

Commission lutte anti-contrefaçon réunion du 26 janvier 2017.

**« La lutte contre la contrefaçon dans le cadre d'une place de marché. Bilan et espérances à la lumière de l'arrêt de la CJUE Tommy Hilfiger (C-494/15) du 7 juillet 2016 »**

Conclusion de Pascale DEMOLY

L'arrêt commenté aujourd'hui est une avancée qui doit rendre optimistes les titulaires de droits sur la portée de l'injonction.

Sans, doute, de nombreux aspects demeurent dans l'attente d'une réponse précise et il est fort à parier que la CJUE rencontrera d'autres occasions de se prononcer sur cette question.

Il semble que les décisions issues de la procédure d'injonction en droit d'auteur permettent de préciser certains points si le parallèle est considéré comme possible.

En sens inverse, il faut espérer que les procédures d'injonction en matière de droits d'auteur pourront s'inspirer sur certains points de la décision dite « Hilfiger ».

Si la notion d'intermédiaire, de l'avis de beaucoup, ne devrait pas être examinée sous l'angle du catalogue raisonné pour déterminer si le fournisseur d'électricité, ou le transporteur de manière générale, est un intermédiaire, encore faut-il se mettre d'accord sur le cadre dans lequel l'intermédiaire, défini comme tel peut faire l'objet d'une injonction. Et cette notion change selon que l'on est en matière de droits d'auteur ou en matière d'autres droits de propriété intellectuelle.

Concernant les droits d'auteur, la procédure d'injonction est prévue à l'article 8.3 de la directive 2001/29 sur les droits d'auteur dans la société de l'information ce qui semble en réduire la portée à ce domaine et exclure les places de marché physiques.

Ce point ne fait aucun doute en droit français puisque l'article L 336-2 du CPI ne prévoit le prononcé d'une telle injonction qu'« 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. »

Pour les autres droits, en revanche, l'article 11 de la Directive 2004/48 sur le respect des droits de Propriété intellectuelle n'opère aucune distinction.

Les textes de Code de la Propriété Intellectuelle et notamment l'article L716- 6 n'opèrent eux non plus aucune distinction.

C'était l'objet de cet arrêt et on peut espérer que celui-ci fera évoluer la définition de la Directive 2001/29.

En tout cas, la Cour ne répond pas à la question du fournisseur d'électricité, du banquier ou du transporteur pour dire si en tant que tel, il est un intermédiaire.

La définition du code de la propriété intellectuelle selon lequel il s'agit (article L716-6 du CP) de celui qui fournit une prestation de service pouvant être utilisée pour commettre des infractions permet les interprétations les plus larges.

Il n'est pas inutile à ce stade de rappeler que l'intermédiaire n'a pas de responsabilité en tant que partie aux actes de contrefaçon mais que sa responsabilité pourra être engagée si il n'obtempère pas (ou pas suffisamment) à une injonction.

C'est la raison pour laquelle une application large de la notion d'intermédiaire n'est pas à craindre. Celui qui a un rôle déterminant ou en tout cas sans lequel les actes de contrefaçon ne pourraient perdurer dans cette catégorie devrait toujours pouvoir être qualifié d'intermédiaire.

Certes, le spectre est large et il faudra bien le préciser. Certains parlent, comme le professeur Caron, d'utiliser la notion de cause adéquate ou d'équivalence des conditions, mais il vrai que hors du cadre de la responsabilité délictuelle, leur usage est loin d'être évident.

Le juge se prononcera au cas par cas.

Si la notion d'intermédiaire au regard de la Directive 2004/48 est élargie comparée à celle apparemment plus limitée du droit d'auteur, il nous est loisible de prendre en compte la jurisprudence beaucoup plus fournie en matière de droit d'auteur sur le contenu de l'injonction et sa mise en pratique.

L'injonction doit être « effective dissuasive, équitable et proportionnée ».

La propriété intellectuelle est un droit fondamental reconnu par l'Union européenne.

Elle l'est évidemment à côté de libertés fondamentales, telle que la liberté d'entreprendre, avec lesquelles elle sera mise en balance chaque fois qu'une injonction devra être prononcée et sa bonne exécution contestée.

Rappelons ici, en matière de droits d'auteurs, un arrêt de la CJUE du 27 mars 2014.

Il s'agissait d'obtenir le blocage d'un site internet par un fournisseur d'accès.

La Cour de Justice a à cette occasion, rappelé :

- Que l'intermédiaire a le libre choix des mesures de blocage à mettre en œuvre. A cet égard, il s'exonérera de sa responsabilité si il a pris toutes les mesures raisonnables, sans sacrifice ayant des conséquences irréparables. Les mesures qu'il prendra doivent être efficaces mais cette efficacité sera soumise en quelque sorte à une obligation de moyen et non de résultat.

Voilà une des raisons pour lesquelles il est important d'encourager les intermédiaires à prendre auprès de leur cocontractants des engagements de ne pas contrevenir aux droits de propriété intellectuelle de tiers sous peine de résiliation du contrat.

Le caractère adéquat de l'injonction ne sera que plus facile à déterminer.

- L'injonction ne doit pas limiter inutilement à la liberté d'information si bien que le public doit pouvoir continuer à avoir accès au contenu licite du site internet
- La cour ne se prononce pas en revanche sur les frais liés au blocage du site si bien que le sujet reste ouvert. En France, une affaire Allostream (TGI PARIS- Ordonnance du 28 novembre 2013, n°11/600013) avait cependant décidé que lesdits frais ne devaient pas être à la charge des défendeurs.

Citons, enfin, une décision plus récente de la CJUE, cette fois, bien curieusement rendue sous l'égide de la Directive 2000/31 dite Directive «E-commerce» le 15 septembre 2016.

L'exploitant d'un magasin de luminaire offrait un wifi gratuit en accès libre à l'aide duquel un utilisateur avait mis illicitement à la disposition du public une œuvre musicale.

Comment alors ce commerçant pour lequel cette offre est évidemment une forme de publicité peut-il faire l'objet d'une injonction et quelle en sera éventuellement le contenu ?

Après avoir décidé que la fourniture d'un accès wifi bien que gratuit dans ces conditions pouvait rentrer dans la définition de fourniture d'un service de la société de l'information car pouvant indirectement être rémunérateur, la cour confirme que ce fournisseur peut faire l'objet d'une injonction et en définit les limites.

- Un tel prestataire n'a pas à surveiller l'activité des internautes et la Directive prohibe d'ailleurs, toute obligation générale de ce type.
- La cour dit également que le fournisseur n'a pas à couper sa connexion (ce qui serait une atteinte à la liberté d'entreprendre) mais qu'il peut être obligé à sécuriser son wifi par un mot de passe. La cour aurait sans doute dû ajouter que ledit mot de passe doit être changé périodiquement.

Mais évidemment, la simple demande obligatoire d'un code auprès du prestataire par le futur contrefacteur, peut être une règle bien illusoire. Sans décliner son identité, code ou pas, on n'arrêtera pas le contrefacteur.

- C'est pourquoi la cour ajoute que le fournisseur est en droit de demander à l'internaute de décliner son identité.

Evidemment, l'injonction semble délicate à mettre en œuvre : le fournisseur pourrait-il exiger, sans que cela ne complique sa tâche de façon extrême et porte atteinte à sa liberté d'entreprendre que le client fournisse une pièce d'identité ?

Cela se fait à l'entrée des discothèques ou dans certains pays dans les bars et les boutiques de vins et spiritueux.

Pas sûr que cela fonctionne....