

La Journée de la Jeune Recherche en Propriété Intellectuelle

Acte de candidature

Marion BRIATTA

Doctorante à l'École de droit de Sciences Po depuis le 1^{er} octobre 2014 sous la direction de Michel VIVANT.

Sujet de thèse

La contrefaçon en droit pénal international (titre temporaire)

Présentation du sujet

- 1. Définition de la contrefaçon** – En explorant les pièces du Musée de la contrefaçon de Paris, on peut découvrir égarés parmi les contrefaçons d'escarpins, de montres et de sacs à main, les vestiges d'amphores romaines présentées comme les plus anciennes pièces de contrefaçon connues à ce jour. Âgées de plus de 2 000 ans, celles-ci contrefont le sceau d'une ville romaine célèbre en son temps pour la qualité de son vin. Tout comme dans le cas des contrefaçons de marques de luxe, les contrefacteurs de l'époque cherchaient à tromper le consommateur sur l'origine du produit et à tirer indûment profit de la renommée de son producteur authentique.

Cette association documentaire entre la contrefaçon antique et celle d'aujourd'hui semble à première vue témoigner d'une persistance historique du phénomène. De tout temps, les créations intellectuelles furent en effet l'objet de copie et d'imitation, le phénomène s'étant d'ailleurs largement accéléré avec la création de l'imprimerie au XV^e siècle¹. Or, jusqu'à l'apparition des droits de la propriété intellectuelle au XVIII^e siècle, la copie d'une création intellectuelle était punie au titre de la contrefaçon non seulement lorsqu'elle avait pour dessein de tromper le public,² mais également, et surtout, lorsqu'elle consommait une infraction aux très nombreuses réglementations d'Ancien Régime encadrant le commerce public³. La contrefaçon était un délit au sens propre du terme⁴ et désignait un acte de concurrence illicite consommant la violation d'un interdit légal et non l'atteinte à un droit privatif⁵.

¹ DE BOUCHONY A., BAUDART A., *La contrefaçon*, 2006, PUF, p.6

² Ainsi, si le droit romain ignorait toute idée de réservation des créations intellectuelles par le biais d'un droit privatif, il sanctionnait pourtant la contrefaçon à travers la loi *cornelsa de falsis* qui réprimait un ensemble disparate de comportements mensongers. Voir : CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^e éd., 2006, n°27, p. 63.

³ MAITTE C., « Imitation, copie, contrefaçon, faux : définitions et pratiques sous l'Ancien Régime », 2015, *Entreprises et histoire* n° 78, p. 23 ; William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, Bossange, 1823, Vol. 5, pp. 474-475.

⁴ « Fait dommageable illicite, intentionnel ou non, qui engage la responsabilité de son auteur », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Puf, 2007, p. 283.

⁵ « La concurrence illicite, s'appela contrefaçon, ou comme on disait en ce temps « contrefaction ». On voit donc que l'octroi du privilège fut à l'origine une simple mesure de protection de l'industrie dictée par la sollicitude royale. Il n'est nullement question de protéger, la "propriété littéraire" », FALK H., *Les privilèges de librairie sous l'Ancien régime : étude historique du conflit des droits sur l'œuvre littéraire*, Slatkine, 1906, p. 66.

L'émergence de la propriété intellectuelle marqua à cet égard une rupture historique dans la compréhension du terme de contrefaçon. Depuis deux cents ans, il est en effet commun d'écarter le sens profane de la contrefaçon, entendue comme l'imitation trompeuse d'une création intellectuelle, pour lui préférer un sens plus restreint et la définir comme une atteinte aux prérogatives juridiques conférées par un droit de la propriété intellectuelle à son titulaire. Cette révolution sémantique du vocable contrefaçon renouvela profondément le rôle attribué à sa sanction et, notamment, à sa sanction pénale.

- 2. La mobilisation originelle du droit pénal en matière de propriété intellectuelle** – L'existence des droits de propriété intellectuelle est conditionnée par l'aptitude du système juridique à faire respecter le monopole du titulaire. La propriété intellectuelle est en effet fondée sur une promesse. Celle qui est faite à l'inventeur, au créateur, à l'innovateur de récompenser leur apport intellectuel à la société par l'octroi d'un droit exclusif temporaire, d'un monopole dont l'empiètement pourra être sanctionné juridiquement.

La valorisation des droits de la propriété intellectuelle consiste ainsi en la faculté offerte au titulaire d'exclure autrui de son monopole et très fréquemment d'en monnayer l'accès. La contrefaçon est le fait de surmonter cette exclusion. Elle est un « *acte d'empiètement sur le monopole, un acte d'emprise sur la propriété d'un tiers, au même titre que peut l'être une construction faite sur le terrain d'autrui* »⁶. La sanction de la contrefaçon est donc non seulement la garante de la valeur intrinsèque du droit de propriété intellectuelle, mais également le soutien décisif de tout un système. En effet, le contrefacteur brise l'équilibre sur lequel repose le modèle de la propriété intellectuelle. Il obtient la récompense sans avoir fourni les efforts et investissements nécessaires à l'élaboration de l'objet du droit. En d'autres termes, le contrefacteur est un tricheur.

Le recours au droit pénal pour sanctionner ces tricheurs accompagna l'apparition des premières lois sur les propriétés intellectuelles et s'articula à partir d'une référence appuyée au droit commun de la propriété. Ainsi, puisque l'atteinte au droit de propriété était sanctionnée pénalement à travers l'incrimination du vol, l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle devait suivre le même traitement et être assortie d'une sanction pénale⁷. Tout au long du XIX^e siècle et parallèlement au développement de la propriété intellectuelle, on assista ainsi à une pénalisation progressive, systématique et désordonnée de la contrefaçon⁸.

- 3. La mobilisation du droit pénal international en réaction à un phénomène transnational** – Au cours du XX^e siècle, la pénalisation de la contrefaçon s'ancra cependant dans la satisfaction d'un besoin nouveau. La propriété intellectuelle connut en effet en l'espace de cent ans un développement sans précédent, au point de « *constituer aujourd'hui l'un des actifs les plus précieux, voire souvent le plus précieux, des transactions commerciales* »⁹ et d'être présentée comme « *le pétrole du XXI^e siècle* »¹⁰. La protection des « *biens intellectuels* » devint à cet égard

⁶ FOYER J., VIVANT M., *Le droit des brevets*, Thémis, 1991, p. 288.

⁷ BLANC E., *Traité de la contrefaçon en tout genre et de sa poursuite en justice*, Plon, 1855, p. 7.

⁸ LEFRANC D., « Historical perspective on criminal enforcement » in GEIGER C., *Criminal Enforcement of Intellectual Property : A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, 2012, pp.101-127.

⁹ IDRIS K., « La propriété intellectuelle moteur de la croissance économique », *Rapport de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)*, Juin 2003, p. 6-7

¹⁰ GETTY M., « Blood and Oil », *The Economist*, 2 Mars 2000, p. 68.

un enjeu central dans nos économies modernes et s'envisagea désormais à une échelle internationale.

Activité parasitaire par essence, la contrefaçon sut en effet tirer profit de la mondialisation et de la dématérialisation des échanges. A l'origine commerce artisanal et local, la contrefaçon est désormais produite à une échelle industrielle et circule sur un marché mondialisé. Difficilement quantifiable, cette contrefaçon dite « criminelle » se distingue par son caractère occulte et par le manque de fiabilité des études menées sur ce sujet¹¹. Un manque de fiabilité que l'on retrouve également s'agissant d'un autre phénomène apparu au tournant des années 2000 à la faveur de la révolution numérique : la « petite contrefaçon ». Un terme a priori anodin qui désigne pourtant l'essentiel des actes de contrefaçon commis à l'heure actuelle et qui ont pour particularité d'être le fait de citoyens « *lambda* » tirant profit de la démocratisation de l'outil informatique et des réseaux.

La réponse des législateurs ne se fit pas attendre et, en l'espace de quinze ans, nombreux furent les États à se doter d'un arsenal pénal conséquent afin d'endiguer le phénomène¹². Or, ces mêmes quinze dernières années, la contrefaçon a plus que doublé¹³. Ces divers exercices de pénalisation de la contrefaçon furent en effet contredits par la nature transnationale de la contrefaçon. Ignorant le cadre des frontières auquel est suspendu l'effet sanctionnateur du droit pénal, la contrefaçon mondialisée et dématérialisée inhiba la force dissuasive d'un droit pénal résolument « féodal »¹⁴.

À l'image des poupées russes, la contrefaçon fit dès lors l'objet d'une pénalisation gigogne. En 1994, dans le cadre des négociations du GATT, les États signataires adoptèrent un accord additionnel portant sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Parmi les problématiques envisagées dans l'accord, l'utilisation de la répression pénale comme outil de protection des droits de la propriété intellectuelle fut ainsi imposée à l'ensemble des États signataires¹⁵.

Or, les seuils *a minima* imposés par les ADPIC se révélèrent très rapidement insuffisants pour les pays de la triade dont les seuils de protection étaient de loin beaucoup plus sévères que ceux prévus à l'accord¹⁶. Faute de parvenir à un consensus dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), les pays développés tentèrent alors de surmonter les objections des pays en développement réfractaires à un renforcement des seuils en entamant des négociations bilatérales et secrètes¹⁷ intensifiant entre autres le régime pénal de la contrefaçon.

¹¹ Rapport Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), *Examen des statistiques sur la contrefaçon et le piratage*, 2011, p. 22.

¹² MASSOT P., *Les sanctions de la contrefaçon*, IRPI n° 6, 2005, p. 27.

¹³ *Rapport actualisé sur l'étendue de la contrefaçon des biens matériels*, OCDE, 2009.

¹⁴ VIVANT M., *Cybermonde*, Droit de l'internet et des réseaux, La Semaine Juridique Edition générale, 1996, I, 3969

¹⁵ Article 61 des ADPIC.

¹⁶ RÉMICHE B., CASSIERS V., « Lutte anti-contrefaçon et transferts de technologies nord-sud : un véritable enjeu », *Revue internationale de droit économique*, 2009, T-XXIII, 3, pp. 277-324.

¹⁷ OKEDIJI R. L., « Back to bilateralism ? Pendulum swings in international intellectual property protection », *University of Ottawa Law and Technology Journal*, Vol. 1, 2004, pp.146-147.

4. **Problématique** – Praxis d'une « *guerre économique* »¹⁸ engagée par une poignée d'États à l'encontre d'un ennemi indéfini et surtout insaisissable, la pénalisation de la contrefaçon est ainsi devenue le théâtre de l'exubérante démonstration de force d'un « *droit pénal magique* »¹⁹ répressif et moralisateur se gardant bien de poser la question préalable à toute sanction pénale : quelle est la valeur sociale protégée ?

Il est commun d'expédier cette question en assimilant le régime pénal de la contrefaçon à celui du vol : la contrefaçon est une atteinte à un droit de propriété et doit à ce titre être sanctionnée pénalement. L'article 61 des ADPIC fait d'ailleurs référence à cette analogie en enjoignant les États à se référer aux sanctions du vol pour fixer le quantum des sanctions de la contrefaçon.

Dans le cadre de nos recherches, nous souhaitons questionner cette analogie, autant s'agissant de sa pertinence que de ses répercussions sur les tentatives d'harmonisation internationale du cadre légal de lutte contre la contrefaçon. Bien plus qu'une propriété, le dispositif répressif de la contrefaçon protège en effet un monopole, soit le fait de pouvoir vendre seul sur le marché²⁰.

Or, depuis le milieu des années 1990, la protection de ce monopole ne procède plus de la seule sanction du droit de propriété intellectuelle, mais s'articule au contraire à partir d'un ensemble hétéroclite d'interdits légaux s'épanouissant à la périphérie de la sanction des droits privatifs. Il s'agit par exemple du renforcement du dispositif douanier anti-contrefaçon, de la multiplication des incriminations *ad hoc* visant à protéger le monopole du titulaire sur internet ou de l'accroissement du périmètre de la qualification de *contrefaçon* s'appliquant désormais à des comportements aussi variés que le *camrecording* ou l'usurpation d'une appellation d'origine contrôlée.

Si le constat de cette pénalisation à outrance de la « *contrefaçon* » n'est pas nouveau²¹, nous nous proposons cependant d'analyser celui-ci selon un angle de vue alternatif.

Enfermé dans un rôle purement sanctionnateur, le dispositif répressif de la contrefaçon est aujourd'hui appréhendé comme étant une simple aggravation des sanctions civiles des atteintes portées aux droits de la propriété intellectuelle.

Or, l'étude de la construction et des fondations du régime de protection des propriétés intellectuelles révèle une orientation tout à fait inverse. C'est bien le régime civil des droits de propriété intellectuelle qui fut élaboré à partir du régime pénal de la contrefaçon et non l'inverse. Nous aimerions dès lors interroger la permanence de cette influence singulière du droit répressif au sein du régime contemporain des propriétés intellectuelles.

¹⁸ LAI C., « Droit pénal de la contrefaçon. Bilan des acteurs sur le terrain », Communication Commerce Électronique, n° 7, Juillet 2006.

¹⁹ DELMAS-MARTY M., *le Flou du droit*, PUF, Quadrige, 2004, p. 67.

²⁰ « Monopole veut dire, par son étymologie, vente par un seul. C'est le droit de vente réservé, soit à un seul être individuel ou collectif, soit à une seule catégorie d'êtres individuels ou collectifs déterminés. Ses modes d'exercice varient, mais aboutissent tous à prohiber la concurrence venant d'ailleurs. Son caractère n'est point effacé par la pluralité d'être ou de catégories qui en sont les sujets », Augustin-Charles RENOUARD, *Du Droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin, 1860, p. 339.

²¹ Voir notamment : LE GOFFIC C., WAGNER M., « La pénalisation de la contrefaçon », *Droit pénal*, n° 12, Décembre 2009, étude n° 29.

Loin de constituer une simple peine aggravée des atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle, nous suggérons ainsi que le dispositif répressif de la contrefaçon combinant à la fois des éléments de droit pénal, de droit douanier et de responsabilité civile a conservé une fonction normative autonome s'articulant à partir de l'exercice du droit privatif sans pour autant se confondre nécessairement avec la sanction de celui-ci²². En effet, et pour reprendre les mots d'Augustin-Charles Renouard, « *ni la propriété n'est monopole, ni le monopole n'est toujours une propriété* »²³.

²² Nous distinguons ainsi clairement la protection du monopole qui est un concept économique de la sanction de l'exclusivité attachée au droit privatif qui est un concept juridique. En effet, La situation monopolistique est avant tout « *un concept économique qui caractérise le contrôle de fait, par un agent, à lui seul, d'un marché de bien ou de service [et] est donc l'antithèse de l'état de marché concurrentiel* » alors que l'exclusivité « *consacre un domaine réservé à son bénéficiaire (...) sur le fondement d'une protection juridique* », l'expression « *monopole exclusif constituant un pléonasme qui n'a pas véritablement de sens* », Pascal GOURDON, *L'exclusivité*, LGDJ, 2006, pp. 9-10, n° 19-20.

²³ RENOUARD A.-C., *Du Droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin, 1860, p. 340.

Axes de recherche

Les axes spécifiques de recherche que nous aimerions aborder au cours de la journée de la Jeune Recherche en Propriété Intellectuelle sont au nombre de trois :

1. **Les protections *sui generis* des biens informationnels** – Nous aimerions tout d’abord aborder la question des régimes alternatifs de protection accordés aux biens informationnels²⁴ à travers l’étude de deux points qui nous semblent particulièrement pertinents à cet égard : les développements jurisprudentiels récents consacrés au « vol d’information »²⁵, mais également et surtout l’adoption de la directive européenne 2016/943 sur le secret des affaires²⁶.

Concernant le « vol d’information », la chambre criminelle de la Cour de cassation considère désormais que la qualification de vol peut s’appliquer dès lors que l’information a été utilisée par l’agent sans le consentement de son propriétaire légitime, et ce, indépendamment de l’appropriation de celle-ci dans le cadre d’un droit de propriété intellectuelle²⁷.

Le détenteur d’une information *a priori* exclusive de toute protection par les droits de propriété intellectuelle peut ainsi revendiquer l’usage exclusif de celle-ci à travers la sanction d’un interdit pénal opérant alors comme mécanisme de réservation alternatif.

De manière similaire, la directive européenne sur le secret des affaires écarte toute protection du bien informationnel par la constitution d’un droit privatif sur celui-ci, mais prend au contraire le parti de sanctionner civilement – voire pénalement si les États le souhaitent²⁸ – l’obtention, l’utilisation et la divulgation de ces biens qualifiés de secrets d’affaires lorsque de tels actes sont accomplis illicitement²⁹.

Ainsi, un bien informationnel ne pouvant bénéficier d’une protection par un droit de propriété intellectuelle se voit pourtant réservé de manière *sui generis* par l’encadrement normatif de son usage³⁰.

La réservation des biens informationnels par le biais d’un interdit légal se présente ainsi comme un régime alternatif à la protection de ceux-ci par le droit de la propriété intellectuelle. Or, n’est-il pas appelé *in fine* à se substituer aux propriétés intellectuelles ? Dans quelle mesure de

²⁴ Michel VIVANT, « A propos des « biens informationnels » », JCP G 1984, I, n° 3132 et JCP E 1984, II, n° 14200.

²⁵ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 ; Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 : Bull. crim. n° 119 ; Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079.

²⁶ Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d’affaires) contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites.

²⁷ Voir notamment : Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 ; Philippe CONTE, « Soustraction d’une information », Droit pénal n° 10, Octobre 2017, comm. 141 ; Guillaume BEAUSSONIE, « L’entrée dans l’ère du vol par téléchargement : à propos de l’épilogue (provisoire ?) de l’affaire Bluetouff », La Semaine Juridique Edition Générale n° 30-35, 27 Juillet 2015, 887.

²⁸ Article 16 de la Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d’affaires) contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites.

²⁹ Edouard TREPPOZ, « Le secret d’affaire dans l’anti-chambre de la protection intellectuelle », RTD eur. 2017, p. 868.

³⁰ Certains commentateurs évoquant même la création d’un « nouveau droit de propriété intellectuelle » : Richard MILCHIOR, Virginie FOURGOUX, « Directive sur les secrets d’affaires : création d’un nouveau droit de propriété intellectuelle », AJ Contrats d’affaires - Concurrence - Distribution 2016, p. 391

tels régimes de responsabilité délictuelle menacent-ils la cohérence interne du droit de la propriété intellectuelle ?³¹

2. La conciliation du cadre légal de lutte anti-contrefaçon avec le principe de la libre circulation des marchandises – Nous aimerions ensuite évoquer la question de la conciliation du renforcement du cadre de lutte anti-contrefaçon avec le principe de la libre circulation des marchandises non seulement dans le cadre du marché unique européen, mais plus globalement à l'échelle du marché mondialisé.

Le juge européen garantit par le biais d'une application extensive de la règle de l'épuisement du droit et une interprétation stricte du principe de territorialité (la polémique issue de l'arrêt *Nokia* de la Cour de justice retenant particulièrement notre attention à cet égard) la libre circulation des marchandises au sein du marché unique. Au plan international, la conciliation de la protection territoriale des droits de propriété intellectuelle avec les règles de l'OMC prohibant les mesures restrictives à l'accès au marché pour les marchandises procède d'une exception générale de l'accord du GATT³². Au plan européen comme international, la protection des propriétés intellectuelles se présente ainsi comme une dérogation au principe de libre circulation des marchandises dont les contours sont fixés par la possibilité d'une atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle.

Sur le plan du droit interne³³, une approche alternative semble cependant avoir été retenue. L'aggravation constante du dispositif de lutte anti-contrefaçon autorise désormais la saisie des marchandises contrefaisantes indépendamment de toute atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle. On pense notamment aux cas de saisie de marchandises en transit douanier ou de celles présentées à l'exportation dans le cadre desquels « *la contrefaçon est réalisée du seul fait de l'introduction en France d'une marchandise revêtue d'une marque contrefaisante, quelles que soient les conditions de sa fabrication et de sa commercialisation à l'étranger* »³⁴.

³¹ Comme le note à juste titre Jérôme Passa à propos du « vol d'informations », de tels mécanismes rendent en effet quelque peu désuète la protection conférée par les droits de la propriété intellectuelle « *puisque une valeur immatérielle exclue du champ de ces droits bénéficierait d'une protection équivalente, voire plus rigoureuse, sur le fondement* » de la responsabilité délictuelle. « *Juridiquement exclue, la reconnaissance du vol d'information susciterait de surcroît d'insurmontables difficultés. D'une part, elle ruinerait la cohérence du droit de la propriété intellectuelle puisque une valeur immatérielle exclue du champ de ce droit bénéficierait d'une protection équivalente, voire plus rigoureuse, sur le fondement du vol. D'autre part, l'extension du domaine du vol risquerait de porter atteinte aux libertés individuelles, car la logique de la répression conduirait à admettre que « toute personne qui réussit par un moyen quelconque à prendre connaissance d'une information qui ne lui est pas destinée est coupable de vol »; il n'y aurait en effet aucune raison valable de cantonner la qualification de vol à certains modes d'acquisition de l'information ou à certains types d'informations, comme on a pu le prétendre* », Jérôme PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Droit et Patrimoine*, 2001, p. 91.

³² Article XX d) du GATT de 1994.

³³ Il convient également de mentionner ici les dispositions afférentes au transit de marchandises au sein du *Paquet marque* que l'on sait avoir essentiellement été portée par la France. Voir : Nicolas BINCTIN, « Le nouveau règlement européen de défense des droits de la propriété intellectuelle par saisie douanière », *Propriété industrielle* n° 1, Janvier 2014, étude 2, n° 19.

³⁴ Note sous Cass. Crim. 27 février 2013, n° 11-81.559, A. REVERDY, « Importation et transbordement de marchandises contrefaites », *Droit des affaires*, 2013, n° 82.

Le Code de la Propriété Intellectuelle mentionnant le transbordement/transit³⁵ et l'exportation au titre des actes de contrefaçon susceptibles de consommer une atteinte au droit privatif, la contrefaçon est en effet réalisée dès l'introduction de la marchandise sur le territoire français et donc, indépendamment de sa destination finale. Ainsi, la marchandise acquiert un caractère illicite du seul fait de son introduction sur le territoire français et est susceptible d'être confisquée par les autorités douanières, quand bien même le détenteur de ces marchandises serait par la suite relaxé au titre de la contrefaçon³⁶.

Or, comme l'a révélé la Cour de justice dans l'arrêt Nokia à propos du transit³⁷, à défaut d'une exploitation du *bien intellectuel* sur le territoire protégé, de tels actes ne devraient-ils pas normalement être exclusifs d'une atteinte au droit privatif en raison du principe de territorialité des droits? Comment justifier que le monopole du titulaire lui permette d'entraver la circulation de marchandises sur des territoires où il n'est pas susceptible d'invoquer la protection de son droit de propriété intellectuelle³⁸? Cela ne place-t-il pas le droit interne et le *Paquet marque* en contradiction directe avec les règles de l'OMC³⁹?

- 3. Les enjeux juridiques sous-jacents à la protection légale des mesures techniques de protection** – Nous souhaiterions enfin aborder le régime légal de protection des mesures techniques de protection et plus particulièrement sa difficile conciliation avec les exceptions au droit d'auteur. L'exception au monopole de l'auteur est en effet directement contredite par le régime légal – et notamment pénal – de protection des mesures techniques de protection qui, en sanctuarisant les protections techniques entourant l'usage du *bien intellectuel*, recréent de fait les conditions d'une exploitation monopolistique de celui-ci. Cette problématique particulière nous invite à deux formes d'interrogations.

Elle conduit d'une part à nous interroger sur la nature des exceptions au droit d'auteur, mais également à discuter de la nécessité et de la possibilité de leur reconnaître un caractère impératif?

Elle découvre d'autre part le rôle perturbateur et normatif du droit pénal qui s'épanouit ici à la marge du régime légal des droits de propriété intellectuelle. En garantissant l'intégrité des protections techniques, le droit pénal concrétise en effet le monopole du titulaire sur son *bien intellectuel* indépendamment de l'exercice de son droit privatif et des "limites" y étant attachées par la loi.

³⁵ La loi du 11 mars 2014 renforça le régime de lutte anti-contrefaçon et étendit l'incrimination du transbordement à l'ensemble des droits de la propriété intellectuelle. Assimilant le transbordement au transit externe, le législateur français adopta ainsi une approche délibérément opposée à la solution retenue par l'arrêt Nokia sans pour autant opérer un contournement explicite de celle-ci.

³⁶ Cass. Crim., 7 mai 2002, n° 01-85.885, « Marchandises contrefaites : pas d'alternative à la confiscation », Comm. D. 2002, p. 2127 ; Bernard BOULOC, « Les marchandises contrefaisantes doivent être confisquées », RTD Com. 2002 p.738 ; Cass. Crim., 25 juin 2008, n° 07-87.798.

³⁷ CJUE, 1^{er} décembre 2011, Affaires jointes C-446/09 et C-495/09, *Koninklijke Philips Electronics NV contre Lucheng Meijing Industrial Company Ltd et autres et Nokia Corporation contre Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, pt. 78.

³⁸ Carl DE MEYER, Carina GOMMERS, « Moving forward : the new trade mark provisions on goods in transit », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol.11, Issue 10, pp. 739-744 ; Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, 2011, p. 112.

³⁹ Annette KUR, « The EU Trademark Reform Package - (Too) Bold a Step Ahead or Back to Status Quo », 19 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 15, 2015, pp. 35 et s.

On peut alors se demander si cette superposition de couches supplétives de protection⁴⁰ ne se présente pas comme une menace vis-à-vis des équilibres fragiles ayant présidé à l'élaboration du droit d'auteur et de ses exceptions ?

⁴⁰ Séverine DUSSOLIER cité dans A. Lucas, H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ème édition, Litec, p. 602, n° 878.