

Internet et réseaux sociaux : contrefaçon virtuelle, sanction réelle

Cybercontrefaçon, cyberdouane et réseaux sociaux

La cyber-contrefaçon est une préoccupation contemporaine majeure, qui recouvre des réalités les plus diverses et soulève des questions souvent controversées.

La cyber-contrefaçon désigne premièrement la vente sur Internet de produits réels contrefaisants.

Cela touche tous les secteurs, de la maroquinerie de luxe aux produits pharmaceutiques (selon SANOFI, 94% de la vente de produits médicamenteux sur Internet serait illégale). Cette forme de cyber-contrefaçon représente un danger, que ce soit en termes de santé publique (médicaments), de sécurité (jouets), et d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

Il s'agit là de contrefaçon « classique », liée le plus souvent au crime organisé, dans laquelle Internet joue ici le rôle de simple vecteur.

La cyber-contrefaçon recouvre aussi d'autres formes d'atteintes cette fois-ci propres à la technologie Internet, qui ne sont pas nécessairement liées à la vente de produits réels contrefaisants comme le phishing, le cybersquatting, le streaming ou encore le keyword targeting.

La cyber-contrefaçon intervient sur Internet de manière générale ou plus spécifiquement sur les réseaux sociaux dont le développement a entraîné l'apparition de formes d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle qui lui sont propres comme le page squatting ou l'username squatting.

Aujourd'hui, les tentatives des pouvoirs publics se multiplient à l'échelon national et communautaire pour tenter d'endiguer ces différentes pratiques et défendre les intérêts des titulaires de droits, tout en préservant ceux des consommateurs et ceux des acteurs de l'Internet, étant précisé que ces intérêts sont parfois contradictoires.

En effet, l'intervention du juge et l'instauration d'un contrôle, voire d'une censure sur Internet touche à des problématiques plus globales liées aux libertés fondamentales.

Les outils pour lutter contre la cyber-contrefaçon ont sensiblement évolué ces dernières années, avec un accent mis sur le rôle des intermédiaires qui assument, de plus en plus, leur part de responsabilité dans ce combat (I), et qui sont plus facile à toucher que les internautes contrefacteurs eux-mêmes (II).

La cyber-contrefaçon est une problématique vaste, qui touche tous les droits de propriété intellectuelle et soulève des questions juridiques très diverses.

Le présent exposé ne prétend pas donner une analyse exhaustive de l'ensemble de ces problématiques, mais entend dresser un état des lieux global des réponses juridiques actuellement apportées en France aux problèmes de la contrefaçon sur Internet.

I. Les actions à l'encontre des intermédiaires de l'Internet

A. Le rôle des intermédiaires de l'Internet

1. La responsabilité des intermédiaires de l'Internet

a. Responsabilité atténuée du fait de leur statut d'hébergeur

b. Le blocage des sites abritant des contrefaçons de droit d'auteur sur le fondement de l'article L336-2 CPI

- Article L336-2 :

« En présence d'une **atteinte à un droit d'auteur** ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des **référé**s, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits (...) ou des organismes de défense professionnelle (...), **toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier** ».

- Applications jurisprudentielles :

TGI Paris, 28 novembre 2013, n°11/60013, Allostreaming : le Tribunal a ordonné aux fournisseurs d'accès à internet assignés par des représentants d'auteurs de mettre en œuvre toute mesure pour empêcher l'accès aux sites www.allostreaming.com, www.alloshowtv.com, www.alloshare.com et www.allomovies.com, notamment en utilisant le blocage de noms de domaine. Parallèlement, le tribunal a condamné les moteurs de recherche à prendre toute mesure pour empêcher l'apparition de réponse renvoyant vers les pages des sites.

TGI Paris, 4 décembre 2014, n°14/03236, The Pirate bay : le Tribunal a ordonné aux principaux fournisseurs d'accès à internet le blocage des sites illicites « The Pirate Bay » pour une durée de 12 mois en laissant le choix des mesures les plus appropriées pour empêcher l'accès à ce site à partir du territoire français.

TGI Paris, 2 avril 2015, n°14/08177, T411 : le Tribunal ordonne aux fournisseurs d'accès à Internet de mettre en œuvre ou faire mettre en œuvre toutes mesures propres à empêcher l'accès au site T411 par tout moyen efficace et notamment par le blocage du nom de domaine.

2. Les initiatives personnelles des intermédiaires de l'Internet

- Youtube :

Mise en place de l'outil « Content ID » permettant aux internautes mettant régulièrement en ligne du contenu de gérer eux-mêmes ce contenu, en autorisant, limitant ou prohibant sa reproduction.

- Google :

Mise en place d'un algorithme permettant de rétrograder naturellement dans les résultats de recherche les sites ayant fait l'objet de notifications trop fréquentes de la part des titulaires de droits. Plus le site fait l'objet de notifications pour contrefaçon, moins il sera visible dans les résultats de recherche naturels, le but étant de limiter la fréquentation du site et donc ses revenus. Concernant le système adwords, Google indique avoir retiré plus de 524 millions d'annonces et banni plus de 214 000 annonceurs en 2014.

B. « Follow the money » : le rôle des sites de paiement en ligne et des acteurs de la publicité en ligne

But : s'attaquer aux ressources financières des sites contrefaisants pour les assécher et ainsi mettre fin à leur activité.

Pour cela, il faut viser à la fois les sites de paiement en ligne et les acteurs de la publicité en ligne.

Le rapport de Madame IMBERT QUARETTA remis à la Ministre de la culture en mai 2014 préconise de se placer, concernant ces acteurs, sur les terrains de l'autorégulation et du droit souple, en soutenant la signature de chartes permettant d'étendre, de formaliser et de systématiser le recours à des actions techniques permettant de lutter contre la contrefaçon sur Internet.

L'idée serait de confier à une autorité publique (qui pourrait être par exemple la HADOPI) la mission de recouper des informations sur l'activité d'un site. En cas d'activité massivement contrefaisante, les acteurs du paiement en ligne et de publicité en ligne pourraient être informés et sollicités afin de prendre des mesures volontaires, « allant du simple rappel des obligations contractuelles jusqu'à la rupture du contrat ».

II. Les actions à l'encontre des internautes contrefacteurs

A. La principale difficulté : l'identification des contrefacteurs

Des mesures sont progressivement mises en place pour permettre une meilleure identification des auteurs de contrefaçon sur internet.

Interviennent, de manière différente, notamment cyberdouane et l'ICANN.

- Le rôle d'enquête de cyberdouane

Service douanier spécialisé dans la lutte contre la cyberdélinquance créé en 2009

But : recueillir et exploiter tous les renseignements utiles dans la lutte contre la cyberdélinquance.

Rattaché à la direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières et composé d'une quinzaine de personnes dont 10 analystes en cybercriminalité.

Sur 277 dossiers pris en charge par cyberdouane en 2013, près de 40% concernaient la contrefaçon.

Toutes les informations recensées par les différents services sur les contenus illicites sont regroupées sur la « plateforme de signalement » PHAROS (plateforme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements).

Cyberdouane bénéficie des outils à la disposition des douaniers pour sa mission de lutte contre la cybercriminalité:

- droit de communication prévu à l'article 65-1 i) du code des douanes qui permet d'obtenir des informations auprès des opérateurs de télécommunications et d'Internet (notamment fournisseurs d'accès, hébergeur de sites etc) pour la recherche et la constatation des infractions douanières,
- droit d'accès aux locaux et lieux à usage professionnel appartenant à des entreprises suspectes ainsi qu'aux terrains et entrepôts où les marchandises et documents se rapportant à des infractions douanières sont susceptibles d'être détenus (article 63 ter du code des douanes), sur information préalable du procureur de la République
- droit de visite domiciliaire de l'article 64 du code des douanes qui autorise les douanes à pénétrer dans tous les lieux et à saisir les marchandises et les documents se rapportant aux délits constatés. Nécessaire autorisation du JLD et les douanes doivent être accompagnées d'un OPJ.

- La lutte pour la fiabilité des données Whois

Les titulaires de droit qui veulent agir à l'encontre d'un contrefacteur sur Internet sont très souvent confrontés au problème de leur identification.

Une recherche Whois peut s'avérer infructueuse car les informations fournies par le titulaire du site contrefaisant sont souvent erronées.

Pour lutter contre cette incohérence des whois, des obligations pèsent sur les bureaux d'enregistrement. Bureau d'enregistrement (registrar): sociétés privées qui ont pour fonction la commercialisation et l'enregistrement des noms de domaine auprès des registres. Ils sont généralement directement habilités par l'ICANN selon un contrat d'accréditation (le RAA : registrar accreditation agreement).

Ce contrat prévoit notamment que le bureau d'enregistrement est tenu de prendre des mesures raisonnables en cas d'inexactitude des données Whois.

C'est sur le fondement de cette obligation que l'ICANN a mis en place une procédure de plainte pour inexactitude de Whois sur son site internet. Toute personne peut, en 5 minutes, sur le site de l'ICANN, notifier l'inexactitude d'un Whois. L'ICANN qui reçoit cette plainte la transfère au bureau d'enregistrement qui prend alors les mesures nécessaires à leur mise en conformité.

Permet aux titulaires de droit de détenir des informations exactes permettant une action pré-contentieuse ou contentieuse.

B. Typologie des atteintes aux droits de propriété intellectuelle et sanctions propres

a. Typologie des atteintes sur Internet et sanctions réelles

- vente de produits contrefaisants sur Internet

Contrefaçon classique

- phishing

Définition : forme d'escroquerie consistant à conduire les internautes, au moyen d'un courriel frauduleux, à se connecter à un site internet imitant trait pour trait celui d'une société bien connue et ce, afin d'établir une connexion avec l'ordinateur du consommateur et puiser ainsi ses données, notamment bancaires. Le faux site contrefait de nombreux éléments appartenant à la société copiée.

Décisions de justice restent rares

TGI Paris, 31^{ème} chambre, 21 septembre 2005 : condamnation d'une personne poursuivie pour avoir réalisé sur un site internet personnel une imitation de la page de connexion à Microsoft MSN Messenger, sur laquelle les personnes étaient invitées à livrer leurs données personnelles, récoltées par email par le prévenu.

- cybersquatting

Définition : réservation de noms de domaine correspondant à des marques dans un but de spéculation ou dans celui de diriger l'internaute vers de faux produits sur une fausse boutique en ligne imitant celle de la marque faisant l'objet de l'attaque.

Succès important des procédures UDRP (procédure non contentieuse auprès de l'OMPI) : 2 039 décisions rendues en 2014 avec un taux de réussite des demandes de transfert de 88,03%.

Mais elle ne permet pas de sanctionner l'auteur du cybersquatting

TGI Paris, 3-2, 29 octobre 2010, SNCF / Benoit M : condamnation à 20 000 euros de dommages et intérêts, à la demande de la SNCF, d'un cybersquatteur qui avait enregistré les noms de domaine sncfusa.com et eurogv.org pour contrefaçon de marque, atteinte au nom de domaine et pratiques commerciales trompeuses. Le TGI considère qu'il importe peu que le site soit exploité « *dès lors que le simple enregistrement du nom de domaine imitant une marque notoire suffisait à engager la responsabilité de son auteur* ».

TGI Nanterre, 28 juin 2012, Chérie FM / Mohamed E : condamnation pour contrefaçon de marque, atteinte à la dénomination sociale, au nom commercial et à l'enseigne d'un cybersquatteur ayant enregistré 5 noms de domaine comportant le mot « *cheriehd* », deux jours après la publication d'un communiqué de presse du groupe NRJ relatif au lancement de la chaîne Chériehd.

- téléchargement ou streaming illégal

Dispositif de la « réponse graduée » : rappel à la loi mis en place par la HADOPI pour lutter contre les échanges illicites d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou un droit voisin.

Procédure :

- envoi d'un mail d'avertissement par voie électronique au titulaire de l'abonnement, contrefacteur
- en cas de réitération dans un délai de 6 mois suivant l'envoi du premier avertissement, envoi d'un avertissement par message électronique doublé une lettre recommandée

- en cas de nouvelle réitération dans un délai d'1 an suivant la date de présentation de la 2^{ème} recommandation, la HADOPI informe le titulaire de l'abonnement, contrefacteur, par une lettre de notification que ces faits sont susceptibles de poursuites pénales.

Le dernier rapport annuel publié par la HADOPI fait mention, au 30 juin 2014, de 3 249 481 premières recommandations adressées à des internautes, ayant abouti à 116 transmissions au procureur de la République.

- *mots clés ou keyword targeting*

La responsabilité des intermédiaires de l'Internet (comme Google) ne peut être engagée du fait du système des mots clés en raison de l'absence d'usage de la marque.

L'annonceur, quant à lui, n'est en principe pas non plus responsable sauf si l'annonce ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés proviennent d'un tiers et non du titulaire de la marque.

Ainsi, il convient de caractériser une atteinte à l'une des fonctions de la marque : la fonction de garantie d'identité d'origine de la marque, la fonction de publicité ou encore la fonction d'investissement. Cette solution est la même concernant les marques renommées.

Cf. CJUE, 23 mars 2010, C- 236/08 à C- 238/08, Google / Vuitton

CJUE, 22 septembre 2011, C-323/09, Interflora / Mark & Spencer

Ces solutions ont été appliquées par la jurisprudence française :

CA Paris, 21 juin 2013, n°12/11394 : absence de risque de confusion entre le résultat naturel et le lien commercial

CA Paris, 30 novembre 2011, n°10/24234 : atteinte caractérisée si l'annonce suggère un lien économique entre l'annonceur et le titulaire de la marque, en cas de preuve de l'atteinte à la fonction de garantie d'identité d'origine et de risque de confusion. Ces éléments n'étaient pas rapportés en l'espèce.

Com, 25 septembre 2012, n°11-18.110 : pas d'atteinte lorsque l'annonce est suffisamment précise pour permettre à un internaute moyen de savoir que les produits ou services par ces annonces ne proviennent pas du titulaire de droit ou d'une entreprise qui lui est économiquement liée puisque dans ce cas, aucune atteinte à la fonction d'identité d'origine n'est constituée.

TGI Paris, 10 janvier 2013, n°11/06859 : pas de contrefaçon même en cas de présence de la marque dans l'annonce (mais en l'espèce la marque n'était pas distinctive)

TGI Paris, 5 mars 2015, n°13/13092 : pas de contrefaçon par reproduction de la marque et d'atteinte à la renommée car aucun risque de confusion. Procédure abusive menée par le titulaire de la marque (du fait du montant des dommages et intérêts demandés qui a du être provisionné par le défendeur).

- *backlinks*

Définition : reproduction d'une marque dans un backlink (lien hypertexte cliquable, placé sur une page web et pointant vers l'autre page web d'un site cible).

But : améliorer le référencement du site cible

CA Paris, 5-2, 28 mars 2014 n°13/07517 : pas de contrefaçon en raison de l'absence d'usage du signe à titre de marque. Il n'y a pas non plus de risque de confusion car les liens sont « pour l'essentiel invisibles ». Mais condamnation au titre de la concurrence déloyale pour détournement de clientèle.

b. Typologie des atteintes propres aux réseaux sociaux et sanctions réelles

- *page squatting*

Il s'agit principalement de pages de « fan » qui utilisent une marque déposée sans que la contrefaçon ne soit caractérisée en raison de l'absence d'usage dans la vie des affaires.

2 exemples :

TGI Paris, 3^{ème} chambre, 4^{ème} section, 28 novembre 2013, n°12/13628, Laurence Collard / SARL Telfrance Serie et SARL Facebook France : usage de la marque Plus belle la vie par une fan sur un site facebook non officiel ne constitue pas un usage dans la vie des affaires + condamnation des titulaires

de marques pour parasitisme du fait de la fermeture de la page facebook de la fan + juge ordonne la réouverture de la page de la fan.

Usage de la marque Nutella par une fan voulant instaurer une journée mondiale du Nutella. Ferrero lui a envoyé une mise en demeure de cesser l'usage de sa marque. Puis, sous la pression des consommateurs et conscient de la valeur économique de la page de ladite fan, Ferrero a signé un « accord de coexistence » avec cette dernière pour pouvoir récupérer sa page.

- *usernames squatting*

L'hypothèse est ici celle de l'appropriation par un tiers d'un nom d'utilisateur, l'identifiant sur les réseaux sociaux, qui comporterait la reproduction d'une marque déposée.

La règle concernant ces noms d'utilisateur est la suivante « premier arrivé, premier servi », ce qui pose un grave problème aux titulaires de droit qui n'auraient pas « réservé » ces noms les premiers.

Alors, il est recommandé de mener, a priori, une politique de réservation des usernames au moment du dépôt de la marque ainsi qu'une surveillance.

Et, a posteriori, les réseaux sociaux ouvrent des procédures permettant aux titulaires de faire valoir leur droit sur leur marque.

Cependant, les réseaux sociaux conservent une certaine opacité quant au déroulement et aux chances de succès de ces procédures.

Conclusion

Si de nombreux outils ont déjà été mis en place, des efforts doivent encore être faits pour assurer l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon sur Internet et la protection des droits de propriété intellectuelle.

La tendance contemporaine pour endiguer la cyber-contrefaçon est à la coopération : coopération inévitable avec les intermédiaires de tous types, qui possèdent un pouvoir concret et des outils techniques, mais coopération également entre les pouvoirs publics et les entreprises du secteur privé afin de mettre en place des process de pointe pour remonter les réseaux et identifier les sources de la cyber-contrefaçon.

La limite à cette action d'ampleur mondiale réside dans le respect des libertés individuelles, qui sont évidemment menacées chaque fois que se ressent le besoin pour les pouvoirs publics de contrôler plus sévèrement les contenus mis en ligne.