



MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION
Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles

Rapport n° 2002-36

LA LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON DES DROITS DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

Etude établie par Philippe CHANTEPIE, chargé de mission
à l'Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles

1^{er} octobre 2002

LETTRE DE MISSION

Afin d'améliorer les moyens de lutte contre la contrefaçon des œuvres protégées, notamment du fait de leur numérisation au titre du stockage comme de leur diffusion, l'étude devra apprécier si les moyens existants sont suffisants face aux nouvelles techniques de reproduction et de diffusion. Les propositions pourront être d'ordre juridique et appeler des modifications législatives ou réglementaires, mais aussi d'ordre pratique. Au titre des propositions, trois catégories, non exclusives, de propositions apparaissent prioritaires relativement à l'amélioration des procédures judiciaires sanctionnant les actes de contrefaçon.

– Les moyens dont disposent les ayants droit pour constater la matérialité des infractions commises par des moyens immatériels pouvant paraître insuffisants ou peu efficaces dans le nouveau contexte numérique devront faire l'objet d'une analyse concrète et juridique et être appréciés au regard de ce nouveau contexte national et communautaire. A ce titre, pourra être étudié le renforcement, des moyens d'actions assurant la constatation des actes de contrefaçon par les agents assermentés par le Ministère de la culture et de la communication, pour les sociétés de gestion collective, le CNC et les organismes professionnels d'auteurs, habilités par le ministère de la culture et de la communication (art. L.331-2 du CPI). Les propositions devront tendre à conforter la légitimité et l'efficacité des instruments de politique de lutte contre la contrefaçon dans le sens d'un développement à la fois rapide et rigoureux quant aux procédures, aux règles juridiques concernant notamment la vie privée et le domicile privé, à la déontologie, et aux pratiques techniques.

– L'efficacité des sanctions prononcées par le juge et leur mise en œuvre au-delà du territoire national grâce à l'examen des instruments de coopération communautaire et internationale devra faire l'objet d'une appréciation en liaison avec les services du Ministère de la Justice. Des propositions d'évolution de la politique de prévention et de répression pourront être formulées, notamment quant au développement de la cybercriminalité.

– Les procédures d'urgence en faveur de la protection des droits des auteurs, des producteurs et des artistes face à la fugacité des réseaux feront l'objet d'une évaluation au regard des textes nationaux et internationaux (DMCA, Directive relative à certains droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information, projet de directive en faveur de la lutte contre la contrefaçon, etc.).

Par ailleurs, en liaison étroite avec les organismes de lutte contre la contrefaçon, représentants les intérêts et la défense des titulaires de droits, l'étude devra révéler non seulement l'état des pratiques de lutte contre la contrefaçon, mais surtout la nature des demandes de protection nouvelles.

Cette étude n'aurait pu être réalisée sans le concours de l'ensemble des personnes qui ont bien voulu accepter d'être consultées. La disponibilité, la compétence et l'expérience des magistrats, des experts, des agents publics des administrations nationales et européennes et des titulaires de droits ont réuni les conditions indispensables à la recherche et à la mise en forme des moyens de renforcer la lutte contre la contrefaçon. Qu'elles en soient vivement remerciées.

A rebours, que toutes les personnes qui auraient sans doute dû être entendues veuillent bien excuser l'auteur de cette étude réalisée entre le 15 juillet et le 15 septembre.

PC

SYNTHESE

La contrefaçon, dont la notion juridique recouvre la totalité des violations des droits de propriété intellectuelle, s'est fortement développée et transformée dans l'environnement numérique, multipliant les défis juridiques et pratiques pour les titulaires de droits. (I) Pour les relever, à l'échelle juridique sans doute la plus pertinente, particulièrement pour veiller au respect effectif des droits, se sont développées les conventions internationales, mais aussi les directives et les actions douanières et commerciales au sein de l'Union européenne jusqu'à la préparation actuelle d'une directive contre la contrefaçon. (II) A l'échelle nationale, la lutte contre la contrefaçon mobilise les administrations de l'économie et des finances (Douanes, Industrie), mais surtout les autorités judiciaires tant au civil qu'au pénal. (III) Elle implique la mise en œuvre de procédures d'accès facile, rapides, et efficaces ; elle suppose aussi la clarification et le renforcement du régime des agents assermentés par le Ministère de la culture et de la communication (IV). Elle nécessite, par-delà les améliorations juridiques, une réorganisation des instruments de lutte contre la contrefaçon et un accroissement des moyens de sensibiliser les publics sur les risques qu'elle présente (V).

I – MESURES ET DEFIS DE LA CONTREFAÇON.

Clandestines, internationales et évolutives, les activités de contrefaçon ne se laissent pas mesurer aisément et de manière très satisfaisante. Aux chiffres habituellement mis en avant, peuvent être préférées les analyses sectorielles conduites depuis longtemps. Elles mettent surtout en lumière la concentration géographique des pays fabricants (Asie) malgré une diversification (Europe orientale, Amérique latine) et la permanence de circuits qui unissent principalement les pays en développement. Menée par les Douanes pour l'Union européenne, l'évaluation de la contrefaçon démontre, en dépit de l'effet thermomètre propre aux saisies, que la contrefaçon de produits numériques a fortement progressé en très peu de temps. Elle touche l'ensemble des œuvres protégées par le droit de propriété littéraire et artistique (phonogrammes, cinéma ; logiciels et jeux vidéo) qui ne représente pourtant qu'une part limitée de la contrefaçon de la propriété intellectuelle dans son ensemble.

Au plan national, un constat analogue peut être dressé : progression des saisies, mais caractère assez peu significatif de la contrefaçon de droits par rapport à l'ensemble de l'économie de la contrefaçon. En réalité comme l'Union européenne, la France est un pays de transit et on ne peut apprécier les volumes de contrefaçon mettant en cause des droits protégés par le droit national. Les difficultés de mesures n'empêchent pas la multiplication d'efforts pour embrasser exactement le phénomène, y compris dans une perspective sectorielle. Car trois secteurs sont particulièrement touchés par toutes les formes de contrefaçon numérique : industrie des phonogrammes dont la contrefaçon progresse très rapidement et massivement, industrie du cinéma, mais aussi des logiciels de loisirs comme professionnels. Les autres secteurs sont pour le moment épargnés mais semblent en méconnaître les risques au moment où certains basculent dans un environnement numérique.

Les effets négatifs de la contrefaçon s'amplifient : pertes de parts de marché, concurrence déloyale, perturbation des réseaux de distribution, concurrence des investissements de recherche et développement, création, marketing, etc. des grandes entreprises mais aussi des petites. Ce mouvement résulte des évolutions structurelles de la contrefaçon : diversification des produits, y compris à faible valeur ajoutée, industrialisation efficace, internationalisation, et rapprochement des circuits de la contrefaçon avec la grande criminalité organisée. Mais ces évolutions indubitables ont

lieu parallèlement à la banalisation d'une forme de "contrefaçon domestique", objet d'une tolérance importante qui affecte en premier lieu les industries culturelles.

Cette forme de contrefaçon résulte du développement des techniques numériques et des réseaux qui favorisent la reproduction, le stockage, la diffusion de l'ensemble des œuvres de l'esprit numérisées. Il tend à disloquer les chaînes de responsabilité au sein des réseaux numériques, interconnectés, décentralisés, internationaux et indifférents aux catégories d'œuvres dont ils assurent le transport, dans une chronologie unitaire qui met en cause des règles d'ordre public culturel comme celles qui concernent la chronologie des médias. Une telle transformation de l'environnement technique ne pourra que progresser dans la société de l'information, portée par l'accès aux contenus quelles que soient leurs protections juridiques et techniques.

L'anticipation et l'analyse des mutations techniques sont donc absolument nécessaires pour cerner les nouveaux risques, comme la piraterie des systèmes d'accès ou de protections techniques. Pour le présent et sans doute pendant encore quelques années, le véritable défi est constitué par les réseaux d'échanges *peer to peer* dans un univers où les hauts débits ne pourront que se développer. A ce jour, la combinaison des réponses juridiques, techniques et les mutations des stratégies commerciales sont le seul type de réponse directe envisageable. Les difficultés rencontrées impliquent que la France, par les pouvoirs publics et les acteurs privés, participe davantage aux enceintes internationales où s'élaborent les normes et standards de la révolution numérique en cours.

II – UN DEFI INTERNATIONAL.

En moins d'une décennie la plupart des conventions internationales du droit de la propriété littéraire et artistique, naturellement au premier chef celles de l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), ont pris la mesure du défi représenté par la protection effective de ce droit. C'est à quoi travaille l'OMPI par un programme de coopération internationale, mais aussi par la création récente d'un Comité sur l'*enforcement* dans lequel la France doit jouer un rôle croissant.

Mais, c'est surtout par l'incorporation des règles substantielles du droit de propriété intellectuelle au sein de l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) que les moyens d'appliquer ce droit sont devenus essentiels. Le Traité prévoit en effet, pour l'adhésion à l'OMC, la mise en œuvre dans les législations nationales de procédures administratives, judiciaires en matière pénale comme civile pour que ces législations nationales assurent une protection effective contre la contrefaçon des œuvres.

Au plan européen, il est revenu au Conseil de l'Europe de s'attacher à imposer des normes destinées à lutter contre la cybercriminalité. Cette volonté s'est étendue sans doute trop marginalement à la lutte contre la contrefaçon numérique sur les réseaux mais aussi à toutes les formes de piratage des systèmes d'accès et des protections techniques. Ces efforts normatifs ne répondent pas complètement aux préoccupations liées à la contrefaçon réduite à son aspect "commercial". C'est pourquoi, il appartient aux pouvoirs publics de rechercher, sinon à modifier ces accords, du moins à ce qu'une application stricte de ceux-ci, en soit réalisée, le cas échéant étendue.

De son côté, la Commission européenne a cherché à étendre les protections internationales du droit de la propriété intellectuelle par une série importante de directives tendant à favoriser une harmonisation législative. A présent, l'objectif est de procéder aux transpositions rapides de toutes les directives et notamment de la dernière directive relative à certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de

l'information. Il s'agit aussi de communiquer et faire adopter une directive horizontale sur la lutte contre la contrefaçon qui devra veiller à maintenir à un niveau satisfaisant les protections législatives et procédurales nationales.

En plus de cet effort normatif, la Commission européenne joue un double rôle contre la contrefaçon. En premier lieu, en matière douanière, le développement des règlements, fondés notamment sur les dispositions du droit français, permet de lutter activement contre la contrefaçon en dépit des tolérances diverses admises par chacun des Etats membres. Accompagnant un programme de développement des techniques douanières et de sensibilisation des acteurs, les procédures en faveur de la lutte contre la contrefaçon (demande d'intervention, retenue en douanes) sont efficaces mais peuvent s'améliorer à la marge. Une approche commerciale est aussi mise à l'œuvre pour l'application de l'ADPIC. Elle passe par des actions d'expertise et de conseils pour l'élaboration des législations nationales et la réunion des conditions nécessaires à la lutte contre la contrefaçon, missions qui requièrent un rôle plus régulier de la France, surtout en faveur de la propriété littéraire et artistique.

Enfin, même si le "troisième pilier" de l'Union européenne est récent, il devrait commencer à favoriser une meilleure appréhension pour la lutte contre la contrefaçon. C'est ainsi que les compétences d'Europol peuvent trouver à s'exercer plus nettement à cette forme de délinquance. De même, l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) pourrait voir son action se développer contre la contrefaçon.

III – L'ACTION ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE.

Un grand nombre d'administrations a pour mission de contribuer à la lutte contre la contrefaçon, y compris de manière spécifique, le Ministère de la culture et de la communication. Pour ce qui concerne la prévention et la répression de la contrefaçon dans son ensemble, sont plus particulièrement concernés le Ministère de l'économie et des finances et naturellement le Ministère de la sécurité intérieure.

La Direction Générale des Douanes et des Droits Indirects est au centre de la lutte contre la contrefaçon depuis la loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon qui constitue des protections légales et procédurales de premier plan. En termes d'action, elle dispose avec la Direction Nationale du Renseignement et des Enquêtes Douanières (DNRED) qui instruit les demandes d'intervention préalables aux retenues en douanes et avec la Cellule de recueil et d'analyse de l'Internet Douanes (CRAIDO) d'instruments opérationnels pour participer à la lutte contre la contrefaçon. Mais les compétences sont limitées par le champ d'application du délit douanier réservé à la protection des marques qui ne saurait d'ailleurs s'appliquer aux échanges sur Internet. Le contrôle ciblé et sélectif des voyageurs et du courrier postal s'ajoute aux procédures classiques.

Le Ministère de l'Industrie, à travers le Comité National anti-contrefaçon créé en 1995, a pour mission de coordonner les actions, mais aussi d'informer les titulaires de droits et de proposer toutes solutions nouvelles dans la lutte contre la contrefaçon. Son rôle d'animation de la lutte a eu tendance à s'amenuiser et doit absolument être relancé pour conduire une politique globale de lutte contre la contrefaçon, surtout en matière de sensibilisation et de formation. A cette fin il devra s'appuyer davantage sur d'autres institutions comme l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) ou le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA).

Les services de police et de gendarmerie devraient aussi jouer un rôle central dans la lutte contre la contrefaçon. A travers une spécialisation des services de lutte contre la contrefaçon (Brigade Centrale pour la Répression des Contrefaçons Industrielles et Artistiques), la Direction Centrale de la Police Judiciaire s'est donnée certains moyens d'y

contribuer. Cependant cette spécialisation contre la contrefaçon intéresse davantage la recherche de réseaux de marchandises contrefaites que la contrefaçon numérique qui reste une priorité secondaire. Il en va de même pour les services spécialisés dans la lutte contre la cybercriminalité à fortes compétences techniques. Au plan national, avec l'Institut de Recherche Criminelles de la Gendarmerie Nationale (IRCGN) et l'Office Central de Lutte contre la Criminalité liée aux Technologies de l'Information et de la Communication (OCLCTIC) et, pour la Préfecture de Paris le BEFTI, les services chargés de l'expertise et de la lutte contre la cybercriminalité sont en mesure de lutter contre certaines formes de délinquance ayant des relations avec la contrefaçon (informatique, cartes, etc.). Mais les priorités sont naturellement ailleurs : pédophilie, terrorisme, fausse monnaie, criminalité informatique, etc.

En outre, les moyens juridiques d'investigation et d'établissement de la preuve numérique peuvent sembler insuffisants et méritent d'être analysés en détail pour examiner la possibilité d'instituer une enquête proactive qui pourrait favoriser la lutte contre la contrefaçon. Les moyens de coopération des services de police au plan international, notamment pour sensibiliser sur les phénomènes de contrefaçon, devraient aussi être rehaussés.

S'agissant du volet judiciaire, en matière civile comme pénale, la lutte contre la contrefaçon donne lieu à des approches très distinctes. Si l'arsenal législatif et réglementaire en matière pénal semble parmi les plus complets et protecteurs, il ne fait pas l'objet d'une politique d'application volontariste ce qu'explique en partie la relative rareté des plaintes en matière de contrefaçon. Les sanctions sont surtout pécuniaires, les peines de prison étant plus rares pour des durées brèves, assorties de sursis, malgré les récidives pour les situations de contrefaçon organisée.

S'ajoutent aux sanctions civiles et aux réparations par des dommages et intérêts, les amendes prononcées en matière pénale. Mais la disparité des sanctions prononcées est fortement accusée s'agissant des atteintes au droit de la propriété littéraire et artistique. Dans ce contexte, la lutte contre la contrefaçon semble, année après année, et surtout pour les formes de contrefaçon numérique, avoir cessé d'être un objectif d'ordre public pour être considérée comme un contentieux de nature surtout privé. Avec un seuil de tolérance important pour la contrefaçon numérique et la permanence d'autres objectifs en matière pénale, cette voie mérite d'être empruntée de manière sélective pour rester efficace, d'autant plus si la contrefaçon revêt un caractère technique.

En revanche, en matière civile, le contentieux relatif à la contrefaçon constitue l'essentiel des affaires relatives à la propriété littéraire et artistique et donne lieu à des réparations du préjudice de manière systématique. Sans doute les montants des dommages et intérêts doivent faire l'objet d'un examen attentif et peuvent suggérer la mise en œuvre d'une logique plus forfaitaire, d'autant que le calcul du préjudice reste très délicat à effectuer. Les autres sanctions civiles sont prononcées aussi de manière régulière et compensent partiellement la réparation insuffisante des préjudices. Elles gagneraient à s'étendre, notamment en portant sur le chiffre d'affaires des contrefacteurs et non pas seulement sur les profits réalisés, eux aussi délicats à évaluer.

Que ce soit en matière pénale ou civile, il est nécessaire de développer une politique judiciaire plus active, qui tienne compte du caractère technique de la matière et de l'importance de la lutte contre la contrefaçon. A ce titre, la mise en place de pôles juridictionnels spécialisés devrait être effectuée, d'autant qu'on constate déjà une concentration géographique des contentieux. Par ailleurs, les titulaires de droits pourraient réfléchir à une stratégie judiciaire plus coordonnée entre eux.

IV – LES PROCEDURES DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON.

La réalité de la lutte contre contrefaçon est subordonnée à la simplicité, la rapidité et l'efficacité des procédures administratives et judiciaires à la disposition des titulaires de droits.

Les procédures administratives – principalement douanières – répondent à ces exigences et constituent un modèle dans l'Union européenne, pourvu qu'elles soient assorties de techniques douanières appropriées. La procédure de demande d'intervention a manifesté sa grande utilité et devra être employée plus systématiquement par tous les titulaires de droits concernés par la contrefaçon, en contribuant aux conditions pratiques (fiches, bases de données, etc.) de nature à favoriser la surveillance des contrefaçons réalisée par les services douaniers. Pour éviter d'avoir à poursuivre de manière systématique au fond en cas de retenue, une faculté de destruction des petites quantités devrait aussi pouvoir être établie contre un cautionnement versé par des titulaires de droit.

Les procédures de saisies douanières fondées sur le délit douanier sont sans doute beaucoup plus utiles aux titulaires de droits, mais le champ d'application du délit qui devrait être étendu dans l'Union européenne, semble insuffisant à une protection efficace contre la contrefaçon. Malgré les difficultés techniques que peut présenter l'extension du délit douanier, les conditions d'une extension pour certaines catégories de produits pourraient être envisagées.

S'agissant des procédures judiciaires, il faut d'abord constater que les procédures spécifiques en faveur des titulaires de droits sont tombées en désuétude. C'est le cas de la saisie commissaire, la plus simple et pratique des procédures non contradictoires offertes aux auteurs pour le droit de reproduction. Dès lors, avec plus de garanties, s'ouvrent les procédures judiciaires et en particulier la procédure de saisie contrefaçon qui semble l'une des plus efficaces et protectrice au monde. Elle peut toutefois, dans le cadre d'une homogénéisation des différentes variantes de saisie, faire l'objet d'améliorations marginales. L'usage des ordonnances sur requêtes semble par ailleurs prendre un rôle plus effacé alors qu'il s'agit d'une procédure d'urgence spécifique à la propriété intellectuelle qui présente bien des avantages. Il conviendrait sans doute d'en faire un emploi plus régulier, ne serait-ce que pour éviter qu'elle ne tombe aussi en désuétude au moment où l'Union européenne entend la conforter.

De plus, comme dans beaucoup de pays de l'Union européenne titulaires de droit et intermédiaires techniques réfléchissent à la mise en place d'une procédure de notification et retrait qui semble la procédure la plus utile pour lutter contre la contrefaçon sur les réseaux. Les pouvoirs publics pourraient favoriser l'émergence d'un consensus en assurant une validation législative de la procédure négociée après l'avoir assortie de garanties complémentaires et avoir veillé à son caractère harmonisé au regard des pratiques étrangères.

Le régime juridique prévu aux articles L.331-2 et 343-4 du Code de la propriété intellectuelle est sans conteste particulièrement adapté à la lutte contre la contrefaçon dans l'environnement numérique : simple, rapide, susceptible de croissance, il doit pouvoir répondre aux défis de la banalisation de la contrefaçon. Cependant, ce régime doit être adapté et renforcé. Le régime d'assermentation d'agents pour la constatation d'infractions est très banal et concourt à l'exercice de police administrative dans de nombreux domaines par exemple de l'audiovisuel et du cinéma. Plus rarement exercé par des salariés de droit privé il mérite d'être encadré et contrôlé.

Un renforcement nécessaire de ce régime suppose de préciser les organismes pouvant disposer d'agents assermentés, d'en accroître le nombre selon des critères précisés, d'en organiser un contrôle administratif selon des méthodes et critères préexistants dans le Code de la propriété intellectuelle, mais aussi de prévoir une publicité des agents assermentés. Un contrôle financier semble aussi nécessaire en raison de l'origine du financement proposé – au titre des actions d'intérêt général de

l'article L.321-9 du Code de la propriété intellectuelle. Les pratiques devraient aussi être suivies et revues : constatation contradictoire, expertise facilitée, voire pour certaines catégories de contrefaçon numérique ou de logiciels, des pouvoirs supérieurs de vérification ou de recherche en liaison avec les autorités judiciaires. Ce faisant, il faudra veiller à l'accès de tous les titulaires aux protections offertes par ce nouveau régime juridique en faveur de la lutte contre la contrefaçon.

V - UNE POLITIQUE DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON

Toutes les améliorations juridiques et pratiques préconisées ne pourront produire leurs effets qu'accompagnées par une politique globale de lutte contre la contrefaçon.

En premier lieu, il s'agit de mobiliser l'ensemble des acteurs. Il faut relancer une coopération administrative qui n'a cessé de diminuer et qui met en cause le niveau de protection des droits de propriétés intellectuelles. Les sujets relatifs à l'*enforcement* appellent une interministérialité accrue, qu'il s'agisse du droit de propriété littéraire et artistique ou des différentes catégories de droit de la propriété industrielle, qu'il s'agisse aussi de certaines catégories d'œuvres protégées comme les logiciels, les bases de données et les dessins et modèles qui ont à la fois une dimension créative et industrielle. Il faut aussi favoriser toutes les formes de coopération entre les différentes catégories d'acteurs privés concernés par la contrefaçon : titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins et industriels. Dans cette perspective et pour ce qui touche à la protection des droits de propriété littéraire et artistique il est nécessaire, face à la contrefaçon numérique, que les forces et moyens soient réunis pour assurer des missions d'information, de veille technique, voire créer une agence unique qui pourra assurer des fonctions de représentation nationale comme internationale et de négociations indispensables avec les industries techniques.

En second lieu, il est nécessaire de concevoir et d'organiser une politique de communication et d'information en profondeur et durable. Plus que des campagnes publiques d'information, ponctuelles, coûteuses et à l'efficacité douteuse, des formes de communication et de sensibilisation segmentant les publics, les enjeux, les priorités apparaît indispensable. Dans un premier temps, il conviendrait qu'elles portent sur les médiateurs d'information, s'accompagnent, le cas échéant, de sanctions juridiques. Dans un second temps, elles pourront s'attacher spécialement à certaines formes de contrefaçon intéressant d'abord les entreprises mais aussi les consommateurs. Ce type d'actions devra prendre en compte les différentes catégories de publics ciblées.

En matière de formation, outre une nécessaire action de formations croisées entre les différents acteurs de la lutte contre la contrefaçon (douanes, police, justice, titulaires de droit), des formations et des sensibilisations vers de plus larges publics peuvent être réalisées dans le cadre des institutions accueillant des publics spécifiques : écoles d'ingénieurs, d'art, voire au sein de l'Education nationale.

La réalisation d'une telle politique pourrait être utilement financée par une consolidation des dispositions du Code de la propriété intellectuelle en faveur des actions d'intérêt général (Article L.321-9) mais aussi pouvoir prendre appui sur des programmes existants comme le Réseau Innovation en Audiovisuel et Multimédia (RIAM). De manière plus opérationnelle, les soutiens des pouvoirs publics pourraient efficacement porter sur les aspects de recherche et de technologies, mais aussi de visibilité et de présence à l'international de la lutte française contre la contrefaçon.

L'ensemble de ces analyses se traduit par la formalisation de soixante préconisations juridiques ou pratiques.

INTRODUCTION

Plagiat, piraterie, copies serviles, voire contrebande, marchés parallèles, *cracking*, *hacking*, etc. ou encore violation des droits, manque à gagner pour les titulaires, les expressions du langage commun ne manquent pas pour désigner ce qui relève finalement presque toujours de la contrefaçon. De toutes, “la piraterie” notamment dans l’environnement numérique, est celle qui paraît se substituer le plus à la notion de contrefaçon. Pourtant, si ce n’est pour frapper les esprits, elle ne le fait sans doute pas le mieux, tant il est vrai que le concept de contrefaçon dans le droit national assure, par les procédures qu’il permet, les incriminations qu’il prévoit, les sanctions et réparations qu’il justifie, la meilleure des protections de la propriété intellectuelle.

En disposant que “toute édition d’écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit” l’article L.335-2 du CPI dessine un champ extrêmement vaste de protection juridique, en dépit du principe d’interprétation stricte de la loi pénale. Sont en effet visés, aussi bien les droits moraux que patrimoniaux, tant en ce qui concerne la reproduction que la représentation, tandis que l’évolution législative tend vers une extension des bénéficiaires de cette protection et une sévérité accrue. En outre, dans le cadre de l’accès à la procédure civile s’agissant d’atteinte à un intérêt privé mais encore à la procédure pénale s’agissant aussi d’une atteinte à l’ordre public, les titulaires de droits bénéficient d’un double avantage : l’indifférence de la bonne foi en matière civile et la présomption de mauvaise foi du contrefacteur très utile pour la prévention et répression des contrefaçons.

Dans ce contexte, la recherche des moyens de renforcer la lutte contre la contrefaçon par des améliorations, radicales ou marginales, du droit positif est un exercice apparemment vain, d’autant que le droit de propriété littéraire et artistique français persiste à constituer un modèle de protection vers lequel semblent tendre les conventions internationales et normes communautaires ou à l’aune duquel s’élaborent les législations nationales nouvelles.

Cependant, la mutation du contexte technique – le passage effectué en deux décennies d’un environnement mécanique et analogique à un environnement numérique embrassant aussi les réseaux, y compris décentralisés, à l’échelle mondiale – a considérablement modifié l’activité réelle de contrefaçon, accru ses enjeux économiques et culturels et met en difficulté, non pas la forme du droit international ou national, mais sa faculté d’application auprès de chaque utilisateur.

Ces bouleversements et défis ont eu pour effet de placer la réflexion et les modifications du droit de propriété littéraire et artistique sous les feux d’une double préoccupation des Etats et des titulaires de droits :

- en premier lieu, une préoccupation économique et commerciale sans précédent à l’échelle internationale qu’exprime la créativité normative à l’OMPI, l’OMC, au Conseil de l’Europe, et naturellement au sein de l’Union européenne en vue du marché intérieur, mais aussi des relations commerciales, du contrôle douanier, du passage à la société de l’information, etc. ;
- en second lieu, et parallèlement à la formation de nouvelles normes juridiques, le souci de concentrer les efforts sur les conditions juridiques et pratiques du respect des droits, autrement dit l’*enforcement* qui concerne les incriminations et les sanctions administratives, judiciaires civiles et pénales, et implique qu’elles puissent être capables de répondre dans l’urgence aux violations des droits de la propriété intellectuelle.

Semblables évolutions – généralisation et approfondissement de la protection contre la contrefaçon – n'auraient pu se réaliser sans que ne soit affectée, en droit ou en fait, la capacité à respecter l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle. C'est pourquoi au plan international, le champ de la notion de contrefaçon que connaît le droit positif français s'amenuise au profit d'une protection ne visant que la contrefaçon "commerciale". C'est encore pourquoi, face à l'élévation rapide du seuil de tolérance de la contrefaçon par des procédés numériques à la disposition d'un nombre croissant d'utilisateurs, l'écart entre les réalités de la contrefaçon et la mise en œuvre des procédures et des sanctions fondées à les combattre n'a cessé de se creuser.

Dans ces conditions et partant d'une analyse des évolutions de la contrefaçon et du contexte technique, l'analyse de l'état des instruments normatifs s'imposait sans doute, mais surtout des moyens mobilisés pour l'application des droits, afin d'examiner les instruments aussi bien juridiques que pratiques de nature à réduire l'écart entre le droit et les faits et à maintenir en France le niveau historiquement élevé de respect des droits de propriété intellectuelle. Pour ce faire, sans qu'il soit besoin pour des motifs d'usage⁰ ou de développement juridique international⁰ de préférer le terme de piraterie à celui de contrefaçon, un tel glissement conduisant à une diminution radicale des protections, l'étude s'est concentrée sur les formes contemporaines de contrefaçon, issues notamment du changement de contexte technique : atteintes aux droits de reproduction et de représentation par des procédés de reproduction numérique ou la mise à disposition sur les réseaux numériques.

Cette limitation de l'approche, qui se trouve en conséquence peu fondée juridiquement, repose sur le choix de tenir compte prioritairement des besoins pratiques des titulaires de droit – procédures, actions, etc. – parmi lesquels peuvent figurer des propositions d'évolutions des normes.

Par ailleurs, cette étude s'inscrivant dans un programme comprenant ultérieurement, une analyse des systèmes techniques de protection des œuvres, et prenant en compte les travaux du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique – Commission spécialisée relative aux relations entre droit de propriété intellectuelle et libertés publiques ; Commission spécialisée relative au droit international privé – elle écarte au moins en partie des approches complémentaires :

- les effets juridiques et pratiques de la mise en œuvre des systèmes de protection technique, ainsi que la mise en place d'outils de contrôle de la circulation des œuvres sur les réseaux ;
- le détail de l'application du droit national à l'échelle internationale en ce qui concerne les violations des droits.

Dans ces deux champs d'analyse, la question de la contrefaçon devrait de nouveau être abordée de manière à compléter les propositions qui suivent.

1. MESURES ET MUTATIONS DE LA CONTREFAÇON.

La contrefaçon connaît un rapide développement quantitatif depuis vingt ans et des mutations qualitatives plus récentes. En matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, ces évolutions tiennent pour une bonne part aux évolutions de l'environnement technique – numérisation et réseaux.

1.1. MESURES DE LA CONTREFAÇON.

Les données statistiques relatives à la contrefaçon sont rares, et par nature, très délicates à apprécier. On doit même considérer qu'il est "pratiquement impossible de se procurer des données pertinentes en raison du caractère clandestin de l'activité de contrefaçon", à tout le moins qu'elles sont marquées par une "assez forte inexactitude". Elles cherchent en effet à déterminer le volume d'une économie délictueuse souterraine aux échelles internationale, régionale ou nationale, voire par secteurs et produits, ce qui dans l'environnement numérique perd beaucoup de pertinence.

1.1.1. EVALUATIONS GEOGRAPHIQUES DE LA CONTREFAÇON.

Les données chiffrées, souvent approximatives et peu susceptibles de vérification, permettent seulement d'établir des ordres de grandeur principalement quant à des volumes de produits physiques contrefaits. A l'exception des données fournies par les Douanes qui ne sauraient d'ailleurs être que partielles, les chiffres les plus souvent avancés sont en général fournis par des associations professionnelles et des organisations non gouvernementales dont les objectifs sont davantage liés à la lutte effective contre la contrefaçon et à la nécessité d'y sensibiliser les pouvoirs publics, qu'à l'observation scientifique du phénomène.⁽¹⁾ Les données suivantes sont donc d'ordre indicatif.

1.1.1.1. Evaluation de la contrefaçon au plan mondial.

A l'échelle internationale, les données relatives à la contrefaçon donnent lieu principalement à quelques estimations globales représentatives d'un manque à gagner pour l'ensemble de l'économie.

Proportion estimée des produits contrefaits et piratés ⁰

Sources	Estimations
Organisation Mondiale des Douanes	~ 5 % de l'ensemble du commerce mondial
Commission Européenne	~ 5 à 7 % du commerce mondial, soit 200 à 300 milliards d'euros par an de manque à gagner et la perte de 200 000 emplois dans le monde
OCDE	> 5% du commerce mondial

Source : OMPI, 2001

La contrefaçon d'œuvres protégées par le *copyright* fait l'objet de compilation des données propres aux principaux secteurs : cinéma, musique, logiciels professionnels, logiciels de loisirs, mais aussi édition. Il s'agit en particulier d'apprécier le manque à gagner en termes de relations commerciales, par pays, en fonction du taux de piraterie sur les marchés domestiques respectifs. Selon ces analyses, le volume financier de la contrefaçon d'œuvres protégées représentait en 2001 un montant de 8 379,7 millions US\$, se répartissant comme suit :

Pertes commerciales estimées par la piraterie de copyright en 2001.

Secteurs	Millions US\$
Cinéma/audiovisuel	1 280.0
Musique	2 034.7
Logiciels professionnels	2 653.5
Logiciels de loisirs	1 767.1
Edition	636.4
Total	8 379.7

Source : I.I.P.A, 02/2002.

Principaux pays de piraterie de droits de copyright en 2001

Pays	Cinéma		Musique		Logiciels professionnels		Logiciels de loisirs		Edition	Total
	Pertes	Taux	Pertes	Taux	Pertes	Taux	Pertes	Taux	Pertes	
Chine	160	120	47.3	90	714.7	93	455	92	130	1 507
Russie	250	80	285	64	92.7	83	173	90	48	849.3
Brésil	120	33	302	55	303.1	58	-	99	14	739.1
Corée	25	25	4	14	134.2	47	487.7	63	35	685.9
Italie	140	20	40	23	285	43		74	23.5	488.5
Inde	70	60	-	40	238.4	69	-	90	37	345.4
Taiwan	35	30	51.7	48	107	52	119.4	70	20	333.1
Malaisie	40	80	148.9	70	63	62	56.4	93	8.2	316.5
Pologne	25	27	37	30	55.8	49	115.8	90	6.5	240.1
Ukraine	40	80	170	85	-	-	-	-	-	210.0

Source : I.I.P.A, 02/2002.

Les volumes financiers estimés de contrefaçon sont très concentrés sur quelques pays. Ainsi, les dix pays au sein desquels la fabrication de contrefaçons est la plus élevée représenteraient près de 70 % du total des pertes commerciales mondiales estimées.

1.1.1.2. Evaluation de la contrefaçon en Europe.

L'analyse de la contrefaçon pour l'Union européenne résulte de l'agrégation des données nationales réalisée par la DG Taxud dans le cadre de ses missions de coopération douanière. ⁰ Même si elles n'échappent pas à un "effet thermomètre", ces données révèlent l'importance du phénomène de contrefaçon.

En 2001, ont été saisis en Douane dans l'Union européenne 39,7 millions de CD (audio, jeux, logiciels, etc., DVD, cassettes), ce qui réalise une croissance de 349 % par rapport à l'année précédente et de l'ordre de 15 000 % depuis 1999. Ces supports constituent 42 % de l'ensemble de saisies pour contrefaçon. L'origine géographique des supports d'enregistrements contrefaits reflète les constats réalisés au plan international ou national, sans qu'il n'y ait d'évolutions notables.

Origine des saisies de CD, DVD, etc. dans l'U.E en 2001

Pays de provenance	Part des saisies pour cette catégorie
Thaïlande	22 %
Belgique*	21 %
Taiwan	12 %
Malaisie	8,5 %
Chine	5%
Singapour*	4 %
Pologne	2%
Divers	22 %

Source : Taxud, 2002. [* comme pays de transit pour une grande part]

Une analyse plus détaillée par catégories de produits manifeste que la contrefaçon affecte aussi bien l'économie des phonogrammes, que du cinéma, du logiciel (de loisirs ou professionnels) : les phonogrammes représentent 1/3 de cette catégorie de saisie, alors que les DVD et cassettes ne représentent qu'1/6 des saisies. L'industrie des jeux vidéos est cependant particulièrement touchée par la contrefaçon : 1/6 des saisies de CD et DVD, mais 48 % de la catégorie des jeux et jouets. Enfin, les logiciels de *Microsoft* représentent 4 % des saisies réalisées dans l'Union européenne.

A l'aune des données concernant des produits essentiellement protégés par les droits de propriété littéraire et artistique, il apparaît que ceux-ci représentent une faible part des violations des droits de propriété intellectuelle dans son ensemble. En effet, les atteintes au droit des marques représentent 83 % des atteintes aux droits contre seulement 9 % pour les droits de propriété littéraire et artistique. Malgré le caractère impressionnant des chiffres relatifs aux saisies douanières, la contrefaçon d'œuvres protégées par la propriété littéraire et artistique à destination de l'Union européenne ou surtout transitant au sein de ses frontières, est en fait marginale.

1.1.1.3. Evaluation de la contrefaçon au plan national.

Pour la France, l'analyse de la contrefaçon est aussi principalement réalisée par les services des Douanes à travers les flux de marchandises et les mouvements de voyageurs.

Elle exprime la croissance du phénomène de contrefaçon, sans que soit précisément distinguées la contrefaçon matérielle au cœur des missions des Douanes et la contrefaçon immatérielle y compris sur les réseaux et par nature moins saisissable. Ne sont pas distinguées non plus les contrefaçons affectant des droits de propriété intellectuelle de titulaires nationaux ou étrangers, alors que les constatations et saisies douanières semblent toucher de manière beaucoup plus massive les secondes. En dépit de "l'effet thermomètre" que produit l'analyse des flux par les Douanes et des difficultés à saisir la contrefaçon numérique, l'appréciation des saisies douanières sur moyenne période manifeste l'évolution rapide des activités de contrefaçon, et parmi elles, des œuvres protégées. Le nombre de constatations est passé de 142 par an en 1993 à 2 783 en 1998, tandis que le nombre d'articles saisis passe de 63 700 en 1993 à 5 369 104 en 2001.⁰ Malgré cette progression, les données recueillies montrent que la contrefaçon

physique d'œuvres protégées par le droit de propriété littéraire et artistique reste finalement faible par rapport à l'ensemble de l'économie de la contrefaçon et qu'elle est assez stable. On note même une réduction du nombre de saisies en 2001 : -8 % pour les CD et DVD, 77 % provenant de Thaïlande.

Saisies douanières en France

Années	Nombre d'articles saisis
1993	63 700
1994	206 183
1995	299 012
1996	635 542
1997	706 729
1998	2 324 676
1999	3 661 212
2000	4 933 543
2001	5 369 104

Source : DGDDI, 2002.

De plus, s'agissant spécifiquement de contrefaçon relative à des droits de propriété intellectuelle, celle qui concerne les droits d'auteur au sens strict représente une faible part de l'ordre de 10 % des saisies douanières, tandis que la contrefaçon de brevets ou modèles représente environ 15 %, et que la contrefaçon de marques reste dominante et atteint 75 %.⁰ Une répartition en pourcentage, par grands secteurs, des marchandises montre que le secteur audio, vidéo, informatique ne représente qu'entre 0,3 % et 0,7 % des saisies douanières mais peut atteindre 3,4 %. Par comparaison les saisies relatives au secteur du jouet peuvent osciller entre 0,1 % et 18, 7 % du total des saisies.

La France apparaît clairement comme un territoire de transit de la contrefaçon, à travers notamment l'aéroport de Roissy et les ports de Marseille et du Havre, davantage que comme un pays de destination de la contrefaçon. La DGDDI estime qu'en 2001 seuls 5 % des marchandises contrefaites étaient à destination du territoire national.

Les pays d'origine de la contrefaçon ne se distinguent pas particulièrement pour ce qui concerne les œuvres protégées par le droit de la propriété littéraire et artistique. On doit compter parmi les principaux pays d'origine de la contrefaçon : la Chine (33 % des articles saisis), Taiwan (24 %), l'Inde (7,6 %), Hong Kong (2,7 %), la Corée du Sud et la Thaïlande, l'Asie demeurant le centre de fabrication des contrefaçons, et parmi les principaux pays destinataires : l'Espagne, l'Italie et la Belgique pour l'Union européenne, mais surtout l'Amérique latine (Mexique, Paraguay et Uruguay) et le continent africain notamment francophone.

La contrefaçon physique d'œuvres protégées relève pour partie de filières spécifiques. S'agissant des jeux vidéo, ces filières lient plutôt des pays d'Amérique latine et des pays européens ; s'agissant des CD Audio et des DVD, on trouve plus classiquement des filières issues de Thaïlande ou d'autres pays d'Asie du Sud-est mais de plus en plus de pays d'Europe orientale. Ces filières semblent se concentrer sur des produits et œuvres en relation avec des effets de modes (Coupe du Monde de Football, *Pokémon*) ou constitutifs de références mondiales (*Nintendo*, *Sony*, *Playstation* et *Game Boy*).

L'importance manifeste de la totalité des activités de contrefaçons physiques à l'échelle nationale ne doit pas masquer que la contrefaçon d'œuvres protégées par le droit de propriété littéraire et artistique est restée à la fois stable et réduite. Par exemple, pour la France, le nombre de procédures établies par la douane en ce qui concerne et les CD et DVD ne représente que 6 % du total des procédures engagées.

Par ailleurs, les données statistiques renseignent peu sur le caractère national ou non des œuvres protégées qui semblent être très majoritairement japonaises pour les logiciels de loisirs, américaines pour les CD et DVD, mais aussi les logiciels professionnels.

Proposition 1.1.

Face aux incertitudes et aux insuffisances des données, confier au CSPLA et au Comité National Anti-Contrefaçon, avec l'appui des administrations dont ils dépendent (Département des Etudes et de la prospective, Direction de la prévision, DREE), et en liaison avec les administrations et les acteurs professionnels concernés, la mission de méthodologie, de recueil, suivi et synthèse annuelle de la contrefaçon des œuvres protégées, en France et à l'étranger.

1.1.2. DES EVALUATIONS SECTORIELLES INSUFFISANTES.

Les données sectorielles de la contrefaçon sont fournies par les associations internationales ou régionales représentatives d'une activité protégée par le droit de propriété intellectuelle. Statistiquement, elles n'assurent pas une grande cohérence ou homogénéité méthodologiques, selon la représentativité de l'association, le périmètre mondial étudié, les définitions juridiques employées, les modes de contrefaçon visés, etc. Elles méritent davantage d'être considérées comme des signes d'un phénomène en croissance, empruntant les mêmes voies de la contrefaçon dans l'environnement numérique.

1.1.2.1. Dans le secteur de la musique.

L'essentiel des données relatives à la lutte contre la contrefaçon dans le domaine de la musique provient des analyses des producteurs de phonogrammes, représentés au plan international par l'IFPI. Celle-ci estime qu'en 2001 pour un montant total représentant 4,3 Mds US\$, 40 % des CD et cassettes sont piratés. L'IFPI note surtout que pour la première fois 51 % de la piraterie audio est réalisée sous forme numérique à travers les CD-R et CD audio et qu'elle commence à se développer sur les DVD-R.⁰ L'analyse géographique confirme le fait que les pays contrefacteurs sont aussi les pays destinataires au regard de la part de marché représentée par des phonogrammes piratés, en particulier la Chine (90 %), l'Indonésie (85 %), la Russie (65 %), le Mexique (60 %) et le Brésil (55%).

La contrefaçon par le biais de l'Internet a pris des proportions exceptionnelles d'après le rapport de l'IFPI, qui évalue à 700 millions le nombre de fichiers sans droit d'exploitation en circulation ou 99 % de la musique en ligne, et estime à 500 millions les fichiers disponibles sur des plates-formes d'échange *peer to peer*. Il s'agit essentiellement de contrefaçon en réseau par l'ensemble des protocoles de communication : FTP (*File Transfer Protocol*), IRC, (*Internet Chat Relay*), canaux de *Newsgroup*, auxquels s'ajoutent les pratiques de *cracking* des codes des serveurs de mise à disposition de musique d'œuvres musicales protégées.

Le volume atteint dans le domaine de la musique est incontestablement considérable, même si l'IFPI admet qu'il ne peut s'agir que de données évaluatives et approximatives et que les études restent contradictoires et controversées sur l'impact réel des sites d'échanges sur l'évolution du chiffre d'affaires du secteur.

1.1.2.2. Dans le secteur cinématographique.

L'essentiel des évaluations de la contrefaçon dans ces secteurs est le résultat d'approches menées par la *Motion Picture Association* (MPA).⁰ Elle estime à environ 3 Mds US\$ les pertes annuelles potentielles dues à la contrefaçon pour l'industrie cinématographique, sans prendre en compte les aspects relatifs à Internet (*chats*, l'IRC, les sites FTP, les newsgroup, et le web, mais aussi les sites d'enchères). La contrefaçon se réalise surtout par les DVD (20 millions d'exemplaires saisis en 2000) qui se substituent aux cassettes vidéos vierges.

Une approche géographique témoigne de nouveau de la concentration de la fabrication de contrefaçons dans certains pays. Sans doute y a-t-il eu 350 000 cassettes vidéos illicites saisies en Amérique du Nord de manière analogue à ce qu'on trouve dans les pays d'Europe occidentale, mais la MPA estime ce type de contrefaçon à environ 17 millions d'exemplaires dans la région Asie-Pacifique, surtout en Thaïlande, Indonésie, Malaisie, Taiwan et Corée du sud. En Europe, sont surtout concernés des pays comme la Russie (655 000 exemplaires de DVD et 170 000 CD-R).

Ces quelques données expriment la difficulté à embrasser exactement la contrefaçon des droits cinématographiques et audiovisuels car il conviendrait d'y ajouter des évaluations des violations des systèmes d'accès et même si le phénomène est plus limité, les phénomènes de piraterie audiovisuelle.

1.1.2.3. Dans le secteur des logiciels.

Les organismes représentatifs des éditeurs de logiciels professionnels cherchent à estimer les pertes dues à la contrefaçon et la nature de celle-ci. Dans sa dernière étude sur le piratage de logiciels professionnels menée dans 85 pays, *Business Software Alliance* (BSA) qui regroupe des éditeurs comme *Adobe*, *Borland*, *Macromedia*, *Microsoft*, *Novell*, *Symantec*, etc., révèle une forte croissance du taux de contrefaçon. Il passe de 37 % en 2000 à 40 % en 2001, pour une perte estimée de l'ordre de 12 Mds d'€⁽¹⁾ Pour l'Europe occidentale qui représente après les Etats-Unis le principal marché et principal lieu de manque à gagner (25 % du total), le taux de piraterie de logiciels est de 37 %, soit une perte estimée de 2,9 Mds d'€.

Au plan mondial, l'Europe de l'Est est la région qui connaît le taux de piratage le plus élevé (434 millions US\$), en particulier avec les taux enregistrés en Russie et en Ukraine, mais aussi en Pologne et République tchèque. A l'inverse, l'Amérique du Nord reste la région où le taux de piratage est le plus bas (26 %), décroît, mais représente des volumes financiers de pertes élevés (1,9 Mds US\$) quasi exclusivement aux Etats-Unis. Mais c'est en Asie que les taux de piratage demeurent les plus élevés : 70 % en Malaisie et en Inde, 63 % aux Philippines, 88 % en Indonésie et avec un record de 94 % au Vietnam pour un total de pertes dans la région de 4,7 Mds US\$ en 2001.

Pour sa part, la France connaît un taux de contrefaçon de 49 % qui figure parmi les taux les plus élevés au sein des pays d'Europe occidentale, puisque seule la Grèce connaît un taux supérieur (64 %) et que la moyenne s'établit à 37 %. Ce taux enregistre aussi une progression, passant récemment de 40 à 46 % des logiciels installés, soit une perte de 590 millions d'€. Par comparaison, l'Allemagne enregistre des pertes pour un montant de 749 millions d'€ et l'Italie de 515 millions d'€.

De son côté *The Software & Information Industry Association* (SIIA) a étudié les catégories comportementales de contrefaçon de logiciels et les instruments employés sur

⁽¹⁾ *International Planning and Research Corporation* (IPR), juin 2002.
[<http://www.bsa.org/france/press/newsreleases/2002-06-12.1156.phtml>]

les réseaux à cette fin.⁰ Elle a établi antérieurement des estimations relatives à la contrefaçon en matière de logiciels qui manifestent une progression du phénomène et des pertes globales de l'ordre de 12 Mds US\$. Elle confirme aussi les analyses du taux moyen de contrefaçon de logiciels en France (~40 % des logiciels installés réalisant une perte de l'ordre de 500 000 US\$).⁰

Les données globales relatives à la contrefaçon de logiciels de loisirs et jeux vidéos sont établies par l'ISDA (*Interactive Digital Software Association*) pour les Etats-Unis et par l'ISFE (*Interactive Software Federation of Europe*) pour l'Europe, qui représentent plus de 90 % du chiffre d'affaire des éditeurs, y compris pour consoles de jeux (*Nintendo*, *Sega*, *Playstation*, *X-Box*).

On peut regretter que les analyses dans ce secteur de l'édition de logiciels, en apparence particulièrement victime des phénomènes de contrefaçon, restent rares, ou qu'elles ne sont pas publiques, ou plus simplement qu'elles manquent, par exemple pour la France. Les associations internationales qui travaillent à un programme mondial de lutte contre la piraterie *on line* et *off line* estiment les pertes globales engendrées par la contrefaçon à 3 Mds US\$, bien que le volant de contrefaçon sur le réseau Internet est très difficile à évaluer.⁰

1.1.2.4. Dans les autres secteurs.

Pour des raisons très diverses, les autres secteurs d'application des droits de propriété littéraire et artistique ne sont pas directement affectés par la contrefaçon dans l'environnement numérique ou bien le sont de manière très différente ou dans des proportions moindres.

a) Le spectacle vivant et les droits des artistes et interprètes

Les droits voisins des artistes interprètes sont naturellement affectés par la contrefaçon des phonogrammes par les techniques numériques. Mais aucune analyse n'est disponible, le centre de la contrefaçon s'analysant davantage comme un manque à gagner dans les relations entre producteurs et artistes-interprètes. Le développement d'enregistrements pirates (*bootleg*) mis à disposition ou échangés sur l'Internet semble le plus préoccupant mais ne peut faire l'objet de mesure.

b) Le secteur de l'édition et de la presse

Traditionnellement très vigilant sur la violation des droits sous la forme de la photocopie ou dans le cadre du défaut de perception des droits, ces secteurs sont encore peu concernés par la violation des droits dans l'environnement numérique. Cependant la numérisation de la production éditoriale dans l'édition et surtout dans le domaine de la presse, notamment en ligne, constitue des changements dont les risques commencent à être appréhendés.

Le secteur de l'édition nationale est peu mobilisé sur la question de la contrefaçon dans l'environnement numérique, principalement parce qu'elle est relativement limitée sur les réseaux, en particulier pour des questions techniques et la réalité des barrières linguistiques. Ce faible souci concerne essentiellement les réseaux numériques mais n'affecte pas l'attention portée aux violations des droits et au manque à gagner des éditeurs à l'égard des pratiques connues dans les écoles, collèges et lycées, voire certaines bibliothèques.

En réalité pour ce qui concerne les nouvelles technologies, et sans données statistiques, la contrefaçon d'œuvres éditoriales semble très différente selon les types de publications. Pour les œuvres de littérature générale, un seul site (*texz.com*) est régulièrement cité comme unique exemple de mise à disposition d'œuvres protégées mais ne fait pas l'objet de poursuites de la part des éditeurs. En revanche, les acteurs

manifestent une plus grande inquiétude s'agissant des éditions d'encyclopédie pris en compte au titre des logiciels de loisirs pour une bonne part, mais sans doute aussi pour le secteur de la bande dessinée pour quelques titres.

Dans le domaine de la presse, l'essentiel de l'effort de lutte contre la contrefaçon a consisté à élaborer des chartes et dispositions contractuelles entre les éditeurs de presse en ligne réunis au sein du Geste et les re-diffuseurs, spécialement en matière de revues et panorama de presse en ligne qui engendrent une cannibalisation des investissements du secteur de la presse. Cet effort, commencé avec la charte de l'édition électronique en 1999 est poursuivi depuis par l'élaboration d'un contrat cadre faisant apport des droits au CFC. Il s'appuie aussi sur la jurisprudence relative aux liens hypertextes.

Les pertes estimées en termes de droits n'ont pas fait à ce stade l'objet d'évaluation précise mais pourraient atteindre environ 15 millions d'€ ; elles ne devraient pas être analysées davantage dès lors que s'établit assez rapidement une régularisation des situations qui doit être poursuivie notamment avec les administrations. Cette régularisation devrait pouvoir à brève échéance concerner 80 % de la rediffusion nationale.

Proposition 1.2.

Une mobilisation des acteurs du secteur de l'édition apparaît indispensable, même s'il devrait être moins affecté que d'autres par la contrefaçon numérique ; elle pourrait être initiée par le CNL.

1.2. EFFETS ET MUTATIONS DE LA CONTREFAÇON.

Les activités de contrefaçon connaissent des évolutions importantes à la fois en termes de criminalité et en termes d'environnement technique, en tout premier lieu pour les œuvres protégées par le droit de propriété littéraire et artistique. Ces mutations interrogent la notion même de contrefaçon.

1.2.1. LES MUTATIONS DES ACTIVITES DE CONTREFAÇON.

La contrefaçon est un phénomène mondial qui s'appuie sur l'internationalisation des échanges et affecte tous les secteurs d'activité économique, industrielle et commerciale. Suivant le mouvement de globalisation des deux dernières décennies, la contrefaçon s'est caractérisée par une croissance d'abord régulière puis accélérée, ainsi que par une diversification et une spécialisation importantes.

Si la contrefaçon de l'activité du luxe et des cosmétiques persiste, les gammes de produits des secteurs de l'alimentation, des jeux et jouets, des pièces détachées de véhicules, de l'électronique grand public, de la téléphonie, des supports numériques d'œuvres protégées, de la pharmacie et du matériel médical, etc. se sont ajoutées depuis. On note ainsi un mouvement en faveur de la contrefaçon de produits à faible valeur ajoutée aussi intéressante économiquement et moins risquée du point de vue des contrefacteurs. La contrefaçon est par ailleurs un type de délits en évolution qui comprend à la fois une dimension industrielle, technique et des spécialisations importantes qui la mettent en connexion avec d'autres types de criminalité, mais aussi une dimension artisanale voire domestique.

1.2.1.1. L'aggravation des effets négatifs de la contrefaçon.

La contrefaçon produit pour l'ensemble des acteurs économiques des effets négatifs : elle conduit à des pertes de parts de marché, manifeste des attitudes de concurrence déloyale et/ou parasitaire, notamment quant aux réseaux de distribution, puisqu'elle fait l'économie de l'ensemble des dépenses d'investissement, de R&D, de création, de publicité, marketing et développement commercial, en plus des dépenses relatives aux protections juridiques. Elle ne concerne que rarement les plus grandes entreprises, mais porte ses effets sur des filières affectant le tissu créatif et inventif des PME et PMI qui constituent des victimes particulièrement fragiles. Elle a donc des conséquences réelles en termes de croissance et d'emploi.

Par ailleurs, pour les Etats ou les unions économiques, la contrefaçon constitue une source d'évasion fiscale potentiellement élevée.⁰ Enfin et surtout, la contrefaçon n'est pas seulement une tromperie sur la qualité des marchandises, qui peut pénaliser les consommateurs, elle peut surtout engendrer des situations dangereuses sans offrir la moindre garantie.

Au plan économique international, la production de contrefaçons est particulièrement inégalitaire. Largement implantée dans les pays en développement et en transition, elle contribue sans doute au développement d'activités économiques, commerciales et financières, dans des conditions juridiques, sociales et parfois sanitaires difficiles, sans véritablement conduire à une intégration dans l'économie mondiale. D'une certaine manière et de façon plus ou moins explicitement admise, le maintien d'activités de contrefaçon dans les pays les moins avancées s'analyse aussi comme une forme d'aide au développement. Par ailleurs, contrairement à une idée répandue, elle est moins destinée à la consommation des pays industrialisés qu'à d'autres pays en développement ou en transition économique, et cela pour la quasi-totalité des produits.

Dans le domaine plus spécifique de la contrefaçon des œuvres protégées, les effets négatifs de la contrefaçon se révèlent plus aisément non seulement pour les entreprises de production concernées (diffuseurs, producteurs, éditeurs), mais aussi – à titre personnel – pour les auteurs, les artistes et les interprètes dont l'essentiel des rémunérations est assis sur les exploitations sous forme de reproduction et de représentation.

1.2.1.2. Les évolutions de la contrefaçon.

Dans l'opinion commune, la contrefaçon, a longtemps été considérée – surtout en France – comme une forme de délinquance concentrée sur les industries du luxe, réalisée à travers les voyages individuels et, dans l'environnement numérique comme une extension des usages de copie privée. Cette approche ne prend pas en compte les évolutions profondes de la contrefaçon dont peuvent témoigner les acteurs de la lutte contre la contrefaçon.

– la généralisation de la contrefaçon n'a pas cessé de se poursuivre en sorte que le développement de la contrefaçon concerne de plus en plus des produits à faible valeur ajoutée (eau, palette, thé, riz, etc.) produits de manière massive, car davantage rentable que la contrefaçon de produits à forte valeur ajoutée (pièces de véhicules, cosmétiques, etc.). Les secteurs traditionnels de contrefaçon ont désormais une place réduite : selon les saisies réalisées en Europe, 1 % concerne les cosmétiques ; 7 % le textile et l'habillement ; 5 % la bijouterie et l'horlogerie.

- l’industrialisation de la contrefaçon, assez récente, progresse rapidement et emprunte de manière plus efficace les mêmes méthodes que les activités industrielles licites : délocalisation rapide, complexité de la chaîne de production et de distribution, évolution des gammes de produits, qualité des contrefaçons, etc.
- l’internationalisation de la contrefaçon s’effectue dans le cadre d’une criminalité organisée à l’échelle internationale, suivant de près les circuits du trafic de stupéfiants et supposant une organisation financière de même nature. Les circuits unissent principalement les mêmes zones parce que les pays producteurs et consommateurs sont essentiellement les mêmes (Asie/Amérique latine avec l’Afrique comme zone de transit, mais aussi les pays industrialisés).
- financiarisation et professionnalisation des activités de la contrefaçon comme moyen de réaliser du blanchiment d’argent et donc comme vecteur d’une croissance des investissements dans l’industrie de la contrefaçon dans une logique de rentabilité supérieure au trafic de stupéfiant, le prix de vente des contrefaçons ayant tendance à se rapprocher des originaux.

1.2.1.3. Une dualité problématique d’activités de contrefaçon.

Ces mutations de la contrefaçon à l’échelle internationale conduisent à distinguer cependant deux types de contrefaçon bien qu’elles soient l’une comme l’autre combattues avec le même arsenal normatif et pratique (conventions internationales, procédures et services administratifs et judiciaires) :

- la contrefaçon organisée de manière industrielle et relevant de la grande criminalité ;
- la “contrefaçon domestique”, notamment s’agissant des atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique.

Le mouvement d’aggravation des sanctions, d’efficacité des procédures et de modernisation des techniques de lutte contre la contrefaçon participe à la réduction des deux catégories d’activités de contrefaçon et se montre très utile pour lutter contre la production de contrefaçons de CD, DVD, logiciels, notamment à destination des pays en développement. Il peut paraître cependant contre-productif aux acteurs de la lutte contre la contrefaçon (douanes, juridictions, voire acteurs privés) dans la mesure où il porte atteinte à la crédibilité des sanctions susceptibles d’être prononcées contre des individus dans un environnement de forte tolérance des usages de copie numérique ou d’échanges sur les réseaux.

De plus, le développement des techniques numériques et des réseaux est – paradoxalement au moins pour les consommateurs des pays industrialisés – un frein à la contrefaçon réalisée de façon industrielle et internationale, les facteurs concurrentiels de prix et de qualité entre l’original et la copie étant réduits.

1.2.2. LES MUTATIONS DE L’ENVIRONNEMENT TECHNIQUE.

La protection juridique des œuvres par le droit de reproduction et de représentation n’est pas en soi mise en cause par la mutation numérique. Mais, les capacités de reproduction et de représentation permises par la numérisation des œuvres sont développées dans des proportions telles que le rapport entre la protection et la contrefaçon paraît changer de nature. Si dans l’environnement mécanique et analogique, la contrefaçon devait d’abord relever un défi technique et économique dû au coût des supports ou à l’accès au mode de diffusion, dans l’environnement numérique, cette double contrainte disparaît.

1.2.2.1. Les défis de la numérisation et des réseaux.

Les technologies d'encodage numérique produisent des effets structurels majeurs sur la contrefaçon et mettent en cause les moyens juridiques et techniques de protéger les droits de propriété littéraire et artistique.⁰ Couplés avec l'essor des réseaux, ces effets induisent une modification profonde des soubassements mêmes des droits de reproduction et de représentation. En effet, l'encodage numérique permet :

- une hyper-reproductibilité qui réduit les contraintes qualitatives de reproduction, accorde à la copie numérique le statut de clone ou de copie servile et efface même la distinction entre l'original et la copie ;
- une capacité de compression en progrès permanent accroissant les volumes de stockage sur un même support d'œuvres, le cas échéant avec une perte de qualité marginale (MP3, DIVX) ;
- une indifférenciation des supports numériques par rapport aux catégories d'œuvres : logiciels, textes, images, vidéo, audio.

La numérisation des réseaux, tout particulièrement l'Internet (en réalité le protocole TCP-IP et la diversification des services : édition, correspondance, échanges de fichiers, conversation, etc.) produit ou accuse les effets suivants :

- une indifférenciation relative des données dans un système de transport par paquets, mais non des couples catégorie de données/formats spécifiques de fichiers ;
- un effacement relatif de la distinction opérateur de réseau / diffuseur et plus largement de la distinction émetteur / récepteur, donc de la chaîne de responsabilité éditoriale, à quoi peut s'ajouter une déterritorialisation des acteurs ;
- une faculté de décentralisation extrême des communications jusqu'aux systèmes d'échange *peer to peer*, centralisés ou non, au niveau de l'adressage IP ;
- une interconnexion croissante de réseaux numériques caractérisés par des capacités de flux, eux aussi en progression, notamment pour l'Internet ;
- une possibilité de collaboration en réseau, en temps réel et à l'échelle internationale, aux fins de contourner des systèmes de protection technique des œuvres ;
- un écrasement du temps et une disparition des frontières qui mettent en cause les règles relatives à la chronologie des médias et au zonage (DVD).

Ces évolutions techniques affectent l'ensemble de la chaîne économique culturelle, de la création numérique (audio, vidéo, en particulier) à la distribution (CD, DVD, réseaux de diffusion, etc.) et facilitent le développement de violations des droits de propriété littéraire et artistique ou industrielle à chacun de ses segments. Elles bouleversent parallèlement les flux de rémunérations attachés à ces droits en limitant les modes de comptage et de contrôle des reproductions et représentations. Elle tend par ailleurs à mettre en cause l'application du droit national, en estompant des notions comme "pays de publication" / "pays de première fixation", etc. mais aussi en fragilisant les législations participant à l'ordre public culturel comme celles qui touchent à la chronologie des médias, au zonage, etc.

La transformation de l'environnement technique semble ne pouvoir que connaître un large développement, y compris en ce qui concerne ses effets sur la contrefaçon, du fait des efforts réalisés pour favoriser l'accès au réseau Internet. La disponibilité de contenus (protégés juridiquement ou non ; gratuits ou non) joue dans ce contexte un double rôle

économique : atout commercial et externalité positive pour le secteur des télécommunications, à l'instar de la faculté de copie pour l'industrie informatique des supports numériques ou l'électronique grand public.

1.2.2.2. La piraterie des systèmes d'accès.

Aux phénomènes de développement de la contrefaçon numérique par les réseaux, s'ajoutent les pratiques de piraterie informatique, notamment des systèmes d'accès de télévision à péage du câble et du satellite, comme *Médiaguard*. Expliquant un désengagement de certains opérateurs dans les régions où ces pratiques se sont développées (Afrique, pays d'Europe orientale), cette catégorie de contrefaçon participe aussi de pratiques de concurrence déloyale entre les opérateurs audiovisuels dont les enjeux industriels, économiques et culturels sont très significatifs.⁽¹⁾ Les entreprises européennes concernées estiment le manque à gagner à un Md d'€⁽²⁾

Même s'il s'agit d'activités criminelles spécifiques et en apparence sans lien direct avec la contrefaçon, cette forme de criminalité concerne le cœur d'activité des entreprises concernées. Elle est constitutive d'une atteinte aux droits voisins des entreprises de communication audiovisuelle au sens de l'article L.216-1 du CPI et produit secondairement un manque à gagner pour l'ensemble des titulaires de droits. Cependant, aucune conscience commune de l'unité des enjeux n'a émergée, alors que les pertes induites par cette forme de piraterie touchent le financement du cinéma et de l'audiovisuel, directement par la réduction du nombre d'abonnés, assiette de calcul de la rémunération des éditeurs de chaînes, et indirectement, à travers la diminution induite des montants relatifs aux obligations de production.

La contrefaçon de cartes d'accès des décodeurs constitue un axe essentiel des activités de prévention et répression des services de police et gendarmerie, principalement parce qu'elle participe à la lutte contre la fausse monnaie et concerne la criminalité organisée. Elle justifie aussi la mise en œuvre régulière de contre-mesures techniques et des investissements réguliers dans le renouvellement des systèmes d'accès.

Proposition 1.3.

Organiser sous l'égide du CNC une rencontre des titulaires de droits et des entreprises de communication audiovisuelle touchées par la contrefaçon et la piraterie des systèmes d'accès, au moins pour favoriser l'échange d'informations, surtout pour préparer des actions communes contre la contrefaçon, y compris en direction des pouvoirs publics nationaux et de l'Union européenne.

⁽²⁾ Association européenne pour la protection des oeuvres et systèmes cryptés
[<http://www.aepoc.org/>]

1.2.2.3. La question emblématique des réseaux *peer to peer*.

Le développement et les mutations mêmes des réseaux d'échanges de fichiers *peer to peer* sont au centre des préoccupations des titulaires de droits parce qu'ils concentrent l'ensemble des défis techniques de la contrefaçon numérique.⁰ Après une période d'observation, l'ampleur des défis présents et futurs induit la mise en œuvre de plusieurs axes de réflexion et d'action, principalement concentrés sur ce type de réseaux.⁰

1. Les axes juridiques.

Avec l'effet de substitution de réseau d'échanges point à point centralisé comme *Napster*, par des réseaux d'échanges point à point décentralisés comme *Gnutella*, *Grokster*, *Gnucleus*, *Morpheus*, *FreeNet*, le cas échéant avec une fonction d'anonymisation et surtout de conception en réseau, les modalités de contrefaçon des œuvres sur les réseaux semblent s'être de nouveau transformées. Cette évolution conduit les titulaires de droit à porter une attention particulière à de nouvelles stratégies juridiques :

- une approche législative, à l'instar de l'initiative récente de parlementaires américains de déposer une proposition de loi - *Peer to Peer Piracy Prevention Act* - en faveur du respect des droits de propriété intellectuelle des producteurs de phonogrammes et de cinéma.⁰ Cette proposition vise à autoriser les titulaires de droits à combattre légalement les systèmes d'échanges de fichiers sur le réseau Internet en utilisant des moyens de la piraterie (virus, piratage de noms de domaine, etc.), pourvu que les titulaires de droits avertissent préalablement l'utilisateur et le Département de la Justice. Il s'agit d'une mutation profonde de la lutte contre la contrefaçon qui, outre les questions d'opportunité qu'elle soulève, impliquerait un examen précis s'il s'agissait de s'en inspirer dans le droit national.
- Le développement de procédures contre les intermédiaires de la contrefaçon sur les réseaux numériques (fournisseurs d'accès, sites mettant à disposition des logiciels de *peer to peer*, éditeurs de logiciels de *peer to peer*, organismes ou individus responsables d'IRC, etc.). Cette stratégie plus classique continue d'être conduite dans la plupart des pays et mériterait un suivi régulier et public.

Proposition 1.4. Anticiper les évolutions du droit face au *peer to peer*

Examiner au sein du CSPLA et avec le concours du Forum des droits de l'Internet les initiatives juridiques relatives au *peer to peer* et favoriser, au plan national, mais en association directe avec une expertise technique (INRIA) une réflexion sur les techniques d'échanges décentralisées et leurs implications juridiques.

2. L'axe technique.

Sans se prononcer sur les questions juridiques et techniques relatives à la mise en place de systèmes de protection technique, la totalité des acteurs (titulaires de droits, services de prévention et répression, experts techniques) exprime une impuissance face aux réseaux *peer to peer*. Seuls les producteurs de phonogrammes (IFPI) ou de cinéma (MPA) envisagent ou ont commencé à financer des recherches techniques en ce domaine. A ce jour et sans doute durablement, aucune solution technique n'apparaît en mesure de mettre en cause le fonctionnement de ces réseaux. Cependant, la difficulté à obtenir dans des délais utiles des solutions juridiques efficaces et globales à la contrefaçon sur les réseaux montre la nécessité d'anticiper et de saisir les évolutions techniques et donc de participer aux enceintes où s'élaborent des choix techniques, pour l'essentiel irréversibles et aux enjeux considérables.⁰

Or, l'accès aux lieux d'élaboration des règles techniques de l'Internet est sans doute encore inégal internationalement ; il l'est aussi au sein même des acteurs des industries culturelles : les diffuseurs, les producteurs de phonogrammes, dans une moindre mesure de cinéma y ont désormais accès tandis que les auteurs et plus encore les artistes et interprètes les connaissent à peine. Cet inégal accès à l'information et à la décision n'est pas sans conséquence sur les évolutions juridiques internationales en matière de propriété intellectuelle depuis une décennie.

Avec l'appui de partenaires nationaux scientifiques (INRIA), associatifs (Forum des Droits de l'Internet) ou consultatif (CSPLA), il apparaît nécessaire que les industries culturelles nationales et les organismes représentatifs des auteurs et artistes interprètes puissent, sinon participer à ces enceintes, du moins suivre les travaux qui y sont menés : W3C, ISOC et ainsi les travaux et réflexions en cours notamment à l'IETF pour les réseaux et l'adressage (IPV6).⁽¹⁾ Le même besoin devrait être satisfait quant aux consortiums relatifs aux systèmes de protection technique des œuvres numérisées (MPEG 21, par exemple).⁽¹⁾

Proposition 1.5.

Lancer par exemple avec le CSPLA et en liaison avec les ministères de la Recherche et des nouvelles technologies, de l'Industrie et des Affaires étrangères les conditions d'une information et d'une participation des acteurs culturels nationaux aux évolutions techniques de l'Internet.

3. L'axe économique

Face à des logiques de décentralisation du réseau Internet, mais encore à certaines de ses évolutions technologiques (démultiplication des Fournisseurs d'Accès, y compris sans réseau filaire, accroissement exponentiel des adresses IP dans le cadre des travaux d'IPV6, progression des débits, etc.), les tentatives non concluantes de centralisation de l'offre contrôlée de contenus (*Pressplay, MusicNet, BMG-Napster*) expriment les limites des modèles économiques mis en œuvre et d'ailleurs en cours d'évolution.

Un grand nombre d'acteurs admet la nécessité d'évolutions sinon juridiques, du moins des stratégies économiques et commerciales et redoutent la fausse alternative suivante :

- soit, le développement d'une lutte anti-piraterie qui devra viser chaque utilisateur sur l'usage des copies et pourra prendre la forme d'un traçage généralisé et individualisé des fichiers échangés, en acceptant un développement massif de contentieux entre titulaires de droits et particuliers et en posant de réelles difficultés au regard du droit à la protection de la vie privée ;
- soit, la formation de modèles économiques pertinents assurant des flux de rémunération en relation avec les droits de propriété littéraire et artistique y compris dans le cadre des sites d'échanges *peer to peer* ; cette approche qui ne peut qu'interroger en profondeur la nature des droits à rémunération sur les réseaux et les sites d'échange *peer to peer* reste cependant la plus susceptible de limiter structurellement les activités de contrefaçon et les modes de consommation.⁽¹⁾

En matière commerciale, des producteurs et distributeurs s'interrogent sur la question des sorties mondiales d'œuvres (audio ou cinéma) susceptibles de limiter une contrefaçon massive à l'échelle internationale.

Cependant, la réduction du délai d'exploitation des droits vidéo, le raccourcissement des délais entre les sorties nationales ont tendance à limiter un phénomène qui se concentre sur quelques productions, essentiellement américaines. A ce jour, les

réponses à cet effet des technologies numériques ne semblent pas pouvoir être approfondies davantage : les plans de distribution nationaux, les délais de doublage, la communication à l'échelle nationale, etc. rendent difficiles une réduction supplémentaire des délais. En revanche, dans le secteur des phonogrammes, seules des sorties mondiales simultanées semblent devoir s'imposer.

Proposition 1.6.

Proposer à la Mission sur l'économie numérique, d'examiner l'impact positif et négatif des réseaux d'échanges peer to peer sur l'économie numérique et les risques de développement d'une économie numérique souterraine, notamment liée à la contrefaçon, en s'appuyant sur le concours et l'expérience des représentants des industries culturelles.

2. UN DEFI JURIDIQUE INTERNATIONAL

Au cours de la dernière décennie, la communauté internationale a cherché à relever les défis de la contrefaçon en cherchant à généraliser l'application des normes internationales de protection des œuvres, notamment dans une perspective d'intégration au commerce mondial. Au plan régional européen, les normes ont surtout évolué dans un souci d'adaptation à l'environnement numérique pour répondre aux nouvelles formes d'activités de contrefaçon.

2.1. L'INTERNATIONALISATION DES PROTECTIONS

La protection des droits contre la contrefaçon est le fruit de l'ensemble des traités de l'OMPI auxquels renvoie l'ADPIC.⁰ Dans ce contexte, c'est une logique de ratification progressive des Traités qui peut conduire à une meilleure protection. Mais face aux défis posés par la contrefaçon, l'OMPI joue à présent un rôle accru quant aux questions relatives à l'*enforcement*. Tandis, qu'à l'échelle européenne, cette approche est aussi devenue prioritaire, notamment quant à la cybercriminalité.

2.1.1. L'ACTION DE L'OMPI

La réflexion de l'OMPI en matière d'*enforcement* est récente et n'est organisée de manière formelle, relativement d'ailleurs, que depuis peu. Cette situation offre une possibilité à la France de jouer pleinement un rôle qu'elle a déjà à travers une logique de coopération internationale sous l'égide de l'OMPI.

2.1.1.1. Le Comité "*enforcement*".

Ce comité constitue pour le moment un moyen de tester la volonté des Etats à développer les mesures susceptibles de garantir l'exercice des droits. Il touche en particulier les procédures relatives à la contrefaçon des œuvres protégées. A ce titre, il s'intéresse aux moyens de développer des pratiques communes après en avoir réalisé l'observation. Il devrait aussi contribuer à multiplier les politiques de conseil (législatif et pratique) pour la mise en œuvre des droits, mais encore des actions de formation. Deux hypothèses à moyen terme sont envisageables :

- le développement d'une *soft law* favorable à la garantie des droits ;
- la préparation très en amont d'un futur traité sur les sanctions et garanties des droits.

A ce jour, la France ne participe pas activement à ce groupe de travail. Or, il est indispensable que les positions nationales puissent être entendues dans ce cadre. Il apparaît aussi nécessaire que les protections juridiques et les procédures nationales qui sont parmi les plus protectrices (cf. *infra*) puissent constituer un niveau élevé de protection constitutif d'un modèle international.

Proposition 2.1.

Participer de manière régulière et active au Comité "enforcement" de l'OMPI. Identifier l'intérêt de favoriser à terme des négociations en faveur d'un Traité international, sachant que le régime national très protecteur des droits de propriété littéraire et artistique peut paradoxalement se voir trop contraignant à l'issue de négociations tendant à harmoniser internationalement les garanties et sanctions des droits.

2.1.1.2. La coopération internationale pour l'application des droits.

Parmi les missions de l'OMPI, le programme biannuel de coopération pour le développement participe en amont à la mise en œuvre effective des systèmes législatifs et institutionnels des pays en développement et tout spécifiquement des pays les moins avancés.⁰ Les actions de coopération qui concernent les pays d'Afrique, les États arabes, la région Asie et Pacifique et la région Amérique latine et Caraïbes consistent essentiellement en prestation d'expertise législative, de sensibilisation et formation ainsi que des projets spécifiques de modernisation de systèmes nationaux, notamment relatifs à la gestion collective.

La France participe aux actions coopération internationale surtout pour ce qui concerne la propriété industrielle à travers l'INPI, mais aussi la propriété littéraire et artistique. Cependant cette coopération internationale pourrait être développée pour ce droit dans la perspective d'une stratégie de développement et d'exportation du droit de propriété littéraire et artistique français.

Proposition 2.2.

Le ministère de la culture, s'il s'appuie sur un réseau d'experts nationaux que pourrait favoriser les travaux du CSPLA et en coopération avec le Ministère de la Justice, pourrait prendre une part plus active à ces missions, notamment sur la dimension enforcement, en cherchant à développer dans les législations et les pratiques des pays étrangers, les meilleures pratiques et procédures nationales.

2.1.2. L'ACCORD ADPIC

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) constitue l'Annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994.⁽¹⁾ Il tend principalement à réduire les distorsions au commerce international, en veillant à promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et à faire en sorte que les mesures et les procédures visant à les faire respecter ne deviennent pas des obstacles au commerce. Liée à l'intégration commerciale mondiale, l'application de cet Accord est devenue essentielle dans la lutte contre la contrefaçon, d'autant qu'il est fondé sur l'ensemble des Conventions de l'OMPI.

2.1.2.1. Les principes applicables.

L'Accord multilatéral sur les ADPIC, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995 établit un niveau minimal de protection des droits de propriété intellectuelle, comme condition d'accès à l'OMC, en intégrant l'essentiel des normes fixées, à titre minimal, par les conventions de l'OMPI. Il introduit un nombre important d'obligations supplémentaires, en particulier la Convention de Berne et l'acte de Paris de 1971.

Au total, l'ADPIC embrasse la protection de la propriété littéraire et artistique, les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques, dessins et modèles industriels, brevets, schémas de configuration de circuits intégrés, protection des renseignements non divulgués, contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles. L'ADPIC a pour objectifs de rendre applicables des moyens efficaces pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle en veillant à ce que ces procédures ne créent pas d'obstacles au commerce.

S'agissant des droits de propriété littéraire et artistique, le champ de l'ADPIC ne s'étend pas aux droits moraux des auteurs, mais comprend les programmes d'ordinateur (Art. 10.1), les bases de données (Art. 10.2) et les droits connexes des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Art. 14). Pour ce qui concerne la protection effective et efficace des droits (Partie III), il fixe les obligations générales auxquelles toutes les procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle doivent être conformes, notamment pour qu'elles soient efficaces contre le piratage et la contrefaçon, c'est-à-dire rapides et dissuasives (section 1).

2.1.2.2. Les mesures en faveur d'une protection efficace.

L'ADPIC énonce les procédures et mesures correctives civiles et administratives (section 2), les mesures provisoires (section 3), les prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière (section 4) et les procédures pénales (section 5). En matière de lutte contre la contrefaçon, plusieurs dispositions sont essentielles, notamment : les articles 44 et 45 qui prévoient la nécessité de conférer aux tribunaux le pouvoir d'ordonner des injonctions, de faire verser au détenteur du droit des dommages et intérêts, d'obtenir le recouvrement des bénéfices et/ou le paiement des dommages et intérêts, mais aussi des saisies et destructions de marchandises contrefaites.

Les mesures provisoires, aux termes des articles 41 et 50, que peuvent ordonner les autorités judiciaires doivent être rapides et efficaces, soit parce qu'elles sont nécessaires pour empêcher qu'un acte portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne soit commis, soit parce qu'elles sont nécessaires pour sauvegarder les éléments de preuve relatifs à une atteinte. Par conséquent, elles peuvent être prises sans que la partie considérée comme contrefacteur ne soit nécessairement avisée des mesures s'il existe un risque de préjudice irréparable ou de destruction de preuve et à condition que le demandeur fournisse des éléments de preuve de la titularité des droits. Les procédures pénales que doivent mettre en œuvre les Etats (Art. 61) visent les actes délibérés de contrefaçon, notamment le piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale et doivent pouvoir s'appuyer sur des incriminations larges comportant des sanctions pénales : emprisonnement et/ou des amendes dissuasives, saisie, confiscation, destruction.

La dimension essentiellement commerciale de l'ADPIC ne fait pas obstacle, au contraire, à la formation d'une application scrupuleuse de la défense à l'échelle internationale des droits de propriété littéraire et artistique en prévoyant des mécanismes importants de notification et de suivi des évolutions législatives nationales. L'application harmonisée des accords ADPIC fait l'objet d'un suivi régulier tant par l'OMC que par l'OMPI, ainsi que par la Direction Générale Commerce, laquelle peut agir pour une extension et une application effective des législations, ou encore des observateurs.⁰

En procédant par *checklist* des législations nationales et surtout des mesures provisoires effectives pour le respect de la propriété littéraire et artistique, l'accord ADPIC joue, au plan du droit international, un rôle qu'aucun autre Traité ne joue en matière de lutte contre la contrefaçon. Sont donc notamment l'objet d'un contrôle les mesures provisoires tendant à l'exécution d'un jugement rendu au fond, les mesures provisoires de règlement provisoire de la situation de fait et les mesures provisoires qui anticipent une décision de fond.

2.1.3. LE CONSEIL DE L'EUROPE ET LA CYBERCRIMINALITE

Le Conseil de l'Europe, soit pour l'application des règles relatives aux atteintes au système de contrôle d'accès, soit quant à la cybercriminalité en général est devenu une enceinte d'élaboration normative internationale qui contribue à la lutte contre la contrefaçon.

Il a en effet entrepris de poursuivre certaines orientations contre la piraterie au sein de la Convention européenne sur la cybercriminalité adoptée le 23 novembre 2001 à Budapest.⁰ Les parties à cette Convention ont entendu prendre en compte les caractéristiques de l'environnement numérique et le développement de l'Internet pour assurer une répression étendue des violations du droit d'auteur et des droits voisins. La disposition principale – article 10 – incriminant la violation des droits de propriété littéraire et artistique à l'exception de la propriété industrielle (brevets et marques) n'est pas au centre de la Convention. Elle résulte du constat que ces atteintes sont parmi les infractions les plus communément et facilement commises sur l'Internet et préoccupent tant les titulaires d'un droit de propriété intellectuelle que les professionnels des réseaux informatiques, en raison de l'échelle des dommages causés.

2.1.3.1. Une lutte indirecte contre la contrefaçon.

La Convention vise à assurer la création d'une incrimination pour les atteintes de toute nature (piratage, craquage, intrusion illicite) aux systèmes de données informatiques, lesquels bénéficient ainsi d'une protection juridique couplée aux protections de sécurité technique qui leur sont liées. La généralité de l'incrimination prévue à l'article 2 de la Convention n'empêche pas que soit maintenu un domaine important de souplesse. Ainsi dans l'ensemble des pays, l'intrusion dans un système n'est pas considérée comme une infraction ; par conséquent des conditions supplémentaires sont exigées pour incriminer l'atteinte à l'accès⁰, par exemple, l'intention délictueuse, l'atteinte à un système de sécurité. Au regard des possibilités ouvertes en termes de contrefaçon, l'incrimination recherchée perd donc beaucoup de sa valeur du fait de la possibilité ouverte de l'assortir de conditions supplémentaires.

Cette difficulté est en partie levée par l'article 6 relatif à l'abus de dispositifs. Il "institue en infraction pénale distincte et indépendante la commission intentionnelle d'actes illicites spécifiques se rapportant à certains dispositifs ou données d'accès dont il est fait une utilisation abusive aux fins de commettre les infractions précitées contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes ou données informatiques."⁰ L'objet de cette disposition est aussi d'incriminer le développement des "outils de piratage", notamment conçus à l'encontre des services à accès conditionnels que protègent déjà au plan européen plusieurs instruments.⁰ Cette disposition qui a été très discutée et contestée manifeste la volonté de lutter contre la diffusion ou la mise à disposition, commerciale ou non, d'informations, de données, d'outils facilitant l'accès aux dispositifs principalement conçus pour permettre la commission d'infraction.

Sont par conséquent exclus du champ d'application de l'article les dispositifs commercialisés à des fins légitimes, par exemple pour contrer des atteintes aux systèmes informatiques. Cette limitation du champ d'application de l'incrimination s'entend aisément dès lors que des mêmes dispositifs peuvent être employés pour accroître ou vérifier la sécurité d'un système.

Par rapport à la législation nationale, les articles 2 et 6 de la *Convention sur la cybercriminalité* n'appellent pas un accroissement des protections pénales prévues par la loi Godfrain. Ils permettent en revanche très utilement d'appeler sur un très grand nombre de territoires l'application des mêmes outils de lutte indirecte contre la contrefaçon.

Proposition 2.3.

Se prévaloir de la Convention sur la cybercriminalité pour une application des dispositions relatives à la protection des œuvres, mais aussi des systèmes de protection technique, notamment pour les pays européens candidats à l'Union européenne.

2.1.3.2. La lutte directe contre la contrefaçon.

La même analyse vaut pour l'article 10 de la Convention.⁰ Il est moins protecteur que la législation nationale en prévoyant une incrimination des atteintes aux droits des auteurs comme des producteurs et des artistes et interprètes. La nouveauté essentielle de l'article 10 consiste à incriminer les atteintes au droit des auteurs et des droits dits connexes (voisins) lorsqu'elles ont été commises "au moyen d'un système informatique et à une échelle commerciale". Cet article apporte peu de protection nouvelle puisque l'atteinte au droit d'auteur est déjà une infraction dans presque tous les États. Le fait qu'il soit commis par un système informatique est d'ordre circonstanciel au regard de l'infraction. Pour l'essentiel, la *Convention sur la cybercriminalité* s'inscrit dans le cadre international pour la protection des droits d'auteurs : Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, l'ADPIC et le Traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle. Pour les droits voisins, elle s'inscrit à la suite de la Convention internationale pour la protection des interprètes, exécutants, producteurs de phonogrammes et organisations de radiodiffusion, du Traité de l'OMPI sur les interprétations, exécutions et phonogrammes, de la Convention de Rome. L'entrée en vigueur de l'article 10-2 avait été par ailleurs été suspendue à l'adoption du Traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et du Traité de l'OMPI sur les interprétations, exécutions et phonogrammes.

En dépit de la généralisation des incriminations à l'ensemble des parties à la Convention, la protection de la propriété littéraire et artistique ne s'accroît guère par rapport à l'accord ADPIC. La Convention sur la cybercriminalité reprend la condition d'intentionnalité nécessaire à l'incrimination sur le modèle de l'article 61 de l'accord ADPIC ; elle prévoit aussi que pour être considérées comme une infraction, les atteintes au droit de propriété littéraire et artistique doivent avoir été commises à "une échelle commerciale", quand l'accord ADPIC évoquait déjà "piraterie à une échelle commerciale".

S'il est possible que parties puissent "souhaiter aller au-delà du seuil de l' " échelle commerciale" et incriminer également d'autres types d'atteinte à la propriété intellectuelle", comme l'indique le Rapport joint à la Convention, celle-ci n'offre qu'une reprise de la norme d'incrimination préexistante minimale fournie par les accords ADPIC, alors même que les enjeux de la piraterie sont devenus plus aigus. D'ailleurs, la Convention prévoit (article 10-3), et sans doute dans des circonstances bien délimitées, de ne pas imposer de responsabilité pénale, pourvu que d'autre recours soient établis. L'article 10-3 va ainsi à l'encontre des articles 10-1 et 10-2 et de la protection pénale des droits de propriété littéraire et artistique.

Proposition 2.4.

A l'occasion de renégociations ou révision de la Convention, la France devrait porter des demandes de modification de l'article 10. En premier lieu, "les circonstances délimitées" permettant de déroger à la formation de sanctions pénales, devraient être appréciées précisément. En second lieu, il conviendrait de préciser des contours stricts de l'expression "échelle commerciale".

2.2. L'APPROFONDISSEMENT DES PROTECTIONS EN EUROPE

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne rappelle que "la propriété intellectuelle est protégée" (Art.17). Depuis plus d'une décennie, les institutions de l'Union européenne se sont montrées attachées à la protection des droits dans un environnement technique changeant, tant grâce à la multiplication des textes d'harmonisation des droits de propriété littéraire et artistique en vue d'une plus grande efficience du marché intérieur, que par des programmes d'actions contre la contrefaçon dans une perspective douanière ou commerciale.

2.2.1. L'UNION EUROPEENNE ET LE RESPECT DES DROITS.

Dans un souci d'efficience du marché intérieur, le développement de normes harmonisées en faveur du respect de la propriété intellectuelle a été constant depuis une décennie. On rappellera succinctement les normes en vigueur qui participent au respect des droits et on évoquera les priorités qui pourraient être utilement prises en compte dans le cadre d'une directive sur la lutte contre la contrefaçon et le respect des droits, ou à l'occasion d'évolutions du droit positif.

La DG Marché intérieur a développé un arsenal juridique d'harmonisation des législations protectrices des droits de propriété littéraire et artistique qui a commencé à élargir les protections effectives, notamment en appelant à la mise en œuvre de procédures spécifiques. Cette harmonisation des protections vient s'ajouter à l'harmonisation communautaire réalisée en termes de durée des droits d'auteur et des droits voisins,⁽³⁾ ainsi qu'à l'harmonisation relative aux bases de données qui pose dans une grande généralité que les Etats prévoient des "sanctions appropriées contre la violation des droits".⁽⁴⁾

On doit aussi mentionner la directive relative aux respects des droits d'auteurs et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble.⁽⁵⁾ On rappellera surtout les dispositions qui s'inscrivent dans une perspective de volonté d'assurer un respect effectif des droits en prévoyant des mesures adéquates en mesure de participer à la lutte contre la contrefaçon.

2.2.1.1. "Directive programmes d'ordinateur".

La volonté protectrice est réalisée par l'article 7 de la Directive du 14 mai 1991 concernant la protection des programmes d'ordinateur qui prévoit que les Etats membres doivent mettre en œuvre dans leurs législations des "mesures appropriées", en particulier de saisie contrefaçon, contre la circulation et la détention, de copies de programme d'ordinateur.⁽⁶⁾

De manière plus novatrice et plus utile pour lutter contre la contrefaçon dans l'univers numérique, elle prévoit surtout une première protection juridique des systèmes de protection technique, puisque les mesures appropriées doivent aussi concerner les actes consistants à : *"c) mettre en circulation ou détenir à des fins commerciales tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation de tout dispositif technique éventuellement mis en place pour protéger un programme d'ordinateur."*

La restriction relative à la finalité commerciale ou non de la circulation et détention des moyens de faciliter la neutralisation ou suppression des systèmes de protection

⁽³⁾ Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins
[\[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31993L0098&model=guichett\]](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31993L0098&model=guichett)

technique reste au centre des débats relatif à l'innovation en matière de cryptologie, mais aussi à la brevetabilité des logiciels.

Du point de vue des titulaires de droit, cette limitation du champ d'application de ce type de contrefaçon ne peut que favoriser le développement de la contrefaçon, tandis que du point de vue technique cette latitude doit être maintenue ne serait-ce que pour favoriser la mise à l'épreuve des dispositifs techniques et leur progrès.

Une analyse plus détaillée des besoins exacts des chercheurs et techniciens devrait être poursuivie afin à la fois d'en tenir compte, y compris pour les travaux de transposition de la directive relative à certains droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information, mais aussi dans le but d'encadrer de manière plus stricte la réduction du champ de la protection juridique.

2.2.1.2. "Directive "accès conditionnel".

Cette directive prévoit une harmonisation des instruments de lutte contre les dispositifs illicites qui permettent un accès non autorisé à un service protégé par une solution logicielle notamment d'accès conditionnel à la télévision, la radio, ainsi que les services de la société de l'information. Sont donc interdites et punies de sanctions civiles et pénales, la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location ou la détention à des fins commerciales de dispositifs illicites, mais aussi "le recours aux communications commerciales pour promouvoir les dispositifs illicites." (Art. 4 et 5).⁰

Proposition 2.5.

Au regard de la protection des services d'accès conditionnels produits en France, les pouvoirs publics devraient favoriser une transposition dans l'ensemble des Etats membres (Belgique, Espagne et Grèce) de la Directive du 28 novembre 1998.

2.2.1.3. Directive “droits d’auteurs et droits voisins”.

Sans intervenir dans les travaux de transposition en cours au sein du Ministère de la culture et de la communication, il convient simplement de rappeler que l'ensemble des acteurs de la lutte contre la contrefaçon (titulaires de droits, mais aussi administrations) se montrent particulièrement attentifs à la transposition des articles 6 et 7 de la directive.⁰

Par souci d'efficacité et de simplicité, ils recommandent que la transposition de ces articles procèdent des dispositions du Code de la propriété intellectuelle en matière de contrefaçon, autrement dit que la protection juridique prévue à l'article 6.1 , 6.2 et 7 relève expressément du régime de la contrefaçon. Par ailleurs la transposition de l'article 8 apparaît comme une occasion favorable d'adaptations des procédures de saisie contrefaçon et d'ordonnances sur requêtes (cf. *infra*).

2.2.1.4. Projet de “Directive contrefaçon”.

Un projet de directive sur la contrefaçon, ou plus précisément dans une perspective de prolongement de l'ADPIC sur l'*enforcement*, constituerait une norme très utile aux yeux des titulaires des droits de propriété littéraire et artistique. Un tel projet devrait être en mesure, pour ce qui concerne la propriété littéraire et artistique, de répondre en tout premier lieu et très directement aux demandes exprimées par les représentants des industries de phonogrammes (IFPI), du cinéma (MPA), ainsi que des logiciels professionnels (BSA).

Ce projet de directive s'inscrit dans comme un élément final de la partie du plan d'action de novembre 2000 de la DG Marché intérieur en vue d'encourager la créativité et l'innovation en protégeant de manière adéquate les droits de propriété intellectuelle et industrielle. Les travaux ont été engagés à partir du *Livre vert sur la lutte contre la contrefaçon et la piraterie dans le marché intérieur* ainsi que des suites à donner préconisées par la Commission.⁰ Le projet de directive s'inscrit dans un cadre d'action plus vaste qui comprend le soutien aux activités de surveillance des organisations professionnelles, associations de titulaires et sociétés de gestion collective, la protection juridique des dispositifs techniques de sécurité et d'authentification, l'évaluation des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, notamment à partir des mesures et procédures qui ont fait la preuve de leur efficacité dans certains Etats membres. Enfin, des mesures en faveur d'une coopération administrative renforcée entre les autorités nationales compétentes pourraient être établies.

Le projet de directive ne peut porter que des améliorations aux accords ADPIC en cherchant un niveau d'harmonisation des régimes juridiques et des procédures mises en œuvres dans les Etats membres. Intéressant directement les titulaires de droits d'auteurs et droits voisins, le projet devrait reprendre les éléments suivants :

- un droit, par exemple sous forme de présomption de titularité, reconnu à certains organismes professionnels, en particulier les sociétés de perception et de répartition des droits, d'ester en justice pour le compte de leurs membres et/ou associés ;
- des procédures de constatation et de saisies pouvant être étendues aux équipements ayant servi à réaliser les contrefaçons, ainsi que les profits obtenus par celles-ci ;

- des mesures en matière civile, relatives à l'administration de la preuve, qui pourraient prendre la forme de présomption de bonne foi afin de défendre plus utilement les victimes de contrefaçon ;
- des mesures en faveur d'une détermination plus homogène du calcul des montants de dommages et intérêts, avec sans doute une alternative entre répartition du préjudice réel ou répartition forfaitaire fondée sur un multiple du prix des produits contrefaits ;
- des dispositions relatives aux sanctions pénales et tendant à harmoniser les seuils minimaux ;
- des mesures relatives à la coopération administrative, en particulier des services de prévention et de lutte contre la contrefaçon.

Chacun de ces objectifs participe effectivement à la mise en œuvre approfondie de l'ADPIC. Sans qu'il ait été possible de prendre connaissance d'un projet de texte qui pourrait être présenté avant la fin de l'année, il paraît indispensable pour la protection des droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information que les autorités françaises portent une attention particulière sur les points suivants :

- la définition du champ d'application de la directive risque d'être très en deçà du champ couvert par la notion de contrefaçon dans le droit national, en particulier parce qu'elle ne viserait la contrefaçon réalisée à fin "commerciale" ;⁽⁴⁾
- la définition de la violation des droits, tout spécialement dans l'environnement numérique, mérite d'être très exactement analysée au regard de l'exception pour copie privée ;
- les procédures d'urgence, inspirées notamment du régime français de la contrefaçon et des injonctions *Anton Pillar* et *Mareva* (cf. *infra*), qui pourraient faire l'objet d'une volonté d'harmonisation ne devraient pas faire obstacle à des procédures du type de celles qui sont prévues à l'article L.331-2 du CPI qui aurait mérité d'inspirer les rédacteurs du projet.

Plus largement, il ne conviendrait pas que la volonté d'harmoniser les régimes juridiques en ce domaine ne conduise, pour des questions de méthode (atteinte au principe de subsidiarité en matière pénale, nécessité d'obtenir un consensus entre les quinze Etats membres, insuffisante distinction entre la nature et les fins distinctes des droits de propriété littéraire et artistique et les droits de propriété industrielle, réflexion lacunaire sur les spécificités de l'environnement numérique, absence de prise en compte des questions relatives à la copie privée et sa rémunération, inscription dans la logique de l'ADPIC pour les définitions, etc.), à harmoniser les régimes juridiques par le bas.

Au contraire, il conviendrait dans le sens d'une harmonisation par le haut que de récents règlements communautaires, justement au cœur de la réalité de l'*enforcement*, puissent être étendus aux droits de propriété littéraire et artistique. En effet, dans le domaine de la propriété industrielle, s'agissant de la marque communautaire⁰, mais aussi du dessin et modèle – non enregistré – communautaire⁰, et à moyen terme du brevet communautaire⁰, les juges peuvent ordonner des injonctions transfrontalières et des mesures transitoires sur le territoire de l'Union européenne. Or, cette compétence procédurale protectrice n'existe pas pour la défense de la propriété littéraire et artistique

⁽⁴⁾ cf. les précautions, même générales et modérément convaincantes du *Rapport sur le Livre vert de la Commission concernant la lutte contre la contrefaçon et la piraterie dans le marché intérieur*, du 29 mars 2000 [<http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2000-0096+0+DOC+PDF+V0//FR&L=FR&LEVEL=3&NAV=S&LSTDOC=Y>].

alors que ces injonctions sont évidemment utiles pour lutter contre une activité de contrefaçon de plus en plus déterritorialisée.

Proposition 2.6

Extension aux droits d’auteurs et aux droits voisins des dispositions relatives à la reconnaissance mutuelle des marques, dessins et modèles non enregistrés en vue d’une meilleure protection judiciaire sur le territoire de l’Union européenne.

2.2.2. APPROCHES COMMERCIALE ET DOUANIÈRE.

Aux yeux des acteurs chargés de la lutte contre la contrefaçon, les efforts fournis en matière de droit positif, pour utiles qu'ils aient été ou qu'ils seront, ne sauraient se substituer aux conditions et moyens pratiques mis en œuvre pour leur application. Cette dimension de l'*enforcement* devenue prépondérante aujourd'hui; bénéficie largement des analyses issues de l'expérience douanière et du cadre des échanges commerciaux.

2.2.2.1. L'approche douanière.

La Direction générale de la fiscalité et de l'Union douanière joue naturellement, comme à l'échelle nationale mais à un échelon très pertinent, un rôle décisif dans la lutte contre la contrefaçon, aussi bien au plan normatif qu'opérationnel.

S'agissant des normes, l'Union européenne a engagé une harmonisation à un niveau élevé des règles s'imposant en matière d'exportation, de réexportation et de contrôle, en particulier les procédures de suspension de marchandises de contrefaçon et des marchandises pirates.⁰ La mise à jour des modalités d'amélioration des aspects législatifs est réalisée par les comités du Code des douanes associant chaque Etat membre. Ainsi, le règlement (CE) n° 3295/94, dit de base, permet aux autorités douanières de l'Union de contrôler les marchandises se trouvant sous un régime douanier (importation, exportation, transit, etc.), en fixant certaines mesures concernant l'introduction dans la Communauté, l'exportation et la réexportation hors de la Communauté de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle. Son champ d'application a été étendu depuis pour permettre aux administrations douanières de contrôler des marchandises soupçonnées d'être contrefaites placées sous sujétion douanière (Art. 37 du Code des douanes communautaires).

Ces évolutions normatives favorables n'empêchent pas la permanence de pratiques très différenciées entre les Etats notamment quant au contrôle des voyageurs, et quant à la contrefaçon postale qui peut jouer un rôle important pour la contrefaçon d'œuvres protégées.⁰ L'exclusion des voyageurs du champ d'application du règlement douanier communautaire apparaît à certains égards problématique, notamment dans la perspective d'un élargissement de l'Union européenne.⁰ Il accrédite la dichotomie entre contrefaçon "commerciale" et "contrefaçon domestique" en affaiblissant la prise en compte du phénomène et les protections juridiques.

Proposition 2.7.

Chercher à réduire dans l'Union européenne les divergences de tolérance de la contrefaçon par voie postale ou des voyageurs même si les Etats disposent d'une latitude d'interprétation des règles de l'ADPIC en ce domaine.

Par ailleurs, les demandes d'intervention, principalement effectuées pour la protection de la propriété industrielle, apparaissent très insuffisamment employées par les titulaires de droits, même s'il semble que les entreprises et titulaires de droits français l'emploient davantage que leurs homologues (400 sur 1 200 en 2001).

Cette procédure qui doit être renouvelée annuellement accroît la surveillance douanière pour une catégorie de produits ou d'œuvres protégées. Engagée à la demande du titulaire de droit, elle ouvre la faculté aux services des Douanes de procéder à la retenue de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle, importées dans l'Union, ou exportées, réexportées hors de l'Union, pendant une période de dix jours ouvrables.

La retenue en Douanes offre une protection supérieure à la faculté dont disposent les services douaniers de retenir des marchandises vraisemblablement contrefaites, mais durant seulement trois jours afin que les titulaires effectuent une demande d'intervention. Elle oblige le titulaire en cas de contrefaçon à saisir les autorités judiciaires compétentes.

Le surcroît de surveillance de la part des services douaniers peut être spécialement utile pour certaines catégories d'œuvres contrefaites, à l'occasion de sorties de certains titres de phonogrammes ou de films afin de respecter le zonage de DVD et les chronologies des médias nationales.

Proposition 2.8.

Soutenir, dans la perspective de révision des règlements communautaires, les améliorations en faveur de la généralisation et de la gratuité dans l'ensemble des Etats membres, de la procédure d'intervention et de retenue.

Au plan des actions communautaires, une logique très pragmatique prévaut depuis le Plan Douanes 2002 qui prend fin cette année et tendait à poursuivre l'harmonisation des législations, mais surtout à développer les meilleures techniques douanières par une formation commune et par une amélioration de l'information et de la communication avec les acteurs privés.

L'harmonisation et l'amélioration des techniques douanières prennent la forme de séminaires opérationnels associant douaniers et titulaires de droits et des échanges entretenus entre l'ensemble des services des douanes à l'échelle mondiale aux fins de diffuser les meilleures techniques douanières.⁰ Ont été particulièrement visés les pays d'Europe orientale, candidats à l'adhésion à l'Union européenne, mais aussi la Turquie, notamment au regard des problèmes posés par la contrefaçon. Les effets de ces actions pratiques se sont rapidement fait ressentir comme en témoignent les statistiques de saisies à l'échelle de l'Union depuis 1999.

Proposition 2.9.

Définir une stratégie douanière nationale entre les titulaires de droits à l'échelle de l'Union européenne qui passe notamment par un recours encore plus systématique à la procédure de demande d'intervention – notamment pour les DVD, la constitution, en relation avec les services des douanes, de fiches techniques harmonisées produits/œuvres facilitant les investigations et les saisies, des prises de contacts avec les pays candidats à l'Union européenne.

2.2.2.2. L'approche commerciale.

La Direction générale Commerce joue un rôle complémentaire dans la lutte contre la contrefaçon, à la fois en assurant une surveillance des applications législatives de l'ADPIC et en soutenant les moyens effectifs de respecter les droits reconnus par cet accord. Depuis 1994, il s'agit pour la DG Commerce de développer une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle dans ce cadre multilatéral, minimal permettant de combattre la contrefaçon par une harmonisation législative mondiale et des pratiques de lutte contre la contrefaçon analogue.

Par conséquent, l'essentiel de l'action consiste à contribuer à mettre intégralement en œuvre l'accord ADPIC, soit à travers des actions bilatérales, soit pour l'essentiel à travers une action globale :

- Il s'agit en premier lieu de procéder à la revue des législations, en particulier sur les mesures d'*enforcement* en veillant à ce que les législations nationales respectent les termes des accords ADPIC et puissent prendre un effet réel. La DG Commerce représente à ce titre les Etats au sein du Conseil des ADPIC après avoir identifié les insuffisances des législations, notamment en ce qui concerne les moyens de faire respecter les droits. Toutefois, cette mission n'est – en pratique – que d'une utilité réduite dès lors que la qualité législative, l'importance des sanctions pénales (ex. peine de mort en Chine), la spécialisation des juridictions ou instances (ex. Thaïlande), etc. n'offrent aucune garantie à la protection effective des droits. On constate d'ailleurs une forte homogénéité formelle des législations nouvelles et paradoxalement, on remarque qu'il y aurait presque un volume d'activités de contrefaçon inversement proportionnel à la gravité des sanctions pénales.
- Il s'agit en second lieu de mettre en place des programmes d'assistance technique avec l'ensemble des services compétents des Etats procédant à l'application des accords ADPIC : douanes, police justice, afin que les nouvelles législations puissent assurer un respect effectif des droits et limitent en particulier les phénomènes de contrefaçon. Les programmes d'assistance technique dont les budgets ont fortement progressé sont ciblés, en fonction du calendrier d'adaptation aux ADPIC, sur la Chine, les pays de l'ASEAN, l'Inde, mais aussi sur les pays d'Europe orientale candidats à l'adhésion à l'Union européenne. Pour un montant de près de 10 millions d'€, ces programmes s'ajoutent ou complètent les actions menées spécifiquement dans le cadre des programmes PHARE et TACIS pour l'adhésion des pays d'Europe orientale. Ils permettent d'apporter des compétences de conseil juridique pour l'élaboration législative et procédurale, les systèmes institutionnels et leurs techniques (douanes, police, justice, SPRD, etc.).

Proposition 2.10.

Concentrer l'attention et les actions relatives à la lutte contre la contrefaçon sur les pays candidats à l'Union européenne, en prévoyant notamment des dispositions particulières dans les Traités d'adhésion.

Plus présente dans le cadre des programmes de l'OMPI, la France apparaît peu active dans les programmes de la DG Commerce pour la propriété littéraire et artistique.⁰ La principale difficulté rencontrée dans la mise en œuvre de ces programmes tient à deux facteurs pratiques :

- d'une part au fait que la quasi totalité des programmes sont réalisés par l'OEB (Office européen des brevets) et l'OHMI (Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, dessins et modèles), donc en matière de propriété industrielle ;

- et d'autre part, à la méconnaissance d'experts nationaux susceptibles d'y contribuer pour la propriété littéraire et artistique. Plus largement, la relative faiblesse des organisations représentatives au plan européen des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique, contribue à sous représenter les questions relatives à ce droit, y compris en matière de contrefaçon.

Proposition 2.11.

Susciter des appels d'offre d'assistance technique en matière de propriété littéraire et artistique dans le cadre de l'application des ADPIC, proposer des listes d'experts du droit de la propriété littéraire et artistique (professeurs, magistrats, avocats, etc.), élaborer des programmes de formation et d'assistance en particulier dans le cadre d'institutions fédératrices des ayants droit.

L'ampleur des phénomènes de contrefaçon dans certains Etats, comme la divergence patente entre le niveau de protection prévu par le droit positif de ceux-ci et la réalité de la contrefaçon conduisent à s'interroger sur la nécessité d'actions internationales plus efficaces et coercitives.

En cas de violation de l'Accord ADPIC, un mécanisme de plaintes formelles systématiquement étudiées par la Commission n'a jamais été utilisé pour les atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique : le "ROC" (Règlement sur les Obstacles au Commerce). Le mécanisme de notification s'effectue de manière simple dans le cadre de l'action en faveur de l'accès aux marchés. Il permet aux industries, aux entreprises et aux Etats membres de déposer une plainte formelle auprès de la Commission européenne qui peut engager des pourparlers avec le gouvernement concerné.⁰ Le cas échéant, la plainte peut être portée devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, comme cela a été le cas en matière de diffusion musicale.⁰

Proposition 2.12.

Certains organismes représentatifs des titulaires de droits et/ou entreprises pourraient préparer une plainte formelle (ROC) pour tel ou tel pays dans lequel la contrefaçon d'œuvres se pratique de manière massive en dépit de la conformité de la législation et des procédures) à l'ADPIC.

Par comparaison, une approche volontariste mise en œuvre aux Etats-Unis mérite aussi un examen attentif. La procédure du "Special 301" prévue par l'*Omnibus Trade and Competitive Act* de 1998 qui renforce les dispositions du *Trade Act* de 1974 a pour objet d'établir une "*priority watch list*" et une "*watch list*" de pays ne satisfaisant pas aux règles commerciales, notamment en raison d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle, et de conduire à des mesures de sanctions commerciales.⁰ Récemment utilisée à l'encontre de l'Ukraine, cette procédure semble en mesure d'obtenir des résultats efficaces mais, en pratique, elle a pour résultat de déplacer assez rapidement les lieux de fabrication et de mise à disposition de contrefaçon.

L'Union Européenne disposant de moyens juridiques analogues, les Etats membres seraient en mesure de favoriser une action de cette nature.

2.2.2.3. Autres développements.

La coopération policière et judiciaire est un élément clé du respect des droits. Elle doit aussi pouvoir s'accompagner de la prise en compte plus intensive des questions liées à la contrefaçon par des institutions européennes.

1. La coopération en matière de police et de justice.

En matière de contrefaçon, la première coopération des services de police repose pour l'essentiel sur la qualité des liens professionnels et personnels des services, à l'échelon international, mais surtout avec les pays de l'Union européenne. Dans ces conditions, la coopération apparaît peu homogène. Elle est par ailleurs assez réduite avec certains Etats soit par tradition, soit avec des Etats, où se pratique fortement la contrefaçon qui, en tout état de cause n'est pas une priorité de l'action de prévention et

de répression, sauf en ce qui concerne la contrefaçon monétaire. Ce contexte rend le développement du troisième pilier singulièrement nécessaire.

Les premiers éléments d'action décidés depuis le Conseil de Tampere de 1999 sont trop récents pour donner lieu à un bilan. Les effets juridique et pratiques en vue du développement de la coopération judiciaire devraient commencer à se sentir à partir de maintenant, en tout premier lieu la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. En effet, la coopération judiciaire se développe en matière de fraude et contrefaçon en matière monétaire.⁰ de même qu'en matière de procédures pénales, mais essentiellement en faveur des victimes de crimes et non de délit à travers la Décision cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. Deux éléments semblent de nature à améliorer, mais dans le temps, la coopération judiciaire, y compris quant à la lutte contre la contrefaçon :

- le *Règlement n° 1346/2000 du conseil relatif aux procédures d'insolvabilité* désormais entré en vigueur qui s'applique aux procédures pour lesquelles le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve dans la Communauté et se fonde sur la reconnaissance des décisions judiciaires.
- le *Programme de mesures destiné à mettre en oeuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales* intéresse la lutte contre la contrefaçon quant aux décisions relatives à la recherche de preuve et afin d'éviter leur disparition (saisies, gel des preuves,) mesures provisoires.⁰

2. Engager d'autres institutions dans la lutte contre la contrefaçon.

L'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) a pour objet de protéger les intérêts financiers de l'Union en luttant contre la fraude et les pertes, notamment fiscales (TVA, Droits douaniers) qui pourraient en résulter pour les finances de celle-ci, voire des Etats.⁰ Principalement concerné par les activités de contrebande, d'importations parallèles, de transit, etc. l'OLAF agit notamment dans le domaine des phénomènes de contrefaçon et contrebande du tabac. Mais plus largement, sa fonction de veille et d'enquête, en sus de ses compétences pour la coordination de l'application de la réglementation douanière, peut en faire un instrument complémentaire de la lutte contre la contrefaçon.⁰

L'office Européen de Police - Europol - demeure depuis sa création effective en février 1994 en retrait en matière de lutte contre la contrefaçon qui n'est pas apparue comme un axe de coopération prioritaire.⁰ Or, depuis la ratification de la convention Europol et son entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998, Europol constitue un instrument de coopération particulièrement adéquat au sein de l'Union européenne pour prévenir et lutter contre des types de criminalité internationale comme la contrefaçon.

La DG marché intérieur entend notamment développer les missions d'Europol dans le cadre du plan d'action en faveur de la lutte contre la contrefaçon. Destiné à améliorer l'efficacité et la coopération des services des États membres pour la prévention et la lutte contre les formes graves de criminalité internationale organisée, Europol a développé ses champs d'action, initialement centrés sur la lutte contre les stupéfiants, puis les filières d'immigration, le trafic de véhicules volés, la traite des êtres humains, le faux monnayage et la falsification des moyens de paiement, le blanchiment d'argent lié à la criminalité, etc. Or, de nombreux acteurs au cœur des actions de sécurité manifestent l'existence de liens étroits entre la grande criminalité organisée notamment transfrontalière, y compris le financement d'activités relevant du terrorisme international, et les formes les plus organisées et industrielles de la contrefaçon.

Proposition 2.13.

Nouer des contacts soit à l'initiative du Ministère de la culture et de la communication et respectivement le Ministère de l'économie et des finances ou de la Sécurité intérieure, soit à l'initiative des titulaires de droits pour développer, voire inaugurer une action en faveur de la lutte contre la contrefaçon auprès de l'OLAF et d'Europol.

3 - L'ACTION ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE.

Les pouvoirs publics jouent un rôle déterminant dans la lutte contre la contrefaçon en raison des différents droits de propriété intellectuelle en cause – propriété littéraire et artistique et propriété industrielle – mais aussi en raison des intérêts en cause : culturel pour le Ministère de la culture, fiscal et économique, notamment à travers les Douanes et plus largement industriel pour le Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie. De plus, la recherche et la répression des infractions supposent des services spécialisés de la Police nationale et de la gendarmerie et une action des autorités judiciaires.

3.1. LES ADMINISTRATIONS DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON

Un grand nombre d'administrations a pour mission de contribuer à la lutte contre la contrefaçon. Pour ce qui concerne la prévention et la répression de la contrefaçon dans son ensemble, sont plus particulièrement concernés le Ministère de l'Economie et des Finances et naturellement le Ministère de la sécurité intérieure.

3.1.1. LE MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES.

Le Ministère de l'Economie et des Finances, ainsi que le Ministère de l'Industrie sont concernés au premier chef par la lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble, à la fois pour des motifs fiscaux et industriels. Toutefois, la protection de la lutte contre la contrefaçon des droits de propriété littéraire et artistique constitue un élément, en réalité assez marginal, de l'ensemble de cette action.⁰

3.1.1.1. La Direction Générale des Douanes et des Droits Indirects

La Direction Générale des Douanes et des Droits Indirects est au centre de la lutte contre toutes les formes de contrefaçons de marchandises. Grâce aux dispositions de la loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon dite "loi Longuet" les services français des Douanes dispose sans doute de l'ensemble des moyens juridiques nécessaires à la lutte contre la contrefaçon.⁰

Ces dispositions constituent un modèle de mise en oeuvre des articles 50 et suivants de l'ADPIC qui constituent la base juridique internationale minimale de l'action des services de Douanes en prévoyant les mécanismes internes de nature à faire cesser toute activité portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Ils doivent permettre aux titulaires de droits d'obtenir la coopération des autorités douanières afin d'empêcher la mise en libre circulation de marchandises importées portant atteinte à leurs droits, en particulier pour les marchandises contrefaites portant atteinte au droit d'auteur présentées aux autorités douanières. La protection juridique nationale réalisée par la loi de 1994 reste aussi le levier du développement des règlements communautaires douaniers dans la dernière décennie, particulièrement le Règlement du Conseil n° 3295/94 du 22 décembre 1994.⁰

Les titulaires de droit bénéficient donc de sanctions administratives pour la contrefaçon de droit de propriété intellectuelle touchant aux droits d'auteurs et aux droits voisins (L.335-10 du CPI), aux dessins et modèles (L.521-7 du CPI), ainsi qu'aux marques protégées surtout par le délit douanier (L.716-1 et suivants du CPI). En effet, pour les titulaires de droit de propriété littéraire et artistique, le cœur de l'action des services des Douanes résulte de la mise en oeuvre des procédures de protection, c'est-à-dire essentiellement la procédure de retenue qui suppose la mise en oeuvre d'une demande d'intervention (cf. *infra*).

S'agissant de l'action administrative elle-même en faveur de la lutte contre la contrefaçon numérique, elle est principalement réalisée par la Direction Nationale du Renseignement et des Enquêtes Douanières (DNRED) qui instruit les demandes, informe, sans délai, par écrit, les demandeurs des suites réservées en matière d'intervention. Elle implique une collaboration active des titulaires de droits depuis la formalité obligatoire de la demande à la fourniture de l'ensemble des moyens susceptibles d'apporter la preuve de la titularité et l'identification des produits susceptibles de contrefaçon, mais aussi le renouvellement annuel de la demande, voire le caractère ponctuel d'une demande.

La DNRED dispose aussi d'une Cellule de recueil et d'analyse de l'Internet Douanes (CRAIDO) en vue de réaliser la surveillance des flux de marchandises, y compris contrefaites (CD, DVD), mais dans le seul cadre des compétences relatives à la protection des marques. En revanche, les missions des services de douanes ne recouvrent pas le contrôle des transmissions de produits et services à travers le réseau Internet. Ces transmissions sont considérées comme des informations et non des marchandises. La mission de veille ne comprend donc que l'analyse des échanges de nature à pouvoir détecter des flux susceptibles de contrevenir aux dispositions douanières, en particulier de l'ordre de la contrefaçon. Par conséquent, les actes de téléchargement de fichiers à partir de sites étrangers, y compris licitement à travers des commandes et achats en ligne sont exclus de la surveillance douanière. Les compétences douanières ne portent que sur les livraisons effectives des marchandises.

On doit ajouter que des services douaniers effectuent, selon des méthodes de sélection et de ciblage, une mission de contrôle relatif tant aux voyageurs qu'au courrier postal. Ces modes d'acheminement de marchandises continuent en effet d'être des vecteurs importants de la contrefaçon sur le territoire national.

3.1.1.2. Le Ministère de l'Industrie.

Dans le mouvement lancé par l'adoption de la loi du 5 février 1994 et sur proposition d'un rapport de l'Inspection générale du Ministère de l'Industrie, le Comité National anti-contrefaçon a été créé en 1995 pour assurer une mission de concertation et de d'information, mais aussi de coordination et de proposition. Il associe les pouvoirs publics et les industries et titulaires de droit concernés par la contrefaçon.⁰

La coordination de l'action publique et l'amélioration de la lutte anti-contrefaçon intéressent parmi les pouvoirs publics les services du Ministère de la Justice, de la culture et de la communication, de la Sécurité intérieure et de la gendarmerie nationale, ainsi que des PME-PMI, mais aussi les services du Ministère de l'Industrie, l'INPI et OHMI (Office de l'harmonisation dans le marché intérieur). La représentation des partenaires privés concerne pour sa part la totalité des catégories de titulaires de droit, y compris de propriété littéraire et artistique⁰, mêmes si, conformément à ses objectifs, le Comité National Anti-Contrefaçon réunit principalement les associations et fédérations professionnelles de l'ensemble les secteurs industriels, ainsi que les organismes représentatifs de la propriété industrielle.

Depuis la fin de l'année 1998, l'activité du Comité National Anti-Contrefaçon est réalisée sous la forme de quatre groupes de travail : communication / sensibilisation / formation ; questions européennes et internationales ; droit d'auteur et nouvelles technologies ; action locale. Les résultats atteints n'ont, semble t-il, pas atteints les objectifs assignés : absence de campagne publique d'information, absence de proposition sur la lutte contre la contrefaçon et les nouvelles technologies. En revanche, une action concrète (guide et fiches-conseils, largement diffusés, rencontre professionnelle, etc.) avec l'appui des chambres de commerce, des DRIRE, des Délégations régionales de l'INPI, a pu être conduite en faveur des PME et PMI, donc essentiellement en ce qui concerne le droit des marques, des brevets et des dessins et modèles.

De l'aveu des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique et des autres acteurs de la lutte contre la contrefaçon, le Comité National Anti-Contrefaçon ne répond plus aux défis présents, même si son utilité de point de contact et de coordination des demandes et réflexions, comme sa reconnaissance internationale ne sont pas contestées. Sans budget propre et sans statut, il repose pour l'essentiel sur la volonté des acteurs publics comme privés.

Proposition 3.1.

Elaborer une stratégie de relance active du Comité National Anti-Contrefaçon à l'occasion de la nomination du prochain président, ce qui implique sans doute pour la réalisation d'un plan d'action pluriannuel : une dotation budgétaire, des moyens humains complémentaires, la formation de liens statutaires avec d'autres institutions (INPI, CSPLA, etc.).

3.1.2. LE MINISTERE DE LA SECURITE INTRIEURE.

Les services d'investigation en matière de lutte contre la contrefaçon sont assez nombreux et, en apparence, peu coordonnés et insuffisamment visibles, d'autant plus lorsqu'il s'agit de lutter contre la contrefaçon dans l'environnement numérique. En réalité, cette impression tient surtout au fait que la lutte contre la contrefaçon dans l'environnement numérique ne revêt pas un caractère prioritaire.

3.1.2.1. La spécialisation de la lutte contre la contrefaçon numérique.

La lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle dans l'environnement numérique appelle sans conteste une polarisation de compétences en matière d'activités de contrefaçon, mais aussi de lutte contre la cybercriminalité. En réalité, à la traditionnelle dichotomie des services de police et de gendarmerie, s'ajoute les effets des spécialisations distinctes de lutte contre la contrefaçon et des services nouveaux dédiés à la lutte contre la cybercriminalité.

1. La spécialisation à l'égard de la contrefaçon.

Pour le Ministère de la Sécurité intérieure, la lutte contre la contrefaçon est restée traditionnellement du ressort de Direction Centrale de la Police Judiciaire, et plus précisément, au sein de la Sous-Direction des Affaires Economiques et Financières (S.D.A.E.F.), de la Brigade Centrale pour la Répression des Contrefaçons Industrielles et Artistiques (B.C.R.C.I.A.). La lutte contre la contrefaçon menée au sein de cette brigade ne concerne naturellement pas que la violation des droits de propriété littéraire et artistique dans l'environnement numérique, mais aussi le trafic d'œuvres. Les enquêtes relatives à la contrefaçon de droits, notamment dans l'environnement numérique, ne peuvent constituer qu'un volant secondaire de l'ensemble de l'activité de lutte contre la contrefaçon. Plusieurs remarques peuvent être faites à cet égard :

- Le cœur de l'action de police judiciaire en matière de contrefaçon dans l'environnement numérique concerne les trafics de cartes à puce, notamment affectés aux décodeurs numériques. Ce type lutte contre la contrefaçon est prioritaire, d'une part en raison de l'évidence du préjudice économique subi, d'autre part, parce qu'il s'agit d'une criminalité particulièrement technique et aux risques importants d'extension à la fausse monnaie.
- En second lieu, les moyens généraux des services semblent insuffisants, pour diligenter des enquêtes sur la contrefaçon numérique, sauf lorsqu'elle présente un caractère industriel. Le concours des agents assermentés au titre de l'article L.331.3 du CPI s'avère donc particulièrement précieux grâce aux procès verbaux et aux éléments justificatifs de la titularité des droits pour pallier l'insuffisance de temps des enquêteurs de police judiciaire pour les violations des droits, notamment sur les réseaux (cf. *infra*). La même appréciation ne vaut pas en revanche pour l'ensemble des intermédiaires techniques de l'Internet, même si des Fournisseurs d'Accès à Internet / hébergeurs peuvent, au travers d'un contrôle des flux de requêtes être alertés sur des sites dédiés à la contrefaçon.

- Enfin, les évolutions des formes de la contrefaçon d'œuvres protégées dans l'environnement numérique impliqueraient une collaboration accrue des services, y compris au sein de la Direction Centrale de la Police Judiciaire, surtout quand elle prend un caractère organisé comme, par exemple, avec le développement de service audiotel fournissant des codes d'accès à des sites (FTP) dédiés à la contrefaçon ; parallèlement, compte tenu des volumes et des utilisateurs concernés, un large pan de la contrefaçon dans l'environnement numérique semble hors de portée des missions de police : dézonage de DVD, *peer to peer*.

2. La spécialisation de la lutte contre la cybercriminalité.

L'essor des technologies de l'information mais surtout des réseaux a conduit les services à se spécialiser dans la lutte contre la cybercriminalité, non que ces technologies aient démultiplié les crimes et délits, mais que des compétences techniques spécifiques soient nécessaires pour assurer l'ordre public dans le nouveau contexte technologique. La gendarmerie et les services de police disposent de plusieurs organisations spécialisées dans la lutte contre la cybercriminalité, dont les compétences parfois d'excellence, sont centrées sur des catégories particulières de délinquances : pédophilie, terrorisme, fausse monnaie, criminalité informatique, etc.

- L'Office Central de Lutte contre la Criminalité liée aux Technologies de l'Information et de la Communication (O.C.L.C.T.I.C) principalement dédié à la recherche des crimes et délits relatifs au terrorisme, à la pédophilie, la fausse monnaie, et les formes de piraterie informatique ;
- Le BEFTI, pour la Préfecture de Paris et donc avec une compétence territoriale limitée, ce qui n'est pas sans poser une réelle question de pertinence s'agissant des réseaux, poursuit aussi la lutte contre la cybercriminalité. La contrefaçon constitue environ 10 à 15 % des enquêtes réalisées par les quatre groupes d'enquêtes organisés en son sein : enquêtes générales, enquête technique et veille sur les réseaux (*web*, forums, *newsgroup*, *chat*, FTP).
- L'IRCGN développe, en matière de cybercriminalité le laboratoire d'expertise scientifique de la gendarmerie en particulier pour l'établissement de la preuve numérique. Il poursuit six missions principales : l'analyse de supports numériques, le suivi de réseaux de téléphonie, de l'informatique, l'assistance technique des services, notamment par le développement d'outils de contrôle, la formation des enquêteurs et une mission de coopération internationale. S'ajoute le Service technique de recherche judiciaire et de documentation (STRJD) qui assure une veille sur le réseau Internet, notamment pour la lutte contre la pédophilie mais aussi la contrefaçon. Malgré l'émergence de ces nouveaux services spécialisés, l'ensemble des crimes et délits susceptibles d'être réalisés par les nouvelles technologies ou sur les réseaux demeurant le même, le nouveau champ d'investigation conduit à établir des priorités : les atteintes aux mineurs, la criminalité organisée, le blanchiment d'argent, le terrorisme, les atteintes aux règles de la cryptologie.

La lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle ne figure pas parmi ces priorités. L'inscrire supposerait un développement très important de moyens humains et matériels.

Proposition 3.2.

Même si la lutte contre la contrefaçon numérique ne figure pas parmi les priorités de prévention et de répression des services spécialisés du Ministère de la Sécurité intérieure, une sensibilisation à cette forme de délinquance et une coopération

technique accrue avec les agents assermentés spécialisés dans la lutte contre la contrefaçon numérique doit être menée.

3.1.2.2. Les moyens juridiques d'investigation et la coopération.

En deçà des questions institutionnelles, la lutte contre la contrefaçon surtout sur les réseaux numériques soulève des questions d'ordre pratique : quels sont les moyens d'investigations efficaces ? ; quelle frontière entre la constatation visuelle et l'apport d'une preuve numérique ? ; quelle consistance donner à la notion de recherche ? ; etc.

1. Les instruments d'investigation et de preuve.

Il est manifeste que la recherche d'infractions sur les réseaux, en particulier sur certains services d'échanges en temps réel (IRC, Forum, etc.) peut impliquer de la part des services une activité qui va au-delà de la simple constatation d'échanges, notamment quant aux échanges de fichiers. C'est pourquoi, par souci de légaliser et d'encadrer rigoureusement l'exercice de certaines enquêtes, il est souvent proposé de prévoir la reconnaissance d'une enquête proactive.⁰

En effet, depuis la mise en œuvre des dispositions de la loi du 1^{er} août 2000, l'essentiel de la contrefaçon d'œuvres numériques, hors des échanges *peer to peer*, n'a plus guère lieu sur des sites web hébergés en France et consacrés à la mise à disposition de fichiers d'œuvres protégées. Les activités de contrefaçon sont surtout réalisées par le biais des forums, et plus encore des *chats* ou des canaux de l'IRC. Selon l'ensemble des acteurs publics et privés chargés de la recherche des auteurs de mise à disposition de ces fichiers, les dispositions relatives à l'interdiction de la provocation, conduisent à des situations d'impuissance, puisqu'ils ne peuvent que se borner à constater l'existence d'échanges de fichiers sans pouvoir en apporter suffisamment la preuve. Dans ces conditions, deux approches sont possibles :

- soit, l'on doit supposer l'existence de provocations pour rendre les enquêtes ou simples procès verbaux de constatation pertinents et l'on doit en assurer la légalité en les encadrant, afin de réaliser l'objectif de renforcement de la lutte contre la contrefaçon ;
- soit, refusant d'émettre une telle hypothèse et cédant à l'apparence de la réalité d'une attitude de purs spectateurs des acteurs de la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux, on laissera se développer des pratiques douteuses de recherche de contrefaçon.

A l'approche, certes plus conforme aux attentes légitimes que peut susciter la mise en œuvre de procédures transparentes et loyales de lutte contre la contrefaçon, doit sans doute être préférée la mise en place d'un encadrement strict et public des pratiques d'investigation de la délinquance sur les réseaux. Il est peu sain en effet que les autorités publiques ou privées chargées de la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux, soient enclines, au motif de la volatilité de ce type de délinquance, à employer des méthodes qui pourraient être réprimées pénalement et qui ne font l'objet d'aucune publicité.

Prenant appui sur l'exception établie par les dispositions de l'article 706-32 du Code de procédure pénale en matière de lutte contre le trafic de stupéfiant⁰, adoptées à la fois dans ce but et pour légaliser certaines méthodes qui avaient placé les autorités en situation d'illicéité ou d'impuissance pour l'exercice de leurs missions, il peut être envisagé d'en prévoir un élargissement strict à la lutte contre la criminalité sur les réseaux.⁰

Si cette approche devait être suivie, elle devrait l'être au regard des difficultés particulières de constatation des crimes et délits commis par l'intermédiaire des réseaux, et tout spécialement en raison de la volatilité de certaines plates formes d'échanges, et surtout sans être spécifique à la lutte contre la contrefaçon. Cette exonération pourrait ne pas viser seulement la constatation des infractions, mais aussi les saisies/cessation de mise à disposition, et permettre, dans ce cadre, l'acquisition, la détention, le stockage, l'échange, la cession, la reproduction et l'utilisation des fichiers. En pratique une telle

exonération de responsabilité ne vaudrait que pour un nombre limité d'officiers de police judiciaire en charge de la lutte contre cybercriminalité et la contrefaçon sur les réseaux.

Certaines catégories d'ayants droit souhaiteraient aussi voir une extension de ce type d'exonération appliquée aux activités des agents assermentés dont l'activité est spécialement concentrée sur la constatation des contrefaçons sur les réseaux. A ce stade et sans une réforme plus générale du statut de ces agents, une telle extension ne semble pas devoir être envisagée. Si elle devait l'être, les conditions d'encadrement par le Procureur de la République auraient à être bien plus rigoureuses : par exemple, demande d'autorisation spécifique et limitée dans le temps par voie d'ordonnance sur requête pour un espace d'échange ayant déjà fait l'objet de premières constatations soumises à celui-là, compte rendu régulier au Parquet, etc.

En tout état de cause l'extension éventuelle d'une exonération de responsabilité prévue dans une matière pénale spéciale ne pourrait qu'être d'un emploi limité au regard du principe de loyauté dans la recherche des preuves en matière pénale⁰ et afin d'éviter tout risque de mise en cause au titre de la complicité.⁰ En outre, l'absence de dispositions nouvelles ou d'un encadrement des pratiques peut conduire aux risques suivants pesant sur l'ensemble de la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux :

- nullité des procédures fondées sur des procès-verbaux et des pratiques révélant des provocations, voire mise en cause pour complicité dans certaines situations de provocations ;
- mise en cause de la responsabilité pénale des agents ayant utilisé des moyens de preuves dérogeant au principe de loyauté.

La demande des titulaires de droits et de la plupart des services de recherche d'infractions en matière de procédure proactive devrait faire l'objet d'une analyse avec la CNIL, la question ayant déjà été analysée de ce point de vue en Belgique.⁰

Proposition 3.3.

Examen interministériel des modalités de reconnaissance légale d'une procédure proactive, à titre exceptionnelle, expérimentale et encadrée judiciairement pour la lutte contre certaines activités criminelles et délictueuses sur les réseaux, dont la contrefaçon organisée. Il s'agit d'analyser les conditions d'extension de l'exonération de responsabilité pénale des officiers de police judiciaire et des agents de douanes – le cas échéant et sous conditions renforcées – pour la constatation, l'identification des auteurs et complices de catégories spécifiques de crimes et délits commis sur les réseaux dans des conditions analogues à l'article 706-32 du Code de procédure pénale.

3. Les instruments de coopération internationale.

L'ensemble des autorités de police et de gendarmerie rencontrées constatent une assez grande difficulté à initier une coopération internationale au-delà des Etats de l'Union européenne et parfois même avec certains des Etats membres pour des catégories d'infractions (ex. Italie, Espagne en matière de contrefaçon).

Malgré une progression de l'harmonisation normative dans l'Union européenne ou au plan international, le niveau de coopération pour le suivi des poursuites est particulièrement variable et dépend de la volonté politique de chaque Etat. Il convient sans doute d'accroître les relations bilatérales avec les pays dont la contrefaçon est issue. D'une part une coopération juridique est encore très utile dans le cadre de la mise en œuvre de l'ADPIC, mais surtout, des coopérations techniques sur l'application des dispositions législatives nationales devraient être poursuivies et approfondies. En deçà, et sans doute de manière plus efficace que des relations institutionnelles, l'institution d'

“attachés de police” auprès de certaines ambassades par l’intermédiaire du Service central de coopération devrait jouer un rôle plus important pour la fluidité des relations entre services de police.

Proposition 3.4.

Multiplier les échanges techniques entre services de police, gendarmerie justice et parties privées concernées en termes de formation, sensibilisation, méthodes, etc., en s’appuyant sur les compétences des “attachés de police” auprès des ambassades.

3.2. LES AUTORITES JUDICIAIRES

Face au délit de contrefaçon, les victimes peuvent bénéficier indifféremment de la voie civile et de la voie pénale (Art. 3 et 4 du Code de procédure pénale), pour réparer et réprimer les atteintes et préjudices réalisés contre le droit moral et les droits patrimoniaux des titulaires de droits. L'attention portée par le législateur français à la défense des droits de propriété littéraire et artistique a eu pour effet de permettre de sanctionner pénalement les atteintes aux droits de propriété littéraire et artistique, alors même qu'il s'agit d'un droit civil et subjectif.⁰

Pour le législateur, la contrefaçon n'est donc jamais seulement une violation d'un droit de propriété et d'un droit moral, mais aussi une atteinte à l'ordre public. Le rôle des autorités judiciaires est donc essentiel pour rendre effective la protection de ces droits. Or, il apparaît que cette liaison forte entre droits civils et sanctions pénales est, dans la période récente, plus distendue et qu'elle est source de confusion et d'incompréhension, voire qu'elle produit une certaine inefficacité du régime de sanction pourtant parmi les plus protecteurs au monde.

3.2.1. L'ACTION DES JURIDICTIONS PENALES.

Le volet répressif de la lutte contre la contrefaçon est marqué par un paradoxe : alors que l'arsenal législatif et réglementaire, comme les procédures, forment un ensemble complet et particulièrement protecteur, il demeure peu employé, est peu soutenu et se révèle d'une efficacité limitée.

3.2.1.1. Un arsenal législatif répressif protecteur des droits

L'action pénale est doublement utile pour les ayants droit : d'une part, grâce à la recherche des infractions diligentée par l'autorité judiciaire, d'autre part, grâce aux délais de jugement sensiblement plus réduits qu'en matière civile. Ils s'établissent entre deux et neuf mois en première instance et un peu plus d'un an en Appel.⁰ Il faut souligner que le nombre de plaintes pour contrefaçon dont sont saisis les tribunaux correctionnels est particulièrement limité, puisqu'il se compte année après année en dizaines. La quasi-totalité des affaires relatives à la propriété intellectuelle portent naturellement sur des questions de contrefaçon (95 %).

En dépit du nombre réduit de plaintes examinées statistiquement, on peut caractériser les sanctions décidées de la manière suivante :

- les dommages et intérêts sont systématiquement accordés quand des sanctions pénales sont prononcées et celles-ci sont sensiblement plus élevées qu'en matière civile et par conséquent assez proches de celles qui sont demandées ;
- les mesures d'interdiction sont rarement demandées et encore plus exceptionnellement prononcées ;
- la confiscation est prononcée dans un assez grand nombre de cas : 60 % des situations où elle faisait l'objet d'une demande ;
- la publication est plus rarement décidée parmi les sanctions civiles prononcées par les juridictions pénales et souvent pour des montants inférieurs.

S'agissant des sanctions pénales pour contrefaçon de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, il apparaît que les taux d'obtention des sanctions demandées sont très variables :

Pourcentage de sanctions par catégories (PLA + PI)

Emprisonnement	46 %
Amende	94 %
Confiscation	54 %
Publication	17 %
Destruction	17 %

Source : IRPI, 1999

Pour la contrefaçon dans le domaine du droit de la propriété littéraire et artistique, s'ajoutent bien sanctions civiles de dommages et intérêts et amende pénale, alors que les autres sanctions donnent lieu à de fortes disparités. Les sanctions pénales apparaissent donc assez systématiques et sont très majoritairement confirmées en cas d'Appel : 100 % des fois pour les dommages et intérêts, 60 % des fois pour les peines d'amende et d'emprisonnement.

Pourcentage de sanctions par catégories (PLA)

Types de sanctions	%
Sanctions civiles	
Dommages et intérêts	92 %
Interdiction	ns
Confiscation	17 %
Publication	25 %
Sanctions pénales	
Emprisonnement	57 %
Amende	100 %
Confiscation	64 %
Publication	14 %
Destruction	Ns

Source : IRPI, 1999

3.2.1.2. Une politique pénale peu soutenue.

La lutte contre la contrefaçon est loin de constituer une priorité de la politique judiciaire répressive et ne devrait pas l'être au regard du volume de plaintes. De plus, il s'agit d'un contentieux de nature spécialisée, d'apparence complexe, technique, objet de débats contradictoires qui ne se laisse donc pas appréhender comme un contentieux de masse. Par conséquent, la répression de la délinquance relative à la contrefaçon ne justifie pas aisément un engagement important et régulier de l'action publique.

L'action publique est surtout délicate à engager dès lors que la lutte contre la contrefaçon semble toujours, en même temps qu'un impératif pénal, une affaire de nature privée, sinon commerciale du moins civile. La double voie judiciaire ouverte aux ayants droit ne constitue donc qu'en apparence un avantage. En réalité, elle favorise sinon une confusion entre la nature et les objectifs des demandes et plaintes, du moins une incertitude forte sur l'intérêt public à réprimer la contrefaçon. Cette perception, légitime ou non, explique l'écart entre les amendes – souvent légères ou estimées telles et les montants – assez importants même s'ils peuvent paraître insuffisants aux ayants droit – des dommages et intérêts obtenus par la voie civile. Les juridictions répressives n'estiment pas devoir toujours aller au-delà de peines symboliques s'agissant de violations de droits privés et commerciaux, surtout lorsque les plaintes mettent à jour des situations économiques difficiles des contrefacteurs.

On constate donc que la politique pénale se caractérise par un faible nombre de peines, un faible *quantum* de peine et un contentieux principalement orienté contre des individus, commerçants, et bien rarement contre des filières de criminalité organisée. La lutte contre la contrefaçon au regard des parquets n'échappe pas non plus au sentiment de gratuité généralisée de l'accès aux œuvres protégées qui a pour effet de faire bénéficier les contrefacteurs individuels d'une assez grande bienveillance, y compris en cas de récidive. Celle-ci a un effet démotivant pour les services de police et de justice, comme pour les agents assermentés ; elle alimente un sentiment d'impunité qui a tendance avec le temps à relever le seuil de tolérance de la contrefaçon. Il en va autrement de la lutte contre la contrefaçon organisée notamment dans le cadre des missions douanières et du démantèlement de filières de contrefaçon en particulier dans des domaines intéressant l'ordre public ou la sécurité des individus (contrefaçon pharmaceutique, contrefaçon de pièces détachées de véhicules, etc.). C'est à l'occasion de ce type d'investigations et selon une volonté répressive plus nette dans ces domaines, que la politique pénale peut retrouver un rôle en matière de contrefaçon d'œuvres.

L'analyse des sanctions prononcées par les juridictions pénales témoigne des difficultés rencontrées par les ayants droit. On peut ainsi s'interroger sur l'opportunité et la nécessité de développer ou de renforcer les dispositions pénales prévues à l'encontre de la contrefaçon. La législation qui figure parmi les plus protectrices au monde demeure insuffisamment appliquée, tant du point de vue des procédures engagées, que des peines infligées.

Proposition 3.5

L'hypothèse d'une circulaire en direction des parquets relative à la lutte contre la contrefaçon ne peut pas être exclue même si son effet risque d'être réduit. En revanche des actions de sensibilisation des parquets seraient particulièrement opportunes.

3.2.1.3. L'appréhension limitée de la contrefaçon sur les réseaux

La lutte contre la cybercriminalité est très manifestement orientée contre des objectifs particulièrement sensibles du point de vue de l'ordre public : la lutte contre la pédophilie, la lutte contre les trafics d'armes et le terrorisme, voire la lutte contre la délinquance financière avec l'aide de la Commission des Opérations de Bourse.

Ces priorités peu contestables laissent peu de place à l'utilisation de moyens d'investigations et de poursuites d'autres catégories de délinquance. Ainsi la lutte contre la contrefaçon est soumise à un fort effet d'éviction, sauf dans les situations rares et peu élucidées où la contrefaçon semble participer directement à telle ou telle forme de criminalité organisée (blanchiment d'argent, financement du terrorisme, etc.).

L'échelle de priorité, partagée dans la plupart des pays occidentaux, comme l'exprime la Convention européenne sur la cybercriminalité, laisse paraître que la lutte contre les formes nouvelles de développement de la contrefaçon, en particulier par l'usage des technologies de *peer to peer*, ne sera pas au cœur de l'action pénale avant plusieurs années, mais pourra sans doute bénéficier de l'expérience acquise dans d'autres domaines de lutte contre la criminalité.

3.2.2. L'ACTION DES JURIDICTIONS CIVILES.

Les titulaires de droits empruntent en bonne part la voie civile pour obtenir réparation des préjudices résultant de la contrefaçon.

3.2.2.1. Le contentieux en matière civile.

Le contentieux relatif à la contrefaçon constitue l'essentiel du contentieux touchant au droit de la propriété littéraire et artistique. D'une manière plus générale les contentieux initiés par les ayants droit sont effectivement très largement tranchés en leur faveur et donnent lieu aux sanctions civiles prévues.

Nombre d'affaires civiles nouvelles portées devant les TGI en 2000

Catégories d'affaires	Nombre
Contrefaçon	493
Païement	68
Rémunérations forfaitaires	3
Inexécution d'obligations	45
Contrat d'édition	19
Contrat de représentation	20
Production audiovisuelle	30
Autres	78
Total	756

Source : Ministère de la Justice, Direction des Affaires civiles et du Sceau, 2001.

La durée moyenne (1 à 2 ans) des procédures engagées civilement peut constituer une limite structurelle aux choix des titulaires de droit contre la contrefaçon. Elle est significativement bien plus longue que par la voie pénale et ne se justifie que pour obtenir une réparation de préjudices élevés, si l'on ajoute la durée d'un recours en Appel, il faut compter de nouveau une moyenne de 3 ans au plan civil, moins de 2 ans au pénal.

C'est pourquoi, une très large majorité des représentants des ayants droit se montre beaucoup plus favorable à des procédures de prévention ou d'urgence, d'autant qu'ils considèrent que la titularité des droits ne posant pas de réelles difficultés particulières, s'agissant des phénomènes de contrefaçon par reproduction ou diffusion sur les réseaux. L'aspect "pédagogique" recherché dans un certains nombres de contentieux est fortement pénalisé par la durée des procédures qui n'a ni freiné le développement de la contrefaçon, ni œuvrer de manière préventive.

Taux d'obtention de sanction par catégorie

Dommages et intérêts	98 %
Interdiction	44 %
Confiscation	1 %

Publication	36 %
Article 700 du CPC	77 %

Source : IRPI, 1999.

3.2.2.2. La question des réparations indemnitaires.

Si les décisions de justice font appel à la totalité des sanctions civiles prévues, conformément aux demandes des ayants droit, on constate cependant une assez nette divergence d'appréciation entre les représentants des autorités judiciaires et les titulaires de droits à propos des dommages et intérêts :

– les premiers considèrent que les dommages et intérêts sont à la fois accordés dans la totalité des contentieux, et qu'ils ne cessent de progresser alors que l'évaluation du préjudice n'est pas plus aisée surtout dans l'environnement numérique, et qu'ainsi, par leurs montants, les dommages et intérêts compensent la relative faiblesse des peines décidées dans l'action pénale ; en outre, rapportés à l'échelle des sanctions et dommages et intérêts, les sanctions civiles qui sont prévues en matière de contrefaçon apparaissent satisfaisantes ;

– les seconds, conscients et embarrassés parfois par l'évaluation du préjudice qui doit prendre en compte l'atteinte au droit moral et aux droits patrimoniaux, regrettent que les montants de dommages et intérêts demeurent faibles, souvent bien inférieurs aux demandes et, en tout état de cause peu dissuasifs. Dans cette perspective, ils inclineraient pour la mise en œuvre de "dommages punitifs" à l'instar du droit américain (*statutory damages*), du moins d'une méthode d'évaluation quasi forfaitaire et mieux connue de leur part.

Les données relatives à ce sujet manifestent bien un écart important entre les montants des dommages et intérêts demandés et obtenus. Ceux-ci seraient en moyenne de six fois inférieurs aux demandes, mais la très grande diversité des montants demandés exige une grande prudence, même si l'on note que plus de 40 % des demandes sont supérieures à 70 000 € et que 20 % des demandes obtiennent 15 000€.

Proposition 3.6.

Etablir un dialogue, notamment technique quant aux méthodes d'évaluation des préjudices et la forfaitisation des dommages, pour répondre aux interrogations sur les dommages et intérêts en matière de contrefaçon entre ayants droit magistrats, experts et avocats, avec l'appui et à l'initiative des Ministères concernés.

En ce qui concerne, l'évaluation des préjudices résultant de la contrefaçon dans l'environnement numérique, on peut trouver de la part des magistrats une volonté de prendre en compte les risques de développement de la contrefaçon, par exemple en prévoyant pour la réparation des dommages une majoration de la valeur des CD/DVD contrefaits. En revanche, s'agissant de la mise à disposition du public par les réseaux d'œuvres non autorisées, l'évaluation est rendue délicate ou impossible pour faire le départ entre le préjudice subi sur le territoire national ou à l'étranger.

La divergence d'appréciation des sanctions civiles peut résulter de la confusion des objectifs poursuivis (intérêt d'ordre public ou réparation du préjudice) par les titulaires de droits. En atteste la demande d'introduction de "dommages punitifs" qu'il ne paraît pas opportun d'importer, pour cette seule matière en tout cas. En revanche, il apparaît simple et plus justifié que les sanctions civiles embrassent mieux la totalité de leur objet et puissent, sans devenir "punitives", revêtir un caractère dissuasif. Une modification de l'article L.325-6 du Code la propriété littéraire et artistique produirait ainsi un effet équivalent en prévoyant que la confiscation porte sur le chiffre d'affaires du contrefacteur et non les seules recettes tirées de l'activité de contrefaçon.⁰ Cette amélioration substantielle ne lèvera pas pour autant les difficultés de recouvrement que rencontrent es titulaires de droit.

Proposition 3.7.

Conférer un caractère dissuasif aux sanctions civiles sans les rendre punitives en prévoyant une modification de l'article L.325-6 du CPI tendant à ce que la confiscation puisse porter sur le "chiffre d'affaires" et non pas seulement sur "tout ou partie des recettes procurées par l'infraction".

3.2.2.3. Les autres sanctions civiles.

Les mesures d'interdiction sont décidées chaque fois que possible, souvent en l'absence même de demande, et sont susceptibles d'être assorties d'astreinte. La confiscation est la mesure la moins demandée (3 % des cas) alors qu'elle est la plus dissuasive et sans doute celle que les juges civils sont les plus enclins à vouloir développer à cet effet.

La publication du jugement est aussi prononcée dans plus de la moitié des cas. Décidée le plus souvent pour quatre à cinq journaux (exceptionnellement en ligne, d'ailleurs), elle consiste en pratique en un montant de l'ordre de 4 000 à 12 000 €, qui vient s'ajouter au montant des dommages et intérêts, chaque fois qu'elle ne fait pas l'objet exécution, c'est-à-dire le plus souvent.

Enfin, les juges accordent pour la presque totalité des demandes l'indemnité prévue à l'article 700 du Code de procédure civile, y compris lorsque la contrefaçon n'a pas été reconnue, pour un montant qui va de 2 000 à 50 000€. Enfin, la plupart des sanctions civiles bénéficient de l'exécution provisoire tant quant aux dommages et intérêts que pour les autres mesures et il est exceptionnel que le Premier Président de la Cour d'Appel en ordonne la suspension à la demande du défendeur.

En appel, le taux de réformation des jugements des Tribunaux de Grande Instance apparaît faible puisqu'il s'établit à moins de 10 %. Les montants des dommages et intérêts prononcés sont en général un peu plus élevés.

3.2.3. UNE STRATEGIE JUDICIAIRE POUR LA CONTREFAÇON.

Les améliorations de l'action judiciaire suggérées ne peuvent se substituer aux effets d'une élaboration nécessaire d'une stratégie judiciaire en faveur d'une meilleure prise en compte des droits de propriété intellectuelle et qui concernent aussi les choix que doivent opérer les titulaires de droit.

3.2.3.1. Des pôles juridictionnels spécialisés

La plupart des ayants droit souhaiteraient une spécialisation des juridictions quant au contentieux relatif à la propriété littéraire et artistique. Une telle spécialisation existe en matière de propriété industrielle et devrait se renforcer quant au contentieux relatif à la marque communautaire. En effet, le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 relatif à la marque communautaire impose aux Etats membres de désigner sur leurs territoires un "nombre aussi limité que possible de juridictions nationales de première et de deuxième instance", dénommées "tribunaux des marques communautaires" et dotées de compétences exclusives.

Ces compétences ont notamment trait au domaine de la contrefaçon puisqu'elles doivent porter sur toutes les actions en contrefaçon. Ce mouvement de spécialisation a été réalisé en confiant au Tribunal de Grande Instance de Paris une compétence exclusive pour les actions et demandes en matière de marque communautaire.⁰ A cet égard, les préconisations du récent Rapport d'information du Sénateur Christian Cointat sur l'évolution des métiers de justice pourraient, en faveur d'une spécialisation accrue des juridictions dans certains domaines, être augmentées d'une proposition de spécialisation de quelques Tribunaux de Grande Instance en matière de propriété littéraire et artistique.⁰

La complexité croissante de la matière et la relative rareté de formation des magistrats dans ce domaine plaident en ce sens. De surcroît, l'imbrication croissante de questions relatives tant à la propriété littéraire et artistique qu'à la propriété industrielle, notamment dans l'environnement numérique, justifie qu'une telle spécialisation puisse être organisée selon les spécialisations réalisées en matière de propriété industrielle, et à l'instar des pôles de compétences en matière économique et financière. Se conjoignent en effet souvent des questions relatives au droit des marques, au droit du logiciel, au droit sui generis, mais aussi des questions relatives à la concurrence déloyale.

L'objectif serait de constituer des pôles de compétences juridictionnelles en matière de propriété intellectuelle et ainsi en matière de protection de celle-ci, à partir des spécialisations organisées en matière de propriété industrielle, soit dix Tribunaux de Grande Instance.⁰ A ces compétences concentrées en matière civile pourraient être adjointes sous forme de pôles les compétences du parquet en matière de contrefaçon. Cette évolution ne ferait que reconnaître une polarisation déjà particulièrement forte du contentieux relatif à la propriété littéraire et artistique. En effet on enregistre une forte concentration de ce contentieux auprès des tribunaux établis dans la Région Parisienne, et particulièrement à Paris.

Ainsi par exemple, à partir du recensement des affaires civiles nouvelles au fond devant les TGI au cours de l'année 2000, il ressort que les deux tiers de l'ensemble du contentieux relèvent de la compétence du TGI de Paris, et les trois-quarts des TGI de la Région parisienne. Par ailleurs, les affaires civiles en ces matières portées pour les grandes villes n'attiraient pas un grand nombre de contentieux : Bordeaux (3), Grenoble (3), Lyon (1), Marseille (8), Nantes (1), Rennes (5), Toulouse (6). De fait, la spécialisation est pour l'essentiel réalisée en matière civile.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris comprend ainsi outre les 1^{ère} et 3^{ème} chambres civiles, les 12^{ème} et 31^{ème} chambres pénales compétentes en matière de contrefaçon. Pour la 3^{ème} Chambre, la plus spécialisée d'entre elles, on peut estimer

qu'environ un peu moins de la moitié de ses décisions concerne le droit de la propriété intellectuelle (littéraire et artistique et industrielle) et que les deux tiers des contentieux touchent à la contrefaçon. Au plan pénal, par exemple pour la 31^{ème} chambre correctionnelle, la contrefaçon constitue la quasi totalité des affaires relatives à la propriété littéraire et artistique mais cette matière représente moins de 5 % des décisions rendues. Les mêmes proportions peuvent être relevées au niveau de l'Appel, tant au plan pénal (13^{ème} Chambre de la Cour d'Appel de Paris) que civil (4^{ème} Chambre de la Cour d'Appel de Paris).⁰

La balance des avantages et inconvénients d'une spécialisation en matière de propriété intellectuelle penche en faveur de cette solution, non seulement en raison de la technicité des contentieux, mais aussi en faveur d'une politique davantage harmonisée, aussi bien dans le domaine pénal au regard des variations du quantum des peines infligées, qu'en matière civile. Par ailleurs, en termes de difficulté d'accès à la justice à laquelle pourrait contribuer un mouvement de spécialisation des juridictions, il faut relever que le contentieux de la propriété littéraire et artistique est déjà assez concentré auprès de quelques Tribunaux de Grande Instance.

Répartition géographique des affaires nouvelles par catégorie ⁰

Sièges	Contrefaçon	Paie ment	Rémunération forfaitaire	Inexécution d'obligations	Contrat d'édition	Contrat de représentation	Production audiovisuelle	Autres	Total
Province	20,3	29,4	33,3	11,1	47,4	10,0	3,3	52,6	23,9
Région parisienne (*)	12,6	13,2	0,0	0,0	0,0	25,0	3,3	16,7	11,1
Paris	67,1	57,4	66,7	88,9	52,6	65,0	93,3	30,8	65,0
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100

(*) Bobigny, Créteil, Evry, Meaux, Nanterre, Pontoise

Proposition 3.8.

Création de pôles juridictionnels dans le domaine de la propriété intellectuelle associant les contentieux de la propriété littéraire et artistique et de la propriété industrielle autour des dix Tribunaux de Grande Instance compétents en matière de propriété industrielle.

3.2.3.2. Une stratégie judiciaire commune des ayants droit

La part très marginale des condamnations décidées en matière de lutte contre la contrefaçon de marques, modèles et œuvres, par rapport à la totalité des délits (463 sur 454 000) invite à réfléchir sur la pertinence d'une stratégie judiciaire orientée sur la voie pénale par les ayants droit.

Plus fondamentalement, la généralisation d'un état de tolérance important qu'amplifie la facilité d'usage des techniques de reproductions numériques ou d'accès sur les réseaux à un très grand nombre d'œuvres protégées tend à limiter en profondeur la pertinence du développement d'une politique répressive. Pour qu'elle puisse jouer un rôle plus efficace, il est nécessaire que des intérêts d'ordre public apparaissent davantage dans le cadre d'une politique volontariste de l'ensemble des administrations concernées (Ministère de la culture et Ministère de l'Industrie surtout).

Pour autant, il semble indispensable que les titulaires de droits élaborent et mettent en œuvre une stratégie judiciaire autour des questions suivantes :

1. Privilégier la voie civile ou pénale ?

Cette question ne semble pas résolue de façon homogène par les titulaires de droits, et ce, quels que soient les intérêts propres à chacun d'eux ou encore les modes, voire les volumes de contrefaçon. Or, elle appelle sans doute des réponses différentes, mais qui doivent être coordonnées et régulières selon la nature de l'organisation de la contrefaçon (filiales de contrefaçon, internationales ou non, volumes en cause, cas de récidives ou non, etc.). Pour ce type de contrefaçon, la voie pénale devrait être exclusivement préférée. En revanche, pour des modes de contrefaçon ayant un caractère plus banalisé, la voie civile pourrait être plus efficacement empruntée.

2. Privilégier les actions emblématiques ou réparatrices ?

Le traitement de cette question implique sans doute une stratégie dans le temps des titulaires de droit face aux défis auxquels ils sont confrontés. Le caractère pédagogique de certaines décisions judiciaires pourrait certainement conduire des titulaires de droits

nationaux à engager des poursuites judiciaires d'auteurs professionnels ou individuels de contrefaçon sur les réseaux : éditeurs de logiciels de *peer to peer*, distributeurs de ces logiciels, voire utilisateurs de ceux-ci ou acteurs actifs du système IRC. Dans une perspective pédagogique, ces actions judiciaires supposeront d'être particulièrement préparées et menées par la voie pénale, après que des actions de sensibilisation auront été conduites sur les questions de contrefaçon.

3. Agir de concert ou isolément ?

Malgré la progression de certaines coopérations judiciaires, les titulaires agissent peu de concert, notamment en matière civile. Cette approche semble en tout état de cause assez peu pertinente dans l'environnement numérique. Une représentation collective des intérêts en cause semble plus pertinente en dépit du fait qu'elle peut induire des logiques de partage des dommages et intérêts prononcés par le juge.

Quelle que soit la stratégie judiciaire qui pourrait être mise en œuvre, elle appelle d'autant plus de vigilance que le nombre de contentieux en matière de contrefaçon étant particulièrement mince, les contentieux auront surtout une vocation pédagogique et médiatique.

Proposition 3.9.

L'élaboration d'une stratégie judiciaire commune aux titulaires de droit à partir par exemple de ces questions et la réflexion sur les critères d'action devraient résulter de la constitution d'une Commission spécialisée de réflexion et d'auditions sur le développement de l'enforcement national au sein du CSPLA.

4 – LES PROCEDURES DE LUTTE

La lutte contre contrefaçon appelle la mise en œuvre de procédures spécifiques capables de limiter les risques de fuite voire de destruction des œuvres contrefaites. Cette exigence est d'autant plus forte quant aux contrefaçons mises à dispositions sur les réseaux numériques. C'est pourquoi, la défense des droits de propriété intellectuelle est assurée par la mise en œuvre de procédures particulières, qui méritent pour certaines des adaptations importantes dans l'environnement numérique, pour d'autres, des améliorations marginales. Les unes et les autres sont importantes, dès lors qu'il ne s'agit plus d'une protection générale revendiquée par la généralité de la loi mais de mesures pratiques de mise en œuvre du respect des droits. C'est cette considération qui avait déjà conduit le législateur à créer le régime particulier des agents assermentés par le Ministère de la culture et de la communication dont il convient d'étendre l'usage.

4.1. LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES

Parmi les procédures, la saisie contrefaçon occupe une place particulière ce qui n'a pas empêché que ses aspects les plus protecteurs des droits soient tombés en désuétude, alors que les procédures plus récentes instituées dans le cadre du droit des douanes ont plutôt eu tendance à s'étendre et à témoigner de leur pertinence.

4.1.1. LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES.

Les deux procédures administratives principales – la retenue et la saisie douanière et la saisie commissaire, connaissent des évolutions opposées : les premières méritent d'être encore étendues et simplifiées, tandis que les secondes, tombées en désuétude devront probablement disparaître du champ législatif.

4.1.1.1. Les procédures douanières.

Aussi bien au plan national par la loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon, qu'au plan européen par le règlement du Conseil n°3295/94 du 22 décembre 1994, la protection de la propriété littéraire et artistique repose sur l'efficacité des procédures douanières, jugée réelle pour la contrefaçon de biens physiques, y compris d'œuvres protégées (CD, DVD) mais inopérante pour lutter contre la contrefaçon numérique sur les réseaux. Les deux procédures peuvent faire l'objet d'améliorations mineures pour renforcer la lutte contre la contrefaçon.

1. La demande d'intervention et la procédure de retenue.

La demande d'intervention, valable un an et renouvelable ou ponctuelle, présentée à la Direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières (DNRED), préalable nécessaire à la mise en œuvre de la procédure de retenue par les Douanes, a pour finalité d'attirer l'attention des services sur des produits susceptibles d'être des contrefaçons. Elle suppose la fourniture d'éléments d'information sur la titularité des droits et la description des produits. Elle implique l'engagement du titulaire du droit de respecter certaines obligations comme de signaler tout changement dans les éléments ayant motivé la demande.⁰

Dans ces conditions, la retenue concerne les marchandises présumées être des contrefaçons de dessins et modèles, de droits d'auteur et de droits voisins et les marchandises portant atteinte à un brevet, qui ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une saisie douanière. Elle peut également s'appliquer aux contrefaçons de marque dans tous les cas où le service des douanes n'est pas en mesure de mettre directement en œuvre la procédure de saisie. Par cette procédure les services des Douanes sont en mesure

d'opérer une retenue pendant une période de dix jours ouvrables des marchandises présumées être des contrefaçons.

Ce délai permet au titulaire du droit de saisir le Président du tribunal de grande instance territorialement compétent pour prendre des mesures conservatoires ou de se pourvoir en justice par la voie civile ou pénale. En outre, le Procureur de la République, tenu informé par les services des Douanes, peut engager des poursuites. Pour faciliter l'action en justice engagée par les titulaires de droit, ils peuvent bénéficier des informations nécessaires grâce à la levée partielle du secret professionnel des agents des Douanes.

La plupart des titulaires de droits nationaux ont réalisé des demandes d'intervention. Il est nécessaire que cette procédure soit pleinement employée, particulièrement pour la lutte contre la contrefaçon audiovisuelle et cinématographique et que les organismes concernés se rapprochent de la DNRED à cet effet. En effet la demande d'intervention constitue une procédure très utile, même si elle peut faire l'objet d'améliorations ponctuelles.⁰

Proposition 4.1.

Accroître l'efficacité des demandes d'intervention et des services des douanes par une mobilisation étroite des titulaires de droits avec les services des administrations douanières notamment pour l'élaboration des fiches descriptives de produits, la constitution de bases de données : phonogrammes, DVD, logiciels de loisirs et professionnels.

Des améliorations de fond ou marginales peuvent être sollicitées, notamment par les titulaires de droit qui utilisent cette procédure, soit pour en accroître l'efficacité, soit pour en étendre le champ :

- l'obligation de poursuivre les contrefacteurs en justice peut sembler une contrainte disproportionnée s'agissant de saisies de produits contrefaits en petite quantité ; dans ce contexte, il conviendrait d'envisager une exonération de cette obligation et la possibilité pour les services douaniers de procéder à la destruction des marchandises contrefaites dont le coût de stockage est élevé ;
- à l'inverse, les services douaniers peuvent considérer que le stockage et la surveillance des marchandises contrefaites constituent une charge et une responsabilité trop importantes pour ces services et qui peuvent de plus excéder l'intérêt économique des titulaires de droit à poursuivre en justice.

Afin de chercher à prendre en compte cette double préoccupation, il est possible d'envisager une modification législative telle que, les titulaires de droit ne soient pas obligés d'engager une action au fond, mais au moins une mesure conservatoire, notamment par le biais d'une ordonnance sur requête simple, afin d'ordonner la destruction des marchandises en cause. Par voie judiciaire, l'essentiel du préjudice serait ainsi réparé à la demande du titulaire et sans que puisse être engagée la responsabilité des services douaniers. Dans cette hypothèse, les titulaires de droit seraient garants des destructions réalisées.

Proposition 4.2.

Modifier la procédure de retenue en douanes pour faciliter la destruction des petites quantités de produits contrefaits par autorité judiciaire sans maintenir l'obligation d'agir au fond.

2. La procédure de saisie et la question du délit douanier

Cette procédure dont le champ d'application est réservé à la lutte contre la contrefaçon de marques vise la répression du délit douanier constitué par l'importation, l'exportation, mais aussi la circulation ou la détention en tout point du territoire de marchandises présentées sous une marque contrefaite. Elle implique, que de leur propre initiative, les services des douanes procèdent aux saisies nécessaires, et qu'ils informent parallèlement le Procureur de la République et le titulaire de la marque.

L'efficacité reconnue de cette procédure conduit les acteurs publics et privés de la lutte contre la contrefaçon à s'interroger, dans une perspective de modernisation de l'action douanière au plan européen, sur l'opportunité d'une extension du délit douanier. Une telle extension apparaît opportune pour la lutte contre la contrefaçon de phonogrammes et de films, mais aussi des logiciels dont les titres peuvent d'ores et déjà faire l'objet d'une protection au titre du droit des marques.

Elle présente en revanche l'inconvénient de faire porter la responsabilité des saisies sur les services douaniers ce qui peut conduire à une certaine résistance à l'égard de l'extension du délit douanier. En effet, une telle extension a pour effet de faire porter aux services des Douanes une responsabilité en cas d'erreur. Or, si ce risque apparaît limité en ce qui concerne les marques, il est assez élevé pour les droits des auteurs et les droits voisins.

Proposition 4.3

Envisager en concertation avec les services nationaux des Douanes et les titulaires de droits les conditions d'extension du délit douanier prévu pour la

protection des marques (Art. L.716.1) à la protection des droits d'auteurs et des droits voisins des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, mais aussi des éditeurs de logiciels ; parallèlement favoriser l'extension au plan communautaire du délit douanier.

4.1.1.2. La saisie commissaire.

La prééminence accordée à la défense de la propriété littéraire et artistique s'est traduite par la faculté offerte aux ayants droit de demander que soit réalisée la saisie contrefaçon par simple requête auprès du Commissaire de police. Prévue par l'article L.332-1, alinéa 1 du CPI, cette faculté ne laisse pas en principe de latitude aux Commissaires de police pour apprécier le bien fondé de la requête.

Toutefois, le demandeur doit, en fait, fournir tous les éléments nécessaires pour attester de la titularité des droits, mais pas des griefs ou de l'opportunité de la demande. Cette procédure spécifique à la protection de la propriété littéraire et artistique aurait pu offrir dans l'environnement numérique des avantages certains en termes de rapidité et d'efficacité. Elle soulève cependant plusieurs types de difficultés. Plusieurs inconvénients principaux pénalisent l'utilisation de la saisie contrefaçon commissaire dans l'environnement numérique :

- la saisie contrefaçon réalisée par les commissaires portant sur la protection du droit de reproduction a été conçue dans un environnement de contrefaçon matérielle. C'est pourquoi, la saisie porte en principe sur des exemplaires (stock de reproductions et objets ayant facilité ou concouru à commettre le délit de contrefaçon (L.332-6 du CPI) en plus des recettes tirées de la contrefaçon. Le Commissaire peut également procéder à l'audition des personnes ; après saisie sauf cause de nullité. Afin que cette procédure recouvre tout son intérêt, il conviendrait d'adapter l'article L.332-6 du CPI, pour que la saisie commissaire puisse embrasser utilement des "saisies immatérielles" qui conduiraient d'ailleurs aussi à des saisies matérielles (serveurs).
- les Commissaires de police sont compétents au regard du lieu de la saisie ; or, s'agissant de la contrefaçon réalisée sur les réseaux, la question de la compétence territoriale implique assez naturellement la seule compétence de services à compétence nationale, en l'occurrence la compétence exclusive de la BCRCIA pour la Direction centrale de la Police judiciaire, ce qui peut conduire à un encombrement des services et de fait à une mauvaise protection des droits ;⁽⁵⁾
- cette procédure peut être juridiquement d'une portée limitée dans l'environnement numérique puisqu'elle n'est ouverte que pour les reproductions illicites et ne recouvre donc pas le champ du droit de représentation. Dans ces conditions restrictives, la mise à disposition sur les réseaux pourrait échapper aux compétences du Commissaire de police.⁰ ;
- en outre, certains juristes évoquent les risques d'annulation que pourraient courir ces procédures, alors que l'ordonnance sur requête présente bien plus de garanties pour un niveau de simplicité à peine inférieur (cf. *infra*) ;
- par ailleurs, en ce qui concerne les compétences du Commissaire prévues à l'article L.332-4 al. 4 pour la protection des logiciels et bases de données, il apparaît que le régime de saisie descriptive à vocation exclusivement probatoire est d'une portée très insuffisante ; or, *a contrario* sont annulées des saisies réelles en matière informatique réalisées sans autorisation judiciaire.⁰

⁽⁵⁾ cf. sur la compétence territoriale, cf. Crim. 19 mars 1997, Bull. Crim. 1997, n° 113, 373.

Mais, les questions relatives à l'efficacité de la saisie commissaire, sont devenues en réalité assez théoriques, car ce régime procédural a *de facto* quasiment disparu, en dépit de sa spécialité au profit des ayants droit, de sa simplicité et rapidité de mise en œuvre. Cette disparition tient, d'une part à la fin de pratiques de commissions accordées pour la réalisation de ces saisies, d'autre part, au faible intérêt que présente ce type de démarches au plan de l'efficacité des services et de la lutte contre la délinquance.

Les ayants droit ont par conséquent cessé de recourir à cette procédure tandis que les Commissaires ne se déplaçaient pas aisément sans de réelles motivations pour assurer des saisies contrefaçon. L'extinction de la saisie commissaire n'a pourtant pas eu des effets aussi négatifs que ceux qui pouvaient être attendus, puisqu'en pratique, des informations de risques de contrefaçon qui pouvaient être fournies par des officiers de police judiciaires auprès des Fournisseurs d'accès à Internet ou d'hébergeurs français, a suffi, dans bien des situations à mettre fin à la violation des droits.

Il conviendrait de prendre acte de l'évolution de la saisie commissaire après concertation avec le Ministère de la sécurité intérieure et le Ministère de la Justice, afin d'articuler les conséquences d'une disparition de ce régime juridique, au profit d'un renforcement des compétences des agents assermentés, ou bien au contraire, de favoriser la réutilisation de l'une des procédures les plus avantageuses pour les titulaires de droit, mais à la condition de prévoir un régime de délégation. En effet, la diversité des affaires et les priorités du service interdisent de fait à ceux-ci de conduire des opérations de saisie contrefaçon, sauf à ce qu'elles relèvent manifestement de la grande criminalité.

Proposition 4.4.

Analyser avec le Ministère de la sécurité intérieure et le Ministère de la Justice l'intérêt et les conditions du maintien de la saisie commissaire avant d'en tirer les conséquences au plan législatif, soit par une suppression du régime soit par un assouplissement des conditions de réalisation de cette procédure conçue depuis les origines en faveur d'une protection particulière des droits de propriété littéraire et artistique.

4.1.2. LES PROCEDURES JUDICIAIRES.

Procédure ancienne assurée par les juges de paix, la saisie contrefaçon est spécifique à la défense de la propriété intellectuelle, ayant non seulement une fonction probatoire en facilitant l'administration de la preuve de contrefaçon mais aussi une fonction coercitive en cherchant à limiter les effets dommageables de la contrefaçon par la confiscation de recettes, de produits.⁰

Le régime des saisies mis en œuvre en 1957 tend à unifier les procédures en conservant leur caractère d'urgence à travers l'exercice obligatoire, mais vivement discuté, de la compétence des commissaires de police, et en plaçant dans certains cas, toujours pour les saisies recettes, les procédures de saisie sous l'autorisation par ordonnance sur requête de l'autorité judiciaire. Ce régime offre aussi des garanties au saisi (mainlevée, cantonnement de la saisie, reprise des reproductions ou représentations) et oblige le saisissant à agir au fond.⁰

4.1.2.1. La saisie contrefaçon ordonnée par le Président du TGI.

Sans qu'il soit besoin de décrire cette procédure, on s'attachera à réaliser la synthèse des appréciations portées sur elle et rappeler que la saisie contrefaçon ordonnée par le Président du Tribunal de Grande Instance est une mesure probatoire particulière en même temps qu'une mesure conservatoire, même si en restreignant le caractère pénal de cette procédure, les évolutions législatives récentes ont pu avoir pour effet de renforcer son caractère probatoire.

Alors que cette procédure était historiquement spécifique à la défense du droit de représentation, le droit de reproduction étant de la compétence du Commissaire, elle s'est développée pour toute forme de violation des droits, y compris sous une forme particulière pour la protection des droits des logiciels ou des bases de données. Cette procédure offre, par comparaison au régime de la saisie commissaire, davantage de garanties pour les parties et le caractère équitable des procédures.

Ainsi, cette procédure est considérée par les titulaires de droits, mais aussi les magistrats et les avocats comme une procédure efficace, large par ses effets et rapide de mise en œuvre. On doit souligner que la saisie contrefaçon couvre un champ très large de titulaires d'œuvres protégées et présente des avantages certains au regard de la compétence territoriale. En effet, en vertu de l'article L.322-1 les œuvres protégées sont celles qui ont été créées en France, mais également et sous réserve des dispositions des conventions internationales, celles qui sont divulguées pour la première fois dans un Etat étranger, sauf si cet Etat n'assure pas aux œuvres divulguées pour la première fois en France, une protection suffisante et efficace (Art. L.111-4 du CPI). C'est pourquoi au fondement de l'article 5.2. de la Convention de Berne, la saisie contrefaçon en France a pu être diligentée par des titulaires de droits étrangers aux fins d'obtenir une saisie pour les atteintes commises sur le territoire national. Cette dimension internationale apparaît très utile dans le cadre des atteintes aux droits réalisées sur les réseaux. Cependant, plusieurs types de difficulté ont pu être relevés :

- en premier lieu, la procédure de saisie contrefaçon peut apparaître à la plupart des titulaires de droits comme une procédure à la fois trop lourde ou inadaptée aux formes les plus répandues de la contrefaçon numérique et trop coûteuse pour être diligentée dans une perspective de prévention et de répression.⁰
- en second lieu, la titularité doit être clairement et dûment établie par le demandeur⁰ : or cette question peut soulever des difficultés d'appréciation et de mise en œuvre parce qu'elle alourdit ou ralentit la mise en action de la procédure, alors que les sociétés de perception et de répartition des droits, sauf exception, estiment pouvoir être exemptés d'apporter préalablement la preuve de titularité.

Dans ce contexte, elle appelle n'appelle guère d'autres améliorations que celle qui a été suggérée quant à la saisie sur le chiffre d'affaires et non les seuls profits tirés des la contrefaçon (cf. *supra*).

Toutefois une réflexion est engagée sur les conditions de réaliser une plus grande homogénéité des procédures de saisie contrefaçon : pertinence de la saisie description pour les logiciels et bases de données, saisie contrefaçon pour la protection des marques et brevets, actualité de la saisie commissaire, etc.

Proposition 4.5.

Contribuer à la réflexion sur l'homogénéité croissante des procédures de saisie contrefaçon au titre de l'article L.332-1 du CPI pour les titulaires de droits de propriété littéraire et artistique et de la saisie contrefaçon au titre de l'article L.331-4 du CPI pour les logiciels et les bases de données, mais aussi pour les marques et brevets. Les éléments de différenciation ne se justifiant plus guère dans

l'environnement numérique, l'ensemble de la procédure pourrait être rendu plus efficace.

4.1.2.2. L'ordonnance sur requête

On constate que la jurisprudence relative à la contrefaçon sur les réseaux ne résulte guère des procédures d'urgence spécifique à la protection de la propriété littéraire et artistique. En effet, a été très majoritairement préféré le recours à la procédure de référé de droit commun des articles 808 et 809 du Code de procédure civile, négligeant la procédure spéciale de l'ordonnance sur requête qui a pour avantage de n'être pas contradictoire et de répondre au même caractère d'urgence. Sans doute le recours à la procédure de droit commun offre-t-elle davantage de garanties à l'ensemble des parties et peut ainsi diminuer les risques d'annulations d'autres procédures. Mais le risque de laisser tomber en désuétude la procédure de l'ordonnance sur requête simple présente des inconvénients réels :

- il interroge l'intérêt des pouvoirs publics à conforter, voire à développer au plan européen (cf. article 8 de la directive droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information ; projet de directive sur la garantie des droits), une procédure spécialisée dans la défense de la propriété intellectuelle ;
- il ne justifie guère la recherche de modalités de simplification au-delà de celles qui sont prévues et qui sont déjà importantes : caractère simple et pratique du formulaire de demande, pratique homogénéisée des éléments de preuves de la titularité, permanence quotidienne dans certaines chambres (3^{ème} Chambre civile du TGI de Paris), faculté d'obtenir un jugement au fond dans un délai rapide (de l'ordre 1 mois ½).

Plusieurs évolutions juridiques avaient été prévues dans le cadre du projet de loi sur la société de l'information qui méritent d'être adoptées, en particulier l'article 12 du projet de loi qui confortait l'application des mesures de protection susceptibles d'être prises par ordonnance sur requête.⁰ Suivant en cela le Rapport du Conseil d'Etat *Internet et les réseaux numériques* qui recommandait : "que soit conférée au président du tribunal de grande instance la possibilité d'ordonner, à titre conservatoire, le retrait d'un contenu présumé contrefaisant et la coupure de l'accès audit contenu à tout fournisseur d'accès ou d'hébergement", les garanties procédurales envisagées offraient aussi l'avantage de contribuer tant à la protection des droits d'auteurs que des droits voisins et pointait l'intérêt d'ordonner des mesures de publication des jugements sur des services de communication en ligne.

Principalement, l'adaptation proposée avait pour finalité de permettre au Président du tribunal d'ordonner dans le cadre de cette procédure favorable aux ayants droit la cessation des actes de contrefaçon dans des délais brefs.

Proposition 4.6.

Procéder à l'adoption des dispositions du projet de loi sur la société de l'information relative à l'élargissement du recours à la procédure d'ordonnance sur requête à la défense des droits voisins afin d'en renforcer l'usage sur les réseaux numériques.

4.1.2.3. Les injonctions du droit anglo-saxon.

Dans le droit anglo-saxon depuis le milieu des années soixante-dix, se sont développées des procédures d'injonctions qui peuvent répondre de manière très efficace aux besoins judiciaires du traitement de la contrefaçon. Il s'agit d'ordonnances provisoires non contradictoires rendues par le juge, dites *Anton Piller*.⁰ Elles vont, par

leurs effets plus loin que les procédures du droit français, en tant qu'elles permettent au demandeur de pénétrer dans les locaux d'un contrefacteur supposé, aux fins d'effectuer des recherches et placer sous la garde de la justice objet éventuel de contestation, saisir des matériels contrefaits et établir des preuves, y compris pour la protection des droits exclusifs ou de programmes d'ordinateur. Sous une forme amoindrie, elles permettent d'obtenir des informations sans que soit autorisée la pénétration dans les locaux.⁰

L'absence de respect du contradictoire implique que trois conditions particulières soient réunies : la gravité apparente de la contrefaçon, le risque de dommages sérieux et irréparables, et le risque de destruction de preuve.⁰ Sous peine d'annulation de l'ordonnance, notamment lorsque le contrefacteur est anonyme⁰, le demandeur doit apporter des preuves justifiant la nécessité d'un tel recours : titres et mandats concernant la titularité des droits, preuve des dommages potentiels et risque d'une destruction de preuves. Les garanties entourant une telle ordonnance, exécutée par huissier et engageant la responsabilité de l'avocat du demandeur, révisable ou annulable, sont à la mesure des pouvoirs qu'elle confère : recherches et perquisitions dans des locaux, voire véhicules, dévoilement d'informations comptables et commerciales, interdiction de vente, publicité et distribution de matériels contrefaits, etc.

La Cour européenne des droits de l'homme, appelée à examiner ces procédures, a décidé que : "les défauts de la procédure suivie - vouée, par nature, à causer des difficultés au requérant - ne revêtent pas une gravité suffisante pour que l'exécution de l'ordonnance puisse, dans les circonstances de la cause, être considérée comme disproportionnée au but légitime poursuivi."⁰ Malgré la conformité de la procédure d'injonction générale, les tribunaux décident aussi des mesures aux effets plus limités (ordonnance dite *doorstep*) qui établissent les mêmes pouvoirs à l'exception de la pénétration dans des locaux professionnels et des domiciles. En outre, ce type d'injonctions a su trouver dans certains cas d'espèce application sur le territoire français alors même qu'au regard de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, les décisions judiciaires procédant à des mesures provisoires ou conservatoires non contradictoires ne bénéficient pas du régime de reconnaissance et d'exécution.⁰

On ajoutera enfin, que ces injonctions peuvent revêtir un intérêt particulier pour le traitement des pouvoirs des agents assermentés du Ministère de la culture et de la communication dont la mission consiste à lutter contre la contrefaçon des logiciels professionnels, et ainsi amener à effectuer des contrôles dans les locaux professionnels (cf. *infra*).

Proposition 4.7.

Evaluer précisément l'efficacité pratique et les limites des ordonnances A. Piller et Mareva, sous leurs différentes formes, telles qu'elles peuvent être prononcées dans différents Etats, afin, le cas échéant, de s'en inspirer davantage pour l'amélioration des procédures françaises de lutte contre la contrefaçon.

4.1.2.4. Une procédure de notification et retrait pour les réseaux.

D'après les informations recueillies tant auprès de certaines organisations représentatives de titulaires de droits que de fournisseurs d'accès, il semble qu'en dépit de l'absence de conclusion et de consensus sur les résultats des travaux, la mise en œuvre d'une procédure de notification et de retrait soit d'ores et déjà appliquée.

Cet état, sinon de droit, du moins de fait, est sans doute protecteur des droits de propriété littéraire et artistique et correspond aux attentes de leurs titulaires. Toutefois, l'emploi de cette procédure ne paraît conforme ni à l'esprit ni au texte de la loi du 1^{er} août 2000 qui prévoit expressément que seule l'autorité judiciaire est compétente pour procéder à la cessation d'accès à un contenu illicite. Il en va de même dans le cadre de

la procédure de cessation dans le cadre de la loi sur la société de l'information aux fins de transposer l'article 8.3 de la directive droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information, puisqu'elle conforte le régime de l'ordonnance sur requête afin d'obtenir la cessation en urgence de la mise à disposition de contenus contrefaits. Ces mesures permettent aux titulaires de droits et aux intermédiaires techniques d'être à l'abri d'éventuels recours au titre de l'article 431-1 du Code pénal.⁰

La validation d'une procédure pragmatique et urgente de notification et de retrait peut cependant apparaître aux titulaires de droits expédiente dans le contexte technique. Les fournisseurs d'accès et certains prestataires d'hébergement, représentés par l'Association des Fournisseurs d'Accès (AFA), de l'Association Française des Opérateurs de Réseaux Multiservices (AFORM) et l'Association Française des Opérateurs de Réseaux et Services de Télécommunications (AFORST) ont engagé des discussions avec les représentants des titulaires de droits réunis au sein du (Comité de liaison des industries culturelles (CLIC) dans le cadre d'une concertation placée sous l'égide du Ministère de l'Industrie à la demande du Ministère de la culture et de la communication.

Principes de la procédure de notifications et retrait en cours de négociation

1. Les notifications.

Elles engagent la responsabilité conformément aux articles 1382 et suivants du Code civil, sont réalisées par le titulaire de droits ou son représentant, et devraient comporter les éléments d'informations suivants et être adressés au prestataire technique et à l'éditeur :

- l'objet de l'intervention du représentant des ayants droit concernés ;
- identification des sites ou fichiers illicites ;
- mention des dispositions légales relatives au différend ;
- preuve de la titularité ou représentation des droits objets du différend ;
- copie du procès verbal établi par un agent assermenté ou un huissier de justice ;
- copie de l'e-mail envoyé simultanément à l'éditeur du site objet du différend pour l'informer de la notification, ou bien, si l'éditeur concerné ne peut être contacté par e-mail, indication au prestataire d'hébergement que l'envoi de cet e-mail n'a pu être effectué pour cette raison.

2. Relance des notifications.

Dans un second temps, si l'éditeur du site n'a pas obtempéré à la demande qui lui a été faite, un deuxième courrier électronique est envoyé à son fournisseur d'hébergement afin de supprimer ou les contenus objets du différend ou de les rendre inaccessibles. Cette relance devrait comprendre les éléments suivants :

- l'objet de l'intervention du représentant des ayants droit concernés ;
- identification des sites ou fichiers illicites ;
- mention des dispositions légales relatives au différend ;
- preuve de la titularité ou représentation des droits objets du différend ;
- copie du procès verbal établi par un agent assermenté ou un huissier de justice ;

- engagement de l'organisme agissant de ne pas engager la responsabilité de l'hébergeur pour les faits de l'espèce, dès lors que ce dernier a respecté la présente procédure et notamment les délais prévus par celle-ci.

3. Le retrait.

En cas d'absence de retrait dans un délai qui reste à définir, le titulaire de droit ou son représentant demande par voie électronique au prestataire d'hébergement de prendre les mesures destinées à retirer les fichiers objets de contestation ou à en rendre l'accès impossible.

Ces travaux ont commencé à la suite de la censure partielle de l'article 43-8 de la loi du 1^{er} août 2000 par le Conseil constitutionnel.⁰ La censure ayant porté sur l'ensemble de l'alinéa considéré et non sur l'adjectif "pénale", les dispositions législatives en vigueur ne sont pas conformes à la directive commerce électronique et créent, soient une situation d'irresponsabilité des intermédiaires techniques, soit un retour à la situation antérieure, selon laquelle leur responsabilité de droit commun peut être engagée. Les intermédiaires techniques et les ayants droit ont cherché à établir une charte de bonne conduite inspirée de la procédure de *notice and take down* prévue dans le *Digital millenium copyright Act*.⁰

La procédure envisagée poursuit des objectifs analogues, consistant principalement à informer le prestataire d'hébergement du fait qu'il héberge des contenus objets d'un différend relatif à la protection des droits de propriété littéraire et artistique, afin qu'en ayant eu connaissance, il puisse procéder à un traitement de la réclamation, sans préjudice pour le prestataire d'hébergement de l'application de ses conditions générales d'utilisation. Au regard de l'état des négociations interrompues depuis l'hiver 2001, la procédure envisagée par les fournisseurs d'accès et les ayants droit devraient dans un premier temps pouvoir être expérimentée d'abord sur les sites "professionnels" au sens de la loi du 1^{er} août 2000, c'est-à-dire soumis à l'obligation d'identification, puis sur l'ensemble des sites.

Une politique de renforcement des moyens de lutte contre la contrefaçon peut conduire dans l'intérêt des ayants droit et sans responsabilité supplémentaire ou excessive des prestataires techniques d'hébergement à valider la procédure de notification et de retrait. Une telle évolution législative aurait pour conséquence de faire l'économie d'une décision de justice et de répondre aux exigences d'urgence imposées par la contrefaçon sur les réseaux numériques. Dans cette hypothèse, il conviendrait de compléter les dispositions du chapitre 6^{ème} de la loi du 1^{er} août 2000, en prévoyant l'application de cette procédure dans les cas des plaintes pour contrefaçon, voire naturellement dans d'autres cas tendant à lutter contre la cybercriminalité.

Proposition 4.8.

Relancer sous l'égide conjointe du Ministère de la culture et de la communication et du Ministère de l'Industrie les discussions entre les titulaires de droit et les fournisseurs d'accès à l'Internet pour formaliser et achever les termes d'un consensus proche d'aboutir. Tester pendant une période n'excédant pas quelques mois les modalités pratiques de ce régime. Prévoir ultérieurement les modifications législatives de nature à constituer un régime d'exonération de responsabilité des FAI et de présomption de titularité des certains organismes représentatifs des titulaires.

Cette approche conduirait à limiter les garanties apportées par l'autorité judiciaire. Dans ces conditions, il serait certainement opportun sinon nécessaire d'encadrer l'exercice de cette procédure par des garanties complémentaires. L'hypothèse d'un cautionnement prévue par le DMCA, ne peut pas être complètement écartée, puisqu'elle

existe déjà, sous les formes pratiques de chèque certifié ou caution bancaire, dans le cadre des requêtes auprès du Président du Tribunal de Grande Instance pour que soit ordonnée une saisie contrefaçon (cf. Art. 332-1, al. 3).

Proposition 4.9.

Prévoir, le cas échéant, des garanties supplémentaires à l'exercice de la procédure de notification et de retrait, à travers la désignation par les prestataires techniques et les ayants droit des personnes soumises à habilitation et assermentation et en prévoyant une transmission des notifications et retrait au Procureur.

La réalisation d'une telle procédure de règlement des litiges devrait naturellement prendre appui sur les exemples étrangers, en tout cas au sein de l'Union européenne. Cette perspective est nécessaire à la fois pour obtenir l'équilibre le plus satisfaisant des intérêts en cause, mais aussi pour commencer à mettre en œuvre une procédure le plus possible harmonisée au plan européen.⁰

4.2. LA PROCEDURE DES ARTICLES L. 331-2 ET 343-4 DU CPI.

En matière de lutte contre la contrefaçon, le Ministère de la culture et de la communication joue essentiellement son rôle pratique à travers le régime d'assermentation d'agents spécialisés dans la constatation de contrefaçons. Institué en 1957, ce mode de lutte contre la contrefaçon n'a guère été modifié par la loi de 1985. Il a pourtant pris une certaine ampleur, traduit des pratiques très diversifiées, pose des difficultés. Cependant un tel régime mérite d'être refondé et renforcé parce qu'il est en mesure de répondre à la plupart des objectifs et particularités de la lutte contre la contrefaçon des oeuvres protégées par le droit de la propriété littéraire et artistique dans l'environnement numérique.

4.2.1. UN REGIME JURIDIQUE EN QUESTION.

Le régime des agents assermentés est prévu par les articles L.331-2 et L.331-3, ainsi que pour les bases de données l'article L.343-4 du Code de la propriété intellectuelle et précisé par l'article R.331-1.⁰ Ces dispositions concernent indifféremment des agents assermentés désignés selon les cas par le Centre national de la cinématographie, et des "agents désignés par les organismes professionnels d'auteurs" ainsi que par les sociétés de perception et de répartition des droits.

4.2.1.1. Un régime juridique déjà adapté.

Ce régime juridique particulier à la défense des droits de propriété littéraire et artistique est introduit à l'article 75 de la loi du 3 mars 1957 et précisé par arrêté d'administration publique : la désignation des agents est réalisée par les organismes professionnels d'auteurs dont la liste est établie par arrêté ministériel ; l'agrément de l'agent est effectué par le ministère ; l'assermentation est réalisée devant le juge de Paix du siège de sa circonscription.⁰

La mise en place de ce régime juridique destiné à constater la matérialité d'infractions aux droits de propriété littéraire et artistique s'inscrivait dans une logique de contrôle des recettes, notamment dans le cadre des exécutions musicales publiques. En effet, grâce à l'assermentation, les agents peuvent apporter selon l'article 75 la " preuve de la matérialité d'une représentation, d'une exécution ou d'une diffusion quelconque", mais aussi la concordance entre d'une part, la représentation ou l'exécution publique, et d'autre part, les programmes et l'état des recettes déclarées.⁰

La loi du 3 janvier 1985 n'a modifié que marginalement ce régime juridique confirmant que la preuve de la matérialité des infractions au Code de la propriété intellectuelle pouvait résulter des constatations d'agents assermentés désignés par "les organismes professionnels d'auteurs et par les sociétés mentionnées au titre II", notamment aux fins d'étendre ce mécanisme à la protection des droits voisins des producteurs et des artistes interprètes et aux sociétés civiles de perception et de répartition des droits dont le statut est établi par la même loi.

4.2.1.2. Un régime fréquemment employé mais critiqué.

L'exercice de fonction de police, essentiellement administrative, est dans un assez grand nombre de domaines assurés par des agents assermentés aux pouvoirs très distincts. Dans la plupart des cas, les agents assermentés sont des agents publics, mais dans un nombre plus réduit de situation, les assermentations concernent des "agents" relevant d'organismes privés, même si l'exercice de leurs compétences participe à la poursuite de missions d'intérêt général. Le régime juridique assurant à des individus des compétences spécifiques par agréments d'un ministre n'est pas exceptionnel. On le

retrouve dans les domaines de l'environnement, de l'aménagement foncier, des eaux et forêts ⁰, dans le domaine de la sécurité sociale ⁰, dans le domaine des télécommunications au profit de l'ART ⁰, voire pour le recouvrement de certaines taxes ⁰ ou les congés payés ⁰, etc.

Les Agents assermentés habilités par le Conseil supérieur de l'audiovisuel

L'article 78 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit établit les compétences d'agents assermentés (en pratique quelques dizaines relevant directement ou non de TDF ⁰ pour le respect des règles relatives aux autorisations d'émettre par voie hertzienne terrestre. Les agents du Conseil supérieur de l'audiovisuel et ceux placés sous son autorité peuvent, s'ils ont été spécialement habilités à cet effet par le Conseil et assermentés dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, contribuer à la lutte contre les formes de piraterie audiovisuelle (émission non autorisée, puissance ou implantation d'émission illicite) en disposant du pouvoir de constater par procès-verbal ces infractions. ⁰ Il s'agit d'une simple compétence de constatation des infractions considérées, à travers des procès-verbaux "transmis dans les cinq jours au procureur de la République. Dans le même délai, une copie en est adressée au président du Conseil supérieur de l'audiovisuel et au dirigeant de droit ou de fait du service de communication audiovisuelle qui a commis l'infraction" et qui peut donner lieu dès lors à la saisie des installations et matériels par des officiers de police judiciaire. Le caractère limité des compétences des agents assermentés n'empêche pas que les règles relatives à leur habilitation soient relativement contraignantes. Ils sont habilités en raison de leurs "connaissances techniques et juridiques nécessaires, et après avis favorable du procureur de la République auprès du tribunal de grande instance de leur résidence" à exercer leurs compétences selon "la durée et la zone géographique pour lesquelles l'habilitation est délivrée", précise l'article 1^{er} du décret d'application. En revanche l'assermentation est elle-même classique bien que les compétences évoquées lors du serment s'étendent "à toutes enquêtes, recherches, investigations et à tous constats et opérations entrant dans le cadre des missions confiées au Conseil supérieur de l'audiovisuel par l'article 78 de la loi du 30 septembre 1986". On y trouve notamment l'interdiction de révélation ou d'utilisation d'informations obtenues dans l'exercice des fonctions.

Les évolutions technologiques de représentation, diffusion, reproduction connues depuis 1957 n'ont pas altéré l'utilité des agents assermentés. Bien au contraire, le Conseil d'Etat proposait en 1998 d'en développer l'usage pour lutter contre la contrefaçon sur Internet, qu'elle concerne la propriété littéraire et artistique ou la propriété industrielle. ⁰ Il soulignait qu'en dépit de l'insuffisante formation des agents assermentés au nouvel environnement des réseaux numériques, "l'accroissement du nombre d'agents compétents dans ce nouveau domaine est indispensable et implique donc un effort particulier de la part des titulaires de droits et de leurs organismes professionnels de lutte contre la contrefaçon".

Toutefois, le même Rapport mettait en lumière la fragilité de ces dispositions et la nécessité de faire évoluer l'ensemble du régime juridique des agents assermentés en matière de défense de la propriété intellectuelle. Depuis sa publication, aucune évolution juridique n'ayant été effectuée, le constat peut être, au moins, le même :

"Un effort de rigueur paraît s'imposer dans la procédure d'agrément de ces agents, en préalable à l'augmentation sensible de leur nombre. En effet, à l'heure actuelle, aucune condition particulière n'est fixée par les textes quant à la moralité, à la compétence professionnelle et à la nature des fonctions de ces agents. Ces agents ne disposent par ailleurs d'aucune garantie d'indépendance par rapport aux organismes qui les emploient, ce qui pourrait à terme poser des problèmes quant à l'impartialité de leurs constats. En outre, la législation est très imprécise sur la notion d'organismes professionnels d'auteurs susceptibles

de disposer de ces agents, ce qui ouvre la voie à d'éventuelles dérives. Il est donc impératif de renforcer le cadre réglementaire de ces agréments en complétant l'article R.331-1 du code de la propriété intellectuelle sur ces différents points.

On pourrait ainsi, par exemple, envisager de conférer aux agents assermentés le statut de salarié protégé dans le cadre du code du travail. Il serait par ailleurs utile que le ministère de la culture tienne un registre des agents assermentés, qui soit accessible au public par exemple par l'intermédiaire du site du ministère de la culture. On pourrait peut-être aussi envisager une forme d'agrément simplifié des organismes professionnels de lutte contre la contrefaçon en vérifiant notamment leur objet et la nature de leurs adhérents (auteurs ou titulaires de droits).

À l'heure actuelle, ces agents assermentés ne sont compétents qu'en matière de propriété littéraire et artistique. Il n'existe pas d'équivalent en matière de propriété industrielle. Les titulaires de droits dans ce domaine doivent donc recourir soit à des huissiers soit à des agents de la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF). On pourrait envisager de créer une nouvelle catégorie d'agents assermentés, agréés à cet effet par le ministre chargé de l'industrie, en s'inspirant du régime décrit ci-dessus. Ces agents pourraient être employés par des organismes professionnels de lutte contre la contrefaçon telle que l'Union des Fabricants.

Ces agents assermentés pourraient, outre leur rôle en matière d'établissement de la preuve de la contrefaçon, apporter leur concours aux tribunaux. Certains magistrats ont en effet émis le vœu de pouvoir faire appel, dans le domaine des nouvelles technologies de l'information, à des "consultants judiciaires". Ceux-ci pourraient à la demande du juge, lors de l'audience, apporter des explications techniques sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure plus lourde des experts judiciaires. Ces "consultants" pourraient également participer à des actions de formation des magistrats dans ces nouveaux domaines."

4.2.1.3. Un régime mal maîtrisé et contrôlé.

En réalité, depuis la publication du Rapport du Conseil d'Etat et en l'absence de modification des textes, les évolutions de la contrefaçon, les demandes des différents titulaires de droits et de l'ensemble des acteurs impliqués dans la lutte contre la contrefaçon, mais aussi les modalités d'action des agents assermentés et leurs nécessaires garanties juridiques impliquent de refondre sans délai ce régime juridique. En effet, les risques et difficultés évoqués dans le Rapport ont eu tendance à se confirmer, voire à se développer.

Il a été par exemple très difficile de trouver au sein des services du Ministère de la culture, la trace non seulement des textes réglementaires relatifs à ce régime juridique, mais encore un suivi de désignation des agents assermentés. Une liste a été dressée à cet effet qui ne permet de retrouver une pratique que depuis 1995 et non 1985, sinon 1957. Le nombre exact des agents assermentés demeure donc en réalité inconnu, autant que le nom et la qualité de ceux-ci. Les données, outre leur caractère incomplet (Adami, Spedidam, par exemple), dénotent l'absence de politique en la matière et de cohérence des usages administratifs. Par exemple, la SACEM disposerait de 23 agents partagés avec la SDRM, de 5 agents en propre, et de 5 autres agents au titre de SESAM, partagés avec la SDRM, Copie France et Sorecop qui dispose par ailleurs d'un agent, alors que Copie France ne dispose pas d'agent en propre.

La désignation des agents, en réalité par le Directeur de l'Administration Générale du Ministère de la culture, ne traduit pas un contrôle de la réalité des missions effectuées et de la cohérence des regroupements d'organismes pour lesquels les missions sont effectuées. Un tel tableau est par ailleurs incapable de déterminer le nombre d'agents

effectivement en exercice, puisque les interruptions de travail ne sont pas prises en compte. On note aussi au passage qu'un faible nombre d'agents assermentés est chargé de la lutte contre la contrefaçon de logiciels (10 sur 78), sans commune mesure avec les taux de contrefaçon constatés. On s'aperçoit enfin que les agents assermentés de l'ALPA sont en réalité désignés par le CNC sans que les services du Ministère de la culture n'en assurent le contrôle ou en soient informés. Il est à noter que l'activité de l'ALPA en forte décroissance n'a guère été mise en cause par les administrations publiques alors que celle-ci est la seule qui reçoit une subvention publique, de surcroît significative puisqu'elle s'élève à 122 545,67€ en 2002.

Désignation des agents assermentés selon les arrêtés

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total
Sacem/SDR M	2	2	6	1	1	5	4	2	23
SPPF							2		2
SPRE			5		4	1	5		15
CFC							3		3
ADAGP							1		1
SACD		2			1	1	4		8
SCPP						1			1
SCAM						2			2
SACEM							5		5
SORECOP			1						1
SESAM SACEM SDRM Copie France SORECOP							5		5
APP		2		2		2			6
RAPPEL					1	1	2		4
ADAPI							2		2
Total	2	6	12	3	7	13	33	2	78

Source : MCC-DAG-BPLA

Par ailleurs, en l'absence de précision législative ou réglementaire sur la fin des fonctions, il est impossible de déterminer en fonction des départs d'agents assermentés désignés par les organismes, de déterminer le nombre exact des agents en fonction. S'agissant de l'action même en faveur de la lutte anti-contrefaçon, aucune action n'est prévue et la connaissance des pratiques s'avère insuffisante.

Proposition 4.10.

Mettre à jour l'ensemble des désignations des agents assermentés en exercice par un renouvellement des assermentations et établir un suivi annuel d'activité de chaque agent, justifiant un renouvellement automatique d'agrément, voire un retrait. Rendre publique les désignations des agents assermentés par une publication au Journal Officiel d'un arrêté ministériel.

4.2.2. ORGANISER ET RENFORCER LES ORGANISMES PROFESSIONNELS.

L'ensemble des acteurs s'est montré favorable, notamment au regard des éléments de fragilité du régime juridique mais surtout au potentiel d'utilité qu'il recèle en matière de lutte contre la contrefaçon numérique, de clarifier, conforter les compétences des agents et d'offrir des garanties à leurs actions.

Cette perspective, déjà présentée dans le rapport du Conseil d'Etat, apparaît d'autant plus utile qu'elle est en mesure de répondre efficacement au problème de tolérance de la contrefaçon et au manque de moyens d'y faire face. Cela suppose des modifications législatives et réglementaires sur un certain nombre de questions, mais aussi de pratiques.

4.2.2.1. Préciser la qualité des “organismes professionnels”.

La loi du 3 juillet 1985 actualise la loi de 1957 en conférant aux SPRD, notamment de droits voisins la faculté de demander des agents assermentés, mais elle ouvre de manière imprécise et très large le champ des organisations susceptibles de présenter des agents assermentés. La notion d’ “organismes professionnels d’auteurs” ne recouvrait en réalité que les sociétés d’auteurs⁰, alors que la loi du 3 juillet 1985 substitue, l’expression “les organismes professionnels d’auteurs” et “les sociétés mentionnées au titre II du présent livre”. Le seul arrêté intervenu depuis, abrogeant le précédent et demeuré en vigueur, confirme cette analyse puisqu’il n’y ajoute que la SCAM et précise les conditions d’assermentation.⁰

Il semble bien que depuis la loi du de 1985, deux types d’organisation contribuent à la défense des droits de propriété littéraire et artistique et que leurs situations juridiques sont indifférentes à la désignation d’agents assermentés :

- d’une part, les SPRD à l’égard desquels l’article L.321-1 du CPI prévoit que “les associés doivent être des auteurs, des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, des éditeurs, ou leurs ayants droit. Ces sociétés civiles régulièrement constituées ont qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont elles ont statutairement la charge.”.⁰ Sont assermentés dans ce cadre des agents salariés de la SACEM-SDRM, SCPP, SPPF, SACD, ADAMI, SPEDIDAM, SDAGP, CFC mais aussi de l’APP, constituée en société d’auteurs.
- d’autre part, aux termes de l’article L. 331-1 du CPI les “organismes de défense professionnelle régulièrement constitués” pour avoir “la qualité d’ester en justice pour la défense des intérêts dont ils ont statutairement la charge” ; sont assermentés dans ce cadre des agents salariés de l’ALPA, de RAPPEL et de l’ADAPI.

L’exercice tendant à fixer par arrêté les organismes habilités à désigner des agents à assermenter implique de formuler des critères en mesure de motiver les acceptations et refus de désignation d’agents auprès de certains organismes. S’il apparaît qu’au cours des années précédentes, une seule demande a été refusée à une association, au motif qu’existaient déjà des organismes de défense professionnelle, la situation peut se reproduire. Car, le simple fait de conférer statutairement une mission de défense professionnelle des auteurs, justifie de la faculté d’obtenir des agréments de la part du Ministère de la culture. Rien n’interdit donc a priori la multiplication d’associations ayant cette vocation au titre de l’article L. 331-1 du CPI, sans que soient distinguées la défense des auteurs, artistes et interprètes, producteurs, éditeurs (de presse, de logiciels, etc.), de celle des droits voisins de diffusion.

Les critères de distinction à mettre en œuvre pour la fixation des organismes pouvant obtenir la désignation d’agents pourraient, par souci de cohérence, relever de dispositions du Code de la propriété intellectuelle, retrouvant ainsi les préoccupations initiales du législateur de la loi de 1957 et de 1985, en particulier certaines des dispositions des articles L.321-1 et suivants.

Ainsi, la nature des droits de propriété littéraire et artistique peut justifier que ces organismes soient le fruit d’associations “des auteurs, des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, des éditeurs, ou leurs ayants droit ” ou des organismes fédérant ce type d’association ou société.

Proposition 4.11.

Fixer par arrêté du Ministre de la culture et de la communication la liste des organismes de défense professionnelle régulièrement constitués, aux fins de proposer au Ministère de la culture la désignation d'agents assermentés. Prévoir une extension des associations professionnelles pour assurer une protection en cas de double protection au titre de la propriété littéraire et artistique mais aussi au titre des dessins et modèles, notamment pour le secteur du design, de la mode, etc.

4.2.2.2. Organiser un contrôle d'activité et du financement.

Dans un souci de renforcement des mesures de lutte contre la contrefaçon et des compétences des agents assermentés, il convient, à titre de garanties, de prévoir des règles de nature à contrôler les organismes habilités à désigner des agents, mais aussi les conditions financières de la réalisation de ces missions.

1. Un régime de contrôle des organismes habilités à désigner des agents.

Les organismes eux-mêmes susceptibles de bénéficier d'agrément du Ministère de la culture et de la communication pour la désignation d'agents assermentés pourraient à ce titre faire l'objet d'un cadre de contrôle, justifié en particulier par le renforcement des compétences des agents assermentés.

L'essentiel de ce régime pourrait être inspiré des règles de contrôle des Sociétés de gestion collective. Il pourrait à ce titre comprendre les éléments suivants :

- un contrôle des statuts des organismes considérés, fondé sur l'article 321-12 du CPI ;
- un contrôle des moyens humains et matériels mis à la disposition de l'accomplissement des missions des agents assermentés, inspiré de l'article 321-3 du CPI ;
- enfin, un compte rendu annuel des comptes et d'activité devrait être communiqué au Ministre de la culture, selon des dispositions de l'article L.321-12 du CPI ; compte tenu de son objet, il pourrait être transmis pour information aux Ministres de la justice, de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, ainsi que de la Sécurité intérieure.

Le respect de ces conditions permettrait de considérer une tacite reconduction annuelle de la validité des agréments délivrés pour assermentation. Devrait être aussi instituée l'obligation d'informer sur toute modification professionnelle des agents de manière à assurer une comptabilité exacte de leur nombre et à rendre publique la liste des agents assermentés en exercice.

Proposition 4.12.

Etablir un régime juridique et pratique inspiré des articles L.321-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle pour constituer un contrôle des organismes ayant obtenu la désignation d'agents assermentés dont la liste devrait être publiée au Journal officiel et rendue publique, notamment en ligne sur divers sites relatifs à la contrefaçon et aux réseaux.

2. Le financement des actions des agents assermentés.

Le financement de l'activité des agents assermentés répond à une assez grande diversité de situations. Trois catégories principales peuvent être distinguées : une part des frais de gestion des sociétés civiles ; le financement à l'acte à l'instar d'une prestation de services ; la transaction avec le contrefacteur.

Dans la majorité des situations – celle des SPRD, mais aussi de l'ALPA et de RAPPEL, les agents assermentés sont salariés (cf. *supra*) ce qui ne pose pas de difficulté spécifique quant au financement. De fait, seuls les deux derniers types de situation peuvent soulever des difficultés d'appréciation sur la diversité des pratiques voire sur la légalité des méthodes de financement.

L'APP procède essentiellement selon une approche de prestation de services à la demande des auteurs et éditeurs victimes de contrefaçon, les compétences techniques et le travail juridique réalisé, justifiant une facturation à l'acte de montants équivalents ou supérieurs aux actes de constatation que peuvent réaliser les huissiers. Dans ce cadre et alors même que l'APP est constituée en société d'auteurs, le recours à un agent assermenté constitue une offre de prestation sur le marché de la lutte anti-contrefaçon, indépendamment d'une catégorie de "répertoire" puisque des contrefaçons de programmes d'ordinateur, de bases de données, mais aussi de toute autre œuvre protégée peuvent faire l'objet de procès verbaux.

L'ADAPI, en revanche, procède d'une manière particulière en obtenant, par mandat d'éditeur – en réalité exclusivement de *Microsoft France*, une indemnité forfaitaire et transactionnelle, succédant à une régularisation de la part des entreprises au sein desquelles des actes de contrefaçon ont été constatés. Cette formule destinée au financement des activités propres à l'association peut être justifiée au titre des règles fixées aux articles 1689 et suivants du Code civil, permettant aux éditeurs de logiciels concernés une cession de créance de réparation. Toutefois, elle semble s'écarter sensiblement du régime de réparation des atteintes au droit de la propriété littéraire et artistique, en se fondant exclusivement sur une logique de contrôle du respect des règles contractuelles entre l'éditeur de logiciel et l'utilisateur. Il conviendrait que les éditeurs de logiciels, titulaires des droits, perçoivent directement les rémunérations réparatrices, la rétrocédant aux organismes prestataires.

Un souci de clarification des financements, notamment dans une logique d'extension des moyens financiers à travers une modification de l'article L.321-9 du CPI (cf. *infra*) devrait conduire à ce que le contrôle du financement relève directement (SPRD) ou indirectement ("organismes professionnels" qui sont le plus souvent bénéficiaires des sommes prévues à l'article L.321-9 du CPI) des compétences de la Commission permanente de sociétés de perception et de répartition des droits prévue à l'article L.321-5 du CPI. Un rapport particulier sur le financement de la lutte contre la contrefaçon serait à cet égard très utile.

Sous la condition d'une mise en œuvre d'une part des précisions nécessaires relatives au droit d'ester en justice des organismes désignant des agents assermentés, et d'autre part, d'un régime de contrôle d'activité et financier, ainsi que de modalités de publicité des agents eux-mêmes, il serait opportun de créer une présomption de titularité pour agir contre la contrefaçon. ()

Cette présomption simple, justifiée par le principe selon lequel la bonne foi du titulaire est présumée ⁰, apparaît aux titulaires de droits comme un moyen particulièrement efficace d'agir contre la contrefaçon, tant auprès des services des administrations que des autorités judiciaires. Elle pourrait notamment prendre effet dans le cadre de la procédure de notification et de retrait prévue avec les intermédiaires techniques (cf. *supra*) afin de diminuer le nombre d'interlocuteurs.

Cette présomption, accordée sous réserve de l'accomplissement des conditions évoquées ci-dessus, participerait à l'extension des instruments juridiques de lutte contre la contrefaçon qu'envisage de développer la DG Marché intérieur dans le cadre du projet de directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle. L'évolution législative préconisée placerait le droit positif français dans une situation de protection connue d'autres pays européens, ainsi par exemple de la récente législation irlandaise.⁰

Proposition 4.13.

Prévoir une présomption simple de titularité des droits aux sociétés et aux organismes représentatifs des droits des producteurs, éditeurs, auteurs, artistes et interprètes, dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon dont pourront se prévaloir les agents assermentés pour l'accomplissement de leurs missions.

4.2.3. HARMONISER ET RENFORCER LES COMPETENCES AGENTS.

A côté d'une clarification du régime juridique des organismes appelés à bénéficier de la désignation d'agents assermentés, ce sont les compétences mêmes des agents qui méritent d'être précisées et sans doute renforcées pour mieux contribuer à la lutte contre la contrefaçon.

4.2.3.1. Une nécessaire clarification des compétences.

Les dispositions du Code de la propriété intellectuelle quant aux agents assermentés distinguent de manière peu précise les statuts respectifs des agents assermentés du CNC de l'ensemble des agents assermentés dont le régime a été créé pour la lutte contre la contrefaçon. Or, si un seul texte législatif a formé le régime des agents assermentés des agents du CNC et des autres organismes de défense professionnelle, les compétences des uns et des autres ne se recoupent pas. La modification actuelle du statut des agents assermentés à laquelle procède le CNC pour le compte de ses agents constitue non plus une occasion mais une condition nécessaire à une clarification des compétences des autres agents assermentés, même si le flou a certes bénéficié aux pratiques des agents assermentés par le Ministère de la culture et de la communication.⁰

En effet, on constate que l'ALPA entretient une confusion dans la présentation de son action puisqu'elle revendique dans le champ des compétences de ses agents le pouvoir conféré à l'article 52 de la loi du 3 juillet 1985 "d'avoir regard sur les pièces comptables et extra-comptables".⁰ De plus, l'ALPA considère rappelle succinctement l'existence des règles de la "chronologie des médias", laissant supposer que ses agents assermentés peuvent constater les infractions à ces dispositions, dont les effets sont indubitablement essentiels au respect des rémunérations dues aux titulaires de droits, mais d'une nature distincte du CPI.

Les compétences des agents assermentés du CNC

Le Code de l'industrie cinématographique a établi un régime spécifique des inspecteurs concernant ses agents. L'article 18 de ce code établit une incrimination pénale pour défaut de déclaration de recettes de la part de dirigeants d'entreprises d'exploitation d'entreprise cinématographique, en conférant au Directeur général du CNC des compétences particulières, notamment celui de porter plainte auprès du Procureur de la République et de communiquer celle-ci à toute personne lésée.⁰

Le même Code, pour l'application des décisions réglementaires prises dans le cadre de ses missions et en particulier celle "3° De contrôler le financement et les recettes des films" (Art. 2), notamment selon les conditions de projection et location, confère à son Directeur général du CNC la capacité de prononcer "des sanctions sur proposition d'une commission, présidée par un magistrat de l'ordre administratif, et dont la composition est fixée par décret en Conseil d'Etat" à l'encontre d'entreprises cinématographiques (Art.13)⁰. Il prévoit enfin, aux termes de l'article 52 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 un régime juridique par lequel les activités d'édition, de reproduction, de distribution, de vente, de location ou d'échange de vidéogrammes destinés à l'usage privé du public, sont soumises au contrôle du Centre national de la cinématographie, par lequel "les agents assermentés du Centre national de la cinématographie ont le droit d'obtenir communication de ces documents de caractère comptable ou extra-comptable."

Cette dernière disposition s'articule avec le champ d'application de l'article L.331-5 du CPI et suppose que puissent être exercées les compétences des "agents assermentés désignés selon les cas par le Centre national de la cinématographie, par les organismes professionnels d'auteurs et par les sociétés mentionnées au titre II du présent livre." (SPRD).

Compte tenu des pouvoirs et des garanties qu'ils nécessitent, tels que l'article 52 de la loi du 3 juillet 1985 les confère aux agents assermentés, et en dépit de l'article L.331-5 du CPI qui leur donne un champ d'exercice commun, il convenait de distinguer le statut et les compétences des agents du CNC de ceux qui sont assermentés au titre du CPI. Le projet de décret modifiant le décret du 28 décembre 1946 relatif aux sanctions du Directeur général du CNC s'imposait pour encadrer les compétences des inspecteurs du CNC. Ce faisant, devront être distinguées les compétences accordées pour la constatation des infractions passibles de sanctions administratives "aux agents du CNC commissionnés à cet effet par le Directeur général", des compétences des agents assermentés au titre de l'article L.331-5 du CPI. Dans ces conditions de clarification, seuls les premiers pourront "sur présentation de leur commission délivrée par le directeur général du CNC" et avec l'accord des intéressés, entrer dans les locaux professionnels des établissements qu'ils sont chargés de surveiller et demander communication de tous documents utiles."

L'approche du CNC doit pouvoir constituer un modèle pour établir une nécessaire distinction entre les compétences des agents publics assermentés et des agents assermentés, salariés de droit privé d'organismes de défense professionnelle des droits de propriété intellectuelle. Réalisée sous forme réglementaire pour modification du décret du 28 décembre 1946 relatif à l'exercice du pouvoir de sanction, cette évolution opportune ne pourra faire l'économie d'une modification de l'article L.331-1 du CPI afin de dissiper toute confusion entre les compétences et les pratiques des agents assermentés du CNC et les autres agents assermentés, chargés le cas échéant, d'assurer la constatation des mêmes infractions prévues à l'article 52 de la loi du 3 juillet 1985.

En effet, en l'état, un procès verbal constatant une infraction à l'article 52, s'il est réalisé par un agent assermenté au titre de l'article L.331-5 du CPI, aurait sans doute pour effet d'être mis en cause, justifiant de l'annulation d'une procédure fondée sur lui, mais encore attesterait qu'il a été réalisé dans des conditions procédurales fragiles puisque réalisé sans titre pour être opéré dans des locaux professionnels, voire à partir de documents fournis à cette occasion. Ainsi, s'il convenait de distinguer clairement le régime juridique des inspecteurs du CNC de celui des agents assermentés au titre de l'article L.331-2 du CPI, la modification réglementaire projetée a pour conséquence indirecte de fragiliser la base légale et les conditions procédurales d'établissement des procès verbaux d'agents assermentés au titre de l'article L.331-1 du CPI, en ce qui concerne notamment l'application de l'article 52 de la loi du 3 juillet 1985. De fait, une grande partie des missions de l'ALPA se trouvera en difficulté, tant que l'article L.331-1 du CPI n'aura pas été modifié. Cette conséquence s'étend naturellement à tout contrôle sur place et à toute obtention de documents dans ces conditions. Sont donc aussi affectées par cette clarification une partie non négligeable des missions de RAPPEL, mais surtout l'activité de l'ADAPI.

L'effort de clarification devrait aussi comprendre la mise en œuvre d'éléments justifiant la délivrance d'agrément fourni à titre personnel. Or, dans la pratique administrative, la désignation des agents assermentés répond à un minimum de conditions (nationalité française, fourniture d'un bulletin n° 3 du Casier judiciaire national). Si, pour autant qu'on peut en juger, on compte parmi les agents chargés effectivement de la lutte anti-contrefaçon, d'anciens officiers de police judiciaire, agents des Douanes, gendarmes et on note, soit des compétences juridiques ou techniques réelles, aucune condition professionnelle n'est requise. Or, pour la lutte contre la contrefaçon numérique, des conditions de cette nature semblent indispensables et une formation professionnelle pourrait être très utile.

Proposition 4.14.

Instituer des conditions d'habilitation des agents assermentés en termes d'aptitudes professionnelles. Mettre en œuvre une formation commune comportant

en particulier une dimension juridique, procédurale mais aussi une formation aux technologies de l'information.

4.2.3.2. Confirmer la compétence territoriale nationale.

Certains doutes ont pu naître quant à la compétence territoriale des agents assermentés puisque ceux-ci prêtent serment dans le ressort du tribunal d'instance de l'organisme professionnel qui les désigne ou de leur domicile.

L'ADAPI en particulier a considéré que l'assermentation devant être réalisé devant le Président du tribunal d'instance du domicile des agents, en l'espèce à Marseille, leurs compétences étaient limitées au ressort du tribunal. Le seul point d'appui juridique est constitué par l'arrêté du 16 septembre 1981 qui avait précisé ce point, en offrant une grande latitude au Ministère de la culture.⁰ En effet, il prévoit que :

“L'agrément peut être conféré par le Ministre chargé de la culture pour tout le territoire sur lequel s'exerce l'activité de l'organisme professionnel d'auteurs intéressé ou pour la circonscription pour laquelle les agents désignés sont habilités à représenter ledit organisme.

Ces agents doivent être français, majeurs et jouir de leurs droits civils et politiques. Ils doivent prêter serment devant le président du tribunal d'instance du siège social de leur société ou devant celui du siège de leur agence.”

Par conséquent et même si cet arrêté est antérieur à la loi de 1985, il semble que les doutes évoqués puissent être levés sur le fondement de ce texte de mise en œuvre générale : la compétence territoriale dérive dans le cas général de celle que se fixe statutairement l'organisme professionnel, et par exception sur une circonscription limitée, soit à la demande de l'organisme (il est en effet question d' "agence"), soit par la volonté du ministre chargé de la culture.

Proposition 4.15.

Confirmer la compétence nationale des agents assermentés et prévoir le cas échéant une organisation régionale dans le cadre d'un développement du nombre des agents assermentés.

4.2.3.3. La constatation et l'expertise.

L'analyse des procès verbaux réalisés par les différents organismes ne répond pas à une grande homogénéité et mériterait une harmonisation par la réunion d'agents assermentés des différents organismes et sociétés de gestion collective pour achever les efforts poursuivis en ce domaine.

Mais, au-delà de cet aspect sont en jeu la validité même de certains procès verbaux et la difficulté consistant à distinguer la constatation matérielle de la contrefaçon et l'analyse du caractère contrefaisant de tel ou tel contenu. La jurisprudence témoigne de ce type de contestation mettant en cause la frontière entre la constatation et les commentaires sur l'existence de contrefaçons. Bien qu'il n'appartienne qu'au juge et à lui seul de qualifier les faits, ce qui a pour effet de ne pas mettre en cause un procès verbal qui aurait "incontestablement excédé les limites de sa mission", il serait préférable sous l'égide conjointe du Ministre de la culture et de la communication et de la Justice de travailler à la formalisation de procès verbaux homogènes et de tracer plus exactement cette frontière, par nature délicate à fixer.⁰

En outre, un minimum de dispositions offrant des garanties au regard du principe du contradictoire doit être envisagé. Sans doute est-il nécessaire sinon d'obtenir un visa de la ou les personnes dont l'activité fait l'objet d'un procès verbal. Si cette condition mérite des formalités spécifiques de transmission en matière de contrefaçon sur les réseaux, elle peut dans les situations générales s'inspirer des dispositions réglementaires relatives aux procès verbaux des enquêteurs de la DGCCRF.⁰

Il est nécessaire d'ailleurs de souligner la nécessité de rédiger et transmettre les procès verbaux dans des délais pertinents. Or selon les organismes et les agents assermentés, les délais moyens de rédaction s'établissent dans une fourchette d'un à trois mois. Cet échange d'informations pourrait donner lieu, le cas échéant, à des observations, transmises avec le procès verbal au juge. En ce domaine, le régime à créer pourrait s'inspirer par exemple des méthodes retenues pour les agents assermentés par le ministre chargé des hydrocarbures qui impose qu'une copie du procès verbal est remis et que le procès verbal peut donner lieu à des observations écrites sous condition de délai.⁰ Ces règles ne devraient pas porter atteinte, d'une part à la présomption de bonne foi dont bénéficient les agents, d'autre part, à l'engagement de procédures au fond.

Enfin, dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon de logiciels professionnels, les agents assermentés de l'ADAPI avaient pris pour méthode, par souci de commodité et de célérité, d'introduire une disquette de contrôle dans les postes de travail.⁰ Cette pratique traduisait soit une méconnaissance de dispositions législatives, soit une légèreté à l'égard des risques d'incriminations pénales susceptibles de porter atteinte à l'ensemble du régime des agents assermentés.⁰

Proposition 4.16.

Réunir les organismes professionnels et leurs agents pour établir, selon les catégories de contrefaçon, des procès verbaux harmonisés, et une pratique offrant, dans des cas spécifiques ne diminuant pas l'utilité de la célérité de cette procédure, des garanties aux contrefacteurs présumés.

Les techniques mêmes de constatation des infractions sur les réseaux, et en dépit de la déontologie des agents peuvent conduire à des interrogations en terme de respect de la vie privée qui ont déjà été soulevées par des autorités indépendantes en Europe.⁰ Cette question qui devrait être abordée dans le cadre des travaux du CSPLA relatif aux relations entre respect du droit de la propriété intellectuelle et respect de la vie privée ne sera que mentionnée.

Par ailleurs, la compétence et l'expérience des agents peuvent conduire à des situations où les mêmes agents qui ont réalisé un procès verbal constituant le point de départ d'une procédure, sont employés dans le cadre d'une procédure judiciaire comme experts hors liste. En effet, en vertu du Code de procédure pénale, les agents assermentés peuvent être requis par des officiers et agents de police judiciaire pour assurer une aide lors des saisies. Ce rôle d'expertise, justifié par leur expérience professionnelle, confirme leurs qualifications et leurs compétences.⁰ Mais cette situation conduit l'agent assermenté à se trouver à plusieurs stades d'une procédure non contradictoire s'agissant de délits pour lesquels la bonne foi est toujours supposée du côté des victimes de contrefaçon. Le risque d'annulation de procédures n'est pas absent au regard des principes touchant au caractère équitable des procédures au titre de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si l'assistance d'un expert est en effet prévue dans le cas des saisies contrefaçon pour la protection des logiciels et bases de données (Art. L.332-4 du CPI), le juge a exigé que le choix de celui-ci, même désigné par le demandeur, ne puisse être porté sur le président d'un organisme professionnel ou un agent assermenté.⁰

Dans ce contexte, une solution s'inscrivant dans la perspective de renforcement des compétences des agents assermentés pourrait consister à prévoir expressément la compétence d'expertise des agents assermentés. Cependant, dans ce cas de figure, la question du lien de travail entre les organismes professionnels et les sociétés de perception de répartition des droits, demeurerait sans doute un obstacle pour considérer comme absolue l'indépendance dont devraient alors jouir les agents assermentés.

4.2.3.4. Le contrôle sur place de la contrefaçon de logiciels

Puisqu'une très grande part de la contrefaçon de logiciels concerne les logiciels professionnels, les modalités d'un contrôle efficace posent nécessairement la question des contrôles dans les locaux professionnels pour s'assurer de la concordance des logiciels installés sur un poste de travail informatique avec la détention des licences. Le contrôle sur place est une condition nécessaire pratique à l'exercice de la compétence de constatation.

Cette situation pratique n'est guère différente de celle que connaissent les agents assermentés du Service de la redevance audiovisuelle qui sont chargés d'effectuer le contrôle des déclarations faites par les détenteurs d'appareils, puisqu'ils ne peuvent que constater les infractions sans disposer d'un droit d'entrée au domicile ou dans des locaux professionnels.⁰ Elle n'est pas non plus différente des compétences de contrôle dans les locaux professionnels des enquêteurs de la DGCCRF et des autres catégories d'agents compétents dans la recherche et la répression des fraudes. Ceux-ci voient en effet leurs compétences strictement encadrées aux articles L.215-1 et suivants du Code de la consommation, notamment par l'autorité judiciaire en cas de visites et obtentions de documents.

Il en va de même par exemple des agents assermentés de l'Office National des Forêts qui "recherchent les objets enlevés par les auteurs d'infractions jusque dans les lieux où ils ont été transportés et les mettent également en séquestre." mais "ne peuvent néanmoins s'introduire dans les maisons, bâtiments, cours adjacentes et enclos, si ce n'est en présence soit du juge chargé du tribunal d'instance, soit du maire du lieu ou de son adjoint, soit du commissaire de police" (Art. L.152-2 du Code forestier).

Dans tous ces cas, et sans doute plus encore s'agissant d'agents assermentés salariés d'organismes privés, les mesures de contrôle sont ou doivent être très clairement encadrées par des règles de protection du principe d'inviolabilité du domicile et d'accès dans les locaux professionnels.⁰ L'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme pouvait justifier d'accorder un pouvoir de perquisition fiscale, suspendu à l'autorisation du juge et sous son contrôle effectif.⁰ Il n'en va pas de même des agents assermentés au titre de l'article L.331-1 du CPI qui pour constater de la non violation des droits des titulaires de logiciels professionnels, sont conduits à opérer des vérifications sur place. Car pour opérer des constats, les agents sont conduits à "rechercher" les infractions, donc à accéder aux locaux professionnels.

Or, le Conseil constitutionnel a censuré par exemple les dispositions de l'article 40 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications sur les compétences des fonctionnaires assermentés de l'administration des télécommunications. Il prévoyait que pour assurer un contrôle d'ordre administratif, il leur sera loisible, non seulement de "constater" des infractions à la législation sur les télécommunications en dressant à cet effet un procès-verbal, mais également de les "rechercher" ; qu'à cette fin, ils pourront accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage et de "demander la communication de tous documents professionnels et en prendre copie, recueillir, sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications". En dépit des garanties apportées par cet article, - sans commune mesure avec celles dont est entourée l'action des agents assermentés par le

Ministère de la culture, puisque le législateur n'en a pas prévu, -, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition.⁰

La difficulté tient à la confusion de l'action de recherche et de constat qu'entretiennent nécessairement les compétences des agents assermentés dans la lutte contre la contrefaçon de logiciels. Si leur mission consiste à constater la matérialité des infractions, ils sont obligés d'en effectuer la recherche, et ils exerceraient à la fois des missions de police administrative et judiciaire. En l'état, les dispositions de l'article L.331-1 du CPI n'offrent manifestement aucune des garanties suffisantes pour encadrer les conditions d'accès dans les locaux professionnels, voire mixtes, que nécessitent le contrôle de logiciels professionnels par la remise de documents autorisant leur exploitation.

Si la lutte contre la contrefaçon de logiciels professionnels semble ne pouvoir être réalisée sans que soient assurés en pratique des contrôles sur place dans des locaux professionnels, voire mixtes, ainsi que la remise des documents attestant du droit d'utilisation, il convient :

- soit de ne laisser l'exercice de ces compétences qu'aux seuls officiers de police judiciaire ;
- soit de prévoir un régime juridique spécifique d'agents assermentés en ce domaine pouvant s'inscrire dans une logique de contrôle de déclarations écrites et en cas de refus des entreprises à ce que soient effectués des contrôles sur place sous condition d'autorisation judiciaire.

Cette seconde approche pourrait utilement se combiner avec la mise en œuvre d'ordonnance sur requête autorisant l'agent assermenté à effectuer un contrôle sur place. C'est d'ailleurs une pratique procédurale déjà utilisée dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon de logiciels, grâce à laquelle le juge ordonne à un huissier la constatation d'une contrefaçon arguée et par laquelle le procès verbal est signifié au contrefacteur. A priori plus contraignante initialement, cette pratique procédurale offre ultérieurement de meilleures garanties quant au sort du jugement au fond.

4.2.3.5. L'ouverture du recours aux agents assermentés.

L'état actuel du droit positif conduit à limiter le recours aux agents assermentés aux associés des sociétés de perception et de répartition des droits, aux organismes professionnels pour une catégorie de droits à protéger (ALPA, RAPPEL, ADAPI) ou aux demandes faites au titre de prestations de services à certains autres organismes comme l'APP, en l'occurrence spécialisée. Cette situation ne semble pas de nature à offrir de manière équitable l'accès à cette procédure qui doit pouvoir être ouverte pour la constatation de la violation de l'ensemble des droits de la totalité des titulaires. Il conviendrait à cet égard qu'à défaut d'évolution des missions des organismes actuels de lutte contre la contrefaçon, qu'une nouvelle association puisse se voir désigner des agents assermentés pour la défense par exemple :

- de la totalité des droits voisins, y compris des radiodiffuseurs ;
- des droits des titulaires qui n'en auraient pas confié la gestion à une société de gestion collective ;
- à terme, des atteintes portées au dispositif de protection des oeuvres si elles font l'objet d'une incrimination au titre du Code de la propriété intellectuelle.

Proposition 4.17.

Favoriser l'émergence d'un organisme professionnel susceptible de répondre au souci d'ouvrir l'accès aux compétences des agents assermentés pour les violations de droits insuffisamment visées dans l'état actuel de la lutte contre la contrefaçon, en particulier pour la lutte contre la contrefaçon de logiciels.

5 - POLITIQUE DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON

Au plan international comme de l'Union européenne l'objectif de respect des droits de propriété intellectuelle a cessé d'être pensé exclusivement comme une succession de progrès des normes internationales, législatives et réglementaires. La législation nationale qui demeure sans doute la plus protectrice doublée de procédures rapides et efficaces connaît certaines limites ou défauts qui peuvent être corrigés. Mais, ces améliorations qui ne sauraient produire tous leurs effets sans une mobilisation institutionnelle et une politique de soutien financier et pratique.

5.1. MOBILISER L'ORGANISATION PUBLIQUE ET PRIVEE

Que ce soit pour les pouvoirs publics ou pour les institutions privées intéressées par la lutte contre la contrefaçon, le système institutionnel ne semble plus adapté à une lutte contre des formes de contrefaçon qui ignorent les distinctions juridiques, les segmentations des secteurs culturels, les frontières nationales et sait, par une logique coopérative en temps réel, se déjouer des acteurs et instruments de lutte. La prise de conscience de ce défi est très largement partagée et mûre, mais les évolutions institutionnelles restent à réaliser.

5.1.1. CREER OU RELANCER UNE COOPERATION ADMINISTRATIVE.

Administrativement et effectivement, l'essentiel de la lutte contre la contrefaçon est du ressort du Ministère de l'Industrie et de la Direction générale des Douanes et droits indirects. Elle s'appuie notamment sur l'action du Comité National Anti-contrefaçon. Le Ministère de la culture et de la communication est beaucoup moins impliqué administrativement et institutionnellement dans cette politique.

5.1.1.1. Accroître l'interministérialité.

Les distinctions juridiques entre le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de propriété industrielle, ainsi que les effets institutionnels qu'elles induisent ne sont pas favorables à la prise en compte commune et coopérative de l'enjeu horizontal de la contrefaçon, alors même que l'environnement numérique tend à unifier un certain nombre de problématiques.

Institutionnellement et respectivement chargés du droit de la propriété littéraire et artistique et du droit de la propriété industrielle, le Ministère de la culture et de la communication et le Ministère de l'Industrie n'ont pas d'enceinte commune de réflexion et de dialogue sur l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle, par exemple avec le Conseil supérieur de la propriété industrielle qu'il faudrait aussi relancer. Or, cette insuffisance affecte l'essentiel des intérêts économiques concernés par la lutte contre la contrefaçon concerne surtout la protection juridique des dessins et modèles qui ne fait pas assez l'objet d'un travail interministériel.

La création du Comité National Anti-Contrefaçon auprès du Ministère de l'Industrie a permis de résorber partiellement ce défaut en s'ouvrant aux représentants des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique. Parallèlement, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique comprend de droit un représentant du Ministère de l'économie et des Finances, en réalité du Ministère de l'industrie ; en outre, et notamment pour répondre à ces besoins, Mme Brigitte Douay, Présidente du Comité National anti-contrefaçon, a été nommée parmi les personnalités qualifiées du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

Mais, au-delà de ces manifestations formelles, la coopération, voire l'information interministérielle sur l'ensemble de la propriété intellectuelle, est à peu près absente, quand des antagonismes persistants semblent devoir demeurer en dépit de la nécessité

commune d'assurer une protection des droits de propriété intellectuelle. Témoignent de cette carence les faits récents suivants : élaboration non coordonnée des textes relatifs à la protection des dessins et modèles, insuffisante politique commune dans le cadre des travaux de la DG Marché intérieur sur le plan anti-contrefaçon et la préparation de la directive relative au respect des droits.

L'absence d'une approche davantage coordonnée a produit une diminution de l'attachement aux protections des droits quand elle a résulté d'état d'esprit ou de cultures trop éloignées, par exemple sur la transposition des dispositions de la Directive commerce électronique concernant les prestataires techniques, et cela, malgré la nécessité d'assurer une protection de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, etc.

L'interministérialité nécessaire sur les questions relatives à la propriété intellectuelle, y compris sur des sujets par nature peu conflictuels comme la lutte contre la contrefaçon, n'a pas encore pu vaincre la poursuite souvent trop exclusive de la défense d'intérêts économiques et politiques distincts. En particulier, les difficultés à trouver un point d'équilibre sur la rémunération pour copie privée ont contribué à fermer les champs de coopération indispensables à court terme, notamment à l'égard des systèmes de protection technique des œuvres, de la responsabilité des intermédiaires techniques, et dans l'avenir de la transposition de la directive sur la lutte contre la contrefaçon.

Il conviendrait de multiplier des travaux communs dans ces domaines. A court terme, la concertation entre titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins et prestataires techniques souhaitée par le Ministère de la Culture et de la communication et menée jusqu'au printemps 2002 par le Ministère de l'Industrie devrait pouvoir être désormais pilotée conjointement afin de faciliter la découverte de solutions convergentes.

Proposition 5.1.

La création d'une cellule réunissant les responsables des droits de propriétés intellectuelles serait très utile dans le cadre d'une démarche conjointe des cabinets concernés, voire du Cabinet du Premier ministre. Elle pourrait comprendre, outre les responsables administratifs concernés du Ministère de la culture et de la communication, du Ministère de l'Industrie et de la Chancellerie, le Président du CSPLA, du Comité National Anti contrefaçon et le Directeur général de l'INPI. Elle aurait notamment pour fonctions de contribuer à l'émergence d'une défense unifiée des droits de propriété intellectuelle, de favoriser une plus large diffusion d'information entre les acteurs privés sur chacun de ces catégories de droits, et de veiller à la cohérence juridique de l'ensemble du Code de la propriété intellectuelle.

5.1.1.2. Aborder des sujets communs : logiciels, bases de données, dessins et modèles.

Recoupant les aspects précédents, les formes institutionnelles relatives à chacun des droits divergent. La mise en œuvre du droit de la propriété industrielle relève des missions dévolues à l'Institut National de la Propriété Industrielle qui contribue aussi à la lutte contre la contrefaçon, tandis que, de son côté, la propriété littéraire et artistique ne dispose pour sa mise en œuvre d'aucune institution analogue. Les fondements historiques et philosophiques de ces droits expliquent une asymétrie institutionnelle peu favorable à la mise en œuvre d'une politique commune de leur défense, sinon par les autorités judiciaires.⁰

La plupart des acteurs conviennent cependant que dans un nombre croissant de domaines, s'attiraient mutuellement ces deux droits, notamment en termes de protection (procédures de saisie contrefaçon, utilisation du droit de la marque, voire du brevet pour la protection des œuvres protégées par la propriété littéraire et artistique, règles de

nommage, développement de procédures de dépôt aux fins de détermination de l'antériorité et de la paternité par des SPRD, etc.). Plus fondamentalement, certaines catégories d'œuvres ou d'activités, se trouvent placées à la croisée de ces droits :

- la protection juridique au titre des dessins et modèles, mais aussi des marques est au centre d'activités économiques et créatives qui relèvent encore largement de l'action du Ministère de la culture et de la communication : la mode, la création industrielle et le *design*, la publicité. Le fait que l'essentiel de l'environnement juridique protecteur de ces domaines créatifs échappent aux compétences juridiques traditionnelles du Ministère de la culture et de la communication limite l'appréhension de leur situation économique et la nature de leurs besoins d'action publique.
- la protection des logiciels et la protection des bases de données par le droit *sui generis* sont l'objet d'interrogations importantes et récurrents de la part des acteurs économiques protégés par ce droit. Ces incertitudes concernent au premier chef les industries des logiciels de loisirs qui n'ont toujours pas trouvé d'interlocuteur public régulier. Elles concernent aussi les industries du logiciel professionnel. Sans préjudice du fond de ce débat, on constate qu'une partie significative des industriels, notamment du logiciel professionnel, est favorable au développement d'une protection juridique ressortissant du droit de propriété industrielle, sans rien reprocher d'ailleurs au droit de propriété littéraire et artistique. Les partisans du logiciel libre, opposants par construction, à la brevetabilité des logiciels, ne semblent pas trouver le droit de propriété littéraire et artistique assez souple, ou simplement assez connu d'eux, pour garantir certains des principes d'exploitation libre. Les questions relatives à la protection des logiciels et notamment à celle de leur brevetabilité n'ont, à cette date, toujours pas fait l'objet d'une approche concertée entre les Ministère de la Culture et de la communication et le Ministère de l'Industrie, expliquant les incertitudes et oscillations des positions françaises.

Proposition 5.2.

Former un groupe de travail sur les questions de la protection juridique des logiciels, ainsi que de leur brevetabilité et des moyens techniques de lutter contre leur contrefaçon. Il comprendrait, d'une part, le Ministère de la Culture et de la communication (y compris la Direction du développement des médias pour les questions touchant aux services d'accès conditionnels, moteur d'interactivité, etc.), et d'autre part, le Ministère de l'Industrie et l'INPI, mais aussi de la Recherche et des nouvelles technologies pour établir une position conforme à la cohérence des droits (dessins et modèles, logiciels, etc.) et à l'intérêt de l'ensemble des acteurs.

Dans un second temps, et sur la base d'une évaluation de cette expérience de collaboration plus soutenue entre les administrations compétentes sur les droits de propriété intellectuelle, il pourra être envisagé de favoriser une politique plus collective sur l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, intéressant aussi la communauté scientifique (Ministère de la Recherche et des Nouvelles technologies) et les utilisateurs, en particulier les enseignants (Ministère de l'Education Nationale). De nouveau, la question de la lutte contre la contrefaçon pourrait constituer un premier terrain d'une politique commune.

Débordant le seul sujet de la contrefaçon, cette approche apparaît à la plupart des acteurs publics et privés comme une nécessité préalable.

5.1.1.3. S'associer davantage avec les industriels contre la contrefaçon.

La distinction administrative relative aux droits de propriété intellectuelle recoupe et/ou renforce les catégories de publics comme interlocuteurs privilégiés de l'un ou l'autre Ministère au moment où des enjeux communs se dessinent : lutte contre la contrefaçon,

systèmes d'identification et de protection des œuvres. La lutte contre la contrefaçon doit permettre d'unir dans un même front ces catégories d'acteurs.

L'Union des Fabricants joue historiquement un rôle majeur dans la lutte contre la contrefaçon, mais s'est intéressée tardivement aux acteurs culturels, souvent peu mobilisés sur les mêmes problématiques.⁰ Sans doute l'ALPA, RAPPEL, mais aussi la SACEM, la SCCP et le SNEP sont-ils devenus adhérents de l'UFB, de même que Canal+ et TPS pour la protection des décodeurs. Ils peuvent ainsi participer à l'ensemble des actions de l'Union des Fabricants. Cependant, l'approche de la lutte contre la contrefaçon demeure assez légitimement et historiquement axée sur les biens physiques et sur la défense des marques, dans une moindre mesure sur la protection des brevets et des œuvres protégées par la propriété littéraire et artistique.

Malgré l'évidente convergence d'intérêts à développer en commun des actions de formation, de sensibilisation, etc., une relative incompréhension des enjeux propres aux droits de la propriété littéraire et artistique persiste. Dans le domaine de la protection des marques l'approche semble en revanche de plus en plus homogène. Cette incompréhension ou distinction d'intérêts économiques et culturels rend compte des difficultés rencontrées en 2001 et 2002 dans l'élaboration au sein du Comité National anti-contrefaçon d'une campagne d'information publique sur la contrefaçon.

En effet, alors que les acteurs industriels victimes de la contrefaçon s'efforçaient de valoriser les notions d' "authenticité", de "vrai", d' "original", les industries culturelles perçoivent précisément un péril dans l'environnement numérique qui rend vaine la distinction entre originale et copie. Les Ministères de la culture et de la communication et de l'Industrie pour des raisons proches n'ont pas non plus pu se mettre d'accord pour soutenir financièrement un tel projet.

D'un point de vue culturel et sociologique, s'accommodent encore assez mal un droit de propriété industrielle à vocation essentiellement de protection des investissements et de la concurrence et un droit de propriété littéraire et artistique destinée à la rémunération de la création à travers un cycle d'exploitation et de circulation des œuvres. C'est donc presque exclusivement dans le seul domaine de l'industrie des phonogrammes et des logiciels que des terrains communs se découvrent et principalement quant à la protection conjointe des marques.

Il convient donc de favoriser durablement les échanges d'information, l'ouverture réciproque des acteurs privés à leurs enjeux et leurs droits respectifs, pour constituer des actions communes et coordonnées. D'une part il est nécessaire que l'ensemble des maillons de la chaîne d'exploitation des droits soit partie prenante de l'action de l'Union des Fabricants. D'autre part, il reviendra utilement à celle-ci d'engager une réflexion et des actions davantage soucieuses des spécificités des droits de propriété littéraire et artistique et des formes de lutte contre la piraterie qu'ils connaissent. En particulier, et sans méconnaître la dimension prédominante de la contrefaçon de biens physiques, une réflexion prospective sur les formes de contrefaçon dans l'environnement numérique et par l'intermédiaire des réseaux doit pouvoir être initiée par les industries culturelles qui sont parmi les premières à avoir basculer dans l'économie numérique.

Proposition 5.3.

Nouer des relations entre le Ministère de la culture et de la communication et l'Union des fabricants et susciter des adhésions des acteurs de la filière de la création à cette association en lien avec des instances et organisations à l'échelle internationale. Contribuer à définir une stratégie pour les titulaires de propriété littéraire et artistique dans ce cadre.

5.1.2. MOBILISER ET PROFESSIONNALISER LES ACTEURS

La contrefaçon dans l'environnement numérique a eu tendance à développer auprès des acteurs privés une conscience collective de la communauté des enjeux et des risques encourus. Malgré une amélioration récente des coordinations ou des coopérations qui restent cependant marginales, les segmentations sectorielles ou d'intérêt, exprimées par la multiplicité des acteurs continuent de façonner le paysage institutionnel privé de la lutte contre la contrefaçon. Celui reste encore trop dominé par des luttes d'intérêt d'ordre institutionnel, voire personnel.

Or, face aux caractères de la contrefaçon numérique, cet héritage institutionnel et la diversité des pratiques mérite d'être rendu bien plus efficace et homogène. Des évolutions sont certainement nécessaires face au développement d'une contrefaçon numérique qui fonctionne en temps réel, en réseau coopératif et reste profondément indifférente aux statuts et intérêts en cause dans tel ou tel pays.

5.2.1.1. Limiter la concurrence dans la lutte contre la contrefaçon.

Par comparaison internationale, la représentation des intérêts des titulaires de droits nationaux apparaît éclatée et insuffisamment forte pour la lutte contre la contrefaçon.

Cette situation tient notamment à l'éclatement des organisations. De l'aveu des acteurs privés de la lutte contre la contrefaçon, des formes de coopération existent mais sont réduites. Les collaborations tiennent soit à l'environnement numérique qui fait qu'un même site met à disposition des produits contrefaits ressortissants de la musique, du multimédia ou du cinéma, soit à des accords passés entre les titulaires de droits et des organismes de lutte contre la contrefaçon, par exemple pour l'audiovisuel, l'ALPA au profit des membres de la PROCIREP, de l'USPA du SPI, de la FNEDF, du SEV, etc. La concurrence entre les acteurs privés conduit à limiter les collaborations, notamment en raison de la pluralité des plaintes potentielles pour un même site dédié à la contrefaçon.

Les réticences à des évolutions vers plus de centralisation, même de coopération, tiennent naturellement à des questions d'intérêts privés qui doivent céder le pas à une rationalisation des moyens : maintien d'organismes et de personnels pour eux-mêmes, conviction qu'une défense sectorielle est plus proche de l'intérêt des créateurs et producteurs du secteur considérés, spécificités des types de piraterie par catégories d'industries ou d'œuvres, réticence à la répartition des sommes versées au titre des dommages et intérêts fixés dans le cadre des procédures civiles, etc.

Au-delà, il en résulte une absence de stratégie des acteurs nationaux, tant vis-à-vis des pouvoirs publics nationaux que de la Commission européenne, un manque de conscience de la communauté d'intérêts à défendre des modifications du droit positif ou à participer conjointement à des actions communes. Ainsi, par exemple, les problématiques relatives à la protection juridique et technique des décodeurs numériques semblent à peu près complètement étrangères aux titulaires de droits, en dépit du manque à gagner de l'ensemble de la filière que ce type de contrefaçon produit.

5.2.1.2. Mettre en œuvre des outils de coopération et d'informations

Sans doute, n'apparaît-il pas souhaitable de centraliser de manière exclusive la lutte contre la contrefaçon autour d'un organisme unique ni de l'incarner par la désignation d'un "Monsieur/Madame Contrefaçon". La concurrence entre les organisations semble encore de nature à engendrer davantage d'émulation entre les acteurs et à prendre en compte certains types d'activité de contrefaçon. Mais, l'insuffisance de coopération apparaît dommageable dès lors que se posent à tous les acteurs des difficultés communes sans incidences sur leur activité propre.

Un large consensus des acteurs se réalise quant à la nécessité de développer une veille technologique commune qui puisse s'articuler avec la formulation de demandes d'évolutions juridiques. Ce type de compétences pourrait s'appuyer sur des associations existantes. De plus, plusieurs domaines appellent manifestement des réponses pratiques collectives en faveur d'une plus grande coopération, voire d'une unification institutionnelle partielle ou totale :

- création d'un support d'échange d'information, par exemple en ligne, sur les techniques, les méthodes, les pratiques, etc. de la lutte contre contrefaçon entre les organismes privés nationaux et notamment par et à destination de l'ensemble des agents assermentés ;
- mise en commun de l'information et point de contact collectif avec les institutions européennes ou internationales, notamment quant aux techniques douanières, aux aspects de protection et de piraterie technologiques, etc.

Proposition 5.4.

Création par les acteurs privés de la lutte contre la contrefaçon d'instruments, par exemple en ligne (site Internet, liste de diffusion), y compris en partenariat avec le Ministère de la culture et de la communication d'informations sur l'action et l'environnement, notamment technologique à la contrefaçon. Cette mobilisation des acteurs privés pourrait recevoir l'appui des pouvoirs publics en réunissant un groupe de pilotage de la lutte anti-contrefaçon des oeuvres numériques, par exemple au sein du CSPLA en liaison avec le Comité National Anti-contrefaçon.

5.2.1.3. Un élargissement possible des missions.

La création d'une agence commune de lutte contre la contrefaçon numérique semble s'imposer par souci d'efficacité en ayant renforcé préalablement les compétences des agents assermentés. Deux actions semblent devoir être menées de manière prioritaire par une telle agence regroupant l'ensemble des titulaires dans la lutte contre la contrefaçon numérique.

1. Mise en œuvre d'une base de données commune.

Pour ce type de contrefaçon, une grande majorité des acteurs privés se montrent favorables au regroupement des moyens et des personnels compétents (agents assermentés pour la veille Internet, en particulier). La création d'une "agence unique" spécialisée apparaît en effet la solution la plus pertinente compte tenu du fait que la numérisation des contenus conduit à des mises à disposition par les mêmes biais (sites, FTP, IRC, etc.) d'œuvres de différentes natures (phonogrammes, cinéma, logiciels de loisirs, etc.).

Dans cette configuration, l'agence de lutte contre la contrefaçon numérique aurait à regrouper les agents assermentés spécialisés dans le suivi des réseaux, sans préjudice des alertes nécessaires sur les risques spécifiques de contrefaçon de telle ou telle catégorie d'œuvres ou œuvres. L'agence aurait par ailleurs pour mission d'élaborer une base de données des œuvres, le cas échéant par interconnexion de fichiers propres à chaque catégorie d'œuvres pour faciliter leur propre mission de lutte contre la contrefaçon, mais aussi les services spécialisés de police et de gendarmerie, des douanes ainsi que des autorités judiciaires par exemple pour faciliter les ordonnances sur requête simples.

Proposition 5.5.

Le projet de guichet commun des droits doit prendre en compte la lutte anti-contrefaçon en prévoyant une fonctionnalité d'accès aux bases de données des œuvres pour favoriser la preuve de la titularité des droits. A défaut, des bases de données des phonogrammes, DVD, logiciels professionnels et de loisirs, etc. faciles d'accès tant aux personnes et organismes privés et publics (Douanes) chargés de la lutte contre la contrefaçon, pourraient être utilement mises en œuvre par une Agence de lutte contre la contrefaçon numérique.

2. Représenter une spécialisation dans la lutte contre la contrefaçon.

Le regroupement des moyens dans une agence unique ne doit pas empêcher de tenir compte des spécificités sectorielles et peut très bien conduire au maintien de spécialités par catégories d'œuvres, risques de contrefaçon, formes de contrefaçon, etc. Dans cet esprit, le regroupement de ces compétences humaines et techniques pourrait conférer à cette agence de lutte contre la contrefaçon numérique, en plus de la mission générale de constatation des infractions, d'autres fonctions :

- une fonction de représentation et d'interface unique avec les administrations chargés de la prévention et répression de la lutte contre la contrefaçon : douanes, police, gendarmerie, mais aussi justice.
- une fonction d'expertise technique et juridique au profit des ayants droit utile surtout dans les relations avec les acteurs privés concernés par la lutte contre la contrefaçon : organismes professionnels, entreprises du secteur des télécommunications (fournisseurs d'accès et d'hébergement en tout premier lieu) ;
- le cas échéant, dans le cadre de coopération à susciter et développer, une mission de représentation internationale avec les organismes étrangers analogues (FACT en Grande Bretagne, par exemple).

Dans une première phase, et pour tenir compte d'une réforme du régime des agents assermentés, le projet d'une telle agence pourrait prendre la forme d'une association commune des organismes ayant pour mission totale ou partielle de lutter contre la contrefaçon numérique.

Proposition 5.6.

Création d'une agence commune de lutte contre la contrefaçon numérique regroupant les agents assermentés spécialisés en ce domaine et poursuivant des missions de veille et développement technologique et de représentation des intérêts en cause auprès des pouvoirs publics et d'autres acteurs privés.

5.2. COMMUNIQUER ET FORMER.

Le souhait le plus unanimement exprimé par les titulaires de droits concerne l'évolution nécessaire de la prise de conscience des dangers de la lutte contre la contrefaçon. S'agissant des usages des réseaux numériques, il s'agit de passer d'un esprit ou d'une idéologie de la gratuité fondés sur la disponibilité des contenus, à des pratiques responsables des risques de la contrefaçon et respectueuse des droits en cause.

Les administrations chargées de la prévention et de la répression de la contrefaçon partagent cette analyse, tout en étant conscientes, d'une part, de la nécessité de mener une action résolue et durable en ce domaine pour inverser une tolérance très répandue, d'autre part, du fait que les résultats prendront du temps avant d'être obtenus. Pour l'ensemble des acteurs, cette indispensable politique doit reposer sur des actions de sensibilisation et d'information.

5.2.1. UNE POLITIQUE DE SENSIBILISATION ET D'INFORMATION.

Au-delà de l'intention générale, les difficultés à inverser en profondeur un état d'esprit ont rapidement tendance à faire douter des moyens à mettre en œuvre. Ainsi, les appréciations sur l'efficacité et l'utilité des types de mesures à lancer restent hétérogènes.

5.2.1.1. Les difficultés des campagnes publiques d'information.

La politique de prévention passe à l'évidence par le lancement de campagnes de communication ou d'information sur la contrefaçon, particulièrement des œuvres protégées par le droit de propriété littéraire et artistique. Toutefois, la plupart des acteurs n'envisage rien d'autre que l'actualisation de campagnes de communication lancées en 1990 ou 2000 pour la protection de la propriété littéraire et artistique ou en 2002 pour la protection des logiciels professionnels.

Or, la préparation d'une campagne nationale anti-contrefaçon en 2001 a fait l'objet d'une étude d'impact qui a montré que l'effet contre-productif était très réel, spécialement de la part des publics ciblés : jeunes, internautes. Sans doute est-ce l'image même de la piraterie qui n'apparaissait pas assez dissuasive et aurait-il mieux valu penser une campagne d'information publique en termes de trafic et de conséquences induites par le trafic. Mais, plus fondamentalement, une vaste campagne d'information contre la contrefaçon numérique échappe difficilement aux difficultés générales suivantes :

- les messages doivent être soigneusement étudiés pour éviter de développer une confusion de situations alors qu'existent des régimes juridiques distincts : copie privée, de sauvegarde, piraterie, etc. et que les pouvoirs publics cherchent à développer l'accès à l'internet, notamment à hauts débits.
- la participation des pouvoirs publics est susceptible d'être interprétée comme une intrusion dans la vie privée, s'agissant de pratiques privées, notamment de copie et d'amplifier un sentiment de rejet.

Toutefois, le principe même d'une campagne générale d'information ne peut être exclu. Des exemples étrangers récents montrent qu'elles peuvent être utiles. Ainsi de la campagne lancée par les acteurs privés et le gouvernement espagnol en direction des jeunes mettant en avant les conséquences pour l'emploi des jeunes de la contrefaçon. Il semble qu'une telle campagne d'ordre général trouverait sa place après des actions de communication spécifiques vers des publics plus ciblés.

Proposition 5.7.

Relancer la réflexion sur une campagne générale d'information bénéficiant de l'expérience d'actions analogues conduites à l'étranger qu'il conviendra de répertorier et d'analyser.

5.2.1.2. Communication et régulation auprès des médiateurs

De manière prioritaire et sans doute plus efficace dans un premier temps que d'importantes dépenses nécessaires à une campagne publique de communication, il est nécessaire de viser les intermédiaires d'opinion ou d'usages des réseaux.

S'agissant plus spécifiquement de la contrefaçon sur les réseaux, les fournisseurs d'accès à l'Internet et les hébergeurs, se montrent désireux de mettre en place des outils pédagogiques de sensibilisation sur les droits de propriété littéraire et artistique. Comme l'AFA a déjà mis en place des outils comme un "point de contact" destinés à l'information des éditeurs non professionnels, ou de tout internaute, et ont développé ainsi des instruments d'autorégulation en faveur de la protection de l'enfance, il conviendrait que le Ministère de la culture et de la communication participe à la création d'une information générale sur les réseaux quant au respect des droits de propriété littéraire et artistique.⁰

Proposition 5.8.

Création d'un site d'information sur le respect des droits de propriété littéraire et artistique bénéficiant de l'égide du Ministère de la culture, à travers par exemple une coopération du Forum des droits de l'Internet et du CSPLA, pour l'information des éditeurs de sites à titre non professionnel. Ce site devrait être une référence commune des fournisseurs d'accès, d'hébergement, mais aussi de l'ensemble des organismes de défense des droits de propriété littéraire et artistique. Compte tenu de la connexité des violations des droits de propriété intellectuelle, le Ministère de l'Industrie et l'INPI pourraient être associés utilement à ce travail.

Par ailleurs, le Bureau de la Vérification de la Publicité devrait être alerté conjointement par les ayants droit et l'administration du Ministère de la culture et de la communication quant aux effets de certaines publicités dont l'essentiel du message peut s'apparenter sinon à un soutien indirect à des pratiques de contrefaçon, du moins entretenir une confusion certaine sur le caractère licite ou non des copies d'œuvres. Plusieurs sociétés appartenant aux secteurs de l'informatique, de l'électronique grand public, mais aussi du secteur des télécommunications, y compris l'opérateur public, ont axé, au cours des derniers mois, leurs campagnes publicitaires sur la seule capacité de certains de leurs produits à enregistrer ou télécharger un volume croissant d'œuvres numérisés, de fait, dans des conditions que tous savent illicites.

Le caractère incitatif de ces messages publicitaires à la démultiplication de copies d'œuvres ou à l'accès gratuit a surtout visé un public jeune par affichage, spots dans les salles de cinéma, etc. ne favorisent pas à la sensibilisation nécessaire de ce public en faveur du respect de la propriété littéraire et artistique. Il serait utile que le Bureau de Vérification de la publicité érige après concertation des parties concernées une Recommandation, de sorte qu'elle ne concerne pas seulement la diffusion de publicité de cette nature à la télévision mais concerne l'ensemble des acteurs pour tous les supports. En particulier, sur l'Internet, la publicité a été ou demeure un moteur de financement de sites participant directement ou indirectement à la contrefaçon, comme les publicités de Vizzavi sur Kazaa qui brouillent manifestement l'intérêt explicite des industries culturelles, notamment de phonogrammes.

Proposition 5.9.

Saisir le Bureau de Vérification de la publicité des questions relatives à la communication et à la publicité ayant trait aux actions ou produits susceptibles de favoriser la contrefaçon pour lancer une concertation des parties concernées et le cas échéant formuler une recommandation, de sorte qu'elle ne concerne pas

seulement la diffusion de publicité de cette nature à la télévision mais soit étendue à l'ensemble des acteurs et pour tous les supports.

5.2.2.3. Une protection juridique contre les incitations à la contrefaçon.

Les éditeurs de presse et les journalistes, victimes aussi de contrefaçon, en particulier dans le cadre de revues de presse, de liens hypertextes dits profonds, etc. n'expriment pas toujours aux yeux des titulaires de droits une sensibilité suffisante aux enjeux et risques de la contrefaçon.

Sans préjudice de la liberté d'informer des journalistes, il y a lieu de regretter la citation, parfois régulière, de sites mettant à disposition des œuvres protégées ou de méthodes en faveur de la contrefaçon, notamment quant au contournement des systèmes de protection technique. S'il est arrivé qu'une publication a pu faire l'objet de limitations préalables, les moyens d'endiguer ces pratiques sont limités.⁰ Il conviendrait ainsi de sensibiliser les éditeurs de presse sur les risques encourus en matière pénale que pourraient encourir certaines publications ou annonceurs au titre de la complicité, même s'il est sans doute difficile d'établir la preuve du lien entre la publicité et l'infraction.

Plus spécifiquement, on doit rappeler que la publicité et la distribution des systèmes de contournement des protections techniques ont été incriminées à l'occasion de la l'adoption de la loi sur la sécurité quotidienne notamment par les modifications apportées au Code monétaire et financier (art. L. 163-4).⁰ S'agissant du droit de la propriété littéraire et artistique, les dispositions de l'article L.122-6 du Code de la propriété intellectuelle assure l'incrimination nécessaire en prévoyant que :

“Toute publicité ou notice d'utilisation relative aux moyens permettant la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique protégeant un logiciel doit mentionner que l'utilisation illicite de ces moyens est passible des sanctions prévues en cas de contrefaçon.”.

Il pourrait convenir d'étendre cette protection juridique à l'ensemble des œuvres protégées par le droit de propriété littéraire et artistique par un dispositif technique et de limiter ainsi les conditions de publicité des moyens de contournement. Pour partie, ces évolutions pourraient être réalisées par le décret en Conseil d'Etat.

Proposition 5.10.

Elargir le champ d'application de l'article L.122-6 du Code de la propriété intellectuelle au-delà des logiciels et retreindre la légalité des publicité et notices d'utilisation relatifs aux moyens de supprimer ou neutraliser un dispositif technique de protection d'œuvres protégées.

5.2.3. DES ACTIONS CIBLEES DE FORMATION ET SENSIBILISATION

En matière de communication et d'information sur la contrefaçon, une politique sélective apparaît plus déterminante. Elle permet une différenciation des messages indispensables pour tenir compte de la diversité des enjeux et des risques. Cette même approche peut être développée en ce qui concerne des actions de formation.

5.2.3.1. Une relance des actions de sensibilisation des entreprises.

Toute volonté de communiquer en matière de contrefaçon de logiciels pose une double difficulté d'ordre juridique et pratique.

- Il paraît en effet très délicat de réaliser une action de communication globale compte tenu de la spécificité des publics concernés. L'ensemble des logiciels est protégé de la contrefaçon par reproduction au titre des articles 126-1 et suivants du CPI qui ne permet qu'une copie de sauvegarde. Mais, les éditeurs de logiciels de loisirs et les éditeurs de logiciels professionnels n'ont pas affaire aux mêmes publics. Les incriminations relatives à la contrefaçon de logiciels professionnels ne concernent en général que les entreprises ce qui fonde à mener des actions spécifiques en leur direction.
- Par ailleurs, la protection juridique des logiciels de loisirs relative à la copie de sauvegarde rend difficile la formation d'un message commun avec les autres titulaires de droit s'il devait être fondé sur la copie. Dans un cas il conviendrait de communiquer contre la copie de logiciels de loisirs, tandis que dans l'autre cas, il apparaît difficile communiquer contre la copie d'œuvres dès lors que doit être respectée la faculté de copie privée accordée aux utilisateurs dans le respect du CPI et sous condition d'une compensation.

Dans ces conditions, la défense des droits de propriété littéraire et artistique dont bénéficient les logiciels professionnels, devrait rester essentiellement tournée vers les entreprises. A ce titre, les modes d'action et de sensibilisation ne peuvent faire l'économie des relais administratifs concernés du Ministère de l'Industrie, des PME et des PMI. Doivent aussi être associés, notamment au sein de l'Union française de fabricants, l'IRPI, les syndicats professionnels et les Chambres de commerce. Ces actions de sensibilisation pourraient aussi trouver des relais auprès des collectivités locales concernées (Régions et départements).

Proposition 5.11.

En relation avec les Chambres de commerce et en coopération avec l'IRPI, l'Union Française des Fabricants, l'INPI et les administrations, constituer sous l'impulsion du Ministère de l'Industrie et de la culture et de la communication des actions de communication contre la contrefaçon de logiciels professionnels en direction des entreprises par secteur et par régions.

5.2.3.2. Des actions de formation et sensibilisation des consommateurs.

Le grand public est sans doute informé *a minima* des questions relatives au droit de la propriété intellectuelle et méconnaît les distinctions entre copie privée et piratage. Plusieurs acteurs privés se sont engagés dans des campagnes de sensibilisation ou des actions concrètes ponctuelles d'information, par exemple avec les distributeurs de produits culturels. D'autres émettent le souhait d'accroître de manière plus systématique l'information du public : insertion d'une fiche dans les DVD, mentions systématique pour les phonogrammes, etc. Certaines de ces actions pourraient être développées avec les producteurs et importateurs de supports d'enregistrement.

L'utilité de ces actions en direction des consommateurs pourrait être plus largement relayée à travers les associations de consommateurs peu informées par les titulaires de droit sur les problématiques de contrefaçon. Sans doute les risques de la contrefaçon en matière alimentaire et sanitaire leur apparaissent-ils plus essentiels. Pourtant, l'attention portée aux questions de propriété intellectuelle par les associations de consommateurs (CSPLA, Commission L.311-5 du CPI) peut justifier des actions communes contre les phénomènes de contrefaçon, comprenant les enjeux économiques de la contrefaçon de biens culturels.

Proposition 5.12.

Associer les organisations de consommateurs et leurs outils de communication propres à la sensibilisation sur les enjeux de la contrefaçon dans son ensemble (sanitaire, alimentaire, etc.) et à la contrefaçon de biens culturels en particulier.

5.2.3.3. Politique de formation.

L'ensemble des interlocuteurs souligne l'importance d'une politique de formation de tous les acteurs de la chaîne de lutte contre la contrefaçon (services de police et de gendarmerie, magistrats).

Quelques acteurs privés (ALPA, SACEM-SDRM) ont lancé dans la durée des actions de formation des services de police, de gendarmerie et de magistrats. Ont ainsi été concernés durant près de dix ans les écoles de formation de la police judiciaire qu'il s'agisse des commissaires comme des inspecteurs. Sous la forme de journée, les ayants droit ont ainsi poursuivi une action de sensibilisation sur le droit de la propriété littéraire et artistique et ses atteintes.

Cependant, ces formations sont devenues moins prioritaires et ont eu tendance à se réduire à une présentation succincte (une ou deux heures sur un cycle de formation). S'agissant de la sensibilisation et de la formation des magistrats, on doit en premier lieu regretter que le droit de la propriété intellectuelle ne constitue pas une formation obligatoire dans le cycle d'études de l'Ecole Nationale de la Magistrature. Ce droit appelé sans doute à prendre une importance croissante, ne fait l'objet que de cycle de formation spécifique dans le cadre de la formation permanente, en sorte que son enseignement reste optionnel du cursus universitaire à l'exercice des fonctions de la magistrature. Si des réformes tendant à développer un tel enseignement dans les universités semble hors de portée à brève échéance, il conviendrait en revanche de rendre obligatoire une formation au sein de l'ENM.

Proposition 5.13.

Elaborer entre le Ministère de la culture et de la communication et le Ministère de la Sécurité intérieure et le Ministère de la Justice des programmes de formation obligatoires à la lutte contre la contrefaçon associant les services d'expertise ou spécialisées (IRCGN, BCRCIA, OFCLTIC, BEFTI) et des représentants des acteurs privés (agents assermentés notamment) à destination des services de police et de gendarmerie et des magistrats.

5.2.3.4. La formation de publics ciblés.

Les acteurs de la lutte contre la contrefaçon sont unanimes à souhaiter sensibiliser les jeunes générations sur les risques de contrefaçon : risques économiques, pour l'emploi, la création, etc. Mais selon la plupart d'entre eux, les interrogations permanentes sur l'efficacité de vastes campagnes de sensibilisation, nécessairement réduites dans le temps, font pencher en faveur d'actions plus concrètes vers des publics plus ciblés avec des messages adaptées. Ces actions peuvent s'ordonner autour des priorités suivantes :

- Les écoles scientifiques et d'ingénieurs constituent une cible prioritaire qui a été perçue comme telle, soit par des acteurs de la lutte contre la contrefaçon (Gendarmerie et police), soit par des acteurs privés (SCPP). Elles ne font pas encore l'objet d'une action de sensibilisation régulière et systématique, alors qu'elles constituent par nature et par les publics concernés, des points d'ancrage et de diffusion des techniques de contrefaçon.

- Les sensibilisations devraient notamment concerner les aspects juridiques et les risques pénaux relatifs à la cybercriminalité informatique, mais aussi à la contrefaçon de logiciels professionnels et de loisirs. Dans une moindre mesure, mais relevant directement du Ministère de la culture et de la communication, les écoles d'art au sens large devraient connaître un enseignement au droit de la propriété littéraire et artistique et la contrefaçon.
- Plus largement, une sensibilisation à l'occasion de certains enseignements prévus dans les cycles des collèges et lycées (musique, arts plastiques, voire histoire, économie) pourraient comporter une sensibilisation à la nature des droits de propriété intellectuelle et à leur rôle dans l'économie de la création.

Proposition 5.14.

Concevoir avec le Comité de lutte Anti-Contrefaçon des actions de sensibilisation sur des publics ciblés constitués par les enseignants et étudiants des écoles scientifiques et d'ingénieurs informatiques, mais aussi l'ensemble des formations dépendantes du Ministère de la culture, ainsi que dans le cadre des enseignements artistiques organisés par le Ministère de la culture et le Ministère de l'Education Nationale.

5.3. FINANCER ET SOUTENIR

La relance d'une politique en faveur de la contrefaçon ne saurait être poursuivie sans moyens. C'est pourquoi, il convient de prévoir des moyens financiers, principalement par redéploiement des sommes engendrées au titre de la rémunération pour copie privée, d'autant qu'elles connaissent une croissance dans le cadre de l'application de l'article L.311-5 du CPI aux supports numériques. Il est aussi nécessaire d'envisager des instruments plus opérationnels.

5.3.1. LE FINANCEMENT DE LA LUTTE.

La mise en œuvre d'une politique volontariste en faveur de la lutte contre la contrefaçon d'œuvres protégées par la propriété littéraire et artistique conduit, d'une part à repérer la relative faiblesse des moyens financiers qui y sont affectés, d'autre part à proposer des éléments de soutien financier sinon nouveaux, du moins fléchés.

5.3.1.1. La lutte contre la contrefaçon, "action d'intérêt général".

L'article L. 321-9 du CPI prévoit que la totalité des sommes dites "irrédistributibles", ainsi qu'un préciput de 25 % du volume de la rémunération pour copie privée servent au financement des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes.⁽⁶⁾

L'usage de ces sommes a été précisé par le décret n° 98-1040 du 18 novembre 1998, R.321-9 modifié afin que certaines affectations contestées n'aient plus lieu, suivant en cela des préconisations du rapport de l'IGACC relatif aux SPRD. A l'occasion de cette modification, le gouvernement a souhaité clarifier l'affectation des sommes destinées aux actions dites d'intérêt général à des actions en faveur de la lutte contre la contrefaçon que le législateur n'avait pas entendue expressément financer par ce moyen lors de l'adoption de la loi du 3 janvier 1985. Toutefois lors de l'examen du projet de décret, le Rapporteur du Conseil d'Etat a souligné que le texte législatif et les travaux parlementaires ne semblaient pas devoir s'interpréter comme excluant absolument la lutte contre la contrefaçon. En effet celle-ci participerait de la défense de la création et contribuerait à l'activité économique des secteurs culturels.⁽⁷⁾ Dans ces conditions et dans l'attente de l'arrêt du Conseil d'Etat sur le recours formé contre la rédaction nouvelle de l'article R.321-9, plusieurs SPRD ont préféré dans un souci de transparence et de sécurité juridique, financer les actions de lutte contre la piraterie sur leur budget général. Cette approche a pu poser quelques difficultés budgétaires aux organismes spécialisées comme l'ALPA ou RAPPEL.

En tout état de cause, l'adoption de la loi n° 2001-624 portant diverses dispositions d'ordre éducatif, social et culturel ayant modifié l'article L. 321-9 aux fins d'étendre le bénéfice de la rémunération pour copie privée aux auteurs et éditeurs de nouveaux

⁽⁶⁾ " Art. L.321-9 (...) 2° la totalité des sommes perçues en application des articles L.122-10, L.132-20-1, L.214-1, L.271-2 et L. 311-1 et qui n'ont pu être réparties à l'expiration du délai prévu par l'article L.321-1. "

secteurs culturels, comme l'édition et l'image fixe, il sera sans doute opportun de modifier de nouveau cet article. Outre des modifications qui pourraient résulter des travaux du CSPLA, il est vraisemblable qu'en vue d'une application pertinente du *préciput* de 25 % prélevé pour les actions d'intérêt général que le législateur prévoit des actions d'intérêt général en rapport avec les nouveaux secteurs bénéficiaires de la rémunération fixée par la Commission pour la rémunération pour copie privée (conservation de fonds, mise à disposition de fonds privés tombés dans le domaine public, aide aux auteurs, photographes, etc.). Ces modifications législatives pourront constituer l'occasion d'élargir le champ des actions d'intérêt général à la lutte contre la contrefaçon.

Proposition 5.15.

Le gouvernement pourrait soumettre au Parlement une modification de l'article L. 321-9 du CPI afin d'inscrire expressément la lutte contre la contrefaçon parmi les actions d'intérêt général. Si le gouvernement et le Parlement entendaient faire de la lutte contre la contrefaçon une priorité, le financement qui lui serait affecté pourrait alors être précisé comme provenant d'une part des 25 % de la rémunération pour copie privée et des "irrédistributables", selon une proportion de l'ordre de 2 à 3 %. Une modification subséquente de l'article R.321-9 pourrait notamment prévoir que ces sommes devraient financer certaines actions de lutte anti-piraterie : veille technologique, cellule commune contre la piraterie numérique, formations, etc.

5.3.1.2. Autres appuis financiers et opérationnels.

Le réseau Recherche et Innovation en Audiovisuel et Multimédia (RIAM) mis en œuvre par les Ministères de la culture et de la communication, de l'Industrie et de la Recherche et des technologies de l'information, est depuis son origine en mesure de proposer des soutiens financiers sur projets en matière de droits de propriété intellectuelle. Toutefois, les bilans annuels de RIAM ou précédemment de PRIAM témoignent du peu de projets en ce domaine, sans doute en raison de la méconnaissance relative du dispositif ou à l'insuffisante stratégie de RIAM en ce domaine que pourraient désormais élaborer ensemble le CNC, la DAG et les autres ministères.

Sa dotation budgétaire pour le soutien de projets (20 millions d'€) est en mesure de contribuer à des projets qui associeraient des acteurs privés, mais le cas échéant aussi, des partenaires institutionnels, il est en mesure de soutenir des projets de recherche et de développement, notamment dans le domaine industriel, mais aussi dans le domaine des sciences humaines.

Il serait nécessaire que les acteurs privés chargés de la lutte anti-contrefaçon envisagent des projets de recherche et développement, y compris à dimension technique, qui puissent être soutenus par RIAM et sans préjudice des projets de guichet commun ou des systèmes de protection technique des œuvres. Parmi les besoins exprimés tant par certaines associations de lutte contre la contrefaçon que par les autorités administratives chargés de cette lutte, un apport technique sur l'identification des œuvres protégées serait très opportun, notamment à l'usage des services douaniers.

Proposition 5.16.

Renforcer le soutien par RIAM des projets relatifs à la propriété intellectuelle, en particulier dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon numérique à partir d'une réflexion commune des ministères concernés.

5.3.2. LES SOUTIENS OPERATIONNELS

Si les aspects financiers de la lutte contre la contrefaçon ne soulèvent pas de difficultés particulières, leur résolution pouvant même conduire à une progression substantielle des moyens en faveur de cette politique menée par les acteurs privés, ils ne peuvent être suffisants pour lutter activement contre la contrefaçon. Deux types de mission appellent un appui réel des pouvoirs publics : la coopération technique et la présence internationale.

5.3.2.1. La coopération technique entre acteurs publics et privés.

Indépendamment des questions relatives au soutien des projets technologiques que peuvent mettre en œuvre les titulaires de droits en faveur d'un guichet commun des droits ou des systèmes de protection technique, il semble nécessaire que le Ministère de la culture, le Ministère de l'Industrie et celui de la Recherche et des technologies de l'information puissent apporter un concours technique qui devrait aller au-delà de la sensibilisation des titulaires de droits.

Les différentes catégories de titulaires de droit ont un accès aux technologies de protection des œuvres très différencié selon les intérêts représentés, les budgets propres aux organismes et sociétés de perception et de répartition des droits, l'appétence pour ces nouveaux enjeux, etc. Cependant, la diversité des situations n'empêche pas que soient mises en œuvre, au moins pour les catégories qui le désirent des instruments de coopération technique.

La mise en œuvre de ces instruments pourrait notamment avoir pour objet de favoriser la formalisation de projets, reposant sur une analyse exacte des risques de contrefaçon numérique et les moyens techniques de les limiter, aux fins d'un financement éventuel dans le cadre de RIAM. Les collaborations techniques pourraient s'organiser en prenant appui sur les compétences réelles du ministère de la culture et de la communication par secteur de production culturelle, aux premiers chefs : le secteur musical et l'audiovisuel, le cinéma et le multimédia.

En ce qui concerne le Ministère de la culture et de la communication, une évaluation des besoins pourrait être réalisée par les services et surtout des établissements publics disposant d'une forte compétence technique ou sectorielle : IRCAM, INA, Commission supérieure technique du Cinéma du CNC, DDM, etc.

Dans une phase préalable, il pourrait revenir au CNC, déjà chargé d'une présentation des systèmes de protection technique de œuvres, de définir l'ensemble des compétences nécessaires et les instruments opérationnels de soutien aux acteurs privés. Dans un second temps, en partenariat avec les Ministères de l'Industrie et de la Recherche et des technologies de l'information il faudrait envisager les modes opérationnels d'appui technique. Devront sans doute être sollicités pour l'accomplissement de cette mission le Réseau national de recherche en télécommunications (RNRT), le Centre National d'Etudes des Télécommunications (CNET), l'INRIA (Institut national de recherche en informatique et en automatique), le CNRS, etc.

Proposition 5.17.

Confier au CNC dans le prolongement du travail de recensement des systèmes de protection technique et comme opérateur de RIAM, le soin d'établir une mission d'appui technologique en faveur des titulaires de droits dans la lutte contre la contrefaçon numérique.

5.3.2.2. Coopération internationale

Les titulaires de droits de propriété littéraire et artistique, victimes de contrefaçon, ont pu manifester un déficit de relations internationales à cet égard, malgré l'appartenance pour un certains d'entre eux à des organismes ou fédérations aux plans européen ou international.

Plus généralement, la France reste relativement absente de la réflexion ou des actions internationales en matière de lutte contre la contrefaçon, que ce soit par les pouvoirs publics ou par les acteurs privés.

Les acteurs privés nationaux de la lutte contre la contrefaçon, plus encore s'il existe une agence commune de lutte contre la contrefaçon numérique doivent pouvoir établir des coopérations plus soutenues avec les associations internationales (RIAA, MPA, IFPI, ISPA), aussi bien pour la veille technologique que pour la mise en commun de bases de données juridiques, statistiques mais aussi un suivi des pratiques de politiques de lutte contre la contrefaçon menée dans la plupart des Etats. Au-delà, les intérêts culturels français méritent un soutien logistique voire financier en faveur de la présentation es enjeux de la contrefaçon pour la culture et de la représentation es acteurs nationaux, publics et privés qui contribuent à cette lutte.

Proposition 5.18.

Soutenir financièrement et opérationnellement la présence des institutions de lutte contre la contrefaçon dans les enceintes internationales, les salons, foires, etc. à travers les moyens de la présence française à l'étranger (Instituts culturels, AFA, etc.) et dans le cadre des instruments de coopération, mais aussi de mesures en faveur des exportations.

CONCLUSION

La numérisation des œuvres et le développement des réseaux numériques ont profondément transformé le contexte technique de la production et de la distribution des industries culturelles. Avec l'accès du plus grand nombre aux outils de la société de l'information (informatique, réseaux, graveurs, etc.) une mutation de la contrefaçon s'est amorcée. A la contrefaçon issue de réseaux criminels, s'est ajoutée une contrefaçon numérique domestique qu'ont amplifié les réseaux d'échanges de fichiers *peer to peer*. C'est à ce défi que doivent répondre les industries culturelles et les pouvoirs publics.

Deux champs de réponse sont ouverts : une série d'améliorations juridiques y compris au plan national, mais aussi une série d'actions pratiques insérées dans une politique générale de lutte contre la contrefaçon. Ces propositions s'inscrivent à un moment charnière tant en raison des transformations importantes de la contrefaçon que de la généralisation des mesures dites d'*enforcement*.

Il apparaît sans conteste que la France dispose d'un niveau de protection juridique efficace et largement approprié. Le droit positif national offre en effet une protection législative à la fois large par le champ des atteintes aux droits et approfondie par l'efficacité des procédures civiles, pénales, mais aussi administratives. En outre, les compétences techniques et juridiques des services chargés de la prévention et de la répression de la contrefaçon dans l'environnement numérique participent à la lutte contre la contrefaçon. A tous ces égards, les moyens de lutter contre la contrefaçon dont disposent les titulaires de droits en France, sont toujours en mesure de constituer un modèle.

Toutefois, l'environnement numérique qui a moins modifié les conditions nécessaires à l'application de la loi que la volonté de le faire, a favorisé un désajustement important entre l'ensemble normatif et procédural et la tolérance croissante de pratiques massives de contrefaçon, souvent frontalières avec des usages de copie privée. Face à cet écart on constate les deux paradoxes suivants :

- l'accroissement de la gravité des sanctions et le développement de l'emprunt de la voie pénale semblent presque inversement proportionnel à la prise en considération et la répression des délits de contrefaçon, comme si, la contrefaçon d'œuvres ne concernant plus que des intérêts privés, devait ainsi cesser de mériter une protection d'ordre public ;
- le caractère exorbitant du droit commun ou particulièrement efficace de procédures de protection des droits de propriété littéraire et artistique (saisie commissaire, ordonnances sur requêtes non contradictoires, voire constats des agents assermentés, projet de procédure de notification et retrait), ne semble, à certains des titulaires de droit, jamais pouvoir suffire à endiguer une contrefaçon numérique plus massive, servile et volatile.

Dans ce contexte, le rapport a cherché à cerner à partir des demandes de l'ensemble des acteurs intéressés par la protection des droits et chaque fois que possible, les adaptations juridiques qui permettraient de rendre plus efficace l'ensemble normatif et procédural.

Il invite aussi à mettre en œuvre un chantier de mesures plus concrètes pour chercher modifier les usages, l'état des esprits et les stratégies des acteurs de la lutte contre la contrefaçon. Ce second volet des propositions n'appelle pas d'engagements financiers nouveaux, peut être rapidement opérationnel et devrait être doté d'instruments durables.

Capable de produire des effets rapides, on peut nourrir l'espoir que la mise en œuvre de ce chantier aura pour effets de lever les paradoxes énoncés plus haut : réduction du seuil de tolérance, attachement renouvelé au respect des droits de propriété intellectuelle, pertinence des procédures et du droit positif, réconciliation des titulaires de droits avec l'environnement numérique, etc.

6 - ANNEXES

6.1. PROPOSITIONS

Proposition 1.1. Mesurer la contrefaçon

Face aux incertitudes et aux insuffisances des données, confier au CSPLA et au Comité National Anti-Contrefaçon, avec l'appui des administrations dont ils dépendent (Département des Etudes et de la prospective, Direction de la prévision, DREE), et en liaison avec les administrations et les acteurs professionnels concernés, la mission de méthodologie, de recueil, suivi et synthèse annuelle de la contrefaçon des œuvres protégées, en France et à l'étranger.

Proposition 1.2. Sensibiliser les futures industries culturelles numériques

Une mobilisation des acteurs du secteur de l'édition apparaît indispensable, même s'il devrait être moins affecté que d'autres par la contrefaçon numérique ; elle pourrait être initiée par le CNL.

Proposition 1.3. Associer titulaires de droits et opérateurs audiovisuels

Organiser sous l'égide du CNC une rencontre des titulaires de droits et des entreprises de communication audiovisuelle touchées par la contrefaçon et la piraterie des systèmes d'accès, au moins pour favoriser l'échange d'informations, surtout pour préparer des actions communes contre la contrefaçon, y compris en direction des pouvoirs publics nationaux et de l'Union européenne.

Proposition 1.4. Anticiper les évolutions du droit face au peer to peer

Examiner au sein du CSPLA et avec le concours du Forum des droits de l'Internet les initiatives juridiques relatives au peer to peer et favoriser, au plan national, mais en association directe avec une expertise technique (INRIA) une réflexion sur les techniques d'échanges décentralisées et leurs implications juridiques.

Proposition 1.5. Participer aux enceintes de décision de l'Internet du futur

Lancer par exemple avec le CSPLA et en liaison avec les ministères de la Recherche et des nouvelles technologies, de l'Industrie et des Affaires étrangères les conditions d'une information et d'une participation des acteurs culturels nationaux aux évolutions techniques de l'Internet.

Proposition 1.6. Analyser les modèles économiques du peer to peer

Proposer à la Mission sur l'économie numérique, d'examiner l'impact positif et négatif des réseaux d'échanges peer to peer sur l'économie numérique et les risques de développement d'une économie numérique souterraine, notamment liée à la contrefaçon, en s'appuyant sur le concours et l'expérience des représentants des industries culturelles.

Proposition 2.1. Définir une politique d'enforcement à l'OMPI

Participer de manière régulière et active au Comité "enforcement" de l'OMPI. Identifier l'intérêt de favoriser à terme des négociations en faveur d'un Traité international, sachant que le régime national très protecteur des droits de propriété littéraire et artistique peut paradoxalement se voir trop contraignant à l'issue de

négociations tendant à harmoniser internationalement les garanties et sanctions des droits.

Proposition 2.2. Assurer une présence d'experts à l'étranger

Le ministère de la culture, s'il s'appuie sur un réseau d'experts nationaux que pourrait favoriser les travaux du CSPLA et en coopération avec le Ministère de la Justice, pourrait prendre une part plus active à ces missions, notamment sur la dimension enforcement, en cherchant à développer dans les législations et les pratiques des pays étrangers, les meilleures pratiques et procédures nationales.

Proposition 2.3. Veiller à l'application de la Convention sur la cybercriminalité

Se prévaloir de la Convention sur la cybercriminalité pour une application des dispositions relatives à la protection des œuvres, mais aussi des systèmes de protection technique, notamment pour les pays européens candidats à l'Union européenne.

Proposition 2.4. Renforcer la Convention sur la cybercriminalité

A l'occasion de renégociations ou révision de la Convention, la France devrait porter des demandes de modification de l'article 10. En premier lieu, "les circonstances délimitées" permettant de déroger à la formation de sanctions pénales, devraient être appréciés précisément. En second lieu, il conviendrait de préciser des contours stricts de l'expression "échelle commerciale".

Proposition 2.5. Soutenir l'application de la directive accès conditionnel

Au regard de la protection des services d'accès conditionnels produits en France, les pouvoirs publics devraient favoriser une transposition dans l'ensemble des Etats membres (Belgique, Espagne et Grèce) de la Directive du 28 novembre 1998.

Proposition 2.6. Favoriser les injonctions transfrontalières.

Extension aux droits d'auteurs et aux droits voisins des dispositions relatives à la reconnaissance mutuelle des marques, dessins et modèles non enregistrés en vue d'une meilleure protection judiciaire sur le territoire de l'Union européenne.

Proposition 2.7. Accroître la lutte contre la contrefaçon "voyageur" et postale

Chercher à réduire dans l'Union européenne les divergences de tolérance de la contrefaçon par voie postale ou des voyageurs même si les Etats disposent d'une latitude d'interprétation des règles de l'ADPIC en ce domaine.

Proposition 2.8. Améliorer la procédure de retenue dans l'Union européenne.

Soutenir, dans la perspective de révision des règlements communautaires, les améliorations en faveur de la généralisation et de la gratuité dans l'ensemble des Etats membres, de la procédure d'intervention et de retenue.

Proposition 2.9. Développer la coopération Douanes – titulaires de droit.

Définir une stratégie douanière nationale entre les titulaires de droits à l'échelle de l'Union européenne qui passe notamment par un recours encore plus systématique à la procédure de demande d'intervention – notamment pour les DVD, la constitution, en relation avec les services des douanes, de fiches techniques harmonisées produits/œuvres facilitant les investigations et les saisies, des prises de contacts avec les pays candidats à l'Union européenne.

Proposition 2.10. Veiller à la contrefaçon dans les pays candidats à l'UE.

Concentrer l'attention et les actions relatives à la lutte contre la contrefaçon sur les pays candidats à l'Union européenne, en prévoyant notamment des dispositions particulières dans les Traités d'adhésion.

Proposition 2.11. Promouvoir l'assistance en matière de droits.

Susciter des appels d'offre d'assistance technique en matière de propriété littéraire et artistique dans le cadre de l'application des ADPIC, proposer des listes d'experts du droit de la propriété littéraire et artistique (professeurs, magistrats, avocats, etc.), élaborer des programmes de formation et d'assistance en particulier dans le cadre d'institutions fédératrices des ayants droit.

Proposition 2.12. Préparer une plainte "ROC".

Certains organismes représentatifs des titulaires de droits et/ou entreprises pourraient préparer une plainte formelle (ROC) pour tel ou tel pays dans lequel la

contrefaçon d'œuvres se pratique de manière massive en dépit de la conformité de la législation et des procédures) à l'ADPIC.

Proposition 2.13. Susciter et renforcer l'action d'institutions de l'U.E.

Nouer des contacts soit à l'initiative du Ministère de la culture et de la communication et respectivement le Ministère de l'économie et des finances ou de la Sécurité intérieure, soit à l'initiative des titulaires de droits pour développer, voire inaugurer une action en faveur de la lutte contre la contrefaçon auprès de l'OLAF et d'Europol.

Proposition 3.1. Relancer le Comité National Anti-Contrefaçon.

Elaborer une stratégie de relance active du Comité National Anti-Contrefaçon à l'occasion de la nomination du prochain président, ce qui implique sans doute pour la réalisation d'un plan d'action pluriannuel : une dotation budgétaire, des moyens humains complémentaires, la formation de liens statutaires avec d'autres institutions (INPI, CSPLA, etc.).

Proposition 3.2. Sensibiliser les services de police et de gendarmerie.

Même si la lutte contre la contrefaçon numérique ne figure pas parmi les priorités de prévention et de répression des services spécialisés du Ministère de la Sécurité intérieure, une sensibilisation à cette forme de délinquance et une coopération technique accrue avec les agents assermentés spécialisés dans la lutte contre la contrefaçon numérique doit être menée.

Proposition 3.3. Examiner l'intérêt d'une procédure proactive pour l'Internet.

Examen interministériel des modalités de reconnaissance légale d'une procédure proactive, à titre exceptionnelle, expérimentale et encadrée judiciairement pour la lutte contre certaines activités criminelles et délictueuses sur les réseaux, dont la contrefaçon organisée. Il s'agit d'analyser les conditions d'extension de l'exonération de responsabilité pénale des officiers de police judiciaire et des agents de douanes – le cas échéant et sous conditions renforcées – pour la constatation, l'identification des auteurs et complices de catégories spécifiques de crimes et délits commis sur les réseaux dans des conditions analogues à l'article 706-32 du Code de procédure pénale.

Proposition 3.4. Promouvoir l'action des "attachés de police" des Ambassades.

Multiplier les échanges techniques entre services de police, gendarmerie justice et parties privées concernées en termes de formation, sensibilisation, méthodes, etc., en s'appuyant sur les compétences des "attachés de police" auprès des ambassades.

Proposition 3.5. Envisager une circulaire pour les parquets.

L'hypothèse d'une circulaire en direction des parquets relative à la lutte contre la contrefaçon ne peut pas être exclue même si son effet risque d'être réduit. En revanche des actions de sensibilisation des parquets seraient particulièrement opportunes.

Proposition 3.6. Améliorer la méthode des réparations civiles.

Etablir un dialogue, notamment technique quant aux méthodes d'évaluation des préjudices et la forfaitisation des dommages, pour répondre aux interrogations sur les dommages et intérêts en matière de contrefaçon entre ayants droit magistrats, experts et avocats, avec l'appui et à l'initiative des Ministères concernés.

Proposition 3.7. Prévoir une sanction sur le chiffre d'affaire des contrefacteurs.

Conférer un caractère dissuasif aux sanctions civiles sans les rendre punitives en prévoyant une modification de l'article L.325-6 du CPI tendant à ce que la confiscation puisse porter sur le "chiffre d'affaires" et non pas seulement sur "tout ou partie des recettes procurées par l'infraction".

Proposition 3.8. Spécialiser les juridictions.

Création de pôles juridictionnels dans le domaine de la propriété intellectuelle associant les contentieux de la propriété littéraire et artistique et de la propriété industrielle autour des dix Tribunaux de Grande Instance compétents en matière de propriété industrielle.

Proposition 3.9. Favoriser une stratégie judiciaire collective des titulaires.

L'élaboration d'une stratégie judiciaire commune aux titulaires de droit à partir par exemple de ces questions et la réflexion sur les critères d'action devraient résulter de la constitution d'une Commission spécialisée de réflexion et d'auditions sur le développement de l'enforcement national au sein du CSPLA.

Proposition 4.1. Développer les outils informatiques avec les Douanes.

Accroître l'efficacité des demandes d'intervention et des services des douanes par une mobilisation étroite des titulaires de droits avec les services des administrations douanières notamment pour l'élaboration des fiches descriptives de produits, la constitution de bases de données : phonogrammes, DVD, logiciels de loisirs et professionnels.

Proposition 4.2. Prévoir la destruction des "petites quantités"

Modifier la procédure de retenue en douanes pour faciliter la destruction des petites quantités de produits contrefaits par autorité judiciaire sans maintenir l'obligation d'agir au fond.

Proposition 4.3. Préciser l'extension du délit douanier.

Envisager en concertation avec les services nationaux des Douanes et les titulaires de droits les conditions d'extension du délit douanier prévu pour la protection des marques (Art. L.716.1) à la protection des droits d'auteurs et des droits voisins des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, mais aussi des éditeurs de logiciels ; parallèlement favoriser l'extension au plan communautaire du délit douanier.

Proposition 4.4. Analyser l'intérêt de la saisie commissaire et la réformer.

Analyser avec le Ministère de la sécurité intérieure et le Ministère de la Justice l'intérêt et les conditions du maintien de la saisie commissaire avant d'en tirer les conséquences au plan législatif, soit par une suppression du régime soit par un assouplissement des conditions de réalisation de cette procédure conçue depuis les origines en faveur d'une protection particulière des droits de propriété littéraire et artistique.

Proposition 4.5. Rendre homogènes les procédures de saisie.

Contribuer à la réflexion sur l'homogénéité croissante des procédures de saisie contrefaçon au titre de l'article L.332-1 du CPI pour les titulaires de droits de propriété littéraire et artistique et de la saisie contrefaçon au titre de l'article L.331-4 du CPI pour les logiciels et les bases de données, mais aussi pour les marques et brevets. Les éléments de différenciation ne se justifiant plus guère dans l'environnement numérique, l'ensemble de la procédure pourrait être rendue plus efficace.

Proposition 4.6. Adopter l'ordonnance sur requête pour les réseaux.

Procéder à l'adoption des dispositions du projet de loi sur la société de l'information relative à l'élargissement du recours à la procédure d'ordonnance sur requête à la défense des droits voisins afin d'en renforcer l'usage sur les réseaux numériques.

Proposition 4.7. S'inspirer du modèle anglo-saxon d'injonctions.

Evaluer précisément l'efficacité pratique et les limites des ordonnances A. Piller et Mareva, sous leurs différentes formes, telles qu'elles peuvent être prononcées dans différents Etats, afin, le cas échéant, de s'en inspirer davantage pour l'amélioration des procédures françaises de lutte contre la contrefaçon.

Proposition 4.8. Expérimenter une procédure de notification et retrait.

Relancer sous l'égide conjointe du Ministère de la culture et de la communication et du Ministère de l'Industrie les discussions entre les titulaires de droit et les fournisseurs d'accès à l'Internet pour formaliser et achever les termes d'un consensus proche d'aboutir. Tester pendant une période n'excédant pas quelques mois les modalités pratiques de ce régime. Prévoir ultérieurement les modifications législatives de nature à constituer un régime d'exonération de responsabilité des FAI et de présomption de titularité des certains organismes représentatifs des titulaires de droit.

Proposition 4.9. Organiser les garanties et l'accès à la procédure de notification.

Prévoir, le cas échéant, des garanties supplémentaires à l'exercice de la procédure de notification et de retrait, à travers la désignation par les prestataires techniques et les ayants droit des personnes soumises à habilitation et assermentation et en prévoyant une transmission des notifications et retrait au Procureur de la République.

Proposition 4.10. Clarifier et publier la liste des agents assermentés.

Mettre à jour l'ensemble des désignations des agents assermentés en exercice par un renouvellement des assermentations et établir un suivi annuel d'activité de chaque agent, justifiant un renouvellement automatique d'agrément, voire un retrait. Rendre publique les désignations des agents assermentés par une publication au Journal Officiel d'un arrêté ministériel.

Proposition 4.11. Préciser et étendre le nombre des organismes de défense.

Fixer par arrêté du Ministre de la culture et de la communication la liste des organismes de défense professionnelle régulièrement constitués, aux fins de proposer au Ministère de la culture la désignation d'agents assermentés. Prévoir une extension des associations professionnelles pour assurer une protection en cas de double protection au titre de la propriété littéraire et artistique mais aussi au titre des dessins et modèles, notamment pour le secteur du design, de la mode, etc.

Proposition 4.12. Assurer un contrôle des missions des agents assermentés.

Etablir un régime juridique et pratique inspiré des articles L.321-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle pour constituer un contrôle des organismes ayant obtenu la désignation d'agents assermentés dont la liste devrait être publiée au Journal officiel et rendue publique, notamment en ligne sur divers sites relatifs à la contrefaçon et aux réseaux.

Proposition 4.13. Prévoir une présomption simple de titularité.

Prévoir une présomption simple de titularité des droits aux sociétés et aux organismes représentatifs des droits des producteurs, éditeurs, auteurs, artistes et interprètes, dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon dont pourront se prévaloir les agents assermentés pour l'accomplissement de leurs missions.

Proposition 4.14. Former les agents assermentés.

Instituer des conditions d'habilitation des agents assermentés en termes d'aptitudes professionnelles. Mettre en œuvre une formation commune comportant en particulier une dimension juridique, procédurale mais aussi une formation aux technologies de l'information.

Proposition 4.15. Confirmer la compétence nationale des agents.

Confirmer la compétence nationale des agents assermentés et prévoir le cas échéant une organisation régionale dans le cadre d'un développement du nombre des agents assermentés.

Proposition 4.16. Harmoniser les pratiques de constatation de contrefaçon.

Réunir les organismes professionnels et leurs agents pour établir, selon les catégories de contrefaçon, des procès verbaux harmonisés, et une pratique offrant, dans des cas spécifiques ne diminuant pas l'utilité de la célérité de cette procédure, des garanties aux contrefacteurs présumés.

Proposition 4.17. Ouvrir l'accès aux agents assermentés à tous les titulaires.

Favoriser l'émergence d'un organisme professionnel susceptible de répondre au souci d'ouvrir l'accès aux compétences des agents assermentés pour les violations de droits insuffisamment visées dans l'état actuel de la lutte contre la contrefaçon, en particulier pour la lutte contre la contrefaçon de logiciels.

Proposition 5.1. Favoriser l'interministérialité pour la propriété intellectuelle.

La création d'une cellule réunissant les responsables des droits de propriétés intellectuelles serait très utile dans le cadre d'une démarche conjointe des cabinets concernés, voire du Cabinet du Premier ministre. Elle pourrait comprendre, outre les responsables administratifs concernés du Ministère de la culture et de la communication, du Ministère de l'Industrie et de la Chancellerie, le Président du CSPLA, du Comité National Anti contrefaçon et le Directeur général de l'INPI. Elle aurait notamment pour fonctions de contribuer à l'émergence d'une défense unifiée des droits de propriété intellectuelle, de favoriser une plus large diffusion d'information entre les acteurs privés sur chacun de ces catégories de droits, et de veiller à la cohérence juridique de l'ensemble du Code de la propriété intellectuelle.

Proposition 5.2. Travailler à unir les droits de propriété intellectuelle.

Former un groupe de travail sur les questions de la protection juridique des logiciels, ainsi que de leur brevetabilité et des moyens techniques de lutter contre leur contrefaçon. Il comprendrait, d'une part, le Ministère de la Culture et de la communication (y compris la Direction du développement des médias pour les questions touchant aux services d'accès conditionnels, moteur d'interactivité, etc.), et d'autre part, le Ministère de l'Industrie et l'INPI, mais aussi de la Recherche et des nouvelles technologies pour établir une position conforme à la cohérence des droits (dessins et modèles, logiciels, etc.) et à l'intérêt de l'ensemble des acteurs.

Proposition 5.3. Rapprocher les logiques culturelle et industrielle contre la contrefaçon.

Nouer des relations entre le Ministère de la culture et de la communication et l'Union des fabricants et susciter des adhésions des acteurs de la filière de la création à cette association en lien avec des instances et organisations à l'échelle internationale. Contribuer à définir une stratégie pour les titulaires de propriété littéraire et artistique dans ce cadre.

Proposition 5.4. Développer des outils techniques de coopération et d'information.

Création par les acteurs privés de la lutte contre la contrefaçon d'instruments, par exemple en ligne (site Internet, liste de diffusion), y compris en partenariat avec le

Ministère de la culture et de la communication d'informations sur l'action et l'environnement, notamment technologique à la contrefaçon. Cette mobilisation des acteurs privés pourrait recevoir l'appui des pouvoirs publics en réunissant un groupe de pilotage de la lutte anti-contrefaçon des oeuvres numériques, par exemple au sein du CSPLA en liaison avec le Comité National Anti-contrefaçon.

Proposition 5.5. Créer une base de données pour les services de lutte contre la contrefaçon.

Le projet de guichet commun des droits doit prendre en compte la lutte anti-contrefaçon en prévoyant une fonctionnalité d'accès aux bases de données des oeuvres pour favoriser la preuve de la titularité des droits. A défaut, des bases de données des phonogrammes, DVD, logiciels professionnels et de loisirs, etc. faciles d'accès tant aux personnes et organismes privés et publics (Douanes) chargés de la lutte contre la contrefaçon, pourraient être utilement mises en œuvre par une Agence de lutte contre la contrefaçon numérique.

Proposition 5.6. Créer une agence de lutte contre la contrefaçon numérique.

Création d'une agence commune de lutte contre la contrefaçon numérique regroupant les agents assermentés spécialisés en ce domaine et poursuivant des missions de veille et développement technologique et de représentation des intérêts en cause auprès des pouvoirs publics et d'autres acteurs privés.

Proposition 5.7. Relancer la réflexion sur une campagne publique.

Relancer la réflexion sur une campagne générale d'information bénéficiant de l'expérience d'actions analogues conduites à l'étranger qu'il conviendra de répertorier et d'analyser.

Proposition 5.8. Créer un site commun d'informations.

Création d'un site d'information sur le respect des droits de propriété littéraire et artistique bénéficiant de l'égide du Ministère de la culture, à travers par exemple une coopération du Forum des droits de l'Internet et du CSPLA, pour l'information des éditeurs de sites à titre non professionnel. Ce site devrait être une référence commune des fournisseurs d'accès, d'hébergement, mais aussi de l'ensemble des organismes de défense des droits de propriété littéraire et artistique. Compte tenu de la connexité des violations des droits de propriété intellectuelle, le Ministère de l'Industrie et l'INPI pourraient être associés utilement à ce travail.

Proposition 5.9. Alerter le BVP sur la question de la contrefaçon.

Saisir le Bureau de Vérification de la publicité des questions relatives à la communication et à la publicité ayant trait aux actions ou produits susceptibles de favoriser la contrefaçon pour lancer une concertation des parties concernées et le cas échéant formuler une recommandation, de sorte qu'elle ne concerne pas seulement la diffusion de publicité de cette nature à la télévision mais soit étendue à l'ensemble des acteurs et pour tous les supports.

Proposition 5.10. Prévoir une sanction contre la publicité pour la contrefaçon.

Elargir le champ d'application de l'article L.122-6 du Code de la propriété intellectuelle au-delà des logiciels et retreindre la légalité des publicités et notices d'utilisation relatifs aux moyens de supprimer ou neutraliser un dispositif technique de protection d'œuvres protégées.

Proposition 5.11. Sensibiliser les entreprises sur la contrefaçon de logiciels.

En relation avec les Chambres de commerce et en coopération avec l'IRPI, l'Union Française des Fabricants, l'INPI et les administrations, constituer sous l'impulsion du Ministère de l'Industrie et de la culture et de la communication des actions de communication contre la contrefaçon de logiciels professionnels en direction des entreprises par secteur et par régions.

Proposition 5.12. Sensibiliser les associations de consommateurs sur les risques de la contrefaçon.

Associer les organisations de consommateurs et leurs outils de communication propres à la sensibilisation sur les enjeux de la contrefaçon dans son ensemble (sanitaire, alimentaire, etc.) et à la contrefaçon de biens culturels en particulier.

Proposition 5.13. Former collectivement tous les acteurs de la lutte contre la contrefaçon.

Elaborer entre le Ministère de la culture et de la communication et le Ministère de la Sécurité intérieure et le Ministère de la Justice des programmes de formation obligatoires à la lutte contre la contrefaçon associant les services d'expertise ou spécialisés (IRCGN, BCRCIA, OFCLTIC, BEFTI) et des représentants des acteurs privés (agents assermentés notamment) à destination des services de police et de gendarmerie et des magistrats.

Proposition 5.14. Organiser des actions de formation par catégorie de public.

Concevoir avec le Comité de lutte Anti-Contrefaçon des actions de sensibilisation sur des publics ciblés constitués par les enseignants et étudiants des écoles scientifiques et d'ingénieurs informatiques, mais aussi l'ensemble des formations dépendantes du Ministère de la culture, ainsi que dans le cadre des enseignements artistiques organisés par le Ministère de la culture et le Ministère de l'Éducation Nationale.

Proposition 5.15. Faciliter le financement de la lutte contre la contrefaçon.

Le gouvernement pourrait soumettre au Parlement une modification de l'article L. 321-9 du CPI afin d'inscrire expressément la lutte contre la contrefaçon parmi les actions d'intérêt général. Si le gouvernement et le Parlement entendaient faire de la lutte contre la contrefaçon une priorité, le financement qui lui serait affecté pourrait alors être précisé comme provenant d'une part des 25 % de la rémunération pour copie privée et des "irrédistributables", selon une proportion de l'ordre de 2 à 3 %. Une modification subséquente de l'article R.321-9 pourrait notamment prévoir que ces sommes devraient financer certaines actions de lutte anti-piraterie : veille technologique, cellule commune contre la piraterie numérique, formations, etc.

Proposition 5.16. Réorienter les programmes de soutien public.

Renforcer le soutien par RIAM des projets relatifs à la propriété intellectuelle, en particulier dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon numérique à partir d'une réflexion commune des ministères concernés.

Proposition 5.17. Organiser un soutien technique.

Confier au CNC dans le prolongement du travail de recensement des systèmes de protection technique et comme opérateur de RIAM, le soin d'établir une mission d'appui technologique en faveur des titulaires de droits dans la lutte contre la contrefaçon numérique.

Proposition 5.18. Aider à la présence internationale de la lutte contre la contrefaçon.

Soutenir financièrement et opérationnellement la présence des institutions de lutte contre la contrefaçon dans les enceintes internationales, les salons, foires, etc. à travers les moyens de la présence française à l'étranger (Instituts culturels, AFA, etc.) et dans le cadre des instruments de coopération, mais aussi de mesures en faveur des exportations.

6.2. PERSONNES AUDITIONNEES ET CONSULTEES

6.2.1. ADMINISTRATIONS, JURIDICTIONS, AUTORITES ADMINISTRATIVES.

6.2.1.1. Ministère de la sécurité intérieure.

Eric FREYSSINET, Chef du Département informatique électronique, Institut de recherche criminelle de la Gendarmerie Nationale (IRCGN)
Nicolas DUVINAGE, Adjoint au Chef du Département informatique électronique, Institut de recherche criminelle de la Gendarmerie Nationale (IRCGN)

Valérie MALDONADO, Commissaire de Police, Adjoint au Chef de la Division Nationale pour la répression des contrefaçons, Direction Centrale de la Police Judiciaire
Frédéric DELACROIX, Brigade Centrale pour la répression des contrefaçons, Direction Centrale de la Police Judiciaire

Pascal COURTIN, Commissaire de Police, Brigade d'Enquêtes sur les Fraudes aux Technologies de l'Information (BEFTI)

6.2.1.2. Ministère de la Justice et juridictions.

Carola ARRIGHI de CASANOVA, Sous-directrice du droit commercial, du droit immobilier et de l'entraide judiciaire, Ministère de la Justice, Direction des Affaires civiles et du Sceau

Jean-Baptiste CARPENTIER, Magistrat, Sous-directeur de la justice pénale spécialisée, Ministère de la Justice, Direction des Affaires criminelles et des Grâces

Marie-Françoise MARAIS, Présidente de la 4^{ème} Chambre de la Cour d'Appel de Paris.

Elisabeth BELFORT, Vice Présidente du Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre civile

Juge TAPIN, Magistrat, Ministère de la Justice

Bruno BOUGIE, Magistrat, Chef du Bureau du droit économique et financier, Ministère de la Justice, Direction des Affaires criminelles et des Grâces

6.2.1.3. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie.

Francis AMAND, Sous Directeur de la Santé, de l'Industrie et du Commerce, DGCCRF
Anne FAUCONNIER, Chef du Bureau des biens de consommation, DGCCRF
Didier ETIENNE, Chargé de la coordination sur les sujets "commerce électronique", Mission pour l'économie numérique.

Jean-Claude MAISON, Inspecteur principal, Adjoint au Chef de Bureau E4, Direction Générale des Douanes et droits Indirects

Wilfried ROGE, Rédacteur, Bureau E4, Direction Générale des Douanes et droits Indirects

Rose JOUARRY, Responsable de la cellule anti-contrefaçon, Direction Nationale des Recherches et enquêtes douanières (DNRED)

Nicolas MASSON, Responsable de la cellule recueil et analyses de l'Internet Douanes (DNRED)

Mireille CAMPANA, Sous-directrice des réseaux, du multimédia et de la communication en ligne, DIGITIPP, Ministère de l'Industrie

Christophe DIGNE, DIGITIPP, Chargé de mission Sous Direction des réseaux, du multimédia et de la communication en ligne, Ministère de l'Industrie

Nathalie CLEMENT, Secrétaire général du Comité National Anti-contrefaçon, Ministère de l'Industrie

6.2.1.5. Ministère de la culture et de la communication.

Olivier JAPIOT, Conseiller technique auprès du Ministre de la culture et de la communication, Affaires juridiques. Propriété littéraire et artistique

Isabelle MARECHAL, Sous Directrice des Affaires juridiques, Ministère de la Culture et de la communication

Hélène de MONTLUC, Chef du Bureau de la Propriété Littéraire et Artistique

Jacques LOUVIER, Chef du Bureau des Affaires juridiques de la presse et des services de la société de l'information, Direction du Développement des Médias

6.2.1.6. Etablissements publics, Autorité de régulation.

Daniel HANGARD, Directeur général, Institut National de la Propriété Industrielle

Kim PHAM, Directeur, Direction financière et juridique, CNC

François HURARD, Directeur du cinéma, CNC

Hélène RAYMONDAUD, Directrice adjointe chargée de la réglementation

Michel DONZELLE, Direction technique, Conseil supérieur de l'audiovisuel

6.2.1.4. Commission européenne.

Hélène HERSCHEL, Commission européenne, DG Commerce, Administrateur – Secteur propriété intellectuelle

Pedro VELASCO MARTINS, Commission européenne, DG Commerce, Secteur propriété intellectuelle

Rogier WEZENBEEK, Administrateur Commission européenne, DG Marché intérieur, – Droits d'auteur et droits voisins

Barbara NORCROSS-AMILHAT, Commission européenne, DG Marché intérieur, Droits d'auteur et droits voisins

Christophe ZIMMERMANN, Expert National Détaché, Commission européenne, DG Taxud

6.2.2. ORGANISATIONS REPRESENTANTES DES TITULAIRES DE DROITS.

Elisabeth PONSOLLE des PORTES, Directrice générale, Union des Fabricants

6.2.2.1. Musique.

Eric BAPTISTE, Secrétaire général, CISAC

Catherine KERR-VIGNALE, SACEM, Directeur adjoint

Anne-Marie CHARBONNIER, SACEM, Directrice juridique

Mylène INNOCENTE, SACEM-SDRM, Département du droit de reproduction, Chargée de la veille Internet Lutte anti-piraterie

David EL SAYEGH, SACEM, Département du droit de reproduction, chargé des aspects juridiques et contractuels

Xavier BLANC, Directeur des Affaires Juridique et Internationales, SPEDIDAM

Hervé RONY, Syndicat National de l'Edition Phonographique

Frédéric GOLDSCHMIDT, Syndicat National de l'Edition Phonographique

Marc GUEZ, Secrétaire général, SCPP

Laurence MARCOS, Directrice juridique, Chargée de la cellule anti-piraterie,

Jérôme ROGER, Directeur général, SPPF

Karine COLIN, Directrice juridique, SPPF

Maria MARTIN-PRAT, Deputy general Counsel, Director of Legal Policy, IFPI

Lauri RECHARDT, Senior Legal Adviser, IFPI

6.2.2.2. Audiovisuel et cinéma.

Pascal ROGARD, Secrétaire Général, Association des Réalistes Producteurs

Olivier CARMET, Directeur général, SACD

Philippe VINCENT, Directeur de l'Audiovisuel, SACD

Nicole ZMIROU, Directrice des affaires juridiques, SACD

Laurent DUVILLIER, Délégué général, gérant, SCAM

Marie-Anne FERRY-FALL, SCAM, Service juridique, Agent assermenté

Jean-Yves MIRSKY Délégué général, Syndicat de l'édition vidéo ; Secrétaire Général, Association de Lutte contre la Piraterie Audiovisuelle

Antoine VIRENQUE, Secrétaire général, Fédération National des Exploitants et Distributeurs de Films
Julie LORIMY, Responsable juridique, Fédération National des Exploitants et Distributeurs de Films

Christopher P. MARCICH, Motion Picture Association, Senior Vice President & Managing Director
Thomas DILLON, Motion Picture Association, Legal counsel, Anti-piracy, Europe, Middle East & Africa

6.2.2.3. Logiciels.

Hervé PASGRIMAUD, Délégué général, Syndicat des Editeurs de Logiciels de Loisir

Marc MOSSE, Avocat à la Cour, représentant de BSA France.

Daniel DUTHIL, Président, Agence pour la Protection des Programmes
Ambroise SAUREAU, Agent assermenté, APP, CELOG

Robert CASANOVA, Président, ADAP
Michel PALACIN, Trésorier, ADAP
Emmanuel DRAILLARD, Agent assermenté, ADAP

6.2.2.4. Télévisions.

Philippe BELINGARD, Directeur juridique, France Télévision, Commission juridique de l'UER

Gilbert BORELLI, Responsable de la sécurité des systèmes d'information, Canal+
Sophie BARLUET, AEPOC, Secrétaire générale, Association Européenne pour la protection des œuvres et systèmes cryptés.
Nathalie CHESNEL Adjointe au directeur pour les affaires extérieures, Canal+ Groupe
Vanina TAIEB, Chargée de mission, Direction des affaires extérieures, Canal+ Groupe

Katia DUHAMEL, Directrice juridique, Noos
Didier GRAS, Responsable de la Sécurité, Noos
Olivier De BAILLENX Directeur Délégué affaires extérieures, Noos

Guillaume GRONIER, Délégué général, Association des Chaînes du Câble et du Satellite

6.2.2.5. Edition, presse.

Florence-Marie PIRIOU, Société des Gens de Lettres de France, Responsable juridique

Jean LISSARAGUE, Gérant, Centre Français de l'Exploitation de la Copie

Jean SARZANA, Syndicat National de l'Edition
Arlette SRTOUNZA, Responsable des relations institutionnelles

Astrid FLESCHE, GESTE, Responsable juridique
Marc FLASTER, L'AGEFI, Directeur Partenariats Electroniques
Antoine VERNHOLES, Le Figaro, *Business Development Syndication*

6.2.2.6. Fournisseurs d'accès – hébergeurs.

Jean-Christophe LE TOQUIN, Délégué général, Association des Fournisseurs d'Accès
Thierry ROUZIES, AOL France, service juridique
Corinne COSCAS, Directrice adjointe Bouygues Telecom

Stéphanie FOUGOU, Wanadoo, Service juridique

6.2.4 AVOCATS, JURISTES ET EXPERTS.

Josée-Anne BENAZERAF, Avocat à la Cour
Emmanuelle DEFRAIN, Avocat à la Cour
Gérard HAAS, Avocat à la Cour
Cyril ROJINSKY, Avocat à la Cour
Christian SOULIE, Avocat à la Cour
Gilles VERCKEN, Avocat au Barreau de Paris

Isabelle FALQUE-PIERROTIN, Présidente du Forum des droits de l'Internet
Lionel THOUMYRE, Chercheur, Rédacteur en chef, Juriscom.net

Christophe CARON, Professeur à l'Université, Paris XII, Val de Marne
Alain STROWELL, Professeur aux Universités de Bruxelles, Liège et Louvain

Bernard BENHAMOU, Maître de conférences à l'IEP de Paris
Florent LATRIVE, Libération, journaliste, auteur de Pirates et flics du Net, Seuil.
Bernard LANG, Chercheur, INRIA, membre du Conseil d'administration de l'ISOC France

TABLE

<i>Lettre de mission</i>	2
<i>Synthèse</i>	4
INTRODUCTION	10
1. MESURES ET MUTATIONS DE LA CONTREFAÇON	12
1.1. MESURES DE LA CONTREFAÇON	13
1.1.1. <i>Evaluations géographiques de la contrefaçon</i>	13
1.1.2. <i>Des évaluations sectorielles insuffisantes</i>	17
1.2. EFFETS ET MUTATIONS DE LA CONTREFAÇON	21
1.2.1. <i>Les mutations des activités de contrefaçon</i>	21
1.2.2. <i>Les mutations de l'environnement technique</i>	23
2. UN DEFI JURIDIQUE INTERNATIONAL	30
2.1. L'INTERNATIONALISATION DES PROTECTIONS	31
2.1.1. <i>L'action de l'Ompi</i>	31
2.1.2. <i>L'Accord ADPIC</i>	33
2.1.3. <i>Le Conseil de l'Europe et la cybercriminalité</i>	35
2.2. L'APPROFONDISSEMENT DES PROTECTIONS EN EUROPE	38
2.2.1. <i>L'Union Européenne et le respect des droits</i>	38
2.2.2. <i>Approches commerciale et douanière</i>	43
3 - L'ACTION ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE	50
3.1. LES ADMINISTRATIONS DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON	51
3.1.1. <i>Le Ministère de l'économie et des finances</i>	51
3.1.2. <i>Le ministère de la sécurité intérieure</i>	54
3.2. LES AUTORITÉS JUDICIAIRES	60
3.2.1. <i>L'action des juridictions pénales</i>	60
3.2.2. <i>L'action des juridictions civiles</i>	63
3.2.3. <i>Une stratégie judiciaire pour la contrefaçon</i>	67
4 – LES PROCÉDURES DE LUTTE	71
4.1. LES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES	72
4.1.1. <i>Les procédures administratives</i>	72
4.1.2. <i>Les procédures judiciaires</i>	76
4.2. LA PROCÉDURE DES ARTICLES L. 331-2 ET 343-4 DU CPI	83
4.2.1. <i>Un régime juridique en question</i>	83
4.2.2. <i>Organiser et renforcer les organismes professionnels</i>	86
4.2.3. <i>Harmoniser et renforcer les compétences agents</i>	91
5 - POLITIQUE DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON	98
5.1. MOBILISER L'ORGANISATION PUBLIQUE ET PRIVÉE	99
5.1.1. <i>Créer ou relancer une coopération administrative</i>	99
5.1.2. <i>Mobiliser et professionnaliser les acteurs</i>	103
5.2. COMMUNIQUER ET FORMER	105
5.2.1. <i>Une politique de sensibilisation et d'information</i>	106
5.2.3. <i>Des actions ciblées de formation et sensibilisation</i>	108

5.3. FINANCER ET SOUTENIR	112
5.3.1. <i>Le financement de la lutte.</i>	112
5.3.2. <i>Les soutiens opérationnels.</i>	113
 6.1. PROPOSITIONS	118
6.2. PERSONNES AUDITIONNÉES ET CONSULTÉES	129
 TABLE	134