

la Cour dit pour droit :

1. – L'article 4, 1<sup>er</sup>, de la loi du 6 juillet 1976 sur la répression du travail frauduleux à caractère commercial ou artisanal et l'article 19, paragraphe 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la loi du 15 mai 2007 relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle, interprétés en ce sens qu'ils excluent tout contrôle juridictionnel de la légalité de l'autorisation accordée par le juge de police de pénétrer dans des bâtiments ou locaux habités, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.

– Les mêmes dispositions, interprétées en ce sens qu'elles n'excluent pas tout contrôle juridictionnel de la légalité de l'autorisation accordée par le juge de police de pénétrer dans des bâtiments ou locaux habités, ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. – Les mêmes dispositions, interprétées en ce sens qu'elles soustraient totalement au principe du contradictoire les documents et explications sur lesquels est basée l'autorisation accordée par le juge de police de pénétrer dans des bâtiments ou locaux habités, violent l'article 15 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

– Les mêmes dispositions, interprétées en ce sens qu'elles ne soustraient pas au principe du contradictoire les documents et explications sur lesquels est basée l'autorisation accordée par le juge de police de pénétrer dans des bâtiments ou locaux habités, sauf si, de ce fait, un autre droit fondamental ou principe était vidé de sa substance de manière disproportionnée, ne violent pas l'article 15 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

3. – Les mêmes dispositions, interprétées en ce sens que l'autorisation accordée par le juge de police ne doit pas être motivée, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.

– Les mêmes dispositions, interprétées en ce sens qu'elles ne dispensent pas le juge de police de l'obligation de motiver expressément l'autorisation de visite, ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.

Siég. : MM. M. Bossuyt (prés.), R. Henneuse, A. Alen, J.-P. Snappe (rapp.), E. Derycke (rapp.), J. Spreutels et P. Nihoul. Greffier : M. F. Meeersschaut.

Plaid. : M<sup>es</sup> E. Wellekens (*loco* T. Decaigny) et E. Jacobowitz.

J.L.M.B. 13/737

## Observations

### **La preuve d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle doit-elle être rapportée dans le respect des droits fondamentaux et de la vie privée ?**

1. L'arrêt annoté aborde la question des mesures intrusives susceptibles d'être autorisées en vue de rechercher et constater les infractions aux droits de propriété intellectuelle.

La problématique est délicate dans ses liens avec les droits fondamentaux et, en particulier, le droit au respect de la vie privée.

Bien que l'arrêt de la Cour constitutionnelle concerne une affaire pénale, il nous offre l'opportunité de revenir d'une manière plus large sur le sujet, en mettant en lumière les balises récemment posées par la jurisprudence en matière civile.

Le défi dans ce type de dossier réside dans la définition d'un équilibre entre la protection des droits et libertés des personnes subissant les mesures et la nécessité de pouvoir constater d'une manière effective les atteintes aux droits intellectuels<sup>1</sup>.

Dans sa conception et sa mise en œuvre, le mécanisme de la saisie-description constitue une illustration intéressante de la recherche de cet équilibre.

2. En cas d'indices de contrefaçon, un titulaire de droits intellectuels peut introduire une requête unilatérale en vue d'obtenir l'autorisation de procéder à des mesures d'investigation intrusives (description et, le cas échéant, saisie)<sup>2</sup>.

Ce type de procédure est progressivement devenu un standard imposé par les textes internationaux relatifs aux droits intellectuels<sup>3</sup>. L'absence de contradiction au stade initial d'une telle procédure est nécessaire pour ménager l'effet de surprise sans lequel une preuve de contrefaçon serait très difficile à recueillir<sup>4</sup>.

3. Il y a donc, dans un premier temps, une entorse aux principes fondamentaux de la procédure civile. Le caractère contradictoire peut en effet être mis en œuvre d'une manière différée, pour autant que cette dérogation temporaire soit proportionnée et se justifie par des objectifs légitimes<sup>5</sup>.

Pour assurer un équilibre entre les intérêts des titulaires de droits de propriété intellectuelle et les droits des personnes visées par les mesures, le code judiciaire prévoit un double contrôle juridictionnel, en amont (dans la phase unilatérale de la procédure) et en aval (dans le cadre d'un débat contradictoire, suite à un recours de la personne visée par la mesure).

4. Dans la phase initiale de la procédure, il convient tout d'abord de veiller à ce que l'autorisation de procéder à des mesures intrusives ne soit accordée que dans le strict respect des conditions légales.

La procédure unilatérale constitue en effet un mécanisme exceptionnel dont les conditions d'application doivent être appréciées strictement<sup>6</sup>. À cet égard, la Cour rappelle judicieusement dans l'arrêt annoté que les ingérences dans la vie privée d'autrui ne sont permises qu'en vertu de la loi<sup>7</sup>.

Dans l'exercice du contrôle juridictionnel unilatéral préalable, il revient donc au magistrat saisi de vérifier la réunion de l'ensemble des exigences légales. Ce contrôle doit être d'autant plus minutieux qu'il s'exerce dans le cadre d'un débat qui n'est pas (encore) contradictoire. Les mesures autorisées sur requête unilatérale doivent par ailleurs être confinées dans les limites de ce qui apparaît nécessaire à la preuve des faits de contrefaçon allégués.

La loi impose, en outre, au juge d'évaluer la pertinence des mesures complémentaires de saisie éventuellement sollicitées à l'aune du principe de proportionnalité, en prenant en considération les intérêts de la personne visée par la mesure ainsi que les intérêts de tout autre tiers potentiellement touché<sup>8</sup>.

1. Point B.5.3. de l'arrêt annoté.

2. Le mécanisme est régi par les articles 1369bis/1 à 10 du code judiciaire.

3. Voy. l'article 7 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, 2 juin 2004, n° L 195, pp. 16-25 (mettant en œuvre l'article 50 de l'accord A.D.P.I.C. – ratifié par la loi du 23 décembre 1994, *M.B.*, 23 janvier 1997).

4. F. DE VISSCHER et P. BRUWIER, « La saisie en matière de contrefaçon », in *Droits intellectuels : le contentieux*, Formation permanente CUP, vol. 132, Liège, Anthemis, 2012, pp. 103-104 ; A. CRUQUENAIRE et J.-Fr. HENROTTE, « La saisie-description en matière informatique : appel à une plus grande pondération et à la juste mesure des magistrats », *R.D.T.I.*, 2010, p. 14.

5. H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 349-350.

6. H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, op. cit., p. 423.

7. Point B.6.1. de l'arrêt annoté. Au-delà du respect de la vie privée, on pourrait, notamment dans le cas de personnes morales visées par de telles mesures, invoquer la liberté d'entreprise dont il a été souligné qu'elle ne pouvait pas subir d'entrave disproportionnée (voy. C.J.U.E., 16 février 2012, C-360/10, aff. *Netlog*, points 44 et suivants).

8. Article 1369bis/1, paragraphe 5, du code judiciaire.

5. Le contrôle juridictionnel ultérieur permet, dans le cadre d'une procédure contradictoire suite à un recours de la personne visée ou d'un tiers touché par la mesure, de vérifier le bien-fondé de la décision initialement prononcée sur la seule base des éléments présentés par le requérant.

Compte tenu des exigences probatoires réduites au stade unilatéral de la procédure<sup>9</sup>, il semble logique de se fonder sur les seuls éléments produits par le requérant dans la phase unilatérale de la procédure afin de vérifier la légalité de la décision initiale autorisant les mesures intrusives<sup>10</sup>. Même si elle n'affirme pas le principe aussi clairement, la Cour de cassation a en tout cas exclu explicitement que le titulaire de droits intellectuels puisse, dans le cadre du recours ultérieur de la personne visée, se prévaloir d'éléments récoltés lors de l'exécution de la mesure autorisée par la décision unilatérale attaquée<sup>11</sup>.

6. Au-delà de l'hypothèse des procédures en saisie-description et comme l'a fort justement souligné la Cour constitutionnelle dans l'arrêt annoté, l'équilibre entre le respect de la vie privée et la protection des droits intellectuels doit être réalisé dans le cadre d'un contrôle juridictionnel contradictoire de proportionnalité des intérêts en présence.

Dans son arrêt *Promusicae*, la Cour de justice avait déjà souligné le caractère impératif d'une telle mise en balance, en jugeant que l'équilibre entre les droits fondamentaux devait être assuré non seulement au stade de l'élaboration des dispositifs de protection des droits intellectuels, mais également au stade de la mise en œuvre de ces règles par les juridictions nationales<sup>12</sup>.

Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a expressément validé ce type de contrôle dans son arrêt *Bonnier*. Les questions préjudicielles portaient sur la licéité d'un dispositif légal suédois autorisant un fournisseur d'accès à internet à communiquer à un tiers les données à caractère personnel permettant de contribuer à l'identification d'un abonné ayant utilisé ses services pour commettre des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. La Cour a jugé que ces dispositions légales n'étaient pas contraires au droit de l'Union, dans la mesure où le juge appelé à se prononcer sur la demande d'injonction de communiquer les données d'identification est autorisé par la loi à pondérer les intérêts en présence, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, ce qui permet de réaliser un équilibre satisfaisant entre les droits fondamentaux en présence<sup>13</sup>.

9. De simples indices de contrefaçon sont suffisants (article 1369bis/1, paragraphe 3, du code judiciaire).

10. En ce sens, voy. A. CRUQUENAIRE et J.-Fr. HENROTTE, « Le contrôle du juge en matière de saisie-description », *R.D.T.I.*, 2012, pp. 67-68.

11. Cass., 25 novembre 2011, *R.D.T.I.*, 2012, p. 59.

12. C.J.U.E., 29 janvier 2008, C-275/06, aff. *Promusicae*, point 70 (« (...) les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48 et 2002/58 n'imposent pas aux États membres de prévoir, dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile. Toutefois, le droit communautaire exige desdits États que, lors de la transposition de ces directives, ils veillent à se fonder sur une interprétation de celles-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition desdites directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces mêmes directives, mais également de ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité »).

13. C.J.U.E., 19 avril 2012, C-461/10, aff. *Bonnier*, points 59 et 60 (« (...) cette législation permet à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence (...); une telle législation doit être considérée comme susceptible, en principe, d'assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droit d'auteur, et la protection des données à caractère personnel dont bénéficie un abonné à internet ou un utilisateur d'internet »).

Il est en outre important de souligner que ce contrôle de proportionnalité doit être fondé sur l'ensemble des circonstances du cas d'espèce<sup>14</sup>.

7. Le contrôle de proportionnalité s'est progressivement imposé comme l'instrument de référence dans la protection des droits fondamentaux.

L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de licéité de la preuve semble le confirmer.

Saisie d'une question relative à la licéité de preuves récoltées en violation du droit au respect de la vie privée, la Cour de cassation a ainsi rappelé que ce droit n'était pas absolu et qu'il convenait de mettre en balance la violation de la vie privée dénoncée avec les autres circonstances de la cause, pour déterminer si le moyen de preuve devait ou non être écarté des débats<sup>15</sup>.

8. L'arrêt annoté s'inscrit dans un courant jurisprudentiel dominant qui place le principe de proportionnalité au cœur de la sauvegarde des droits fondamentaux.

L'élément qui nous paraît le plus remarquable dans cet arrêt est l'exigence d'un contrôle juridictionnel contradictoire, même s'il est différé dans le temps.

Afin que le caractère contradictoire du contrôle juridictionnel soit effectif, la Cour exige en outre que la décision prononcée dans la phase unilatérale de la procédure soit dûment motivée<sup>16</sup> et que les documents et explications sur lesquels est basée la décision unilatérale puissent être examinés et contestés.

Comme de plus en plus souvent, ces considérations mettent en exergue l'importance croissante du rôle dévolu au juge.

Le rôle des conseils est également conforté, dans la mesure où l'équilibre entre les droits fondamentaux doit être défini par l'analyse de l'ensemble des éléments de faits mis en avant par les parties.

Dans la logique de cette évolution, le principe du contradictoire (re)prend naturellement une importance fondamentale, car sans un débat loyal, il ne peut être question de réaliser une juste mise en balance des intérêts en présence.

Finalement, l'enseignement fondamental de cette jurisprudence ne résiderait-t-il pas dans un appel salutaire à la préservation des principes fondamentaux de procédure ?

Alexandre CRUQUENAIRE  
Avocat au barreau de Namur  
Maître de conférences à l'Université de Namur

Jean-François HENROTTE  
Avocat aux barreaux de  
Liège et Bruxelles

14. C.J.U.E., 12 juillet 2011, C-324/09, aff. *ebay*, point 142 (précisant que « (...) s'il est certes nécessaire de respecter la protection des données à caractère personnel, il n'en demeure pas moins que, lorsque l'auteur de l'atteinte opère dans la vie des affaires et non dans la vie privée, il doit être clairement identifiable »).

15. Cass., 10 mars 2008, *cette revue*, 2009, p. 580. Cet arrêt a toutefois été contredit par un arrêt du 10 novembre 2008 (*cette revue*, 2009, p. 347), de sorte que la position de la Cour n'est pas des plus limpides (à cet égard, comparez D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile : chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, p. 593, n°6, avec B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour Antigoon », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s.). En faveur d'un recours au test de proportionnalité pour évaluer si une preuve recueillie en portant atteinte à la vie peut être considérée comme admissible en justice, voy. : Cass. fr. (1<sup>er</sup> ch. civ.), 31 octobre 2012, pourvoi n°11-17476, *Bull. civ.*, 2012, I, n°224 (concernant la preuve rapportée par l'assureur *via* la filature d'une victime sur le domaine public ; mise en balance avec les droits légitimes de l'assureur et les intérêts de la collectivité des assurés) ; Cass. fr., 5 avril 2012, pourvoi n°11-14177, *Bull. civ.*, 2012, n° 85 (à propos de la production d'un courrier échangé sans le consentement de toutes les personnes concernées ; mise en balance avec l'exercice du droit à la preuve et les intérêts antinomiques en présence).

16. À propos des mesures complémentaires de saisie, la motivation doit être expresse par rapport aux conditions légales posées (article 1369bis/1, paragraphe 5, *in fine*, du code judiciaire). Voy. aussi H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, *op. cit.*, 2010, pp. 564-565 (insistant sur la nécessité d'une motivation dans tous les cas, afin de permettre un recours effectif contre la décision unilatérale).