(published in Respect des droits intellectuels en Belgique / Handhaving van intellectuele rechten in België, 10 ans depuis la transposition de la Directive 2004/48 10 jaar implementatie van de Europese Richtlijn 2004/48, 1re édition, Larcier, 2018).

Droits de propriété intellectuelle et abus

Hakim Haouideg

I. INTRODUCTION

1. Aux termes de son article premier, la directive 2004/48 concerne "les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle" (article 1).

En particulier, la directive vise à en assurer le "plein respect", celle-ci étant considérée, à juste titre, comme un élément essentiel pour le succès du marché intérieur (considérant premier).

Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en décembre 2009, les droits de propriété intellectuelle se sont d'ailleurs vus élever au rang de droits fondamentaux conformément à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹, preuve s'il en est de leur caractère jugé essentiel pour notre société.

2. Tout essentiels qu'ils soient, les droits de propriété intellectuelle ne sont pas pour autant absolus, même s'ils sont parfois présentés comme tels.

Leur exercice peut, dans certains cas, être limité ou même exclu lorsque le titulaire les invoque dans des circonstances constitutives d'un abus, en raison de circonstances touchant notamment à l'attitude du titulaire, à l'objectif qu'il poursuit ou aux effets de son action.

La présente contribution a pour objet de recenser ces circonstances pouvant donner lieu à des abus de la part de titulaires de droits intellectuels, ainsi que les bases juridiques qui sont disponibles pour les prévenir ou les sanctionner.

3. La meilleure manière d'éviter qu'il soit fait un usage abusif d'un droit est évidemment de ne pas octroyer ce droit ou de spécifiquement l'encadrer. Ainsi, nous rappellerons dans un premier temps que le droit de la propriété intellectuelle contient déjà de nombreuses dispositions destinées à éviter les abus, sous forme d'exceptions, de limitations ou d'amputations aux droits concernés. C'est ce que nous appellerons les limites internes à la propriété intellectuelle (**section II**).

Lorsque toutes les limites internes sont respectées parce l'action du titulaire répond à toutes les conditions et modalités posées par le droit de la propriété intellectuelle en cause, des abus sont cependant toujours possibles.

Le premier rempart contre les abus, également le plus efficace, est celui constitué par le droit de la concurrence, en particulier l'interdiction des ententes et des abus de position dominante (**section III**).

En dehors d'un effet suffisant sur la concurrence, la théorie de l'abus de droit permettra également, dans certaines circonstances, de réduire les usages abusifs de droits intellectuelles (**section IV**).

¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO, C 364, 18 décembre 2000, p. 1-22.

II. LES LIMITES INTERNES A LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

4. Les dispositions légales spécifiques consacrant les droits de propriété intellectuelle contiennent déjà des réponses aux principaux abus, du moins ceux qui étaient suffisamment caractérisables pour justifier qu'une disposition légale spécifique les encadre.

Ces réponses ou anticipations aux abus ont façonné les prérogatives et les contours des droits de propriété intellectuelle et continuent de le faire au fil de l'évolution du droit.

Revenir sur l'ensemble des exceptions, conditions ou limitations des différents droits intellectuels dépasserait le cadre de la présente contribution, mais nous pouvons néanmoins identifier quelques dispositions illustrant le propos.

5. En droit de brevets, on peut immédiatement penser au régime des licences obligatoires qui s'analyse en définitive comme une amputation du droit exclusif afin d'éviter une forme d'abus résidant notamment dans le défaut ou l'insuffisance d'exploitation d'une invention en Belgique².

En droit des marques, pour ne citer que cet exemple, on peut penser à la forclusion par tolérance qui constitue une sanction définitive imposée au titulaire d'une marque ayant manqué de s'opposer à l'usage d'une marque postérieure durant cinq années consécutives, alors qu'il avait connaissance de cet usage³.

En droit des dessins et modèles, nous relèverons l'excellent exemple que constitue la protection (ou la non protection) des pièces de carrosserie. Sur ce marché particulier, il se constatait en effet une faiblesse de la concurrence, particulièrement prône aux abus (voy. ci-dessous pour une illustration dans l'arrêt *Volvo* en matière d'abus de position dominante). Il a donc été question de modifier le droit des dessins et modèles pour limiter le droit exclusif sur les pièces de carrosserie mais l'évolution du droit n'est pas encore arrivée à son terme, de sorte que l'on puisse toujours parler de "feuilleton à rebondissements"⁴. A l'heure actuelle, les pièces de carrosserie ne peuvent plus être protégées dans leur composante "must-fit"⁵, cette exclusion de la protection portant sur les éléments nécessaires pour l'interopérabilité des pièces. Par contre, aucun compromis politique n'ayant été dégagé au niveau européen pour une exclusion ou une limitation des droits sur les pièces de carrosserie dans leur ensemble destinées à rendre au produit réparé son apparence initiale (dite clause de réparation ou "must match"). Au niveau européen, l'état actuel du droit est celui d'un status quo, instauré par l'article 14 de la directive 98/71, faisant interdiction aux Etats Membres de modifier leur droit des dessins et modèles concernant les dispositions permettant la réparation, sauf si cette modification vise à libéraliser davantage le marché des pièces. Rappelons que la Belgique (ou plutôt le Benelux) fait partie des Etats Membres disposant d'une exception de réparation en dessins et modèles⁶.

² Voy. les articles XI.37. et suivants du code de droit économique.

³ Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, *JO*, L 336, 23 décembre 2015, p. 1-26.

⁴ L'expression est utilisée par M. MOUNCIF-MOUNGACHE, *Les dessins et modèles en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 139, qui décrit l'évolution de la problématique.

⁵ Voy. l'art. 3.2 (1) (b) CBPI et art. 7.2. de la directive.

⁶ Voy. l'article 3.19, §3: "*Le droit exclusif à un dessin ou modèle qui constitue une pièce d'un produit complexe n'implique pas le droit de s'opposer à l'utilisation du dessin ou modèle à des fins de réparation de ce produit complexe en vue de lui rendre son aspect initial.*"

Enfin, un dernier exemple, probablement le plus illustrateur de l'évolution du droit de la propriété intellectuelle pour limiter les comportements jugés abusifs, peut être trouvé dans la genèse de la règle de l'épuisement communautaire. Cette règle se trouve à présent consacrée dans tous les droits intellectuels harmonisés⁷, mais elle est issue d'une construction jurisprudentielle ayant mis en balance les droits, à l'époque nationaux (et non harmonisés), de propriété intellectuelle et le principe européen de libre circulation des marchandises consacré par le traité. Ainsi, la Cour de justice avait-elle jugé dans les années septante, à l'occasion de son arrêt *Van Zuylen Frères*⁸, qu'on ne saurait "*admettre que l'exclusivité du droit de marque qui peut être la conséquence de la limitation territoriale des législations nationales soit invoquée par le détenteur d'une marque en vue d'interdire la commercialisation, dans un État membre, de marchandises légalement produites dans un autre État membre sous une marque identique, ayant la même origine*"⁹. Sanctionnant ainsi un abus particulier au regard du principe de libre circulation, la jurisprudence posa la première pierre de la théorie de l'épuisement, qui se trouva ensuite consacrée dans les textes légaux.

6. Outre ces exemples qui touchent au fond du droit, on peut également citer des dispositions touchant davantage aux aspects procéduraux.

Rappelons à cet égard que l'article 3 de la directive 2004/48 impose aux Etats Membres une obligation générale d'appliquer les mesures, procédures et réparations prévues dans la directive "*de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif*" (article 3, paragraphe 2).

Parmi les nombreux exemples qui viennent à l'esprit, on peut citer notamment:

- L'obligation du juge de préciser, dans une ordonnance de saisie-description, les mesures qui doivent être prises en vue d'assurer la protection des renseignements confidentiels¹⁰, ainsi que celle de l'expert désigné de veiller, tout au long des opérations, à la protection des intérêts légitimes du prétendu contrefacteur et du détenteur des objets décrits, en particulier quant à la protection des renseignements confidentiels¹¹, le tout conformément aux vœux exprimés par la directive 2004/48¹²;

⁷ Voy. notamment l'article 4, §2 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, l'article 4, §2 de la directive 2009/24 du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, l'article 9, §2 de la directive 2006/115 du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, les articles 15 de la directive 2015/2436 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques et du règlement 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, l'article 15 de la directive 98/71 du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles et l'article 10 de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

⁸ CJUE, arrêt *Van Zuylen c. Hag*, 3 juillet 1974, C-192/73, EU:C:1974:72.

⁹ CJUE, arrêt *Van Zuylen c. Hag*, 3 juillet 1974, C-192/73, EU:C:1974:72, point 12.

¹⁰ Voy les articles 1369bis/1 et 1369bis/4 du Code judiciaire.

¹¹ Voy. l'article 1369bis/6 du Code judiciaire.

¹² Voy. le considérant 20 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO, L 157, 30 avril 2004, p. 45-86: "*Les procédures devraient respecter les droits de la défense et être assorties des garanties nécessaires, y compris la protection des renseignements confidentiels*".

- La possibilité d'exiger la constitution d'une caution destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice subi par le défendeur lors d'une procédure en saisie-description¹³;
- L'obligation du juge de tenir compte de la proportionnalité avec la gravité de l'atteinte lorsqu'après avoir constaté une atteinte aux droits de propriété intellectuelle, il se prononce sur les mesures correctives telles que le rappel, la mise à l'écart des circuits commerciaux ou la destruction¹⁴;

7. Par contre, nous ne pouvons que regretter que le législateur belge n'ait pas (encore) fait usage de la faculté offerte par l'article 12 de la directive 2004/48, de prévoir la possibilité pour le juge, dans des cas appropriés, d'ordonner un paiement en lieu et place de mesures de cessation ou de mesures correctives, lorsque les conditions suivantes sont remplies: (i) le contrefacteur a agi de manière non intentionnelle et sans négligence, (ii) l'exécution des mesures en question entraînerait pour elle un dommage disproportionné et (iii) le versement d'une réparation pécuniaire à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.

Cette marge de manœuvre, dont la Belgique n'est pas la seule à n'avoir pas encore fait usage¹⁵, nous semble en effet d'une grande utilité pour combattre certains exercices abusifs des droits intellectuels qu'il peut être difficile de combattre autrement.

III. LE DROIT DE LA CONCURRENCE

8. Le droit de la concurrence constitue le rempart le plus fréquemment invoqué contre les abus dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle.

Il s'applique dès lors qu'une décision, un accord ou une pratique sont susceptibles, avec un degré de probabilité suffisant et eu égard à toutes les circonstances de fait ou de droit, d'exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre les Etats membres¹⁶.

9. Le douzième considérant de la directive 2004/48 rappelle d'ailleurs expressément que cette directive *"ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application des règles de concurrence, en particulier les articles 81 et 82 du traité. Les mesures prévues par la présente directive ne devraient pas être utilisées pour restreindre indûment la concurrence d'une manière qui soit contraire au traité."*¹⁷

¹³ Article 1369bis/3 du Code judiciaire et article 7, §2 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO, L 157, 30 avril 2004, p. 45-86.

¹⁴ Voy. l'article XI.334 du Code de droit économique, ainsi que l'article 10, §3 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO, L 157, 30 avril 2004, p. 45-86.

¹⁵ Un document d'analyse de la Commission cite, outre la Belgique, l'Autriche, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Slovénie. Voy. 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 COM(2010) 779 final", SEC/2010/1589 final.

¹⁶ Voy. notamment CJUE, arrêt *AKKA/LAA c. Konkurences padome*, 14 septembre 2017, C-177/16, EU:C:2017:689, points 26 et 27.

¹⁷ Les articles 81 et 82 TUE sont actuellement 101 et 102 TFUE.

Pourtant, l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle est, précisément, de restreindre la concurrence (ou de se protéger contre elle, selon la position que l'on prend). Ce n'est dès lors que si la restriction de la concurrence est induite (ou autrement dit abusive), que le droit de la concurrence pourra exercer sa fonction modératrice ou sanctionnatrice.

A. Ententes restrictives de concurrence

10. L'article 101 TFUE, qui interdit les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées ayant pour objet ou effet de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence, a de longue date été invoqué pour sanctionner des abus de propriété intellectuelle, en particulier concernant les clauses restrictives de concurrence dans les contrats de licence ou autres contrats de transfert technologique.

11. En vertu du règlement 19/65/CEE du Conseil¹⁸, la Commission européenne est habilitée à déclarer, par la voie de ses propres règlements, l'article 101 TFUE inapplicable à certaines catégories d'accord restrictifs de concurrence qui comportent des limitations imposées en rapport avec l'acquisition ou l'utilisation de droits de propriété industrielle.

Ce faisant, la Commission valide des accords en matière de propriété intellectuelle qui, selon elle, ne sont, a priori, pas critiquables au regard de l'article 101 TFUE.

Le premier règlement de la Commission en la matière¹⁹ date de 1984 et était limité à certaines clauses contenues dans les seuls accords de licence de brevets.

Actuellement, c'est le règlement 316/2014²⁰ qui régit la matière et concerne tous les accords de transfert de technologie. Il est entré en vigueur le 1^{er} mai 2014 pour une durée de douze ans et est accompagné de volumineuses lignes directrices²¹ exposant les orientations de la Commission sur l'application de son règlement.

12. La présente contribution n'a pas pour but d'analyser les différentes conditions émises pour obtenir une exemption sous ce règlement²² mais il est important de relever que certaines clauses sont considérées en tout état de cause comme abusives, en ce sens qu'elles ne peuvent jamais bénéficier de l'exemption.

Il s'agit notamment de clauses imposant au preneur de licence de rétrocéder ses droits intellectuels sur les améliorations qu'il aura lui-même apportées à la technologie concédée ou sur les nouvelles

¹⁸ Règlement (CEE) n° 19/65 du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, *JO*, 36, 6 mars 1965, p. 533-535.

¹⁹ Règlement (CEE) n° 2349/84 du 23 juillet 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE à des catégories d'accords de licence de brevets, *JO*, L 219, 16 août 1984, p. 15-24.

²⁰ Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JO*, L 93, 28 mars 2014, p. 17-23.

²¹ Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JO*, C 89, 28 mars 2014, p. 3-50.

²² Voy. à cet égard notamment: J.-F. BELLIS, "Chapitre 7 - L'article 101 TFUE: les licences de droits de propriété intellectuelle", *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 213-224.

applications qu'il en aura faites²³, de même que celles lui imposant de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle donnés en licence, sans préjudice de la possibilité, dans le cas d'une licence exclusive, de résilier l'accord de transfert de technologie si le preneur de licence met en cause la validité de l'un des droits sur technologie concédés, quel qu'il soit²⁴.

Par contre, il fut jugé que l'article 101 TFUE ne s'oppose pas à une clause imposant au licencié de payer une redevance pour l'utilisation d'une technologie brevetée pendant toute la période d'effectivité de cet accord, même en cas d'annulation ou de non-contrefaçon du brevet sous licence, dès lors que le contrat permet au licencié de résilier librement le contrat moyennant un préavis raisonnable²⁵.

Enfin, rappelons que des règles similaires sont applicables aux arrangements de licence dans les accords de recherche et de développement qui relèvent du champ d'application du règlement 1217/2010²⁶ et aux accords de spécialisation qui relèvent du champ d'application du règlement 1218/2010²⁷.

B. Abus de position dominante

13. L'autre interdiction issue du droit de la concurrence permettant de sanctionner les abus de propriété intellectuelle est consacrée par l'article 102 TFUE et porte sur l'exploitation abusive, par une entreprise, d'une position dominante sur le marché de l'Union ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Selon la jurisprudence établie, la notion d'exploitation abusive est "*une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence*"²⁸.

²³ Voy. l'article 5.1 a) du règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JO*, L 93, 28 mars 2014, p. 17-23.

²⁴ Voy. l'article 5.1 b) du règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JO*, L 93, 28 mars 2014, p. 17-23.

²⁵ Voy. CJUE, arrêt *Genentech c. Hoechst et Sanofi-Aventis Deutschland*, 7 juillet 2016, C-567/14, EU:C:2016:526 et CJUE, arrêt *Kai Ottung c. Klee & Weillbach et Thomas Schmidt*, 12 mai 1989, C-320/87, EU:C:1989:195, point 11.

²⁶ Règlement 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *JO*, L 335, 18 déc. 2010, p. 36.

²⁷ Règlement 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation, *JO*, L 335, 18 déc. 2010, p. 45.

²⁸ CJUE, arrêt *Hoffmann-La Roche & Co. c. Commission des Communautés européennes*, 13 février 1979, C-124/15, EU:C:2016:87, point 91 et CJUE, arrêt *AKZO Chemie c. Commission des Communautés européennes*, 3 juillet 1991, C-62/86, EU:C:1991:286, point 69, ainsi que CJUE, arrêt *Tomra Systems e.a. c. Commission européenne*, 19 avril 2012, C-549/10, EU:C:2012:221, point 17.

14. Bien entendu, même si les droits intellectuels sont par nature des droits exclusifs, ils ne confèrent pas nécessairement à leur titulaire une position dominante sur le marché²⁹.

15. De même, il est de jurisprudence constante que l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci³⁰.

16. Par contre, une fois la position dominante d'une entreprise établie, tout abus d'un droit de propriété intellectuelle par celle-ci est susceptible d'être sanctionné en vertu de l'article 102 TFUE.

Selon la formule de l'avocat Général Wathelet, les comportements propres à constituer des abus de position dominante sont caractérisés, d'une part, par une relation de dépendance entre le titulaire d'une propriété intellectuelle en position dominante et d'autres entreprises et, d'autre part, par l'exploitation abusive de cette position par ce titulaire au travers de moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale³¹.

Il est bien évidemment impossible d'anticiper toutes les formes d'abus possible de droits de propriété intellectuelle dont pourrait se rendre coupable une entreprise en position dominante. Nous examinerons ci-après quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour de justice.

17. Le refus de livrer des produits protégés ou de concéder une licence. L'abus en matière de propriété intellectuelle par une entreprise en position dominante qui a donné lieu à la jurisprudence la plus abondante concerne sans conteste le refus, par cette société, de livrer des produits protégés par un droit de propriété intellectuelle ou de concéder une licence sollicitée par un tiers:

- Dans l'affaire *Volvo*³², la Cour de justice jugea que l'exercice de droits exclusifs de dessins ou modèles sur éléments de carrosserie de voitures automobiles peut être abusif s'il donne lieu à des comportements, tels que le refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants, la fixation des prix des pièces de rechange à un niveau inéquitable ou la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle, alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore, à condition que ces comportements soient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Cette affaire est illustratrice des abus qui peuvent naître dans le secteur particulier des pièces de rechange et pour lequel le droit des dessins et modèles est encore susceptible d'évoluer vers plus de libéralisation, ce qui éviterait les abus sans besoin d'invoquer le droit de la concurrence (voy. supra para. 5).

²⁹ CJUE, arrêt *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications (ITP) c. Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, C-241/91 P et C-242/91 P, EU:C:1995:98, point 46.

³⁰ Voir, en ce sens, CJUE, arrêt *Volvo c. Erik Veng*, 5 octobre 1988, C-238/87, EU:C:1988:477, point 8; CJUE, arrêt *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications (ITP) c. Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, C-241/91 P et C-242/91 P, EU:C:1995:98, point 49; ainsi que CJUE, arrêt *IMS Health c. NDC Health*, 29 avril 2004, C-418/01, EU:C:2004:257, point 34; et CJUE, arrêt *Huawei Technologies c. ZTE Corp. et ZTE Deutschland*, 16 juillet 2015, C-170/13, EU:C:2015:477.

³¹ Av. gén. M. MELCHIOR WATHELET, concl. présentées le 20 novembre 2014, CJUE, arrêt *Huawei Technologies c. ZTE Corp. et ZTE Deutschland*, 16 juillet 2015, C-170/13, EU:C:2014:2391.

³² CJUE, arrêt *Volvo c. Erik Veng*, 5 octobre 1988, C-238/87, EU:C:1988:477.

- Dans l'affaire *Magill*³³, la Cour jugea que le refus, par des sociétés de télédiffusion, de concéder une licence de droit d'auteur sur des grilles horaires et informations relatives aux programmes télévisés était abusif, dès lors que, en premier lieu, ce comportement faisait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que les sociétés intéressées n'offrent pas, et pour lequel existe une demande potentielle de la part des consommateurs, et que, en deuxième lieu, le refus n'est justifié ni par l'activité de radiodiffusion télévisuelle ni par celle d'édition de magazines de télévision, et que, en troisième lieu, les sociétés intéressées se réservent, par leur comportement, un marché dérivé (celui des guides hebdomadaires de télévision), en excluant toute concurrence sur ce marché puisqu'elles déniaient l'accès à l'information brute, matière première indispensable pour créer un tel guide.
- Dans l'affaire *IMS Health*³⁴, c'est également un refus, par une société titulaire des droits d'auteur sur une structure modulaire indispensable pour la présentation de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques dans un État membre, de concéder une licence pour l'utilisation de cette structure à une entreprise concurrente qui fut jugé abusif, dès lors que, premièrement, l'entreprise concurrente a l'intention d'offrir, sur le marché de la fourniture des données en cause, des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs, que le refus n'est pas justifié par des considérations objectives et, finalement, que ce refus est de nature à réserver au titulaire le marché de la fourniture des données sur les ventes de produits pharmaceutiques dans l'État membre concerné, en excluant toute concurrence sur celui-ci.
- Dans l'affaire *Microsoft*³⁵, la célèbre entreprise productrice de systèmes d'exploitation pour PC avait abusé de sa position dominante sur ce marché en refusant, notamment, de fournir à un concurrent les spécifications des protocoles de partage de fichiers et d'imprimantes et d'utiliser ces protocoles pour développer et de commercialiser des systèmes d'exploitation concurrents³⁶.

Par ailleurs, dans sa communication d'orientation³⁷, la Commission a fait savoir qu'elle traiterait en priorité les refus de concéder une licence qui réunissent si les conditions cumulatives suivantes:

³³ CJUE, arrêt *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications (ITP) c. Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, C-241/91 P et C-242/91 P, EU:C:1995:98; Voy. également à ce sujet T. DE MEESE, « *Magill & mededingingsrechtelijke dwanglicenties: a story of hope, fear and disappointment* », *I.R.D.I.*, 1996, p. 138.

³⁴ CJUE, arrêt *IMS Health c. NDC Health*, 29 avril 2004, C-418/01, EU:C:2004:257; Voy. notamment L. VILCHES ARMESTO, « *IMS Health: dernier développement de la CJCE relatif au refus de licence en droit de propriété intellectuelle* », *RDTI*, 2004, p. 65; M. WEZENBEEK-GEUKE, « *IMS Health: misbruik van machtspositie en intellectuele eigendomsrechten* », *NTER*, 2001, p. 333; A. KAMPERMAN SANDERS, « *Intellectuele eigendom na HvJ EG IMS Health/NDC Health: de dwanglicentie in opmars?* », *AMI*, 2004-4, p. 124.

³⁵ T.U.E., arrêt *Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes*, 17 septembre 2007, T-201/04, EU:T:2007:289.

³⁶ Pour une analyse détaillée, voy M. SPEYART, « *Het Microsoft-arrest: enkele nieuwe inzichten over misbruik bij licentieweigering* », *IER*, 2008-1, p. 1-4 et S. DUSSOLIER, « *L'affaire Microsoft ou l'interopérabilité, nouvelle valeur du droit de la concurrence?* », *RDTI*, 2008-31, p. 204.

³⁷ Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JO*, C 45, 24 février 2009, p. 7-20.

- le refus porte sur un produit ou un service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché en aval,
- le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval, et
- le refus est susceptible de léser le consommateur.

18. Les droits intellectuels essentiels à une norme. Dans le contexte qui nous occupe, on entend par norme, une spécification technique, approuvée par un organisme reconnu de normalisation, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire³⁸ (tout en étant la condition pour bénéficier des avantages qu'offre la normalisation en termes d'interopérabilité, de réduction de coûts et de progrès technologiques notamment). Des normes sont édictées dans différents domaines technologiques et souvent élaborées sur base des contributions des acteurs économiques.

L'un des objectifs clés de la normalisation, et une condition de son succès, est d'offrir la possibilité la plus large possible d'appliquer la norme. Or, cette possibilité peut se heurter aux droits exclusifs des titulaires de propriété intellectuelle et donner lieu à des abus de leur part lorsque le droit intellectuel est essentiel pour la mise en œuvre de la norme. Comme, dans cette matière, le droit intellectuel en cause est généralement un droit de brevet, on utilise fréquemment l'expression "BEN" (pour brevet essentiel à la norme) ou son équivalent anglais "SEP" (pour "*standard essential patent*").

19. Le premier exemple d'abus est celui ayant donné lieu à l'affaire *Rambus*, du nom d'une société active dans le secteur des puces mémoires. Rambus était accusée par la Commission européenne d'avoir contribué à l'élaboration d'une norme tout en dissimulant intentionnellement qu'elle détenait des brevets et demandes de brevets dont elle déclara ultérieurement qu'ils étaient essentiels pour la mise en œuvre de la norme adoptée sur base de ses contributions.

Cette pratique est connue sous le nom de "*patent ambush*" ou "*d'embuscade tendue au moyen d'un brevet*" et permet à Rambus d'exiger de toute entreprise souhaitant implémenter la norme dans ses propres produits des redevances d'un montant qu'elle n'aurait pas pu obtenir sans cette pratique.

La Commission européenne entama une procédure pour sanctionner cette pratique estimant qu'il s'agissait d'un abus de position dominante, sans toutefois qu'il fut nécessaire de mener cette procédure à son terme suite aux engagements offerts par Rambus de réduire voire de renoncer aux redevances initialement exigées³⁹.

Il ne fait pas de doute qu'une telle pratique d'embuscade constitue un abus, surtout si elle est le fait d'une entreprise disposant d'une position dominante. Elle est cependant vouée à disparaître en raison du fait que les organismes de normalisation exigent dorénavant de tout contributeur qu'il renseigne tout droit intellectuel dont il disposerait sur ses contributions.

³⁸ Article 2 du règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif à la normalisation européenne, *JO*, L 316, 14 novembre 2012, p. 12-33.

³⁹ Décision de la Commission du 9 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/38.636 - RAMBUS), *JO*, C 30, 6 février 2010, p. 17-18; voy. également N. NEYRINCK, « Rambus déclare forfait. La Commission dans un fauteuil (Organisations de normalisation et abus de position dominante en matière de brevets) », *RDTI*, 2010-41, p. 101.

De plus en plus fréquemment, cette obligation d'information s'accompagne également d'un engagement d'accorder, à tout tiers souhaitant implémenter la norme, une licence à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, généralement appelées «FRAND» (acronyme de l'expression anglaise "*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*").

20. Même en présence d'un tel engagement d'offrir une licence sous des conditions FRAND, un abus du titulaire est toujours possible, puisque les conditions FRAND ne sont pas définies et doivent faire l'objet d'une négociation entre les parties.

En cas d'échec des négociations, le titulaire du droit intellectuel peut être tenté d'agir en cessation, ce qui, si le droit de propriété intellectuelle en cause est essentiel à la norme, empêcherait la commercialisation de tout produit pratiquant la norme.

Une action en cessation dans de telles circonstances n'est pas nécessairement abusive. Elle l'est certainement lorsqu'elle sert exclusivement de levier pour imposer, par exemple, des redevances excessives, en violation de l'engagement d'octroyer des licences à des conditions FRAND. On parle alors de "*patent hold-up*"⁴⁰.

Par contre, elle peut également ne pas l'être puisqu'elle constitue un rempart contre un abus de la part d'un contrefacteur qui pourrait être tenté, sans menace d'une action en cessation, d'adopter un comportement dilatoire dans les négociations des conditions FRAND, voire de continuer à exploiter la norme sans jamais avoir l'intention de conclure de licence. On parle alors de "*patent hold-out*" ou de "*reverse patent hold-up*".

Pour tenter d'empêcher ces deux attitudes abusives, la Cour de justice traça, à l'affaire *Huawei*⁴¹, les lignes d'un équilibre qui se veut "*approprié et équitable*" entre les intérêts légitimes du titulaire d'un BEN et ceux des tiers désireux de mettre en œuvre la norme en question. Elle jugea qu'une action en cessation n'est pas abusive au sens de l'article 102 TFUE à condition que le titulaire respecte deux conditions cumulatives.

Premièrement, préalablement à l'introduction de l'action, le titulaire doit, d'une part, avoir averti le contrefacteur allégué de la contrefaçon qui lui est reprochée en désignant ledit brevet et en précisant la façon dont celui-ci a été contrefait, et, d'autre part, après que le contrefacteur allégué ait exprimé sa volonté de conclure un contrat de licence aux conditions FRAND, avoir transmis à ce contrefacteur, une offre concrète et écrite de licence à de telles conditions, en précisant, notamment, la redevance et ses modalités de calcul.

Deuxièmement, il est requis que le contrefacteur continuant à exploiter le BEN ne donne pas suite à cette offre avec diligence, conformément aux usages commerciaux reconnus en la matière et de bonne foi, ce qui doit être déterminé sur la base d'éléments objectifs et implique notamment l'absence de toute tactique dilatoire.

⁴⁰ CJUE, arrêt *Huawei Technologies c. ZTE Corp. et ZTE Deutschland*, 16 juillet 2015, C-170/13, EU:C:2015:477, point 53: "*Dans ces circonstances et eu égard au fait qu'un engagement de délivrer des licences à des conditions FRAND crée des attentes légitimes auprès des tiers que le titulaire du BEN leur octroie effectivement des licences à de telles conditions, un refus du titulaire du BEN d'octroyer une licence à ces mêmes conditions peut constituer, en principe, un abus au sens de l'article 102 TFUE*".

⁴¹ CJUE, arrêt *Huawei Technologies c. ZTE Corp. et ZTE Deutschland*, 16 juillet 2015, C-170/13, EU:C:2015:477.

Ainsi, s'il n'accepte pas l'offre qui lui a été faite, le contrefacteur allégué doit soumettre au titulaire du BEN en cause, dans un bref délai et par écrit, une contre-offre concrète qui correspond aux conditions FRAND, sous peine d'avoir lui-même un comportement abusif ou dilatoire et ne plus pouvoir alors invoquer le caractère abusif d'une action en cessation ou en rappel de produits.

21. Les sociétés de gestion collective de droits d'auteur et de droits voisins. Se trouvant soit en fait⁴² ou soit en droit⁴³ dans une situation monopolistique sur le territoire d'un Etat membre, les sociétés de gestion collective de droit d'auteur et de droits voisins disposent d'une position dominante⁴⁴.

Considérant également que ces sociétés de gestion collective constituent des entreprises auxquelles s'appliquent l'article 102 TFUE⁴⁵, il n'est pas étonnant que des abus de position dominante leur soient fréquemment reprochés. La jurisprudence a essentiellement rencontré deux types d'abus.

22. Le premier type d'abus concerne les tarifs que ces sociétés pratiquent pour les services rendus, à savoir la concession de licences pour l'exploitation des droits qu'elles gèrent.

A cet égard, il a été jugé que *"s'il devait s'avérer qu'une telle société de gestion impose des tarifs pour les services qu'elle fournit, qui sont sensiblement plus élevés que ceux pratiqués dans les autres États membres, et à condition que la comparaison des niveaux des tarifs ait été effectuée sur une base homogène, cette différence devrait être considérée comme étant l'indice d'un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE"*⁴⁶. La comparaison avec le prix pratiqué dans les autres Etats membres sera, le cas échéant, corrigée au moyen de l'indice de la parité du pouvoir d'achat, également appelé "indice PPA"⁴⁷. Elle ne sera pas jugée insuffisamment représentative du seul fait qu'elle implique un nombre limité d'Etats, pourvu que ces Etats aient été sélectionnés sur base de critères objectifs, appropriés et vérifiables⁴⁸. S'agissant d'une présomption, il appartient alors à la société de gestion collective pratiquant des tarifs sensiblement plus élevés que ceux pratiqués dans les autres États membres de justifier cette différence *"en se fondant sur des divergences objectives entre la situation de l'État membre concerné et celle prévalant dans tous les autres États membres"*⁴⁹.

De même, un abus de position dominante pourrait consister dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie, à savoir la valeur de

⁴² Voy. par exemple CJUE, arrêt *Kanal 5 et TV 4 c. STIM*, 11 décembre 2008, C-52/07, EU:C:2008:703.

⁴³ Voy. par exemple CJUE, arrêt *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, 27 février 2014, C-351/12, EU:C:2014:110; et CJUE, arrêt *AKKA/LAA c. Konkurences padome*, 14 septembre 2017, C-177/16, EU:C:2017:689.

⁴⁴ CJUE, arrêt *Kanal 5 et TV 4 c. STIM*, 11 décembre 2008, C-52/07, EU:C:2008:703, point 22; CJUE, arrêt *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, 27 février 2014, C-351/12, EU:C:2014:110, point 86; CJUE, arrêt *AKKA/LAA c. Konkurences padome*, 14 septembre 2017, C-177/16, EU:C:2017:689, points 32 et 34.

⁴⁵ CJUE, arrêt *BRT et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SABAM et Fonior*, 21 mars 1974, C-127/73, EU:C:1974:25, points 6 et 7; et CJUE, arrêt *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, 27 février 2014, C-351/12, EU:C:2014:110, point 81.

⁴⁶ CJUE, arrêt *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, 27 février 2014, C-351/12, EU:C:2014:110.

⁴⁷ CJUE, arrêt *AKKA/LAA c. Konkurences padome*, 14 septembre 2017, C-177/16, EU:C:2017:689.

⁴⁸ CJUE, arrêt *AKKA/LAA c. Konkurences padome*, 14 septembre 2017, C-177/16, EU:C:2017:689, point 40.

⁴⁹ CJUE, arrêt *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, 27 février 2014, C-351/12, EU:C:2014:110; CJUE, arrêt *Ministère public c. Tournier*, 13 juillet 1989, C-395/87, EU:C:1989:319, point 38; CJUE, arrêt *Lucazeau e.a. c. SACEM e.a.*, 13 juillet 1989, C-110/88, EU:C:1989:326, point 25; CJUE, arrêt *AKKA/LAA c. Konkurences padome*, 14 septembre 2017, C-177/16, EU:C:2017:689.

l'exploitation des œuvres en question. Il a ainsi été jugé qu'une grille tarifaire basée sur un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par l'entité exploitant les œuvres peut être en rapport raisonnable avec cette valeur économique⁵⁰, sauf cependant, s'il existe une autre méthode permettant d'identifier et de quantifier de manière plus précise l'utilisation de ces œuvres et l'audience, sans pour autant entraîner une augmentation disproportionnée des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation des œuvres musicales protégées par le droit d'auteur⁵¹.

Une grille tarifaire qui discriminerait les exploitants, par exemple en appliquant des modes de calculs différents selon qu'il s'agit de radiodiffuseurs privés ou publics, est susceptible de constituer un abus de position dominante puisqu'il applique à l'égard des radiodiffuseurs privés des conditions inégales à des prestations équivalentes et qu'il leur inflige ainsi un désavantage dans la concurrence⁵².

Enfin, il convient de relever que le fait que les tarifs soient fixés par une réglementation applicable à cette société de gestion ne peut servir de justification à l'abus, étant donné que ladite réglementation serait alors elle-même contraire aux articles 102 TFUE et 106, paragraphe 1, TFUE⁵³.

23. La jurisprudence belge a, elle aussi, déjà eu l'occasion de se pencher les abus des sociétés de gestion collective, principalement la SABAM, en matière de tarifs.

Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles jugea-t-elle que le calcul des redevances sur base d'une certaine partie des recettes publicitaires ne constitue pas un abus de position dominante si (i) cette partie est globalement proportionnelle à la quantité d'œuvres musicales en proportion de l'ensemble des émissions et (ii) une autre méthode pour identifier et quantifier de manière plus précise l'utilisation des œuvres et l'audience entraînerait une augmentation disproportionnée des frais⁵⁴. Dans ce même arrêt, la Cour d'appel jugea qu'une redevance minimale déterminée forfaitairement est également justifiée, pour autant qu'elle se base sur une analyse objective du marché⁵⁵.

Par contre, d'autres aspects tarifaires de la SABAM furent considérés comme un abus de position dominante, principalement en raison de leur application discriminatoire et non justifiée, tels l'application de tarifs sur base différents pour différents émetteurs sans aucune justification objective⁵⁶ ou l'application d'un système de réduction tarifaire accordé à un certain type d'entreprises^{57 58}.

⁵⁰ CJUE, arrêt *Basset c. SACEM*, 9 avril 1987, C-402/85, EU:C:1987:197; CJUE, arrêt *Ministère public c. Tournier*, 13 juillet 1989, C-395/87, EU:C:1989:319; CJUE, arrêt *Kanal 5 et TV 4 c. STIM*, 11 décembre 2008, C-52/07, EU:C:2008:703.

⁵¹ CJUE, arrêt *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, 27 février 2014, C-351/12, EU:C:2014:110.

⁵² CJUE, arrêt *Kanal 5 et TV 4 c. STIM*, 11 décembre 2008, C-52/07, EU:C:2008:703.

⁵³ CJUE, arrêt *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, 27 février 2014, C-351/12, EU:C:2014:110, point 89.

⁵⁴ Bruxelles, 4 mars 2009, *I.R.D.I.*, 2009/2, p. 197 et Cass., 7 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2515 (pourvoi rejeté). Voy. également Bruxelles, 10 septembre 2009, *R.D.C.-T.B.H.*, 2010/5, p. 414 et P. L'ECLUSE et A. SCHAEKEN, « Gebrek aan controle als rechtvaardigingsgrond voor een licentieweigering: een nieuwe SABAM zaak », *Jb. Hand. & Med.* 2009, p. 1096.

⁵⁵ Voy. également l'arrêt très fouillé: Bruxelles, 3 octobre 2012, 2009/AR/1560, *darts-ip.com*.

⁵⁶ Bruxelles, 14 mars 2003, *A&M*, 2003, p. 357.

⁵⁷ Bruxelles, 3 novembre 2005, *A&M*, 2006, p. 54.

⁵⁸ Pour une revue complète de la jurisprudence plus ancienne, voy. E. CORNU, « L'exercice du droit d'auteur ou des droits voisins, plus particulièrement par des sociétés de gestion de ces droits, peut-il constituer un

En cette matière le droit a également évolué puisque de nouvelles règles sont venues s'ajouter concernant la transparence et le contrôle des sociétés de gestion collective opérant sur le territoire belge⁵⁹, de sorte que les abus en matière de tarifs devraient se raréfier.

24. Un second type d'abus parfois reproché à une société de gestion collective en position dominante est celui consistant pour elle à entamer une action en cessation contre celui qui refuse de payer les tarifs, alors même que l'objectif d'une société de gestion collective n'est pas d'obtenir la cessation demandée mais bien d'autoriser l'exploitation de son répertoire et de percevoir les rémunérations dues aux auteurs.

Ce type d'abus n'a, à notre connaissance, pas encore donné lieu à une jurisprudence européenne mais il fit couler beaucoup d'encre dans l'affaire qui opposait les organisateurs du festival Tomorrowland à la SABAM⁶⁰.

Les parties ne parvenaient à s'accorder sur les tarifs applicables malgré de longs mois de discussions. A l'approche (imminente) du festival, la SABAM décida de conditionner son consentement à l'utilisation de son répertoire à l'acceptation sans réserve de la position tarifaire défendue par la SABAM, sous peine de se voir citer en cessation.

Cette demande n'ayant pas été acceptée, la SABAM cita les organisateurs de Tomorrowland en cessation et ce, deux mois avant le festival en question.

Le Président du Tribunal de commerce d'Anvers considéra que cette action constituait un abus de position dominante (et un abus de droit) de la part de la SABAM, entraînant que, bien que cette demande en cessation soit autrement fondée, il n'y soit pas fait droit⁶¹.

Cette décision doit, selon nous, être saluée même si, moins d'une année après, elle fut réformée par la Cour d'appel d'Anvers, qui prononça la cessation, sous peine d'astreinte, de la communication au public du répertoire de la SABAM sans avoir au préalable obtenu son autorisation⁶².

Cet arrêt doit, selon nous, être également salué, ce qui n'a rien d'antinomique... En effet, l'arrêt intervient dans un contexte tout autre: d'une part, la tenue imminente du festival n'était plus à risque comme ce fut le cas en première instance et, d'autre part, les parties avaient eu l'occasion de faire valoir tous leurs arguments quant à l'applicabilité des tarifs litigieux. Dans ce climat plus serein et après avoir jugé que la SABAM demandait à bon droit l'application des tarifs en cause, la Cour d'appel put logiquement conclure à l'absence de tout abus dans son chef.

Le parallèle est frappant avec la décision, postérieure, de la Cour de justice dans l'affaire Huawei précitée. En effet, la SABAM peut être assimilée au titulaire d'un BEN ayant accepté par avance de

abus de position dominante, et si oui dans quelles circonstances? Rapport belge sur la question 3 », *Ing.-Cons.*, 2003/1, p. 28.

⁵⁹ Voy. la loi du 10 décembre 2009 modifiant, en ce qui concerne le statut et le contrôle des sociétés de gestion des droits, la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins en vigueur depuis le 1^{er} avril 2010, dont les dispositions sont actuellement reprises au livre XI, titre 5 du Code de droit économique, articles XI.246 et suivants.

⁶⁰ Voy. pour une relation plus détaillée des faits la note de Y. VAN COUTER et S. DE SMEDT, « SABAM vs. Tomorrowland: maakt SABAM (opnieuw) misbruik van haar machtspositie? », *Jb. Markt.* 2013, p. 1201.

⁶¹ Comm. Anvers (cess.), 19 juillet 2013, *Ing.-Cons.*, 2013/3, p. 624-631.

⁶² Anvers, 2 juin 2014, *IRDI*, 2014, p. 593.

concéder une licence à des conditions FRAND. L'accès à son catalogue est en effet pour le moins essentiel à l'organisation d'un festival en Belgique et elle a pour mission de concéder des licences à toute personne souhaitant l'exploiter. Comme pour les conditions FRAND, les tarifs des sociétés de gestion collective sont susceptibles de générer des discussions, notamment quant à leur caractère raisonnable ou non discriminatoire. Enfin, comme le titulaire d'un BEN, en cas de désaccord, la société de gestion collective ne peut être privée de son droit d'agir en cessation que si le contrefacteur allégué agit de bonne foi, ce qui implique notamment l'absence de toute tactique dilatoire. Si cette dernière condition était probablement encore réunie devant le juge en première instance, il peut également se comprendre aisément qu'elle ne l'était plus, un an plus tard, devant la Cour d'appel, d'autant que cette dernière a pris le pas de trancher elle-même la question de l'applicabilité des tarifs en question.

IV. LA THÉORIE DE L'ABUS DE DROIT

25. Tant que le titulaire respecte les conditions attachées à l'obtention et l'exercice des droits de propriété intellectuelle (dont nous avons vu que certaines ont d'ailleurs été posées dans le but d'éviter les abus) et qu'aucune atteinte répréhensible n'est portée au droit de la concurrence, il n'est, par principe, pas question de limiter ou sanctionner l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle.

Comme le rappelle la doctrine⁶³, "*en règle, le titulaire d'un droit peut exercer celui-ci sans encourir de limitation ou de sanction et, le cas échéant contrairement à l'intérêt de tiers qui peuvent s'en trouver lésés, pour autant qu'il respecte les conditions éventuellement édictées par le législateur pour définir ce droit et son exercice.*"

26. Il se peut néanmoins que, vu les circonstances exceptionnelles propres à l'espèce, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle, conformément au droit intellectuel en cause et sans porter atteinte à la concurrence, soit tout de même sanctionné par la théorie générale de l'abus de droit.

27. Selon la formule consacrée, "*l'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une personne prudente et diligente*"⁶⁴.

Pour examiner l'abus de droit, le juge du fond doit tenir compte de tous les intérêts en présence, à la lumière de toutes les circonstances de la cause⁶⁵.

Cette définition générale de l'abus de droit se voit complétée par une série d'hypothèses dans lesquelles les conditions de l'abus de droit peuvent se trouver réunies:

- **La méconnaissance de la finalité légale.** L'exercice d'un droit-fonction, soit un droit institué en vue de poursuivre un objectif de nature sociale, économique ou morale qui en justifie la

⁶³ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 63. Voy également, S. STIJNS et F. AUVRAY, *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 279 et svts.

⁶⁴ Voy. en matière de propriété intellectuelle, Cass. 8 mars 2010, *Ing.-Cons.*, 2010/1, p. 14. De manière plus générale, voy notamment Cass. 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 996; Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392, ainsi que les références citées et commentées dans P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 85; S. STIJNS et F. AUVRAY, *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 270.

⁶⁵ Cass. 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 227.

création⁶⁶, à une fin étrangère à la fonction pour laquelle ce droit a été attribué est susceptible de constituer un abus.

- **L'intention exclusive de nuire.** Une autre hypothèse classique est celle dans laquelle le titulaire du droit agit dans l'intention exclusive de nuire à autrui. Si l'usage du droit n'a en effet d'autre but que de nuire à autrui, le comportement est évidemment abusif⁶⁷.
- **Le caractère disproportionné.** L'exercice d'un droit de manière disproportionnée est l'hypothèse la plus fréquemment sanctionnée comme étant constitutive d'un abus. Plusieurs sous-hypothèses peuvent être envisagées dont:
 - "l'exercice d'un droit sans intérêt ou motif légitime en causant ainsi à un tiers un préjudice que l'on aurait pu éviter"⁶⁸
 - "l'exercice d'un droit lorsque l'avantage que l'on en retire est hors de toute proportion avec le préjudice que l'on cause à autrui"⁶⁹;
 - "le choix, entre plusieurs manières d'exercer son droit, de la manière la plus dommageable pour autrui sans que ce choix soit justifié par un intérêt suffisant dans le chef du titulaire du droit"⁷⁰;
 - "l'exercice d'un droit dans des conditions de nature à causer à la collectivité un dommage hors de toute proportion avec l'avantage recherché par le titulaire du droit"⁷¹.
- **Les attentes légitimes des tiers.** Une dernière hypothèse, défendue par la doctrine, est celle de l'exercice d'un droit en méconnaissance de la confiance ou des attentes légitimes d'autrui. L'on sait que la Cour de cassation refusa à la *rechtsverwerking* le statut de principe général de droit⁷², mais elle permit cependant, par un arrêt subséquent, l'application de cette théorie reposant sur les attentes légitimes des tiers comme une application de la théorie de l'abus de droit⁷³. Sur base de cet arrêt, une doctrine considère que peut être taxé d'abusif le fait pour le titulaire d'un droit d'adopter un comportement objectivement inconciliable avec l'exercice de ce droit, et de tromper ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers en ce sens que ce titulaire se prévaut brusquement du droit alors que, par son comportement antérieur, il a provoqué la croyance légitime dans le chef de l'autre partie que ce droit ne serait pas exercé⁷⁴.

28. Si les hypothèses susceptibles de donner lieu à un abus de droit peuvent sembler abondantes et que l'abus de droit est un moyen fréquemment invoqué dans les litiges en matière de propriété

⁶⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 75.

⁶⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 89 et la jurisprudence citée.

⁶⁸ Voy. Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011/1, p. 44; Cass. 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 227.

⁶⁹ Voy. Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010/10, p. 2643; Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011/1, p. 44; Cass. 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 227. Voy. également P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 90 et la jurisprudence citée.

⁷⁰ Voy. Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011/1, p. 44; Cass. 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 227. Voy. également P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 91 et la jurisprudence citée.

⁷¹ Voy. Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011/1, p. 44.

⁷² Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1061.

⁷³ Cass., 1^{er} octobre 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 142 et note de S. JANSEN et S. STIJNS, « Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik? »; voy. également P. BAZIER, "Section 2 - La rechtsverwerking", *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000 - 2013)*, Bruxelles, TNF-[5450], 2014, p. 166.

⁷⁴ J. VAN ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit: convergences et divergences », *Ann. Dr. Louvain* 2011/3, p. 296.

intellectuelle, les décisions jurisprudentielles sanctionnant effectivement l'abus d'un droit de propriété intellectuelle sont en définitive relativement rares.

29. Cette circonstance peut s'expliquer, en grande partie, par le fait que les droits de propriété intellectuelle sont des droits exclusifs, dont la prérogative essentielle est donc d'exclure ou d'interdire. Ils ont pour fonction de récompenser ou de protéger leur titulaire, ce qui raréfie les situations où leur finalité peut être détournée⁷⁵.

30. Le faible taux de succès du moyen tiré d'un abus de droit de propriété intellectuelle s'explique également par la sophistication des règles de la propriété intellectuelle qui contiennent, parmi elles-mêmes, de nombreuses mesures anti-abus (voy. *supra* section II). Or, lorsque le législateur a pris le soin d'édicter une règle précise offrant un recours pour éviter un abus de propriété intellectuelle, il ne peut, en principe, être question d'invoquer l'abus de droit pour s'affranchir des conditions émises par le législateur pour l'application de cette règle.

C'est ce que rappela la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Martin y Paz*⁷⁶, en refusant tout recours à la théorie de l'abus de droit pour sanctionner un dépôt de marque prétendument effectué de mauvaise foi alors que les conditions pour l'annulation d'un dépôt de mauvaise foi posées par la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (CBPI) n'étaient pas réunies⁷⁷.

La Cour décida, à juste titre selon nous, que "*le droit commun relatif à la notion de mauvaise foi ou d'abus de droit trouve entièrement sa place dans la CBPI au titre de cause de nullité inscrite à l'article 2.4.f. La prescription qui affecte le droit de solliciter la radiation d'une marque déposée de mauvaise foi éteint définitivement celui-ci. Il s'en déduit qu'il n'est pas possible de le faire revivre en invoquant le droit commun de la responsabilité civile*"⁷⁸.

31. Parmi les relativement rares cas où les juges du fond ont retenu un abus de droit de propriété intellectuelle, on peut citer notamment une décision récente de la Cour d'appel de Mons, qui sanctionne l'exercice d'un droit de brevet jugé disproportionné et méconnaissant la confiance légitime d'autrui⁷⁹. Dans cette affaire, le titulaire du brevet était en pourparlers avec un partenaire pour la commercialisation de son invention. Pendant ces pourparlers, il avait encouragé l'exploitation de son invention par son partenaire et avait même présenté son invention à la presse avec lui. Suite à l'échec des pourparlers, le partenaire avait cessé toute exploitation de l'invention mais le titulaire du brevet avait néanmoins sollicité un dédommagement pour les actes d'exploitation ayant déjà eu lieu. La contrefaçon du brevet était établie mais, constatant que les actes d'exploitation étaient limités, avaient entretemps cessé sans même couvrir les engagements financiers du partenaire et surtout, avaient été réalisés de concert avec le titulaire du droit, la Cour estime que l'action du titulaire de brevet, dans ces circonstances, était abusive et refusa d'y faire droit.

32. C'est en droit d'auteur que la jurisprudence relative à l'abus de droit est la plus fournie.

⁷⁵ Voy par exemple: Bruxelles (9e ch.), 5 mai 2011, affaire *Google c. Copiepress*, R.D.T.I., 2011/3, n° 44, p. 35; Bruxelles, 11 décembre 2012, affaire *Ice Watch c. Lego*, IRDI, 2013, p. 64.

⁷⁶ Bruxelles, 8 novembre 2007, *Ing. Cons.*, 2008, p. 501.

⁷⁷ Voy. articles 3.4.f et 2.28.3.b de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle.

⁷⁸ Pour approfondir la question, voy. notamment J. MUYLDERMANS, « De opeising van een merk naar een volwaardige revindicatievordering in het merkenrecht? », *Ing.-Cons.*, 2013/1, p. 41.

⁷⁹ Mons, 2 décembre 2013, *Ing. Cons.*, 2014, p. 417.

D'une part, l'abus de droit constitue l'instrument utilisé pour arbitrer les conflits entre les droits de l'auteur sur son œuvre et ceux du propriétaire du bien matériel incorporant cette œuvre⁸⁰. La Cour d'appel de Bruxelles jugea ainsi, dans l'affaire *Swift*, que l'architecte ne pouvait, sans abuser de son droit, refuser à une entreprise de remplacer le système d'entrée d'un bâtiment.⁸¹ De même, cette Cour, dans l'affaire *Bastogne Historical Center*, jugea que le droit moral à l'intégrité de l'œuvre ne permet pas de s'opposer à l'aménagement de baies vitrées si ces altérations à l'œuvre architecturale sont légitimées, eu égard à leur nature et leur importance, ainsi qu'aux circonstances qui ont contraint le propriétaire à y procéder, la Cour rappelant que le droit à l'intégrité "*n'est donc pas absolu et trouve sa limite dans l'abus de droit de son titulaire*"⁸². Par contre, dans l'affaire *Maison Heureuse*⁸³, la Cour d'appel de Liège jugea qu'il n'était pas abusif pour l'architecte d'exiger le retrait d'une céramique multicolore apposée sur la façade du bâtiment.

D'autre part, il est également fait appel à l'abus de droit lorsque les droits d'auteur, en particulier les droits moraux, sont exercés par les héritiers de l'auteur défunt. Il convient en effet, dans ce cas, de vérifier que le droit n'est pas détourné de sa fonction (protéger la personnalité de l'auteur), impliquant, pour les juges du fond, une recherche de la volonté du défunt. Ainsi, dans l'affaire *Simenon*⁸⁴, la Cour d'appel de Liège permit aux héritiers de l'auteur d'invoquer le droit moral du défunt pour s'opposer à l'usage des titres des œuvres dans le cadre de l'exploitation commerciale d'un établissement hôtelier. Rappelant que le juge a le pouvoir de vérifier si l'exercice d'un droit moral n'est pas abusif, la Cour rejeta l'abus de droit étant donné d'une part que l'exercice du droit moral était conforme à celui qu'en aurait fait le défunt et que d'autre part le droit moral pouvait être invoqué pour empêcher une exploitation commerciale non autorisée. Dans l'affaire *Fondation Follon*⁸⁵, la Cour d'appel de Bruxelles appliqua les mêmes principes et arriva à une conclusion identique d'absence d'abus de droit en raison de la volonté exprimée par le défunt et de l'absence d'abus dans l'expression de cette volonté.

Dans l'affaire *Parc Paradisio*, l'auteur du jingle, devenu célèbre, du Parc Paradisio, agit contre le parc pour exploitation du jingle en dehors du cadre de la licence qui avait été convenue, ce qui fut retenu tant en première instance qu'en degré d'appel. En première instance, cependant, le tribunal modéra l'exercice des droits de l'auteur, comme sanction d'un abus de droit, en réduisant de moitié le dédommagement auquel il aurait normalement eu droit en raison de l'exploitation illicite et en refusant d'octroyer la cessation concernant l'exploitation de l'adaptation illégale du jingle (étant entendu que l'ordre de cessation fut néanmoins prononcé concernant toute nouvelle adaptation). L'abus en question résultait de l'attitude du titulaire du droit d'auteur, qui avait laissé s'écouler quatre années avant d'exercer ses droits (alors que Parc Paradisio faisait une exploitation publique

⁸⁰ Pour approfondir la question, voy. notamment S. DE KEYZER, et S. PARYS, « Du droit d'auteur de l'architecte à raison des droits moraux et patrimoniaux », *Ing. Cons.* 2015, p. 639.

⁸¹ Bruxelles, 21 mars 2003, *A&M*, 2003, p. 366, note de B. VINÇOTTE.

⁸² Bruxelles, 3 mai 2014, *A&M*, 2013, p. 446.

⁸³ Liège, 27 février 2009, *A&M*, 2009, p. 629. Voy. également Liège, 1^{er} avril 2010, affaire *Ville de Namur c. Nat Neujean*, *A&M*, 2012, p. 438 note de S. CARNEROLI, confirmé par Cass. 5 mai 2011, *A&M*, 2012, p. 437.

⁸⁴ Liège, 13 avril 2003, *A&M*, 2003, p. 213, note de B. REMICHE et R. DETHIER. Voy également la décision de première instance confirmée: Civ. Liège, 22 mars 2000, *A&M*, 2001, p. 245 et Civ. Liège, 8 novembre 2000, *A&M*, 2001, p. 247 et *JLMB*, 2001, p. 952, note de S. THIELEN.

⁸⁵ Bruxelles, 14 novembre 2014, *A&M*, 2015, p. 278.

du jingle, qui était devenu un facteur important de différenciation).⁸⁶ En degré d'appel cependant, la Cour arriva à la conclusion diamétralement opposée, soulignant que le titulaire "*a en effet un intérêt légitime à faire respecter son droit d'auteur, qui est un droit exclusif, opposable à tous et qui ne cesse de l'être par le seul fait d'une inaction temporaire, faute de preuve d'une quelconque renonciation de sa part à l'exercer.*"⁸⁷

Enfin, il peut également être fait référence à la décision du tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Guide du chaisard*⁸⁸. Le tribunal jugea une demande en cessation introduite par un auteur partiellement fondée et partiellement abusive. L'auteur avait en effet hésité pendant de nombreux mois quant à sa position, laissant ainsi l'éditeur poursuivre le travail de la troisième édition de l'ouvrage. En raison de cette hésitation, le tribunal considéra abusif de prononcer la cessation pour cette troisième édition mais pas pour les autres formes d'exploitation⁸⁹.

33. Enfin, il ne serait permis d'aborder l'abus de droit de propriété intellectuelle sans commenter l'affaire *Martin y Paz*, qui concerne le droit de marques et qui connut tous les degrés d'instance, en ce compris un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice.

Les faits sont d'une grande complexité, influencée par une longue histoire entre les parties. En voici les traits essentiels: deux sociétés, Martin y Paz (MyP) et Fabriek van Maroquinerie Gauquie (FMG) se sont, durant des années, paisiblement partagé l'usage de deux marques (un N stylisé et Nathan Baume), la première en faisant usage pour des articles de maroquinerie et la seconde pour des sacs et des chaussures⁹⁰. Les parties se vendaient mutuellement leurs produits qu'elles exposaient dans leurs boutiques respectives. Cependant, les relations se dégradèrent après que MyP fit procéder à l'enregistrement de ces marques à son seul profit, sans en informer FMG, et exigea plus de concertation entre les deux entreprises, notamment en termes de matières, de coloris et de communication.

Après un apaisement de quelques années, FMG intenta une action visant à annuler notamment les deux marques en cause, estimant qu'il s'agissait d'un dépôt de mauvaise foi. Comme nous l'avons vu *supra* n°30, la Cour d'appel rejeta cette demande en raison de la prescription et refusa tout recours à

⁸⁶ Civ. Bruxelles, 9 mars 2005, *Ing. Cons.*, 2006, p. 135: "*Si la société Talkie-O entendait se prévaloir de ses droits d'auteur et réclamer une contrepartie pour l'exploitation et l'adaptation de son œuvre, il lui appartenait de le faire savoir dans un délai raisonnable et de ne pas laisser s'accumuler des arriérés importants de dommages et intérêts, au fur et à mesure des exploitations et adaptations illicites de son œuvre.*

Dans ces circonstances, l'introduction après 4 années de silence, de la présente procédure à l'encontre tant de la sa Parc Paradisio que de la sa Kiube Group, est constitutive d'abus de droit.

En décider autrement permettrait à un auteur de spéculer, au fur et à mesure de l'écoulement du temps, sur l'obtention, via le recours à la justice, de droits plus élevés que ceux qui lui auraient normalement été octroyés dans le cadre d'une négociation."

⁸⁷ Bruxelles, 14 mai 2009, *Ing. Cons.*, 2010, p. 175.

⁸⁸ Civ. Bruxelles, 17 juin 2002, p. 252.

⁸⁹ "*Si ces hésitations n'ont nullement pour effet de diminuer les droits du demandeur, il est exact qu'elles ont eu pour effet que le préjudice des défendeurs, en cas de cessation portant sur cette édition 2002, est beaucoup plus important que si le demandeur avait, dès le début, pris une position claire et juridiquement exacte sur le litige.*

La mesure de cessation serait dès lors abusive si elle devait s'appliquer à la présente édition."

⁹⁰ Cette co-existence avait pour origine un usage partagé de la marque "Nathan", qui remonte aux années trente, à l'époque où M. Nathan Svitckenbaum débuta la commercialisation d'articles de maroquinerie sous la dénomination "Nathan Baum".

la théorie de l'abus de droit pour sanctionner un dépôt de marque prétendument effectué de mauvaise foi.

A titre reconventionnel, MyP invoqua ses marques pour s'opposer à l'usage qu'elle avait pourtant toléré jusqu'alors, à savoir l'usage de ces marques par FMG pour des sacs à main et des chaussures.

La Cour d'appel refusa de prononcer la cessation, estimant que l'action était constitutive d'un abus de droit, en raison du partage d'exploitation précédent, du mobile de rétorsion qui a justifié l'introduction de la demande et du caractère rigoureux de la mesure sollicitée⁹¹.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation confirma que la Cour d'appel avait pu considérer le comportement incriminé comme un abus de droit mais interrogea la Cour de justice sur la possibilité, pour le droit national que constitue l'abus de droit, de priver le titulaire d'une marque de toute possibilité de s'opposer à l'usage de cette marque par un tiers avec lequel il avait partagé cet usage.

Considérant que les contours du droit exclusif à la marque a fait l'objet d'une harmonisation complète⁹² et qu'aucune des limitations contenues dans la directive ne visait le scénario envisagé, la Cour jugea que le droit national ne pouvait priver le titulaire de la marque de toute possibilité de s'opposer à l'usage qu'en ferait le tiers avec qui il a partagé l'usage de cette marque lorsqu'il n'existe plus de volonté commune pour une telle exploitation partagée.

Le droit national peut certes, selon la Cour, servir de base pour prononcer à l'égard du titulaire de la marque une sanction ou une réparation si celui-ci met fin de manière abusive à un usage partagé de sa marque. Il ne peut, par contre, pas mener à une privation totale, pour une durée indéterminée⁹³, de son droit exclusif. Il ne pourrait, selon la Cour, en être autrement que si l'usage partagé s'était poursuivi durant une période si longue que la poursuite de cet usage ne porte plus atteinte à la fonction de garantie de la provenance des produits propres à la marque⁹⁴.

La solution dégagée par la Cour dans cette affaire n'est pas surprenante, mais elle manque selon nous de nuance.

Elle ne surprend pas en ce sens que, comme l'a relevé l'avocat général⁹⁵, toute autre solution risquerait de mettre en péril l'harmonisation du droit des marques: "*S'il était permis aux lois nationales d'interdire définitivement l'exercice du droit exclusif conféré par la marque pour une partie des produits visés par son enregistrement pour des motifs non prévus par la directive, ce droit protégé*

⁹¹ Bruxelles, 8 novembre 2007, *Ing. Cons.*, 2008, p. 501.

⁹² CJUE, arrêt *Martin y Paz Diffusion c. Depuydt et Fabriek van Maroquinerie Gauquie*, 19 septembre 2013, C-661/11, EU:C:2013:577, point 54; ainsi que CJUE, arrêt *Zino Davidoff c. A & G Imports et Levi Strauss & Co. e.a. c. Tesco Stores e.a.*, 20 novembre 2001, C-414/99 à C-416/99, Rec. p. I-8691, EU:C:2001:617, point 39; CJUE, arrêt *Coty Prestige Lancaster Group c. Simex Trading*, 3 juin 2010, C-127/09, Rec. p. I-4965, EU:C:2010:313, point 27; ainsi que CJUE, arrêt *Budějovický Budvar, národní podnik c. Anheuser-Busch*, 22 septembre 2011, C-482/09, Rec. p. I-8701, EU:C:2011:605, point 32.

⁹³ CJUE, arrêt *Martin y Paz Diffusion c. Depuydt et Fabriek van Maroquinerie Gauquie*, 19 septembre 2013, C-661/11, EU:C:2013:577, point 61.

⁹⁴ Comme ce fut le cas dans l'affaire CJUE, arrêt *Budějovický Budvar, národní podnik c. Anheuser-Busch*, 22 septembre 2011, C-482/09, Rec. p. I-8701, EU:C:2011:605. Voy sur ce point, Av. gén. M. PEDRO CRUZ VILLALÓN, concl. présentées le 18 avril 2013, CJUE, arrêt *Martin y Paz Diffusion c. Depuydt et Fabriek van Maroquinerie Gauquie*, 19 septembre 2013, C-661/11, EU:C:2013:252, point 72.

⁹⁵ Av. gén. M. PEDRO CRUZ VILLALÓN, concl. présentées le 18 avril 2013, CJUE, arrêt *Martin y Paz Diffusion c. Depuydt et Fabriek van Maroquinerie Gauquie*, 19 septembre 2013, C-661/11, EU:C:2013:252, point 83.

serait en partie réduit à néant, à l'encontre de l'objectif d'harmonisation des droits voulue par l'article 5 de la directive, faisant ainsi l'impasse sur les conditions d'application des dispositions de la directive sur la limitation des droits. Une telle conséquence est inadmissible."

Par contre, nous regrettons que la solution retenue soit si tranchée et que la Cour de justice se soit arrêtée à l'examen de la seule directive sur les marques, donnant l'impression que la théorie de l'abus de droit n'est plus apte, pour ce qui concerne les matières harmonisées, à faire obstacle à un ordre de cessation même dans les cas abusifs.

D'une part, à notre sens, l'enseignement de cet arrêt ne vaut que pour une privation totale, pour une durée indéterminée. Le recours à la théorie de l'abus de droit doit demeurer possible pour faire obstacle temporairement au prononcé d'un ordre de cessation. Dans la plupart des cas, les circonstances donnant lieu à un abus de droit sont en effet temporaires.

D'autre part, nous relevons également que le droit de l'Union contient, à l'article 12 de la directive 2004/48, une possibilité pour les Etats membres de prévoir qu'un ordre de cessation puisse être remplacé par une mesure dite alternative permettant au tiers de poursuivre l'atteinte, moyennant le paiement d'une réparation, lorsque les circonstances le justifient.

V. CONCLUSIONS

34. Le droit de la propriété intellectuelle contient déjà de nombreuses règles destinées à combattre ou éviter les comportements abusifs. Nul doute que de nouvelles règles viendront s'y ajouter au fil de son évolution, comme nous l'avons vu par exemple avec le droit des dessins et modèles sur les pièces de rechange.

En absence de règle spécifique, c'est le droit de la concurrence qui est le plus apte à réguler les éventuels abus. Il est bien établi que les règles de concurrence priment sur les exercices abusifs de droits intellectuels, ce qui n'est pas le cas, comme l'a décidé la Cour de justice, des règles de droit national, comme la théorie belge de l'abus de droit.

Le droit de la concurrence n'offre cependant de protection que lorsque l'abus restreint indûment la concurrence sur le marché en cause. Or, dans bien des cas, l'abus n'a aucun effet sur la concurrence et ne concerne que les parties en cause.

Le recours à la théorie de l'abus de droit demeure dès lors nécessaire dans certaines hypothèses, avec cependant une certaine insécurité dans son application, notamment pour faire obstacle à un ordre de cessation.

Nous plaidons dès lors pour que la Belgique saisisse la possibilité offerte par l'article 12 de la directive de remplacer, dans des cas appropriés, les mesures de cessation par des mesures alternatives, ce qui permettrait dans bien des cas... d'éviter des abus.