

# La contrefaçon sur internet, plus qu'une atteinte à la propriété intellectuelle

Olivier VAGNEUX - publié le 11 août 2015 - [Droit](#)



**En 2013, 40 % des produits vendus sur internet étaient des contrefaçons, au grand dam des marques qui y perdent chaque année plusieurs milliards d'euros. Emmanuelle Hoffman, avocate à la Cour, Marie-Christine Courboulay, vice-présidente du TGI de Paris et Alain Cléry, Avocat au barreau de Paris proposait lors du campus des avocats 2015 une conférence sur le thème d'internet et des réseaux sociaux : « contrefaçon virtuelle, sanction réelle ».**

Chaque année, la contrefaçon rapporte autant que la drogue mais se révèle moins risquée car elle conduit très rarement en prison. En effet, les responsabilités sur internet ne sont pas toujours clairement établies d'autant que c'est la responsabilité individuelle qui s'applique. Elles sont alors à partager entre les différents acteurs de la toile. Sont responsables ceux qui commettent des actes malveillants. Or, si l'hébergeur est un support automatique, alors il n'est pas responsable car l'acte malveillant n'est pas de son fait.

Les hébergeurs web ont vocation à mettre à la disposition des internautes des sites conçus et gérés par des tiers. Ils ont un statut qui autorise à bloquer les sites abritant des contrefaçons de droit d'auteur sur le fondement de l'article L336-2 du Code de la propriété intellectuelle. En cas de litige, ils ne possèdent qu'une obligation : surveiller que les contenus litigieux ne réapparaissent pas. Certains sites de partages de vidéos, moteurs de recherche, sites de commerce se considèrent comme des hébergeurs mais n'en sont pas toujours. En effet, ils peuvent perdre ce statut s'ils le cumulent avec d'autres activités. Car un hébergeur réel stocke les données de manière totalement neutre.

Les éditeurs, quant à eux, sont responsables des publications. Ils ont l'obligation de s'identifier par des mentions légales. Les opérateurs de télécommunication comme les fournisseurs d'accès à internet (comme SFR, Bouygues, Orange, Free...) n'ont pas de responsabilité. Alain Cléry rappelle que personne n'a jamais poursuivi les PTT (services de la Poste) pour ne pas avoir empêché ses utilisateurs d'utiliser des lignes téléphoniques pour faire du harcèlement.

Les intermédiaires financiers stockent les données. Ils font le lien avec les fournisseurs de contenu et doivent veiller à ce qu'ils mettent en ligne. Tant que ces derniers ne sont pas au courant, on ne peut juridiquement rien contre eux. Mais à partir du moment où il en est informé, il doit agir. Toutefois, la notification doit respecter un certain formalisme et faire apparaître les précisions suivantes : date, requérant, nom du destinataire, description des faits litigieux, motifs, rappels de la Loi, demandes précédentes.

Il aura fallu attendre l'arrêt Dailymotion de 2007 pour obliger les hébergeurs à filtrer les vidéos protégés par des droits. Puis en 2011 la décision Amen (Agence des médias numériques) pour imposer le retrait des supports litigieux en trois jours maximum. Un arrêt Google de 2011 a aussi été nécessaire pour forcer les hébergeurs à ne pas accepter de nouveaux ces supports s'ils étaient proposés en ligne.



Dans l'arrêt L'Oréal contre eBay, L'Oréal a fait condamner eBay pour ne pas avoir retiré de son site de vente des produits de contrefaçons. Dans l'affaire Google contre Vuitton, Google était accusé de renvoyer à des contrefaçons de produits Vuitton. Or, Google n'est pas qu'un moteur de recherche mais possède plusieurs statuts. Par exemple Google images permet de stocker des données qui ne sont pas de l'édition sur lesquels les internautes sont responsables individuellement de ce qu'ils postent. La cour de cassation est revenue sur un jugement rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 23 mars 2010 pour cet avis : « *Le moteur de recherche ne commet pas de contrefaçon lorsqu'il se borne à stocker des mots-clés et à afficher des annonces* ». Elle a cependant approuvé la décision de condamner un annonceur pour contrefaçon *"si sa publicité ne permet pas à un internaute de savoir si elle est liée ou non au propriétaire de la marque évoquée"*, notamment sur les sites de e-commerce. Le juge peut intervenir pour bloquer les supports, sur la base de l'article L.336 du code de la propriété intellectuelle. Mais trois arrêts successifs refusent de reconnaître une obligation de filtrage.

#### « Follow the money », la dissuasion par le portefeuille

La loi de confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 prévoit la libre concurrence et libre circulation sur internet. Elle voulait permettre au e-commerce de se développer rapidement et sans entrave. Ce pourquoi elle autorise la publicité sur un site. Mais le site d'un vendeur doit faire figurer en priorité ses produits à la vente, sans que ce ne soit une action commerciale. Auquel cas, le propriétaire du site passe du statut d'hébergeur à celui d'éditeur (commercial). Cumuler les deux est compatible, mais sous certaines conditions.

Le rôle des sites de paiement en ligne et des acteurs de la publicité en ligne non-hébergeur est discuté. Ils sont contrevenants s'il y a assistance ou jeu d'un rôle actif et contrôle des données comme l'envoi de messages spontanés (*pop up* ou *spam*). Mais là aussi, il convient de distinguer la notification et l'interdiction de bloquer l'accessibilité à certains internautes. Un site pirate est lié à la contrefaçon. Mais pour qu'il existe une contrefaçon, cela nécessite l'existence d'une offre légale. Par exemple une offre de téléchargement légale et payante. Il faut enfin distinguer flux financiers et monétisation du site pour imposer des sanctions.

Il existe une obligation de mise en garde de la contrefaçon et des solutions faciles pour pouvoir la supprimer. L'obligation d'un contrôle parental est même prévu par la charte Brochand – Sirinelli (charte de lutte contre la contrefaçon sur internet en 2009) qui avait d'abord été appliqué aux opérateurs postaux puis étendue aux petites annonces, développe une cause contraignante et opposable.

Concrètement, il est possible de demander la fermeture des noms de domaine pour empêcher l'accès à ces sites. On peut sinon s'adresser aux systèmes de paiement en ligne (comme Paypal) pour leur demander de cesser les transactions. On peut aussi engager les établissements bancaires à signer des chartes de bonne conduite et à s'interdire de faire transiter des fonds. Les hébergeurs peuvent encore signaler naturellement les contrevenants grâce à un système d'algorithme. La prochaine étape serait la mise en place d'une liste noire qui recense les injonctions de retrait.

Dans l'affaire Kering (site français) contre Alibaba (site chinois), Kering demandait à Alibaba d'arrêter de proposer de la contrefaçon sur son site de vente, tout en sachant que l'accord ne pourrait pas être respecté. Même le gouvernement chinois avait reconnu que le site revendait 2/3 de contrefaçons notamment des faux-médicaments. Depuis, les hébergeurs signent des chartes de bonne conduite dans lesquelles ils s'engagent à ne pas vendre de contrefaçon. Mais cela ne suffit pas. Il faudrait en effet pouvoir assécher les échanges, et c'est là que le *bitcoin* représente un danger car il échappe à la régulation.

On peut ensuite distinguer les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle sur internet entre celles qui sont spécifiques aux réseaux sociaux et celles qui ne le sont pas. Dans le premier cas, il s'agit d'une concurrence déloyale et parasitaire dans laquelle le risque de confusion est caractérisé. Pas dans le second. Lorsque des fans de Nutella avait créé une journée mondiale, Ferrero (entreprise productrice de Nutella) les avait fait mettre en demeure. Ils avaient alors dû se constituer en association déclarée pour pouvoir continuer d'utiliser le nom. Les réseaux sociaux prennent de l'importance dans la vie des affaires car ils permettent une commercialité positive.

Le phishing puise les données du consommateur ou le cybersquatting consiste à enregistrer le nom de domaine d'une marque pour altérer sa visibilité ou profiter de sa notoriété, avec l'intention de le revendre ensuite à l'ayant droit. Face à cela, il y a une réflexion en cours quant à un *watermarkage* (apposition d'une marque sur un document pour la rendre non-réutilisable), mais qui se révèle difficilement applicable. Il se pose enfin le problème de la compilation des liens et des mots clés (*ad words*) puisque les hébergeurs ne sont pas responsables des mots clés.

#### **La difficulté d'établir la preuve**

Une contrefaçon ne nécessite plus obligatoirement de saisie pour servir de preuve. Un PV de constat par huissier ou par une agence de protection des programmes (ABP) peut désormais suffire, tant que figurent références (jour, prix, nom date d'arrivée de la boîte). Mais après l'obtention de cette preuve d'achat de contrefaçon, il faut pouvoir la vérifier. Les offres de vente sont contrôlables mais pas les offres de mise en ligne, qui relèvent du droit moral, de la reproduction sans consentement donc il n'est pas possible de prouver un préjudice patrimonial.

La coopération n'est pas encore optimale au niveau international et limite les actions menées à l'encontre des contrevenants. En effet, le droit commercial national ne permet de juger que du délit et de la responsabilité contractuelle. Il s'agit d'un vrai problème de compétences pour les juridictions concernées. La Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) se révèle dépassée. En 2014, il y a eu 3 249 488 notifications pour finalement 116 transmissions au Procureur de la République.

L'arrêt Martinez de 2011 instaure la diffusion territorialisée d'un média. La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dit qu'il suffit que ce soit accessible en France pour le faire cesser : le site n'a alors pas besoin d'être destiné à un public français. Si un défendeur a son siège en France, alors on pourra garder le dossier en France s'il y a risque de décision contradictoire. Dans une affaire contre Facebook Ink (l'entreprise titulaire des droits), on applique les droits de la consommation et on ne peut pas agir comme avec un professionnel. On ne paie donc pas pour avoir accès à un juge.

À ce jour, identifier les contrefacteurs reste le grand souci des organismes en charge de la lutte envers la contrefaçon sur internet. Or, la trop faible fiabilité des données « *Who Is* » ne permet pas toujours de remonter jusqu'au véritable propriétaire. La France dispose depuis peu d'une cyber-douane composée d'une vingtaine de personnes dont 10 analystes qui enquêtent sur la contrefaçon. Ils ont instruit 277 dossiers en 2013. Il est du devoir de chaque citoyen de l'alerter lorsqu'il découvre une contrefaçon. Elle procédera alors à une retenue douanière du produit et alertera la marque sous dizaine. Grâce à un formulaire en ligne, il est aussi possible de bloquer le site internet.

Actuellement, la tendance est ainsi à la recherche de solutions négociées. Toutefois, le meilleur système de lutte face à la contrefaçon reste l'information du consommateur.