOR et M. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, pp. 127-146, n°s 25-26 ; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention*, Bruxelles, Larcier, 2020, n°s 1027 et 1045.

(52) Voy. Gand 5 mai 2014, *D.A.O.R.*, 2015, p. 108, point 7.1 ; Anvers, 18 avril 2016, RG n° 2010/AR/2481, *Helm e.a. c. Ajinomoto*, disponible sur *Darts-IP* ; Prés. comm. Anvers, 20 décembre 2017, *Ing.-Cons.*, 2018, p. 502, point 7 ; rapp. Prés. comm. Gand, 13 décembre 2012, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 851, point 4.4 (la cour n'évoque pas une responsabilité objective mais applique directement l'article 1369bis/3, § 2, sans rechercher si la saisie était fautive ni se référer à l'article 1382 du Code civil).

(53) Comm. Bruxelles, 3 novembre 2010, *R.D.C.*, 2011/5, *I.R.D.I.*, 2010, p. 474 ; Bruxelles, 15 décembre 2009, *R.A.B.G.*, 2011, p. 8, note A. DE BOECK et J.-D. LINDEMANS ; Bruxelles, 28 février 2018, *R.D.C.*, 2018, p. 480, *I.R.D.I.*, 2018, 64, note V. VAN OVERMEIRE.



considère, notamment, qu'un régime de responsabilité objective pourrait constituer une barrière non souhaitable à l'objectif de la directive 2004/48, qui est d'assurer aux titulaires des moyens effectifs de faire respecter leurs droits, et que l'article 1382 offre au saisi une garantie suffisante contre l'usage et l'abus de la procédure de saisie en matière de contrefaçon, sans que cette garantie ou ce contrepoids ne dissuade trop le titulaire de recourir à cette procédure<sup>(54)</sup>.

L'arrêt *Bayer* de la Cour de justice<sup>(55)</sup> est bien évidemment venu renforcer cette seconde tendance. Dans un arrêt du 11 octobre 2022<sup>(56)</sup>, en particulier, la même 8<sup>e</sup> chambre de la cour d'appel de Bruxelles, après avoir reproduit les principaux attendus de l'arrêt *Bayer*, considère, en s'appuyant sur plusieurs articles de doctrine<sup>(57)</sup>, que ces attendus ne laissent aucune place pour une responsabilité objective fondée sur le

seul retrait des mesures provisoires<sup>(58)</sup> ; une faute est requise. Qui plus est, selon la cour d'appel, le simple fait que des mesures provisoires ont été demandées et exécutées sur la base d'un brevet ultérieurement annulé ou révoqué, ne suffit pas à prouver une faute dans le chef du titulaire de ce brevet<sup>(59)</sup>. Pour mettre en cause la responsabilité de ce dernier l'entreprise qui a subi les mesures doit établir qu'au moment où les mesures ont été demandées, ou au moment de les faire exécuter, le titulaire « savait ou devait savoir » que le brevet sur lequel il s'appuyait ne répondait pas aux conditions matérielles de validité, et que ses agissements ou ses omissions étaient illicites ou constituaient un abus de droit<sup>(60)</sup>. La cour d'appel de Gand s'est également ralliée à cette analyse dans une affaire de droit d'auteur<sup>(61)</sup>.

Or, il résulte de l'arrêt ici annoté (*Mylan*) que cette analyse de la jurisprudence *Bayer* est erronée : non seulement les États membres ont le choix entre une responsabilité à base de faute et une responsabilité à base de risque, mais un régime de ce second type, pour autant qu'il permette au juge national de prendre en compte toutes les circonstances de la cause, paraît proportionné et équitable<sup>(62)</sup>, garantit l'absence d'obstacle au commerce légitime<sup>(63)</sup> et n'est pas susceptible de remettre en cause le caractère dissuasif du système de mesures provisoires<sup>(64)</sup>. Il est donc pleinement conforme aux exigences de l'article 3 de la directive 2004/48 (et de l'article 41 de l'accord sur les ADPIC).

L'arrêt *Mylan* conduit également à reconsidérer la portée des articles 1369bis/3, § 2 et 1369ter, § 3, du

(54) Traduction libre. « Het hof verwijst naar de overwegingen 20, 22, 23 en 24 van de handhavingsrichtlijn. De doelstelling van de bepalingen van de Handhavingsrichtlijn is om effectieve middelen ter beschikking te stellen van de houder van een intellectueel eigendomsrecht teneinde dit recht te handhaven. Een objectieve aansprakelijkheid kan een ongewenste barrière opwerpen tegen deze doelstelling van de Handhavingsrichtlijn. Dat een vordering gesteund op artikel 1369bis/3, § 2, Ger.W., beoordeeld wordt overeenkomstig artikel 1382 BW, spoort met de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn en inzonderheid met de bepalingen van artikel 3 daarvan. Artikel 1382 BW biedt de beslagene een voldoende waarborg en tegengewicht (cfr overweging 22 van de Handhavingsrichtlijn en de artikelen 7,4. en 9,7. daarvan) tegen gebruik en misbruik van de procedure van beslag inzake namaak, zonder dat deze waarborg of dit tegengewicht de beslaglegger al te zeer zou ontraden om op deze procedure een beroep te doen ». La cour d'appel retient toutefois *in casu* la responsabilité du titulaire – il s'agissait d'un modèle enregistré – car il était ressorti du dossier que celui-ci avait connaissance d'une divulgation antérieure au délai de grâce, laquelle pourrait être de nature à invalider ce dessin ou modèle, mais n'en avait rien dit au magistrat auprès de qui il avait sollicité la mesure de saisie-contrefaçon ; par cette dissimulation, le titulaire s'était rendu coupable d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

(55) Cfr *supra*, note 4.

(56) Bruxelles 11 octobre 2022, *Ing.-Cons.*, 2022, p. 893.

(57) T. DE HAAN, *op. cit.* ; V. PEDE, « Het arrest *Bayer* van het Hof van Justitie en het nieuwe Uniebegrip "passende schadeloosstelling" ingeval voorlopige maatregelen achteraf worden ingetrokken », *I.R.D.I.*, 2019, p. 279 ; N. SOMERS, commentaire de l'article 1369ter du Code judiciaire, in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, n° 7 ; J.-D. LINDEMANS et J. BUSSÉ, *op. cit.*, p. 362. ; C. RONSE et G. FROIDBISE, « Intellectuele rechten : beslag inzake namaak », in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Wolters Kluwer Belgium, Malines, p. 80-117, spec. p. 116 (juin 2023).

(58) « De hierboven aangehaalde overwegingen van het Hof van Justitie laten geen ruimte voor een objectieve aansprakelijkheid, enkel op basis van het intrekken van de voorlopige maatregelen ».

(59) Comp. la proposition de F. DE VISSCHER évoquée à la note 45 ci-dessus.

(60) « Het loutere feit dat voorlopige maatregelen werden gevorderd en vervolgens uitgevoerd op basis van een octrooi dat later werd nietig verklaard of herroepen, zoals *in casu*, volstaat niet tot bewijs van enige fout in hoofd van Novartis. Mylan dient te bewijzen dat Novartis op het ogenblik van het stellen en bij het handhaven van haar vordering die ertoe strekte voorlopige maatregelen te horen bevelen, of bij de uitvoering van het arrest waarbij deze voorlopige maatregelen werden bevolen, wist of diende te weten dat het octrooi waarop zij zich beriep niet beantwoordde aan de materiële vereisten voor octrooiverlening en nietig was, en haar handelen of nalaten onrechtmatig was of een misbruik uitmaakte van haar rechten ».

(61) Gand, 7 novembre 2022, *Ann. prat. com.*, 2022, p. 953, note F. REYNAERT.

(62) Arrêt *Mylan*, points 44-48.

(63) Arrêt *Mylan*, point 49.

(64) Arrêt *Mylan*, point 50.

Code judiciaire<sup>(65)</sup>. Car, dans l'interprétation consacrée par la cour d'appel de Bruxelles, ces dispositions contribuent à conférer au titulaire putatif de droits intellectuels une position de force remarquable, pour ne pas dire disproportionnée. Or, si la propriété intellectuelle mérite un haut degré de protection, conformément à l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la liberté d'entreprise constitue également un pilier de l'ordre économique, tant au niveau de la Belgique (art. II.3 CDE) que de l'Union européenne (art. 16 ChDFUE).

Lorsqu'elles se prolongent pendant une longue période, les mesures de saisie et autres injonctions « provisoires » de cesser toute commercialisation d'un produit ou d'un service portent une atteinte grave à cette liberté d'entreprise et, lorsqu'elles reposent sur un droit finalement inexistant ou non violé, constituent un obstacle sérieux au commerce légitime. Chaque jour qui passe est synonyme de dévaluation des marchandises saisies, de pertes de chiffre d'affaires, de bénéfices, de clients, de parts de marché et de frais de toutes sortes pouvant mener jusqu'à la faillite de la victime<sup>(66)</sup>. Un dommage potentiellement considérable, donc, qui, dans un système de responsabilité à base de faute, demeurera le plus souvent non réparé, tant il est difficile d'établir que le titulaire des droits intellectuels finalement débouté « savait ou aurait dû savoir » que son action finirait par être rejetée<sup>(67)</sup>.

Certes, le titulaire putatif de droits intellectuels a pu se tromper de bonne foi sur la portée de ceux-ci ; il a pu faire preuve d'un excès d'optimisme, qui semble d'autant plus excusable que le juge du provisoire a suivi son argumentation. Mais ne devrait-il pas assumer les conséquences de cette erreur, quand bien même celle-ci n'équivaudrait pas à une faute au sens juridique du terme<sup>(68)</sup> ? D'autant que, dans l'hypothèse inverse, en cas de succès de son action en contrefaçon, la responsabilité du contrefacteur présente un caractère objectif, en tout cas quasi automatique<sup>(69)</sup>. Finalement, le titulaire puta-

tif de droits intellectuels, en sollicitant une saisie en matière de contrefaçon ou des mesures provisoires, a tout à gagner et rien à perdre<sup>(70)</sup> ; puissamment armé, il jouit également d'une forme d'immunité<sup>(71)</sup>.

Il est donc permis de penser que le système n'assure pas un juste équilibre entre les droits fondamentaux dont peuvent se prévaloir respectivement les parties au litige<sup>(72)</sup>.

Ces griefs ne sont pas les seuls qui peuvent être adressés au régime de la responsabilité à base de faute. Comme l'ont fait observer d'éminents spécialistes du droit judiciaire, le juge des référés ne devrait statuer « qu'au provisoire » (art. 584 C. jud.) et ses ordonnances ne devraient pas porter « atteinte au principal » (art. 1039, al. 1, C. jud.) ; ces ordonnances n'ont pas une véritable autorité de chose jugée mais seulement une « autorité de chose décidée », au contraire des jugements du juge du fond, qui ont une nature déclarative et auxquelles s'attache une présomption de vérité. Ces principes sont bafoués si le dommage causé au défendeur (ou au saisi) reste *définitivement* à charge de celui-ci, alors même que le juge du fond décide qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits du titulaire<sup>(73)</sup>.

Enfin, il a été relevé, à juste titre, que la coexistence entre une responsabilité à base de faute, dans l'hypothèse où le juge du fond arrive à une autre conclusion

---

bien fondée sur l'article 1382 du Code civil, la violation du droit intellectuel impliquant la méconnaissance d'une norme légale déterminée, et donc une faute (en l'absence d'erreur invincible ou d'une autre cause de justification dans le chef du contrefacteur). À notre avis, la discussion a perdu de son intérêt depuis l'adoption de l'article XI.335 du Code de droit économique, aux termes duquel « (...) la partie lésée a droit à la réparation de tout préjudice qu'elle subit du fait de l'atteinte à un droit visé à l'article XI.334, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> ». Le détour par l'article 1382 n'est plus nécessaire.

(70) *Cfr* J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou "qui perd gagne" », *J.T.*, 2014, pp. 537-542.

(71) Sinon d'impunité : *cfr* B. REMICHE et V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 554-555, F. DE VISSCHER, note précitée sous Cass., 11 mars 2005, point 3 ; F. REYNAERT, *op. cit.*, n° 27.

(72) Rapp. F. DE VISSCHER, notes précitées sous Cass., 11 mars 2005 et sous Cass., 10 septembre 2004 ; J. BUSSÉ, C. DEKONINCK et J. FIGYS, *op. cit.*, p. 63-72, n° 95, *in fine* ; F. REYNAERT, *op. cit.*, n° 27 ; R. FELTHUN, D. FIXLER, C. COTTER et D. BLAIEKIE, *op. cit.*, p. 234.

(73) *Cfr* J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou "qui perd gagne" », *op. cit.*, spéc. p. 540-541 ; voy. aussi F. DE VISSCHER, note sous Cass., 11 mars 2005, point 4, p. 403.

---

(65) En ce sens également, voy. F. REYNAERT, *op. cit.*, p. 977-988.

(66) Voy. égal. F. DE VISSCHER, note précitée sous Cass., 11 mars 2005, point 3.

(67) Voy. égal. J. BUSSÉ, C. DEKONINCK, et J. FIGYS, *op. cit.*, p. 63-72, n° 92 ; F. REYNAERT, *op. cit.* Pour un exemple de condamnation fondée sur une faute caractérisée, voy. Bruxelles, 15 septembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 995 (saisie de programmes d'ordinateur).

(68) Comp. D. DESSARD, note précitée, avançant que l'exercice d'une action sans droit implique toujours une faute, même la plus légère.

(69) La responsabilité du contrefacteur est généralement qualifiée d'objective. Pour F. DE VISSCHER, elle est toutefois

que le juge au provisoire, et la responsabilité objective prévue par l'article 1398, alinéa 1, du Code judiciaire, en cas de rétractation ou de réformation d'une décision favorable au titulaire de droit, crée une différence de traitement difficilement justifiable<sup>(74)</sup>.

En conclusion, un système de responsabilité à base de risque, nuancé par la possibilité de prendre en considération toutes les circonstances concrètes de la cause, nous paraît préférable. Non seulement il réalise un juste équilibre entre les droits fondamentaux en cause, mais il respecte également mieux la véritable nature de l'ordonnance dont l'exécution s'avère dommageable, sans compter qu'il évite des discriminations.

Or, un tel système peut parfaitement être fondé sur les articles 1369bis/3, § 2, et 1369ter, § 3, du Code judiciaire : ceux-ci ne contiennent aucune référence à la notion de faute, ni aucun renvoi à l'article 1382 du Code civil<sup>(75)</sup>, et peuvent parfaitement constituer une base juridique autonome pour l'indemnisation des victimes de saisies ou de mesures provisoires qui obtiennent finalement gain de cause au fond<sup>(76)</sup>, tout comme l'article XI.335 du Code de droit économique sert de base juridique autonome pour la réparation des dommages causés par l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle. La formule selon laquelle le juge « peut » accorder un dédommagement approprié permet à celui-ci de tenir compte de circonstances particulières ; le comportement de la victime des mesures peut notamment conduire à une réduction du montant de l'indemnité qui lui est allouée, puisqu'aussi bien le dédommagement ne doit porter que sur le préjudice « causé par les mesures ».

(74) Cfr F. DE VISSCHER, note précitée sous Cass., 11 mars 2005, point 5 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Effets d'une décision contraire du juge du fond sur l'exécution d'une ordonnance de référé antérieurement ordonnée, ou "qui perd gagne" », *op. cit.*, point C, p. 541 ; H. BOULARBAH, *op. cit.*, point 940.

(75) Bien au contraire, l'exposé des motifs mentionne que « la jurisprudence estime d'ores et déjà que la saisie en matière de contrefaçon est exécutée au *risque* du saisissant comme c'est le cas de toute exécution provisoire du jugement » (Projet de loi I relatif aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle et projet de loi II relatif aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 2943/1 et 2944/1, p. 66 ; nous soulignons). Il est vrai que la portée de ce passage doit être nuancée dans la mesure où le législateur se méprend sur la nature du régime de responsabilité consacré par la Cour de cassation sous l'empire de la législation antérieure.

(76) Rappr. P. CALLENS, « Gevolgen van de omzetting van de Handhavingsrichtlijn op de aansprakelijkheid van de uitvoerder van een beslag inzake namaak », *Ann. prat. com.*, 2009, pp. 789 et s., n° 21.

Le détournement par l'article 6.5 du Code civil (récemment substitué à l'article 1382 de l'ancien Code civil) et la nécessité qui en résulte d'établir une faute du titulaire du droit sont à notre estime inopportuns et devraient être abandonnés.

Reste à voir ce qu'en pensera la Cour de cassation.

Bernard Vanbrabant<sup>(77)</sup> et Dietger Glorieux<sup>(78)</sup>

## HJEU (Grote kamer) 5 maart 2024

Zetel: Lenaerts (pres.), Bay Larsen (vicepres.), Arabadjev, Prechal, Regan en Piçarra (kamerpres.), Ilešič (verslagg.), Xuereb, Rossi, Jarukaitis, Kumin, Jääskinen, Wahl, Ziemele en Passer (rechters)

Op. min.: L. Medina (adv.-gen.)

PUBLIC.RESOURCE.ORG, INC. EN RIGHT TO KNOW CLG (Mrs. Hackl en Nüßing) t. EUROPESE COMMISSIE (Mrs. Delaude, Gattinara en Thiran)

Zaak C-588/21 P

**Verordening 1049/2001 – Recht op toegang tot documenten van EU-instellingen – Uitzonderingen – Openbaarmaking die de commerciële belangen van een natuurlijke of rechtspersoon, met inbegrip van intellectuele eigendom, zou schaden – Bescherming op grond van het auteursrecht – Hoger openbaar belang dat openbaarmaking gebiedt**

1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 14 juli 2021, *Public.Resource.Org en Right to Know/Commissie* (T-185/19, EU:T:2021:445), wordt vernietigd.

2) Besluit C(2019) 639 final van de Commissie van 22 januari 2019 wordt nietig verklaard.

**Règlement 1049/2001 – Droit d'accès aux documents des institutions de l'UE – Exceptions – Divulgaration qui porterait atteinte à la protection des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale, y compris la propriété intellectuelle – Protection découlant du droit d'auteur – Intérêt public supérieur justifiant la divulgation**

1) L'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 14 juillet 2021, *Public.Resource.Org et Right to*

(77) Professeur à l'Université de Liège, Avocat (Liedekerke).

(78) Assistant, Université de Liège.