

LA LUTTE CONTRE LES CONTREFAÇONS

Une organisation et des outils pour mieux
protéger les consommateurs
et les droits de propriété industrielle

Communication au comité d'évaluation et de contrôle
des politiques publiques de l'Assemblée nationale

Février 2020

Sommaire

PROCÉDURES ET MÉTHODES	5
SYNTHÈSE	7
RÉCAPITULATIF DES RECOMMANDATIONS	11
INTRODUCTION	13
CHAPITRE I UNE FRAUDE QUI S’AMPLIFIE ET EMPORTE DE NOMBREUX RISQUES	17
I - UNE AMPLIFICATION DU COMMERCE DE CONTREFAÇONS FACILITÉE PAR LA LIBÉRALISATION DES ÉCHANGES	17
A - Un volume estimé des échanges de contrefaçons qui augmente fortement	18
B - Un commerce favorisé par internet et l’évolution des modes d’acheminement des produits.....	19
C - Une fraude alimentée par l’assemblage de contrefaçons sur le sol européen.....	24
D - Une mesure du phénomène qui doit être améliorée	26
II - DES RISQUES POUR LES ENTREPRISES, L’ÉTAT ET LES CONSOMMATEURS	29
A - Un frein à l’innovation et une perte de confiance dans les produits	30
B - Des pertes significatives de ressources fiscales et sociales	31
C - Des risques pour la santé et la sécurité des consommateurs.....	34
D - Un lien avec la criminalité organisée et, potentiellement, le terrorisme	39
CHAPITRE II ENGAGER DES ACTIONS PLUS VOLONTARISTES AUX PLANS INTERNATIONAL ET EUROPÉEN	43
I - FAIRE DE LA PROTECTION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE UN AXE PRIORITAIRE DES NÉGOCIATIONS SUR LE COMMERCE MONDIAL	43
A - Promouvoir une relance de la protection des DPI dans les négociations commerciales, multilatérales et bilatérales	43
B - Conforter les actions plus ponctuelles d’autres organisations internationales	47
II - MIEUX HARMONISER LA PROTECTION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU SEIN DE L’UE	48
A - Accompagner la montée en puissance des agences et du dispositif de lutte contre les fraudes	48
B - Renforcer l’harmonisation des dispositifs opérationnels des États membres.....	50
III - RENFORCER LES OBLIGATIONS JURIDIQUES DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES POUR LES INCITER À UNE VIGILANCE ACCRUE	56
A - Un régime de responsabilité des plateformes numériques insuffisant et source d’insécurité juridique	57
B - Appuyer la révision de la directive commerce électronique de 2000.....	61
CHAPITRE III COORDONNER ET CONFORTER LE DISPOSITIF NATIONAL	67
I - CONSTRUIRE UNE STRATÉGIE GLOBALE ET METTRE EN COHÉRENCE LE DISPOSITIF OPÉRATIONNEL	67
A - Mettre en place un dispositif cohérent au service d’une vision d’ensemble	67
B - Mieux évaluer en France l’ampleur de la contrefaçon et les résultats des actions engagées.....	72
C - Créer une unité chargée de centraliser et partager le renseignement.....	75

II - RENFORCER LA CAPACITÉ À AGIR DES ENTREPRISES ET DES CONSOMMATEURS	76
A - Renforcer l'accompagnement des entreprises et des titulaires de droits	76
B - Mieux cibler les actions en direction des consommateurs	80
III - ADAPTER LE DISPOSITIF JURIDICTIONNEL DE PROTECTION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	86
A - Poursuivre la spécialisation des juridictions et des magistrats	86
B - Mettre en place de nouvelles actions juridictionnelles civiles	90
C - Adapter la politique pénale	93
LISTE DES ABRÉVIATIONS	101
ANNEXES	105

Procédures et méthodes

Les rapports de la Cour des comptes sont réalisés par l'une des six chambres que comprend la Cour ou par une formation associant plusieurs chambres et/ou plusieurs chambres régionales ou territoriales des comptes.

Trois principes fondamentaux gouvernent l'organisation et l'activité de la Cour, ainsi que des chambres régionales et territoriales des comptes, tant dans l'exécution de leurs contrôles et enquêtes que dans l'élaboration des rapports publics : l'indépendance, la contradiction et la collégialité.

L'indépendance institutionnelle des juridictions financières et statutaire de leurs membres garantit que les contrôles effectués et les conclusions tirées le sont en toute liberté d'appréciation.

La contradiction implique que toutes les constatations et appréciations ressortant d'un contrôle ou d'une enquête, de même que toutes les observations et recommandations formulées ensuite, sont systématiquement soumises aux responsables des administrations ou organismes concernés ; elles ne peuvent être rendues définitives qu'après prise en compte des réponses reçues et, s'il y a lieu, après audition des responsables concernés.

La collégialité intervient pour conclure les principales étapes des procédures de contrôle et de publication.

Tout contrôle ou enquête est confié à un ou plusieurs rapporteurs. Leur rapport d'instruction, comme leurs projets ultérieurs d'observations et de recommandations, provisoires et définitives, sont examinés et délibérés de façon collégiale, par une chambre ou une autre formation comprenant au moins trois magistrats. L'un des magistrats assure le rôle de contre-rapporteur et veille à la qualité des contrôles. Il en va de même pour les projets de rapports publics.

**

En application de l'article L.132-6 du code des juridictions financières, la Cour des comptes a été saisie le 31 octobre 2018 par le Président de l'Assemblée nationale d'une demande d'enquête portant sur la lutte contre les contrefaçons.

Une réunion en présence du président de la Première chambre, du président de section et d'un magistrat rapporteur s'est tenue le 12 décembre 2018 avec les députés Pierre-Yves Bournazel et Christophe Blanchet, désignés par le Comité d'évaluation et de contrôle de l'Assemblée nationale pour suivre cette enquête. Il a été convenu que ce travail ne devait pas être une étude à caractère monographique, mais devait contribuer à porter une appréciation sur les dispositifs destinés à lutter contre les différentes formes de contrefaçons. Par lettre du 18 janvier 2019, le Premier président a fait part au Président de l'Assemblée nationale de l'accord de la Cour pour réaliser cette enquête pour la fin février 2020. Ce courrier figure en annexe du présent rapport (cf. annexe n° 1).

Les lettres de notification ont été adressées le 18 février 2019 aux destinataires suivants : le directeur général des douanes et des droits indirects (DGDDI), la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), le directeur général des entreprises (DGE), le directeur général de la gendarmerie nationale (DGGN), le directeur général de la police nationale (DGPN), la directrice des affaires criminelles et des grâces (DACG), le directeur général de l'agence nationale de la sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM).

L'enquête a également été notifiée le 2 mai 2019 à la secrétaire générale des affaires européennes (SGAE), au directeur des affaires civiles et du sceau (DACS), au secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères (MEAE) et à la directrice générale du Trésor (DGT).

Des entretiens de début de contrôle ont été conduits avec chacune de ces administrations entre le 5 avril et le 11 juin 2019. Ces échanges ont été complétés par l'envoi de questionnaires et de visites de terrain (DGDDI, gendarmerie nationale).

L'instruction s'est déroulée avec l'appui d'un comité d'accompagnement, constitué des parties prenantes institutionnelles et privées ainsi que d'experts extérieurs, dont la liste figure en annexe n° 7. L'équipe de rapporteurs a réuni ce comité trois fois pour partager ses constats et axes de réflexion. Les projets de recommandations lui ont été soumis pour avis.

Les rapporteurs se sont également appuyés sur de nombreux travaux et études existants, en particulier les observations définitives sur la politique publique de lutte contre les contrefaçons adressées par la Cour aux administrations concernées le 16 mai 2014 (cf. annexe n° 9 pour la liste et le suivi des recommandations) et un référé du 30 mai 2014 adressé au Premier ministre.

Par ailleurs, l'équipe de contrôle a rencontré les représentants de plus de 80 entités, tant de la sphère publique (organisations internationales, agences, offices, etc.) que de la sphère privée (associations professionnelles ou de consommateurs, entreprises, experts) (cf. annexe n° 8). L'équipe de contrôle s'est rendue à Bruxelles pour rencontrer les services concernés de la Commission européenne et de l'OLAF. Elle s'est également déplacée à Rome et à Londres pour y rencontrer les services en charge de la lutte contre les contrefaçons.

Une réunion d'étape s'est tenue à mi-parcours, le 10 juillet 2019, à l'Assemblée nationale.

L'entretien de fin de contrôle a eu lieu avec la DGDDI le 13 novembre 2019.

La Première chambre s'est réunie pour son premier délibéré le 21 novembre 2019. Elle a décidé l'envoi d'un rapport d'observations provisoires pour contradiction aux administrations ayant reçu notification de l'enquête. Après réception de leurs réponses écrites et audition de la DGDDI, du DGE et de la SGAE, la Première chambre – composée de M. Christian Charpy, président, M. Daniel-Georges Courtois, conseiller maître, M. Jean-Pierre Laboureux, conseiller maître, M. Yves Perrin, conseiller maître, Mme Sophie Thibault, conseillère maître, Mme Inès Mercereau, conseillère maître, M. François Richier, conseiller maître en service extraordinaire – a délibéré sur le présent rapport le 30 janvier 2020. M. Olivier Courson, conseiller maître, Mme Clotilde Pézerat-Santoni, conseillère référendaire, M. Benoît Malbrancke, rapporteur extérieur, M. Vincent Belgy, vérificateur, en étaient les rapporteurs et Mme Françoise Bouygard, conseillère maître, la contre-rapporteuse.

Il a ensuite été examiné et approuvé le 18 février 2020 par le comité du rapport public et des programmes de la Cour, composé de Mme Moati, doyenne des présidents de chambre, faisant fonction de Première présidente, M. Morin, Mme Pappalardo, rapporteure générale du comité, Mme Podeur, M. Charpy, présidents de chambre, MM. Barbé et Rolland, Mme Soussia, présidents de section, Mme Hirsch de Kersauson, procureure générale, entendue en ses avis.

Synthèse

La contrefaçon est à la fois l'action de reproduire de manière illicite et le résultat de cette action, selon la définition de l'Académie française. D'un point de vue juridique, c'est le produit résultant de l'usage frauduleux d'un droit de propriété intellectuelle (DPI) dont un tiers est titulaire, sur un territoire où il est protégé. Les États jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans la définition du régime juridique de la propriété intellectuelle applicable dans leur pays, mais dans le respect de conventions internationales et d'un cadre communautaire partiellement harmonisé pour ce qui concerne les États membres de l'Union. En pratique, le régime de protection des DPI n'est donc pas le même dans tous les pays et il est évolutif. Ainsi, les indications géographiques sont protégées en droit européen¹ et viennent, pour certaines d'entre elles, de faire l'objet d'un accord entre l'Union européenne (UE) et la Chine le 6 novembre 2019, alors qu'elles ne sont toujours pas reconnues par les États-Unis.

Cette disparité dans la définition des DPI, et l'harmonisation très partielle des dispositifs de protection des droits, ne facilitent pas une action globale et coordonnée de lutte contre le développement des contrefaçons.

Le présent rapport traite d'un pan de la protection des DPI, celui concernant la violation des droits de propriété industrielle (marques, brevets, dessins et modèles, indications géographiques), à l'exclusion des droits d'auteur (le *copyright* anglo-saxon) dont le respect fait l'objet d'une politique spécifique. Il n'analyse pas non plus l'usage que certaines entreprises peuvent faire des DPI pour se protéger de façon excessive de l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. Il se concentre principalement sur l'impact de la mondialisation des échanges, favorisée par le développement du fret et les plateformes de commerce électronique, sur le commerce illicite de produits contrefaisants.

Une fraude et des risques croissants à mieux mesurer

Les produits contrefaisants imitent sans autorisation des produits authentiques ou s'en inspirent frauduleusement. Ils s'échangent généralement à des prix très attractifs, souvent reflète d'une moindre qualité, alimentant un commerce en forte croissance porteur de nombreux risques pour les États, les entreprises et les consommateurs.

D'après les dernières évaluations de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO), les échanges de contrefaçons dans le monde représentent 509 Md\$ en 2016, soit 3,3 % du volume des échanges mondiaux, contre 2,5 % trois ans auparavant. L'UE est particulièrement touchée : les contrefaçons représenteraient 6,8 % de ses importations, avec une proportion croissante de saisies de produits dangereux pour la santé et la sécurité des consommateurs. L'impact du commerce de contrefaçons, estimé pour l'Union européenne (UE) sur dix secteurs économiques et sur la période 2012-2016, serait de 700 000 emplois perdus et de 16,3 Md€ de pertes fiscales par an. Ces évaluations sont considérées comme prudentes, la complexité et l'opacité du phénomène le rendant particulièrement difficile à mesurer. Les

¹ L'identification géographique protégée est une reconnaissance juridique qui garantit qu'au moins une des étapes de la production, de la transformation ou de l'élaboration a été réalisée dans le lieu affiché sur un produit agricole ou une denrée alimentaire.

données disponibles sont par ailleurs incomplètes et peu harmonisées ; leur exploitation est insuffisante. Selon l'EUIPO, la France est le pays dont les entreprises sont les plus touchées par la contrefaçon, après les États-Unis, et devant l'Italie. Pourtant, aucune étude statistique mesurant l'ampleur du phénomène et son impact économique n'est disponible.

De nombreux facteurs favorisent le développement de la contrefaçon : la libéralisation des échanges mondiaux et l'essor des zones de libre-échange, le développement très rapide de nouvelles routes commerciales et du commerce électronique par l'intermédiaire de plateformes peu régulées, l'acheminement fragmenté des produits *via* des colis et petits colis déjouant les contrôles douaniers. Ceci tend à faciliter un assemblage de contrefaçons sur le sol européen grâce à l'importation massive d'étiquettes et logos acheminés séparément des produits contrefaisants sur lesquels ils seront ensuite apposés.

La contrefaçon est souvent considérée comme une fraude sans victime, ce qui ne favorise pas une juste appréhension de son ampleur et de ses multiples effets dommageables. Cette vision est trompeuse : au-delà de la réparation du préjudice causé aux titulaires de droits, la lutte contre les contrefaçons est justifiée par l'ampleur des risques associés à son développement : atteintes à la santé et à la sécurité des consommateurs ; dommages pour l'environnement ; pertes substantielles de ressources fiscales et sociales pour les États ; impacts négatifs sur l'économie et les entreprises en sapant les efforts d'innovation et la confiance des consommateurs ; financement du crime organisé, et potentiellement d'organisations terroristes.

Une meilleure mesure du phénomène et de ses impacts apparaît donc comme un préalable nécessaire pour agir efficacement et mieux sensibiliser l'ensemble des acteurs concernés.

Engager des actions plus volontaristes au plan international et européen

Si le régime de protection des DPI est propre à chaque État, un corpus de normes a été développé aux niveaux international et européen, qui sont devenus les plus pertinents pour lutter efficacement contre la production et le commerce de contrefaçons.

Dans un contexte de mondialisation de l'économie et de libéralisation des échanges, la protection de la propriété intellectuelle nécessite d'abord d'intervenir dans un cadre multilatéral. Du fait de l'absence d'approche normative contraignante dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), c'est dans celui de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) que des initiatives ont été prises aboutissant, en 1994, à une avancée majeure avec l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (dits ADPIC). Il n'y a toutefois pas eu de réel progrès depuis en dépit des bouleversements affectant le commerce international, en lien notamment avec le développement du commerce électronique.

L'action de l'OMC est désormais marquée par un contexte géopolitique tendu, dominé par le différend commercial entre les États-Unis et la Chine discuté dans un cadre purement bilatéral, qui entrave toute discussion au sein de l'organisation sur les sujets de propriété intellectuelle. La protection des droits, contrepartie nécessaire de l'ouverture des marchés, s'en trouve fortement affectée. Dans leur déclaration du 26 août 2019, à l'issue du sommet de Biarritz, les chefs d'État et de gouvernements du G7 ont néanmoins insisté sur la nécessité de réformer en profondeur l'OMC « *afin d'être plus efficace dans la protection de la propriété intellectuelle* ». Les autorités françaises devraient profiter de cette dynamique et agir notamment au sein du G7 et du Conseil européen pour faire de la lutte contre la production et le commerce de contrefaçons un axe de négociation en vue d'une réforme de l'OMC. Compte

tenu du contexte complexe de ces discussions, il importe également que les traités bilatéraux négociés par l'Union européenne comportent des clauses relatives à la lutte contre les contrefaçons.

Au-delà de ce volet essentiel de la politique extérieure de l'Union, il est nécessaire de promouvoir une relance des actions de protection des DPI au sein même de l'Union européenne. La mise en œuvre de cette politique reste en effet très fragmentée, tant au niveau des institutions européennes qu'entre les États membres. La disparité des dispositifs opérationnels de contrôles douaniers entre les États membres, malgré une réglementation douanière détaillée et différents plans d'actions de la Commission européenne, illustre la difficulté de rapprocher l'action des États. Cette situation est d'autant plus préoccupante que l'harmonisation du cadre juridique sectoriel applicable à la protection des DPI (procédures juridictionnelles, mesures conservatoires, etc.) est également insuffisante. La définition d'un nouvel agenda européen à l'occasion de l'installation d'une nouvelle Commission – en particulier la définition d'une nouvelle politique industrielle de l'Union européenne – et la présidence française de l'UE au premier semestre 2022, offrent une opportunité de promouvoir une nouvelle stratégie globale au niveau communautaire. L'objectif serait notamment de mieux harmoniser les dispositifs douaniers et de protection des DPI entre les États membres, et de réinscrire la lutte contre les contrefaçons au nombre des priorités de certaines agences (l'Office européen de lutte anti-fraude – OLAF –, l'Office européen de police – EUROPOL – notamment), en lien avec la lutte contre le crime organisé.

Le sujet de la responsabilité des plateformes numériques émerge enfin comme un enjeu central dans la lutte contre le commerce de contrefaçons. Les plateformes numériques jouent un rôle croissant dans la diffusion de contenus légaux mais également contrefaisants, à mesure de l'essor du commerce électronique qui représente en Europe un chiffre d'affaires de 540 Md€ en 2018, en augmentation de 12,8 % par rapport à 2016, et de 90 Md€ en France. À ce jour, les plateformes numériques sont relativement passives dans la lutte contre les contrefaçons, au regard de leur implication dans le commerce électronique qui la favorise, au motif qu'elles ne sont que des intermédiaires sans obligation de vigilance particulière. Ce régime de responsabilité limitée résulte des dispositions de la directive commerce électronique 2000/31/CE, qui dispensent les plateformes de contrôle général des contenus qu'elles hébergent. C'est seulement en cas d'inaction à la suite d'une notification que les plateformes peuvent, le cas échéant, voir leur responsabilité engagée. L'insuffisante diligence des plateformes résultant de ce régime de responsabilité limitée est aujourd'hui considérée par les titulaires de droits comme l'un des principaux freins à une lutte efficace contre le développement du commerce de contrefaçons en ligne.

Le régime d'irresponsabilité des intermédiaires de l'internet est désormais inadapté. Il apparaît aujourd'hui indispensable de renforcer rapidement les obligations légales des plateformes. La Commission qui vient d'être installée semble ouverte à cette perspective. Dans ce contexte, la Cour recommande d'agir dans le cadre des travaux préparatoires à la révision de cette directive, afin d'inciter les plateformes à des diligences renforcées dans la lutte contre les contrefaçons.

Coordonner et conforter le dispositif national

Comme au niveau européen, différents leviers devraient être activés simultanément sur le territoire national pour agir plus efficacement contre le développement des contrefaçons. Cela nécessite au préalable, comme l'avait déjà relevé la Cour dans son rapport de 2014 sur la politique publique de lutte contre la contrefaçon², la définition d'une stratégie globale, volontariste et coordonnée. Très atomisé, le commerce de contrefaçons repose sur des filières difficiles à démanteler. Le combattre efficacement suppose des moyens d'investigation qu'aucune des administrations concernées n'a la capacité d'engager seule. La lutte contre les différentes formes de contrefaçons exige donc une approche coordonnée, tant sur le plan stratégique qu'opérationnel. Elle doit aussi s'appuyer sur une vision globale et partagée du phénomène, alimentée par une information complète et de qualité. La Cour recommande de conforter le dispositif national à trois niveaux :

- en élaborant à brève échéance, sous l'autorité du Premier ministre, un plan d'action interministériel de lutte contre les contrefaçons ;
- en renforçant le rôle de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) en matière de collecte et d'agrégation des données utiles à la quantification du phénomène en vue d'une analyse plus fine de son impact sur le territoire français ;
- en créant une unité spécialisée dans la lutte contre les contrefaçons, sous l'égide de la direction générale des douanes et des droits indirects (DGDDI), composée d'agents issus des différentes administrations concernées, qui pourrait notamment centraliser et croiser les différentes sources d'informations afin d'enrichir le renseignement au service de l'action opérationnelle.

Par ailleurs, l'insuffisante conscience des enjeux que représente la prolifération des contrefaçons impose d'amplifier et de rationaliser les actions de sensibilisation tant en direction des entreprises que des consommateurs. Leur rôle actif dans la lutte contre ce phénomène est déterminant et doit être encouragé, d'une part en confortant le lien entre les pouvoirs publics et les titulaires de droits et, d'autre part, en facilitant les démarches des consommateurs de bonne foi, trompés à l'occasion d'achats sur internet. À cette fin, pourrait être expérimenté un mécanisme permettant le remboursement aux consommateurs, contre destruction, de leurs achats en ligne de contrefaçons, attestés par un tiers de confiance, en s'inspirant du dispositif canadien « *Chargeback* ».

Il ressort enfin de l'enquête que les recommandations du rapport de la Cour de 2014 encourageant une plus grande spécialisation des magistrats en droit de la propriété industrielle et une répression plus sévère des contrefacteurs n'ont été que partiellement suivies d'effets. Au-delà de la spécialisation des magistrats du siège, indispensable pour traiter un contentieux souvent technique, celle des juridictions civiles, qui n'a pas connu de nouvelle impulsion depuis 2010, et celle des juridictions pénales, qui n'a pas encore commencé, devraient être encouragées. Par ailleurs, il serait opportun de faciliter la suspension groupée des noms de domaines des sites internet portant atteinte à un même droit (une marque la plupart du temps), source importante de diffusion des contrefaçons. Enfin, de nouvelles pistes dissuasives pour les contrevenants devraient être explorées, notamment l'amende civile, en particulier dans les cas de fautes les plus lucratives ou portant atteintes à la santé ou à la sécurité du consommateur. Il conviendrait également d'examiner les conditions facilitant le recours à la peine complémentaire de confiscation des avoirs criminels pour les délits de contrefaçon simple.

² Cour des comptes, *La politique publique de lutte contre la contrefaçon*, référé, mai 2014, disponible sur www.ccomptes.fr.

Récapitulatif des recommandations

Renforcer les actions de lutte contre les contrefaçons aux plans international et européen

1. Agir au sein du G7 et du Conseil européen pour faire de la lutte contre la production et le commerce de contrefaçons un axe des négociations sur le commerce mondial et des accords commerciaux entre l'Union européenne et les pays tiers (*SGAE, SG MEAE, DGT*).
2. Agir dans le cadre du Conseil européen pour inscrire la lutte contre les contrefaçons au nombre des priorités de l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) et de l'Office européen de police (EUROPOL) (*SGAE*).
3. Œuvrer pour une meilleure harmonisation des dispositifs opérationnels de contrôles douaniers et réunir les conditions pour renforcer les procédures juridiques de protection des droits de propriété intellectuelle (*SGAE, DGDDI*).
4. Agir dans le cadre de la révision de la directive commerce électronique, pour renforcer les obligations juridiques des plateformes numériques en matière de lutte contre les contrefaçons (*SGAE, DGE*).

Mobiliser et coordonner plus efficacement les administrations françaises

5. Établir d'ici fin 2020, sous l'autorité du Premier ministre, un plan d'action interministériel de lutte contre les contrefaçons et en confier la mise en œuvre au ministre chargé de l'économie (*SG des ministères économiques et financiers*).
6. Charger l'INPI de collecter l'ensemble des données utiles à la quantification de la contrefaçon et au recensement des actions des administrations, en vue de les transmettre à l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) et de contribuer au suivi du plan d'action interministériel (*DGE, INPI*).
7. Regrouper, sous l'égide de la DGDDI, des agents des différentes administrations concernées dans une unité chargée de centraliser et de partager le renseignement relatif à la contrefaçon (*DGDDI*).

Renforcer l'information des consommateurs et des entreprises

8. Mieux informer les consommateurs des conséquences pour leur sécurité, l'économie et l'emploi, de l'achat de produits contrefaisants (*DGCCRF, DGDDI*).
9. Expérimenter, en s'inspirant du dispositif canadien « *Chargeback* », un mécanisme permettant le remboursement aux consommateurs de leurs achats de contrefaçons sur internet (*DGCCRF*).

Adapter le dispositif juridictionnel de protection des droits de la propriété intellectuelle

10. Poursuivre la spécialisation des juridictions et des magistrats dans le traitement des violations des DPI (*SG du ministère de la justice*).
11. Adapter la législation en :
 - mettant en place des amendes civiles en complément des dommages et intérêts ;
 - permettant la suspension groupée des noms de domaines portant atteinte à un même droit ;
 - examinant les conditions facilitant le recours à la peine complémentaire de confiscation des avoirs criminels pour les délits de contrefaçon simple (*SG du ministère de la justice*).

Introduction

Littéralement, la contrefaçon est l'action de contrefaire, au sens de « reproduire de manière illicite », et le résultat de cette action, selon la définition de l'Académie française. La reproduction ne peut être considérée comme illicite qu'à la condition que la production soit protégée par un droit de propriété intellectuelle (DPI). La contrefaçon est alors l'usage frauduleux de la propriété intellectuelle d'un tiers sur un territoire où elle est protégée. Bien qu'ancien, le concept de propriété intellectuelle ne s'est réellement développé qu'à partir du XVIII^{ème} siècle et surtout à la fin du XIX^{ème} siècle, la création et l'innovation étant auparavant largement protégées par la limitation physique des capacités de reproduction à grande échelle.

La propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, les deux volets de la propriété intellectuelle, se sont dans un premier temps développées séparément, avant de se rejoindre sous le concept global de DPI dont la reconnaissance internationale a crû rapidement.

Le présent rapport ne traite que de la protection des droits de propriété industrielle (marques, brevets, topographie de semi-conducteurs, obtentions végétales, dessins et modèles, indications géographiques), les droits d'auteur (le *copyright* anglo-saxon) obéissant à un régime spécifique incluant les logiciels (cf. annexe n° 2 pour une catégorisation exhaustive des différents droits de propriété intellectuelle).

Il ne traite pas non plus des procédures juridiques parfois abusives engagées par certains titulaires de droits, quand ils ne cherchent qu'à faire obstacle à l'entrée d'un concurrent sur un marché. Il concentre ses constats, analyses et recommandations sur le développement préoccupant de biens manifestement contrefaisants³, produits massivement à l'initiative d'acteurs de l'économie souterraine, et dont la diffusion est aujourd'hui facilitée par l'essor du commerce électronique et l'acheminement par petits colis.

La nécessité de développer une compréhension et une reconnaissance mutuelles des DPI⁴ à l'international n'a pas retiré aux États la prérogative d'en préciser l'étendue et le régime juridique d'exploitation et de protection qui leur est applicable. La lutte contre les contrefaçons demeure donc principalement de leur compétence, dans le respect des conventions internationales et, pour les États membres de l'UE, d'un cadre juridique partiellement harmonisé.

En pratique, le régime de protection des DPI n'est donc pas le même dans tous les pays. Ainsi, les indications géographiques sont protégées en droit européen, et ont fait l'objet d'un accord entre l'UE et la Chine pour certaines d'entre elles le 6 novembre 2019, alors qu'elles ne sont toujours pas reconnues par les États-Unis. Au sein de l'UE, plusieurs règlements encadrent le régime des droits de propriété industrielle⁵ mais l'étendue de leur protection diffère selon les droits nationaux. À titre d'exemple, les pièces détachées visibles (carrosserie, rétroviseurs,

³ Une contrefaçon est un produit contrefaisant, le produit authentique étant dénommé produit contrefait.

⁴ Le droit des marques est à ce jour le droit de propriété industrielle le plus unifié au niveau mondial, car le concept de marque est aisément compréhensible et applicable, étant moins sujet à l'appréciation subjective. Les droits des dessins et modèles, comme celui des brevets, sont beaucoup moins harmonisés.

⁵ Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales.

phares etc.) sont protégées en France au titre du droit des dessins et modèles et des droits d'auteur, mais pas en Allemagne⁶.

Les produits contrefaisants imitent ou s'inspirent frauduleusement des produits authentiques. Ils s'échangent généralement⁷ à des prix très attractifs, souvent reflète d'une moindre qualité⁸, et alimentent un commerce illégal en forte croissance car moins risqué que d'autres fraudes, et offrant des profits conséquents. D'après les dernières évaluations de l'OCDE et de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)⁹, les échanges de contrefaçons dans le monde représentent 509 Md\$ en 2016, soit 3,3 % du volume des échanges mondiaux, contre 2,5 % trois ans auparavant. L'UE est particulièrement touchée ; les contrefaçons représenteraient 6,8 % de ses importations, avec une proportion croissante de produits dangereux pour la santé et la sécurité des consommateurs.

Si le régime de protection des DPI est propre à chaque État, un corpus de normes a été développé au niveau international et européen, devenu le plus pertinent pour lutter efficacement contre la production et le commerce de contrefaçons.

La dernière convention multilatérale, négociée dans le cadre de l'OMC en 1994 – accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, dit ADPIC – constitue une avancée majeure dans la protection des DPI à travers des obligations s'imposant à l'ensemble des pays membres avec un dispositif de sanctions associé. En complément de l'action de l'OMC, des initiatives plus ponctuelles de coopération dans la lutte contre les contrefaçons ont été prises : dans le cadre, d'une part, de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), instance de coopération et d'échanges et, d'autre part, dans celui d'organisations internationales moins centrées sur la protection de la propriété intellectuelle telles l'organisation mondiale des douanes (OMD), INTERPOL ou l'OCDE.

L'Union européenne a adopté de nombreux règlements et directives visant à mieux harmoniser les législations nationales pour fluidifier le fonctionnement du marché intérieur. Ce cadre concerne tant le droit matériel (« Paquet Marques » en 2015 par exemple), que les procédures de protection des DPI à mettre en place par les États membres : contrôle aux frontières dans le cadre de l'Union douanière, procédures administratives et juridictionnelles.

Au sein de la Commission, le pilotage de la lutte anti-contrefaçon relève d'abord de la direction générale en charge du marché unique, de l'industrie et des entreprises (DG GROW) au titre de ses compétences relatives aux DPI et au développement du marché intérieur. D'autres directions générales participent également à la mise en œuvre de cette politique, notamment : la direction générale des réseaux de communication, du contenu et des technologies de l'information (DG CONNECT), en charge du cadre juridique des plateformes numériques ; la DG en charge du commerce extérieur (DG TRADE), dont le rôle est central concernant la

⁶ Une telle pièce détachée sera considérée comme une contrefaçon d'un côté du Rhin seulement. On retrouve de telles distorsions dans les brevets de composition des pesticides par exemple.

⁷ Certains vendeurs de contrefaçons profitent de la réputation de la marque originale, ou des nombreuses opportunités de ventes de produits d'occasion, pour vendre des produits contrefaisants à des prix proches des produits originaux.

⁸ Tel n'est pas le cas lorsqu'ils sont produits par les sous-traitants légitimes du détenteur de droits, mais au-delà des autorisations accordées par ce dernier. Pour lutter contre cela, certains détenteurs de droits fournissent à leurs sous-traitants la quantité exacte de matière première nécessaire à leur production autorisée, récupérant l'éventuel reliquat et demandant justification des écarts.

⁹ EUIPO, *Report on EU enforcement of intellectual property rights: results at the EU borders and in Member states 2013-2017*, 2019.

négociation et le suivi des accords commerciaux ; la direction chargée de la fiscalité et de l'Union douanière (DG TAXUD). Enfin, s'agissant de la mise en œuvre des poursuites et des sanctions, l'action de la direction Justice et protection du consommateur (DG JUST) reste pour sa part limitée, dans la mesure où le volet répressif et pénal en matière de lutte contre les contrefaçons relève de la compétence des États membres.

L'une des avancées récentes repose sur la montée en puissance de certaines agences européennes, en particulier de l'office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)¹⁰ et de son observatoire européen des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle. D'autres agences jouent également un rôle croissant et mènent des actions de coopération avec les États pour démanteler les filières criminelles : Europol, Eurojust, et l'office européen de lutte anti-fraude (OLAF).

Au niveau national, la lutte contre les contrefaçons est de la compétence de plusieurs services.

L'élaboration du cadre législatif et réglementaire de la protection de la propriété industrielle relève, au ministère de l'économie et des finances, de la direction générale des entreprises (DGE), en lien avec l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) dont elle assure la tutelle et qui est chargé de l'enregistrement des droits de propriété industrielle. Les services du ministère de la justice (direction des affaires civiles et du sceau – DACS – et direction des affaires criminelles et des grâces – DACG –) participent aussi à l'élaboration de ce cadre, notamment pour ce qui concerne les actions juridictionnelles.

La détection et l'interception des marchandises portant atteinte aux droits de la propriété intellectuelle, ainsi que la mise en cause des contrevenants, relèvent également de différentes administrations : au premier chef, la direction générale des douanes et des droits indirects (DGDDI) au titre de ses missions de police de la marchandise ; la police nationale et la gendarmerie nationale au titre de leur mission générale de protection des personnes et des biens ; plus marginalement, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), au titre de ses missions de protection du bon fonctionnement des règles du marché et de la sécurité des consommateurs. L'agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé (ANSM) est aussi amenée à intervenir pour alerter les forces de sécurité intérieure dans le cadre de ses missions de surveillance de la fabrication ou de la distribution des produits de santé.

En bout de chaîne, les tribunaux sont chargés de trancher les contentieux liés à la contrefaçon sur le plan civil et de poursuivre et condamner le cas échéant les auteurs de ces infractions sur le plan pénal.

**

¹⁰ Créée en 1994 sous le nom d'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), cette agence décentralisée de l'UE est basée à Alicante en Espagne et est chargée de l'enregistrement des marques de l'UE et les dessins et modèles communautaires.

La contrefaçon est souvent considérée à tort comme une fraude sans victime, ce qui ne favorise pas une juste appréhension de son ampleur et de ses effets. Au-delà de la réparation du préjudice pour les titulaires de droits, la lutte contre les contrefaçons est justifiée par l'ampleur des risques associés à leur développement : atteintes à la santé et à la sécurité des consommateurs ; dommages portés à l'environnement ; pertes substantielles de ressources fiscales et sociales pour les États ; impacts négatifs sur l'économie et les entreprises en sapant les efforts d'innovation et la confiance des consommateurs ; financement du crime organisé et potentiellement d'organisations terroristes.

Le développement du commerce de contrefaçons et l'ampleur des risques associés nécessitent une approche globale et coordonnée combinant les actions de multiples acteurs, préalable déjà relevé par la Cour dans son rapport de 2014 sur la politique publique de lutte contre la contrefaçon : en amont, avant l'entrée d'un produit contrefaisant sur le territoire national, *via* la mise en place d'un cadre juridique et opérationnel adapté ; en aval, pour détecter les contrefaçons en lien avec les détenteurs de droits, opérer les saisies et sanctionner les fraudes à travers des actions juridictionnelles dissuasives.

Le premier chapitre de ce rapport souligne l'ampleur croissante du commerce de contrefaçons et met en lumière les risques, trop souvent méconnus, qui en résultent pour les entreprises, les États et les consommateurs.

L'action de lutte contre les contrefaçons relevant largement du niveau international et européen, le deuxième chapitre souligne la nécessité d'engager des actions plus volontaristes pour mieux prendre en compte les droits de la propriété intellectuelle dans les négociations multilatérales ou bilatérales sur le commerce mondial et renforcer l'efficacité des dispositifs de surveillance et de contrôle.

Enfin, le troisième chapitre est consacré au dispositif français de lutte contre les contrefaçons. Il appelle à la définition d'une stratégie globale et à la mobilisation de l'ensemble des acteurs : administrations, entreprises, consommateurs et institutions judiciaires.

Chapitre I

Une fraude qui s'amplifie et emporte de nombreux risques

Pendant longtemps la contrefaçon a été le fait d'entreprises concurrentes. Elle conduisait à de fréquents litiges concernant la violation de droits de propriété intellectuelle. Ceux-ci alimentent une jurisprudence qui fait régulièrement avancer leur interprétation et leurs contours. Ces litiges, issus de la vie ordinaire des affaires entre acteurs légitimes et identifiés, ont pu parfois conduire à des abus de droit en empêchant des acteurs d'entrer sur un marché. Mais ces contrefaçons sont aujourd'hui largement dépassées par celles résultant de la mondialisation des échanges.

Avec le développement et l'interconnexion des réseaux de transport et les nouvelles possibilités offertes par les plateformes numériques, des acteurs très discrets d'un commerce de contrefaçons assumé, fondé sur le pillage de l'innovation, donnent à la contrefaçon une ampleur sans précédent : 3,3 % des échanges mondiaux, et 6,8 % des importations de l'UE selon l'OCDE et l'EUIPO (I). Acheter une contrefaçon, consciemment ou non, est lourd de conséquences. Outre ses effets préjudiciables sur les efforts d'innovation des détenteurs de droits, le commerce de contrefaçons fragilise les États en supprimant des emplois et en minorant leurs recettes fiscales, participe au financement d'organisations criminelles, et introduit des biens de consommation pouvant présenter un risque pour la santé et la sécurité des consommateurs, ainsi que pour l'environnement (II).

I - Une amplification du commerce de contrefaçons facilitée par la libéralisation des échanges

La réduction des entraves au commerce, l'essor des économies asiatiques et le développement accéléré d'internet et du e-commerce ont favorisé la consommation de biens. L'abolition des distances par les technologies de l'information a poussé au développement de l'offre de transport et à la réduction de ses coûts. À l'instar du commerce légitime, le commerce de contrefaçons tire profit de ces facteurs favorables aux échanges pour élargir et amplifier son offre.

Les saisies des services de douane et de police dans le monde montrent qu'aucun secteur économique de biens et de produits n'est épargné par la contrefaçon. Même si, à l'international, ce sont encore les vêtements et leurs accessoires qui sont le plus saisis¹¹, tout ce qui se vend et peut être contrefait a vocation à l'être. Les saisies douanières en France illustrent cette nouvelle

¹¹ Organisation Mondiale des Douanes, *Illicit Trade Report 2017*, 2018.

diversité : en 2015, plus de 20 000 roulements à bille contrefaisants, pesant jusqu'à 100 kilogrammes pièce, ont été saisis au port du Havre. En avril 2017, une contrefaçon du trophée UEFA de la coupe des clubs champions européens a été saisie sur un passager d'un vol international. Au printemps 2019, sur signalement initial de La Poste, ont été saisis 4 284 timbres postaux contrefaisants chez un particulier, qui en avait vendu 125 000.

A - Un volume estimé des échanges de contrefaçons qui augmente fortement

En 2005, l'OCDE estimait que le commerce de contrefaçons – consommation, production domestique et échanges de produits digitaux contrefaisants exclus – représentait 200 Md\$, soit 1,9 % du volume des échanges mondiaux, un montant supérieur au PNB de 150 pays dans le monde à l'époque¹². Cette étude a fait l'objet de mises à jour pour les années 2007¹³, 2013¹⁴ et 2016¹⁵, profitant à chaque fois de données enrichies. L'OCDE estime que le commerce de contrefaçons représentait en 2016 3,3 % du volume des échanges de biens dans le monde, soit 509 Md\$, et 6,8 % des importations de biens au sein de l'UE.

Ces chiffres sont obtenus à partir de modèles statistiques qui se sont améliorés au fur et à mesure des années, notamment grâce au partenariat entre l'OCDE et l'Office de l'union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO). Si ce sont les plus fiables et les plus élaborés à l'heure actuelle sur le sujet, ils restent le résultat de projections mathématiques évaluatives, parfois basées sur des jeux de données perfectibles (cf. I.I.D et encadré du II.B).

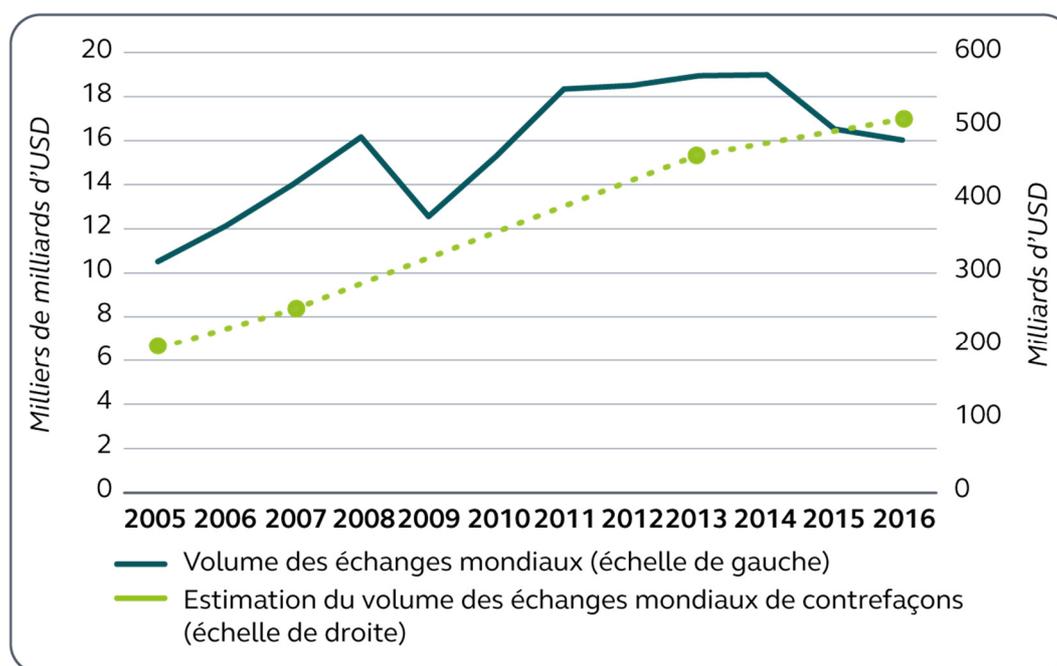
¹² <https://www.oecd.org/sti/38707619.pdf>.

¹³ En 2009 : <https://www.oecd.org/industry/ind/44088872.pdf>.

¹⁴ OCDE-EUIPO, *Trade in Counterfeit and Pirated Goods, Mapping the economic impact*, 2016.

¹⁵ OCDE-EUIPO, *Illicit Trade, Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods*, 2019.

Graphique n° 1 : estimation du volume des échanges de contrefaçons dans le monde et du volume des échanges mondiaux



Source : données OCDE et OMC

Contrairement à celle du commerce légal, la progression du commerce de contrefaçons n'est pas affectée par le ralentissement du commerce mondial (graphique n° 1). Accompagnant les périodes de forte consommation de produits nouveaux, le commerce de contrefaçons tire profit des temps de crise, lorsque des produits moins chers sont recherchés. L'augmentation significative du volume des contrefaçons au sein des importations de l'UE entre 2013 et 2016 a de même coïncidé avec une relative stabilité des importations sur la période¹⁶.

B - Un commerce favorisé par internet et l'évolution des modes d'acheminement des produits

1 - La révolution commerciale provoquée par internet et les réseaux sociaux

Le commerce de contrefaçons a su tirer profit des avantages que procure la révolution numérique : il jouit d'une visibilité inégalée en plus d'un anonymat propice.

Internet et les réseaux sociaux ont également influencé la manière dont les consommateurs en ligne envisagent la contrefaçon. Les travaux de l'EUIPO¹⁷ montrent que si deux tiers des personnes interrogées sont d'accord pour associer absence de protection intellectuelle et chaos économique et défendre que les entreprises qui créent de la propriété intellectuelle contribuent bien davantage que les autres à la création d'emploi ou de croissance,

¹⁶ Selon Eurostat, les importations de UE sont passées de 1 686,5 Md€ en 2013 à 1 706,5 Md€ en 2016 (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/International_trade_in_goods/fr).

¹⁷ EUIPO, *Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement*, 2016, 2017.

elles sont également 50 % à estimer que les principes de la propriété intellectuelle ne sont pas adaptés à l'internet. Ainsi que l'a expliqué le président du MEDEF lors du 24^{ème} forum européen sur la propriété intellectuelle, la propriété intellectuelle ne s'insère pas dans la culture de partage immédiat véhiculée par internet, espace revendiqué de la liberté la plus large possible.

Or le e-commerce connaît une expansion fulgurante ; il représente en 2018 un chiffre d'affaires de 540 Md€ en Europe (en augmentation de 12,8 % par rapport à 2016), et de 90 Md€ en France¹⁸, avec un nombre de transactions en ligne qui a crû de 20 % entre 2016 et 2017¹⁹. Les saisies réalisées en 2018 par la DGDDI dans les envois de e-commerce ont représenté 31 % des interceptions douanières françaises et 60 % des procédures, soit 1,6 million d'articles de contrefaçon, contre 35 000 en 2005. En 2018, 31 % des Français ayant acheté de la contrefaçon l'ont fait sur internet (ils étaient 26 % en 2012), et c'était le cas de 48 % des 15-18 ans²⁰.

2 - La transformation des modes de transport de contrefaçons

La Chine (incluant Hong Kong) reste de loin le principal pays d'exportation de contrefaçons, dans pratiquement toutes les catégories de produits²¹. En 2017, la Chine était exportatrice de plus de 83 % du nombre de produits contrefaisants interceptés par les douanes européennes, et de 60 % en 2018²². Ce pays possédait en 2018, d'après le *World Shipping Council*²³, sept des dix premiers ports mondiaux en termes de chargement de conteneurs, contre seulement trois en 2006. Avec le développement de nouvelles routes commerciales, le nombre de pays exportateurs de contrefaçons a augmenté. Les Émirats Arabes Unis sont le troisième pays dans le monde d'où proviennent le plus de contrefaçons, car c'est un important point de transit où les contrefacteurs procèdent, pour tenter de dissimuler l'origine de leurs produits, à des ruptures de charge²⁴ et à la falsification des documents de transport, facilitées par des contrôles insuffisants.

Les vecteurs maritimes, aériens et routiers transportent toujours une vaste majorité des produits contrefaisants, sous forme de fret. Mais les données disponibles au niveau mondial montrent un recours de plus en plus important aux colis postaux et express²⁵, et l'émergence du transport ferroviaire. Entre 2011-2013 et 2014-2016, le nombre de saisies douanières effectuées sur les modes de transport que sont l'avion (21 % puis 15 %), la route (8 % puis 5 %) et le bateau (8 % puis 10 %) diminue ou stagne, quand celui concernant les colis express ou les courriers croît (63 % puis 69 %) et qu'apparaît, de manière encore modeste mais dorénavant significative, le transport par voie ferrée (graphique n° 2).

¹⁸ *Propriété intellectuelle et lutte anti-contrefaçon*, Revue n° 48, octobre 2019, Direction Générale du Trésor.

¹⁹ Rapport d'activité de la Fédération e-commerce et vente à distance (Fevad) 2017-2018.

²⁰ IFOP pour l'Union des Fabricants n° 115226 « Les français et les dangers de la contrefaçon », 2018.

²¹ EUROPOL et EUIPO, *2019 Intellectual Property Crime Threat Assessment Report*, 2019.

²² DG TAXUD, *Report on the EU customs enforcement of intellectual property rights: results at the EU borders 2017, 2018*. Cette baisse comparée à l'année 2017 est due à une saisie exceptionnelle en 2018 de produits contrefaisants cherchant à intégrer le marché intérieur par la Bosnie-Herzégovine.

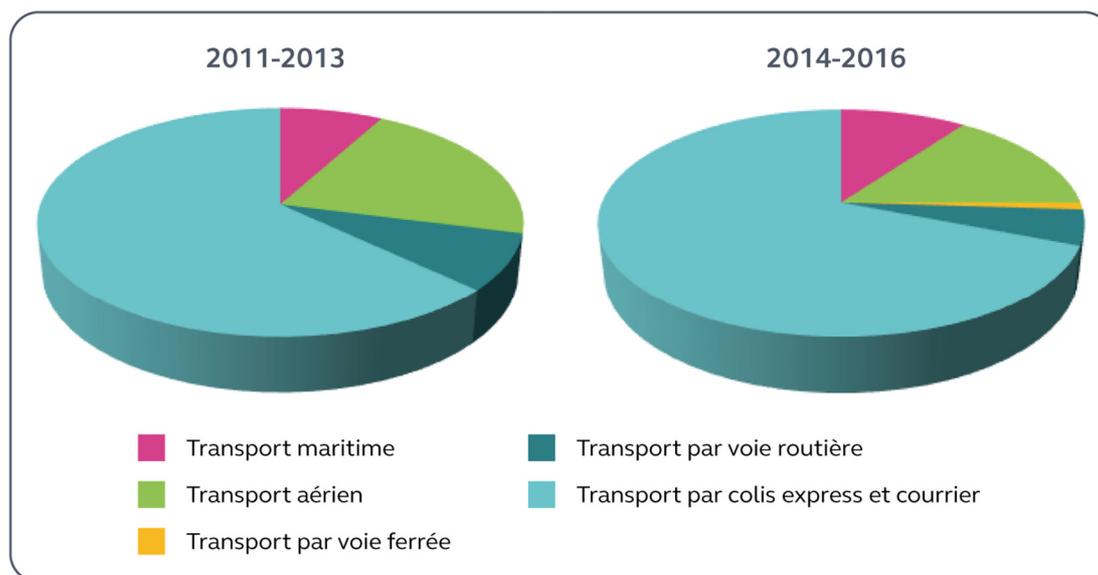
²³ Association professionnelle regroupant des compagnies maritimes qui représentent 90 % du transport mondial de conteneurs.

²⁴ La rupture de charge désigne en logistique le changement de moyen de transport.

²⁵ Le terme colis désigne un envoi de marchandise d'un poids compris entre 0 et 30 kg. Au-delà de 30 kg, on parle de fret. Au sein des colis, les petits colis emportent des marchandises pesant moins de 2 kg, conformément à l'article 17-107, point 7 du volume 2 de la convention UPU. Ils sont dénommés petits envois par l'article 2 du règlement (UE) 608/2013 du 12 juin 2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des DPI.

Cette part croissante du transport de contrefaçons par colis se retrouve également dans l'évolution du pourcentage de saisies de contrefaçons, au niveau mondial, dans des colis contenant moins de 10 objets ; de 43 % pour la période 2011-2013, ce pourcentage passe à 65 % pour la période 2014-2016.

Graphique n° 2 : répartition du nombre de saisies de contrefaçons par mode de transport, dans le monde, entre les périodes 2011-2013 et 2014-2016 (en %)



Source : Cour des comptes d'après des données EUIPO et OCDE

a) Le développement des envois de contrefaçons par colis

L'envoi de colis depuis l'autre bout du monde, acheminés par des entreprises de transport express (les « expressistes »), est un impératif pour qui veut développer un modèle commercial viable. Accompagnant le développement du commerce numérique, leur nombre a donc crû fortement ; d'après l'OCDE et l'EUIPO²⁶, le nombre de colis transportés dans le monde était de 216 milliards en 2016. L'énorme majorité des envois internationaux est à destination des pays de l'OCDE²⁷, avec un rythme de croissance annuel de 7 %, soit plus de 15 milliards de colis supplémentaires par an, voire 15 % pour certains États membres de l'UE²⁸. L'UE a récemment édicté de nouvelles règles pour favoriser encore ce mode de transport de marchandises en en réduisant les coûts²⁹. Les colis participent de manière déterminante au commerce de contrefaçons en transportant, d'après les opérateurs de transport rencontrés, plus de 95 % des articles contrefaisants acquis sur internet.

²⁶ OCDE et EUIPO, *Misuse of Small Parcels for Trade in Counterfeit Goods, Facts and Trends*, 2018.

²⁷ D'après cette étude, 3 % seulement des colis seraient à destination des pays en développement.

²⁸ Pays-Bas, Pologne et Roumanie notamment.

²⁹ Règlement (UE) 2018/644 du Parlement européen et du Conseil du 18 avril 2018, relatif aux services de livraison transfrontière de colis, entrée en vigueur le 22 mai 2018.

Aux frontières de l'UE, les saisies de contrefaçons dans les colis postaux et express représentent depuis 2012 plus de 70 % des saisies totales³⁰, pour un nombre d'articles de contrefaçons saisis qui a doublé entre 2012 et 2018. En 2017, et pour la première fois, ce sont les colis postaux et express qui ont représenté la part la plus importante des saisies en valeur des biens de contrefaçon interceptés³¹.

En France, la livraison de colis liés au e-commerce augmente de plus de 10 % par an depuis trois ans, d'après la Fédération e-commerce et vente à distance (Fevad), alors que le e-commerce ne représentait que 8,5 % du commerce de détail en 2017³². À titre d'exemple, le nombre de colis postaux de moins de 2 kg traités par le centre de dédouanement postal de Roissy fret est passé de 125 millions en 2016 à plus de 200 millions en 2018, soit 6 colis à traiter par seconde.

Les vendeurs de contrefaçons ont compris les avantages que représente l'envoi de produits contrefaisants par colis :

- il ne requiert pas, dans nombre de cas, la transmission d'informations sur l'expéditeur (cf. chapitre II-II-B-3) ;
- les données liées à ces envois sont peu informatisées (cf. chapitre II-II-B-3) ;
- la traçabilité de l'origine des produits est rendue également plus opaque par le grand nombre de modèles économiques accompagnant le développement du e-commerce ; vendeur utilisant un site marchand comme intermédiaire³³, flux croisés entre acteurs de la chaîne logistique³⁴. Les petits colis postaux bénéficient même de leur propre technique de rupture de charge³⁵ ;
- la livraison du dernier kilomètre et l'usage de points relais dissimulent les véritables destinataires ;
- le ciblage des contrôles douaniers, selon une analyse du risque, est rendu plus complexe pour une telle quantité de colis ;
- les détenteurs de droits se désintéressent des envois de petites quantités ;
- le risque financier résultant des saisies est limité ;
- la gestion de ces multiples petites saisies puis leur destruction sont exigeantes.

Enfin, en vertu des accords de l'Union postale universelle (UPU), le pays d'envoi d'un colis postal doit compenser les frais de distribution supportés par le pays de destination. Toutefois, une péréquation est appliquée pour favoriser les pays aux économies les moins avancées. Ce système évoluant moins vite que le développement économique des pays, les envois postaux depuis la Chine sont encore aujourd'hui largement financés par les pays de l'OCDE, Union européenne et États-Unis en tête. Suite à la pression de ces derniers, la péréquation va évoluer, et le dispositif se

³⁰ Données DG TAXUD issues des rapports annuels « *Report on EU customs enforcement of intellectual property rights: Results at the border* ».

³¹ DG TAXUD, *Report on the EU customs enforcement of intellectual property rights: results at the border, 2017*, 2017.

³² Chiffre Fevad avec concours INSEE.

³³ Le vendeur de la marchandise peut ne pas apparaître sur le colis, notamment lorsque le transport est pris en charge ou monnayé par le site internet ou la plateforme de e-commerce, qui sont donc le client du transporteur.

³⁴ Par exemple entre opérateurs postaux et expressistes.

³⁵ Un colis arrive d'un pays tiers dans un État Membre de l'UE, sélectionné pour ses contrôles défaillants. Il lui est alors apposé un timbre de l'UE, lui assurant un traitement de confiance au sein du territoire de l'UE.

rééquilibrer peu à peu dans les prochaines années. Si l'augmentation prévisible du coût d'un colis en provenance de Chine n'est pas encore connue, cette dernière a déjà réagi en commençant à délocaliser ses envois postaux depuis d'autres pays asiatiques.

b) Le projet des « nouvelles routes de la soie » et la montée en puissance du fret ferroviaire

Le projet des « nouvelles routes de la soie » ou « *Belt and Road Initiative* » (BRI), lancé en 2013 par la Chine, concerne 77 États en Eurasie et en Afrique et met à mal les contrôles douaniers en contournant les axes d'échanges commerciaux connus et maîtrisés, multipliant les nouvelles zones de transit de marchandises en provenance de la Chine³⁶.

Son volet ferroviaire favorise l'accroissement du fret de conteneurs entre la Chine et l'Europe. Le nombre de trains de fret circulant entre la Chine et l'Europe dans les deux sens est passé de 42 en 2012 à 3 673 en 2017, transportant 200 000 conteneurs TEU³⁷. Actuellement, 39 lignes connectent l'Europe à 16 villes chinoises.

Tableau n° 1 : évolution du transport de fret par voie ferrée entre 2011 et 2017

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
<i>Nombre de trains de fret circulant entre la Chine et l'UE</i>	17	42	80	308	815	1 702	3 673
<i>Nombre de conteneurs TEU transportés</i>	//	//	//	44 200	81 100	153 000	200 000

Source : Cour des comptes d'après des données de l'IRIS

La DG TAXUD a mis en place un groupe de travail³⁸, afin d'anticiper les évolutions attendues du phénomène. Le développement de ce nouveau mode de transport de fret lourd sur longue distance nécessite en effet de repenser les processus de gestion du fret, notamment par voie ferroviaire, pour en permettre le contrôle efficace.

Si les données de la DG TAXUD³⁹ montrent un nombre de saisies en augmentation dans le fret ferroviaire, leur nombre relativement faible, rapporté au volume des échanges présenté *supra*, témoigne de capacités de contrôle encore perfectibles.

La DGDDI explique que le dédouanement et le contrôle des marchandises transportées par fret ferroviaire nécessitent des installations spécifiques qui ne sont pas présentes dans l'ensemble des gares. De plus ses unités dédiées n'ont pas été dimensionnées pour faire face à cette nouvelle menace. L'acheminement par voie ferroviaire étant encore très limité, la DGDDI mise sur le développement de ses capacités de *datamining* et des outils informatiques de traçabilité (ICS2, chapitre II-II-B-3), pour permettre un ciblage efficace des marchandises transportées, qui n'est donc à l'heure actuelle que très imparfait.

³⁶ Port de Constantza en Roumanie par exemple.

³⁷ Données de l'Institut de Relations Internationales et Stratégiques (IRIS). TEU = *Twenty feet Equivalent Unit*. Le volume d'un tel conteneur est de 38,5 m³.

³⁸ Groupe de travail mis en place dans le cadre du plan d'action IPR 2018-2022 et regroupant la France, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne et la Pologne.

³⁹ DG TAXUD, *Report on the EU customs enforcement of intellectual property rights: results at the EU borders 2018, 2019*.

3 - L'essor des zones de libre-échange

Les zones de libre-échange, ou *Free Trade Zones* (FTZ), permettent d'attirer des investisseurs internationaux en offrant des avantages fiscaux et une facilitation des formalités administratives et des procédures douanières. Leur nombre a particulièrement augmenté après la crise de 2008, passant de 75 réparties dans 25 pays en 1975 à plus de 3 500 réparties dans 130 pays en 2018, dont 89 au sein de l'UE⁴⁰. Les zones asiatiques représentent à elles seules 85 % des employés de FTZ au monde⁴¹.

Les FTZ favorisent la pratique de la rupture de charge. L'OCDE et l'EUIPO⁴² estiment que l'ouverture d'une nouvelle FTZ au sein d'un pays entraînent une augmentation de 5,9 % de ses exportations de produits contrefaisants, ainsi qu'à une augmentation de l'envoi de petits colis. Certaines de ces FTZ sont même spécialisées dans le commerce de marchandises contrefaisantes, comme celle de Jebel Ali à Dubaï ou de Tanger Med au Maroc.

C - Une fraude alimentée par l'assemblage de contrefaçons sur le sol européen

Si l'Asie demeure, étude après étude, la première région du monde productrice de contrefaçons, les données des saisies des douanes mettent en évidence la production domestique de contrefaçons.

Cette pratique⁴³ consiste à organiser, sur des lignes logistiques séparées, l'acheminement à l'intérieur d'une zone douanière (pays ou UE) de produits anonymes d'un côté, et de matériaux de conditionnement, d'étiquettes, logos et marquages de l'autre. Les produits anonymes peuvent également être produits directement à l'intérieur de la zone douanière, où des ateliers d'assemblage produisent les articles contrefaisants pour distribution. Des tendances émergent ainsi dans la production de contrefaçons au sein de certains États membres de l'UE : cigarettes et alcool contrefaisants proviennent souvent de Pologne, quand l'industrie du textile est plus particulièrement implantée en Italie, où certains ateliers produisent aussi bien des contrefaçons que des produits authentiques. Les douanes européennes signalent empiriquement des saisies de matériaux de conditionnement et des outils d'assemblage de plus en plus sophistiqués⁴⁴. Chaque année, ce sont plusieurs millions de matériaux de conditionnements, étiquettes, logos et marquages qui sont saisis⁴⁵.

⁴⁰ Zone franche de Marsaxlokk à Malte par exemple, Malte étant un point de transit maritime important pour faire pénétrer des marchandises au sein de l'UE.

⁴¹ Les FTZ emploient plus de 66 millions de personnes dans le monde. OCDE, *Trade in Counterfeit Goods and Free Trade Zones, Evidence from recent trends*, 2018.

⁴² Rapport *Trade in Counterfeit Goods and Free Trade Zones- 2018*.

⁴³ EUROPOL et OHMI, *2015 Situation Report on Counterfeiting in the European Union*, avril 2015.

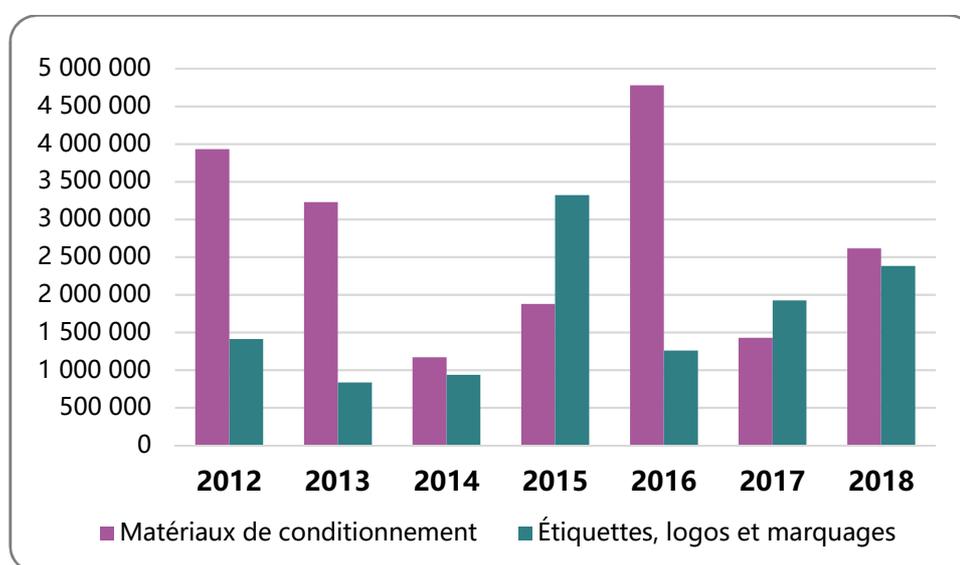
⁴⁴ EUROPOL et EUIPO, *2019 Intellectual Property Crime Threat Assessment Report*, 2019.

⁴⁵ En 2018, 37,54 % des produits contrefaisants interceptés par les douanes européennes dans le flux postal appartenait aux catégories « Matériaux de conditionnement » et « Logos, étiquettes et marquages ». DG TAXUD, *Report on the EU customs enforcement of intellectual property rights: results at the EU borders 2018*, 2019.

Ce mode opératoire limite l'efficacité des contrôles douaniers aux frontières de multiples manières :

- en réduisant les risques de saisie, car l'importation de produits neutres n'enfreint aucune réglementation. La contrefaçon de design est également beaucoup plus complexe à détecter puis à établir ;
- en abaissant les pénalités en cas de découverte des matériaux de conditionnement et autres étiquettes, logos et marquages, car leur valeur est faible, et très inférieure à celle du produit assemblé ;
- en permettant un recours accru aux colis postaux, flux très difficile à contrôler.

Graphique n° 3 : saisies en nombre d'articles des produits des catégories « Matériaux de conditionnement » et « Étiquettes, logos et marquages », aux frontières de l'UE, entre 2012 et 2018



Source : DG TAXUD

La France abrite comme les autres États membres des ateliers d'assemblage de contrefaçons. En 2018, la section de recherche de la gendarmerie nationale de Lyon a démantelé deux réseaux de vente de contrefaçons de vêtements similaires (t-shirts, survêtements, vestes etc.). Les produits étaient écoulés sur des marchés. Le premier disposait de sa propre officine de flocage (impression sur textile) en région parisienne. Les marges de ce réseau sur la vente de contrefaçons étaient de 2 à 5 fois supérieures, sur des produits comparables, au second. En juillet 2018, la DGDDI a saisi, lors d'une opération conjointe avec la police nationale et la direction régionale et interdépartementale de l'équipement et de l'aménagement d'Île-de-France, 61 534 articles contrefaisants dont 40 000 étiquettes d'une marque de vêtement. La direction interrégionale des douanes et droits indirects de Paris-aéroport précise qu'en 2018, les étiquettes, logos et marquages sont, en nombre, les articles les plus saisis par ses services, avec 278 373 unités.

Les éléments fondateurs de la violation des DPI, à savoir les étiquettes, logos, marquages et matériaux de conditionnement, continuent d'être fabriqués et importés d'Asie, et particulièrement de Chine⁴⁶. L'EUIPO et EUROPOL y voient une preuve du degré de sophistication et de spécialisation du commerce de contrefaçons, comme de l'internationalisation croissante des réseaux qui l'alimentent. Lors de l'opération OPSON VII⁴⁷ qui s'est déroulée entre décembre 2017 et mars 2018, quatre personnes ont été interpellées en Espagne et huit tonnes de lait infantile contrefaisant ont été saisies. Le réseau espagnol achetait la matière première de qualité inférieure sur un site polonais et la réceptionnait au port de Barcelone, avant de la renvoyer, sous un packaging de grandes marques, en Chine pour vente à la population locale⁴⁸.

Les données concernant les saisies de produits contrefaisants à l'intérieur des frontières de l'UE ne permettent que rarement d'établir l'origine de ceux-ci⁴⁹. L'évaluation de la part des contrefaçons assemblées sur le territoire de l'UE dans le total des saisies reste donc difficile à établir.

D - Une mesure du phénomène qui doit être améliorée

Les études analysant les évolutions du commerce de contrefaçons et ses impacts sur l'économie reposent en grande partie sur les données des saisies de contrefaçons⁵⁰. Or le recueil de ces données⁵¹ présente un certain nombre de faiblesses.

L'Organisation Mondiale des Douanes (OMD) qui recueille les données relatives aux saisies des autorités douanières dans le monde précise que ces chiffres ne reflètent que partiellement le phénomène. Les pays membres ne transmettent les données de leur choix que de manière volontaire. En 2017, seuls 61 pays sur 183, dont uniquement 14 du G20 et 18 de l'UE, ont fourni des données sur leurs saisies effectuées dans le cadre de violation de DPI. Le nombre de saisies répertoriées par l'OMD dans ce rapport est ainsi inférieur à celui des saisies aux frontières des douanes de l'UE pour cette même année, collecté par la DG TAXUD.

⁴⁶ En 2018, les produits de la catégorie « Étiquettes, logos et marquages » représentent 33 % des saisies de produits venant de Hong Kong, et plus de 50 % du total saisi. DG TAXUD, *Report on the EU customs enforcement of intellectual property rights: results at the EU borders 2018*, 2019.

⁴⁷ Opération coordonnée conjointement par EUROPOL et INTERPOL et organisée tous les ans depuis 2011, ayant pour objectif la saisie de produits d'alimentation contrefaisants et/ou de mauvaise qualité.

⁴⁸ EUROPOL et EUIPO, *2019 IP Threat Crime Assessment Report*, 2019.

⁴⁹ EUIPO, Annexe B - *Report on the EU enforcement of intellectual property rights: results at the borders and in member states 2013-2017*, 2019. 2 % des saisies de contrefaçons à l'intérieur des frontières de l'UE en 2017 ont été remontées en statistique avec le champ « Made in EU » – oui ou non – rempli.

⁵⁰ À l'exception notable des études sectorielles de l'EUIPO, qui analysent les écarts entre projections de ventes et ventes réalisées.

⁵¹ Quatre échelles de mesure du commerce de contrefaçons sont plus particulièrement utilisées : nombre de saisies, nombre d'articles saisis, valeur des articles saisis et nombre de procédures. La constatation de la présence de produits contrefaisants dans un envoi de marchandises peut donner lieu à saisie, correspondant à un certain nombre d'articles de contrefaçons, d'une valeur égale au prix des produits légaux dont ils violent les DPI dans le pays où ils sont découverts. Ces saisies peuvent déboucher ou non sur des procédures.

Au niveau européen, la DG TAXUD ne recueille que les données des saisies aux frontières de l'UE, effectuées au titre de l'application du règlement (UE) 608/2013⁵², selon une classification standardisée. Toutes les saisies effectuées aux frontières sur le fondement d'un autre cadre légal, comme le code des douanes pour la DGDDI⁵³, et les saisies de contrefaçons effectuées à l'intérieur des frontières de l'UE, ne sont pas connues de la Commission européenne.

Pour remédier à cela, l'EUIPO a créé la « communauté ACIST » (*Anti-Counterfeiting Intelligence Support Tool*), dont l'outil *IP Enforcement Portal* permet de recueillir et de partager, au sein de l'ensemble des États membres, les données disponibles sur la violation des DPI au sein de l'UE. L'EUIPO ne recueille toutefois que les données de retenues douanières, et n'a pas connaissance des saisies de la DGDDI effectuées sans retenue préalable par exemple. Actuellement, seuls 24 États membres participent à la communauté ACIST, des pays aussi importants que l'Allemagne et la Pologne ne l'ayant pas encore rejointe⁵⁴. À l'été 2019, sur ces 24 États, certains n'ont pas encore transmis leurs données pour l'année 2017⁵⁵. Bien que faisant partie des 19 États membres de l'UE fournissant deux jeux de statistiques considérés comme solides, aux frontières et à l'intérieur des frontières, la France doit encore faire des progrès sur la centralisation de ses résultats. Des quatre administrations impliquées, seule la DGDDI fournit des statistiques consolidées. La DGGN ne dispose pas de suivi statistique spécifique, et ne fournit que les résultats d'affaires importantes ponctuelles. Enfin ni la DGPN ni la DGCCRF ne transmettent de statistiques à l'EUIPO.

Dans son dernier rapport⁵⁶, l'EUIPO confirme que la qualité des données est très inégale d'un État à l'autre. Le référentiel de la DG TAXUD prévoit 36 catégories pour classer un produit contrefaisant. L'EUIPO en a rajouté sept. Dans leurs échanges avec l'EUIPO, l'ensemble des États membres utilisent plus de 190 termes pour catégoriser les produits contrefaisants, fragilisant la pertinence des statistiques présentées. Cette difficulté est décuplée au niveau mondial.

La valeur des produits contrefaisants saisis utilisée dans les statistiques correspond au prix du produit authentique dans le pays où la contrefaçon a été saisie, ce qui en fait également une donnée délicate à manier⁵⁷.

⁵² Les articles 17 et 18 précisent les conditions de suspension de la mainlevée ou retenue des marchandises soupçonnées de porter atteinte à un DPI, et les différentes procédures à appliquer.

⁵³ Saisie autonome au titre de l'article 38 du Code des douanes notamment, que la DGDDI peut appliquer en cas d'échec des procédures du règlement 608/2013, ou lorsque le caractère contrefaisant est évident et ne nécessite pas de retenue préalable aux procédures des articles 17 et 18 du règlement 608/2013.

⁵⁴ La Suède et l'Autriche sont les deux derniers pays qui ne fournissent pas encore leurs données de saisies sur le marché intérieur.

⁵⁵ Belgique, Royaume-Uni, Pays-Bas, Luxembourg.

⁵⁶ EUIPO, *Report on the EU enforcement of intellectual property rights: results at EU borders and in Member States 2013-2017*, 2019.

⁵⁷ En 2017, le prix moyen d'un paquet de 20 cigarettes en France était de 6,4 €, de 3,2 € en Pologne, et de 11,2 € au Royaume-Uni. 1 000 € de saisies de cigarette représentaient donc 3 125 cigarettes saisies en France, plus de 6 000 en Pologne, et moins de 2 000 au Royaume-Uni.

Certaines catégories de produits portent en elles des complexités d'analyse :

- le trafic de cigarettes à destination de l'UE a toujours été significatif en volume. L'importance du trafic de contrebande de cigarettes authentiques, et la difficulté potentielle d'identification des fausses cigarettes, fragilisent les données concernant les cigarettes contrefaisantes. Ainsi, en 2014 et 2015, la DGDDI n'a saisi aucune cigarette contrefaisante, et très peu en 2016 et 2017. En 2018, elle déclare 794 kg de tabac contrefaisant saisis, à comparer aux 241,1 tonnes de cigarettes de contrebande interceptées la même année⁵⁸ ;
- les médicaments constituent une catégorie de la classification des produits contrefaisants de la DG TAXUD, alors que le droit de l'UE ne définit que les médicaments légitimes ou falsifiés, qui ne correspond pas au même périmètre (cf. encadré ci-dessous). Là encore, la remontée des données est fragilisée.

Le cas particulier des médicaments

Par nature, le médicament est un produit destiné à entraîner des effets sur la santé. L'objectif des pouvoirs publics est donc en tout premier lieu de protéger les patients et les consommateurs, en garantissant notamment la sûreté des modalités de production, de prescription et de distribution de ces produits. La dangerosité des substances médicamenteuses produites hors de la chaîne légale est en effet présumée acquise. Ceci suppose un cadre législatif et réglementaire spécifique, et notamment des règles particulières pour caractériser les produits incriminés, des sanctions spécifiques, des autorités spécialisées pour les intercepter. Dans cet ensemble, la protection de la propriété intellectuelle, sur laquelle repose en grande partie l'économie du secteur, est certes essentielle mais n'est pas le centre de gravité du cadre légal particulier adopté pour les médicaments.

Au sein de l'UE, le cadre légal consacré aux médicaments et produits de santé découle de la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011, transposée en France dans le code de la santé publique. Selon ces dispositions, un médicament est soit légitime, soit falsifié, critère plus large que la nature contrefaisante. Un médicament contrefaisant est donc falsifié, mais un médicament falsifié n'est pas nécessairement contrefaisant⁵⁹.

La lutte contre les médicaments falsifiés repose en grande partie sur des administrations spécialisées telles que l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) ou de services spécifiques tels que l'Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (OCLAESP – service de police judiciaire de la gendarmerie nationale) et l'observatoire des médicaments de la direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières (DNRED).

⁵⁸ DGDDI, *Agir pour protéger – Résultats 2018, 2019*. En 2016 et 2017, respectivement 1 000 et 172 000 produits de tabac contrefaisants ont été saisis par la DGDDI. Aucune donnée n'est fournie pour 2018.

⁵⁹ Selon l'article L. 5111-3 du code de la santé publique, « on entend par médicament falsifié tout médicament [...] comportant une fausse présentation de son identité, y compris de son emballage et de son étiquetage, de sa dénomination ou de sa composition [...], de sa source, y compris de son fabricant, de son pays de fabrication, de son pays d'origine [...], ou de son historique [...] ».

Les médicaments contrefaisants, au sens du code de la propriété intellectuelle, ne représentent donc qu'une sous-partie des médicaments falsifiés, dont il est difficile d'estimer la proportion. Les deux concepts, qui ne reposent pas sur les mêmes bases légales, sont souvent confondus, ce qui brouille l'interprétation des données correspondantes. En France, les professionnels du secteur du médicament estiment que les médicaments falsifiés concernent majoritairement l'absence de principe actif, et peu la contrefaçon. La contrefaçon de médicaments est plus répandue dans d'autres pays de destination, en particulier en Afrique.

L'OCDE et l'EUIPO travaillent à améliorer leur mesure de l'évolution du commerce de contrefaçons et de ses impacts, et ont mené de nombreuses études à un rythme soutenu⁶⁰. Leur méthodologie a gagné en profondeur, mais reste largement dépendante de la qualité et de la complétude des données fournies. Les études périodiques ne peuvent éviter une simplification de leur modèle. Ainsi l'étude sectorielle sur les pesticides contrefaisants établie par l'EUIPO⁶¹ n'intègre pas les pertes fiscales dues à la TVA, ni les effets sur les exportations hors UE. L'étude annuelle sur les conséquences de la violation des DPI sur l'emploi au sein des États membres de l'UE écarte également l'impact de la perte d'exportations pour les entreprises européennes, ainsi que les pertes fiscales globales subies par les États. Dans ce contexte, la mesure de l'impact du commerce de contrefaçon sur l'économie est rendue difficile. L'OCDE et l'EUIPO, qui sont les deux seuls acteurs que la Cour a identifiés comme travaillant à la modélisation du commerce de contrefaçons, assument donc une très probable sous-estimation de leurs résultats.

II - Des risques pour les entreprises, l'État et les consommateurs

Les droits de la propriété intellectuelle existent pour défendre les intérêts des créateurs et des innovateurs. La lutte contre les contrefaçons recouvre un spectre beaucoup plus large. En plus de défendre l'innovation, elle vise à protéger le consommateur, le citoyen et la société en général de tous les dégâts inhérents au commerce de contrefaçons.

En 2004, INTERPOL a intégré la lutte contre les contrefaçons comme une de ses priorités sous l'angle de l'atteinte à l'environnement, à la santé publique et à la sécurité des consommateurs. Dans son rapport annuel, l'organisation mondiale des douanes (OMD) traite le sujet des contrefaçons dans un chapitre global regroupant les DPI, la santé et la sécurité. L'OCDE et l'EUIPO présentent, étude après étude, les dégâts économiques résultant du commerce de contrefaçons, au travers des pertes de revenus des États et des emplois perdus.

Ce commerce parallèle ne laisse pas les organisations criminelles indifférentes, et nombre d'entre elles ont depuis longtemps investi ce trafic hautement rémunérateur et peu risqué. Le lien entre commerce de contrefaçons et financement d'activités terroristes n'est que ponctuellement établi et INTERPOL notamment travaille à préciser d'éventuelles connexions.

⁶⁰ Quatre à cinq études par an pour l'EUIPO, dont une annuelle, et une menée conjointement avec l'OCDE.

⁶¹ EUIPO, *Le coût économique des atteintes aux DPI dans le secteur des pesticides, Quantification des atteintes dans la fabrication de pesticides et d'autres produits agrochimiques* (NACE 20.20), février 2017.

A - Un frein à l'innovation et une perte de confiance dans les produits

Les secteurs qui font une utilisation intensive des DPI sont un atout majeur de l'économie communautaire, car ils sont particulièrement résilients face aux crises économiques et en essor constant⁶².

L'EUIPO estime qu'en 2016, 40 % de l'activité totale en France (PIB) et 24 % des emplois étaient directement générés par les secteurs à forte densité de DPI⁶³. L'étude de l'INSEE alimentant l'enquête communautaire sur l'innovation (CIS)⁶⁴ montre qu'entre 2014 et 2016, 17 % des sociétés françaises de 10 salariés ou plus ont innové en produits ou procédés dans les secteurs marchands non agricoles⁶⁵.

Si l'innovation permet à une entreprise de gagner des parts de marché, elle représente aussi un coût significatif⁶⁶. La contrefaçon, par l'utilisation frauduleuse de l'innovation d'autrui, se dispense de ces investissements en recherche et développement, s'assurant ainsi des bénéfices supérieurs et rapides. L'achat de contrefaçons détourne les consommateurs des produits authentiques et minore les retours sur investissement des entreprises qui les produisent.

Or la contrefaçon s'affiche de plus en plus facilement à la place ou à côté de l'offre légale sur des sites internet (« *Marketplaces* ») et les réseaux sociaux. En 2012 comme en 2018, selon l'UNIFAB⁶⁷, 37 % des Français, et 43 % des 15-18 ans, ont acheté de la contrefaçon sans le savoir. Dans l'étude de l'EUIPO⁶⁸, 10 % des personnes interrogées ont acheté des produits de contrefaçon parce qu'ils ont été induits en erreur, soit une augmentation de 4 points par rapport aux données de 2013. Sur les places de marché et certains sites, il peut parfois être impossible de déterminer, y compris pour les détenteurs de droits, si certains produits vendus sont des contrefaçons ou non.

Finalement, 90 % des Français (enquête UNIFAB de 2018) estiment que l'on peut acheter une contrefaçon sans s'en rendre compte. D'après l'EUIPO et l'OCDE, seuls 58,5 % des produits contrefaisants achetés en 2016 l'auraient été de manière consciente⁶⁹.

Pour se défendre contre la concurrence déloyale de la contrefaçon, les entreprises doivent protéger leur propriété industrielle (PI). Les coûts de dépôt et d'entretien d'un DPI sont établis sous forme de forfaits par les instituts nationaux de protection des DPI selon les règles existantes au niveau international. Les entreprises ne sont pas égales devant ces coûts, qui représentent une contrainte financière d'autant plus lourde que les moyens des entreprises sont réduits.

Les coûts en France (cf. annexe n° 3) sont du même ordre de grandeur que ceux des autres grands pays européens tels que l'Allemagne, le Royaume-Uni ou encore l'Italie⁷⁰. Pour protéger entièrement son produit en France et sur les marchés européens, asiatiques et nord-américain,

⁶² Pour la période 2011-2013, ils ont contribué à 86 % des importations et 93 % des exportations du commerce extérieur européen, et généré 42 % du PIB de l'UE, contre 39 % en 2008.

⁶³ EUIPO, *2019 Status Report on IPR Infringement*, 2019.

⁶⁴ L'enquête CIS répond au règlement européen n° 995/2012 du 26 octobre 2012. Réalisée tous les deux ans auprès de 23 000 entreprises françaises, elle vise à produire une analyse économique de l'innovation par État membre afin de mieux orienter la politique de l'innovation en Europe.

⁶⁵ https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Innovation_statistics/fr&oldid=428036.

⁶⁶ En 2016, 3,5 % du chiffre d'affaires des sociétés innovantes d'après l'INSEE.

⁶⁷ IFOP pour l'Union des Fabricants n° 115226 « Les français et les dangers de la contrefaçon », 2018.

⁶⁸ EUIPO, *Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement*, 2016, 2017.

⁶⁹ OCDE et EUIPO, *Trends in trade in Counterfeit and Pirated Goods Study*, 2019.

⁷⁰ Données INPI.

une entreprise française a dû déboursier 300 000 € avant même de commencer sa production. Une autre PME, avec un chiffre d'affaires d'une vingtaine de millions d'euros et environ 120 employés, a indiqué à la Cour entretenir plusieurs dizaines de marques, dont quatre protégées internationalement, et une centaine de brevets. Le coût annuel global de protection de cette PI représente l'équivalent de 10 % de sa masse salariale et 3 % de son chiffre d'affaires.

À ces coûts peuvent s'ajouter ceux engagés pour les défendre effectivement : cabinets d'avocat spécialisés, prestataires spécialisés dans la détection des contrefaçons, coûts internes liés à la gestion des DPI et à la lutte contre les contrefaçons etc. Une PME rencontrée consacre chaque année *a minima* 1,5 % de son chiffre d'affaires à la protection de sa propriété intellectuelle. Pour les grands groupes, ces coûts peuvent ne représenter que 0,1 % d'un chiffre d'affaires autrement plus important. Un détenteur de droits sur une marque mondialement connue affecte ainsi chaque année 10 M€ à la protection globale de sa propriété intellectuelle.

Dans son étude annuelle sur la violation des DPI au sein de l'UE⁷¹, l'EUIPO estime, sur la base d'une étude portant sur 1 291 entreprises de 14 États membres, que les coûts globaux moyens annuels pour combattre les violations des DPI⁷² – ne sont donc pas pris en compte les frais de dépôt et d'entretien des DPI – étaient de 83 653 € pour les entreprises de moins de 50 employés, d'un peu plus de 100 000 € pour les entreprises de 50 à 250 salariés, et de 159 132 € pour les entreprises plus grandes. Ils confirment, dans leur évolution mesurée autour du coût de base élevé, que les entreprises aux moyens réduits sont les plus fragilisées par ces dépenses significatives et pratiquement incompressibles.

La politique volontaire développée actuellement par la France à destination des entreprises, et notamment des start-up, pourrait utilement inclure une étude régulière et poussée sur les besoins et contraintes des entreprises dans la protection initiale et continue de leur PI (cf. chapitre III-II-A-1).

B - Des pertes significatives de ressources fiscales et sociales

Le commerce de contrefaçons pèse directement et indirectement sur l'emploi et la fiscalité des États notamment au travers :

- des fraudes à la TVA⁷³ ;
- de la non-déclaration de l'activité commerciale et des revenus liés au commerce de contrefaçons ;
- des effets du commerce de contrefaçons sur les ventes de produits légitimes, sachant que tout achat de contrefaçon ne se substitue pas à celui d'un produit authentique⁷⁴.

⁷¹ EUIPO, *2019 Status Report on IPR Infringement*, 2019.

⁷² Masse salariale dédiée, coûts des assistances externes, coûts des procédures en douane et en justice.

⁷³ Non-acquittement ou minoration, notamment à l'importation.

⁷⁴ Pour prendre en compte cet écart, l'OCDE et l'EUIPO distinguent le marché primaire, où chaque vente de contrefaçons minore d'autant la vente de produits authentiques, et marché secondaire, où les ventes de contrefaçons n'ont pas d'impact direct sur les ventes de produits authentiques.

L'EUIPO donne une évaluation⁷⁵ de l'impact annuel du commerce de contrefaçons sur les ventes et emplois associés au sein de l'UE, à partir d'études sectorielles menées depuis 2015⁷⁶.

La méthodologie de l'évaluation par l'EUIPO de l'impact du commerce de contrefaçons sur les ventes de certains secteurs économiques et leurs emplois associés, au sein de l'Union européenne

Le modèle utilisé par l'Observatoire de l'EUIPO se décompose en trois étapes.

La première consiste à élaborer un modèle de prévision des ventes au sein de l'UE et de chacun des États membres pour un secteur économique précis, à l'aide d'un modèle autorégressif et moyenne mobile (ARMA). Cet outil mathématique est utilisé pour comprendre et prédire les valeurs futures d'une série temporelle. La différence entre la valeur prédite par le modèle et le volume réel de ventes est calculée sur un temps long pour chaque État membre, et permet de déterminer pour chacun d'entre eux une série de valeurs sur lesquelles travailler lors de la deuxième étape, afin d'en déterminer la part estimée due au commerce de contrefaçons.

Cette deuxième étape consiste à exposer cette série de valeurs à un certain nombre de facteurs, socio-économiques d'une part (indice de développement humain, produit intérieur brut, taux de change, données économiques de croissance des secteurs économiques considérés etc.), et liés au commerce de contrefaçons d'autre part (données des études de perception de la PI dans chaque pays, données des saisies, indice de corruption, données nationales de la Banque mondiale sur l'efficacité de la gouvernance, l'État de droit, la qualité de régulation du commerce etc.), adaptés dans l'espace et dans le temps. Une régression linéaire permet de pondérer l'impact de ces variables, et d'obtenir pour chaque État membre et par secteur économique, un ensemble de facteurs qui construisent un modèle mathématique permettant de calculer pour chaque année « l'effet contrefaçon » sur leurs ventes dans ce secteur.

Enfin, lors de la troisième étape, « l'effet contrefaçon » sur les ventes d'un secteur est confronté aux statistiques européennes concernant le volume des ventes et les emplois dans un État membre, pour évaluer les pertes d'emploi associées.

L'EUIPO précise dans ses annexes méthodologiques les limites de son modèle (par exemple, le commerce de contrefaçons étant ancien, la construction du modèle de prévision des ventes se fait sur des données déjà affectées par le commerce de contrefaçons, ce qui impose l'insertion d'un facteur d'erreur), qui reste toutefois à ce jour le plus élaboré sur le sujet.

Sur la base de cette évaluation, réalisée sur onze secteurs économiques⁷⁷ et hors impact sur les exportations, l'EUIPO estime que, sur la période 2012-2016, presque 56 Md€ de ventes directes ont été perdues chaque année au sein de l'UE. Cela représenterait, sur dix de ces secteurs⁷⁸, la perte de 467 835 emplois directs, et de 760 579 emplois directs et indirects. Le manque à gagner cumulé en taxes pour les États membres s'élèverait de 16,3 Md€, le manque à gagner par pays n'étant pas précisé.

⁷⁵ EUIPO, 2019 *Status Report on IPR Infringement*, 2019.

⁷⁶ Voir les annexes A et B de l'étude sectorielle sur le coût économique des atteintes aux droits de propriété intellectuelle dans le secteur des pesticides.

⁷⁷ Smartphones, produits phytosanitaires, produits pharmaceutiques, vins et spiritueux, musique, montres et bijoux, sacs, jeux et jouets, articles de sport, vêtements accessoires et chaussures, produits cosmétiques et de soins du corps.

⁷⁸ Les données sur le secteur des smartphones ne sont disponibles que pour évaluer les ventes annuelles directes perdues, et pas les emplois.

Tableau n° 2 : impact annuel du commerce de contrefaçons sur les ventes de 11 secteurs économiques au sein de quelques pays de l'UE, hors perte d'exportations (2012-2016)

	UE	France	Italie	Royaume-Uni	Allemagne
<i>Part des ventes affectées (%)</i>	7,4	6,2	10,1	6,7	5,4
<i>Ventes annuelles perdues (Md€)</i>	55,98	6,98	10,5	7,3	7,1
<i>Emplois directs perdus*</i>	467 835	38 372	76 408	48 648	64 111

Source : Cour des comptes d'après EUIPO *Sur 10 secteurs uniquement ; hors smartphones

Pour la France, le nombre d'emplois directs perdus pour la période 2012-2016 est supérieur de 12 % à celui de la période 2012-2015. En ce qui concerne les emplois totaux perdus, directs et indirects, une application du ratio au niveau européen donne une évaluation d'un peu plus de 62 000⁷⁹. Les ventes perdues, quant à elles, augmentent de 3 % entre les deux périodes, soit 200 Md€. Si les pertes fiscales pour l'État français ne sont pas détaillées, elles pourraient être, pour ces dix secteurs et hors exportations, d'un ordre de grandeur de 2 à 2,2 Md€⁸⁰ par an sur la période 2012 à 2016.

Dans des études spécifiques sur le Royaume-Uni⁸¹ et sur l'Italie⁸², l'OCDE étend l'étude annuelle de l'EUIPO à tous les secteurs de l'économie de ces pays, et y intègre l'impact du commerce de contrefaçons sur leurs exportations. Ces deux études établissent que les pertes de ventes à l'export représentent le double de celles à l'importation. La plus récente des deux évalue, avec des données de 2017, les pertes fiscales totales pour l'État italien à 10 Md€ par an.

Au vu de ces éléments, l'Italie ayant un PIB inférieur à celui de la France, un poids équivalent des DPI dans son économie en 2016 et une même exposition des détenteurs de droits à la contrefaçon⁸³ et une part égale dans les exportations de l'UE depuis 2011, il semble raisonnable d'estimer que les pertes fiscales de l'État français dues à la contrefaçon, tous secteurs économiques confondus et exportations comprises, sont du même ordre de grandeur que celles de l'Italie, soit 10 Md€.

⁷⁹ Au niveau de l'UE, 467 835 emplois directs sont perdus, pour 760 579 au total.

⁸⁰ Fourchette estimée à partir de l'évaluation des pertes pour l'ensemble des États membres de l'UE, évaluées à 16,3 Md€, de la part de la France dans le PIB de l'UE, soit 13,6 % en 2017 d'après l'INSEE, et de la part des ventes perdues en France rapportées aux ventes perdues au sein de l'UE, de 12,46 % d'après l'EUIPO. Cette estimation est une fourchette basse, sachant que d'après la Commission européenne le taux d'imposition indirect en France est légèrement supérieur à la moyenne des 27 plus le Royaume-Uni ; https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/economic-analysis-taxation/data-taxation_fr.

⁸¹ OCDE, *Trade in Counterfeit Products and the UK Economy, Fake goods, real losses*, 2017. Données de 2013.

⁸² OCDE, *Trade in Counterfeit Goods and the Italian Economy, Protecting Italy's Intellectual Property*, 2018.

⁸³ D'après l'EUIPO, 24 % des emplois et 40 % du PIB pour la France, et 30 % des emplois et 44 % du PIB pour l'Italie. Sur la période 2014-2016, 16,6 % des saisies de contrefaçons en valeur concernaient des détenteurs de droits établis en France, 15,1 % concernaient des détenteurs de droits établis en Italie. OCDE et EUIPO, *Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods Study*, 2019.

La France gagnerait à solliciter l'OCDE pour la réalisation d'une étude spécifique sur l'impact du commerce de contrefaçons sur son économie. D'une manière plus générale, les administrations françaises impliquées pourraient travailler plus étroitement ensemble, afin de produire des données et des études à même de permettre un suivi du commerce de contrefaçons et une analyse régulière de ses impacts sur l'économie française (cf. chapitre III-I-B).

C - Des risques pour la santé et la sécurité des consommateurs

EUROPOL, dans son rapport sur l'évaluation 2013 des menaces représentées par les organisations de criminalité organisée au sein de l'UE⁸⁴, a proposé un agrégat de catégories de produits contrefaisants plus particulièrement susceptibles de présenter un danger pour la santé ou la sécurité du consommateur : denrées alimentaires, boissons, parfums et cosmétiques, soins du corps⁸⁵, jouets, médicaments. Cet agrégat spécifique fait l'objet d'un suivi spécifique entre 2013 et 2017⁸⁶, aussi bien en quantité qu'en valeur, regroupant les saisies aux frontières et celles effectuées à l'intérieur des frontières de l'UE (graphique n° 4).

Les produits contrefaisants présentant un risque pour la santé et la sécurité des consommateurs ont représenté 33 % des saisies en nombre et 13 % des saisies en valeur en 2017 (contre respectivement 16 % et 9 % en 2013). À titre d'exemple, les denrées alimentaires contrefaisantes représentaient 0,1 % des saisies en nombre en 2013⁸⁷ et 27 % en 2017. L'EUIPO compare également les saisies effectuées aux frontières avec celles effectuées à l'intérieur du marché commun ; les denrées alimentaires et les jouets contrefaisants sont comme les cigarettes largement sous-représentés dans les saisies à l'intérieur des frontières, les produits de soin du corps l'étant également mais dans une moindre mesure. Pour EUROPOL, c'est un possible indice de leur infiltration des réseaux logistiques légaux.

Un peu plus de 37 % des produits saisis par la Douane française en 2018 appartient aux catégories à risque, contre à peine 20 % en 2017, et moins de 15 % en 2016. Pour la deuxième année consécutive, les jouets, jeux et articles de sport sont la première catégorie de produits contrefaisants en termes de nombre de saisies par la DGDDI, qui procède chaque année à des vérifications sur 6,7 millions d'entre eux⁸⁸.

⁸⁴ EUROPOL, *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment 2013*, 2013.

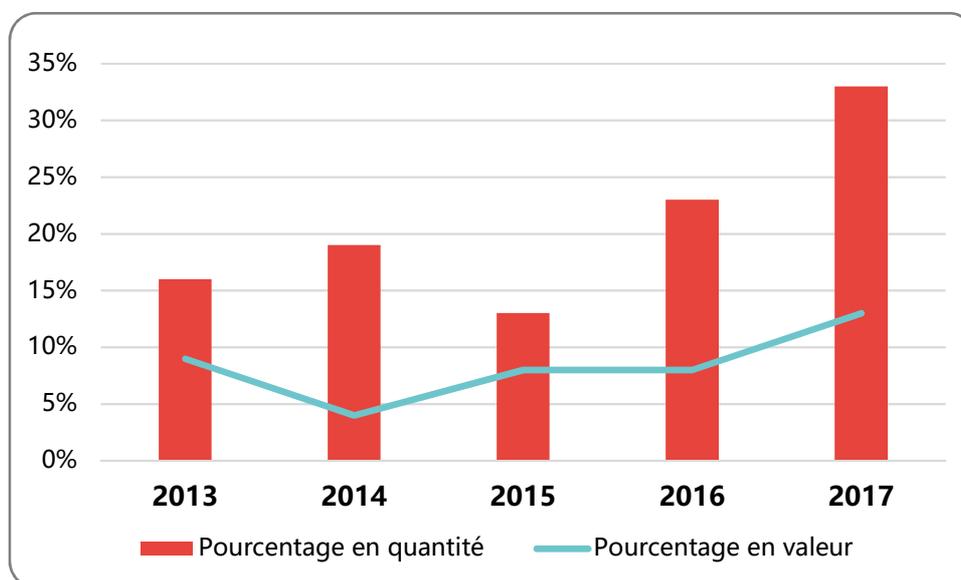
⁸⁵ En 2015, un million de bouteilles de shampoing contrefaisantes ont été saisies par les douanes européennes. Expertisée, la composition de ces produits présentait un risque sérieux pour la santé des consommateurs d'après l'Office européen de Lutte Anti-Fraude (OLAF). En mars 2019, 20 696 rasoirs et lames de rasoirs contrefaisantes ont été saisies par la DGDDI dans les locaux d'une entreprise.

⁸⁶ EUIPO, *Report on the EU enforcement of intellectual property rights: results at the EU borders and in Member States 2013-2017*, 2019.

⁸⁷ Elles étaient encore plus faibles les années précédentes, à l'exception notable de l'année 2010, qui avait donné lieu à des saisies importantes.

⁸⁸ DGDDI, *Agir pour protéger – Résultats 2018*.

Graphique n° 4 : part des produits des catégories présentant un risque pour la santé et la sécurité des consommateurs dans les saisies au sein de l'UE (aux frontières et dans le marché intérieur)



Source : Données EUIPO

Les données de la DG TAXUD, au travers d'un nombre de saisies grandissant, montrent que les autorités douanières ont, au cours de ces années, logiquement accentué leurs efforts de détection de ces produits présentant des risques⁸⁹. Ces données montrent également que jusqu'à présent, aucun plafond n'a encore été atteint. Dans leur rapport « *Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods* » de 2019, l'OCDE et l'EUIPO calculent que le marché de l'UE est, comparé au reste du monde, plus particulièrement ciblé par les produits contrefaisants présentant des risques pour les consommateurs. Denrées alimentaires et boissons, tabac, produits médicaux, mais également pièces détachées sont autant de catégories de produits contrefaisants significativement plus présentes dans les importations à destination de l'UE que dans le reste des échanges de contrefaçons dans le monde.

Ces saisies n'illustrent que partiellement la dangerosité sous-jacente au commerce de contrefaçons, pour les consommateurs mais également pour l'environnement. Tout produit de contrefaçon est porteur d'un risque potentiel. L'absence d'ambition qualitative autre que celle de faire passer le produit pour acceptable et la recherche de profit impliquent que la production de contrefaçons ne se soumette pas spontanément au respect de toutes les obligations mises en place pour s'assurer de l'innocuité des biens vendus pour les consommateurs. Respect de normes, de réglementations, tests de qualité, surveillance et suivi des produits écoulés sont autant d'étapes indispensables sur le marché légal, mais dont le coût et la complexité vont à l'encontre du modèle économique du commerce de contrefaçons. Utilisant des matières à bas prix, des ingrédients de qualité inférieure, des produits nocifs permettant d'imiter les effets et résultats de produits inoffensifs mais issus d'un développement coûteux, un produit contrefaisant peut également se caractériser par des assemblages défectueux, une résistance insuffisante ou des pièces dangereuses, fruits d'une absence de contrôle qualité adéquat.

⁸⁹ Les plans d'action des douanes de l'UE pour les périodes 2013-2017 et 2018-2022 développent un même objectif de renforcement de la gestion des risques douaniers, évoquant notamment « *les risques que les produits contrefaits et piratés peuvent faire courir aux consommateurs et utilisateurs finaux* ».

Il existe au sein de l'UE des procédures pour gérer tant les produits contrefaisants que les produits dangereux pour la sécurité des consommateurs introduits sur le marché intérieur. Mais aucun lien systématique n'existe entre elles. Un produit estimé dangereux pour le marché intérieur de l'UE sera testé puis retiré, sans que sa nature potentiellement contrefaisante ne soit étudiée, car cette donnée n'est pas nécessaire à la sécurité des consommateurs. À l'inverse, la violation des DPI par un produit suffit soit à sa destruction immédiate dans le cadre d'une procédure douanière, soit à une destruction ultérieure sur décision judiciaire. La dangerosité des produits contrefaisants n'est ni étudiée ni retenue, sauf exception et notamment si le produit contrefaisant a par essence un impact attendu sur la santé des consommateurs, comme les médicaments. L'EUIPO a été la première à mener une étude tentant de rapprocher contrefaçon et non-respect de ces normes, par une étude plus précise des signalements RAPEX⁹⁰, système communautaire d'échange rapide d'informations sur les dangers découlant de l'utilisation des produits de consommation (cf. annexe n° 4).

Entre 2010 et 2017, le système RAPEX a partagé 15 459 alertes concernant la dangerosité de produits importés au sein de l'UE, soit plus de 2 000 par an. Seulement 191 étaient signalées comme étant des contrefaçons ou de potentielles contrefaçons. L'étude de l'EUIPO a permis de révéler le caractère potentiellement contrefaisant de nombreux produits non signalés comme tel dans RAPEX.

Si ce sont les jouets qui font l'objet du plus grand nombre de signalements dans RAPEX⁹¹, on y trouve tous les objets du quotidien. En 2017, les autorités croates y signalent des veilleuses pour enfants importées au sein de l'UE, potentiellement contrefaisantes eu égard au design imitant une figurine connue des enfants, mais non signalée comme telle. Les tests effectués ont montré que l'isolation électrique de ces veilleuses était insuffisante, et qu'elles pouvaient provoquer un incendie. La même année, le Royaume-Uni a diffusé le signalement d'un lisseur à cheveux contrefaisant et présentant des risques d'électrocution, du fait là encore d'une isolation insuffisante. Les autorités polonaises ont signalé des perceuses à percussion de marque, probables contrefaçons non signalées, présentant des risques de brûlures lors de l'utilisation, et ne protégeant pas l'utilisateur des pièces mobiles. Si combattre le non-respect des normes permet de lutter contre les contrefaçons, l'inverse est d'autant plus vrai.

La dangerosité potentielle des produits contrefaisants est également révélée par les saisies des autorités douanières et des administrations de contrôle des marchés, opérées d'initiative ou dans le cadre d'opérations conjointes de plus grande ampleur, avec le support d'EUROPOL et de l'OLAF notamment. De novembre 2016 à février 2017, une opération douanière dans douze États membres (WAFERS), bénéficiant du support de l'OLAF, a conduit à la saisie de 1 275 000 semi-conducteurs contrefaisants venant de Chine et de Hong Kong par voie postale. Presque 1 100 000 ont été saisis par la seule DGDDI, dont près de 950 000 sur la plateforme de Roissy Charles de Gaulle. Ces LED, diodes et autres transistors, dont la qualité n'était pas contrôlée, devaient intégrer les circuits de réparation légaux, et mettre éventuellement en péril les fonctions des appareils où ils auraient été implantés.

⁹⁰ EUIPO, *Qualitative study on risks posed by counterfeits to consumers*, juin 2019.

⁹¹ Très largement pour la présence de phtalates de bis(2-éthylhexyle) en quantité conséquente dans leur composition. Ce produit permet de rendre le plastique souple et flexible, mais est classé par l'UE comme un perturbateur endocrinien ayant notamment des effets toxiques sur la fertilité.

Comme évoqué *supra*, les pièces détachées automobiles contrefaisantes s'exportent plus particulièrement vers l'UE. En 2017, l'OLAF lançait l'opération Renegade, visant le trafic international de pièces détachées de moyens de transports par conteneur maritime. En deux semaines, 70 000 pièces détachées, filtres à huile, filtres à air et pompes à injections ont été saisies, dont 21 755 par la seule douane française, soit autant de produits susceptibles d'avoir visé spécifiquement le marché français. En juillet 2018, la douane française a intercepté dans un colis de fret 198 valves de pneus de voitures contrefaisantes, dont le simple conditionnement mettait en cause la sécurité du produit. L'unité de police britannique de lutte contre les violations des DPI (PIPCU) a intercepté récemment quelque 200 airbags contrefaisants, ayant pour destination le sud de l'Angleterre avant livraison à un ensemble de garages. Les tests effectués sur ces produits par le *UK Defense Science and Technology Laboratory* ont notamment montré la dangerosité et l'instabilité des substances explosives utilisées, qui avaient été transportées par fret aérien.

Les avions de ligne acheminent des contrefaçons potentiellement dangereuses

Ces dernières années, les compagnies aériennes ont réorganisé leurs processus d'acheminement du fret, délaissant les lourds avions cargo au profit des avions de ligne. Une plus grande rigueur dans le poids accordé à l'emport aux passagers permet de dégager, sur un vol transatlantique par exemple, 27 à 28 tonnes en moyenne pour l'emport de fret. 46 % des marchandises qui arrivent à l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle, premier aéroport de fret européen, sont transportées dans les soutes des avions passagers⁹². En 2018, presque 10 % des articles de contrefaçons importés au sein de l'UE ont été interceptés dans le fret aérien, soit 2 641 023 articles, dont plus d'un million sur la plateforme de Roissy Charles de Gaulle. L'enquête de la PIPCU a démontré que les airbags contrefaisants évoqués *supra* ont été transportés sur des lignes civiles.

Les téléphones portables, tablettes et leurs batteries associées font partie des objets devenus essentiels à notre quotidien. En 2017, le leader mondial du marché de la téléphonie mobile illustre les dangers provoqués par une batterie de mauvaise conception, rapidement interdite sur les vols de passagers. Cette même année 2017, la seule DGDDI saisissait plus de 1 287 000 de contrefaçons appartenant aux deux catégories « Téléphones mobiles dont éléments et accessoires techniques » et « Équipement électrique, électronique et informatique », susceptibles d'être transportés par fret aérien, sur des avions de transport de passagers, ou par les passagers eux-mêmes. Un « expressiste » a rapporté à la Cour comment l'une de ses bennes contenant des téléphones mobiles contrefaisants, attendant leur destruction, s'est récemment enflammée.

L'enjeu de sécurité représenté par le transport de contrefaçons, particulièrement dans le fret aérien, est donc majeur ; la complexité du transport logistique conduit à ce que les passagers d'un avion de ligne civile soient mieux contrôlés que le fret avec lequel ils voyagent, au sein duquel se trouvent de nombreux produits contrefaisants potentiellement dangereux.

Même les sacs et chaussures en cuir contrefaisants peuvent présenter de multiples risques pour la santé des consommateurs. Une célèbre marque française de maroquinerie a fait analyser, au second semestre 2019, 11 contrefaçons de ses sacs en cuir : cinq d'entre elles présentent des taux de phtalates de 2 à plus de 3 000 fois supérieurs aux normes européennes, quatre présentent une concentration en plomb 3 à 44 fois supérieure à la réglementation européenne, et un présente un taux de cadmium légèrement supérieur à la norme européenne. Sur ces 11 produits, quatre seulement se conforment aux tests réalisés, sans préjudice des autres contrôles qui

⁹² Des sites spécialisés parlent d'un ratio de 70 % du volume de fret aérien transporté par les avions de lignes civiles.

auraient pu être réalisés. Le tannage du cuir produit en effet du chrome hexavalent, potentiellement nocif pour la peau humaine à haute dose, mais dont la concentration est largement limitée par les industriels conformément à la réglementation.

Le cas des pesticides contrefaisants

Les pesticides sont des produits réglementés qui, eu égard à leur impact sur la santé, ne peuvent être commercialisés sans délivrance d'une autorisation de mise sur le marché.

Conscients des enjeux posés par l'importation de contrefaçons dangereuses pour la santé et l'environnement, et de la place prépondérante de l'UE sur le marché agricole mondial, EUROPOL et l'OLAF ont lancé en 2015 une opération spécifique baptisée *Silver Axe*, pour cibler le commerce illégal de pesticides⁹³ sur le marché intérieur. Le lancement de cette opération annuelle a fait notamment suite à une étude de la Commission européenne menée de juin à septembre 2014, et qui estimait que 10 % des pesticides utilisés au sein de l'UE étaient des produits illégaux ou contrefaisants⁹⁴. À l'heure actuelle, l'*European Crop Protection Agency* (ECPA) estime que cette proportion est montée à 14 %.

De 190 tonnes saisies dans 7 pays en 2016, l'opérations *Silver Axe* a permis en 2019 la saisie de 550 tonnes de pesticides illégaux dans 29 pays en seulement quatre semaines. De son côté, l'EUIPO évalue⁹⁵ les pertes en recettes de l'industrie française de production de pesticide à 240 M€ par an entre 2009 et 2014⁹⁶. Si 43 % de la production française était en 2014 destinée à l'exportation, la méthode de calcul ne permet pas de déterminer la répartition de ces pertes selon la destination des ventes (territoire national, UE ou pays tiers). Les saisies effectuées démontrent toutefois la présence sur le sol de l'UE de ces pesticides contrefaisants dont l'impact sur la santé humaine, les produits alimentaires et les sols n'est pas maîtrisé.

Il n'existe pas de mesure des dommages causés par les contrefaçons. Il n'est généralement pas possible, voire pas prévu, de déterminer si le produit à l'origine d'un désagrément, d'un danger ou d'un sinistre était de nature contrefaisante. Et quand cela peut être déterminé, il n'existe pas de processus de remontée de l'information. Les détenteurs de droits ne sont pas tenus automatiquement informés de découvertes de contrefaçons de leurs produits, et les consommateurs soit demeurent dans l'ignorance du caractère contrefaisant du produit, soit en sont conscients et donc peu enclins à signaler des difficultés d'utilisation.

En se concentrant sur les dangers évités grâce aux saisies, il est fait trop souvent abstraction des millions de produits contrefaisants qui parviennent chaque année à franchir les contrôles des autorités douanières et de contrôle du marché intérieur, alors qu'ils peuvent représenter un danger pour la santé et la sécurité des consommateurs. En 2013, d'après la DG TAXUD, les autorités douanières ont saisi pour 673 M€ de marchandises contrefaisantes, en valeur des produits originaux, soit environ 0,5 % de la valeur totale des produits contrefaisants importés au sein de l'UE.

⁹³ Et non pas simplement le commerce de pesticides contrefaisants. Les données d'EUROPOL et de l'OLAF ne précisent pas la part de produits contrefaisants dans les saisies. La DGDDI estime que celle-ci est minoritaire.

⁹⁴ DG Health and food safety, *Ad-hoc study on the trade of illegal and counterfeit pesticides in the EU*, 2015.

⁹⁵ EUIPO, *Le coût économique des atteintes aux DPI dans le secteur des pesticides - Quantification des atteintes dans la fabrication de pesticides et d'autres produits agrochimiques (NACE 20.20) sur la période 2009-2014*, février 2017.

⁹⁶ 1,3 Md€ pour l'ensemble de l'industrie européenne.

D - Un lien avec la criminalité organisée et, potentiellement, le terrorisme

Le commerce de contrefaçon, comme toute activité qui promet des bénéfices importants, attire les réseaux de criminalité organisée et finance leurs activités. Dans sa communication 707 du 29 novembre 2017 au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, la Commission européenne rappelle que « *ce sont souvent des organisations criminelles qui tirent les bénéfices de la contrefaçon et du piratage. Ces organisations, généralement actives tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Union, utilisent des usines de fabrication aussi bien ordinaires que clandestines, infiltrent les chaînes d'approvisionnement, exploitent la main-d'œuvre, ne paient pas d'impôts, blanchissent des capitaux et mettent le consommateur en danger* ».

En 2013 déjà, EUROPOL alertait sur le fait que « *la contrefaçon de produits liés à la sécurité et la santé émerge comme l'une des nouvelles activités majeures des organisations de criminalité organisée* »⁹⁷. Mais les organisations de criminalité organisées ne se limitent à aucun produit de contrefaçon.

Ce lien entre la contrefaçon et la criminalité organisée est depuis longtemps connu et dénoncé par les organisations internationales qui s'impliquent dans la lutte contre les contrefaçons, comme le soulignait le rapport de la Cour de 2014. Cette année-là, INTERPOL diffusait un guide pratique mettant en évidence les liens entre commerce illicite, contrefaçon et criminalité organisée⁹⁸, destiné par son secrétaire général d'alors, Ronald K. Noble, à être « *la première étude accessible au public prouvant de manière exhaustive l'existence de liens bien réels entre le commerce illicite et d'autres formes de criminalité organisée* ». Cette même année 2014, l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) lançait le 14 janvier une campagne mondiale ayant pour titre « *Contrefaçon : ne soutenez pas le crime organisé* »⁹⁹, alertant sur les 250 Md\$ générés chaque année du commerce de contrefaçons, pouvant pour une large partie financer des groupes criminels organisés. Le rapport spécial 301¹⁰⁰, présenté annuellement depuis 1989 par le bureau exécutif de la présidence des États-Unis, évoque systématiquement le lien entre le trafic de contrefaçon et le développement de la criminalité organisée transfrontalière, tout comme le rapport de 2017 d'EUROPOL sur la situation de la contrefaçon et de la piraterie au sein de l'UE, établi en partenariat avec l'EUIPO¹⁰¹.

Dans son rapport de 2017 sur l'évaluation de la menace liée à la criminalité organisée en Europe¹⁰², EUROPOL précise que 70 % des organisations criminelles agissant sur le territoire de l'UE sont actives dans plus de trois pays, et que 45 % d'entre elles sont impliquées dans plusieurs types d'activités criminelles. Elles n'étaient que 30 % dans le précédent rapport de 2013. La diversification permet à ces organisations criminelles d'optimiser leurs réseaux logistiques et circuits de distribution, profitant des processus et moyens déjà mis en place. C'est

⁹⁷ EUROPOL, *2013 Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA)*, 2013.

⁹⁸ <https://www.interpol.int/fr/Actualites-et-evenements/Actualites/2014/Un-guide-pratique-INTERPOL-souligne-les-liens-entre-le-commerce-illicite-et-la-criminalite-organisee>.

⁹⁹ <https://www.unodc.org/unodc/fr/frontpage/2014/January/counterfeit-dont-buy-into-organized-crime---unodc-launches-new-outreach-campaign-on-250-billion-a-year-counterfeit-business.html>.

¹⁰⁰ Office of the United States Trade Representative, *2018 Special 301 Report*.

¹⁰¹ EUROPOL et EUIPO, *2017 Situation Report on Counterfeiting and Piracy in the European Union*, 2017.

¹⁰² EUROPOL, *European Union Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA), Crime in the age of technology*, 2017.

également un moyen simple de diversifier leurs revenus, et de réduire le risque de voir leur modèle économique perturbé par l'action des forces de l'ordre. Ainsi, toujours d'après ce rapport, 65 % des organisations criminelles se livrant au trafic de stupéfiants sont également impliquées dans une autre forme de trafic, dont celui de la contrefaçon. En 2006, EUROPOL rapportait l'activité de la Camorra, la mafia napolitaine, dans le commerce de contrefaçon au travers de l'importation de produits électriques chinois contrefaisants de basse qualité (groupes électrogènes, perceuses ou tronçonneuses).

En 2015 et 2016, une opération visant une organisation criminelle italienne vendant du champagne contrefaisant dans le marché intérieur démontrait leur implication dans le trafic de cocaïne, et leur utilisation de méthodes de fraudes aux taxes douanières et à la TVA. Dans une récente opération, menée par les autorités espagnoles avec le support d'EUROPOL dans cinq pays de l'UE, une organisation criminelle espagnole de production de contrefaçons de médicaments a été démantelée. Se fournissant en Chine en matières premières, le groupe assemblait ses produits dans des laboratoires clandestins installés dans plusieurs villes espagnoles. La distribution internationale des produits était prise en charge par une organisation criminelle néerlandaise. Les perquisitions et saisies ont montré que l'organisation espagnole était également fortement impliquée dans le trafic de stupéfiants.

Outre la nécessité de diversification de leurs activités, les organisations criminelles ont recours au trafic de contrefaçons car elles sont conscientes des nombreux avantages qu'il offre :

- une assiette d'écoulement des produits sans limite : contrairement aux stupéfiants ou aux armes, réservés à une clientèle spécifique, les produits de contrefaçon sont à destination du grand public ;
- un anonymat de la marchandise, insérée au sein de l'offre légale et en apparence peu distincte d'elle ;
- un réseau logistique et de distribution particulièrement simple à mettre en œuvre, comparé encore une fois aux autres trafics, car ayant recours aux circuits légaux ;
- une réputation d'infraction sans victime, car touchant de grands groupes économiques aux revenus confortables, et donc une réponse limitée des pouvoirs publics, plus actifs dans la lutte contre les autres trafics ;
- une rentabilité estimée¹⁰³ et un profit parmi les plus élevés des activités criminelles, selon les acteurs de la lutte contre les contrefaçons. Selon l'Institut de recherche anti-contrefaçon de médicaments (IRACM), pour 1 000 dollars investis, le trafic d'héroïne en rapporterait 20 000, celui de cigarettes contrefaites 43 000, et celui de médicaments contrefaits entre 200 000 et 450 000, estimation acceptée par INTERPOL. Ces ratios concernent l'amont de la chaîne, mais une étude empirique à partir de quelques données issues des enquêtes de gendarmerie montrent qu'en aval, les derniers revendeurs de contrefaçons peuvent réaliser plus de 100 % de bénéfice à chaque vente de vêtement de contrefaçon.

Ce double avantage, perspectives économiques exceptionnelles et risques juridiques particulièrement faibles, conduit, d'après plusieurs interlocuteurs institutionnels rencontrés, à une bascule des activités de nombre d'organisations criminelles vers la contrefaçon, en lieu et place d'autres activités plus exposées. Comme pour nombre d'autres sujets liés à la contrefaçon, il n'y a pas de données précises permettant d'étayer cette assertion, avant tout basée sur

¹⁰³ Il n'existe, à la connaissance de la Cour, aucune étude globale et précise sur le sujet.

l'expérience des organes de lutte, acquise au travers des opérations menées années après années. L'organisation mondiale des douanes (OMD) ajoute aux arguments de grands profits et de risques judiciaires faibles, celui d'un environnement concurrentiel peu dangereux comparé à ceux des autres trafics, en premier lieu celui de stupéfiants. Le commerce de contrefaçons favorise également la traite et l'exploitation d'êtres humains, comme le constatent EUROPOL et INTERPOL lors du démantèlement d'ateliers d'assemblages de contrefaçons sur le sol européen.

Le lien entre contrefaçon et terrorisme est plus délicat à mettre en évidence. Si en 2003, INTERPOL alertait par la voix de son secrétaire général en indiquant que « *l'atteinte à la propriété intellectuelle est en train de devenir la méthode de financement préférée des terroristes* », l'organisation internationale reconnaît qu'elle doit encore travailler à préciser les connexions existantes. Le commerce de contrefaçons n'apparaît en effet que très marginalement dans les méthodes de financement identifiées des groupes terroristes ; en septembre 2018, seules deux branches d'Al-Qaeda actives en Syrie et au Sahel sont identifiées par INTERPOL comme percevant une part de leurs revenus du commerce de contrefaçons, en l'occurrence du commerce de cigarettes de contrefaçon¹⁰⁴. TRACFIN, dans sa mission de lutte contre le financement du terrorisme, analyse des données et des flux financiers, ce qui rend difficile une caractérisation précise des délits qui en sont à l'origine. À ce jour, ce service n'a pas été en mesure d'établir un lien avéré entre commerce de contrefaçons et financement du terrorisme.

Une meilleure information sur le financement des activités criminelles et terroristes par l'argent du commerce de contrefaçons, serait de nature à influencer de manière positive le comportement des consommateurs.

¹⁰⁴ <https://www.interpol.int/fr/Actualites-et-evenements/Actualites/2018/La-criminalite-organisee-alimente-les-grands-conflits-et-le-terrorisme-dans-le-monde-entier>.

CONCLUSION

D'après les dernières évaluations de l'OCDE et de l'EUIPO, les échanges de contrefaçons dans le monde représentaient 509 Md\$ en 2016, soit 3,3 % du volume des échanges mondiaux, contre 2,5 % trois ans auparavant. L'UE est particulièrement touchée : les contrefaçons représenteraient 6,8 % de ses importations, avec une proportion croissante de produits dangereux pour la santé et la sécurité des consommateurs. Ces résultats sont probablement en-deçà de la réalité, la complexité et l'opacité du commerce de contrefaçons le rendant particulièrement difficile à mesurer. Les données disponibles sont par ailleurs incomplètes et peu harmonisées, et leur exploitation insuffisante. Les études de l'OCDE par pays sont les plus complètes. La France devrait suivre l'exemple de l'Italie et du Royaume-Uni et solliciter l'OCDE pour la réalisation d'une telle étude, dont l'établissement et les résultats sont de nature à inciter les administrations françaises à définir et recueillir les données utiles à une quantification plus précise du commerce de contrefaçons, pour procéder à l'analyse régulière de ses différents effets sur l'économie française.

De nombreux facteurs favorisent le développement de la contrefaçon : la libéralisation des échanges mondiaux et l'essor des zones de libre-échange, le développement sans précédent de nouvelles routes commerciales et du e-commerce via des plateformes peu régulées, l'acheminement fragmenté des produits via des colis déjouant les contrôles douaniers, ce qui facilite une production sur le sol européen par assemblage d'éléments transportés séparément.

Au-delà de la réparation du préjudice pour les titulaires de droits, la lutte contre les contrefaçons est justifiée par l'ampleur croissante des risques qui lui sont associés : atteintes à la santé, à la sécurité des consommateurs et à l'environnement, pertes de ressources fiscales et sociales pour les États, impacts sur l'économie et les entreprises en sapant la confiance et les efforts d'innovation, contribution au financement du crime organisé et potentiellement d'organisations terroristes.

Chapitre II

Engager des actions plus volontaristes aux plans international et européen

Dans un contexte de mondialisation de l'économie et de libéralisation des échanges, la protection de la propriété intellectuelle et, plus spécifiquement, la lutte contre le commerce de contrefaçons, ne peuvent se concevoir qu'au niveau international et européen. Il apparaît nécessaire, pour la France et l'UE, de relancer la protection des DPI dans les organisations multilatérales concernées, et en particulier à l'OMC, et de soutenir l'insertion de tels volets dans les accords commerciaux bilatéraux entre l'Union européenne et les pays tiers (I). Le nouvel agenda européen et la présidence française de l'UE au premier semestre 2022 offrent par ailleurs une opportunité de promouvoir une stratégie globale et volontariste visant à renforcer et mieux harmoniser le dispositif de protection des DPI et sa mise en œuvre (II). Enfin, le rôle des plateformes numériques dans le commerce de contrefaçons est majeur et il est nécessaire de renforcer rapidement leurs obligations juridiques afin de les inciter à une vigilance accrue (III).

I - Faire de la protection des droits de propriété intellectuelle un axe prioritaire des négociations sur le commerce mondial

L'OMC, fortement affectée par un contexte géopolitique tendu, demeure l'instance multilatérale compétente pour assurer la protection des DPI dans les échanges commerciaux, en compléments des accords commerciaux bilatéraux qui peuvent aussi y contribuer utilement (A). Des initiatives plus ponctuelles ont été prises dans des organisations internationales moins centrées sur la protection de la propriété intellectuelle (OMD, INTERPOL, OCDE), mais la lutte contre les contrefaçons n'est pas suffisamment au cœur de leurs priorités (B).

A - Promouvoir une relance de la protection des DPI dans les négociations commerciales, multilatérales et bilatérales

1 - L'OMPI : un rôle seulement consultatif

L'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est la seule organisation multilatérale dont l'objet même est la propriété intellectuelle. Instance de coopération et de dialogue, elle n'a pas de rôle normatif actif en matière d'application des DPI et plus spécifiquement de participation à la lutte contre la contrefaçon. Son action s'inscrit dans l'objectif stratégique VI assigné à l'organisation « Coopération internationale pour le respect

de la propriété intellectuelle », dont il est attendu « *une progression du dialogue international entre les États-membres de l'OMPI et les parties prenantes internationales concernées* ». Pour l'atteinte de cet objectif, un Comité consultatif sur l'application des droits a été créé par l'Assemblée générale de l'OMPI en 2002¹⁰⁵. Ouvert à tous les États membres et à des observateurs *ad hoc*, ce comité a pour mission de mener des missions d'assistance technique et de coordination. En pratique, ce comité consultatif est un lieu d'échanges sur les sujets de lutte contre la contrefaçon en collaboration avec des organisations des secteurs public et privé. Il recense également des bonnes pratiques. La 14^{ème} session du comité en septembre 2019 était centrée sur la question des nouvelles technologies en matière d'application des DPI.

L'OMPI mène aussi des actions d'assistance législative à la demande des États membres, de manière confidentielle, en particulier pour évaluer la compatibilité des législations nationales avec l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'OMC (dit ADPIC).

2 - La nécessaire relance de la protection des DPI dans le cadre des accords commerciaux

En contrepartie de la libéralisation des échanges sur les services, les accords de Marrakech signés en 1994 dans le cadre de l'OMC mettent en place un volet important de protection des DPI à travers l'accord sur les droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce (dit accord ADPIC ou TRIPS en anglais). Cet accord est le premier traité multilatéral comportant des règles détaillées sur les moyens de faire respecter les DPI, adopté malgré les réserves de grands pays émergents quant au niveau de protection exigé d'eux.

L'accord ADPIC engage tous les États membres de l'OMC, en leur imposant des standards minimaux et un mécanisme de sanctions en cas de violation de leurs obligations. Le volet III de cet accord ADPIC est très novateur¹⁰⁶. Il porte sur les « *moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle* », à travers des obligations générales, et des obligations plus spécifiques concernant la mise en place des procédures civiles et administratives, des mesures provisoires et des procédures douanières et pénales concernant certains droits. Pour concilier différentes traditions juridiques, l'accord ne cherche pas à harmoniser les différentes législations nationales, mais à fixer un certain nombre de standards minimaux (article 1). En outre, les États sont obligés d'accorder un traitement non discriminatoire aux ressortissants de tous les États membres, ce qui implique d'accorder le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée aux ressortissants de tous les autres États membres (articles 3 et 4). L'accord est soumis au mécanisme de règlement des différends, ce qui lui donne un caractère contraignant susceptible de donner lieu à des sanctions (article 64).

Cet accord constitue une avancée de principe considérable malgré quelques limites notables : les prescriptions sont plus strictes pour la contrefaçon de marques et le piratage portant atteinte aux droits d'auteur que pour les autres DPI. Les États sont tenus de prévoir des mesures pour lutter contre l'importation de marchandises contrefaisantes ou violant les droits d'auteur seulement, et non concernant les exportations (article 51). De même, des procédures

¹⁰⁵ Dit ACE pour reprendre l'acronyme correspondant à la dénomination anglaise *Advisory Committee on Enforcement*.

¹⁰⁶ Au regard en particulier des dispositions préexistantes des conventions de Paris et de Berne qui comportent un nombre limité de clauses sur les obligations des États pour faire respecter les DPI.

pénales doivent être prévues seulement pour les actes délibérés de contrefaçon de marques ou de piratage commis à une échelle commerciale (article 61). Seules des procédures civiles ou administratives sont obligatoires pour les autres DPI que les marques et droits d'auteur (article 42).

Ainsi, la possibilité d'élargir les actions à l'exportation ou au transit des marchandises contrefaisantes et non aux seules importations, ou la mise en œuvre de saisies douanières à l'importation ou de sanctions pénales pour les contrefaçons de brevets, indications géographiques, dessins et modèles, est laissée à l'appréciation des États. En outre, la notion d'actes commis à une échelle commerciale (règle *de minimis*) n'est pas adaptée au développement du e-commerce de petites quantités de biens contrefaits. L'accord ADPIC ne comporte donc ni obligation générale de lutte contre les contrefaçons à la charge des États, ni obligations spécifiques visant la lutte contre la production ou le trafic de produits contrefaisants et leurs précurseurs à la charge des États concernés.

Différentes tentatives pour remédier aux insuffisances de l'accord ADPIC ont jusqu'à présent échoué.

Les tentatives d'inscription du sujet de la protection des DPI à l'ordre du jour du conseil de suivi de l'accord ADPIC se sont heurtées à des réserves de l'Inde et de la Chine. Une initiative conjointe sur le commerce électronique est en cours de discussion dans le cadre de ce comité, mais uniquement sous l'angle de la protection des investissements, le sujet protection de la propriété intellectuelle ayant été écarté de l'ordre du jour.

L'accord « ACTA » (« *Anti Counterfeiting Trade Agreement* ») signé en 2012 vise notamment à mettre en place un contrôle aux exportations, à étendre le champ des sanctions pénales et à étendre la responsabilité des plateformes, en particulier concernant la vente en ligne de médicaments. Le volet pénal et celui relatif à la responsabilité des intermédiaires ont suscité de fortes contestations. Le Parlement européen a finalement refusé de le ratifier, handicapant durablement toute tentative d'approche normative multilatérale, dans un contexte de fortes divergences entre tenants de la protection des DPI dans les pays industrialisés, et promoteurs d'une liberté du commerce sans contraintes du côté des pays émergents.

L'absence d'évolution normative en matière de DPI à la suite de l'échec de la ratification du traité ACTA se double aujourd'hui d'un risque plus global de paralysie de l'OMC.

Le conflit commercial actuel entre les États-Unis et la Chine se cristallise à l'OMC, dont l'organisme de règlement des différends est bloqué du fait de l'absence de nomination par les États-Unis de panélistes dans son instance d'appel dont le mandat arrive à échéance. Ceci met en péril la crédibilité de l'OMC faute de pouvoir sanctionner un État membre de manière effective.

Ce blocage s'accompagne de fortes réserves sur la légitimité et l'efficacité de l'OMC exprimées par les États-Unis, qui privilégient une approche bilatérale pour régler les différends commerciaux (avec la Chine, le Japon, le Royaume-Uni dans la perspective du Brexit, etc.) et une réforme rapide et en profondeur de l'organisation. La position officielle des États-Unis est exprimée dans un mémorandum du 26 juillet 2019, qui dénonce une « *dichotomie obsolète entre*

pays développés et en développement qui a permis à certains membres de bénéficier d'avantages injustes », en insistant particulièrement sur la Chine¹⁰⁷.

Dans ce contexte, l'UE, qui a une compétence exclusive pour représenter les intérêts des États membres¹⁰⁸, est confrontée à un problème d'équilibre entre les deux objectifs initiaux du précédent cycle de négociations : libéralisation des échanges d'un côté, protection des droits de l'autre.

Dans ce contexte, des accords ponctuels, permettant de mieux protéger certains DPI, ont été conclus par l'UE. C'est notamment le cas de l'accord de coopération et de protection sur les indications géographiques entre l'UE et la Chine du 6 novembre 2019, signé à l'occasion de la visite du Président de la République en Chine. Concrétisation de l'engagement pris lors du dernier sommet UE-Chine en avril 2019, cet accord bilatéral, obtenu après 8 ans de négociations, garantit la protection de 100 IG européennes, dont 26 françaises, en Chine et 100 IG chinoises dans l'Union contre les imitations et les usurpations.

Au total, l'OMC, dont le rôle devrait être central dans la protection de la PI, est aujourd'hui au quasi-point mort tant dans son activité normative que de sanction. Il est dans ce contexte difficile de convaincre la Chine de faire des efforts facultatifs pour mieux contrôler ses exportations. Une approche multilatérale, dans le cadre de l'OMC, pourrait dès lors être une priorité pour l'UE, en s'appuyant sur la dynamique de réforme esquissée lors des derniers G20 et G7¹⁰⁹, mentionnant spécifiquement la nécessité d'être plus efficace dans la protection de la propriété intellectuelle.

Les autorités françaises devraient dès lors agir au sein du G7 et du Conseil européen pour faire de la lutte contre la contrefaçon un axe des négociations qui pourraient être engagées dans le cadre de la réforme de l'OMC. Une option à explorer serait d'instaurer une obligation de lutte contre la production et le trafic de produits contrefaisants et de leurs précurseurs. Elle devrait idéalement couvrir les produits même s'ils ne sont pas protégés sur le territoire où ils sont produits, s'il est manifeste qu'ils sont destinés à l'exportation dans des zones où ils sont protégés.

Compte tenu du contexte difficile des discussions multilatérales sur le commerce et de la difficulté à envisager une renégociation à court terme de l'accord ADPIC malgré ses insuffisances notables, il importe également de soutenir l'approche complémentaire des accords bilatéraux négociés par l'Union. À titre d'exemple, deux accords commerciaux récents ont été négociés, l'un avec Singapour, entré en vigueur le 21 novembre 2019, et l'autre avec le Vietnam approuvé par la commission INTA du Parlement européen en janvier 2020 ; ils incluent des dispositions relatives à la contrefaçon, notamment une section relative aux mesures à la frontière. La négociation d'un accord global sur les investissements de l'Union européenne avec la Chine sera également l'occasion de renforcer les exigences en matière de protection des DPI.

¹⁰⁷ *Memorandum on Reforming Developing Country Status in the World Trade Organisation*, 26 juin 2019, disponible sur le site WhiteHouse.gov.

¹⁰⁸ La politique commerciale est une politique exclusive de l'UE en vertu de l'article 3 du TFUE, le seul interlocuteur est la Commission qui en tant que négociateur représente les États membres.

¹⁰⁹ La déclaration officielle des chefs d'État et de gouvernements du G7 le 26 août 2019, à l'issue du sommet de Biarritz débute en effet par un constat sur la nécessité de réformer l'OMC à cet effet : « *Le G7 est attaché à un commerce mondial ouvert et juste et à la stabilité de l'économie mondiale (...). Pour cela, le G7 veut changer en profondeur l'OMC afin d'être plus efficace dans la protection de la propriété intellectuelle, de régler plus rapidement les différends et d'éradiquer les pratiques commerciales déloyales* ».

La France pourrait soutenir la Commission européenne dans sa volonté d'insérer systématiquement un volet respect des DPI dans les accords avec les États tiers.

Par ailleurs, il convient de prendre en compte l'accord commercial de phase 1 entre les États-Unis et la Chine qui a été signé le 15 janvier 2020 et qui comprend des dispositions relatives au respect des DPI et à la lutte contre les contrefaçons¹¹⁰. Bien que bilatéral, cet accord pourrait contribuer, s'il est bien mis en œuvre, à améliorer l'environnement de la protection des DPI au profit de l'ensemble des titulaires de droits. Les États-Unis pourraient aussi chercher à insérer des dispositions dans un cadre multilatéral doté d'un dispositif coercitif pour conforter les engagements. Les approches multilatérales et bilatérales s'avèrent complémentaires.

B - Conforter les actions plus ponctuelles d'autres organisations internationales

D'autres organisations internationales interviennent de manière ponctuelle dans la lutte contre le commerce de contrefaçons.

L'OCDE, au travers notamment de ses nombreux travaux conjoints avec l'EUIPO, conduit tous les deux ans une étude sur le commerce international de contrefaçons. Elle réalise également, sur demande, des études nationales spécifiques et approfondies sur l'impact du commerce de contrefaçons sur l'économie d'un pays. Le Royaume-Uni a fait l'objet en 2017 d'une telle étude¹¹¹, actuellement en cours d'actualisation, et l'Italie en 2018¹¹². La France n'en a pas sollicité à ce jour (cf. chapitre I-II).

L'OCDE contribue également à l'élaboration de codes de conduite pour diffuser de bonnes pratiques répondant à ses standards de bonne gouvernance. C'est par exemple le cas concernant les « *Free Trade Zones* », sujet de forte attention pour l'organisation, dont le comité de gouvernance publique a animé l'élaboration d'un code de conduite¹¹³ pour assurer une plus grande transparence dans la gestion de ces zones.

Pour des organisations sectorielles comme l'ONUDC, INTERPOL ou l'OMD, la lutte contre la contrefaçon est un de leurs nombreux axes de travail, en concurrence permanente avec d'autres priorités, en fonction de l'agenda politique des États membres¹¹⁴. Au travers de leur rôle d'animation et de coopération, les institutions internationales impliquées dans la lutte contre les contrefaçons contribuent à développer les bonnes pratiques et des opérations conjointes – en général dans le cadre d'une coopération entre l'OMD et INTERPOL – auxquelles participent les douanes de nombreux pays. La plus emblématique d'entre elle est l'opération PANGEA (neuvième édition en 2016), initiée par INTERPOL et l'OMD, et qui vise à lutter contre le commerce illicite de médicaments.

¹¹⁰ Lutte contre les médicaments contrefaits, contrôles aux frontières, responsabilisation des plateformes de e-commerce, renforcement des dispositifs de sanction des violations des DPI notamment.

¹¹¹ OCDE, *Trade in Counterfeit Products and the UK Economy, Fake goods, real losses*, 2017. Données de 2013.

¹¹² OCDE, *Trade in Counterfeit Goods and the Italian Economy, Protecting Italy's Intellectual Property*, 2018.

¹¹³ Comité de la gouvernance publique de l'OCDE au sein de la Direction de la gouvernance publique et du développement territorial, *Draft Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, 25 mars 2019. Références : GOV/PGC (2019)32.

¹¹⁴ Au sein d'INTERPOL, la sous-direction des marchés illégaux et du crime organisé, dotée de 70 ETP, en dédie 15 à la lutte contre les contrefaçons.

Le caractère ponctuel de ces opérations illustre toutefois les faiblesses symptomatiques d'un défaut de pilotage global et les limites de la coopération internationale, notamment douanière :

- l'efficacité de ces opérations dépend de l'implication des États. INTERPOL et l'OMD n'interviennent qu'en appui des services de douanes et des forces de sécurité des États qui acceptent de coopérer, et qui décident *in fine* de l'ampleur de leur lutte contre le commerce de contrefaçons, au travers des objectifs fixés et des moyens alloués à leurs services ;
- l'analyse et l'exploitation des résultats de ces opérations se heurtent au partage insuffisant des données relatives aux contrôles effectués, qui sont la propriété des États sur le sol duquel elles ont eu lieu, et qui parfois ne tiennent pas à les diffuser. La sensibilité du partage des données nominatives, notamment au sein de l'UE, conduit les États à limiter leurs échanges aux *modus operandi* ;
- si la coopération entre INTERPOL et l'OMD est éprouvée, il n'existe à ce stade aucun processus de partage des données douanières avec INTERPOL, car les douanes nationales ne sont pas en relation directe avec ses bureaux centraux nationaux implantés dans les pays membres.

Au total, loin d'être une priorité, la lutte contre la contrefaçon est un enjeu qui a du mal à s'imposer dans les enceintes internationales, y compris concernant les atteintes à la santé et à la sécurité des consommateurs, alors qu'elle réclame un engagement fort et conjoint des États et sous leur impulsion des organisations multilatérales. Les autorités françaises pourraient agir, en lien avec les membres du G7, pour faire de la lutte contre les contrefaçons une priorité de rang plus élevé pour les organisations internationales concernées, en amplifiant les actions de coopération douanières et en faisant reconnaître les impacts du commerce de contrefaçons sur la santé et la sécurité, ainsi que son lien avec la criminalité organisée.

II - Mieux harmoniser la protection des droits de propriété intellectuelle au sein de l'UE

Malgré la volonté affichée de l'UE d'aborder le sujet de la protection des DPI de manière globale et volontariste, comme en témoigne la montée en puissance de certaines agences, le paysage de la lutte contre les contrefaçons en Europe est encore aujourd'hui fragmenté (A). L'harmonisation insuffisante des procédures nationales de protection des DPI, ainsi que celle des dispositifs opérationnels des États membres en matière de contrôles douaniers, illustrent les disparités qui demeurent importantes au sein de l'UE (B).

A - Accompagner la montée en puissance des agences et du dispositif de lutte contre les fraudes

L'une des avancées récentes repose sur la montée en puissance de certaines agences européennes, et en particulier de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle

(EUIPO)¹¹⁵ et de son Observatoire européen des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle mis en place à la suite du plan d'action douanier 2009-2012. Au-delà de son cœur de métier historique d'enregistrement de DPI, l'EUIPO est chargé de favoriser l'harmonisation des pratiques d'enregistrement et le développement d'outils communs, en coopération avec les organismes homologues au sein des États membres et d'autres partenaires institutionnels. L'Observatoire a pour mission d'analyser les données relatives à l'utilisation des droits ainsi que des atteintes qu'ils subissent. L'EUIPO se présente ainsi comme « *un participant actif de l'étape suivante du cycle de la propriété intellectuelle, à savoir aider à protéger les résultats de la créativité et de l'innovation après l'enregistrement d'une marque* », ce qui inclut donc la lutte contre la contrefaçon.

L'EUIPO finance l'unité IPC3 (*Intellectual Property Crime Coordinated Coalition*), hébergée par EUROPOL, chargée de faciliter les enquêtes transfrontalières dans le domaine de la contrefaçon, d'assurer un soutien technique et opérationnel aux autorités nationales, de contribuer au renforcement de l'harmonisation des dispositifs légaux et des procédures destinées à lutter contre les infractions relatives aux DPI, d'en suivre l'évolution, en particulier l'émergence de nouveaux modes opératoires dans ce domaine, et de prodiguer des formations pour renforcer les expertises techniques des acteurs impliqués dans cette lutte.

Sur le plan opérationnel, les agences européennes telles qu'EUROPOL ou EUROJUST, respectivement chargées de la coordination et de la coopération entre les autorités nationales en matière de police et de justice, ont pour mission principale de favoriser l'échange d'informations et de renseignements relatifs aux diverses formes de trafics (contrefaçons, mais aussi blanchiment d'argent, contrebande, trafic de substances ou produits illicites, etc.). Elles ne disposent pas de moyens pour mener des enquêtes en propre, encore moins les poursuites. Leur action consiste essentiellement à appuyer et faciliter celles des États membres. Bien qu'indispensable pour renforcer la coopération entre les États membres, leur action est néanmoins limitée par la nature même de leur mission.

Tous les quatre ans, le Conseil de l'UE adopte un plan quadriennal de lutte contre la grande criminalité organisée, connu sous le nom de « cycle politique de l'UE »¹¹⁶. Le dernier plan définit dix priorités pour la période 2018-2021, choisies au regard de l'évaluation de la menace effectuée par EUROPOL¹¹⁷. Présente dans les neuf priorités du cycle 2013-2017, la lutte contre le commerce de contrefaçons¹¹⁸ a disparu du cycle 2018-2021, au profit de la lutte contre la criminalité environnementale et de deux menaces générales que sont la criminalité financière et la fraude documentaire¹¹⁹. Cependant, l'importance des conséquences économiques, fiscales, sanitaires et en termes de sécurité du commerce de contrefaçons pourrait

¹¹⁵ Créée en 1994 sous le nom d'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), cette agence décentralisée de l'UE est basée à Alicante en Espagne et est chargée de l'enregistrement des marques de l'UE et les dessins et modèles communautaires.

¹¹⁶ <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/eu-fight-against-organised-crime-2018-2021/>.

¹¹⁷ EUROPOL, *European Union Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) 2017*, 2017.

¹¹⁸ « *Production and distribution of counterfeit goods violating health, safety and food regulations and sub-standard goods* ».

¹¹⁹ Le 18 mai 2019, le Conseil a adopté des conclusions sur la définition des priorités de l'UE pour la lutte contre la grande criminalité organisée au cours du cycle politique 2018-2021 qui recensent 10 priorités : la cybercriminalité, les drogues, l'aide à l'immigration clandestine, la criminalité organisée contre les biens, la traite des êtres humains, la fraude aux droits d'accise et la fraude intercommunautaire à l'opérateur défaillant, les armes à feu, la criminalité contre l'environnement, les fonds d'origine criminelle et le blanchiment de capitaux, et la fraude documentaire.

conduire la France à plaider pour un rétablissement de la lutte contre les contrefaçons au nombre des priorités d'EUROPOL.

L'office européen de lutte anti-fraude (OLAF) dispose du pouvoir de réaliser des actions et des enquêtes administratives afin de lutter contre toutes les formes de fraudes portant atteinte aux intérêts de l'UE. Dans ce cadre, l'OLAF est compétent pour enquêter sur les trafics transfrontaliers de produits illicites, dont les produits contrefaisants. L'action de l'OLAF se concentre toutefois principalement sur les produits dangereux pour l'environnement, la santé ou la sécurité des consommateurs. Compte tenu du temps et des moyens dont il dispose, le critère de sélection des enquêtes reste celui de la dangerosité des produits considérés. Son action ne couvre donc pas systématiquement l'ensemble du spectre des produits de contrefaçon, malgré les autres préjudices, en particulier financiers, que ces trafics peuvent entraîner pour les entreprises, les consommateurs de bonne foi, le budget des États membres et, finalement, de l'UE. Par ailleurs, si les enquêtes donnent lieu à des résultats tangibles et encourageants, les poursuites et la répression des infractions commises et constatées restent une fois encore de la responsabilité des États membres et n'est pas conduite de manière uniforme dans l'Union.

B - Renforcer l'harmonisation des dispositifs opérationnels des États membres

Le paysage de la lutte contre les contrefaçons en Europe se présente aujourd'hui comme particulièrement fragmenté, tant sur le plan de l'harmonisation des règles nationales que concernant les moyens mis en œuvre par les États membres. Deux exemples illustrent les disparités persistantes entre les États membres : la mise en œuvre de la directive relative à la protection des DPI d'une part, et celle concernant les dispositifs opérationnels en matière de contrôles douaniers d'autre part.

1 - Une mise en œuvre de la directive IPRED peu homogène entre les États membres

Malgré les efforts de la Commission européenne pour favoriser un rapprochement des législations nationales en matière de DPI, des disparités importantes persistent entre les États membres dans les règles procédurales de protection des DPI.

En matière de lutte contre les contrefaçons, les avancées les plus récentes sur les règles de fond ont concerné la réglementation en matière de marque. Le « Paquet Marques », adopté en 2015¹²⁰ au niveau européen et tout juste transposé en droit français au moyen de la loi PACTE, est venu conforter les droits de titulaires de marques en autorisant la retenue douanière de marchandises contrefaisantes en transit sur le territoire de l'UE. Ces dispositions ont remis en cause la portée de la jurisprudence dite « Nokia/Philips » de la Cour de Justice de l'UE selon laquelle les marchandises provenant d'un État tiers et constituant une imitation d'un produit protégé dans l'UE par un DPI ne peuvent être qualifiées de « marchandises de contrefaçon » ou de « marchandises pirates » que s'il est prouvé par les autorités douanières qu'elles sont destinées à une mise en vente dans l'UE.

La lutte contre la contrefaçon passe également par des règles procédurales concernant les moyens d'action visant à faire respecter les droits de la propriété intellectuelle. La directive

¹²⁰ Directive (UE) 2015/2436 et règlement (UE) 2015/2424 du 16 décembre 2015.

2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil adoptée le 29 avril 2004 relative au respect des DPI (communément appelée « Directive IPRED ») a pour objectif de rapprocher les législations nationales en matière de mesures (provisoires, conservatoires ou correctives) et de procédures, en vue de l'obtention d'une réparation ou d'une sanction. L'objectif est d'assurer un niveau homogène de protection de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur.

La Commission a envisagé dès 2010 la révision de la directive IPRED¹²¹. Finalement, au terme d'une nouvelle évaluation, elle a préféré se limiter à la publication de lignes directrices, pour réduire l'ampleur des disparités entre les dispositifs mis en œuvre par les États membres. Dans sa recommandation 707 de 2017, la Commission a considéré que « *la directive était toujours adaptée aux objectifs poursuivis* ». Elle relève à titre principal qu'il existe des différences dans la manière dont certaines dispositions de la directive IPRED (par exemple, celles qui régissent les injonctions, les dommages-intérêts et les frais de justice) sont mises en œuvre et appliquées dans la pratique par les États membres¹²², ce qui résulte d'une harmonisation minimale laissant une large latitude aux États membres.

En pratique, aucune nouvelle avancée n'a été réalisée sur le plan de l'harmonisation des législations nationales concernant les règles procédurales, notamment sur le plan répressif, sachant que la matière pénale reste de la compétence des États membres. À défaut d'une révision de la directive, pour laquelle la France a plaidé en 2016¹²³, sa mise en œuvre devrait être plus homogène dans le marché intérieur. Il en va de même en matière douanière.

2 - La disparité persistante des contrôles douaniers malgré les dispositifs de coordination mis en place par la Commission

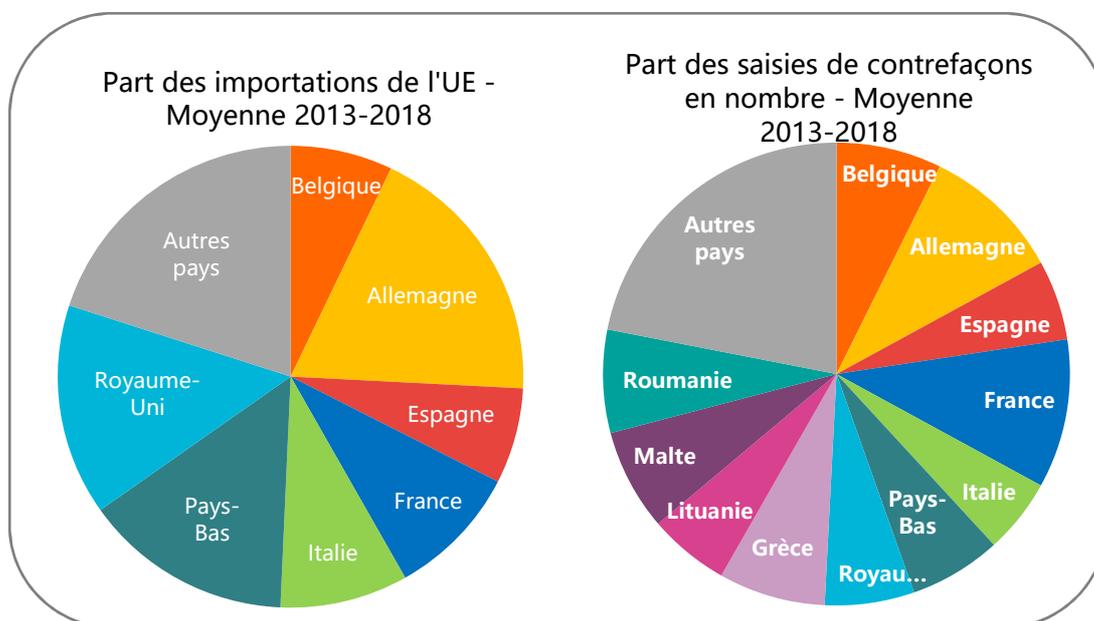
L'attitude prudente de la Commission européenne s'explique en grande partie par la difficulté persistante à obtenir un consensus des États membres en matière de protection des DPI. Si chacun d'entre eux s'accorde à reconnaître que la contrefaçon est préjudiciable à l'économie de l'Union dans son ensemble, tous n'attachent pas la même priorité aux moyens à mettre en œuvre pour y faire face. La France a toujours été chef de file dans ce domaine et reste à l'origine de la plupart des avancées obtenues. D'autres pays, comme les Pays-Bas, dont l'économie est très dépendante du commerce extérieur et de son activité portuaire, n'en font pas une priorité. Les contrôles douaniers et leur renforcement, susceptibles d'allonger les procédures d'importation notamment, sont identifiés par ces pays comme un frein préjudiciable au développement du commerce et de leur économie. Le graphique n° 5, en comparant les importations hors UE et les saisies de contrefaçons en nombre d'articles, illustre les voies d'accès des réseaux de contrefaçons mais aussi la diversité des pratiques de lutte contre ce phénomène.

¹²¹ En conclusion de son rapport du 22 décembre 2010, elle indiquait qu'il « *est avéré que le défi posé par l'internet par rapport à l'application des DPI n'était pas entré en ligne de compte lors de l'élaboration de la directive* ».

¹²² La Commission note que « *de façon plus importante encore probablement, les disparités découlent du fait que la directive IPRED est appliquée dans des contextes nationaux très divers, qu'il s'agisse du cadre d'exécution judiciaire en matière civile ou des traditions judiciaires. En conséquence, selon l'endroit où les procédures judiciaires sont engagées, leur issue peut être très différente, tant sur le fond que sous l'angle de l'efficacité* ».

¹²³ Note des autorités françaises à La Commission du 3 juin 2016 dans le cadre de la consultation de la Commission sur l'évaluation, et la modernisation du cadre relatif à l'application des DPI, qui reste d'actualité sur le volet propriété industrielle.

Graphique n° 5 : comparaison, sur la période 2013-2018, entre la part des importations au sein de l'UE (pays hors UE) et la part des saisies de contrefaçons en nombre d'articles



Source : Cour des comptes depuis des données Eurostat et DG TAXUD

Par ailleurs, les pays du nord de l'Europe ne sont guère favorables à des mesures de répression de nature pénale. Le niveau des moyens investis dans la recherche des produits contrefaisants et les sanctions encourues diffèrent donc sensiblement d'un État membre à l'autre. Enfin, beaucoup d'autorités douanières de l'UE n'ont pas de pouvoir en dehors des zones frontalières de l'UE¹²⁴, alors que les données disponibles montrent que les contrefaçons sont majoritairement saisies à l'intérieur du marché unique de l'UE¹²⁵ et que l'assemblage domestique de contrefaçons au sein du territoire de l'UE reste un problème préoccupant. Cela nécessite, de la part des États membres concernés, une politique coordonnée de lutte qui n'est pas toujours effective¹²⁶. Ces disparités participent au maintien de distorsions sensibles au sein du marché unique dans la manière d'appréhender et de traiter le phénomène de la contrefaçon.

Les dispositifs de coordination et de coopération entre les autorités des États membres mis en place au niveau de l'UE ne suffisent pas à compenser ces disparités.

Plusieurs plans d'action ont été élaborés sous l'égide de la DG TAXUD afin de mobiliser les douanes des différents États membres de l'UE. Le premier, qui couvrait la période entre 2009 et 2012, était orienté vers la mise en œuvre de la directive IPRED relative au respect des DPI (cf. chapitre II-II-B). Son évaluation a mis en évidence la nécessité de trouver une réponse adaptée au développement du commerce sur internet et à son impact sur le volume des colis postaux. Le second plan 2013-2017 a principalement consisté à renforcer les actions de

¹²⁴ Italie, Espagne, Croatie, Roumanie, Bulgarie, Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République Tchèque, Slovaquie, Hongrie, Slovénie, soit 13 États membres.

¹²⁵ Seulement 30 à 40 % du total des contrefaçons saisies le sont aux frontières de l'UE. EUIPO, *2019 Status Report on IPR Infringement*, 2019.

¹²⁶ L'Italie par exemple dispose d'une administration qui lutte contre le commerce de contrefaçons aux frontières, et d'une autre à l'intérieur de ses frontières.

coopération (visites, réunions, évènements, publication de rapports, élaboration de stratégies communes, communications etc.) et à mettre en place de nouveaux outils (fonctionnalités de la base de données des demandes d'interventions COPIS, plans de coopération pour le respect de la propriété intellectuelle entre les douanes de l'UE et de Hong Kong d'une part, et avec la Chine d'autre part, assistance technique sur demande). Dans son rapport sur la mise en œuvre de ce plan, la Commission fait état des « *efforts considérables* » qui ont été déployés par les acteurs européens impliqués, mais également des efforts à poursuivre dans la coopération des autorités répressives. Ces efforts paraissent d'autant plus nécessaires que les résultats en termes de saisies sur la période 2014-2017 n'ont cessé de se dégrader sur le territoire de l'UE (tableau n° 3).

Tableau n° 3 : nombre et valeur des saisies de contrefaçons réalisées sur le territoire européen

	2014	2015	2016	2017
<i>Nombre de saisies</i>	95 194	81 098	63 184	57 433
<i>Nombre d'articles</i>	35 568 982	40 728 675	41 387 132	31 410 703
<i>Valeur estimée globale (M€)</i>	617	642	672	582
<i>Nombre d'articles par saisie</i>	374	502	655	547
<i>Valeur moyenne par saisie (€)</i>	6 482	7 918	10 650	10 141

Source : EUIPO et EUROPOL.

Pour autant, hormis le développement de la gestion des risques en ce qui concerne les DPI et le renforcement de la coopération douane/police, les recommandations de la Commission se limitent à maintenir les outils de concertation et les pratiques déjà en place. Aucune modification d'ampleur de la législation, aucun objectif chiffré ni obligation mesurable des acteurs n'y est proposé.

Le troisième plan adopté pour la période 2018-2022 reste très proche du précédent, l'objectif de la Commission étant de pouvoir maintenir un niveau minimal de visibilité des actions communes, sans décourager les États membres d'en assurer le financement. Peu débattu au sein du Conseil européen car finalement peu innovant, le plan a été adopté à l'unanimité.

3 - Les progrès attendus grâce à la qualité et la dématérialisation des données de transport

Les douanes européennes font face à un volume sans précédent de produits contrefaisants présents dans les importations de pays tiers à destination de l'UE (cf. chapitre I-I). D'après la Commission européenne, ces importations représentaient 171 millions de déclarations en douane en 2017, contre 152,6 millions en 2014, pour plus de 376 millions d'articles¹²⁷. Chaque semaine, l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle reçoit plus de 38 000 tonnes de fret, et le port du

¹²⁷ https://ec.europa.eu/taxation_customs/facts-figures/eu-customs-union-unique-world_fr.

Havre plus de 10 000 conteneurs TEU en importation, et 5 000 en transbordement. Traiter efficacement un tel flux nécessite de pouvoir effectuer des contrôles ciblés résultant d'une analyse du risque¹²⁸ s'appuyant sur des données, avant que les marchandises ne se présentent aux frontières de l'UE. Un dispositif légal et informatique de gestion des données des marchandises à l'importation a donc été mis en place : les transporteurs doivent déposer, préalablement au départ de leurs marchandises vers le territoire douanier de l'Union (TDU), une déclaration sommaire d'entrée (ENS) dématérialisée¹²⁹, qui sera traitée par le procédé de traitement de données de l'État membre d'entrée, selon des critères de risques définis par la Commission européenne. La consolidation des données des 27 États membres et du Royaume-Uni composent l'*Import Control System* (ICS).

Ces données sont avant tout consacrées à l'interception des produits dangereux, tels que les armements et explosifs, et des marchandises illégales telles que les stupéfiants ou espèces protégées. Elles ne sont pas adaptées à la détection de contrefaçons¹³⁰ et ne sont pas partagées automatiquement entre États membres¹³¹. Pour le ciblage du fret et des colis pouvant contenir des contrefaçons, les États membres doivent développer leur propre outil de gestion du risque, ainsi que les critères d'analyse associés¹³².

Le plan d'action des douanes européennes destiné à lutter contre les violations des DPI pour la période 2018-2022 reprend l'objectif de « *l'élaboration d'une stratégie de contrôle basée sur une gestion commune des risques* », déjà présente sur le plan d'action pour la période 2013-2017. Le système actuel trouve également ses limites dans le traitement des centaines de millions de colis liés au e-commerce qui ne sont pas soumis à une déclaration en douane électronique au titre de l'article 104 du règlement délégué du code des douanes de l'Union. Ces envois sont simplement accompagnés de formulaires papier contenant des informations manuscrites succinctes, ne permettant ni analyse par anticipation des données ni traitement informatisé simple. Responsables solidairement avec l'importateur de ce qu'ils transportent, les expressistes¹³³ ont développé des dispositifs de contrôle et de suivi électronique de leurs flux, dont le partage avec les autorités douanières reste encore insuffisant, pour des questions techniques et de politique de confidentialité.

Face à la nécessité de mieux contrôler tous ces flux, des projets en cours vont dans le sens d'une meilleure traçabilité des marchandises à court et moyen terme.

¹²⁸ 69,5 % des saisies mondiales enregistrées en 2017 sont le fruit d'une analyse de risque, d'après le *Illicit Trade Report* de l'OMD pour l'année 2017.

¹²⁹ Article 127 du code des douanes de l'Union.

¹³⁰ Pas d'informations sur le pays d'origine de la marchandise, le lieu de chargement, la nomenclature des marchandises, la masse nette, le prix du ou des articles. Moins de la moitié des critères annoncés utiles par la DGDDI pour cibler les contrefaçons sont contenus dans le jeu de données traité par ICS.

¹³¹ Les données ne sont disponibles qu'au premier point d'entrée des marchandises dans le TDU, et non dans tous les potentiels points de passage ultérieurs. Dans le cas d'un porte-conteneur qui décharge ses marchandises dans plusieurs ports de l'UE, seul le premier en disposera. Pour leur propre étude de risque, notamment vis-à-vis de la lutte contre les contrefaçons, les unités douanières européennes des autres ports de transit disposent uniquement du manifeste de transport (si la compagnie maritime accepte de le transmettre), non dématérialisé, dont le volume peut atteindre les 1 800 pages.

¹³² La DGDDI a développé ses propres modules de ciblage dans les différentes déclinaisons de son outil de dédouanement DELTA.

¹³³ Conformément à la Convention de l'UPU, les opérateurs postaux ne sont pas responsables de ce qu'ils transportent, ce qui les exonère du contrôle des marchandises.

L'UPU a modifié sa réglementation pour rendre le suivi des colis postaux par code barre obligatoire depuis 2018, dès lors qu'ils servent à transporter de la marchandise. L'importance des changements requis, notamment en termes d'infrastructures de télécommunication, pour toutes les postes du monde, et les volumes concernés expliquent que cette évolution ne soit pas encore déployée en totalité, notamment en ce qui concerne les petits colis. La démarche est toutefois lancée, avec un premier objectif de mise en œuvre au 1^{er} janvier 2021. Le second objectif sera d'établir le lien entre ce dispositif de traçabilité et les informations intéressant les autorités douanières.

Parallèlement à cette avancée suivie par l'UE¹³⁴, cette dernière conduit actuellement trois réformes majeures :

- le déploiement d'un système SSTL (*Smart and Secure Trade Lane*), projet porté par la DG TAXUD pour bénéficier de circuits commerciaux sécurisés avec la Chine, en permettant l'échange de données informatisées en matière de sûreté et de sécurité sur les flux bilatéraux, facilitant ainsi les démarches douanières. Ce dispositif, qui repose sur l'intérêt spontané des opérateurs impliqués, rencontre pour le moment des difficultés d'application, notamment dues à l'alimentation de l'outil par des entreprises chinoises non accréditées à cet effet ;
- la mise en œuvre du volet importation du paquet TVA sur le commerce électronique au 1^{er} janvier 2021¹³⁵, qui prévoit la perception de la TVA à l'importation pour tous les envois à caractère commercial. Le seuil déclaratif abaissé au 1^{er} euro permettra non seulement la récupération de la TVA non perçue¹³⁶, mais également la mise en œuvre d'un ciblage automatisé complémentaire, car il implique, comme le précise la Commission, que « *les vendeurs des pays tiers ou leurs intermédiaires devront fournir des informations à l'avance sur les envois qu'ils effectuent* »¹³⁷. Les douanes européennes pourront donc en théorie avoir accès, pour tous les envois, à un jeu de données dématérialisées ;
- le dispositif communautaire ICS2, qui impose qu'à compter du 15 mars 2021 l'envoi de marchandises vers l'UE soit précédé de l'envoi dématérialisé d'un jeu de données douanières, sera dans un premier temps centré sur l'analyse du risque sûreté, comme ICS actuellement. Le déploiement d'ICS2 entre 2021 et 2025 doit permettre de couvrir tous les risques, sûreté comme sécurité, sur l'ensemble des flux (aériens, maritimes, terrestres et ferroviaires), quel que soit leur conditionnement des marchandises. ICS2 mettra donc probablement fin à l'exemption d'obligation de déclaration préalable et informatisée pour le fret express et postal. Il permettra également un partage amélioré des données entre les douanes européennes. Ce faisant, ICS2 exigera de la part des autorités douanières une capacité de traitement des données bien supérieure à celle actuelle. La DGDDI annonce mettre en place une telle capacité, pour le moment reconnue comme insuffisante¹³⁸.

¹³⁴ Une action de suivi au sein du plan d'action des douanes européennes pour lutter contre les violations des DPI sur la période 2018-2022 lui est consacrée.

¹³⁵ Directive (UE) 2017/2455 du Conseil du 5 décembre 2017 concernant certaines obligations en matière de taxe sur la valeur ajoutée applicables aux prestations de services et aux ventes à distance de biens, règlement (UE) 2017/2454 du Conseil du 5 décembre 2017 concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, règlement d'exécution (UE) 2017/2459 du Conseil du 5 décembre 2017.

¹³⁶ Évaluée fin 2017 à 5 Md€ par la Commission européenne, mais à 7 Md€ en 2020.

¹³⁷ Communiqué de presse du 5 décembre 2017 sur la modernisation de la TVA dans le cadre du commerce électronique ; https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3746_fr.htm.

¹³⁸ La DGDDI dispose de trois administrateurs de données, et envisage en recruter deux autres.

La plus-value apportée par ICS2 dans la détection et le contrôle des importations de contrefaçons est saluée par la DGDDI. Toutefois, certaines faiblesses persisteront, du fait d'un défaut de contrôle à l'exportation des colis :

- les « expressistes » déploient des processus de contrôle des marchandises et des expéditeurs variés et plus ou moins approfondis, notamment selon leur qualité d'Opérateur Économique Agréé, dans un contexte de concurrence commerciale permanente. Ils sont en capacité de détecter et d'écarter les expéditeurs suspects, mais n'ont légalement pas la possibilité de partager ces informations entre eux ou avec les autorités douanières ;
- de nombreuses données, aujourd'hui en version papier et demain en version dématérialisées, restent déclaratives et souvent d'une fiabilité médiocre. Elles peuvent également ne pas contenir les informations nécessaires à un ciblage pertinent ; le transport étant souvent assuré ou monnayé par le site ou la plateforme de e-commerce, le vendeur de contrefaçon peut ne pas apparaître sur les documents de transport, mais uniquement sur les éventuelles factures papier.

Les initiatives visant à renforcer l'harmonisation et l'approfondissement des dispositifs de protection des DPI et plus spécifiquement la lutte contre les contrefaçons, pourraient utilement s'inscrire dans le cadre de la relance de la politique industrielle de l'Union et du nouvel agenda marché intérieur qui doit être discuté au printemps 2020.

III - Renforcer les obligations juridiques des plateformes numériques pour les inciter à une vigilance accrue

Les plateformes numériques jouent un rôle croissant dans la diffusion de contenus légaux mais également contrefaisants à mesure du développement fulgurant du commerce électronique¹³⁹. À ce jour, les plateformes numériques sont relativement passives dans la lutte contre la contrefaçon au motif qu'elles ne sont que des intermédiaires sans obligation de vigilance particulière. Ce régime de responsabilité limitée résulte de la directive commerce électronique 2000/31/CE¹⁴⁰ qui dispense les plateformes du contrôle général des contenus qu'elles hébergent. C'est seulement en cas d'inaction à la suite d'une notification que l'intermédiaire peut, le cas échéant, voir sa responsabilité engagée.

L'insuffisante diligence des plateformes résultant de ce régime de responsabilité limitée est aujourd'hui considérée par les titulaires de droits comme l'un des principaux freins à une lutte efficace contre le développement du commerce de contrefaçons en ligne. La révision de la directive commerce électronique apparaît donc indispensable et constitue une opportunité pour renforcer les obligations juridiques des plateformes dans la lutte contre les contrefaçons.

¹³⁹ *Propriété intellectuelle et lutte anti-contrefaçon*, Revue n°48, octobre 2019, Direction Générale du Trésor.

¹⁴⁰ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

A - Un régime de responsabilité des plateformes numériques insuffisant et source d'insécurité juridique

1 - Un régime de responsabilité qui n'incite pas les plateformes à une vigilance active

La directive commerce électronique de 2000 et la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), qui la transpose, reposent sur une *summa divisio* entre les éditeurs d'un service de communication au public et les simples intermédiaires techniques, prestataires d'un service de transport, de stockage et d'hébergement. Les éditeurs sont les personnes directement responsables de la production d'un contenu, d'un produit ou d'un service mis à disposition du public et sont de ce fait soumis à une responsabilité civile et pénale sur ces contenus dont ils ont la charge. À l'inverse, les intermédiaires tels que les hébergeurs définis comme des intermédiaires ayant un rôle « *purement technique, automatique et passif* » (considérant 42 de la directive) ne sont pas responsables juridiquement des contenus stockés (article 14 de la directive). Il en résulte une absence d'obligation générale de surveillance et de recherche active et spontanée de contenus illicites, que les États ne peuvent leur imposer (article 15 de la directive).

En pratique, pour déterminer l'appartenance à l'une ou l'autre des catégories, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a arrêté une grille d'analyse reposant sur le caractère actif ou passif de l'acteur concerné et le fait qu'il a ou non une connaissance ou un contrôle sur les données stockées. La CJUE a ainsi considéré que l'exonération de responsabilité prévue pour les hébergeurs s'applique aux moteurs de recherche et aux places de marché à condition que ceux-ci ne jouent pas un rôle actif de nature à leur donner une connaissance ou un contrôle des données stockées¹⁴¹. Il appartient le plus souvent aux juges nationaux, en appliquant cette grille d'analyse, de déterminer dans chaque cas d'espèce, si l'intermédiaire concerné a joué un rôle actif ou passif¹⁴². Ainsi, le TGI de Paris a considéré en 2017¹⁴³ que la société Alibaba jouait un rôle actif et passait de ce fait du statut d'hébergeur à celui d'éditeur en offrant des services à valeur ajoutée rémunérés à ses clients, en mettant en avant certaines entreprises qui lui rapportent des revenus plus substantiels que d'autres, en se réservant la possibilité de retirer d'office des produits contrevenants.

Cette qualification au cas par cas par le juge demeure en pratique assez imprévisible, source d'insécurité juridique, et n'incite pas les plateformes à une vigilance proactive qui pourrait leur fait perdre le bénéfice de leur statut d'hébergeur. La classification binaire – éditeurs actifs /intermédiaires passifs – est donc devenue difficile à appliquer avec l'émergence de nouveaux acteurs dont le rôle ne se borne pas à celui d'un simple intermédiaire

¹⁴¹ CJUE, 23 mars 2010, Google vs LVMH. En 2011, la CJUE a estimé concernant une place de marché que « *ledit exploitant joue un [rôle actif] quand il prête une assistance laquelle consiste notamment à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir celle-ci* ». CJUE, 12 juillet 2011, L'Oréal c/ eBay.

¹⁴² Ainsi, en 2012, la Cour de cassation dans son arrêt du 3 mai 2012 eBay contre Christian Dior a jugé que « *les sociétés eBay fournissent à l'ensemble des vendeurs des informations pour leur permettre d'optimiser leurs ventes et les assistent dans la définition et la description des objets mis en vente* » et que dans ces conditions « *elles avaient joué un rôle actif de nature à leur conférer la connaissance ou le contrôle des données qu'elles stockaient et à les priver du régime exonératoire de responsabilité* ».

¹⁴³ Ordonnance de référé du 21 novembre 2017, Lafuma Mobilier/Alibaba et autres. Le TGI note à ce titre que les sociétés ont « *mis en place une politique de protection des DPI ce qui est certes compatible avec le statut d'un hébergeur mais qu'elles se réservent le droit de retirer d'office des produits contrevenant ce qui implique qu'elles exercent de fait un contrôle a priori sur les offres transitant sur leur site* ».

technique. En pratique, cela conduit ces intermédiaires de l'internet à considérer qu'étant de simples hébergeurs, ils n'ont pas la responsabilité légale de veiller à prévenir la diffusion de contenus illicites, et notamment contrefaisants.

2 - Une approche privilégiant les dérogations sectorielles et le « droit souple » qui atteint ses limites

La Cour relevait dans son rapport de mars 2014 que « *la réflexion est engagée au niveau de l'UE sur une révision éventuelle de la directive commerce électronique de juin 2000, notamment sur le statut d'irresponsabilité civile et pénale dont bénéficient les prestataires intermédiaires de l'internet. La Commission hésite à ouvrir le débat et préférerait ne pas modifier cette directive et s'en tenir à des lignes directrices pour ne pas entraver le développement du commerce électronique et des services en ligne* ». La Commission a en effet privilégié jusqu'à présent une telle approche en tentant de contourner la révision de la directive commerce électronique selon deux axes : des dérogations sectorielles et des compléments sous forme de « *soft law* ».

Ainsi, dans différents domaines, des dérogations ont été accordées par des directives ou règlements sectoriels à la législation transversale issue de la directive commerce électronique.

D'une part, pour lutter contre le développement de contenus odieux sur internet, en particulier avec la directive 2011/93 du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie. En cas de notification, le retrait des contenus doit intervenir très rapidement et l'accès à des sites peut être bloqué.

D'autre part, de nouvelles règles ont été adoptées en 2017 en matière de TVA, en particulier un « *paquet TVA applicable au commerce électronique* »¹⁴⁴ : dans certaines situations les plateformes de commerce électronique seront considérées, aux fins de la perception de la TVA seulement, comme le fournisseur de biens vendus aux clients dans l'Union par les entreprises qui utilisent ces plateformes. Elles devront alors collecter et payer la TVA sur ces ventes pour les produits importés hors de l'Union et dont la valeur ne dépasse pas 150 €.

Enfin, dans un domaine proche des droits de propriété industrielle, la législation communautaire a évolué de manière significative. Au terme de vifs débats, une nouvelle directive relative au droit d'auteur dans le marché unique numérique a été adoptée le 26 mars 2019. Son article 17 vise un meilleur partage de la valeur entre plateformes et auteurs et déroge pour y parvenir à l'article 14 de la directive commerce électronique. Les plateformes ont désormais une obligation de moyens, celle de mettre en place des dispositifs techniques facilitant la détection des contrefaçons, grâce à l'identification des œuvres au vue des données transmises par les ayants droit. Il s'agit d'instaurer une opposabilité du droit d'auteur à travers un devoir de collaboration entre les différents protagonistes, qui ne remet pas en cause l'absence de responsabilité des plateformes dès lors qu'elles déploient leurs meilleurs efforts pour empêcher les actes de contrefaçon¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Directive (UE) 2017 /2455 du Conseil ; Règlement (UE) 2017/2454 du Conseil ; Règlement d'exécution (UE) 2017/2459 du Conseil.

¹⁴⁵ Directive sur le droit d'auteur : les auteurs ont des droits sur internet – Référence Dalloz 2019, Pierre Sirinelli, professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) : « *L'article 17 a pour objectif de faire disparaître – à propos des seules questions de propriété littéraire et artistique – l'effet de l'article 14 de la directive commerce électronique qui permettait aux plateformes contributives ou communautaires du Web 2.0 qui stockaient des œuvres à la demande des internautes d'échapper à toute négociation avec les ayants droit. Ou à tout engagement*

Par ailleurs, à défaut d'engager une révision de la directive commerce électronique, la Commission européenne a privilégié une approche sous forme de « *soft law* », à travers des chartes, des communications et finalement une recommandation.

Dans sa Communication 707 du 29 novembre 2017¹⁴⁶, la Commission « *appelle les acteurs sectoriels à prendre les mesures de vigilance appropriées pour lutter contre les atteintes à la propriété intellectuelle. Pour les soutenir dans leurs efforts et promouvoir les bonnes pratiques, elle poursuivra le dialogue avec les parties intéressées en vue d'améliorer et de développer des accords volontaires (...). Elle s'attachera à promouvoir la conclusion de protocoles d'accords spécifiques associant les titulaires de droits, les plateformes internet et les acteurs des secteurs de la publicité, de l'expédition et de la prestation de services de paiement* ».

Un premier accord a été signé en 2011 entre titulaires et plateformes, mis à jour le 21 juin 2016, qui s'applique aux marques, aux dessins et modèles et aux droits d'auteur. La Commission, au vu des indicateurs de performance de l'accord, estime qu'il a déjà produit des résultats significatifs. Facebook Marketplace a récemment rejoint cet accord, et la Commission espère attirer d'autres réseaux sociaux. Elle note que depuis l'entrée en vigueur du protocole les produits de contrefaçon offerts sur les plateformes en ligne ont fait l'objet d'un nombre important de retraits, principalement en raison d'un plus grand nombre de mesures proactives et préventives. La Commission a également mis en œuvre un second accord volontaire sur la publicité en ligne et la violation des DPI. D'autres protocoles d'accord sont en cours de discussion visant les secteurs du transport et de l'expédition et les services de paiement.

À défaut d'une intervention législative, la Commission a également adopté la recommandation 1177 du 3 mars 2018 « *sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne* » par laquelle elle s'efforce de préciser les obligations des plateformes, et d'harmoniser l'interprétation à donner du cadre communautaire, constatant des différences croissantes entre les règles nationales.

Au niveau national, la DGE a également élaboré une charte des acteurs du e-commerce, effective depuis le 26 mars 2019, qui prévoit de lutter plus efficacement contre la contrefaçon. À la suite d'un signalement, les plateformes s'engagent à mener des actions correctives. Cette charte a été signée par d'importants acteurs français et internationaux du e-commerce. L'étape suivante serait de créer un label des plateformes vertueuses, notamment dans le respect des DPI.

Cette approche privilégiant des lignes directrices ou des accords volontaires non contraignants négociés avec les plateformes, très en retrait du niveau de protection assuré dans le commerce classique, n'est pas suffisante pour les inciter à lutter efficacement contre la violation des DPI. D'une part, les communications, recommandations ou chartes n'ont pas de portée normative et ne préjugent pas d'interprétations ou d'évolutions jurisprudentielles, qui pour le moment n'incitent pas les plateformes à jouer un rôle actif au risque d'être considérées juridiquement responsables au même titre que les éditeurs (cf. chapitre II-III-A-1). D'autre part,

de leur responsabilité, dès lors qu'elles se montraient réactives (notice and take down), alors même que les œuvres ainsi offertes étaient contrefaisantes ».

¹⁴⁶ Commission européenne, *Un système équilibré de contrôle du respect de la propriété intellectuelle pour relever les défis sociétaux d'aujourd'hui*, communication 707 au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen.

les protocoles d'accord négociés entre les plateformes et les ayants droit sous l'égide de la Commission ne visent qu'un nombre limité d'acteurs partie aux accords.

Côté ayants droit, le bilan de ces protocoles au regard des indicateurs de suivi, qui ne sont pas publics, est jugé peu satisfaisant, car ils ne freinent pas la contrefaçon. Les délais de retrait des produits sont jugés lents et peu homogènes entre les plateformes, avec une interprétation très variable de la notion de retrait dans les meilleurs délais. Les obligations sont jugées aussi trop imprécises voire inexistantes sur certains points cruciaux, par exemple l'identification des vendeurs ou le traçage des flux. La transparence est perçue comme trop faible sur les mesures adoptées, ce qui ne permet pas aux ayants droit de travailler avec les plateformes pour améliorer le dispositif, ni aux consommateurs d'être bien informés du fait qu'ils ont acquis des biens contrefaisants et que les annonces concernant ces produits ont bien été retirées.

3 - Des initiatives nationales de portée limitée dans un domaine qui relève essentiellement du droit communautaire

Compte tenu des limites de la directive commerce électronique, insuffisamment compensées par les initiatives de « droit souple », certains États membres ont pris des initiatives législatives. Le régime de responsabilité des intermédiaires relevant d'une directive, la marge de manœuvre nationale pour améliorer le dispositif est toutefois limitée¹⁴⁷. La CJUE n'admet de déroger à ce principe de libre prestation de services et de règle du pays d'établissement que dans des cas extrêmement limités, comme la protection de droits fondamentaux assis sur des dispositions constitutionnelles nationales (CJUE, Omega, 14 octobre 2004)¹⁴⁸.

En France, la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet a été soumise pour avis au Conseil d'État, qui s'est prononcé le 16 mai 2019 sur la possibilité d'imposer par la voie législative des obligations allant au-delà de la directive commerce électronique. Le Conseil d'État estime dans cet avis qu'un fondement juridique peut être trouvé à l'intervention du législateur en le rattachant à l'exception générale de protection des droits fondamentaux protégés par la Constitution. Cette interprétation, reposant sur la protection de la dignité de la personne humaine, est délicate à transposer dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon, sauf à y voir une composante de l'ordre public au regard des risques sérieux pour la santé et la sécurité des personnes.

Dans ces conditions la marge de manœuvre du législateur national est limitée. La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016, sans revenir sur le régime de responsabilité encadré précisément par le droit communautaire a toutefois apporté des compléments utiles en fixant certaines obligations légales visant à donner aux consommateurs une information loyale, claire et transparente¹⁴⁹.

¹⁴⁷ La directive commerce électronique prévoit explicitement dans son article 3 paragraphe 2 que « *les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre* ». Les exceptions à ce principe sont peu nombreuses.

¹⁴⁸ Sur cette base, le législateur allemand est intervenu pour imposer aux plateformes de partage de contenus en ligne comportant plus de deux millions d'utilisateurs enregistrés en Allemagne une obligation de signalement des contenus illicites et de retrait sous 24 heures de tous contenus manifestement illicites, avec de possibles amendes en cas de comportement non coopératif (loi « NetzDG » du 1^{er} septembre 2017).

¹⁴⁹ Article L. 111-II du code de la consommation. Dans le même esprit, l'article 242 bis du CGI applicable aux utilisateurs résidant en France ou réalisant des ventes ou des prestations de service sur le territoire national, prévoit que les plateformes mettant en relation des personnes à distance par voie électronique en vue de la vente ou du

Le législateur peut également intervenir, dans le respect du cadre juridique communautaire, pour préciser certaines obligations, sans pour autant pouvoir leur imposer une obligation générale de contrôle et de surveillance *a priori*¹⁵⁰. Ainsi, la loi sur la fraude fiscale du 23 octobre 2018 modifie l'article 283 *bis* du Code Général des Impôts en précisant les obligations déclaratives des plateformes résultant du « paquet TVA sur le commerce électronique » applicables à compter du 1^{er} janvier 2020. Le dispositif repose sur une obligation de diligence concernant les prestations réalisées en France sous forme de notification et retrait (« *notice and take down* ») en plusieurs étapes : l'administration fiscale signale un assujetti à la TVA sur lequel elle a des doutes à la plateforme ; la plateforme une fois informée doit prendre des mesures adéquates et en informer l'administration fiscale ; si les présomptions persistent, l'administration peut mettre en demeure la plateforme de prendre des mesures complémentaires, y compris le cas échéant l'exclusion de la plateforme ; si la plateforme n'a pas été diligente et n'a pris aucune mesure, elle devient solidairement responsable avec le vendeur.

B - Appuyer la révision de la directive commerce électronique de 2000

La multiplication des dérogations à la directive commerce électronique présente un risque de fragmentation juridique, allant à l'encontre de l'objectif même de constituer un marché unique numérique. Dans ce contexte, la nouvelle Commission européenne semble désormais ouverte à l'idée de réviser la directive commerce électronique dans le cadre d'une amélioration de la régulation des plateformes *via* un nouveau « *Digital Service Act* ».

Deux grandes approches sont envisageables : soit la création d'un nouveau régime de responsabilité pour les plateformes, distinct de celui des intermédiaires techniques ; soit le maintien de la *summa divisio* actuelle entre éditeurs et hébergeurs, mais avec l'instauration d'une obligation de vigilance renforcée des plateformes.

La première approche, la création d'un nouveau régime, peut être mise en œuvre soit en assimilant les plateformes à des éditeurs, soit en créant pour les plateformes un nouveau régime de responsabilité entre celui des éditeurs et des hébergeurs, comme l'avait proposé le Conseil d'État dans son étude du 17 juillet 2014 sur *Le numérique et les droits fondamentaux*.

L'assimilation des intermédiaires à des éditeurs aurait pour conséquence d'obliger l'ensemble des plateformes (moteurs de recherche, réseaux sociaux, places de marché) à un devoir de surveillance générale *a priori* de la totalité des contenus, produits et services qu'ils référencent, avec un niveau de responsabilité pénal comparable à celui d'un éditeur de presse. Il serait nécessaire en outre de distinguer les plateformes actives et les simples intermédiaires techniques, et donc de dresser une ligne de partage délicate entre les différents intermédiaires. Cette approche consistant à créer à la charge des intermédiaires une obligation générale de

partage d'un bien, ou de la fourniture ou du partage d'un service, sont tenues de fournir à leur utilisateur, à l'occasion de chaque transaction, une information loyale, claire et transparente sur les obligations sociales et fiscales qui incombent aux personnes qui réalisent des transactions commerciales par leur intermédiaire.

¹⁵⁰ La Cour de justice de l'UE a réaffirmé avec force dans plusieurs arrêts l'interdiction faite aux États membres d'imposer aux intermédiaires pour la fourniture de services ou de produits, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils stockent, ou une obligation générale de rechercher activement et spontanément les contenus ou produits illicites : CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended / Sabam*, C-70-10 et CJUE, 16 février 2012, *SABAM / Netlog*, C-360/10.

surveillance sans notification préalable des titulaires de droits ou d'une autorité légitime, a été écartée jusqu'à présent¹⁵¹.

Le Conseil d'État proposait dans cette étude une autre approche, consistant à créer une nouvelle catégorie juridique, celle des plateformes, intermédiaire entre celle, insuffisante, des hébergeurs, et celle, excessive, des éditeurs, pour un intermédiaire qui référence un contenu produit par un tiers, avec un risque de censure. Il plaide pour renforcer les obligations des hébergeurs suite à une injonction, en veillant à ne pas laisser réapparaître le contenu litigieux (propositions n° 3 et 28 du rapport), mais sans obligation de contrôle *a priori*. Cette proposition suppose une intervention législative après modification de la directive commerce électronique.

La seconde option consiste à clarifier le régime de responsabilité des plateformes en maintenant la *summa divisio* actuelle entre éditeurs et hébergeurs, mais en assignant aux hébergeurs une obligation de vigilance renforcée.

La mise en œuvre diligente de cette obligation de moyens permettrait aux plateformes de conserver le bénéfice d'un régime de responsabilité allégé, comme c'est le cas avec la nouvelle directive droits d'auteur. Le Parlement européen a recommandé une telle clarification du régime des intermédiaires, en insistant sur la nécessité de réduire la disparité de traitement avec le monde physique, dans un rapport du 3 mai 2017 sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique¹⁵² (point 31). Au-delà de ce « *level playing field* » qu'il appelle de ses vœux, le rapport relève que les intermédiaires peuvent lutter plus efficacement contre la contrefaçon, en prenant des mesures actives pour assurer la traçabilité et empêcher la promotion ou la distribution de produits contrefaisants, étant donné que la contrefaçon présente un risque pour le consommateur (point 59)¹⁵³.

Cette approche consistant à privilégier une obligation de diligence renforcée à la charge des plateformes, qui suppose une intervention législative, est évoquée par de nombreux titulaires de droits et semble avoir les faveurs des services de la Commission rencontrés par la Cour. Elle s'inscrit dans la lignée de la recommandation précitée de la Commission de 2018, mais avec une portée contraignante. En pratique, concernant la propriété industrielle et la contrefaçon, cela conduirait à mettre en œuvre un régime proche de celui résultant de la directive droits d'auteur du 26 mars 2019, et donc à harmoniser par le haut le niveau de protection des deux familles de droits de propriété intellectuelle. Ces obligations seraient également d'une nature proche de celles retenues en matière de lutte contre la fraude en matière de TVA (« *notice and take down* ») susmentionnées : à défaut de réponse appropriée et rapide

¹⁵¹ Le Conseil d'État considère que : « *l'idée selon laquelle la responsabilité de la plateforme à l'égard des contenus mis en ligne doit être limitée, afin d'éviter qu'elle n'exerce une censure sur leurs auteurs, conserve toute sa force. Ce n'est pas parce que les plateformes jouent aujourd'hui un rôle actif dans la présentation et la hiérarchisation des contenus qu'elles ont à leur égard une responsabilité équivalente à celle de leurs auteurs. Si des obligations de surveillance doivent leur être imposées, elles devraient être proportionnées à la gravité des infractions recherchées et au degré de risques de censure abusive* » (page 222 de l'étude de 2014).

¹⁵² Rapport conjoint des comités de l'industrie, de la recherche et de l'énergie et du comité du marché intérieur et de la protection des consommateurs. Il note (point 29) que le régime de responsabilité limitée des intermédiaires est un problème soulevé par de nombreux acteurs concernés, et qu'il doit être clarifié, rappelant que les plateformes ne jouant pas un rôle neutre ne pouvait pas prétendre à l'irresponsabilité.

¹⁵³ Dans le même esprit, une recommandation de l'OCDE du 24 mars 2016 prône pour les consommateurs qui prennent part au commerce électronique une protection « *d'un niveau au moins équivalent* » à celui assuré dans d'autres formes de commerce. Les plateformes ne donnent que peu accès aux informations sur les vendeurs par exemple, par crainte de susciter leur défiance, différence notable avec le monde physique, alors que le recours aux technologies de reconnaissance couplant intelligence artificielle et *datamining* le permet.

après un signalement et de mise en œuvre de mesures adéquates, les plateformes seraient juridiquement responsables aux côtés des vendeurs (principe de responsabilité solidaire en cas d'inaction fautive).

Les plateformes conserveraient leur régime de responsabilité limitée caractérisé par une absence d'obligation de surveillance générale en amont pour éliminer les contenus illicites (pas d'obligation de résultat), sous réserve de faire leurs meilleurs efforts pour mettre en œuvre un certain nombre de mesures de vigilance pour lutter contre les contenus illicites en général, et la contrefaçon en particulier (une obligation de moyens). Ceci notamment grâce à des outils techniques de reconnaissance déjà employés par certaines grandes plateformes numériques, dans le cadre d'une coopération avec les ayants droit. Il conviendrait donc d'instaurer un certain nombre d'obligations de moyens raisonnables à mettre à la charge des plateformes qui jouent un rôle d'intermédiaire :

- vérifier l'identité des vendeurs et communiquer cette information aux consommateurs ;
- faire les meilleurs efforts pour effectuer un traçage des flux permettant d'identifier les étapes de la chaîne de distribution, communicable aux ayants droit concernés ;
- mettre en place une procédure de notification des contenus contrefaisants, avec un délai de retrait homogène et rapide (« *notice and take down* »), et visant également à empêcher que des contenus déjà signalés soient remis en ligne (« *stay down* ») via la mise en place d'outils techniques adaptés ;
- informer le consommateur que l'annonce du bien qu'il a acheté a été retirée après la vente au motif qu'elle concernait une contrefaçon ;
- communiquer aux consommateurs et aux ayants droit les mesures de vigilance mises en œuvre par la plateforme concernée, afin de permettre en toute transparence une évaluation du niveau de confiance dans les transactions sur le site concerné, et également aux ayants droit de travailler avec les plateformes à l'amélioration de l'efficacité des mesures.

Il ressort des contributions de nombreuses administrations une position désormais favorable à une révision de la directive commerce électronique. L'option visant à instaurer une obligation de diligence renforcée à travers des obligations de moyens (option 2) est majoritairement jugée plus réaliste dans le contexte actuel. Il convient en effet de tenir compte des réserves de la Commission, du Parlement européen et de plusieurs États membres à priver totalement les plateformes du bénéfice du statut d'hébergeur. De plus, nombre d'interlocuteurs soulignent la difficulté pratique à définir une catégorie tierce entre celle des éditeurs et des hébergeurs qui résiste à l'épreuve du temps dans un domaine où les mutations sont très rapides. Il convient aussi de rester vigilant sur les risques qui résulteraient d'obligations de contrôles à la charge de plateformes électroniques pour l'accès au commerce en ligne des PME, parfois moins à même de rassurer les plateformes sur les produits vendus.

La Commission devrait mener une consultation sur le sujet au printemps 2020. Le débat pourrait notamment porter sur le contenu des obligations de moyens et sur le mécanisme de contrôle des obligations. Le respect d'obligations de moyens à la charge des plateformes telles que proposées dans la seconde option pourrait, selon certains scénarios, être confié à une autorité de régulation économique nationale, voire à un réseau européen d'autorités de régulation sur le modèle des données personnelles (G29) ou de la régulation bancaire.

Quelle que soit l'approche retenue par les autorités françaises dans le cadre des discussions avec la Commission et ses partenaires européens, il importe de veiller à la révision rapide de la directive commerce électronique et à la mise en place de mécanismes garantissant une vigilance renforcée des plateformes.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Dans un contexte de mondialisation de l'économie et de libéralisation des échanges, la protection de la propriété intellectuelle et plus spécifiquement la lutte contre les contrefaçons ne peuvent se concevoir qu'au niveau international et européen. La définition d'un nouvel agenda européen et la présidence française de l'Union européenne au premier semestre 2022 offrent une opportunité de promouvoir une stratégie globale et volontariste au niveau communautaire visant à renforcer et mieux harmoniser les dispositifs de protection des DPI et de lutte contre les contrefaçons.

Face à l'absence d'approche normative contraignante dans le cadre de l'OMPI, c'est dans celui de l'OMC que des initiatives ont été prises aboutissant à l'accord ADPIC en 1994, avancée majeure mais désormais insuffisante, dans un contexte géopolitique ne facilitant pas les discussions au sein de l'organisation sur les sujets de propriété intellectuelle. La protection des droits, contrepartie nécessaire de l'ouverture des marchés, s'en trouve fortement affectée. Les autorités françaises, s'appuyant sur la volonté de réforme de l'OMC résultant des conclusions du G7, pourraient dès lors agir tant dans le cadre du G7 que du Conseil européen pour faire de la lutte contre la production et le commerce de contrefaçon un axe de négociation dans la perspective d'une réforme de l'OMC. Compte tenu du contexte complexe de ces discussions, cette approche pourrait être complétée par l'insertion de dispositifs de lutte contre les contrefaçons dans les traités bilatéraux négociés par l'Union européenne.

Au-delà de ce volet essentiel de la politique extérieure de l'Union, il convient de promouvoir un degré plus élevé et harmonisé de protection des DPI en son sein, en particulier dans le cadre des discussions relatives à une relance de la politique industrielle de l'Union européenne. L'exemple des contrôles douaniers illustre l'insuffisante harmonisation de l'action des États. Cette situation est d'autant plus préoccupante que le cadre juridique applicable à la protection des DPI est insuffisant pour relever les défis de l'ère numérique. Après l'échec en 2016 de la révision de la directive sur la protection des DPI de 2004 (IPRED), le sujet de la responsabilité des plateformes numériques émerge comme un enjeu central. Le régime d'irresponsabilité des intermédiaires de l'internet résultant des dispositions de la directive commerce électronique 2000/31/CE apparaît désormais inadapté. Il est indispensable de réviser cette directive afin de renforcer les obligations juridiques des plateformes et de les inciter à des diligences renforcées dans la lutte contre les contrefaçons.

Si des actions multilatérales et européennes plus ambitieuses sont nécessaires pour agir efficacement contre le développement de la production et du commerce de contrefaçons, elles doivent être complétées par un dispositif national conforté et mieux coordonné, associant plus étroitement les titulaires de droits.

La Cour formule les recommandations suivantes :

- 1. agir au sein du G7 et du Conseil européen pour faire de la lutte contre la production et le commerce de contrefaçons un axe des négociations sur le commerce mondial et des accords commerciaux entre l'Union européenne et les pays tiers (SGAE, SG MEAE, DGT) ;*
 - 2. agir dans le cadre du Conseil européen pour inscrire la lutte contre les contrefaçons au nombre des priorités de l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) et de l'Office européen de police (EUROPOL) (SGAE) ;*
 - 3. œuvrer pour une meilleure harmonisation des dispositifs opérationnels de contrôles douaniers et réunir les conditions pour renforcer les procédures juridiques de protection des droits de propriété intellectuelle (SGAE, DGDDI) ;*
 - 4. agir dans le cadre de la révision de la directive commerce électronique, pour renforcer les obligations juridiques des plateformes numériques en matière de lutte contre les contrefaçons (SGAE, DGE).*
-

Chapitre III

Coordonner et conforter le dispositif national

Selon l'EUIPO, la France est, après les États-Unis, le pays dont les entreprises sont les plus touchées par la concurrence déloyale de la contrefaçon¹⁵⁴. Si les pouvoirs dévolus aux différentes administrations en charge de la lutte contre les violations des DPI sont relativement étendus en France par rapport à d'autres pays, notamment européens, la difficulté relève davantage d'un manque de vision globale et d'une action peu coordonnée de détection et de traitement des infractions. On observe également un déficit de communication en direction des entreprises et des consommateurs et une mobilisation insuffisante des leviers juridiques.

Comme au niveau européen, plusieurs leviers devraient être activés simultanément pour agir plus efficacement contre cette fraude : une stratégie globale, coordonnée et cohérente, préalable déjà relevé par la Cour dans son rapport de 2014 (I) ; une meilleure prise en considération du rôle d'entraînement que peuvent jouer les entreprises et les consommateurs (II) ; un renforcement du dispositif juridique et des actions juridiques civiles et pénales (III).

I - Construire une stratégie globale et mettre en cohérence le dispositif opérationnel

Très atomisées, portées par une multitude d'acteurs qui brouille les possibilités d'identifier les principaux contrevenants, diffusées par des modalités de distribution qui facilitent leur anonymisation (e-commerce), les filières de contrefaçons sont difficiles à démanteler. Cela suppose des moyens d'investigation importants qu'aucune des administrations en charge de la combattre n'a les moyens d'engager seule. La lutte contre les différentes formes de contrefaçons exige donc une approche coordonnée, tant sur le plan stratégique qu'opérationnel (A). Elle doit aussi pouvoir s'appuyer sur une vision globale et partagée du phénomène, favorisée par une information complète et de qualité (B).

A - Mettre en place un dispositif cohérent au service d'une vision d'ensemble

Le rapport de la Cour des comptes de 2014 dressait le panorama de l'ensemble des administrations impliquées au niveau national dans la politique de lutte contre les contrefaçons. Il mettait en évidence le nombre élevé d'acteurs publics investis dans cette mission. Dans ce cadre fragmenté, en particulier sur le volet surveillance et détection, le rapport de 2014

¹⁵⁴ Sur la période 2014-2016, 24 % des saisies sur le plan mondial de contrefaçons en valeur concernaient des détenteurs de droits établis aux États-Unis et 16,6 % des détenteurs de droits établis en France. *Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods Study*, OCDE et EUIPO, 2019.

soulignait les efforts réalisés par les différentes administrations pour mettre en place des partenariats entre elles et avec les organisations professionnelles impliquées dans la lutte contre les contrefaçons telles que l'Union des fabricants (UNIFAB), le Comité Colbert (pour le secteur du luxe) et les entreprises du médicament (LEEM).

Afin de faciliter les échanges entre les différents services de l'État concernés par la lutte contre les contrefaçons et les partenaires privés, un comité national anti-contrefaçon (CNAC) a été créé en 1995. Cette instance informelle, sans statut officiel ni personnalité juridique, est présidée par le sénateur Yung et son secrétariat est assuré depuis 2002 par un agent de l'INPI. Le comité a mis en place plusieurs groupes de travail chargés d'alimenter la réflexion sur les principales thématiques de la lutte anti-contrefaçons¹⁵⁵.

Constatant toutefois un pilotage interministériel insuffisant, la Cour recommandait en 2014 de créer, au niveau interministériel, une instance de réflexion stratégique et de pilotage opérationnel de la lutte contre la contrefaçon et d'en confier le secrétariat à la DGDDI¹⁵⁶. Annoncée en novembre 2016, la mise en place d'une telle instance n'a cependant pas abouti.

Dans ces conditions, les tentatives d'élaboration d'une vision globale restent embryonnaires et limitées aux échanges conduits au sein du CNAC qui ne dispose pourtant d'aucune capacité de décision ni d'orientation de l'action des pouvoirs publics. Ses moyens et la portée de son action restent très limités et, compte tenu de sa nature, le CNAC ne peut jouer qu'un rôle de catalyseur entre les secteurs public et privé mais ne saurait assurer la coordination stratégique et opérationnelle de l'action publique.

1 - Une organisation dispersée et peu coordonnée

Dans ces conditions, les différentes administrations chargées de la mise en œuvre de la lutte contre les contrefaçons continuent d'agir chacune en fonction d'objectifs plus ou moins formalisés et avec un degré de hiérarchisation des priorités variable.

Ainsi, même si l'interception de produits contrefaisants reste aujourd'hui affichée comme l'une de ses missions majeures, la stratégie de la Douane depuis 2018 consiste principalement à :

- donner une priorité aux contrôles sur le démantèlement des réseaux criminels et les contrefaçons susceptibles de comporter des risques pour la santé ou la sécurité du consommateur ;
- responsabiliser les titulaires de droits en les invitant à s'impliquer davantage dans le processus de détection (demande d'intervention)¹⁵⁷, de traitement des suites (engagement clair entre destruction simplifiée ou poursuites judiciaires) et de participation aux frais de stockage et de destruction des marchandises contrefaisantes ;

¹⁵⁵ Les cinq groupes de travail actuels au sein du CNAC sont les suivants : Sensibilisation et communication, Coopération internationale, Aspects normatifs et juridictionnels, Cybercontrefaçon, Œuvres d'art.

¹⁵⁶ Cf. rapport 2014, recommandation n° 4 : « Créer, au niveau interministériel, une instance de réflexion stratégique et de pilotage opérationnel de la lutte contre la contrefaçon et en confier le secrétariat à la DGDDI ».

¹⁵⁷ Cf. annexe n° 5 sur les procédures et moyens d'action de la DGDDI sur les marchandises suspectées de contrefaçons.

- développer le recours à la procédure de destruction simplifiée dès lors que les produits en cause ne présentent pas de caractère de dangerosité particulier ou qu'aucun lien avec des réseaux criminels ne peut être mis en évidence.

Pour faire face à l'augmentation du volume des échanges, la Douane a donc opéré un choix qui consiste à concentrer ses moyens d'enquête sur les trafics de produits dangereux, ou qui relèvent d'organisations criminelles organisées. Pour le reste des contrefaçons saisies, et sauf engagement marqué des titulaires de droits concernés, la voie de la destruction simplifiée, sans suite judiciaire, est largement privilégiée.

Pour la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), sans ignorer la protection des détenteurs de droits, la lutte contre les contrefaçons se concentre principalement sur la détection d'actions frauduleuses susceptibles de tromper l'utilisateur final du produit et/ou d'emporter un risque pour sa santé ou sa sécurité. Son champ d'intervention se limite par ailleurs juridiquement à la seule contrefaçon de marque, conformément au code de la consommation¹⁵⁸. Dès lors, son action couvre un spectre d'activité à la fois plus large¹⁵⁹ que la seule atteinte aux DPI et plus restreint puisque ne comprenant qu'une partie des infractions liées à la contrefaçon.

Pour cette administration, la lutte contre la contrefaçon ne constitue pas en soi une priorité identifiée comme telle. Ainsi, depuis 2013, la directive nationale d'orientation (aujourd'hui devenue Plan national d'enquêtes et qui couvre 60 % de l'activité de la DGCCRF) ne comprend plus d'enquêtes ciblées sur la lutte contre les contrefaçons. Les orientations annuelles et pluriannuelles n'y font également aucune mention expresse. Le nombre de procès-verbaux pénaux constatant des délits de contrefaçon dressés par la DGCCRF a d'ailleurs sensiblement diminué, passant de 84 en 2008 à 17 en 2018, le nombre de saisies étant lui passé de 58 à 17¹⁶⁰. Elle reste inscrite, de manière incidente uniquement, dans certains programmes d'actions transversaux, notamment à l'occasion d'opérations particulières comme l'Opération Interministérielle Vacances¹⁶¹, l'opération Fin d'Année, ou des contrôles dans le cadre de certains événement sportifs (Euro 2016).

L'interception de marchandises contrefaisantes industrielles n'est plus une priorité pour la police nationale depuis 2008¹⁶². Cela n'empêche pas ses services d'intervenir directement dans la lutte contre les contrefaçons, mais de manière incidente dans l'exercice de leurs missions de la répression de la « vente à la sauvette » ou de lutte contre la criminalité organisée. Son action dans ce domaine n'est dès lors assortie d'aucun objectif ni plan d'actions. À cet égard, il est significatif que la plateforme de signalement des contenus illicites sur internet

¹⁵⁸ Pouvoirs de consignation et saisie des produits présentés sous une marque contrefaisante : cf. art. L. 512-26 et L. 512-29 du code de la consommation.

¹⁵⁹ Lutte contre toute pratique trompeuse et contre les produits ne respectant les normes de sécurité et non pas seulement les produits contrefaisants.

¹⁶⁰ Cf. tableau sur les actions de la DGCCRF en matière de contrefaçon.

¹⁶¹ L'Opération Interministérielle Vacances (OIV) est déployée chaque année dans les départements touristiques a pour objectif de garantir aux usagers et consommateurs la qualité et la sécurité des hébergements et installations ou activités qu'ils fréquentent pendant cette période estivale. Elle conduit à mobiliser les compétences de chaque administration afin d'agir de façon coordonnée pour opérer ces contrôles.

¹⁶² Entre 1996 et 2008, la police nationale disposait d'une unité spécialisée dans la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle (brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles et artistiques). Jugée trop petite pour être pleinement efficace, cette brigade a été supprimée et ses missions redistribuées entre trois administrations distinctes, en fonction des secteurs d'activités concernés : médicaments/gendarmerie, biens culturels/police, produits industriels/douane.

(PHAROS) ne prévoit aucune rubrique correspondant à la catégorie « *contrefaçon* » mais seulement une rubrique « *trafic illicite (stupéfiants, armes, etc.)* ».

La gendarmerie nationale ne dispose pas davantage de stratégie ni de plan d'actions formalisés. Elle a créé, au sein du bureau des affaires criminelles de la sous-direction de la police judiciaire, une cellule spécialisée dans la lutte contre le crime organisé lié à la contrefaçon pour apporter un soutien technique aux équipes de terrain, mais sans visée stratégique. Son action en matière de lutte contre les contrefaçons se concrétise également dans le domaine de la protection de la santé par l'intermédiaire de l'office central de la lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (OCLAESP), dont l'action se concentre aujourd'hui sur la criminalité pharmaceutique, en croissance et de mieux en mieux organisée. Dans ce secteur, l'attention porte sur l'ensemble des produits frauduleusement introduits sur le marché et susceptibles de porter atteinte à la santé des consommateurs.

Ces administrations continuent donc d'avancer en ordre dispersé, chacune agissant en fonction de ses contraintes propres, la détection et la lutte contre les contrefaçons n'étant pas prioritaire par rapport aux autres missions qui lui sont confiées (terrorisme, trafic de stupéfiants, contrebande, etc.). Les moyens humains alloués à cette mission sont d'ailleurs difficilement identifiables, car la lutte contre les contrefaçons constitue rarement le seul motif d'intervention de leurs services.

Finalement, la nécessité de procéder à une hiérarchisation entre les missions confiées conduit ces administrations, sauf cas particuliers, à concentrer leurs efforts et leurs moyens sur l'interception des produits contrefaisants dangereux, avec un point d'attention particulier sur les médicaments (protection de la santé ou la sécurité du consommateur) et sur la lutte contre les organisations criminelles en bande organisée, lorsqu'elle peut être démontrée. Les autres faits de contrefaçons, quand ils sont traités, le sont majoritairement selon des procédures simplifiées (destruction pour les Douanes ou procédure de tromperie du consommateur pour la DGCCRF par exemple).

L'efficacité de la lutte contre les contrefaçons repose ainsi largement sur l'opportunité et l'engagement d'équipes plus ou moins spécialisées selon les directions, et non sur une organisation globale et spécialement structurée à cette fin. Il en résulte une faible visibilité dans l'action publique et une moindre incitation à renforcer la coordination stratégique et opérationnelle des services pour aller au-delà de l'existant.

2 - Des organisations plus intégrées dans certains pays

Par comparaison, certains pays, semblables à la France tant par la taille de leur économie que par leur degré d'exposition face au développement de la contrefaçon, ont effectué des choix marqués en faveur d'une structuration plus forte de la politique de lutte contre les contrefaçons, construisant en particulier un lien fort entre la fonction de promotion de la propriété intellectuelle et la coordination stratégique et opérationnelle des services chargés de protéger ces droits.

En Italie, l'ensemble des missions qui couvrent la protection de la propriété intellectuelle relèvent d'une direction unique du ministère du développement économique dénommée « Direction générale pour la lutte contre la contrefaçon – Office italien des brevets et

marques¹⁶³ ». Dotée d'un effectif de 93 agents et autofinancée grâce aux redevances perçues pour l'enregistrement des DPI¹⁶⁴, cette direction est chargée de la promotion de la culture de la propriété intellectuelle auprès des entreprises et des citoyens, de l'enregistrement des droits ainsi que du pilotage de la stratégie interministérielle de la lutte contre la contrefaçon.

La stratégie interministérielle et les plans d'actions qui en découlent sont élaborés au sein du Conseil national anti-contrefaçon italien¹⁶⁵, dont le secrétariat est tenu par l'un des sept départements de la direction générale. Présidé par le ministre du développement économique ou son représentant (vice-ministre la plupart du temps), ce conseil réunit 12 administrations centrales, des collectivités locales, des associations professionnelles et de consommateurs. Il comprend deux commissions permanentes consultatives dont l'une assure le relai avec les forces de police¹⁶⁶ et l'autre le lien avec les entreprises et les consommateurs.

La direction générale assure en outre les actions de prévention du ministère du développement économique : campagne de sensibilisation auprès du public (étudiants, écoles) ainsi que des formations pour les entreprises et pour les forces de l'ordre. Ces actions sont faites en partenariat avec les associations de consommateurs et les associations professionnelles, dont en particulier *Confindustria* (équivalent du MEDEF français) et l'*INDICAM* (équivalent de l'UNIFAB français). La sensibilisation des entreprises et des consommateurs est ainsi largement organisée et pilotée par les pouvoirs publics.

Enfin, la direction générale dispose d'un observatoire sur la lutte contre la contrefaçon qui gère notamment une base de données sur l'ensemble des saisies, procède à une analyse fine du phénomène au niveau territorial, publie régulièrement des études, générales ou sectorielles et assure l'interface avec l'EUIPO.

Cette organisation très intégrée a permis de doter le pays d'un dispositif de lutte structuré, support d'une politique publique cohérente de promotion et de protection des droits de la propriété intellectuelle. L'ensemble renforce la visibilité de la lutte anti-contrefaçon et de leurs acteurs, qu'ils soient publics ou privés.

Ainsi, d'après les données de l'EUIPO sur la période 2013-2017, l'Italie se situe dans la moyenne haute des pays européens en ce qui concerne le nombre de saisies de contrefaçons aux frontières, et est à l'origine de 77,4 % des saisies à l'intérieur des frontières de l'UE déclarées à l'EUIPO¹⁶⁷.

Le Royaume-Uni a lui aussi mis en place une organisation structurée et autofinancée. Comme en Italie, l'entité d'enregistrement des DPI (*Intellectual Property Office – IPO*) est chargée de l'ensemble de la mise en œuvre de la politique de défense des droits déposés. Ceci inclut la sensibilisation des consommateurs, la formation et l'accompagnement des entreprises, y compris lorsqu'elles souhaitent engager des poursuites en justice au Royaume-Uni ou à

¹⁶³ *Direzione Generale per la Lotta alla Contraffazione – Ufficio Italiano Brevetti Marchi.*

¹⁶⁴ Cette activité dégage un montant de redevances d'environ 90 M€ dont la Direction en conserve 35 M€ pour son propre financement.

¹⁶⁵ *Consiglio nazionale anticontraffazione – CNAC.*

¹⁶⁶ L'interception des produits contrefaisants et des contrevenants repose sur deux corps d'armée, à savoir la *Guardia di Finanza* pour les contrefaçons de produits industriels et une unité spécialisée au sein du commandement des carabinieri pour les médicaments et produits de santé. Les deux corps sont compétents tant à l'intérieur du pays qu'à ses frontières, la douane italienne n'ayant pas de compétence de police.

¹⁶⁷ Sur la période 2013-2017, l'Italie effectue 7 % de l'ensemble des saisies de produits contrefaisants aux frontières de l'UE (7^{ème} position). EUIPO, *Report on EU enforcement of intellectual property rights: results at the EU borders and in Member states 2013-2017*, 2019.

l'étranger ainsi que la centralisation et l'analyse par un observatoire de l'ensemble des données relatives à la lutte contre les contrefaçons, en lien étroit avec l'EUIPO.

La particularité du modèle britannique d'organisation de lutte contre la contrefaçon tient au fait qu'il s'appuie sur une unité de police spécialisée (*Police Intellectual Property Crime Unit – PIPCU*), financée par les revenus issus de l'enregistrement des droits et sur une juridiction spécialisée (*Intellectual Property Enterprise Court – IPEC*, cf. *infra*).

Ces deux modèles nationaux d'organisation intégrée se sont développés à peu près en même temps que s'est construit le modèle européen articulé autour de l'EUIPO. Ce dernier est lui aussi présent sur l'ensemble du processus allant de l'enregistrement des droits à la défense des DPI. Il comprend dans son périmètre la centralisation et l'analyse des données, fondement de la compréhension de l'évolution du phénomène de la contrefaçon, ce qui semble indispensable pour mieux cibler les actions à entreprendre pour y faire face. Comme dans le modèle britannique, l'EUIPO assure en outre en aval le financement d'une cellule spécialisée au sein des instances chargées d'intercepter les marchandises et leurs détenteurs (IPC3 hébergée au sein d'EUROPOL).

Sans aller jusqu'à intégrer toutes les fonctions de la politique de lutte contre les contrefaçons au sein d'un unique organisme, les États-Unis ont également su mettre en place une coordination forte entre les différentes administrations en charge de la lutte contre les contrefaçons. Incarné par un haut-représentant directement rattaché à la Maison Blanche, ce dispositif fait de la lutte contre les contrefaçons une politique cohérente et visible.

Afin d'augmenter l'efficacité de ses administrations impliquées, la France pourrait utilement s'inspirer des exemples étrangers cités pour mieux structurer sa politique de lutte contre les contrefaçons. En vue de couvrir l'ensemble des champs de cette politique et de disposer de toute la légitimité nécessaire à son action vis-à-vis de l'ensemble des administrations concernées, la Cour recommande en conséquence d'élaborer, sous l'autorité du Premier ministre, une stratégie et un plan d'action interministériel. Le suivi de sa mise en œuvre pourrait être délégué au ministre chargé de l'économie et le secrétariat confié à l'une des directions des ministères économiques et financiers.

B - Mieux évaluer en France l'ampleur de la contrefaçon et les résultats des actions engagées

La dispersion de l'action des pouvoirs publics en matière de lutte contre les contrefaçons ne permet pas d'optimiser le niveau de connaissance et d'analyse du phénomène. L'action des différents services concernés n'est pas suivie ni analysée selon les mêmes référentiels, ce qui ne permet pas d'en tirer le meilleur parti, ni d'alimenter une vision partagée, support d'une stratégie globale.

Les résultats des différentes administrations en matière de lutte contre les contrefaçons sont disparates et ne font pas l'objet d'un recollement ni d'un suivi structuré, composé d'indicateurs harmonisés, encore moins consolidés, à l'échelle nationale. Les données non croisées et non centralisées, de la DGDDI, de la DGCCRF, des forces de sécurité intérieure et de la justice sur les saisies effectuées et les enquêtes judiciaires sont agrégées selon des référentiels différents. Nombre de ces données, et notamment celles de la justice et des forces de sécurité intérieure, n'ont pas le niveau de détail suffisant. Par exemple, l'index 87 du fichier état 4001 qui relève l'ensemble des faits constatés (crimes et délits) transmis au parquet, traite

des contrefaçons mais inclut également d'autres fraudes industrielles et commerciales, ce qui ne permet pas d'isoler ce qui relève strictement des atteintes aux DPI. Il n'est dès lors pas certain que le concept de « faits constatés en matière de contrefaçon » recouvre exactement la même définition pour chacune des administrations concernées.

Dès lors, les données communiquées (tableaux n° 4 à 6) ne permettent pas de dresser une vision générale quantitative des résultats de l'action publique sur la détection, l'interception, la destruction des marchandises contrefaisantes et la répression des contrevenants le cas échéant et d'en suivre l'évolution dans le temps.

Tableau n° 4 : nombre de constatations annuelles de contrefaçons par la DGDDI

	2014	2015	2016	2017	2018
<i>Constatations</i>	15 340	13 622	13 240	11 188	11 256

Source : Cour des comptes, d'après les données communiquées par la DGDDI (SILF)

Tableau n° 5 : nombre de faits constatés annuellement par les forces de sécurité intérieures au sein de l'index 87 – contrefaçons et fraudes industrielles et commerciales

	2014	2015	2016	2017	2018	Cumul 8 mois 2019
<i>Gendarmerie nationale</i>	592	791	901	878	1 270	905
<i>Police nationale</i>	643	615	635	1 390	1 212	1 158

Source : Cour des comptes, d'après les données communiquées par la DGPN (service statistique ministériel de la sécurité intérieure)

Tableau n° 6 : activité de la DGCCRF en matière de lutte contre les contrefaçons

	2014	2015	2016	2017	2018
<i>Réclamations</i>	358 pratiques signalées	374 pratiques signalées	393 pratiques signalées	356 pratiques signalées	345 pratiques signalées
	<u>46</u> enquêtes liées à <u>131</u> saisines	<u>44</u> enquêtes liées à <u>129</u> saisines	<u>32</u> enquêtes liées à <u>75</u> saisines	<u>31</u> enquêtes liées à <u>123</u> saisines	<u>22</u> enquêtes liées à <u>53</u> saisines
<i>Auto-saisine</i>	<u>82</u> dossiers d'enquête	<u>53</u> dossiers d'enquête	<u>50</u> dossiers d'enquête	<u>25</u> dossiers d'enquête	<u>22</u> dossiers d'enquête
Nombre de délits de contrefaçon constatés	15 PVP	13 PVP	15 PVP	10 PVP	17 PVP

Source : Cour des comptes, d'après les données communiquées par la DGCCRF (IRIS)

Parmi les quatre administrations concernées, la DGDDI est celle qui effectue le suivi le plus précis de son action de lutte contre les contrefaçons, en nombre de constatations, en nombre d'articles et en valeur¹⁶⁸. Les données récentes font apparaître une baisse du nombre de constatations, sans qu'il soit pour autant possible d'en tirer des enseignements précis sur l'efficacité des services de la Douane, faute en particulier de données suffisamment précises sur l'évolution de la contrefaçon. Au moyen de son indicateur du PAP « Protection des entreprises et des consommateurs », elle rend compte du nombre de contentieux à enjeu, c'est-à-dire du nombre de constatations donnant lieu à la saisie de plus de 150 articles de contrefaçons. Par ailleurs, comme évoqué plus haut, seule la DGDDI fournit des statistiques consolidées à l'EUIPO, donnant ainsi une image incomplète des résultats de l'action publique en France dans le domaine de la lutte contre les contrefaçons.

Pour leur part, l'INPI et la DGE ne disposent pas de données permettant d'identifier les manques du dispositif de protection, notamment au travers de remontées automatiques, d'enquêtes ou d'études sectorielles. La DGE avait tenté, il y a quelques années, de réaliser une enquête auprès des entreprises sur la contrefaçon et les produits dangereux, mais elle n'avait pu aboutir faute d'un nombre de réponses suffisant de la part des entreprises, qui sont encore très réticentes à communiquer sur le sujet.

La France ne dispose donc pas, contrairement à d'autres pays comme le Royaume-Uni ou l'Italie, d'une vision partagée d'acteurs, à partir des données relatives à l'ampleur et à l'évolution de la contrefaçon, des actions conduites en matière de lutte contre ce phénomène et de leurs résultats, faute d'un dispositif capable de centraliser et d'agréger cette information au niveau national.

Dans son rapport de 2014, la Cour recommandait de « *procéder régulièrement, en collaboration avec les organisations professionnelles et le CNAC, à une analyse objective des conséquences économiques, nationales et sectorielles, des pratiques de contrefaçon* ». Cette recommandation est restée lettre morte et la France ne dispose toujours pas d'une évaluation de l'impact du commerce de contrefaçons sur son économie ni d'un recensement des résultats des actions menées par les administrations.

Aussi, la Cour propose de renforcer le rôle de l'INPI en matière de collecte des données en provenance de tous les acteurs impliqués dans la lutte contre les contrefaçons, tant du secteur public que privé, afin d'améliorer la complétude et la qualité des données transmises à l'EUIPO et de permettre une analyse plus fine de l'impact de la contrefaçon en France. Les modalités et la teneur des informations recueillies par l'INPI pourraient être définies dans le cadre des conventions signées entre l'INPI et les autres administrations, à l'image de celle qui lie la DGDDI à l'INPI et qui doit être renouvelée en 2020.

La centralisation de l'information pourra ainsi faciliter le suivi de la mise en œuvre de la stratégie nationale et du plan d'action interministériel. Dans le prolongement de cette logique, elle devrait également permettre de nourrir la réflexion et d'identifier les axes sur lesquels des analyses plus approfondies concernant la France devront être envisagées.

¹⁶⁸ Une constatation est le terme employé, aux niveaux national et européen (« case »), pour désigner une découverte de contrefaçons. Cette découverte peut mener à la saisie d'une ou plusieurs contrefaçons. Il y a donc toujours plus de saisies que de constatations.

C - Créer une unité chargée de centraliser et partager le renseignement

De la même façon qu'il n'existe pas de dispositif de suivi harmonisé de l'action publique en matière de contrefaçon, il n'existe pas davantage de méthode harmonisée de collecte de renseignement et de veille pour détecter les infractions. Chaque administration s'appuie sur des systèmes d'information qui reposent sur des logiques différentes. Là où la police et la gendarmerie recherchent des signaux faibles sur les personnes pour identifier de potentiels contrevenants, la Douane ou la DGCCRF s'appuient sur des données sur les marchandises ou sur les flux de marchandises, dans le but d'intercepter des produits illicites ou dangereux pour les consommateurs.

Le rapport de la Cour des comptes de 2014 recommandait d'interconnecter les bases de données des différentes administrations concernées et de créer ainsi une source d'information accessible à tous. Cette recommandation n'a pas été suivie d'effet.

L'indispensable échange d'informations entre les différentes administrations concernées passe essentiellement par des liens qui se sont noués de manière plus ou moins structurée, par le biais de protocoles d'accord allant du simple échange de renseignement sur demande¹⁶⁹ à la possibilité d'effectuer des signalements¹⁷⁰ ou d'interroger les systèmes d'information de l'administration partenaire¹⁷¹. Ces échanges ne vont cependant jamais jusqu'à l'interopérabilité complète des bases de données ou systèmes d'information.

Les échanges peuvent aussi avoir lieu sous la forme de rencontres ou de réunions régulières ou la mise en place de bureaux de liaison sur des problématiques précises, dont la contrefaçon. C'est notamment le cas par exemple de l'actuel Comité Bercy Contrefaçon qui réunit les directions des ministères économiques et financiers impliquées dans la lutte contre les contrefaçons. La DGPN transmet pour sa part les signalements de contrefaçons qui lui parviennent par l'intermédiaire de la plateforme PHAROS à la DGDDI, ou à l'OCLAESP s'il s'agit de médicaments¹⁷². La DGDDI et la DGGN devraient également mettre en place en 2019 un bureau de liaison spécifiquement dédié à la lutte contre les contrefaçons. L'objectif est de permettre un échange plus régulier, notamment sur des cibles communes ou des modes opératoires.

Autre illustration, les liens entre la DGDDI et la DGCCRF sont traditionnellement très étroits car l'activité de ces deux administrations couvrent de nombreux champs d'action communs et disposent même d'un service qui leur est rattaché de manière conjointe (service

¹⁶⁹ Par exemple, un protocole d'accord entre la DGDDI et l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) définit les points de contact entre les deux administrations et favorise les échanges d'informations opérationnels dans le but de lutter contre les contrefaçons et falsifications de produits de santé. Par ailleurs, l'ANSM est membre du réseau MEDIFRAUDE, piloté par l'Observatoire des médicaments, unité de la Direction du Renseignement Douanier de la DNRED et dont l'objet est de permettre des échanges opérationnels en matière de fraudes sur les médicaments ou produits de santé.

¹⁷⁰ Par exemple *via* la plateforme PHAROS, portail officiel de signalement des contenus illicites de l'internet, gérée par la police nationale.

¹⁷¹ L'application IRIS de la DGCCRF est accessible aux agents de certains services de la DGDDI et réciproquement, l'application CANOPEE est accessible aux agents de certains services de la DGCCRF, sur le fondement de l'octroi d'habilitations individuelles.

¹⁷² Les chiffres communiqués sur la période 2016-2018 montrent cependant une baisse significative des signalements reçus et transmis.

commun des laboratoires). Leur coopération s'appuie sur un protocole général de coopération signé le 8 février 2006, révisé en 2011 puis en 2017. Le bilan 2017 des actions entreprises dans ce cadre ne donne cependant que peu de précisions sur les actions menées en matière de lutte contre les contrefaçons de marque¹⁷³.

En définitive, le partage de l'information relatif à la contrefaçon est assez riche, mais s'effectue en bilatéral entre les administrations, selon des modalités très diverses et sans coordination globale. Il en résulte une dispersion, voire une dilution, de la capacité de traitement et d'enrichissement, y compris de celle qui peut venir de canaux de coopération avec des institutions étrangères ou européennes.

Si l'interopérabilité des systèmes d'information ne peut être mise en œuvre, il apparaît indispensable de centraliser le renseignement sur les contrefaçons et de l'exploiter et de le partager de manière plus efficace. Une équipe composée d'agents, issus des différentes administrations concernées pourrait être créée à cette fin et placée sous l'égide de la DGDDI.

II - Renforcer la capacité à agir des entreprises et des consommateurs

La lutte contre les contrefaçons suppose une prise de conscience forte des enjeux de la propriété intellectuelle. Or on observe un déficit à cet égard, de la part tant des entreprises que des consommateurs. Ceci plaide pour une amplification et une rationalisation des actions de sensibilisation à leur attention. Les entreprises, notamment les titulaires de droits, et les consommateurs sont des victimes de la contrefaçon. Ils peuvent aussi être des acteurs de la lutte contre ce phénomène, notamment s'ils sont pleinement informés des risques qu'ils encourent.

A - Renforcer l'accompagnement des entreprises et des titulaires de droits

1 - Mieux sensibiliser les entreprises à la protection de leurs droits

Dès le premier stade du dépôt des droits, les études constatent que les entreprises sont encore trop peu nombreuses à défendre correctement leur propriété intellectuelle. Au niveau européen, seules 9 % des PME et 40 % des grandes entreprises détiennent des droits sur des titres de propriété intellectuelle¹⁷⁴. Plus l'entreprise est petite, moins elle est sensibilisée à cette protection.

¹⁷³ Bilan 2017 de la coopération entre le DGCCRF et la DGDDI. Si le terme de contrefaçon y est cité à plusieurs reprises comme étant un des secteurs les plus concernés, la plupart des infractions citées en exemple ne sont cependant pas directement liées à la contrefaçon. Seule est mentionnée la saisine de 41 articles contrefaisants (coques de téléphone et hand-spinners) pour une valeur de 2 300€ lors de la braderie de Bayonne.

¹⁷⁴ EUIPO, *2019 Status report on IPR infringement*, 2019, page 8.

Les raisons de cette faible prise en compte de la propriété intellectuelle sont multiples :

- la place réduite accordée en France aux DPI dans les cursus d'études supérieures, notamment dans les écoles de commerce ou les écoles d'ingénieurs. La formation initiale en matière de propriété intellectuelle reste l'apanage de juristes spécialisés, indispensables mais trop peu nombreux pour répondre aux besoins des entreprises, notamment des plus petites ;
- la faiblesse du dispositif d'accompagnement des entreprises dans la détermination de leur propre stratégie de protection de leur capacité d'innovation. Les offres de service de la DGDDI¹⁷⁵ et de l'INPI sont utiles mais ne peuvent couvrir l'ensemble du tissu économique français. Or une étude menée sur la corrélation entre visites d'entreprises, de start-up à ETI, menées par l'INPI et nombre de dépôt de brevets et de marques affiche des résultats très prometteurs¹⁷⁶, validant la nécessité d'un accompagnement au plus tôt des entreprises sur le sujet ;
- la priorité donnée à la célérité sur la protection. La révolution technologique se traduit par une vitesse démultipliée de l'innovation. Ce mouvement est si rapide que certaines entreprises jugent inutile, voire contreproductif, de protéger l'innovation ;
- le coût de la protection de l'innovation qui s'ajoute aux coûts de recherche et développement. Peu de jeunes entreprises et de start-up sont capables de l'effort financier nécessaire à une protection exhaustive et efficace de leur propriété industrielle.

L'accompagnement des entreprises, notamment des plus petites, constitue par conséquent un enjeu de taille, comme le montre la création par l'EU IPO d'un groupe de travail sur le lien entre protection de la propriété industrielle et PME.

L'INPI conduit déjà des actions de sensibilisation et de formation gratuites ou à coût réduit pour la plupart, qui permettent d'intégrer l'approche protection des DPI à tous les stades de la vie d'une entreprise. Dans son rapport annuel¹⁷⁷, l'INPI indique qu'en 2018 298 pré-diagnostic en matière de propriété industrielle ont été réalisés en 2018, 3 629 entreprises ont été sensibilisées, 49 ont suivi une formation à la propriété industrielle et 4 196 ont été visitées, dont 1 087 accompagnées à l'international. Ces chiffres, en baisse par rapport à l'année 2017, sont toutefois à comparer aux plus de 30 000 créations de société dans des activités spécialisées, scientifiques et techniques, recensées par l'INSEE en France cette même année¹⁷⁸. La mission d'accompagnement de l'INPI doit incontestablement être renforcée.

2 - Conforter le lien avec les titulaires de droits

La recherche et le traitement des infractions en matière de contrefaçon supposent une forte implication des titulaires de droits pour surveiller les vecteurs de commercialisation, détecter des marchandises contrefaisantes, qualifier leur caractère contrefaisant en soutien des administrations concernées, et poursuivre les contrevenants.

¹⁷⁵ Au travers de deux réseaux : le réseau de pôles d'action économique présents sur l'ensemble du territoire *via* les entretiens personnalisés menés par ses cellules conseil aux entreprises (2 412 entreprises conseillées en 2018), et le réseau d'attachés douaniers à l'étranger.

¹⁷⁶ Un tiers des entreprises visitées par l'INPI déposent une marque ou un brevet, ou demandent à suivre une prestation de l'INPI sur la propriété intellectuelle.

¹⁷⁷ INPI, *Rapport annuel 2018*, 2019.

¹⁷⁸ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3703745#titre-bloc-15>.

Or, à toutes les étapes du processus, l'implication des détenteurs de droits se révèle souvent inégale. En effet le soupçon de contrefaçon peut provoquer le doute et la méfiance des consommateurs qui préfèrent se tourner vers d'autres produits, mais aussi des banques et des investisseurs. Cela peut conduire les détenteurs de droits autant à défendre leur marque qu'à taire la circulation de produits contrefaisants.

De plus, le coût des actions à mettre en œuvre peut se révéler prohibitif pour les détenteurs de droits, notamment s'agissant des PME. La protection des droits suppose en effet d'y investir des moyens humains et financiers importants, soit en se dotant de services internes spécialisés, soit en faisant appel à des prestataires externes. Dès lors qu'elles ont fait le choix initial de faire enregistrer un DPI, les entreprises doivent effectuer, à chacun des stades de la mise en œuvre de la protection de ce droit, un arbitrage entre le coût et le gain potentiel qui pourra être retiré de cette démarche.

Le niveau général d'implication des entreprises dans la phase aval de la lutte contre les contrefaçons se traduit notamment par le faible recours aux demandes d'intervention auprès des services des douanes européennes¹⁷⁹. La DGDDI gère chaque année environ 1 500 demandes d'intervention, chiffre relativement stable depuis trois ans¹⁸⁰ mais faible si l'on considère le tissu économique européen.

Lorsque la démarche aboutit et que des marchandises soupçonnées d'être contrefaisantes ont été interceptées, l'engagement du détenteur de droits est essentiel pour expertiser le caractère contrefaisant de la marchandise. Il doit pouvoir être contacté rapidement et mener une expertise dans des délais restreints¹⁸¹, ce que toutes les entreprises ne sont pas en mesure de faire. Certaines renoncent même à se manifester si le nombre d'articles retenus est trop réduit. La plupart du temps, lorsqu'ils sont contactés à temps, les référents ou les experts ne se déplacent pas sur le terrain pour procéder à une vérification, ce qui faciliterait pourtant le processus¹⁸².

Dans l'hypothèse où le caractère contrefaisant a pu être établi, le titulaire de droits peut, soit demander la destruction de la marchandise si certaines conditions sont réunies, soit engager une action en justice. En réalité, dans la majorité des cas, peu de détenteurs de droits décident d'engager une action en justice. Pour autant, quand bien même la Douane dispose du pouvoir de saisie et de retenue *ex officio* des marchandises, elle hésitera à le faire sans l'appui du titulaire de droits.

Si toutefois le titulaire de droits décide d'engager des poursuites, sa forte implication est une fois encore déterminante pour augmenter les chances de succès de l'action judiciaire. S'il ne se manifeste pas ou peu lors du procès, les magistrats seront peu enclins à lui reconnaître un statut de victime et à lui accorder des dommages et intérêts à la hauteur du préjudice subi. Or le faible niveau des dommages et intérêts alloués est souvent considéré comme peu incitatif pour les détenteurs de droits.

¹⁷⁹ Cf. annexe n° 5 sur les procédures et moyens d'action de la DGDDI sur les marchandises suspectées de contrefaçons.

¹⁸⁰ D'après les données de la DGDDI, 1 171 en 2014, 1 111 en 2015, 1 492 en 2016, 1 534 en 2017 et 1 442 en 2018.

¹⁸¹ Si une demande d'intervention a été déposée, ce délai est de 10 jours (ou 3 en cas de denrées périssables). En l'absence de demande d'intervention, le délai est de 4 jours.

¹⁸² L'expertise à distance contraint généralement les services de la douane ou des forces de sécurité à prendre chaque article en photo, parfois sous plusieurs angles, ce qui est particulièrement consommateur de temps et de moyens humains pour ces derniers, en particulier en cas de saisies comportant de nombreux articles.

Au final, la faible motivation des entreprises peut conduire les administrations à remettre en circulation des marchandises dont elles connaissent le caractère contrefaisant, dès lors qu'elles anticipent que leurs efforts pour les intercepter pourraient se révéler vains.

Cette situation est peu satisfaisante et les marges d'amélioration pour briser ce cercle vicieux sans doute fortes. Le renforcement de la sensibilisation, de l'accompagnement et de l'organisation des relais pour mobiliser les détenteurs de droits semble indispensable.

Par sa proximité avec les entreprises sur la phase amont d'enregistrement des DPI et son lien étroit avec le CNAC, l'INPI constitue un interlocuteur privilégié des entreprises dans leurs relations avec l'administration sur l'ensemble du cycle de la protection de leurs droits. Ce positionnement constitue un puissant levier pour convaincre les entreprises d'agir pour mieux défendre leurs droits. Le protocole signé en mars 2019 par la DGDDI et l'INPI avec la Fédération des industries mécaniques, qui prévoit notamment la réalisation d'actions de formations conjointes, constitue un exemple des dispositifs qui gagneraient à être développés et multipliés pour renforcer la prise de conscience des entreprises de l'intérêt de s'engager plus fortement dans la lutte contre la contrefaçon de leurs droits de propriété industrielle.

3 - Encourager le recours aux technologies permettant de garantir la traçabilité des produits et de renforcer les leviers de l'action publique

De toutes les conséquences négatives du commerce de contrefaçons, les entreprises craignent par-dessus tout la défiance de leurs clients, réguliers ou potentiels, vis-à-vis de l'authenticité de leurs produits. Cette recherche de garantie d'authenticité a fait émerger de nouvelles solutions technologiques au service de la reconnaissance et de la traçabilité des produits originaux.

Marquages invisibles et *flashcodes* uniques permettent de valider l'authenticité d'un produit, et de collecter des données liées aux filières d'écoulements de contrefaçons en cas de détection de marquages ou de *flashcodes* frauduleux, afin de mieux les déceler. Des entreprises proposent désormais également des solutions d'authentification visuelle du produit.

L'UE s'est impliquée dans le développement de technologies similaires : en 2018, l'EUIPO et la Commission européenne ont lancé le tout premier « *Anti Counterfeiting Blockathon Forum* »¹⁸³, en vue de définir en collaboration avec les acteurs concernés, dont la DGDDI, une nouvelle réponse technologique au commerce de contrefaçon. La solution expérimentée consiste à créer une identité digitale pour certains produits (bijouterie, voitures, bagagerie etc.), sorte de passeport numérique consultable sur smartphone, qui retrace la vie du produit depuis sa création, et conserve un historique de ses éventuelles modifications.

La technologie *blockchain*¹⁸⁴ est de plus en plus répandue dans le monde des entreprises. Dans les échanges commerciaux, les acteurs d'une *blockchain* sont plutôt les entreprises intervenant dans le circuit logistique de transport et de distribution d'un produit. Mais la

¹⁸³ <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/observatory/blockathon>.

¹⁸⁴ La *blockchain* ou « chaînes de blocs » est une technologie de stockage et de transmission numérique d'informations fondée sur des relations de pair-à-pair qui fonctionne sans organe central de contrôle et sans intermédiaire. Elle repose sur une exploitation de processus qui permet non seulement d'assurer la traçabilité et l'authenticité d'un produit, mais également d'identifier précisément une éventuelle faille dans la chaîne logistique, sans besoin de recourir à un tiers de confiance.

simplicité conceptuelle de cette technologie donne la possibilité d'inclure autant d'acteurs que nécessaire, y compris n'intervenant qu'indirectement dans la prestation logistique, comme la Douane par exemple.

Outre la possibilité de mieux détecter les anomalies et les potentielles infractions, la technologie *blockchain* peut aussi constituer un outil intéressant pour apporter des éléments de preuves en cas de contentieux. Les juridictions chinoises ont été les premières à avoir reconnu « *la parfaite fiabilité probatoire de la blockchain* » devant les tribunaux internet¹⁸⁵ en septembre 2018. Les juridictions concernées proposent même leur propre service d'horodatage en ligne basé sur une *blockchain*¹⁸⁶. En Europe, la loi italienne est la première à reconnaître la valeur juridique de l'horodatage par *blockchain*¹⁸⁷. En France, le code de la propriété intellectuelle (CPI) prévoit que la preuve de la contrefaçon est libre¹⁸⁸, mais une empreinte *blockchain* n'a encore jamais constitué un moyen de preuve retenu par un tribunal. Le député Jean-Michel Mis a proposé en 2018 un amendement¹⁸⁹ dans le cadre de la première lecture du projet de loi de programmation et de réforme de la justice, afin de modifier l'article 1358 du Code civil¹⁹⁰, et reconnaître ainsi une valeur légale à l'empreinte d'un document ancré sur une *blockchain*, comme c'est déjà le cas dans certains États américains. De même, le rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les chaînes de blocs, publié le 14 décembre 2018¹⁹¹, soulignait que « *la loi ne paraît pas devoir faire obstacle pour l'essentiel au recours à cette technologie et, à l'inverse, ses grands principes directeurs paraissent applicables à son usage* ».

B - Mieux cibler les actions en direction des consommateurs

1 - Renforcer et rationaliser les actions de communication

Il n'est pas de commerce de contrefaçon sans consommateur de produits contrefaisants. Dès lors, les politiques de lutte contre les contrefaçons doivent impliquer les consommateurs, d'autant que les études les plus récentes, tant au niveau national qu'europpéen, tendent à montrer une acceptabilité de plus en plus forte de la contrefaçon par les consommateurs, en particulier les jeunes. Ainsi, une enquête récente de l'UNIFAB¹⁹² révèle que si la majorité des personnes interrogées continuent d'affirmer que rien ne peut justifier l'achat de contrefaçons, elles sont de plus en plus nombreuses à l'estimer acceptable sous certaines conditions : quand cela concerne des produits de luxe (17 %, en augmentation de 3 points), si le produit est indisponible (24 %, en augmentation de 6 points) ou encore si le prix du produit original est trop élevé (27 %, en augmentation de 3 points).

¹⁸⁵ Le premier tribunal internet est basé à Hangzhou depuis le 28 juin 2017, l'année suivante deux autres juridictions se sont dotées de tribunaux internet : Pékin et Canton.

¹⁸⁶ L'horodatage sur *blockchain* est un service de création de preuve de date en ligne, insérée dans la chaîne et infalsifiable.

¹⁸⁷ Loi n° 12/19 du 11 février 2019, promulguée le 13 février 2019.

¹⁸⁸ Article L. 615-5 du CPI : « *La contrefaçon peut être prouvée par tous les moyens* ».

¹⁸⁹ http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/1349/CION_LOIS/CL380.pdf.

¹⁹⁰ L'article 1358 du Code civil serait complétée par un alinéa ainsi rédigé : « *À cet effet, tout fichier numérique enregistré dans un dispositif électronique d'enregistrement partagé de nature publique ou privée vaut preuve de son existence et de sa date, jusqu'à preuve contraire, dès lors qu'il répond à des conditions définies par décret* ».

¹⁹¹ <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rap-info/i1501.pdf>.

¹⁹² « Les français et les dangers de la contrefaçon, Sondage IFOP pour l'UNIFAB », n° 115226, 2018.

Ce constat est encore plus exacerbé chez les plus jeunes. Ainsi, 15 % des 15 à 24 ans achètent intentionnellement et régulièrement de la contrefaçon, en hausse de 9 points par rapports à 2013, tout comme 9 % des 25 à 39 ans, en hausse de 4 points. Disposant d'un pouvoir d'achat plus faible que les autres classes d'âge, ayant parfaitement assimilé les codes et opportunités de la société numérique, elles privilégient le gain économique qui l'emporte souvent sur toute autre considération.

D'autres facteurs expliquent cette évolution vers la banalisation de la contrefaçon. Le vendeur de contrefaçon jouit souvent d'une image d'entrepreneur courageux, qui cherche à gagner sa vie, voire à rendre service. Par ailleurs, plusieurs entreprises détentrices de grandes marques ont vu leur réputation écornée par différents scandales et révélations sur les conditions de travail au sein des usines de sous-traitance délocalisées, en Asie notamment. Beaucoup, en particulier les plus jeunes, considèrent la protection la propriété intellectuelle comme un prétexte justifiant des prix et des marges élevées au détriment des consommateurs.

Plusieurs types de campagnes de sensibilisation du grand public se sont succédé sur les dernières années : campagne du Comité Colbert et de la DGDDI en 2012, campagnes de l'ICC BASCAP « *Ibuyreal* », toujours en cours, et de l'INTA en 2013, campagnes d'INTERPOL et de l'ONUUDC de 2014 sur le lien entre contrefaçon et criminalité organisée, campagne « Authenticités » de l'UNIFAB, l'INDICAM, l'ANDEMA¹⁹³ et l'EUIPO de 2016, campagne d'EUROPOL de 2017 sur les dangers de la contrefaçon en ligne et, pour ce qui concerne la France, campagne annuelle de l'UNIFAB en lien avec plusieurs administrations.

La visibilité et l'impact de ces différentes opérations de communication sont difficiles à mesurer autrement que par sondage. Aussi leur efficacité n'est pas toujours établie. Les résultats exposés *supra* montrent que ces campagnes, trop ponctuelles, ne sont pas suffisantes pour correctement informer et sensibiliser le grand public.

Les consommateurs ne sont pourtant pas réfractaires à la communication institutionnelle et certaines campagnes ont indéniablement emporté des effets positifs (cf. par exemple les campagnes ayant porté sur la sécurité routière, le port du préservatif, ou, plus récemment, la campagne relative au mal de dos). Leur succès repose sur deux conditions principales : d'une part une fréquence élevée de diffusion du message sur une période relativement longue, ce qui suppose un investissement financier non négligeable ; d'autre part, la clarté du message sur les actions et les résultats concrets pour l'individu qui reçoit le message. Ce type de campagne exige dès lors une réflexion approfondie en amont, associant les différentes administrations concernées (INPI, DGCCRF, DGDDI) mais aussi les associations de consommateurs.

S'agissant des plus jeunes, l'EUIPO et plusieurs pays européens insistent plus particulièrement sur une sensibilisation *via* les cursus scolaires ou d'enseignement supérieur. Elle reste cependant rudimentaire en France. Parmi tous les sujets qui doivent être traités dans le programme d'Enseignement moral et civique (EMC) à l'école, au collège et au lycée, la notion de contrefaçon n'a pas trouvé place. Alors même que l'EMC est supposé couvrir le sujet de la propriété intellectuelle, le terme n'apparaît pas dans le *Bulletin Officiel de l'Éducation Nationale* de juillet 2018 définissant son programme. Quand la propriété intellectuelle est évoquée, elle ne l'est que d'un point de vue purement juridique, avec une résonance forte des droits d'auteur, et donc particulièrement limitée eu égard à l'ampleur de la problématique.

¹⁹³ Équivalents italiens et espagnols de l'UNIFAB.

Dans cette optique, l'UNIFAB a mis en place des campagnes de sensibilisation au sein des collèges, avec des résultats encourageants mais encore trop récents et limités pour que les effets soient pertinents¹⁹⁴.

Le même constat peut être fait dans l'enseignement supérieur, y compris les filières débouchant sur les métiers de la création, de la mode et du design, le traitement des concepts de propriété intellectuelle et de contrefaçon n'est pas à la hauteur des enjeux.

L'INPI déclare former à la propriété intellectuelle quelques milliers d'étudiants par an. Cet effort demeure cependant insuffisant au regard des constats évoqués ci-dessus, notamment sur la perception des effets préjudiciables de la contrefaçon.

Par ailleurs, au-delà de la seule communication descendante en direction des consommateurs, la visibilité du sujet devrait être renforcée sur les pages des sites internet des administrations concernées. Plusieurs d'entre elles (DGCCRF, Douane, police) proposent sur leurs sites ou leurs plateformes des liens permettant aux consommateurs de signaler des cas de contrefaçon. La visibilité de ces liens est souvent faible ou le contenu des rubriques identifiées laisse peu de place à la contrefaçon. La possibilité d'exploiter les données et informations que pourraient faire remonter les consommateurs devrait être davantage organisée et exploitée.

Toutes ces actions mériteraient, pour gagner en portée et en efficacité, un cadre global soutenu par une ambition de niveau interministériel, afin d'organiser une réponse structurée, complète et durable pour en optimiser le résultat par rapport aux moyens investis. Contrairement à des actions ponctuelles indifférenciées et à la portée forcément limitée, cette stratégie doit porter sur des axes et des actions complémentaires, à dérouler sur le long terme afin d'assurer une sensibilisation permanente et ciblée sur les populations les plus exposées, en particulier les tranches d'âge de 15 à 24 ans et de 25 à 39 ans.

La stratégie de communication à l'égard des consommateurs devrait donc être mieux coordonnée, de manière à mettre davantage en évidence les risques directs ou indirects auxquels les achats de produits contrefaisants peuvent exposer les consommateurs au quotidien.

2 - Impliquer davantage les consommateurs dans la lutte contre le commerce de contrefaçons sur internet

Une part non négligeable des consommateurs qui achètent des produits contrefaisants le font en toute bonne foi et sont, tout autant que les titulaires de droits, victimes de ce commerce illicite. Pensant réaliser une bonne affaire, ils ne comprennent qu'à la livraison de la marchandise qu'ils ont été la cible d'une tromperie. C'est d'autant plus avéré en cas d'achat sur internet, puisqu'ils ne peuvent pas vérifier physiquement le produit avant d'accepter la transaction. Les démarches en vue d'un remboursement qui sont parfois proposées en ligne par les intermédiaires de e-commerce aboutissent le plus souvent sur un échec, laissant le consommateur sans recours.

Or, si l'identification des auteurs d'infractions sur internet et leur mise en cause sont complexes en raison du caractère transfrontalier de la transaction, le compte en banque du contrevenant est généralement plus facile à identifier. En privant les vendeurs de contrefaçons des profits résultant de leur activité, le remboursement imposé constitue une mesure dissuasive

¹⁹⁴ 49 élèves de 5^{ème}, et 77 de 4^{ème} sensibilisés en 2017.

à leur rencontre. Cela nécessite toutefois d'impliquer dans la démarche les prestataires de services de paiement électronique (SPE)¹⁹⁵ par lesquels s'opèrent les transferts financiers internationaux.

Les SPE ont déjà mis en place un dispositif permettant de bloquer l'accès à leurs services aux vendeurs de contrefaçon, sur signalement des détenteurs de droits. Il s'agit cependant de procédures lourdes¹⁹⁶, gratuites mais limitées à cinq signalements par mois et par détenteur de droits, ou sinon très onéreuses¹⁹⁷, et sans retour d'information sur les mesures effectivement prises.

S'intéressant davantage aux consommateurs, le Canada a développé une procédure dénommée « *Chargeback* », qui permet à ces derniers d'obtenir remboursement de la somme payée en cas d'achat de contrefaçon sur internet, tout en pénalisant la banque du vendeur, et ce sans impliquer le site internet ou la plateforme de e-commerce. Le centre anti-fraude du Canada (CAFC), une unité de police (RCMP) responsable de la fraude aux consommateurs¹⁹⁸, est en charge de sa mise en œuvre, en coopération avec les banques canadiennes, les Services de Paiement Électronique (SPE) et les détenteurs de droits. Le dispositif repose sur le mécanisme contractuel qui lie les banques aux SPE et qui interdit toute transaction financière liée à des activités frauduleuses.

Sur réception d'un signalement par un consommateur concernant un achat de contrefaçon sur internet, le CAFC recueille les informations d'achat et sollicite le détenteur de droits, afin de valider le caractère contrefaisant du produit acheté. Le consommateur, après avoir apporté la preuve de la destruction du produit, peut solliciter le service client de sa banque, muni de l'attestation de la fraude délivrées par le CAFC. En vertu des obligations contractuelles qui lui incombent, la banque du consommateur est tenue de signaler au SPE concerné le non-respect des clauses du contrat par la banque du contrefacteur. Cette dernière doit alors rembourser à la banque du consommateur les sommes engagées (débit compensatoire), et doit également payer une amende au SPE¹⁹⁹. La banque du contrefacteur est ensuite libre de se retourner ou non contre son client. La justice n'intervient dans la procédure qu'en cas de signalement suspect ou d'investigations complexes, notamment eu égard aux volumes commandés ou à la nature des produits concernés.

¹⁹⁵ Tels Visa et Mastercard, éditeurs de cartes de crédit permettant notamment le paiement à l'international.

¹⁹⁶ Preuve de la prise en charge des services du SPE par le site concerné, achat-test, preuve de la contrefaçon, preuve de la détention de DPI, preuve de deux mises en demeure préalable du site.

¹⁹⁷ Cf. par exemple le dispositif « *Rogueblock* » proposé par l'*International AntiCounterfeiting coalition* (IACC), organisation américaine à but non lucratif. En contrepartie d'un forfait (9 900 \$ la première année, ramenés à 8 000 \$ les années suivantes, auxquels s'ajoutent la cotisation à l'IACC à hauteur de 4 830 \$), l'IACC permet d'effectuer 25 notifications par mois au lieu de 5. Les détenteurs de droits ne bénéficient cependant d'aucun retour sur les actions entreprises, sachant que ni le site internet ni le vendeur ne sont visés par ces actions, seul l'accès aux facilités de paiement est éventuellement suspendu.

¹⁹⁸ <http://www.antifraudcentre-centreantifraude.ca/index-fra.htm>.

¹⁹⁹ Dont le montant peut s'élever à plusieurs milliers de dollars.

D'après le CAFC, plus de 12 000 débits compensatoires ont été effectués en 2018, et 45 000 depuis la mise en œuvre de « *Chargeback* » au 1^{er} janvier 2013²⁰⁰. Le CAFC précise qu'une banque chinoise, qui hébergeait un grand nombre de comptes de contrefacteurs visés par le dispositif « *Chargeback* », s'est vue récemment, et pour la première fois, refuser la poursuite des services d'un SPE, pour non-respect des clauses de son contrat.

Tableau n° 7 : bilan du dispositif canadien « *Chargeback* » depuis 2016²⁰¹

	2016	2017	2018	1 ^{er} semestre 2019
<i>Nombre de consommateurs remboursés</i>	7 860	7 025	12 125	2 600
<i>Nouveaux sites marchands vendant des contrefaçons détectés</i>	5 400	6 600	8 400	2 100
<i>Nouveaux comptes marchands de vendeur de contrefaçons détectés</i>	1 837	2 217	2 799	670

Source : CAFC

Ce dispositif a de multiples effets positifs illustrés par le tableau ci-dessus :

- il implique et participe à l'éducation du consommateur sur le commerce de contrefaçon. Les clients victimes de sites marchands proposant des produits de contrefaçon disposent d'un interlocuteur et deviennent plus vigilants. 99,9 % des personnes ayant recours au dispositif *Chargeback* sont des primo-déclarants²⁰² ;
- il responsabilise et implique les banques hébergeant les comptes des vendeurs de contrefaçon. La fermeture des comptes en banque est parfois obtenue, mais elle ne fait que ralentir les contrefacteurs, qui en changent rapidement et aisément. Le remboursement du montant de la transaction et le paiement d'une amende par la banque du contrefacteur s'avèrent beaucoup plus efficaces ;
- il fragilise financièrement les vendeurs de contrefaçons. En septembre 2017, 10 M\$ US issus d'achats de contrefaçons avaient été récupérés ;
- il renseigne les autorités sur les acteurs, vendeurs, sites en ligne et plateformes de e-commerce, de la vente de contrefaçons sur internet et leurs modes opératoires. Comme le montre le tableau ci-dessus des milliers de sites et de comptes marchands de vendeurs de contrefaçons sont identifiés tous les ans.

Les données présentées, relatives à un pays de près de 38 millions d'habitants en 2019, parmi les plus connectés de la planète, et dont 86,6 % des internautes sont des acheteurs en ligne de biens physiques²⁰³, peuvent sembler faibles, surtout en regard de l'ampleur du commerce de contrefaçons. Mais cette démarche, qui n'a nécessité aucune disposition législative ou réglementaire, a montré dans le cas canadien sa simplicité et son efficacité, pour un coût procédural limité.

²⁰⁰ En 2017, cela représentait 10 M\$ récupérés.

²⁰¹ Les données ne sont consolidées que depuis 2016.

²⁰² Chiffres CAFC.

²⁰³ Site de statistiques du Canada : <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=2210008501>.

3 - « *Follow the money* », la tentative infructueuse française de s'inspirer de « *Chargeback* » qu'il conviendrait de renouveler

Courant 2016, le groupe de travail « Cyber-contrefaçon » du CNAC a proposé d'expérimenter une transposition du dispositif canadien « *Chargeback* » en France, dénommée « *Follow the money* ». Entre novembre 2016 et février 2017, la DGGN a centralisé le traitement des signalements, par les titulaires de droits, de sites internet vendant des contrefaçons de leurs produits. Ce guichet unique a ensuite transmis au prestataire de services de paiement électronique (SPE) concerné des copies d'écran fournies par le titulaire de droits à l'appui des formulaires spécifiques demandés par le SPE pour le traitement d'une demande d'un détenteur de droits (cf. *supra*).

L'expérimentation n'a pas été jugée concluante du fait de nombreuses difficultés : coûts financiers et moyens humains induits par la mise en place du guichet unique²⁰⁴, faible implication des titulaires de marques (seulement 150 signalements reçus, dont 92 % émanant de la même société), faible implication du SPE notamment en termes de retours sur les actions engagées, et formalisme dissuasif de la procédure légale²⁰⁵.

L'expérimentation française a reposé sur le processus de signalement par les détenteurs de droits aux SPE, limité et non contraignant, au lieu de se fonder sur les liens contractuels entre consommateurs, banques et SPE, facteur déterminant du succès du modèle canadien.

Un SPE rencontré par la Cour confirme que les moyens techniques déployés dans le cadre du dispositif canadien de restitution de fonds sont transposables en France, et que la condition de réussite d'un tel processus réside dans l'implication du consommateur et de sa banque. Les SPE estiment pouvoir agir plus rapidement et plus efficacement sur sollicitations des établissements bancaires, qui sont donc les acteurs à intégrer en priorité dans cette démarche. Il est à noter que les SPE bénéficient d'un avantage financier à agir sur signalement des banques, qui n'existe pas dans la procédure de signalement par les titulaires de droits.

La Cour propose donc de renouveler l'expérimentation du dispositif de suivi des paiements en s'inspirant plus directement de la procédure « *Chargeback* » canadienne. Le rôle de tiers de confiance pourrait être confié à la DGCCRF, administration chargée de la protection économique des consommateurs. Elle pourrait utilement se rapprocher du CAFC, volontaire pour apporter son expertise, sur les modalités de mise en œuvre d'une telle procédure en France, notamment quant à l'implication des banques.

²⁰⁴ Le CAFC précise que le coût de mise en place de son service responsable de la procédure « *Chargeback* » a été de 70 000 €.

²⁰⁵ La procédure pénale nécessite : la réalisation d'un achat-test par le titulaire de droits (achat non réalisable par la DGGN), puis l'information au Parquet de l'infraction constatée par la DGGN, la formalisation d'un procès-verbal de renseignement judiciaire, la vérification par le Parquet qu'aucune enquête n'est en cours sur le site internet ciblé, l'analyse du retour transmis par le SPE, et enfin la décision du Parquet de classer l'affaire sans suite ou d'engager des poursuites.

III - Adapter le dispositif juridictionnel de protection des droits de propriété intellectuelle

La Cour avait noté en 2014 que les dommages intérêts alloués par les juridictions civiles, en France restaient dans la majorité des cas faibles (moins de 50 000 €), au regard de ceux attribués en Allemagne et au Royaume-Uni. La comparaison avec ces pays restait toutefois à l'avantage du justiciable français « *en raison d'un accès à la justice moins coûteux, ainsi qu'un taux de succès du titulaire de droit légèrement supérieur pour des durées de procédures comparables* ». Elle notait aussi le caractère limité du recours au juge pénal, alors que l'action pénale devrait être privilégiée lorsque l'ordre public, la protection de l'intérêt général et la santé ou la sécurité des consommateurs sont menacés. C'est le cas des trafics de contrefaçons organisés par des réseaux criminels, alimentant une économie souterraine source d'importants profits. Suite à ces observations, la Cour recommandait d'une part d'« *encourager la spécialisation en droit de la propriété industrielle d'un petit nombre de magistrats* » et, d'autre part, « *d'étudier une circulaire de politique pénale qui encourage les juges à condamner plus souvent et plus sévèrement les contrefacteurs et à retenir, dans les cas les plus graves, les circonstances aggravantes et les peines complémentaires* ».

Sans revenir sur la présentation de l'organisation des juridictions et des actions civiles et pénales en matière de contrefaçon détaillée dans le rapport de 2014, une analyse des évolutions suite à ces recommandations après cinq ans, conduit au constat que sur ces deux volets les adaptations demeurent insuffisantes (A). Au-delà de la spécialisation des magistrats, celle des juridictions est inaboutie. Si les frais de justice sont considérés comme raisonnables en France, la réparation du préjudice de contrefaçon est perçue comme incomplète et conduit à envisager de nouvelles pistes, notamment l'amende civile ou le recours à d'autres procédures (B). Enfin, le dispositif répressif gagnerait à être conforté (C).

A - Poursuivre la spécialisation des juridictions et des magistrats

La spécialisation des juridictions et des magistrats en matière de propriété intellectuelle demeure à ce jour incomplète en France. L'organisation diffère en matière civile et pénale. S'agissant des juridictions civiles, une spécialisation partielle a été effectuée. En matière pénale, les poursuites liées à la contrefaçon sont portées devant les juridictions territorialement compétentes. La spécialisation de certaines juridictions pénales est ouverte depuis le 1^{er} janvier 2020.

Aujourd'hui, le contentieux de la contrefaçon demeure essentiellement civil. Le contentieux des marques françaises, des dessins et modèles français, des indications géographiques et de la propriété littéraire et artistique relève en première instance de la compétence spéciale de 10 tribunaux de grande instance (Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nanterre, Nancy, Paris, Rennes, Strasbourg, Fort de France) et en appel de 10 cours d'appel (Aix-en-Provence, Bordeaux, Colmar, Douai, Fort de France, Lyon, Nancy, Paris, Rennes, Versailles).

Le contentieux des brevets relève quant à lui de la compétence spéciale du seul TGI de Paris, et en appel de la cour d'appel de Paris depuis 2009²⁰⁶, ainsi que celui des marques et dessins et modèles de l'UE.

L'organisation judiciaire actuelle est perfectible. Compte tenu du faible volume d'affaires traité dans certains tribunaux, à l'exclusion du TGI de Paris et de la Cour d'appel de Paris, l'expertise des juges est parfois considérée insuffisante dans ces domaines très techniques. Il en découlerait notamment une appréciation incomplète de réparations octroyées au regard de l'ensemble du préjudice subi, source d'insatisfaction des titulaires de droits.

Au regard de ces insuffisances, l'exemple anglais d'un juge unique spécialisé est intéressant dans certaines de ses modalités.

L'exemple anglais d'une juridiction spécialisée en contentieux civil de la propriété intellectuelle

L'*Intellectual Property Enterprise Court* (IPEC) est une juridiction spécialisée au sein de la *High Court* de Londres. Elle a été créée en 2013 avec l'objectif de favoriser les actions des petites et moyennes entreprises par la simplification et la réduction des délais des procédures judiciaires.

L'IPEC est le produit d'une réforme de la *Patent County Court* créée en 1990, dont les procédures furent jugées trop lourdes et coûteuses pour les PME. L'IPEC traite des litiges en matière de droits d'auteur, de brevet, de dessins et modèles et de marques. Sa compétence est limitée aux litiges dont le montant est inférieur à 500 000 £, montant au-delà duquel les litiges relèvent de la *High Court*. Les coûts sont plafonnés à 50 000 £, et les délais de jugements sont très rapides (6 semaines maximum) avec des audiences limitées à deux jours. 250 affaires sont traitées par an environ. La gamme des décisions possibles est très large : injonctions visant à prévenir de nouvelles atteintes, dommages et intérêts, restitution des bénéfices, remise ou destruction des contrefaçons, perquisitions, gel des avoirs.

Il existe en outre une procédure simplifiée dite « *small claims track* » pour les litiges dont le montant est inférieur 10 000 £ et qui concerne uniquement les marques, les droits d'auteur, et les dessins et modèles. Cette procédure est très légère : pas de recours obligatoire à un avocat, absence d'audience en cas d'accord entre les parties (échanges écrits entre les parties seulement dans ce cas), ou audience sans préparation préalable substantielle. Les demandes possibles sont moins nombreuses que dans la procédure de droit commun de l'IPEC : dommages et intérêts, restitution des bénéfices, remise ou destruction des contrefaçons, injonctions. Cette procédure concerne une centaine de litiges par an.

²⁰⁶ Ce mouvement de spécialisation est ancien, le nombre de tribunaux compétents en matière de brevets avait déjà été réduit à 10 en 1968, et à 7 en 2006. Il sera dérogé à cette compétence exclusive une fois l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet du 19 février 2013 en vigueur. Cette juridiction aura compétence pour les litiges civils liés à la contrefaçon des brevets européens à effet unitaire, et au terme d'une période transitoire des brevets européens.

Le bilan de l'IPEC tel qu'il ressort notamment d'un rapport indépendant de juin 2015 « *Evaluation of the reforms of the Intellectual Property Enterprise Court 2010-2013* »²⁰⁷ est globalement positif. La simplification des procédures et le plafonnement des coûts a incité les PME à davantage se pourvoir en justice pour protéger leurs droits, le nombre global des contentieux ayant augmenté sans que le volume des cas plus importants portés devant la *High Court* ne baisse. Cette procédure a favorisé une réduction des délais de traitement des affaires, y compris devant la *High Court* qui traite de litiges plus complexe et se fixe désormais pour objectif de les traiter dans un délai maximum d'un an. Si le coût des frais juridictionnels sont plafonnés, il ne semble pas en revanche que le montant des honoraires des avocats, élevés au regard des standards français, ait sensiblement diminué.

Le ministère de la justice est cependant réservé sur la transposition du modèle anglais en France, indiquant que « *la création de l'IPEC répond à des besoins spécifiques inhérents aux particularités de la procédure et du système judiciaire anglais* ». Elle note également qu'il n'a pas été démontré jusqu'à présent que le coût des procédures judiciaires faisait obstacle aux actions en justice des PME en France, où il existe des possibilités procédurales de traitement simple et rapide des affaires sous formes de référés ou de « *circuit court* » notamment. Enfin et surtout la DACS indique que « *la création d'une nouvelle juridiction spécialisée en matière de propriété intellectuelle est en contradiction avec les chantiers de simplification de l'organisation judiciaire et de la procédure civile* ».

Finalement, il serait sans doute préférable de capitaliser sur l'expertise du TGI de Paris et d'aller plus loin dans la spécialisation des juridictions, comme le proposent le sénateur Yung²⁰⁸, président du CNAC, et la Cour dans son rapport de 2014. Le nombre de juridictions compétentes pourrait encore être réduit et le TGI de Paris être seul compétent dans les domaines les plus techniques ou dans ceux dans lesquels les volumes d'affaires sont très limités.

Le sénateur Yung plaide pour renforcer la spécialisation des magistrats. Sa proposition va jusqu'à envisager de permettre à des magistrats de consacrer la totalité de leur carrière dans le domaine de la propriété intellectuelle, dans des juridictions ou des organismes spécialisés (INPI, EUIPO, OEB, HADOPI, etc.). Ceci n'est guère conforme aux usages en France, mais se rapprocherait de la pratique anglaise prisée par les entreprises à la recherche d'un traitement rapide et d'une forte expertise sur les litiges liés à la violation des DPI.

Cette orientation est également soutenue par la Commission européenne qui, dans sa recommandation 707 du 29 novembre 2017 sur « *Un système équilibré du respect de la propriété intellectuelle pour relever les défis sociétaux d'aujourd'hui* », relève qu'il ressort de l'évaluation de la directive IPRED « *qu'il est très important, pour assurer un recours efficace et efficient aux mesures, procédures et réparations prévues par la directive, de disposer de juges spécialisés dans le domaine des DPI et, en particulier, dans le contrôle du respect des droits. Cette spécialisation peut apporter des avantages considérables, singulièrement une prise de décision plus rapide, plus efficace et plus cohérente, source d'une plus grande sécurité juridique. La Commission appelle donc les États membres à renforcer la spécialisation des juges* ».

²⁰⁷ Rapport publié par Christian Helmers (*Santa Clara University*), Yassine Lefouilli (*Toulouse School of Economics*) et Luke McDonagh (*Cardiff University*), le 22 juin 2015.

²⁰⁸ Cf. Lettre du sénateur Yung à la Garde des Sceaux en date du 29 mars 2019.

Au-delà des efforts déjà réalisés en matière de formation par l'École Nationale de la Magistrature, divers dispositifs ont été mis en place pour tenter de garantir un niveau de compétences techniques suffisant dans les services à haut niveau de spécialisation : appels à candidatures profilés, avec possibilité de déroger à la règle de mobilité pour permettre l'avancement sur place si nécessaire et détection de profils adéquats à travers la pratique désormais systématique des entretiens de carrière ou par le biais des voies latérales de recrutement (détachement intégration). La Cour souligne et recommande de poursuivre les efforts réalisés dans cette direction.

En matière pénale, contrairement aux juridictions civiles, aucune spécialisation des juridictions ou même de magistrats par chambre n'a été opérée, y compris dans les cours d'appel.

Selon plusieurs entreprises rencontrées dans le cadre de l'instruction de ce rapport, cette absence de spécialisation des juridictions ou des magistrats au pénal en matière de propriété intellectuelle est susceptible de les conduire à prendre des décisions assez différentes d'une affaire à l'autre, particulièrement en ce qui concerne le montant des dommages et intérêts octroyés au détenteur de droits. Cela pourrait décourager les titulaires de droits d'investir des moyens humains ou financiers pour engager des procédures onéreuses et dont l'issue est peu certaine.

Partageant ce point de vue, le sénateur Yung va jusqu'à proposer « *l'octroi à cinq tribunaux correctionnels d'une compétence exclusive pour les dossiers « simples » de contrefaçon* ». Il considère également qu'il devrait être créée, « *au sein des juridictions spécialisées, une chambre mixte de propriété intellectuelle associant magistrats civilistes et pénalistes* », de manière à faciliter la montée en compétence technique des magistrats.

Selon le ministère de la justice toutefois, une spécialisation de fait des magistrats en matière de propriété intellectuelle existe déjà au sein des juridictions interrégionales spécialisées (JIRS)²⁰⁹ et les pôles de santé publics (PSP) pour les cas de contrefaçon les plus complexes ainsi que dans les chambres spécialisées en matière économique et financières dont disposent les grandes ou moyennes juridictions.

Par ailleurs, il convient de souligner que le nouvel article L. 211-9-3 du code de l'organisation judiciaire, issu de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, prévoit que lorsqu'il existe plusieurs tribunaux judiciaires dans un même département, l'un d'entre eux peut être spécialement désigné par décret pour connaître seul, dans l'ensemble de ce département, de certaines matières civiles et de certains délits ou contraventions dont la liste est déterminée par décret en Conseil d'État. Le choix des contentieux spécialisés est prévu pour s'effectuer sur deux critères : d'une part un faible volume et, d'autre part, une technicité particulière des matières abordées.

²⁰⁹ Les JIRS regroupent des magistrats du parquet et de l'instruction spécialisés sur les affaires dont la complexité justifie des investigations importantes. En vertu de l'article 704 du code de procédure pénale, les délits de contrefaçons de grande complexité figurent dans leur champ de compétence. Les magistrats bénéficient de larges pouvoirs d'investigation et du soutien d'assistants spécialisés.

Le décret pris en application de ces dispositions, paru le 30 août 2019²¹⁰, prévoit dans son article 3 que les délits et contraventions prévues et réprimées par le code de la propriété intellectuelle font partie des contentieux qui justifient qu'un tribunal puisse être spécialisé en la matière sur le territoire d'un ou de deux départements. Entrées en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020, ces nouvelles dispositions ouvrent désormais la voie à la spécialisation de certains tribunaux pénaux, ce que la Cour recommande de mettre en œuvre.

Sans aller jusqu'à la constitution de formations judiciaires du siège ou du parquet exclusivement dédiées au contentieux liés à la propriété intellectuelle, la Cour encourage le ministère de la justice à poursuivre le regroupement, pour traitement, de ces dossiers sur un nombre plus restreint de juridictions. Les magistrats qui y sont affectés pourraient ainsi acquérir une expertise approfondie en matière de propriété intellectuelle, expertise qu'ils devraient pouvoir continuer de valoriser au cours de leur carrière dès lors qu'ils pourraient l'exercer dans d'autres juridictions également spécialisées sur ces sujets.

B - Mettre en place de nouvelles actions juridictionnelles civiles

1 - Instaurer des amendes civiles en complément des dommages et intérêts

Depuis la directive n° 2004/48 du 29 avril 2004, transposée en France par la loi du 29 octobre 2007²¹¹, l'indemnisation du préjudice en cas de contrefaçon répond à des règles particulières. Les textes proposent deux possibilités, à la disposition du juge et sur demande de la victime, qui permettent à celle-ci d'être indemnisée :

- soit par des dommages et intérêts prenant en compte les différents aspects du préjudice :
 - « *les conséquences économiques négatives de la contrefaçon* » correspondant, d'une part, aux pertes subies par la victime et, d'autre part, aux gains manqués qui correspondent à la marge perdue sur les ventes du fait de l'existence des produits contrefaisants ;
 - « *le préjudice moral* » causé par la contrefaçon, qui correspond à la baisse de la valeur du bien du fait de l'existence de la contrefaçon ;
 - « *les bénéfices réalisés par le contrefacteur* », qui recouvrent la marge dégagée par les ventes de produits contrefaisants ;
- soit par des dommages et intérêts constitués par une somme forfaitaire qui doit, en tout état de cause, être « *supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte* ». Cette somme peut être assortie de l'indemnisation du préjudice moral de la victime.

²¹⁰ Décret n° 2019-912 du 30 août 2019 modifiant le code de l'organisation judiciaire et pris en application des articles 95 et 103 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²¹¹ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des DPI. Ces règles indemnitaires propres ont été complétées par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, cf. articles L. 331-1-3, L. 521-7, L. 615-7, L. 623-28, L. 716-14 et L. 722-6 du code de la propriété intellectuelle.

En droit français, la somme due au titre des dommages et intérêts doit correspondre rigoureusement à la perte causée par le fait dommageable ; la victime ne saurait souffrir aucune perte mais, à l'inverse, ne doit tirer aucun profit du dédommagement accordé. Or, dans certaines situations, les dommages et intérêts alloués au titulaire de droits lésé ne couvrent pas l'intégralité des bénéfices réalisés par le contrevenant. Dans ces conditions, et malgré le dédommagement accordé à la victime, le délit reste largement lucratif pour son auteur.

Dans le cadre d'un projet de réforme sur la responsabilité civile, la Chancellerie propose notamment l'introduction en droit civil français d'une sanction efficace en cas de faute lucrative, l'amende civile²¹².

Selon le ministère de la justice, ce dispositif permettrait d'ouvrir une voie intermédiaire entre la voie civile classique, centrée sur la réparation des dommages, et la voie pénale, axée sur la sanction des comportements, pour répondre efficacement à certains actes dommageables non pénalement sanctionnés ou dont la sanction serait sans commune mesure avec les profits réalisés par l'auteur après indemnisation des victimes, comme par exemple le maintien sur le marché d'un médicament contrefaisant ou défectueux.

Le projet de réforme fait le choix de retenir l'amende civile, versée à l'État, et non l'attribution à la victime de dommages et intérêts punitifs dépassant la valeur du préjudice subi, de manière à respecter la tradition juridique française attachée au principe de la réparation intégrale sans risque d'enrichissement sans cause de la victime ou prise d'avantage concurrentiel non justifié. En outre le dispositif présente un effet dissuasif renforcé en ce que, contrairement aux dommages et intérêts, l'amende civile n'est pas déductible fiscalement et ne peut être assurable. Enfin, il peut aussi inciter l'auteur à transiger pour éviter une telle condamnation, ce qui permettrait d'écourter certains litiges.

Dans le dernier état du texte, il est envisagé que cette amende puisse être prononcée non seulement à la demande de la victime et du ministère public, mais également d'office et ce aux fins d'assurer davantage d'efficacité au dispositif.

En pratique, la collecte des éléments de preuve peut s'avérer difficile et limiter la possibilité de mise en œuvre du dispositif. C'est un point de vigilance dans le cadre d'une telle réforme. Destinée notamment à compléter le dispositif des dommages et intérêts, elle ne doit pas être handicapée par la même carence dans la preuve qui conduirait les juridictions à n'en user qu'avec parcimonie.

Au total, l'amende civile serait simple à mettre en œuvre dès lors qu'est établie une faute lucrative et elle serait particulièrement adaptée en matière de contrefaçon, notamment lorsque la faute s'est révélée particulièrement lucrative ou dans les cas d'atteinte à la santé ou la sécurité du consommateur.

²¹² Projet de texte (version de travail) : « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a commis une faute lucrative, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

La faute est dite lucrative lorsqu'elle est délibérément commise en vue d'obtenir un gain ou une économie supérieurs à l'indemnisation du préjudice qui pourrait en résulter.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure au quintuple du montant du profit réalisé.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi désigné par le juge dans sa décision de condamnation ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable. »

Si la disposition générale relative aux amendes civiles n'était pas maintenue à l'issue des débats parlementaires, il conviendrait d'étudier la possibilité de prévoir une disposition propre aux actions civiles en matière de contrefaçon, au même titre que d'autres amendes civiles sectorielles déjà existantes, comme par exemple en droit des pratiques restrictives de concurrence (article L. 442-4 du code de commerce).

2 - Faciliter la suspension groupée des noms de domaines portant atteinte à un même droit

L'utilisation frauduleuse de noms de domaines est un levier important du commerce de contrefaçons sur internet. Les ayants droit sont très vigilants à cet égard et soucieux d'obtenir rapidement la suspension de noms de domaines de sites internet qui utilisent ou diffusent des produits en violation d'un de leurs droits de propriété intellectuelle, le plus souvent une même marque. La procédure en France, très formaliste, est moins adaptée que celle en vigueur aux États-Unis pour les suspensions groupées de sites, rendant les actions assez inopérantes et assez dissuasives pour les ayants droit.

En France, la suspension des noms de domaine est une action dite « en cessation » à l'encontre d'un intermédiaire technique, bureau d'enregistrement (communément dénommé « registrar ») dont les services sont utilisés par l'administrateur du site visé, ayant pour but de rendre inaccessible ce site pour les internautes. Selon l'article 9 de la directive 2004/48/CE, un plaignant peut solliciter des mesures provisoires et conservatoires à l'encontre du contrefacteur mais aussi d'un « *intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle* ». L'article L. 716-6 du code de la propriété intellectuelle qui transpose le droit européen permet, en matière de marques²¹³, de saisir la juridiction civile compétente afin de voir ordonner « *à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services (...) toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon* ».

Les conditions restrictives de mise en œuvre de la saisie en France ne facilitent pas les suspensions rapides et groupées de noms de domaines. Sans entrer dans les détails de l'ensemble des conditions requises, l'appréciation de la vraisemblance de la contrefaçon est en pratique généralement effectuée sur la base d'éléments de preuve avec un certain formalisme (procès-verbal d'huissier de justice par exemple) par opposition par exemple à de simples captures d'écran dont la valeur probante n'est pas considérée comme aussi forte. Par ailleurs, si le plaignant souhaite viser plusieurs noms de domaine dans la même procédure, ce qui est théoriquement possible, il faudra qu'il puisse, à l'appui d'une demande motivée identifiant clairement le défendeur pour garantir les droits de la défense, les lier entre eux en démontrant un lien de connexité étroit entre les sites, la plupart du temps difficile à établir.

²¹³ L'article L. 521-6 du code de la propriété intellectuelle prévoit la même chose en matière de dessins et modèles.

Il est à noter également que l'action en référé concernant les droits d'auteur, prévue à l'article L. 336-2 CPI, est plus large que celle concernant la violation de marques, dessins ou modèles, car le juge peut prononcer des mesures visant à prévenir ou faire cesser l'atteinte au droit à l'encontre de « *toute personne susceptible de contribuer à y remédier* » et non seulement « *à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services* ».

La justice française se distingue nettement de la justice américaine, beaucoup plus souple dans les conditions de suspension groupée des noms de domaines²¹⁴. La particularité de la procédure américaine tient au fait que, dans le cas d'une procédure ouverte à l'encontre de personnes inconnues (ce qui n'est pas possible en France), le plaignant peut viser un très grand nombre de noms de domaines dans la même procédure, sans avoir besoin de les lier finement entre eux en démontrant de manière exhaustive le caractère contrefaisant de l'ensemble des pages des sites concernés. Les noms de domaines sont en effet automatiquement liés par leur atteinte commune à une marque. Par ailleurs, l'appréciation de la vraisemblance de la contrefaçon sur la base d'éléments de preuve ne requiert aux États-Unis qu'un formalisme faible : les copies d'écran et les attestations sont utilisées de manière habituelle. Ces deux éléments simplifient considérablement les procédures de suspension groupée de noms de domaines.

La procédure américaine permet également la saisie des comptes « *PayPal* »²¹⁵ associés aux noms de domaines et aux contrefacteurs. Enfin, si un site américain a fait l'objet d'une saisie, les utilisateurs sont redirigés vers une page d'avertissement explicative citant l'action judiciaire pour contrefaçon, puis vers le site officiel.

Dans le cas français, il apparaît opportun d'explorer une évolution du cadre juridique afin de faciliter les saisies groupées de noms de domaines. Le formalisme pourrait être allégé dans les preuves à apporter, et la démonstration du lien de connexité entre plusieurs noms de domaines contrefaisants similaires facilitée (tenir compte par exemple d'indices concordants tels que des structures de sites et des dates d'enregistrement identiques), pour permettre la saisie simultanée d'un nombre important de noms de domaines similaires.

C - Adapter la politique pénale

1 - Une politique pénale qui demeure sélective malgré la croissance du phénomène

Le rapport de la Cour des comptes de 2014 sur la politique publique de lutte contre la contrefaçon recommandait « *d'étudier une circulaire de politique pénale qui encourage les juges à condamner plus souvent et plus sévèrement les contrefacteurs et à retenir, dans les cas les plus graves, les circonstances aggravantes et les peines complémentaires* ».

²¹⁴ Jean-Sébastien Mariez, *L'action aux fins de suspension de noms de domaine : états des lieux et perspectives*, 27 septembre 2019, conférence APRAM – « La contrefaçon de masse ».

²¹⁵ PayPal est site internet qui offre la possibilité d'effectuer des paiements en ligne de manière sécurisée, en permettant à l'utilisateur de ne pas communiquer ses coordonnées financières aux sites marchands.

Depuis 2004, la politique pénale en matière de contrefaçon²¹⁶ consiste à ne réserver des poursuites pénales qu'aux seules infractions « dont le degré de gravité a été jugé important par le législateur », à savoir : les activités relevant d'une véritable stratégie commerciale (importation, exportation, production industrielle, organisation des trafics, etc.), les opérations de contrefaçon commises en bande organisée, les infractions commises *via* internet ou lorsque l'objet des activités incriminées porte sur des contrefaçons dangereuses pour la santé humaine ou animale.

Dans la droite ligne de la stratégie adoptée par la DGDDI en 2018, qui vise à concentrer ses efforts d'investigation sur les contrefaçons dangereuses pour la santé et la sécurité des consommateurs ou le démantèlement des réseaux organisés, la DACG²¹⁷ a confirmé l'orientation sélective de la politique pénale en matière de contrefaçon dans une dépêche de son directeur en date du 1^{er} octobre 2018 tout en rappelant les cas dans lesquels il est possible de retenir des circonstances aggravantes²¹⁸.

Cette sélectivité se reflète dans les données communiquées par la DACG. Le taux de réponse pénale²¹⁹ pour les atteintes au droit des marques (contentieux le plus significatif en volume) est ainsi passé de 93,7 % en 2014 à 90,1 % en 2018. Le taux de poursuite²²⁰ est quant à lui passé, sur la même période, 29,4 % à 22,6 %.

Tableau n° 8 : nombres d'infractions d'atteintes à la propriété intellectuelle ayant donné lieu à condamnation

<i>Infractions ayant donné lieu à condamnation</i>	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018*
<i>Atteintes aux droits du propriétaire d'un dessin ou modèle</i>	12	9	10	10	16	6	9
<i>Atteintes aux droits du propriétaire d'un brevet</i>	4	2	0	6	6	5	4
<i>Atteintes aux droits du propriétaire d'une marque</i>	823	644	510	545	521	557	575
<i>Total des atteintes à la propriété intellectuelle</i>	995	806	693	715	679	783	757

*2018 : données provisoires.

Source : SG-SDSE Tables statistiques du Casier judiciaire national – Traitement DACG-PEPP

Le nombre de condamnations a également eu tendance à se réduire depuis 2012. En matière de droit des marques, ce nombre a sensiblement diminué entre 2012 et 2014, pour augmenter à nouveau légèrement depuis 2016.

²¹⁶ Cf. circulaire de la DACG n° CRIM 2004-09/G3 du 9 août 2004 sur la politique pénale en matière de contrefaçons ; circulaire n° CRIM 08-10/G3 du 11 avril 2008 relative aux aspects pénaux de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon ; dépêche du Garde des Sceaux du 29 juillet 2014 présentant la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

²¹⁷ Dépêche DACG du 1^{er} octobre 2018 sur la présentation de la nouvelle stratégie de la direction générale de des douanes et des droits indirects (DGDDI) en matière de lutte contre les contrefaçons, page 5.

²¹⁸ Lorsque le délit a été commis en bande organisée, ou sur internet, ou lorsque les faits portent sur des marchandises contrefaisantes dangereuses pour la santé ou la sécurité du consommateur.

²¹⁹ Le taux de réponse pénale mesure la part des affaires susceptibles de donner lieu à poursuite et ayant fait l'objet, soit d'une poursuite, soit d'une mesure alternative.

²²⁰ Le taux de poursuite mesure la part des affaires susceptibles de donner lieu à poursuite et ayant fait l'objet d'une poursuite.

L'évolution du degré de sévérité des sanctions prononcées reste en revanche difficile à évaluer dans la mesure où les affaires sont rarement semblables ni comparables. Sur ce point, la DACG rappelle que « *les tribunaux modulent la répression pénale en fonction de la gravité des infractions commises et qu'il s'agit là d'une partie intégrante de leur mission et de la garantie de l'individualisation des peines, exigence constitutionnelle* ». En raison des faibles effectifs de certains groupes infractionnels, de fortes variations peuvent être observées selon les années, ce qui ne permet pas de tirer des conclusions probantes sur une potentielle accentuation ou non de la sévérité des sanctions appliquées.

À titre d'exemple, les données communiquées sur 2016 et 2017 concernant les condamnations de personnes physiques illustrent les fortes disparités qui tiennent aux différents cas d'espèces traités.

Tableau n° 9 : peines prononcées dans les condamnations (infraction principale) d'atteintes à la propriété intellectuelle pour les personnes physiques

Groupe infractionnel Personnes physiques	Atteintes aux droits d'auteur et droits voisins		Atteintes aux droits du propriétaire d'un dessin ou modèle		Atteintes aux droits du propriétaire d'une marque			
					Délit		Délit douanier	
	2016	2017*	2016	2017*	2016	2017*	2016	2017*
<i>Année</i>	2016	2017*	2016	2017*	2016	2017*	2016	2017*
Nombre de condamnations (infraction principale)	77	94	7	5	205	206	41	40
<i>Emprisonnement</i>	20	14	1	3	96	82	19	27
<i>Dont emprisonnement ferme</i>	3	1	0	0	25	17	5	8
<i>Quantum emprisonnement ferme (en mois)</i>	3,0	3,0			3,4	4,6	7,6	10,0
<i>Ensemble des amendes prononcées</i>	61	82	5	2	126	133	30	29
<i>Montant moyen de l'amende ferme (en €)</i>	4 685	739	5 250	6 000	10 709	14 029	23 695	40 397

*Données provisoires.

Source : DACG, Casier judiciaire national

La proportion de condamnations pour infraction commises avec circonstances aggravantes est très irrégulière en fonction des années. Elle est très faible en matière de brevet (un seul cas depuis 2009), plus marquée en matière de dessins et modèles depuis 2016 (un ou deux cas par an mais qui représentent une proportion significative compte tenu du faible nombre de condamnation pour ce groupe infractionnel). En matière de marque, cette proportion varie entre 8 % et 13 % du total des condamnations selon les années. Le motif de l'activité en bande organisée est le plus fréquemment retenu, celui du recours à un réseau de communication au public en ligne tend à prendre de l'importance.

Sans que cela ne constitue une spécificité propre au contentieux en matière de contrefaçon, les niveaux de sanctions moyens restent en tout état de cause très inférieurs aux plafonds de sanctions prévus par le législateur (cf. annexe n° 6).

Ainsi, alors que le trafic de produits contrefaisants s'accroît de manière sensible, la réponse pénale ne s'est guère intensifiée depuis 2014 : la proportion d'affaires poursuivies et le nombre de condamnations ont baissé, le nombre d'affaires avec circonstances aggravantes est trop faible pour en tirer des conclusions sur son évolution et le degré de sévérité des sanctions prononcées reste relativement faible.

Le volume, comme le degré de sévérité des sanctions appliquées, dépend pour une large part de la qualité des informations et des éléments de preuve retenus contre les personnes mises en cause. Comme évoqué précédemment (cf. chapitre III-II-A-2), l'implication des titulaires de droits dans la procédure pénale constitue une étape indispensable pour démontrer la faute répréhensible et réunir les éléments susceptibles de fonder l'action pénale. De leur coopération et en particulier de la célérité de leur réponse aux sollicitations des autorités, au moment de la découverte des marchandises contrefaisantes et de leur participation active au procès sur le plan pénal, dépend la formation de la conviction du juge sur la gravité des faits reprochés aux prévenus. Ceci renvoie à l'importance de l'action des titulaires de droits qu'il convient de mieux informer et accompagner.

Une attention particulière devrait également être portée au calcul des dommages et intérêts dans la mesure où l'engagement de la partie civile reste une condition *sine qua non* du succès de l'action et de la politique répressive à long terme.

En cela la formation des juges pénaux sur une meilleure prise en considération de la réparation des parties civiles reste un axe fort pour accompagner le caractère dissuasif de l'action pénale en matière de contrefaçon.

2 - Faciliter la saisie des avoirs criminels

Parallèlement aux sanctions prévues par les différents codes en cas de contrefaçons (cf. annexe n° 6) peuvent en outre être appliquées une large palette de peines complémentaires telles que l'interdiction d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles, la fermeture de l'établissement, le retrait des circuits commerciaux, l'affichage ou la publication de la décision, la prise en charge de la destruction des marchandises ou la remise à la partie lésée des objets confisqués etc. Bon nombre d'entre elles se révèlent cependant peu utiles dès lors que les infractions sont commises dans le cadre de trafics échappant totalement aux circuits économiques légaux, ou si les condamnés ont eu le temps d'organiser leur insolvabilité.

Outre la saisie des biens objet de l'infraction, la confiscation des avoirs criminels prévue par l'article 131-21 du code pénal peut constituer un dispositif particulièrement efficace : en s'attaquant au fruit de l'infraction, cette sanction permet d'atteindre directement le train de vie matériel des délinquants, qui constitue la première motivation de leurs actes.

Selon ces dispositions, « *la peine complémentaire de confiscation est encourue dans les cas prévus par la loi ou le règlement. Elle est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an* ». Elle peut par conséquent s'appliquer en cas de délit de contrefaçon, que ce soit au sens du code de la propriété intellectuelle, du code des douanes ou de la santé publique.

Le principe général de cette peine complémentaire est que « *la confiscation porte sur tous les biens meubles ou immeubles, [...] dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition* ».

« *Elle porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime. Si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit* ».

La confiscation du produit de l'infraction est cependant très rarement appliquée en matière de lutte contre les contrefaçons (moins d'une dizaine de cas par an, sur la période 2009/2018). Son application suppose de pouvoir démontrer le lien entre l'infraction et

le fruit retiré directement ou indirectement de cette infraction, ce qui reste une contrainte forte pour les autorités. Par ailleurs, elle suppose de veiller à ce que le principe de proportionnalité soit respecté, ce qui n'est en pratique jamais aisé à établir.

L'alinéa 5 de l'article prévoit que « *s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine* ».

Par exception au principe général, cette disposition renverse la charge de la preuve : si le condamné ne peut justifier l'origine légale des fonds qui lui ont permis d'acquérir les biens considérés, ces derniers peuvent être confisqués. En tant qu'exception, la sanction n'est prévue que pour les cas comportant une certaine gravité, et n'est donc applicable que dans le cas de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Échappent dès lors à ce dispositif les délits de contrefaçon simple. Ne peuvent à ce jour entrer dans son champ d'application que les infractions de contrefaçons commises avec circonstance aggravante.

Comme il est exposé dans la première partie du présent rapport, la contrefaçon, même simple, n'est pas un délit anodin ni mineur. Même lorsque le préjudice porté aux titulaires de droits ou même au consommateur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, peut paraître *a priori* mineur, l'impact de cette activité souterraine en termes de perturbation de l'ordre public est bien plus important que ce que le ressenti général ne le laisse entendre. La répétition très fréquente et très fragmentée de cette activité, dont chaque étape et chaque action sont peu visibles et perçues comme anodines prises isolément, se traduit par des effets extrêmement préjudiciables sur le long terme. La nature de l'infraction est à ce titre beaucoup plus grave qu'elle n'y paraît. Le développement de l'activité se nourrit même du sentiment d'impunité. Pour cette raison, sa place dans la hiérarchie des infractions mériterait d'être rehaussée, ainsi que les plafonds de peine encourus.

Pour cette même raison, il pourrait être envisagé que les délits de contrefaçon simple soient considérés comme faisant partie des infractions pour lesquelles il semble justifié de recourir aux dispositions de l'alinéa 5 de l'article 131-21 du code pénal qui imposent aux personnes mises en cause de justifier de l'origine des revenus qui ont permis l'acquisition des biens considérés.

Dans leur rapport remis en novembre 2019²²¹ suite à la mission qui leur a été confiée par le Premier ministre sur le dispositif de saisie et de confiscation des avoirs criminels, les députés Laurent Saint-Martin et Jean-Luc Warsmann ont proposé d' « *étendre le champ d'application de la peine complémentaire de confiscation en valeur de l'article 131-21 alinéa 5 du code pénal aux infractions punies d'une peine de 3 ans d'emprisonnement pour y inclure notamment les délits de vol, d'abus de confiance, d'abus de faiblesse et de travail dissimulé* ». Une telle mesure générale pourrait dès lors aussi concerner les délits de contrefaçon simple, pour lesquels elle semble particulièrement bien adaptée, sans même que les plafonds de peines soient rehaussés.

²²¹ Laurent Saint-Martin et Jean-Luc Warsmann, députés, *Investir pour mieux saisir, confisquer pour mieux sanctionner*, rapport à la Garde des Sceaux, au Ministre de l'intérieur et au Ministre de l'Action et des Comptes publics, novembre 2019.

La généralisation d'un dispositif répressif de cette ampleur à des infractions punies de peine de trois ans d'emprisonnement doit être évaluée à l'aune de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans une décision du 26 novembre 2010²²², le Conseil constitutionnel a validé l'application de l'alinéa 5 de l'article L.131-21 pour les peines de 5 ans, sans écarter explicitement la possibilité d'y recourir pour des peines d'une durée inférieure. Dans une autre décision²²³, il a considéré contraire à la Constitution le recours à certaines techniques spéciales d'enquête pour l'ensemble des infractions punies de trois ans d'emprisonnement. Mais l'objet de la décision portait sur une atteinte à la vie privée et non au droit de propriété.

Sous réserve d'une analyse des modalités à retenir, ces décisions n'excluent donc pas²²⁴ le recours aux dispositions de l'alinéa 5 de l'article 131-21 de façon ciblée pour les délits de contrefaçons simples. Une telle mesure devrait toutefois s'accompagner de garanties procédurales permettant d'assurer le respect du principe de proportionnalité des peines.

L'ampleur des désordres de toutes natures qu'engendre la production et le commerce de contrefaçons justifie un renforcement des outils mis à la disposition des juges pour sanctionner les contrevenants. Tel est le sens de la recommandation formulée par la Cour.

²²² Décision 2010-66 QPC du 26 novembre 2010.

²²³ Décision n°2019-778 DC du 21 mars 2019.

²²⁴ Dans le commentaire de la décision évoquée, le Conseil constitutionnel a précisé, à propos de la technique d'enquête intrusive dont il a censuré les dispositions proposées, qu'il n'a « *pas exclu par principe le recours à des interceptions de correspondances lors d'une enquête pour des infractions autres que celles relevant de la criminalité et de la délinquance organisées ou pour des infractions ne répondant pas à l'exigence d'une particulière gravité et complexité. Il a, en revanche, jugé qu'un tel recours ne pouvait être justifié pour toutes les infractions punies d'au moins trois ans d'emprisonnement, ainsi que l'avait prévu, sans distinction, le législateur* ». Le Conseil constitutionnel a donc laissé le champ ouvert à une dérogation au cas par cas.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Comme au niveau européen, différents leviers doivent être activés simultanément pour agir plus efficacement sur le territoire national contre le développement de la contrefaçon, avec un préalable déjà relevé par la Cour dans son rapport de 2014 : développer une stratégie globale, volontariste et coordonnée.

Très atomisé et opaque, porté par une multitude d'acteurs qui brouillent les possibilités d'identification des principaux contrevenants, le commerce de contrefaçons repose sur des filières difficiles à démanteler. Le combattre efficacement suppose des moyens d'investigation importants qu'aucune des administrations concernées n'a les moyens d'engager seule. La lutte contre les différentes formes de contrefaçons exige donc une approche coordonnée, tant sur le plan stratégique qu'opérationnel. Elle doit aussi s'appuyer sur une vision globale et partagée du phénomène, alimentée par une information complète et de qualité.

La Cour recommande de conforter le dispositif national à trois niveaux : (i) en élaborant à brève échéance une feuille de route et un plan d'action interministériel de la lutte contre les contrefaçons ; (ii) en renforçant le rôle de l'INPI en matière de collecte et d'agrégation des données utiles à la quantification du phénomène en vue de permettre une analyse plus fine de son impact sur le territoire français ; (iii) en créant une unité de coordination de la lutte contre les contrefaçons, sous l'égide de la DGDDI, composée d'agents issus des différentes administrations concernées, qui pourrait centraliser et croiser les différentes sources d'information afin d'enrichir le renseignement au service de l'action opérationnelle.

La prise de conscience par les consommateurs et les entreprises des enjeux que représente la prolifération des contrefaçons semble insuffisante et la Cour recommande d'amplifier les actions de sensibilisation. Leur rôle respectif dans la lutte contre ce phénomène est déterminant et doit être encouragé, notamment en confortant le lien entre les pouvoirs publics et les titulaires de droits, d'une part, et en facilitant les démarches des consommateurs de bonne foi désireux d'obtenir remboursement en cas d'achat de contrefaçons sur internet, d'autre part.

La Cour constate que les recommandations de son rapport de 2014 sur la politique publique de lutte contre la contrefaçon encourageant une plus grande spécialisation des magistrats en droit de la propriété industrielle et une répression plus sévère des contrefacteurs, n'ont été que partiellement suivies d'effets. Au-delà de la spécialisation des magistrats, indispensable pour traiter un contentieux technique, celle des juridictions civiles, qui n'a pas connu de nouvelle impulsion depuis 2010, et pénales, qui n'a pas encore commencé, devrait renforcée.

Il serait opportun de faciliter la suspension groupée des noms de domaines des sites internet portant atteinte à un même droit et de prévoir des mesures plus dissuasives pour les contrevenants, notamment l'amende civile, en particulier dans les cas de fautes les plus lucratives ou portant atteintes à la santé ou à la sécurité du consommateur. Enfin, la Cour recommande d'étudier la possibilité d'assouplir les conditions du recours à la peine complémentaire de confiscation des avoirs criminels pour les délits de contrefaçons simples.

La Cour formule les recommandations suivantes :

- 5. établir d'ici fin 2020, sous l'autorité du Premier ministre, un plan d'action interministériel de lutte contre les contrefaçons et en confier la mise en œuvre au ministre chargé de l'économie (SG des ministères économiques et financiers) ;*

6. *charger l'INPI de collecter l'ensemble des données utiles à la quantification de la contrefaçon et au recensement des actions des administrations, en vue de les transmettre à l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) et de contribuer au suivi du plan d'action interministériel (DGE, INPI) ;*
 7. *regrouper, sous l'égide de la DGDDI, des agents des différentes administrations concernées dans une unité chargée de centraliser et de partager le renseignement relatif à la contrefaçon (DGDDI) ;*
 8. *mieux informer les consommateurs des conséquences pour leur sécurité, l'économie et l'emploi, de l'achat de produits contrefaisants (DGCCRF, DGDDI) ;*
 9. *expérimenter, en s'inspirant du dispositif canadien « Chargeback », un mécanisme permettant le remboursement aux consommateurs de leurs achats de contrefaçons sur internet (DGCCRF) ;*
 10. *poursuivre la spécialisation des juridictions et des magistrats dans le traitement des violations des DPI (SG du ministère de la justice) ;*
 11. *adapter la législation en :*
 - *mettant en place des amendes civiles en complément des dommages et intérêts ;*
 - *permettant la suspension groupée des noms de domaines portant atteinte à un même droit ;*
 - *examinant les conditions facilitant le recours à la peine complémentaire de confiscation des avoirs criminels pour les délits de contrefaçon simple (SG du ministère de la justice).*
-

Liste des abréviations

ACE.....	<i>Advisory committee on enforcement</i>
ACIST	<i>Anti-counterfeiting intelligence support tool</i>
ACTA.....	<i>Anti-counterfeiting trade agreement</i>
ADPIC.....	Aspect des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AGRASC.....	Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués
ALCCI.....	Association de lutte contre le commerce illicite
ANDEMA	<i>Asociación para la defensa de la marca</i>
ANSM	Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé
APRAM.....	Association des praticiens du droit des marques et des modèles
BRI.....	<i>Belt and road initiative</i>
CAFC	Centre anti-fraude au Canada
CEIPI.....	Centre d'études internationales de la propriété industrielle
CELTICS.....	Cellule de lutte contre le trafic illicite par conteneurs
CEO.....	<i>Chief executive officer</i>
CGE.....	Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies
CGI.....	Code général des impôts
CIS	<i>Community innovation survey</i> - Enquête communautaire sur l'innovation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNAC.....	Comité nationale anti-contrefaçon
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CPME.....	Confédération des petites et moyennes entreprises
CSCE.....	Centre de surveillance du commerce électronique
DACG	Direction des affaires criminelles et des grâces
DACS	Direction des affaires civiles et du sceau
DG	Direction générale
DGCCRF.....	Direction générale de concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DG CONNECT	Direction générale des réseaux de communication, du contenu et des technologies de l'information
DGDDI.....	Direction générale des douanes et droits indirects
DGE	Direction générale des entreprises
DGGN	Direction générale de la gendarmerie nationale
DG GROW	Direction générale en charge du marché unique, de l'industrie et des entreprises
DG JUST.....	Direction générale de la justice et des consommateurs
DGPN.....	Direction générale de la police nationale
DG SANTÉ	Direction générale santé et sécurité alimentaire
DGT	Direction générale du Trésor
DG TAXUD	Direction générale chargée de la fiscalité et de l'union douanière
DG TRADE.....	Direction générale en charge du commerce extérieur

DNRED.....	Direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières
DPI.....	Droit de propriété intellectuelle
DRD.....	Direction du renseignement douanier
DVAS.....	Direction de la veille et analyse stratégique
ECPA.....	<i>European crop protection agency</i>
EMC.....	Enseignement moral et civique
ENS.....	<i>Entry summary declaration</i> - Déclaration sommaire d'entrée
ETI.....	Entreprise de taille intermédiaire
ETP.....	Équivalent temps plein
EU.....	<i>European union</i>
EUIPO.....	Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle
EUROPOL.....	Office européen de police
EUROJUST.....	Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne
EUROSTAT.....	Direction générale de la Commission européenne chargée de l'information statistique
FEVAD.....	Fédération e-commerce et vente à distance
FTZ.....	<i>Free trade zone</i>
G7.....	Groupe des sept
G20.....	Groupe des vingt
G29.....	Groupe de travail Article 29 sur la protection des données
GAO.....	<i>Government accountability office</i>
HADOPI.....	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
HMRC.....	Service de la fiscalité et des douanes du Royaume-Uni
ICC BASCAP...	<i>International chamber of commerce, business action to stop counterfeiting and piracy</i>
ICS.....	<i>Import control system</i>
IFOP.....	Institut français d'opinion publique
INDICAM.....	<i>Istituto di centromarca per la lotta alla contraffazione</i>
INPI.....	Institut national de la propriété industrielle
INSEE.....	Institut national de la statistique et des études économiques
INTA.....	Commission du commerce international du Parlement européen
INTERPOL.....	Organisation internationale de police criminelle
IPC3.....	<i>Intellectual property crime coordinated coalition</i>
IPEC.....	<i>Intellectual property enterprise court</i>
IPO.....	<i>Intellectual property office</i>
IPR.....	<i>Intellectual property rights</i>
IPRED.....	<i>Intellectual property rights enforcement directive</i>
IRACM.....	Institut de recherches anti-contrefaçon de médicaments
IRIS.....	Institut de relations internationales et stratégiques
JIRS.....	Juridiction interrégionale spécialisée
LCEN.....	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
LEEM.....	Les entreprises du médicament
MEAE.....	Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères
MEDEF.....	Mouvement des entreprises de France
NACE.....	Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne
OCDE.....	Organisation de coopération et de développement économiques

OCLAESP.....	Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique
OEB.....	Office européen des brevets
OHMI.....	Office de l'harmonisation dans le marché intérieur
OIV.....	Opération interministérielle vacances
OLAF.....	Office européen de lutte antifraude
OMC.....	Organisation mondiale du commerce
OMD.....	Organisation mondiale des douanes
OMPI.....	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONU DC.....	Office des Nations unies contre la drogue et le crime
PACTE.....	Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises
PAE.....	Pôle action économique
PAP.....	Projet annuel de performance
PDG.....	Président-directeur général
PEPP.....	Pôle d'évaluation des politiques pénales
PHAROS.....	Plateforme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements
PI.....	Propriété intellectuelle
PIB.....	Produit intérieur brut
PICPU.....	Unité de police britannique de lutte contre les violations des droits de propriété intellectuelle
PME.....	Petite ou moyenne entreprise
PNB.....	Produit national brut
POC.....	Pôle orientation des contrôles
PSP.....	Pôle de santé publique
PVP.....	Procès-verbal de perquisition
RAPEX.....	Système européen d'alertes rapides pour les produits non-alimentaires dangereux
RCMP.....	Unité de police au Canada responsable de la fraude aux consommateurs
SDSE.....	Sous-direction de la statistique et des études du ministère de la justice
SG.....	Secrétariat général
SGAE.....	Secrétariat général des affaires européennes
SG MEAE.....	Secrétariat général du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères
SILF.....	Système d'informations de lutte contre la fraude
SOCTA.....	<i>Serious and organized crime threat assessment</i>
SPE.....	Service de paiement électronique
SSTL.....	<i>Smart and secure trade lane</i>
TDU.....	Territoire douanier de l'Union européenne
TEU.....	<i>Twenty feet equivalent unit</i>
TFUE.....	Traité de fonctionnement de l'Union européenne
TGI.....	Tribunal de grande instance
TRACFIN.....	Traitement du renseignement et actions contre les circuits financiers clandestins
TRIPS.....	Aspect des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
TVA.....	Taxe sur la valeur ajoutée
UE.....	Union européenne
UEFA.....	Union des associations européennes de football

UFC Que
choisir..... Union des fédérations de consommateurs Que choisir
UIBM *Ufficio italiano brevetti i marchi*
UK..... Royaume-Uni
UNIFAB..... Union des fabricants
UPU..... Union postale universelle

Annexes

Annexe n° 1 : échange de courriers entre le Premier président de la Cour des comptes et du Président de l'Assemblée nationale.....	107
Annexe n° 2 : champ de l'étude du présent rapport	111
Annexe n° 3 : exemples de coûts initiaux de protection des droits de propriété industrielle	112
Annexe n° 4 : le contrôle de la sécurité des produits à l'importation au sein de l'UE	113
Annexe n° 5 : procédure et moyens d'action de la DGDDI sur les marchandises suspectées de contrefaçons	114
Annexe n° 6 : sanctions maximales prévues en matière de violations de DPI.....	116
Annexe n° 7 : comité d'accompagnement.....	118
Annexe n° 8 : liste des administrations et organismes rencontrés.....	119
Annexe n° 9 : liste et suivi des recommandations du rapport de la Cour des comptes du 16 mai 2014 relatif à la lutte contre les contrefaçons	123

Annexe n° 1 : échange de courriers entre le Premier président de la Cour des comptes et du Président de l'Assemblée nationale

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
LIBERTÉ • ÉGALITÉ • FRATERNITÉ

ASSEMBLÉE NATIONALE

LE PRÉSIDENT

PARIS, LE 31 OCT. 2018

Monsieur le Premier président,

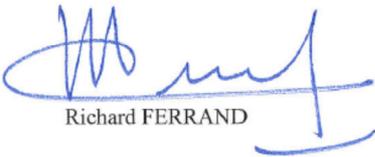
Conformément à l'article 47-2 de la Constitution, la Cour des comptes assiste le Parlement dans l'évaluation des politiques publiques. Je suis très attaché à ce que cette assistance très appréciée puisse se développer davantage, afin de renforcer la place de l'Assemblée nationale dans l'exercice de ses missions constitutionnelles.

Dans cette perspective, réuni sous ma présidence le 24 octobre 2018, le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) a décidé, en application de l'article L. 132-6 du code des juridictions financières, de confier à la Cour des comptes la réalisation de deux enquêtes portant respectivement sur :

- la lutte contre la contrefaçon, afin de disposer d'un bilan de l'action menée par l'État pour faire face à ce phénomène aux effets économiques importants dans de nombreux secteurs ;
- l'accès à l'enseignement supérieur, afin de mesurer les impacts, sur les trajectoires sociales et scolaires, des différentes politiques publiques concernées.

Je vous saurais gré de me faire connaître dans quels délais la Cour des comptes sera en mesure de transmettre les rapports traduisant les résultats de ces deux enquêtes.

Je vous prie de croire, Monsieur le Premier président, à l'assurance de ma considération distinguée.

Bien amicalement

Richard FERRAND

Monsieur Didier MIGAUD
Premier président
Cour des comptes
13 rue Cambon
75001 PARIS

HÔTEL DE LASSAY 128, RUE DE L'UNIVERSITÉ 75007 PARIS - TÉL. 01 40 63 50 00

Cour des comptes

KCC D1804069 KZ
23/11/2018

Le 23 NOV. 2018

Le Premier président

ch Monsieur le Président,

Par courrier en date du 31 octobre dernier, vous m'avez fait part des demandes d'enquêtes du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques pour l'année 2020 en application de l'article L. 132-6 du code des juridictions financières.

Je vous confirme que la Cour conduira les deux travaux d'évaluation que vous lui avez demandés.

Une enquête relative à *la lutte contre la contrefaçon* sera conduite par la première chambre, présidée par M. Raoul Briet, et pourra vous être transmise avant la fin du premier trimestre 2020.

Une enquête relative à *un premier bilan du dispositif d'accès à l'enseignement supérieur dans le cadre de la loi ORE* sera conduite par la troisième chambre, présidée par Mme Sophie Moati, et vous sera transmise à la fin du mois de février 2020.

Les présidents de chambre concernés se tiennent à la disposition des rapporteurs désignés par le CEC afin de fixer le champ et l'approche retenus. Je vous propose que ces précisions fassent ensuite l'objet d'un échange de courriers entre nous.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération. *e de*

mes sentiments les meilleurs -


Didier Migaud

Monsieur Richard Ferrand
Président de l'Assemblée nationale
Assemblée nationale
126 rue de l'Université
75355 PARIS SP 07

KCC D1900222 KZ
18/01/2019

Cour des comptes



Le 18 JAN. 2019

Le Premier président

Monsieur le Président,

En réponse à votre lettre du 31 octobre 2018 je vous indiquais, dans un courrier du 23 novembre, que la Cour des comptes avait inscrit, au programme de travail de la première chambre pour l'année 2019, une enquête relative à la lutte contre la contrefaçon.

Cette enquête, menée en application de l'article L. 132-6 du code des juridictions financières, a été confiée à M. Christophe Beaux, conseiller maître, M. Guillaume Valette-Valla, conseiller référendaire, et M. Benoît Malbrancke, rapporteur extérieur. M. Christian Charpy, conseiller maître et président de la deuxième section à la première chambre, en sera le contre-rapporteur.

La réunion du mercredi 12 décembre 2018 entre MM. Jean-Yves Bournazel et Christophe Blanchet, députés désignés par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale pour suivre cette enquête, et MM. Raoul Briet, président de la première chambre, Christian Charpy et Christophe Beaux, a permis de préciser le périmètre et le calendrier des travaux.

Il a été convenu que ce travail ne devait pas être une étude à caractère monographique sur la contrefaçon, mais devait contribuer à porter une appréciation sur l'efficacité et l'efficience des politiques publiques destinées à lutter contre celle-ci. Il portera sur l'ensemble des domaines concernés, en particulier les produits de marque dans le secteur de la mode ou les produits industriels et pharmaceutiques, et ce dans tous les secteurs industriels et commerçants où elle sévit. L'enquête, qui s'efforcera d'apprécier les destructions d'emploi provoquées, couvrira toutes les dimensions du sujet, depuis la sensibilisation des acteurs jusqu'aux réponses pénales apportées aux infractions constatées. Elle n'analysera pas la question des liens économiques entre contrefaçon et criminalité ou terrorisme.

Le phénomène de la contrefaçon dépassant largement le cadre du territoire national, l'enquête reposera sur la rencontre préalable des acteurs, aussi bien en France qu'au niveau européen, dans les organismes publics et dans les filières économiques concernés, au travers d'entretiens ou de groupes de travail selon le choix de l'équipe d'évaluation.

Monsieur Richard Ferrand
Président de l'Assemblée nationale
Assemblée nationale
126 rue de l'Université
75355 PARIS SP 07

Les députés seront tenus informés des principaux déplacements prévus ainsi que des réunions de travail avec les parties prenantes. Ils pourront, à leur demande, y être associés.

Le rapport sera remis fin février 2020. Il a été convenu avec MM. les députés que les travaux de la Cour donneraient lieu à un point d'étape courant mai 2019.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération *en clo*

mes sentiments les meilleurs.

Didier Migaud
Didier Migaud

Annexe n° 2 : champ de l'étude du présent rapport

Le code de la propriété intellectuelle (CPI), créé par la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, contient une partie législative et une partie réglementaire. La première se décompose elle-même en deux parties ; les droits de la propriété littéraire et artistique (droit des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit), puis les droits de propriété industrielle, tels que décrits dans le tableau ci-dessous. Le champ du présent rapport se limite à l'étude de la violation et de la protection des droits de la propriété industrielle.

La propriété littéraire et artistique (art L. 112-2 du CPI)	La propriété industrielle (deuxième partie du CPI)
1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; 3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; 4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes ; 5° Les compositions musicales ; 6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles ; 7° Les œuvres de dessin, peinture, architecture, sculpture, gravure, lithographie ; 8° Les œuvres graphiques et typographiques ; 9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues ; 10° Les œuvres des arts appliqués ; 11° Les illustrations et cartes géographiques ; 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure.	1° Dessins et modèles : apparence d'un produit, ou d'une partie d'un produit, caractérisée par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou des matériaux ; 2° Brevet d'invention ; 3° Topographie finale ou intermédiaire d'un produit semi-conducteur ; 4° Obtentions végétales : ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas connu, qui répond aux conditions de variété nouvelle ; 5° Marques de fabrique, de commerce ou de service ; 6° Indications géographiques ; 7° Indications relatives aux services publics.

La notion de contrefaçon est également utilisée dans d'autres codes, pour définir l'étendue des pouvoirs des services chargés de la recherche, de la détection, de la saisie ou de la destruction des marchandises contrefaisantes (code des douanes, code de la consommation) ou pour définir les sanctions applicables aux personnes mises en cause (cf. annexe n° 6 : code des douanes, code de la santé publique).

Annexe n° 3 : exemples de coûts initiaux de protection des droits de propriété industrielle

<i>En €</i>		Marques (1 classe)*	Brevets	Dessins et modèles
<i>Rédaction</i>	France	//	4 000 - 7000 **	//
<i>Recherche de disponibilité à l'INPI</i>	France	50 à 165	Sur devis	Sur devis
<i>Dépôt INPI sous format électronique</i>	France	210	546 (dont rapport de recherche)	39 + 52 pour une protection sur 10 ans
<i>Taxe d'extension ***</i>	Europe	60	26 d'envoi par pays + 36 par traduction,	//
	Monde	830	993 + 1775 de taxe de recherche	//
<i>Coût d'extension (dépôt international ou direct selon les pays)</i>	Europe	850	500 à 2 000 selon les pays européens	350
	USA	930 à 1179	3 112 + 875	1568+875
	Chine	700 à 1100	450	64
	Inde	32	20 à 100	25
<i>Traduction</i>	USA	//		
	Chine	Plusieurs milliers à plusieurs dizaines de milliers d'euros dans le cas des brevets		
	Inde	Quelques centaines d'euros, plusieurs milliers dans le cas des brevets		
<i>Entretien annuel</i>	France	250 au bout de 10 ans, pour 10 ans supplémentaires	Progressif par an ; 38 à 790	//
	UE	1000 au bout de 10 ans, pour 10 ans supplémentaires	//	Progressif par période de 5 ans ; 90 à 180
	USA	320 au bout de 10 ans, pour 10 ans supplémentaires	1450 à la 3 ^{ème} année, 3300 à la 7 ^{ème} , 6750 à la 11 ^{ème}	//
	Chine	255 au bout de 10 ans, pour 10 ans supplémentaires	Progressif par an ; 115 à 1020	Progressif par an ; 75 à 255
	Inde	64 au bout de 10 ans, pour 10 ans supplémentaires	Progressif par an ; 10 à 100	25 au bout de 10 ans pour 5 années de plus

Source : Cour des comptes d'après données INPI, EUIPO et OMPI

* Un dépôt de marque protège un nom identifiant des produits et/ou des services. Les différents produits et services ont été organisés par classes. Par exemple les vêtements appartiennent ainsi à la classe 25. Une marque peut donc concerner plusieurs catégories. Plus un nombre important de classes est concerné, plus la tarification augmente.

** Montant moyen de recours à un conseil par les détenteurs de droits.

*** Taxes administratives de traitement du dossier.

Annexe n° 4 : le contrôle de la sécurité des produits à l'importation au sein de l'UE

La directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits est destinée à « assurer que les produits mis sur le marché sont sûrs », c'est-à-dire soumis à une obligation générale de sécurité lorsqu'ils ne sont pas couverts par des réglementations spécifiques, au niveau de l'Union européenne ou au niveau national. À l'importation, cette exigence de sécurité impose une large coopération entre les organismes d'accréditation et ceux du contrôle des frontières.

Institué par la décision 84/133/CEE du Conseil du 2 mars 1984, instituant un système communautaire d'échange rapide d'informations sur les dangers découlant de l'utilisation des produits de consommation, le RAPEX (pour Rapid Alert System for dangerous non-food products)²²⁵ contribue à la sécurité des consommateurs et à la protection de leur santé. Ce système, géré par la DG JUST, prévoit qu'un État membre qui adopte des mesures urgentes pour empêcher, restreindre ou soumettre à certaines conditions la commercialisation d'un produit en raison du danger grave et immédiat que ce produit présente pour la santé et la sécurité des consommateurs, en informe d'urgence la Commission. Après vérifications, celle-ci répercute ces informations aux autres États membres pour qu'ils prennent eux-mêmes les mesures nécessaires. Les États-membres peuvent au sein de RAPEX préciser la catégorie du produit et les risques associés. Ils ont également la possibilité, optionnelle, de préciser si le produit est une contrefaçon ou est soupçonné d'être une contrefaçon.

RAPEX couvre l'ensemble des pays de l'UE, ainsi que la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein. En France, c'est la DGCCRF qui est le point de contact du système RAPEX.

²²⁵ RAPEX ne s'applique pas aux produits pharmaceutiques et médicaux, à la nourriture, aux animaux, aux produits d'origine animale et aux situations d'urgence radiologique qui font l'objet de procédures de notifications équivalentes.

Annexe n° 5 : procédure et moyens d'action de la DGDDI sur les marchandises suspectées de contrefaçons

La particularité du dispositif juridique douanier français est de bénéficier d'une capacité d'intervention sur l'ensemble du territoire :

- en frontière, sur les flux internationaux de marchandises (importation/exportation) au titre du règlement (UE) 608/2013 ;
- sur le territoire national (à la détention/circulation) au titre du Code de la propriété intellectuelle.

Ces deux bases juridiques prévoient un dispositif spécifique de retenue des marchandises par la douane pendant une durée de 10 jours²²⁶ pendant lesquels le titulaire de droits doit apporter son expertise sur le caractère contrefaisant ou non de la marchandise concernée, le dispositif national ayant été aligné sur le dispositif communautaire.

Ce dispositif repose sur le principe d'une demande d'intervention préalable des titulaires de droits auprès de la DGDDI. Cette demande (formulaire électronique, harmonisé et valable dans tous les États membres de l'UE), apporte à toutes les autorités douanières les informations nécessaires pour contrôler plus efficacement l'importation des produits des détenteurs de droits. Le nombre significatif d'informations demandées et leur mise à jour régulière peut être de nature à décourager certains détenteurs de droits²²⁷. Pour autant, de la précision des informations communiquées dépend largement le succès des opérations de contrôle qu'elles permettront d'entreprendre. Cette démarche proactive permet la mise en place d'une surveillance douanière de marchandises susceptibles de porter atteinte à un droit de propriété préalablement enregistré.

À l'issue du délai de dix jours, deux situations peuvent se présenter :

- soit la douane met en œuvre une procédure de destruction simplifiée (article 716-8-4 et 5 du code de la propriété intellectuelle). Cette procédure l'autorise à détruire les marchandises en cause sans recours à un juge. Aucune infraction n'est alors retenue à l'encontre du détenteur des marchandises. Elle nécessite cependant l'accord des deux parties (titulaire de droits et détenteur des marchandises). La Douane joue ici un rôle d'intermédiaire et de gardien temporaire de la marchandise avant sa destruction. Une partie des coûts liés au stockage et à la destruction est supportée par les titulaires de droits²²⁸. Ce dispositif répond à un objectif de retrait rapide des marchandises du marché. En cas d'échec de la procédure, notamment si le détenteur des marchandises la refuse la destruction, le titulaire de droits conserve son droit d'engager des poursuites devant les juridictions civiles ou pénales ;

²²⁶ Le délai initial de dix jours peut être prorogé de dix jours maximum, sur requête motivée du détenteur de droits.

²²⁷ Circuit de distribution des marchandises authentiques, circuit de distribution des marchandises contrefaisantes si le titulaire de droits a des informations en sa possession, comparatif marchandises authentiques et marchandises contrefaisantes, description des emballages, référents juridiques et techniques à contacter dans le cadre de la retenue etc. La demande d'intervention doit être mise à jour régulièrement, sous peine de faire échouer la retenue. Enfin, le titulaire de droits doit répondre dans les délais impartis à la demande d'expertise faute de quoi la retenue débouchera sur une mainlevée des marchandises et leur remise en circulation.

²²⁸ Sur la base d'un barème forfaitaire. Le coût maximal d'une procédure complète est de 130 €.

- soit la douane met en œuvre son droit de saisie autonome (article 38 du code des douanes) qui lui confère le pouvoir de retirer sans délai les marchandises du marché. L'administration des douanes dispose alors de la faculté d'engager des poursuites judiciaires. La Douane privilégie cette action en cas de marchandise possiblement dangereuses pour la santé de l'homme ou de l'animal ou qu'elle suspecte des organisations criminelles d'être à l'origine du trafic considéré.

Par ailleurs, s'agissant des petits envois en fret postal et fret express, l'article 26 du règlement (UE) 608/2013 établit une procédure, sur demande expresse du titulaire de droits lors du dépôt de sa demande d'intervention. Les marchandises suspectes peuvent être détruites sans solliciter le titulaire de droits lorsque le détenteur a donné son accord express ou tacite dans le délai de retenue de dix jours ouvrables. Lorsque le détenteur refuse la destruction, les services douaniers informent le titulaire de droits et lui communiquent la quantité, la nature et des images des marchandises. Le titulaire de droits doit engager une action en justice, sous réserve de quoi, la marchandise est libérée.

La douane française ne met cependant pas en œuvre cette procédure spécifique aux petits envois pour plusieurs raisons.

En premier lieu, la mise en œuvre de cette procédure est subordonnée à l'accord préalable des titulaires de droits au moment de la demande d'intervention. Or seuls 33 % des demandes d'intervention enregistrées dans l'Union Européenne le prévoient. Cette situation s'explique, d'une part, en raison du faible intérêt des titulaires de droits sur les petits envois et, d'autre part, du fait que les titulaires de droits doivent prendre en charge les coûts associés à la retenue et à la destruction, à l'inverse des cas de pure saisie douanière (art 38 du code des douanes).

En deuxième lieu, cet article conditionne le retrait des marchandises du marché à une action en justice du titulaire de droits, si le détenteur s'est opposé à la destruction. La majorité des titulaires de droits étant peu encline à agir en justice pour de faibles quantités, la mise en œuvre de cet article entraînerait paradoxalement une libération de la marchandise, ce qui va à l'encontre de l'objectif premier de retirer rapidement du marché des contrefaçons.

En dernier lieu, cette procédure est, pour certaines douanes européennes, l'unique moyen juridique permettant d'agir sur le vecteur du fret express. Avec son pouvoir de saisie autonome (article 38 du code des douanes), la douane française dispose d'un outil plus rapide et plus simple, lui permettant de rester efficace face à la multiplication du fractionnement des envois du e-commerce. La saisie permet en effet de retirer du marché des quantités importantes de contrefaçons dans le fret express et le fret postal. Elle représente un gain de temps par rapport à la retenue car elle n'est pas soumise à des délais.

Annexe n° 6 : sanctions maximales prévues en matière de violations de DPI

	Bases légales	Sanctions maximales	Circonstances aggravantes	Récidive
<i>Marques</i>	L.716-9 L.716-10 L.716-12 code de la propriété intellectuelle	3 ans et 300K€ notamment pour détention, importation, revente, production 4 ans et 400K€ si donneur d'ordre ou production industrielle	7 ans et 750K€	Doublement de la peine
<i>Brevets</i>	L.615-14 L.615-14-1 code de la propriété intellectuelle	3ans et 300K€	7 ans et 750K€	Doublement de la peine
<i>Dessins et modèles</i>	L.521-10 code de la propriété intellectuelle	3 ans et 300K€	7 ans et 750K€	Doublement de la peine
<i>Marchandises prohibée au sens du code des douanes</i>	414 code des douanes	3 ans et amende comprise entre 1 et 2 fois la valeur de l'objet de la fraude	10 ans et amende allant jusqu'à 10 fois la valeur de l'objet de la fraude	
<i>Médicaments</i>	L.5421-13 L.5421-14 code de la santé publique	3 ans et 75K€ si détention : 5 ans et 375K€ si fabrication, commercialisation, etc.	7 ans et 750K€	
<i>Droits d'auteur</i>	L335-1 et suivants code de la propriété intellectuelle	3 ans et 300K€	7 ans et 750K€	

Source : Cour des comptes

À titre de comparaison, les peines encourues en cas de tromperie sur la marchandise ou de trafic de stupéfiants sont les suivantes :

Cadre légal de lutte contre d'autres fraudes

	Bases légales	Sanctions maximales	Circonstances aggravantes	Récidive
<i>Pratique commerciale trompeuse</i>	L.454-2 et 454-3 code de la consommation	2 ans et 300K€ 5 ans et 600K€ si manœuvre	7 ans et 750K€	
<i>Stupéfiants</i>	222-36 code pénal	10 ans et 7500K€ (perpétuité si production)	30 ans et 7500K€	

Source : Cour des comptes

Annexe n° 7 : comité d'accompagnement

- M. Paul Maier, directeur de l'Observatoire européen des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle (EUIPO)
- M. Luc Rousseau, vice-président du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies
- Mme Elisabeth Ponsolle des Portes, déléguée générale du Comité Colbert
- M. Philippe Lamoureux, directeur général des Entreprises du médicaments (LEEM)
- M. Philippe Juvin, maire de La Garenne-Colombes, ancien député européen
- M. Alain Praud, administrateur national de l'Union des fédérations de consommateurs Que Choisir (UFC Que Choisir)
- M. Philippe Collier, rédacteur en chef du site Contrefaçon-Riposte
- M. Jérémy Lachartre, chercheur, Institut français de géopolitique
- M. Jean-Dominique Comolli, expert, ancien PDG d'Altadis
- M. Thierry Sueur, président du comité Propriété intellectuelle au sein du MEDEF

Annexe n° 8 : liste des administrations et organismes rencontrés

ACTEURS PUBLICS NATIONAUX

Ministères de l'économie et des finances

- Direction générale des douanes et droits indirects (DGDDI)
- Direction Interrégionale des douanes de Paris Aéroports
- Direction régionale des douanes – Le Havre
- Direction national du renseignement et des enquêtes douanières
- Direction générale des entreprises (DGE)
- Institut national de la propriété intellectuelle (INPI)
- Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)
- Direction générale du trésor

Ministère de l'intérieur

- Direction générale de la gendarmerie nationale
- Groupement de gendarmerie du Val d'Oise
- Gendarmerie – section de recherche de Lyon
- Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (OCLAESP)
- Direction générale de la police nationale

Ministère de la justice

- Direction des affaires criminelles et des grâces
- Direction des affaires civiles et du Sceau
- Tribunal de grande instance de Paris

Ministère de la Santé

- Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé

Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE)

- Représentation Permanente de la France auprès de l'UE
- Ambassade de France au Royaume-Uni
- Ambassade de France en Italie

Autres

- Secrétariat général des affaires européennes
- Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC)
- Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI)
- Banque de France
- Comité national anti-contrefaçon (CNAC)

COMMISSION EUROPÉENNE

- Direction générale Fiscalité et Union douanière (DG TAXUD)
- Direction générale du commerce (DG TRADE)
- Direction générale Marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et PME (DG GROW)
- Direction générale des réseaux de communication, contenu et technologies (GD CONNECT)
- Direction générale santé et sécurité alimentaire (GD SANTÉ)
- Direction générale justice et consommateurs (DG JUSTICE)
- Office européen de lutte contre la fraude (OLAF)
- Office de l'UE pour la propriété intellectuelle (EUIPO)

ACTEURS PUBLICS ITALIENS

- Guardia di finanza
- Carabinieri
- Ministère du développement économique - Direction générale de la lutte contre la contrefaçon
- Bureau italien des brevets et des marques (UIBM)
- Agence des douanes et monopole- Direction antifraudes et contrôles

ACTEURS PUBLICS BRITANNIQUES

- Service de la fiscalité et des douanes du Royaume-Uni (HMRC)
- Haute Cour de Justice d'Angleterre
- Unité de police de Londres chargée de la lutte contre la criminalité liée à la propriété intellectuelle (PIPCU)
- Office de la propriété intellectuelle de Grande-Bretagne

ACTEURS PUBLICS CANADIENS

- Centre Anti-Fraude canadien

ACTEURS PUBLICS AMÉRICAINS

- Bureau exécutif du président des États-Unis
- Office de la Propriété Intellectuelle
- Ministère du Commerce
- Ambassade des États-Unis en France
- US Government Accountability Office (GAO)

ACTEURS MONDIAUX

- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)
- Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)
- Organisation mondiale des douanes (OMD)
- Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL)
- Organisation mondiale du commerce (OMC)
- Association internationale des marques de commerce (INTA)

ENTREPRISES, ASSOCIATIONS, ACTEURS PRIVÉS

- Union des fabricants (UNIFAB)
- Confindustria
- Union fédérale des consommateurs – Que Choisir
- Association de lutte contre le commerce illicite (ALCCI)
- Association des praticiens du droit des marques et modèles (APRAM)

- Institut de recherche anti-contrefaçon des médicaments (IRACM)
- Fédération du e-commerce et de la vente à distance (FEVAD)
- Confédération des petites et moyennes entreprises (CPME)

La Cour a en outre rencontré des représentants d'une vingtaine d'entreprises dans les secteurs du commerce électronique, du transport, du développement de services de traçabilité fondés sur la *blockchain*, des services bancaires, du luxe, des cosmétiques, de l'habillement, des spiritueux, du bâtiment, de la production d'accessoires pour enfants, du médicament, de l'équipement automobile, des services de protection des marques en ligne, ainsi que de cabinets d'avocats spécialisés en droit de la propriété intellectuelle.

Annexe n° 9 : liste et suivi des recommandations du rapport de la Cour des comptes du 16 mai 2014 relatif à la lutte contre les contrefaçons

<i>Recommandation</i>	<i>Suivi</i>
<i>1. Procéder régulièrement, en collaboration avec les organisations professionnelles et le CNAC, à une analyse objective des conséquences économiques, nationales et sectorielles, des pratiques de contrefaçon</i>	Non mise en œuvre
<i>2. Faire adopter au niveau de l'UE les textes permettant de rétablir les contrôles des douanes sur les marchandises en transit et transbordement et de mieux lutter contre la cyber-contrefaçon</i>	Partiellement mise en œuvre (Paquet Marques)
<i>3. S'assurer qu'aucune des zones qui peuvent être des foyers de fabrication ou de distribution de produits contrefaisants, n'échappe à la compétence des acteurs publics chargés de la veille, des contrôles et de l'action répressive au niveau territorial</i>	Non mise en œuvre
<i>4. Créer, au niveau interministériel, une instance de réflexion stratégique et de pilotage opérationnel de la lutte contre la contrefaçon et en confier le secrétariat à la DGDDI</i>	Non mise en œuvre
<i>5. Interconnecter les bases de données de chacun des acteurs publics chargé de la répression et mettre à l'étude la création d'une base de données commune accessible à tous ces acteurs et rassemblant les informations et les renseignements sur les produits contrefaisants et les contrefacteurs identifiés lors des actions publiques de veille et de surveillance</i>	Non mise en œuvre
<i>6. Renforcer le rôle du CNAC en améliorant la représentativité de tous les acteurs concernés par la lutte contre la contrefaçon ; en y faisant adhérer les associations de consommateurs ; en clarifiant, en collaboration avec l'INPI et les organisations professionnelles, les modalités de financement de ses actions et en encourageant à proposer aux pouvoirs publics des priorités et des cibles de surveillance</i>	Partiellement mise en œuvre
<i>7. Encourager la spécialisation en droit de la propriété industrielle d'un petit nombre de magistrats</i>	Partiellement mise en œuvre
<i>8. Suite à l'adoption de la loi du 11 mars 2014, étudier une circulaire de politique pénale qui encourage les juges à condamner plus souvent et plus sévèrement les contrefacteurs et à retenir, dans les cas les plus graves, les circonstances aggravantes et les peines complémentaires</i>	Partiellement mise en œuvre