

La cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2013/AR/1336

R. n°: 2014/1013

N°: 270 6

Arrêt définitif

*Astreintes – liquidation –
article 49 Règlement
44/2001
Chose jugée – effet
positif
Droits intellectuels –
Brevets – offre*

EN CAUSE DE :

1.- NOUVAG A.G., société de droit suisse dont le siège social est établi à 9403 Goldach (Suisse), St. Gallerstrasse, 23-25,

2.- NOUVAG DENTAL- UND MEDIZINTECHNIK GmbH, société de droit allemand dont le siège social est établi à 78462 Konstanz (Allemagne), Schulthaisstrasse, 15,

Appelantes,

Représentées par Maître Fernand de Visscher, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20,

CONTRE :

Intimé,

✓ Représenté par Maîtres Philippe Péters et Tanguy de Haan, avocats à 1000 Bruxelles, chaussée de La Hulpe, 120,

Plaideur : Maître Tanguy de Haan.

I. La décision entreprise

L'appel est dirigé contre le jugement prononcé le 15 mai 2013 par le tribunal de première instance de Bruxelles, chambre des saisies.

30 -01- 2014

279,

Ce jugement a été signifié le 5 juin 2013 à la requête de M. Malak.

II. La procédure devant la cour

L'appel est formé par requête déposée par la société de droit suisse Nouvag AG et la société de droit allemand Nouvag Dental-Und Medizintechnik GmbH (dénommées ci-après les sociétés Nouvag) au greffe de la cour, le 21 juin 2013.

L'appel incident est introduit par conclusions déposées par le docteur Malak au greffe de la cour, le 7 août 2013.

La procédure est contradictoire ayant été mise en état en application d'une ordonnance rendue le 19 septembre 2013 sur pied de l'article 747 §2 du Code judiciaire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III. Les faits et antécédents de la procédure

1. Le docteur j.m. est actif dans le domaine de la chirurgie esthétique et plus particulièrement dans celui de la liposuccion. Il est l'inventeur d'un appareil de lipo-aspiration pour lequel il est titulaire d'un brevet belge n° BE 1011084 et d'un brevet européen n° EP 0 971 754.

Les sociétés Nouvag font partie du groupe Nouvag, important producteur et vendeur de matériel dentaire, médical et chirurgical.

2. En 2003, le docteur j.m. constate que les sociétés Nouvag proposent un appareil de lipo-aspiration sous la marque *Vacuson* qu'il estime être une contrefaçon de ses brevets. Il les cite ainsi que leur agent belge, la S.A. Endoscopie Richard Wolf Belgium, en déclaration de contrefaçon devant la juridiction bruxelloise.

Par arrêt du 15 octobre 2009, la cour d'appel de Bruxelles :

- « dit pour droit que [les sociétés Nouvag et la S.A. Endoscopie Richard Wolf Belgium] sont coupables de violation du brevet européen du docteur Malak en important, offrant, commercialisant, mettant dans le commerce, détenant ou utilisant des appareils de lipo-aspiration de la marque

30 -01- 2014

VACUSON, tels que décrits par l'expert judiciaire Paul Van Cutsem dans son rapport du 9 août 2004 »,

- « *condamne [les sociétés Nouvag et la S.A. Endoscopie Richard Wolf Belgium] à cesser en Belgique les violations du brevet européen n° EP 0 971 754 du docteur Malak, sous peine d'une astreinte de 5.000,00 € par infraction et par jour de retard à se conformer à cet ordre de cessation dans les trente jours calendrier après la signification du présent arrêt.... ».*

Cet arrêt est signifié le 6 mai 2010.

Le 3 février 2012, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cette décision par les sociétés Nouvag.

3. Le 14 février 2012, l'huissier de justice De Smet, requis par le docteur j.m., dresse un procès-verbal de constat suite à sa visite, le 8 février 2012, sur le site internet www.nouvag.com.

Il y relève avoir :

- cliqué sur l'onglet « *About us* » - sous-onglet « *History* » - et être arrivé sur une page mentionnant que « *la vente et la distribution des produits Nouvag pour le territoire de l'UE sont dirigées au départ des bureaux de la filiale de Constance (Allemagne)* » et que « *les ventes ont lieu exclusivement via des dépôts dits dentaires et médicaux. Les ventes directes sont donc exclues* » (traduction proposée par les parties),
- cliqué sur l'onglet « *About us* » - sous-onglet « *Nouvag Switzerland* » et « *Nouvag Germany* » - et être arrivé sur deux pages renseignant les coordonnées complètes des deux sociétés avec plan d'accès (annexes I et II),
- cliqué sur l'onglet « *About us* » - sous-onglet « *Our team* » - et avoir eu accès à une page mentionnant les coordonnées de quatre personnes chargées du département vente dont M. H. Wiezer en charge notamment de la Belgique,
- cliqué sur l'onglet « *Service* » - sous-onglet « *Services Places* » - et être arrivé sur une page reprenant notamment à côté d'un drapeau belge les mentions suivantes :



**Official NOUVAG Service Center
Belgium - Luxembourg**

MEDICAL SERVICE DIRK bvba

Gouden Rivierlaan 71
B - 8500 Kortrijk-Belgium

Phone +32 475 47 14 93

Fax +32 56 360 760

Website www.medicalservicedirk.net

e-mail to **NOUVAG Benelux**

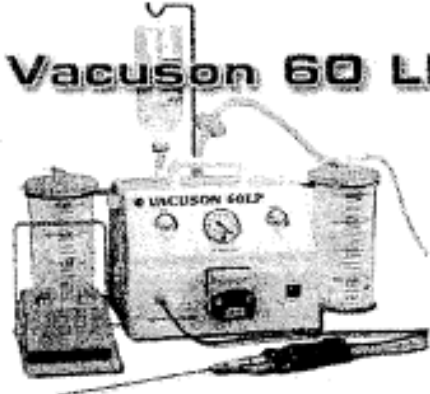
- cliqué sur l'onglet « *Download* » (« *Fichiers à télécharger* ») et

30 -01- 2014

avoir téléchargé, d'une part, le catalogue multilingue des sociétés Nouvag présentant notamment le « Vacuson 60 LP », avec tous ses détails techniques (annexe IV, p. 9) et, d'autre part, un « flyer » en français de deux pages (annexes V, 1 et 2) se présentant, l'une, comme suit :

**Qualité suisse
en technologie dentaire et médicale**

Vacuson 60 LP



L'appareil combiné ajustable avec précision pour la liposuction!

- Facilité grâce à son mode auto-nettoyant et à sa performance
- Modèle compatible avec toutes les sondes courantes
- Small footprint pour un espace d'installation optimisé
- Traitement le plus doux possible pour les patients
- Économies d'énergie et traitement plus efficace
- Résultats esthétiques améliorés
- Large de fonctionnement plus rapide
- Cadet manuel silencieux
- Accès combiné thérapeutique pour les zones difficiles

www.nouvag.com

et, l'autre, comme suit :

Vacuson 60 LP

Appareil combiné ajustable avec précision pour la liposuction, avec une sonde auto-nettoyante, pour une utilisation optimale et une efficacité accrue. L'appareil est doté d'une pompe d'aspiration et d'un moteur électrique silencieux. Ce modèle est idéal pour les zones difficiles à traiter. Cette technologie permet de réduire le temps de traitement et d'obtenir des résultats esthétiques améliorés.



- Mod. 4118 avec sonde auto-nettoyante**
Mod. 4119 sans sonde auto-nettoyante
- Facile à installer
 - Poids léger
 - Grand écran tactile qui agit à tout moment
 - 1 jeu de sondes à l'échelle suisse
 - 1 jeu de sondes à l'échelle américaine
 - Flexible
 - Grand réservoir à vide
 - 10 litres de capacité
 - Opère sans bruit et sans vibration
 - Support pour pied à main
 - Support mobile
 - Le 4118 - 2 de sonde auto-nettoyante et 2 de sonde à l'échelle américaine

Caractéristiques techniques	
Modèle	4118 et 4119
Capacité	10 litres
Capacité d'aspiration	400 à 600 ml/min
Pression maximale	100 mmHg / 133 mmHg
Débit de la pompe d'aspiration	30 à 40 l/min
Pression maximale	100 mmHg
Capacité de sondes courantes	100 mmHg
Pression de sondes courantes	100 mmHg
Capacité de sondes américaines	100 mmHg
Pression de sondes américaines	100 mmHg
Dimensions (L x P x H)	500 x 250 x 1000 mm
Poids	15 kg

30 -01- 2014

4. Le 25 mai 2012, le docteur j.m. fait signifier aux sociétés Nouvag un commandement de payer des astreintes pour un montant de

915.000,00 €, soit 183 jours x 5.000,00 €. Ce commandement se fonde sur le constat de l'huissier faisant apparaître que « *les sociétés Nouvag offrent et commercialisent, notamment par leur site Internet commun www.nouvag.com les appareils de la marque Vacuson interdits* ».

Par courrier officiel du 28 juin 2012, le conseil des sociétés Nouvag s'oppose formellement à ce commandement tout en signalant que ses clientes ont modifié leur site « *sous toutes réserves et dans le seul but de clarifier la situation, si besoin en était, le 5 juin 2012* ». Il ressort d'un constat d'huissier dressé le 13 juin 2012 que le site mentionne en-dessous du Vacuson 60 LP qu'il « *n'est plus vendu en Belgique ni vers la Belgique* » (« *Device is not sold in or to Belgium* »).

5. Le 25 juillet 2012, le docteur j.m. fait citer les sociétés Nouvag devant la chambre des saisies du tribunal de première instance de Bruxelles aux fins de voir constater qu'elles ont violé l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 15 octobre 2009 et de les entendre condamner *in solidum* au paiement d'une somme de 965.000,00 € à titre d'astreintes.

Par le jugement entrepris, le premier juge :

- dit la demande recevable et fondée dans la mesure suivante,
- constate que les sociétés Nouvag ont violé l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 15 octobre 2009 durant la période s'étendant du 25 novembre 2011 au 4 juin 2012,
- fixe le montant des astreintes auxquelles elles ont été condamnées par cet arrêt à la somme de 515.000,00 €,
- compense les dépens.

6. Les sociétés Nouvag interjettent appel de cette décision. Elles demandent à la cour de :

- dire la demande originaire non fondée,
- subsidiairement, avant dire droit, poser à la Cour de justice de l'Union Européenne la question préjudicielle suivante : « *Les articles 34 et 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (au besoin en combinaison avec l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle doit être considérée comme une offre prohibée en tant qu'acte de contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle, en l'espèce d'un brevet d'invention, dans le territoire de l'Etat membre concerné la présence sur un site Internet d'un appareil jugé comme portant atteinte à un brevet en vigueur dans ce territoire lorsque ledit site, (a) rédigé dans des langues communes à plusieurs Etats membres, (b) présente de nombreux appareils,*

30 -01- 2014

(c) *exclut expressément les ventes directes, (d) ne comprend ni prix ni offre de contracter, par exemple de vendre, au sujet dudit appareil et, (e) renvoie l'internaute à des distributeurs (vendeurs) établis dans divers Etats membres et pas seulement dans celui où la contrefaçon a été jugée établie ?* »,

- à défaut, réduire la période durant laquelle les astreintes sont dues à dix jours et liquider en conséquence les astreintes à 50.000,00 € tout au plus,
- dire l'appel incident introduit par le docteur Malak recevable mais non fondé.

Le docteur j.m. forme appel incident et réitère devant la cour sa demande originaire.

IV. Discussion

7. L'action du docteur j.m. tend à obtenir la liquidation des astreintes qui seraient dues en vertu de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 15 octobre 2009. Cette demande est fondée sur l'article 49 du Règlement n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui dispose que « *les décisions étrangères condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'Etat membre requis que si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'Etat membre d'origine* ». Le juge des saisies et en appel, la cour, sont compétents pour liquider l'astreinte, même si une procédure d'exécution n'est pas entamée (cf. J. van Compernelle et G. de Leval, Rép. Not. - Tome XIII, Livre 4/6, éd. 2013, L'astreinte, n° 37-38 ; O. Mignolet, L'astreinte – Chronique de jurisprudence (2007-2011), J.T. 2012, p. 858, n° 21).

La cour doit « *comme critère d'appréciation des actes effectués en exécution de la condamnation, prendre le but et la portée de la condamnation comme ligne de conduite en sachant que la condamnation est réputée ne pas tendre au-delà de la réalisation du but qu'elle vise* » (Cass., 10 novembre 2005, Pas., I, 2214 ; Cass., 9 février 2007, C.050573.N). Elle peut être amenée à déterminer la portée des termes d'une décision qui n'est ni obscure ni ambiguë au sens de l'article 793 du Code judiciaire lorsque ces termes suscitent une difficulté d'exécution (Cass., 22 février 2007, JLMB 2007, 1193).

C'est au bénéficiaire de l'astreinte qu'incombe la charge de la preuve de la réunion des conditions de débit de l'astreinte.

30 -01- 2014

1. Sur la violation de l'ordre de cessation prononcé par l'arrêt du 15 octobre 2009

8. L'arrêt du 15 octobre 2009 dit pour droit que les sociétés Nouvag sont coupables de violation du brevet européen du docteur Malak notamment en « *offrant* » des appareils de lipo-aspiration de la marque Vacuson et les condamne à cesser en Belgique ladite violation sous peine d'une astreinte de 5.000,00 € par infraction et par jour de retard à se conformer à cet ordre de cessation.

La question soumise à la cour est de savoir si en affichant et en proposant les appareils Vacuson contrefaisants sur leur site internet www.nouvag.com dans les formes et de la manière constatées par l'huissier de justice De Smet le 14 février 2012, les sociétés Nouvag ont offert en Belgique lesdits appareils et, partant, ont violé cet ordre de cessation.

9. Selon le docteur j.m. il aurait déjà été définitivement jugé entre les parties par l'arrêt du 15 octobre 2009, lorsqu'il a décidé qu'« *il n'y a pas lieu de mettre hors cause la société suisse Nouvag AG, dès lors qu'elle offre en Belgique le produit contrefait par l'intermédiaire de son site Internet* », que « *la seule présence des produits contrefaisants dans la vitrine qu'est le site internet général de Nouvag constitue bien 'une offre en Belgique' et donc une violation flagrante des droits de brevet européen du docteur Malak en Belgique* ». La force de chose jugée s'attachant à cette décision s'imposerait dès lors à la cour dans le cadre du présent litige.

Pour les sociétés Nouvag, l'arrêt du 15 octobre 2009 n'a aucune force de chose jugée dès lors que la question précise de la notion d'offre en vente n'a pas été soumise à la cour d'appel et que la présentation de leur site internet dont la cour d'appel avait eu à connaître était différente puisqu'il contenait notamment un onglet « *orders* » et la présence d'un bon de commande.

30 -01- 2014

10. En vertu de l'article 23 du Code judiciaire, « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

Sous son aspect positif, l'autorité de la chose jugée « *gratifie le gagnant du procès d'un instrument de preuve que définit l'article 1350, 3°, du Code civil érigeant l'autorité que la loi attribue à la chose jugée en 'présomption légale'* » (J.-Fr. van Drooghenbroeck, L'effet positif de la chose jugée, J.T., 2009, 297). Il incombe au juge et aux parties, en vertu de cette présomption, de tenir pour

vraie la chose précédemment jugée de manière définitive. Cet effet positif n'est pas subordonné à la vérification de la triple identité (cause, objet, parties) mais au constat de la réapparition d'une même « question litigieuse », d'un même « point litigieux » (Cass., 4 décembre 2008 : « de ce qu'il n'y a pas identité entre l'objet et la cause d'une action définitivement jugée et ceux d'une autre action ultérieurement exercée entre les mêmes parties, il ne se déduit pas nécessairement que pareille identité n'existe à l'égard d'aucune prétention ou contestation élevée par une partie dans l'une ou dans l'autre instance ni, partant, que le juge puisse accueillir une prétention dont le fondement est inconciliable avec la chose antérieurement jugée », J.T., 2009, p. 303 ; Cass., 30 mars 2006, Pas., 2006, n° 184 ; Cass., 14 décembre 2009, RG S.08.0145.N). Par question litigieuse ou point litigieux, il « faut entendre toute question relative à l'existence, à la valeur, aux effets d'un rapport juridique, d'une situation juridique, d'un acte ou d'un fait juridique, qui se pose dans un procès parce que le rapport, la situation, l'acte, le fait est incertain ou contesté » (J.-Fr. van Drooghenbroeck, *op cit.*, p. 299 et la note subpaginale 22).

Devant la cour d'appel, la société suisse Nouvag AG soutenait qu'elle devait être mise hors de cause puisqu'elle n'avait commis en Belgique « aucun des actes visés par la loi. Invoquer le contenu du site Internet est sans pertinence dès lors que ce site n'est pas expressément dirigé vers le marché belge (la circonstance qu'il y ait un responsable commercial pour le Benelux n'y change rien) et, plus encore, que les appareils de ce genre ne s'achètent évidemment pas sur Internet (en pratique, la commande en ligne n'a lieu que pour des accessoires) » (secondes conclusions d'appel, p. 43). En réponse à ce moyen, le docteur j.m. relevait qu'« un détour par le site internet de la société suisse www.nouvag.com (accessible depuis la Belgique) permet de constater que l'appareil Vacuson litigieux est représenté dès la page d'accueil. A côté de cette photo sur la page d'accueil figure un bouton 'Orders' permettant de passer immédiatement commande, sans qu'il ne soit précisé que l'offre ne vaut pas pour la Belgique. La cour constatera également que NOUVAG AG possède en Suisse toute une équipe de vendeurs et que M. Reto Bieler est de directeur des ventes (Sales Manager) pour la Suisse, l'Italie, les trois pays du Benelux, la France et l'Afrique du Nord (pièce I.7) » et en déduisait que « l'article 27, § 1^{er}, a, de la loi sur les brevets érige explicitement 'l'offre' du produit objet du brevet en acte de contrefaçon. NOUVAG AG doit donc être condamnée aux côtés de NOUVAG GMBH, qui, elle, a déjà vendu le produit litigieux en Belgique, notamment à RICHARD Wolf » (conclusions, p. 42).

Il ne peut être considéré, au vu de ces conclusions, que la question litigieuse soumise à la cour d'appel était de savoir si « la seule présence » des produits contrefaisants sur le site internet www.nouvag.com constituait ou non une offre en Belgique. En

30 -01- 2014

effet, l'accent était mis en conclusions sur le contenu du site internet tel qu'il se présentait à l'époque et notamment sur le fait qu'il permettait de passer commande en ligne. La situation juridique soumise à la cour d'appel était donc différente de celle qui se présente actuellement.

Il appartient dès lors à la cour de vérifier si la présentation actuelle des appareils Vacuson sur le site internet www.nouvag.com telle qu'elle a été constatée par l'huissier de justice De Smet constitue une « offre » interdite par l'arrêt du 15 octobre 2009.

11. Les parties s'accordent à considérer que l'offre ainsi visée par l'arrêt renvoie à l'article 27 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention. Elles divergent toutefois sur le contenu à donner à cette notion légale.

La loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention ne définit pas la notion d'offre au sens de l'article 27.

Selon l'exposé des motifs « *L'offre ne désigne pas seulement l'offre en vue de la vente, mais également l'offre en général, par exemple, l'offre en vue de la location, de la concession de licence, de prêt ou de don. Les conditions dans lesquelles s'effectue cette offre importent peu, que ce soit par écrit, oralement, par téléphone, par voie d'exposition, de présentation ou de toute autre manière* » (Doc. parl. Ch., 1980-1981, n° 1, 919, p. 13).

Le terme « offre » ne se limite pas au sens juridique étroit de « pollicitation » mais doit être interprété largement. « *La contrefaçon existe du seul fait que l'objet se trouve dans un endroit où le commerçant expose, d'habitude, les marchandises faisant l'objet de son négoce. En particulier, il n'est pas requis que le contrefacteur ait fait de la publicité pour que la contrefaçon existe. Par ailleurs, il n'est pas non plus requis que le produit contrefaisant soit physiquement présent au moment de l'offre : l'offre du produit dans un support publicitaire est suffisante* » (cf. B. Remiche et V. Cassiers, Droit des brevets d'invention et du savoir-faire, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 369 ; voy. aussi : M. Buydens, Droit des brevets d'invention, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 192, n° 373 : « *la diffusion de prospectus ou l'exposition dans un salon constitue un acte de contrefaçon* » ; P. de Jong, O. Vrins et C. Ronse, *Evoluties in het octrooirecht, Overzicht van rechtspraak 2007-2010*, R.D.C., 2011, p. 393 et s., n° 93 ; Bruxelles, 2 juillet 2007, I.R.D.I., 2007, p. 264 : « *la préparation, l'édition, l'impression et la distribution de supports d'informations et/ou publicitaires qui contiennent une représentation et/ou une description des médicaments litigieux n'ont pas d'autre but que de proposer un produit contrefaisant* »).

30 -01- 2014

Vainement les sociétés Nouvag soutiennent-elles dès lors que la notion d'offre au sens de la loi sur les brevets et partant de l'arrêt du 15 octobre 2009 se limiterait à une « offre de contracter » telle qu'elle est reconnue en droit civil. Il y a en effet offre, quel que soit le média utilisé, dès qu'un avantage économique est recherché par la présentation d'un objet breveté.

En l'espèce, la présentation détaillée (avec fiche descriptive technique et photos) de l'appareil Vacuson contrefaisant sur le site internet des sociétés Nouvag constitue, à l'instar de toute forme de publicité, une offre au sens de l'article 27 de la loi sur les brevets d'invention. Il est évident qu'une telle présentation est faite pour intéresser un public cible et dans un but de lucre à savoir de commercialiser ledit produit. Les circonstances qu'il soit fait mention sur le site que les « ventes directes sont exclues », qu'aucun prix ne soit indiqué ni les conditions de livraison sont sans pertinence. Les sociétés Nouvag ne contestent pas que selon leur site internet elles couvrent « la vente et la distribution des produits Nouvag pour le territoire de l'Union européenne », qu'elles vendent elles-mêmes aux agents locaux et autres intermédiaires (leur site mentionne d'ailleurs le nom du responsable des ventes en charge de la Belgique) et qu'elles sont responsables de ce qui est « inclus dans le colis » de l'appareil Vacuson LP 60 expédié. Il ressort donc de la présentation de leur site internet (avant sa modification du 5 juin 2012) qu'elles étaient prêtes à livrer les articles contrefaisants notamment en Belgique. Il y a lieu en outre de relever que la mention que les « ventes directes sont exclues » n'apparaît ni dans le catalogue promotionnel ni dans les fiches techniques relatives aux appareils contrefaisants mais uniquement sur la page « historique ». Or, ces fichiers peuvent être téléchargés par un simple « clic » et sont donc indépendants et reproductibles. Les fiches techniques ne renseignent d'ailleurs que les seules sociétés Nouvag comme personnes de contact.

30 -01- 2014

12. Le jugement entrepris doit dès lors être confirmé en ce qu'il décide que la présentation des produits Vacuson contrefaisants sur le site internet des sociétés Nouvag, telle que constatée par l'huissier de justice dans son constat du 14 février 2012, constitue une offre au sens de la loi sur les brevets et partant de l'arrêt du 15 octobre 2009.
13. Les sociétés Nouvag soutiennent également qu'à supposer qu'il y ait offre, celle-ci ne serait en toute hypothèse pas constitutive d'une atteinte au brevet belge du docteur j.m. puisque l'offre est faite au départ de l'étranger et que la présence du Vacuson LP sur le site n'a aucun effet quelconque sur le marché belge.

Il convient au préalable de rappeler que dans l'arrêt du 15 octobre 2009, il a d'ores et déjà été admis que la société suisse Nouvag AG

offrait « en Belgique » le produit contrefait par l'intermédiaire de son site Internet alors qu'il était allégué en conclusions que le « site n'est pas expressément dirigé vers le marché belge ».

Certes la simple accessibilité d'un site internet dans un Etat membre est insuffisante pour conclure au fait qu'une offre est dirigée vers celui-ci.

Dans son arrêt du 7 décembre 2010 (Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG et Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller, affaires jointes C-585/08 et C-144/09) la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) a examiné la question de savoir vers quel territoire était dirigée une offre. Si cet arrêt a été rendu dans le cadre de l'interprétation de l'article 15 du règlement CE n° 44/2001 concernant la compétence des tribunaux en matière de contrats conclus par les consommateurs, ses enseignements en ce qu'ils visent la notion de « dirigée vers » peuvent être appliqués par analogie à la présente affaire, comme la C.J.U.E. l'a au demeurant déjà fait dans différentes affaires de droits intellectuels dont elle a eu à connaître (voy. C.J.U.E. 12 juillet 2011, C-324/11, L'Oreal c. eBay, considérants 64 et 65, en matière de marques et C.J.U.E. 18 octobre 2012, C-173/11, Football Dataco c. Sportradar GmbH, considérants 36, 39, 40 et 41, en matière de bases de données).

La C.J.U.E. a considéré dans l'arrêt précité qu'il incombait aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas s'il existait des indices pertinents et que « parmi les indices permettant de déterminer si une activité est 'dirigée vers' l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, figurent toutes les expressions manifestes de la volonté de démarcher les consommateurs de cet État membre (considérant 80). Au nombre des expressions manifestes d'une telle volonté du commerçant figure la mention selon laquelle ce dernier offre ses services ou ses biens dans un ou plusieurs États membres nommément désignés (considérant 81) (...) D'autres indices éventuellement combinés les uns aux autres sont susceptibles de démontrer l'existence d'une activité 'dirigée vers' l'État membre du domicile du consommateur. Dans des affaires telles que celles au principal, il y a lieu de considérer que les caractéristiques suivantes, alléguées devant la Cour et dont la liste n'est pas exhaustive, constitueraient, sous réserve d'une vérification de leur existence par le juge national, des indices d'une activité 'dirigée vers' un ou plusieurs autres États membres au sens de l'article 15, § 1^{er}, c, du règlement n° 44/2001. Il s'agit de la nature internationale de l'activité en cause, telle que certaines activités touristiques, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi, par exemple '.de' ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que '.com' ou '.eu', la description d'itinéraires à partir d'un ou

30 -01- 2014

de plusieurs autres États membres vers le lieu de la prestation de service ainsi que la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres, notamment par la présentation de témoignages de tels clients » (considérant 83).

En l'espèce, il existe plusieurs indices, parmi ceux retenus par la C.J.U.E., permettant de conclure au fait que l'offre faite par les sociétés Nouvag sur leur site internet de l'appareil contrefaisant est « dirigée vers » la Belgique.

D'une part, le site internet contient les indications suivantes :

- « La vente et la distribution des produits NOUVAG pour le territoire de l'Union européenne sont dirigées au départ des bureaux de la filiale de Constance » ;
- le nom de la personne responsable des ventes pour la Belgique (M. Heinz Wieser) ;
- l'adresse du centre de services officiel NOUVAG en Belgique, dénommé « NOUVAG Benelux », soit la S.P.R.L. Medical Service Dirk à 8500 Courtrai, Goudenrivierlaan 71 ;
- l'affichage d'un drapeau belge.

La Belgique est donc à plusieurs reprises nommément visée ou désignée et le marché belge ciblé par l'offre.

D'autre part, de nombreux autres indices mentionnés par la C.J.U.E. figurent également sur le site internet. Il en est tout particulièrement ainsi de :

- la nature internationale de l'activité des sociétés Nouvag et, en particulier, pour toute la zone de l'Union européenne, y compris la Belgique, pour laquelle aucune distinction n'est faite ;
- la mention des coordonnées téléphoniques et fax des sociétés Nouvag avec l'indication du préfixe international ;
- l'utilisation du nom de domaine « *.com* » ;
- l'indication des aéroports proches des sociétés Nouvag permettant l'accès par la clientèle internationale qui se déplace en Europe en avion.

Il ressort de ces éléments que le site internet des sociétés Nouvag n'est pas simplement accessible en Belgique mais contient véritablement, par son contenu et la présentation des appareils Vacuson litigieux qui en est faite, la manifestation de leur volonté de diriger leurs offres desdits appareils vers la Belgique et d'y commercer.

La circonstance alléguée que le revendeur en Belgique (la S.P.R.L. Medical Service Dirk) aurait reçu des consignes verbales lui interdisant de vendre le Vacuson LP en Belgique, outre qu'elle n'est pas démontrée (les documents produits à cet égard sont tous

30 -01- 2014

postérieurs à la modification faite par les sociétés Nouvag de leur site internet le 5 juin 2012), n'est pas pertinente puisqu'il est établi par les mentions du site internet que les sociétés Nouvag étaient prêtes à livrer les objets contrefaisants notamment en Belgique. En outre, selon le site même des sociétés Nouvag et le propre site de la S.P.R.L. Médical Service Dirk, cette dernière ne serait qu'un centre de services après-vente, soit d'entretien et de réparation.

C'est également en contradiction avec les mentions précitées de leur site internet que les sociétés Nouvag affirment, sans l'étayer, qu'afin de respecter la réglementation relative à la commercialisation des dispositifs médicaux, seuls les agents locaux sont autorisés à commercialiser les produits Nouvag.

14. Il s'ensuit que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il décide que les sociétés Nouvag ont violé en Belgique l'ordre de cessation prononcé par l'arrêt du 15 octobre 2009 en offrant sur leur site internet www.nouvag.com les appareils de lipo-aspiration de marque Vacuson contrefaisants.

2. Sur la violation des règles de libre circulation des marchandises au sein de l'Union européenne

15. Les sociétés Nouvag soutiennent que considérer que la présence des appareils Vacuson contrefaisants sur leur site internet « .com » ou « .ch » destiné au public de toute l'Union européenne et avec exclusion de toute vente directe constitue une offre à laquelle peut s'opposer en Belgique le titulaire du brevet équivaut à permettre à celui-ci de s'opposer de ce fait même à ce que ces appareils soient présentés au public des autres Etats membres dans lequel elles peuvent vendre et constitue dès lors une entrave à la libre circulation des marchandises protégée par le TFUE.

Elles demandent à titre subsidiaire que soit posée à la C.J.U.E. une question préjudicielle.

A juste titre, le docteur j.m. considère que les sociétés Nouvag soulèvent ainsi un faux problème.

En effet, d'une part, l'entrave éventuelle ne pourrait résulter que de la mesure d'interdiction comminée qui ne fait pas l'objet du litige, celle-ci ayant d'ores et déjà été ordonnée. La cour n'est, en effet, saisie que de la question de savoir si les sociétés Nouvag ont ou non respecté l'interdiction qui leur était faite d'offrir les appareils contrefaisants en Belgique. Plus précisément, il lui est uniquement demandé de vérifier si l'affichage et la proposition des appareils contrefaisants sur le site internet des sociétés Nouvag tels qu'ils sont

30 -01- 2014

constatés par l'huissier de justice De Smet constituent une offre au sens de la loi nationale sur les brevets d'invention à laquelle renvoie la cour d'appel dans son arrêt du 15 octobre 2009.

D'autre part, l'interprétation donnée de cette notion légale interne d'offre n'a pas pour conséquence de refuser aux sociétés Novag le droit de présenter et de faire connaître les produits contrefaisants afin de les revendre dans les autres Etats membres, comme elles l'affirment, puisqu'il leur suffit, ainsi qu'elles l'ont d'ailleurs fait après avoir reçu signification du commandement, de préciser sur leur site que lesdits appareils ne sont pas disponibles en Belgique. Une telle mesure suffit en effet pour se conformer à la mesure d'interdiction ordonnée et n'entrave pas le commerce entre les Etats membres (cf. Liège, 17 janvier 2008, ICIP Ing.-Cons. 2008, p. 6). Contrairement à ce que soutiennent les sociétés Novag, il n'est donc nullement question de leur « *interdire la présence du Vacuson LP litigieux* » sur leur site internet. Leur postulat de départ est en conséquence erroné.

L'appel sera donc également déclaré non fondé sur ce point sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la C.J.U.E. qui n'est ni nécessaire ni pertinente pour la solution du litige soumis à la cour.

3. Sur le montant des astreintes

16. Les sociétés Novag prétendent qu'elles ont eu un doute légitime sur la portée de l'arrêt les condamnant, ce qui priverait le docteur Malak du droit de réclamer les astreintes.

Si elles estimaient que l'arrêt du 15 octobre 2009 était obscur ou ambigu, il appartenait aux sociétés Novag d'agir en interprétation de cette décision, ce qu'elles n'ont pas fait. Les sociétés Novag ne pouvaient ignorer en outre qu'en continuant à présenter les appareils contrefaisants sur leur site internet dans une mouture encore plus détaillée et élaborée que celle ayant été soumise initialement à la cour d'appel et en ciblant toujours la Belgique elles prenaient un risque de contrevenir à l'ordre de cessation. Elles ne peuvent pas davantage soutenir que la circonstance que le bon de commande avait été enlevé dans la nouvelle version était, dans leur esprit, suffisante pour satisfaire à cet ordre puisqu'elles reconnaissent elles-mêmes dans leurs conclusions déposées avant l'arrêt du 15 octobre 2009 que « *les appareils de ce genre ne s'achètent évidemment pas sur Internet (en pratique, la commande en ligne n'a lieu que pour des accessoires)* ».

Ce moyen en défense doit dès lors être rejeté.

30 -01- 2014

17. Le docteur j.m. fait courir les astreintes à dater du 25 novembre 2011, soit six mois avant le commandement de payer signifié le 25 mai 2012, jusqu'au 4 juin 2012, soit la veille du jour où le site des sociétés Nouvag a été complété de la mention « *n'est plus vendu en Belgique ni vers la Belgique* ».

Vainement les sociétés Nouvag soutiennent-elles qu'aucune astreinte ne serait due avant le 8 février 2012, date du constat fait par l'huissier de justice. Il ressort en effet de ce constat que le site internet www.nouvag.com mentionne que le catalogue offrant les appareils Vacuson contrefaisants et les fiches techniques relatives à ces appareils ont été modifiées la dernière fois les 11 et 14 janvier 2011. Si les sociétés Nouvag, qui doivent collaborer à la charge de la preuve, soutiennent que cet élément n'est pas déterminant, elles reconnaissent toutefois qu'elles ne disposent d'aucun journal de bord complet ni autre relevé exhaustif et daté de l'évolution de leur site internet. Elles ne prétendent en outre pas que leur site internet aurait été différent entre le 25 novembre 2011 et le 8 février 2012. La cour ne peut dès lors s'en tenir qu'au seul document probant qui lui est soumis et qui établit que la dernière modification du site internet remonte au mois de janvier 2011.

Les astreintes sont en conséquence dues depuis le 25 novembre 2011.

18. Le docteur j.m. fait par ailleurs grief au jugement entrepris d'avoir réduit la période d'exécution à 103 jours au motif qu'il se serait rendu coupable d'un abus de droit pour avoir tardé à faire signifier son commandement de payer « *afin de faire abusivement augmenter le montant des astreintes* ».

Aux termes de l'article 1385octies, alinéa 1, du Code judiciaire « *l'astreinte se prescrit par l'expiration d'un délai de six mois à partir de la date à laquelle elle est encourue* ». Cette disposition a précisément pour but de protéger les intérêts du débiteur en évitant ainsi que le créancier puisse laisser s'accumuler par son inaction les astreintes.

Il ressort des considérations qui précèdent que le site internet a été modifié en janvier 2011 pour la dernière fois, soit plus d'un an avant le procès-verbal de constat de l'huissier De Smet. Il s'en déduit que le montant des astreintes réclamé aurait été identique que le commandement ait été signifié le lendemain du jour du constat dressé ou le 25 mai 2012 comme il l'a été. Aucune augmentation de l'astreinte n'était donc possible entre le 14 février et le 25 mai 2012. A supposer dès lors que le commandement ait été signifié le 14 février 2012 et que les sociétés Nouvag aient clarifié la situation directement après celui-ci, comme elles l'ont fait le 5 juin 2012, il

30 -01- 2014

n'en demeure pas moins que les astreintes pouvaient être réclamées pour les six mois précédant le commandement.

Il y a lieu en outre de relever que le pourvoi en cassation des sociétés Nouvag a été rejeté par un arrêt du 3 février 2012. Il ne peut dès lors être considéré que le docteur j.m. aurait abusivement tardé à faire vérifier le site des sociétés Nouvag par son huissier de justice.

L'appel incident est dès lors fondé et les astreintes sont dues pour toute la période s'étendant du 25 novembre 2011 au 4 juin 2012 inclus, soit 193 jours.

4. Sur les dépens

19. L'appel incident étant seul déclaré fondé, il y a lieu de mettre les dépens de l'instance et d'appel à charge des sociétés Nouvag.

Le docteur j.m. limite l'indemnité de procédure qu'il réclame pour les deux instances au montant de base pour une affaire non évaluable en argent.

Les frais de signification du commandement de payer et du jugement de première instance ne font pas partie des dépens énumérés à l'article 1018 du Code judiciaire mais sont des frais d'exécution qui incombent, en vertu de l'article 1024 du même code, à la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie.

V. Dispositif

Pour ces motifs, la cour,

1. Reçoit les appels et dit seul l'appel incident fondé ;

2. Réforme le jugement entrepris sauf en tant qu'il a reçu la demande et a constaté que la société de droit suisse Nouvag AG et la société de droit allemand Nouvag Dental- Und Medizintechnik GmbH ont violé l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 15 octobre 2009 durant la période s'étendant du 25 novembre 2011 au 4 juin 2012 ;

Statuant à nouveau pour le surplus,

3. Liquide les astreintes auxquelles elles ont été condamnées par ledit arrêt à la somme de 965.000,00 € et pour autant que de besoin les condamne au paiement de cette somme;

30 -01- 2014

4. Met les dépens des deux instances à charge de la société de droit suisse Nouvag AG et de la société de droit allemand Nouvag Dental- und Medizintechnik GmbH liquidés pour le docteur j.m. à 950,79 € (citation) + 1.320,00 € (indemnité de procédure de première instance) + 30,00 € (expédition du jugement entrepris) + 1.320,00 € (indemnité de procédure d'appel) ;

Cet arrêt a été rendu par la 9^{ème} chambre de la cour d'appel de Bruxelles, composée de :

M. Henry MACKELBERT, conseiller, président f.f. de la chambre,
Mme Marie-Françoise CARLIER, conseiller,
Mme Catherine HEILPORN, conseiller,

qui ont assisté à toutes les audiences et ont délibéré à propos de l'affaire.

Il a été prononcé en audience publique par M. Henry MACKELBERT, président f.f. de la chambre, assisté de Mme Patricia DELGUSTE, greffier, le **30 -01- 2014**

Patricia DELGUSTE

Catherine HEILPORN

Marie-Françoise CARLIER

Henry MACKELBERT

30 -01- 2014