

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 1er février 2010

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. Battistolo et Winzap
Greffier : M. Ritter

Art. 47, 71 al. 1 CP; 61 al. 1 let. b LPM; 415 CPP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par **W.**_____ contre le jugement rendu le 3 novembre 2009 par le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte dans la cause dirigée contre le recourant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 3 novembre 2009, le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte a, notamment, constaté que W._____ s'était rendu coupable de violation du droit de la marque (II), l'a condamné à la peine pécuniaire de 90 jours-amende, le montant du jour-amende étant arrêté à 50 fr., avec sursis pendant deux ans (III), a dit qu'il était débiteur de l'Etat de Vaud d'une créance compensatrice de 15'000 fr. (IV), a donné acte de ses réserves civiles à Hermès International (V), a ordonné la confiscation des objets séquestrés sous fiche n° 3022 et a dit que ces objets demeureront au dossier au titre de pièces à conviction (VI) et a mis les frais de la cause, par 7'242 fr. 35, y compris l'indemnité allouée à son conseil d'office, par 5'000 fr., à la charge de W._____ (VII).

B. Ce jugement retient en substance ce qui suit, la cour de céans se référant pour le surplus à l'état de fait dans son intégralité :

L'accusé W._____, né en 1959, exploite sous raison individuelle une entreprise active notamment dans la décoration d'intérieur et le commerce d'accessoires de mode, s'agissant en particulier d'articles de maroquinerie. Son casier judiciaire est vierge. Marié, père de trois enfants, dont deux majeurs, il réalise un salaire mensuel de l'ordre de 5'000 fr. Il est, avec son épouse, propriétaire de sa maison, dont les charges s'élèvent à 2'000 fr. par mois. L'endettement hypothécaire des époux est d'environ 700'000 fr. L'épouse travaille au service de son mari pour une rétribution de quelque 20'000 fr. par an.

La plaignante Hermès International est titulaire de la marque internationale n° 805531, soit un « H » entouré d'un cercle inscrit par perforation. Cette marque orne le sac « Evelyne ». Hermès est aussi titulaire de la marque internationale n° 800232 qui est un « H » en trois dimensions. Ce sigle sert de boucle aux ceintures notamment.

Une boutique valaisanne qui se fournit auprès de l'accusé s'est vue saisir, en application d'une ordonnance de mesures provisionnelles rendue par un juge valaisan à la requête de la plaignante, un lot d'articles de maroquinerie qui étaient affublés des marques n° 805531 et n° 800232. Ces articles provenaient, pour partie en tout cas, de la société de l'accusé, au domicile duquel ont été séquestrés notamment 46 signes « H » à riveter, ainsi que quatre petits et trois grands sacs de divers coloris, tous affublés d'un « H » entouré d'un cercle inscrit par perforation. Le 4 février 2008, Hermès International a déposé plainte contre W. _____ pour violation du droit de la marque.

L'accusé n'a pas contesté faire commerce de sacs et de boucles munis soit d'un « H » perforé entouré d'un cercle inscrit par perforation, soit d'un « H » en trois dimensions, en important puis en revendant ces articles à des détaillants. Il n'est pas concessionnaire Hermès. De fait, à quelques reprises, aux débats, il s'est fourvoyé en parlant de sacs Hermès pour mentionner les modèles vendus par ses soins.

Entendu comme témoin, un commerçant actif dans la branche de la maroquinerie depuis 1983 a été confronté aux articles séquestrés (soit ceux munis d'un « H » entouré d'un cercle inscrit par perforation, respectivement d'un « H » en trois dimensions). Selon le jugement, ce témoin a été catégorique en indiquant qu'il n'aurait pas acheté ce type d'objets pour les vendre, car il estime qu'il convient de lutter contre les contrefaçons respectivement les imitations.

Enfin, le tribunal a relevé que, si les articles du recourant étaient de qualité inférieure à ceux de la plaignante, il n'en reste pas moins que « l'impression d'ensemble qu'ils dégagent amène à une confusion évidente avec les produits Hermès originaux ».

2. Considérant que l'accusé s'était rendu coupable de violation du droit de la marque au sens de l'art. 61 al. 1 let. b de la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la

protection des marques, LPM), le tribunal de police a retenu que les articles diffusés étaient constitutifs de reproductions, respectivement de contrefaçons, exclues comme telles de la protection légale indépendamment de tout risque de confusion avec les articles originaux copiés; par surabondance, même s'il ne devait s'agir que d'imitations, il y a, d'après le tribunal de police, un risque de confusion avec Hermès International, qui mérite une protection accrue dès lors qu'il s'agit d'une marque forte. Ce critère doit, selon le premier juge, être apprécié en fonction d'un public acquéreur qui souhaite donner l'illusion de posséder un produit de marque Hermès. Peu importe à cet égard, toujours selon le tribunal de police, que les articles diffusés par l'accusé eussent porté l'étiquette d'une autre marque ("Maxima").

Le tribunal de police a en outre retenu que l'accusé avait agi avec conscience et volonté. Alors même qu'il est un professionnel de la maroquinerie depuis des décennies, l'intéressé avait en effet fait fi d'un avertissement donné en 2005 déjà par un cabinet juridique, mandaté par la plaignante, le sommant de cesser la vente de sacs portant la marque Hermès; de surcroît, il savait que les produits qu'il avait acquis à dessein de revente constituaient des contrefaçons ou des imitations, tout comme il n'ignorait pas que ces articles se vendent facilement.

Adhérant aux moyens de la plaignante, le premier juge a précisé qu'en présence de contrefaçons ou d'imitations, une cliente pouvait très bien se dire qu'elle allait acheter un tel produit pour donner l'illusion d'avoir un produit de la marque Hermès, sachant de surcroît que le prix d'un tel article est dérisoire par rapport à celui de l'original et que ces accessoires peuvent être acquis immédiatement, alors que le délai d'attente pour un sac de marque se situe entre 12 et 15 mois.

3. Appréciant la culpabilité de l'accusé, le premier juge a pris en compte la durée de l'activité illicite et l'obstination dont avait fait preuve l'intéressé. A décharge, ont été retenus son passé sans tache, le fait que la mise sur le marché de contrefaçons ne constituait de loin pas son activité

principale et l'abandon de la vente de tout objet pouvant contrevenir à la loi sur les marques sitôt l'enquête ouverte.

C. En temps utile, W. _____ a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant à sa réforme, principalement en ce sens qu'il est libéré de toute infraction, subsidiairement en ce sens qu'il est condamné à une peine pécuniaire inférieure à 90 jours-amende à 50 fr. le jour-amende, avec sursis, et à ce qu'aucune créance compensatrice n'est mise à sa charge.

L'intimée Hermès International a conclu au rejet du recours.

En droit :

1. Le recours est uniquement en réforme.

Sous l'angle de la réforme, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (cf. l'art. 447 al. 1 CPP). La cour de cassation ne peut cependant aller au-delà des conclusions du recourant; elle est liée en outre par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, qu'elle rectifie d'office (art. 447 al. 2, 1^{ère} et 2^e phrases, CPP), ou d'éventuels compléments qui ressortiraient des pièces du dossier (JT 1989 III 105). L'état de fait permet de statuer.

2.a) Excipant d'abord d'une violation de l'art. 61 al. 1 let. b LPM, le recourant critique l'appréciation du premier juge lorsqu'il considère que les objets séquestrés sont des contrefaçons. Néanmoins, il ne développe nullement son argumentation. Au cas où la contrefaçon ne serait pas établie, le recourant considère qu'il n'y a aucun risque de confusion entre ses produits et ceux de la marque Hermès. Partant, l'on ne pourrait pas parler d'imitation, l'imitation requérant, contrairement à la contrefaçon, un risque de confusion (ATF 122 III 382; JT 1997 I 231).

b) Selon l'art. 61 al. 1 let. b LPM, celui qui utilise la marque usurpée, contrefaite ou imitée pour offrir ou mettre en circulation des produits, fournir des services, importer, exporter ou faire transiter des produits ou des services viole le droit à la marque et sera, sur plainte du lésé, puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

c) L'usage par un tiers d'un signe identique à celui du titulaire pour des produits ou services *identiques* constitue une contrefaçon qualifiée (Kamen Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, T. II, 2^{ème} édition, Bâle, 1996, p. 872).

L'usage par un tiers d'un signe identique à celui du titulaire pour des produits ou services *similaires* constitue une imitation qualifiée et, partant, une violation du droit à la marque pour autant que cet usage crée un risque de confusion (Troller, *ibid.*).

Enfin, il y a imitation simple en cas d'usage par un tiers d'un signe *similaire* à celui du titulaire pour des produits ou services identiques ou similaires pour autant que cet usage crée un risque de confusion (Troller, *ibid.*).

La distinction entre contrefaçon et imitation est ancienne et la LPM n'a fait que codifier la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien droit (ATF 86 II 284, JT 1961 I 591). Pour Troller (*ibid.*), la distinction est logique : une marque identique utilisée pour une catégorie de marchandises identiques créera nécessairement un risque de confusion. Par contre, en matière d'imitation, le risque de confusion est le meilleur indice que la marque ultérieure ne se distingue pas, par des éléments ou caractéristiques essentiels, de la marque antérieure.

3.a) En l'espèce, le premier juge a retenu principalement que le recourant, en important puis en vendant ou en détenant à dessein de vente des sacs et accessoires portant la marque Hermès, avait violé le droit à la marque de cette société au sens de l'art. 61 al. 1 let. b LPM.

Cela étant, se pose la question de savoir s'il s'agit d'une contrefaçon ou d'une imitation. A cet égard, le premier juge a retenu que le recourant avait contrefait et, par surabondance, imité servilement la marque Hermès. La motivation relative à la contrefaçon se fonde, pour ce qui est de la facture des articles mis sur le marché, sur l'usage, pour tous les objets séquestrés, d'un « H » entouré d'un cercle inscrit par perforation objet de la marque 805531 (modèle « Evelyne ») ou d'un « H » en trois dimensions objet de la marque 800232, nonobstant que la qualité de ces objets ne soit pas identique à celle des originaux. Une telle différence de qualité, inférieure, a été considérée comme l'élément caractéristique des contrefaçons.

Plusieurs autres éléments matériels plaident en faveur d'une contrefaçon : les articles séquestrés dans la boutique valaisanne, dont la vente avait été prohibée par ordonnance de mesures provisionnelles et qui provenaient de la société du recourant; la similitude des accessoires saisis au domicile du recourant sont similaires; les déclarations de ce dernier aux débats qui s'est fourvoyé en parlant de sac Hermès pour mentionner les modèles vendus par ses soins. Le tribunal de police a en outre retenu la déposition d'un témoin rompu au commerce d'articles de maroquinerie, qui avait indiqué qu'il n'aurait pas acheté le type d'objets distribués par l'accusé pour les vendre, estimant qu'il convenait de lutter contre les contrefaçons ou les imitations. Le tribunal a enfin pris en compte la qualité inférieure des articles du recourant, étant précisé que « l'impression d'ensemble qu'ils dégagent amène à une confusion évidente avec les produits Hermès originaux ».

Ces faits lient la cour de céans. Pour apprécier si l'on est en présence d'une contrefaçon, il suffit que l'auteur utilise un signe identique (en l'occurrence, la lettre « H » telle qu'enregistrée à l'OMPI) à celui du titulaire (Hermès) pour des produits ou services identiques. En l'espèce, le recourant se livre à une activité identique à celle d'Hermès, puisqu'il propose à la vente des articles de maroquinerie. Dans ces conditions, c'est à bon droit que le premier juge a retenu que l'on était en présence de contrefaçons.

b) La question du risque de confusion devient sans objet. En effet, celui qui utilise une marque identique pour une même catégorie de marchandises crée nécessairement un risque de confusion. Ainsi, selon le tribunal fédéral (JT 1991 p. 602), celui qui reproduit le signe distinctif en le reprenant servilement et l'utilise pour caractériser sa propre marchandise réalise l'état de fait caractéristique par lequel le public est trompé, concept qui recouvre également le risque de tromperie (ATF 105 II 53, c. b; JT 1979 I 261). Ce qui est décisif, c'est que le public court le danger de confondre les produits munis de la marque contrefaite avec ceux de l'ayant droit. Il n'est pas nécessaire que le risque de confusion se rapporte

à la marchandise elle-même; il suffit que les entreprises puissent être confondues (ATF 87 II 38; JT 1961 I 586). L'élément décisif n'est pas le danger d'une tromperie directe, mais celui d'une confusion indirecte, parce qu'il suscite auprès du public l'impression que les produits munis de marques identiques ou susceptibles d'être confondues proviennent d'entreprises qui seraient étroitement liées entre elles du point de vue économique (ATF 102 II 126, JT 1976 I 523).

4. Par surabondance, le premier juge a tout de même considéré, à supposer que l'on ne se trouve pas en présence de contrefaçons, qu'il s'agirait alors d'imitations. Se pose alors la question du risque de confusion. Il s'agit d'un point de droit (ATF 122 III 382, JT 1997 I 231). Cet aspect sera aussi examiné dans la mesure où le recourant conteste la réalisation du risque.

a) A cet égard, outre les éléments déterminants qui ont été dégagés lors de l'examen de la contrefaçon, s'y ajoute le fait qu'Hermès International est incontestablement une marque forte, comme le retient un arrêt de la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle (publication "sic !", 1999, Hermès c. Hermoso Swiss Made, p. 569, c. 3) et qu'elle n'a cessé de l'être depuis lors. De plus, l'illusion doit être admise entre l'imitation et l'original, vu la similitude dans l'apparence des deux types d'articles. Enfin, l'impression d'ensemble que dégagent les produits imités amène, selon le premier juge, à une confusion, qualifiée d'évidente, avec les produits imités.

b) Quant au risque de confusion, la jurisprudence topique, citée par le premier juge est l'arrêt dit « Kamillosan » (ATF 122 III 382, JT 1997 I 231, confirmé par ATF 126 III 315; cf. aussi le commentaire d'Yvan Cherpillod, *in* : Le droit suisse des marques, Lausanne, 2007, p. 108).

Selon ces principes, tels qu'énoncés par le jugement (c. 5d, pp. 10 à 12), le but de la marque est d'individualiser les marchandises et de les distinguer d'autres marchandises, pour permettre aux consommateurs de retrouver un produit qu'ils ont apprécié dans la masse des produits

offerts. On partira donc de cette fonction essentielle de la marque pour examiner si deux signes risquent d'être confondus. On reconnaîtra donc un risque de confusion, notamment au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, lorsque le signe le plus récent atteint la marque la plus ancienne dans sa fonction distinctive. Une atteinte de ce type existe dès que l'on peut craindre que les milieux intéressés se trouvent induits en erreur à cause de la similitude des marques et attribuent les produits qui portent l'une ou l'autre des marques au faux producteur. Une possibilité éloignée d'une attribution erronée ne suffit pas. Une certaine probabilité de confusion par le consommateur est requise. La jurisprudence admet également l'existence d'un risque de confusion lorsque le public peut tout à fait distinguer les marques, mais qu'il infère de leurs similitudes des liens inexistantes en réalité; le public pensera en particulier à des familles de marques, qui distinguent les différentes lignes de produits de la même entreprise ou d'entreprises liées entre elles économiquement. Un risque de confusion peut aussi résulter du fait que le signe distinctif le plus récent suscite l'idée que le produit qu'il distingue est un "produit de remplacement" ou qu'il est "aussi bon" que le produit assorti de la marque plus ancienne. Un tel parasitisme par rapport à la fonction distinctive de la marque postérieure et à son attrait dans la publicité peut l'atteindre dans son pouvoir d'individualisation, même si des attributions erronées au sens propre sont improbables. En particulier, les consommateurs risquent de tenir des produits assortis des deux marques pour échangeables. Ils ne feront plus attention, lorsqu'ils ne trouvent plus celui qu'ils ont apprécié un jour dans la masse de l'assortiment, s'ils achètent un produit de l'une ou de l'autre marque. Cela risque de diminuer sensiblement le pouvoir distinctif de la marque antérieur, autant que le ferait une fausse attribution. Que deux marques se distinguent suffisamment ou qu'on risque de les confondre *stricto sensu* ou *lato sensu* ne se détermine pas en comparant abstraitement des signes, mais en prenant en considération toutes les circonstances du cas concret.

Le périmètre de protection d'une marque dépend de sa force distinctive. Pour les marques faibles, le périmètre est plus restreint que pour les fortes. Des différences plus modestes suffisent donc à créer une

distinction suffisante. Sont faibles en particulier les marques dont des éléments essentiels dérivent des notions descriptives utilisées dans le langage courant. Sont fortes au contraire les marques qui sont imaginatives ou qui ont acquis une notoriété dans le commerce. Les marques fortes résultent d'un acte créatif ou d'un patient travail pour se constituer un marché; elles méritent donc un périmètre de protection plus étendu contre les signes similaires. De surcroît, les marques fortes nécessitent une protection accrue parce qu'elles sont spécialement exposées à des essais de rapprochement. En effet, l'expérience montre que "toutes marques réellement singulières et couronnées de succès suscitent une foule de copies serviles, qui cherchent à profiter de son succès d'une façon ou d'une autre". On tiendra enfin compte du fait que les marques munies d'un fort pouvoir distinctif imprègnent fortement la mémoire. Des associations d'idées erronées s'en trouvent favorisées, car une identité même partielle d'un autre signe avec la marque antérieure suffit à éveiller une association d'idées chez le consommateur. Certains auteurs signalent que les marques fortes et connues demeurent davantage dans la mémoire des consommateurs, que leur souvenir est ainsi plus précis, de telle façon que des dissemblances seront mieux remarquées. La jurisprudence n'en déduira pourtant nullement que, plus une marque est forte et connue, moins il faudra être exigeant quant au pouvoir distinctif des marques plus récentes.

Plus les produits sont proches, plus le risque de confusion s'accroît et plus la marque postérieure devra se distinguer de la marque antérieure pour bannir le risque. Un critère spécialement rigoureux sera appliqué lorsque les deux sortes de produits sont identiques. Il est également important de savoir à quels milieux les produits s'adressent et comment ils sont vendus. Pour les articles de masse d'usage quotidien, il faut compter avec une attention et un pouvoir de discernement des consommateurs plus réduit que pour les produits spécialisés, dont les acheteurs se recrutent dans un cercle plus ou moins fermé de professionnels (ATF 122 III 382, JT 1997 I 231).

c) Dans le cas particulier, le recourant considère en substance que, les sacs Hermès étant destinés à un public restreint et avisé, il ne peut y avoir risque de confusion avec les articles de peu de qualité qu'il avait mis sur le marché.

Le jugement retient que le risque de confusion doit s'analyser en fonction d'un public acquéreur qui souhaite donner l'illusion de posséder un article de luxe en possédant un article d'apparence similaire acquis à moindre coût sans délai de livraison. Aussi bien, le succès de la copie va inmanquablement causer un préjudice à l'original qui n'a pu se constituer un marché qu'au prix d'un acte créatif et d'un patient travail. Au surplus, comme l'a relevé le premier juge, le fait que les articles litigieux eussent été accompagnés d'une étiquette « Maxima » et non « Hermès » ne change rien à l'affaire. En effet, si tel avait été le cas, le recourant aurait dû répondre d'une infraction à l'art. 62 LPM, qui réprime l'usage frauduleux d'une marque. De plus, selon Yvan Cherpillod (op. cit., p. 108), on apprécie le risque de confusion en tenant compte de l'impression d'ensemble : on ne prend donc pas en considération ce qui figure sur le produit ou son emballage en sus de la marque (jugement, p. 12, extrait précité), car l'acheteur pourrait considérer que l'on est en présence d'une sous-marque ou d'une société appartenant au même groupe (jugement, p. 13, *ibid.*).

Conformément à ce qui précède, c'est à bon droit que le premier juge a également admis le risque de confusion pour le cas où l'on devrait retenir l'imitation au détriment de la contrefaçon.

5. Toujours sous l'angle du droit des marques, le recourant conteste l'élément intentionnel de l'infraction.

Ce que l'auteur sait, veut, envisage ou accepte et ce dont il s'accommode relève du contenu de sa pensée; il s'agit donc de points de fait, et non de droit (ATF 125 IV 49, c. 2d; 122 IV 156). Partant, le plaideur ne peut critiquer cet élément dans le cadre d'un recours en réforme.

Cela étant, le premier juge a expliqué les raisons pour lesquelles il convenait de retenir que le recourant avait agi avec conscience et volonté. L'intéressé avait en effet fait fi d'un avertissement qui lui avait été donné en 2005 déjà par un cabinet juridique genevois mandaté par la plaignante, ce alors même qu'il est un professionnel de la maroquinerie depuis des décennies; de surcroît, toujours selon le tribunal de police, il savait qu'il y avait contrefaçon ou imitation, ce fait étant étayé par les confusions de langage involontaires de l'intéressé à l'audience. Cette motivation est complète et cohérente. Partant, elle échappe au grief d'arbitraire.

6. Le recourant se prévaut également de l'erreur de droit, soit de l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP), en faisant valoir notamment qu'il n'avait jamais fait l'objet d'une procédure douanière. Cette circonstance ne peut davantage être retenue. Comme déjà relevé, il ressort du jugement attaqué que le recourant avait été sommé par un cabinet juridique mandaté par la plaignante de cesser la vente de sacs portant la marque Hermès. Il n'a pas agi en homme consciencieux (ATF 128 IV 201) en cherchant à se renseigner auprès d'un spécialiste, mais a bien plutôt fait fi de tout avertissement. On ne peut donc dire que le recourant avait des raisons suffisantes d'agir comme il l'a fait, soit de tenir ses actes pour non punissables (ATF 118 IV 167).

Que le recourant n'ait eu aucun problème avec l'Administration des douanes ne permet pas davantage de retenir qu'il pouvait se croire en droit d'agir comme il l'a fait. En effet, l'art. 70 LPM ne confère à l'Administration des douanes qu'une faculté (Kann-Vorschrift), et non une obligation (Muss-Vorschrift), de dénoncer une situation de contrefaçon. Ce n'est qu'en cas de demande d'intervention formulée par écrit par le titulaire de la marque que l'Administration des douanes est habilitée à refuser la mainlevée des produits qui font l'objet d'une demande d'intervention (art. 71 et ss LPM). Au reste, on relève que le recourant lui-même n'a pas considéré que les bordereaux des douanes avaient une portée décisive, puisqu'après avoir vainement requis de l'autorité de jugement qu'il en ordonne production auprès de

l'Administration des douanes dans le délai prévu par l'art. 320 CPP, il a renoncé à agir par la voie incidente aux débats, ce qu'il lui appartenait de faire.

Mal fondés, ces moyens doivent être rejetés.

7.a) Excipant d'une violation de l'art. 71 CP, le recourant conteste également la créance compensatrice en faveur de l'Etat mise à sa charge, s'agissant tant de son principe que de sa quotité. Il fait valoir que, dans la mesure où le juge vaudois et le juge valaisan ont séquestré les produits litigieux, le montant arrêté, par 15'000 fr., ne repose sur aucun élément matériel, faute d'expertise. Enfin, il plaide que la créance a été ordonnée en méconnaissance du fait que, dès lors que le droit de porter plainte se prescrit par trois mois du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction (art. 31 CP) et qu'il avait cessé de diffuser les articles litigieux sitôt la plainte déposée, seul le produit de l'activité délictueuse des trois derniers mois antérieurs à la plainte pouvait être pris en compte.

b) Lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonne leur emplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent (art. 71 al. 1 1^{ère} phrase CP).

La créance compensatrice a pour but d'éviter que celui qui a disposé des objets ou valeurs à confisquer soit privilégié par rapport à celui qui les a conservés (ATF 129 IV 107; ATF 124 I 6; Madeleine Hirsig-Vouilloz, *in* Roth/ Moreillon [éd.], Commentaire Romand, Partie 1, Bâle 2009, ad art. 71 CPp. 744). La créance compensatrice est subsidiaire à la confiscation. Elle ne peut donc être prononcée que si, dans l'hypothèse où les valeurs patrimoniales auraient été disponibles, la confiscation eût été prononcée (Hirsig-Vouilloz, *ibid.*). La créance compensatrice est soumise aux mêmes conditions que la confiscation. Elle n'est donc possible que lorsque les valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. Ainsi, les prétentions du lésé prévalent sur l'intérêt étatique à confisquer (Hirsig-

Vouilloz, op. cit., p. 733). Il s'ensuit que la confiscation patrimoniale (ou la créance compensatrice qui répond aux mêmes conditions) n'est envisageable que dans la mesure où la remise au lésé du bien patrimonial n'est définitivement ou, à tout le moins, momentanément pas possible. Tel est le cas lorsque le lésé est inconnu ou lorsque le lésé renonce à des prétentions en dommages-intérêts ou en restitution (ibid.).

c) En l'espèce, le lésé est connu. Il n'a pas renoncé à sa créance envers le recourant. Bien plutôt, Hermès International a demandé qu'acte lui soit donné de ses réserves civiles contre lui, ce que le tribunal de police a fait. Dans ces conditions, le premier juge ne pouvait, par principe, ordonner une créance compensatrice en faveur de l'Etat, qui n'est ni appauvri, ni enrichi par la procédure.

Le moyen devant d'emblée être accueilli dans son principe, les griefs subsidiaires déduits de la quotité de la créance sont sans objet.

8. Le recourant fait ensuite grief au premier juge d'arbitraire dans la fixation de la quotité de la peine.

8.1a) Selon l'art. 47 al. 1 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir. Selon l'al. 2 de cette disposition, la culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures.

b) L'art. 47 CP confère au juge un large pouvoir d'appréciation, de sorte que la Cour de cassation, qui ne fonctionne pas comme une juridiction d'appel, n'admettra un recours en réforme sur la quotité de la peine que si la sanction a été fixée en dehors du cadre légal, si elle est fondée sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, si des éléments

d'appréciation prévus par cette disposition n'ont pas été pris en compte ou enfin si la sanction apparaît exagérément sévère ou clémente au point que l'on doit parler d'un abus du pouvoir d'appréciation (art. 415 al. 3 CPP; Bovay/ Dupuis/Monnier/Moreillon/Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3e éd., Lausanne 2008, n. 1.4 et 4.5 ad art. 415 CPP; ATF 127 IV 101, c. 2c; ATF 122 IV 156, c. 3b; ATF 116 IV 288, c. 2b).

L'art. 47 al. 1 CP reprend les critères des antécédents et de la situation personnelle consacrés par l'art. 63 aCP, tout en leur ajoutant la nécessité de prendre en considération l'effet de la peine sur l'avenir du condamné. S'agissant de ce dernier élément, le Message précise que le juge n'est pas contraint d'infliger la peine correspondant à la culpabilité de l'auteur s'il y a lieu de prévoir qu'une peine plus clémente suffira à le détourner de commettre d'autres infractions (FF 1999 II 1866). Cet aspect de prévention spéciale ne permet toutefois que des corrections marginales. Il ne saurait l'emporter sur l'appréciation de la culpabilité du délinquant, l'effet de la peine devant toujours rester proportionné à la faute. L'art. 47 al. 2 CP codifie la jurisprudence rendue en vertu de l'art. 63 aCP (cf. not. ATF 129 IV 6, c. 6.1; ATF 127 IV 101, c. 2a; ATF 118 IV 21, c. 2b; cf. aussi TF 6B_207/2007 du 6 septembre 2007).

8.2 L'art. 61 al. 1 let. b LPM définit un délit puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Aucune autre infraction n'est en cause en l'espèce.

La peine infligée représente le quart de la peine maximale (cf. l'art. 36 al. 1, 2^e phrase, CP). Le tribunal a relevé que l'infraction était le fait d'un homme rompu aux affaires qui s'était obstiné à diffuser des produits contrefaits ou imités bien qu'il eût été sommé de mettre fin à cette activité en 2005 déjà (jugement pp. 13 et 14-15). Le premier juge était parfaitement fondé à retenir, dans le cadre du large pouvoir d'appréciation découlant de l'art. 47 CP, que l'accusé se livrait à l'imitation ou à la contrefaçon depuis de nombreuses années. A l'inverse, le tribunal de police a pris en compte, à décharge, qu'il jugeait un délinquant primaire, que la vente de sacs contrefaits ou imités ne constituait de loin

pas l'activité principale du recourant et qu'il avait cessé de vendre des objets pouvant contrevenir à la loi sur les marques depuis l'ouverture de l'enquête pénale. La peine repose ainsi sur des critères pertinents, puisque ce sont précisément ceux définis par l'art. 47 CP. Elle échappe dès lors au grief d'arbitraire.

Quant à la valeur du jour-amende, elle n'est pas contestée par le recourant. Elle a été fixée selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital, au sens de l'art. 34 al. 2 CP. Partant, elle est conforme au droit.

9.a) Le recours doit donc être partiellement admis et le jugement réformé en ce sens qu'aucune créance compensatrice n'est mise à la charge de l'accusé.

Le recourant succombe néanmoins sur ses conclusions principales et sur une partie de ses conclusions subsidiaires, soit en ce qui concerne la punissabilité du comportement incriminé, la qualification de l'infraction et la quotité de la peine.

b) Pour ce qui est de l'indemnité due au défenseur d'office du recourant, celui-ci a produit un relevé d'opérations mentionnant une durée d'activité de 6h36. Il doit être relevé que la rédaction du recours n'a pas nécessité d'étude du dossier *ab ovo*, les faits déterminants - et plaidés - étant les mêmes dans les deux instances. La durée mentionnée à ce titre (4h10 y compris la rédaction du bordereau) est donc excessive. Il en va de même de la durée de 1h40 prise en compte, avec d'autres postes secondaires, au titre des recherches juridiques, attendu que ces recherches avaient, en toute logique, déjà été effectuées - et payées - en relation avec la procédure de l'instance inférieure. Enfin, la durée de 30 minutes indiquée pour trois lettres sans particularité est manifestement excessive. L'un dans l'autre, c'est donc une durée d'activité globale de

4h30 qui doit être prise en compte pour la procédure de recours.

c) Partant, vu l'issue du recours, s'agissant de la mesure dans laquelle le recourant obtient gain de cause, les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office, par 860 fr. 80, TVA comprise, seront mis à raison de la moitié à sa charge (art. 450 al. 2 CPP). Le remboursement à l'Etat de l'indemnité due au défenseur d'office sera exigible pour autant que la situation économique du recourant se soit améliorée (ATF 135 I 91, c. 2.4, spéc. 2.4.3).

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant en audience publique,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé au chiffre IV de son dispositif comme suit :

IV. Supprimé.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

- III. Les frais de deuxième instance, par 2'940 fr. 80 (deux mille neuf cent quarante francs et huitante centimes), y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office, par 860 fr. 80 (huit cent soixante francs et huitante centimes), sont mis à raison de la moitié, soit 1'470 fr. 40 (mille quatre septante francs et quarante centimes), à la charge de W._____, le solde restant à la charge de l'Etat.

IV. Le remboursement à l'Etat de la moitié de l'indemnité allouée au ch. III ci-dessus sera exigible pour autant la situation économique de W._____ se soit améliorée.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 2 février 2010

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué au recourant et aux autres intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Donovan Tésauray, avocat (pour W._____),
- Me Claudia Maradan, avocate (pour Hermès International),
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Institut fédéral de la propriété intellectuelle, Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Berne,
- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte,

- M. le Juge d'instruction cantonal,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :