

CAHIERS DE LA SÉCURITÉ

n°15



Les dangers de la contrefaçon

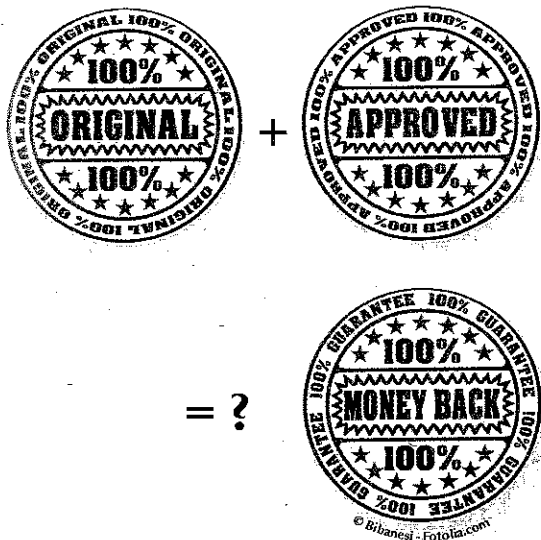
La dimension internationale
Son économie et son traitement juridique
L'Europe, la Chine
Le luxe, les enjeux de santé



janvier-mars 2011

La contrefaçon entre concurrence et délinquance

Bertrand WARUSFEL



Certaines notions ont la particularité d'être approchées de manière très différenciée, voire contrastée, par plusieurs disciplines. La contrefaçon est de celles-là. Vue par les juristes comme une catégorie générique regroupant les différentes atteintes aux droits de propriété intellectuelle, elle est surtout étudiée par les économistes comme l'une des variables impactant les résultats commerciaux ou la propension à l'innovation des entreprises, tandis qu'elle a fait depuis dix ans une entrée remarquable dans le vocabulaire et les préoccupations des criminologues, au titre des nouvelles formes de criminalité.

Counterfeiting, fake imitations, copying: competition or crime

Certain notions have the particularity of being looked at in different, even contrasted ways by different disciplines. Counterfeiting is one such example. The legal profession see it as a generic category, grouping together a whole range of violations of intellectual property rights. On the other hand economists see counterfeiting as one of the important variables which have a negative impact on sales and the propensity for companies to innovate. Furthermore, over the last ten years counterfeiting has occupied an ever larger place in the vocabulary and preoccupations of criminologists, as a new form of crime.



Bertrand Warusfel

Professeur à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Lille 2. Ses travaux portent notamment sur le droit de l'information et la propriété intellectuelle, la protection du secret et le cadre juridique du renseignement et de l'intelligence économique. Membre du comité de rédaction des Cahiers de la sécurité, il est également avocat au barreau de Paris.

Il n'en est donc que plus urgent de vouloir rétablir un peu d'ordre dans ce paysage, tant il est vrai que les pouvoirs publics (et notamment les législateurs) doivent combiner ces approches pour fixer leur politique de protection de la propriété intellectuelle et de répression de la contrefaçon.

La contrefaçon, un phénomène polymorphe

Comme l'unicité terminologique recouvre des situations juridiquement et économiquement très différentes, il est important d'apprécier à sa juste mesure la criminalisation de certains aspects de la circulation internationale des produits contrefaisants et de conserver à la riposte pénale sa spécificité sans déstabiliser les autres mécanismes qui permettent de réguler les dérives concurrentielles et les monopoles issus de la propriété intellectuelle.

La contrefaçon est à l'origine une notion purement juridique, dans la mesure où elle ne tire son existence que du fait que certains agissements sont qualifiés comme contrefaisants au sens des dispositions légales régissant la propriété intellectuelle. Au sens strict on ne peut donc parler d'économie de la contrefaçon ou de pratiques criminelles contrefaisantes qu'une fois que les actes concernés ont été préalablement identifiés comme constituant des violations aux différents droits de propriété intellectuelle.

Si l'on met de côté le cas de la création et de la diffusion de fausse monnaie (qui est également dénommée « contrefaçon » par les dispositions du code monétaire et financier et du code pénal¹, sans qu'il s'agisse pourtant d'une violation de droits de propriété intellectuelle, mais plutôt de l'atteinte aux prérogatives régaliennes des institutions monétaires), l'on peut en effet définir la contrefaçon comme toute atteinte caractérisée aux droits exclusifs détenus par un titulaire de droit de propriété intellectuelle.

Tous les droits institués par les dispositions du code de la propriété intellectuelle sont en effet protégés contre différentes atteintes définies comme constituant des actes de « contrefaçon » : qu'il s'agisse des droits d'auteur

(L.335-2 et L.335-3 CPI), des brevets (L.615-1 et L.615-12 CPI et suivants), des marques (L.713-2 et L.713-3 CPI ainsi que L.716-1 et L.716-10 CPI), des dessins ou modèles (L.521-1 et L.521-10 CPI) et - implicitement - des droits voisins (L.335-4 et L.343-4 CPI).

Immédiatement, on constate que cette définition juridique est différente de nombreuses acceptions du terme qui s'avèrent soit plus larges (lorsque, par exemple, l'on veut y adjoindre par exemple la « contrefaçon » de moyens de paiement, ou certaines formes de contrebande - qui ne sont pas toutes des contrefaçons²) soit souvent plus restreintes. Ainsi, l'OCDE tout en prétendant utiliser le terme « *dans son sens le plus large* » (!) n'a pris en compte dans son étude économique de 1998 que la « fabrication d'un produit qui imite l'apparence du produit d'un autre dans le but de faire croire au consommateur qu'il s'agit du produit d'un autre », ce qui couvre uniquement les contrefaçons de marque et de dessin ou modèle (voire d'une partie des droits d'auteur) en laissant de côté les contrefaçons de brevet et des œuvres littéraires et artistiques (autres que celles ayant trait à l'apparence d'un produit).

Du fait de la diversité des droits intellectuels concernés, les formes de contrefaçon sont donc naturellement variées et aux incidences économiques différentes. Si la reproduction de la forme d'une création caractérise la contrefaçon de droit d'auteur ou de modèle, celle du brevet réside dans le fait de mettre en œuvre le principe technique protégé (même si la forme peut en être assez différente). De son côté, la contrefaçon de marque ne se limite pas au fait d'effectuer une copie d'un produit d'origine et de le diffuser comme tel, elle peut aussi résulter de la diffusion de produits distincts (y compris dans un domaine d'activité proche mais non identique) mais recouverts par la marque contrefaite ou de l'usage d'un signe approchant constituant une imitation de la marque dès lors que cela entretient un risque de confusion dans l'esprit du public.

On sait aussi que la contrefaçon n'est pas toujours un phénomène économique purement négatif et qu'il peut exister des situations particulières dans lesquelles l'existence d'un certain volant de contrefaçon contribue au bénéfice économique des entreprises et du secteur concerné³. La littérature économique récente rend bien

....

- (1) Répression par les articles L.161-1 (pour la monnaie et les billets) et 163-3 du Code monétaire et financier (pour les chèques et les autres instruments financiers) et par les articles L.442-1 à L.442-15 du Code pénal.
- (2) La contrebande s'entend généralement de la production et de la distribution clandestines de produits prohibés ou non conformes à des exigences réglementaires (contrebande de stupéfiants, de cigarettes, d'alcool, de médicaments, ...), sans qu'il s'agisse nécessairement d'enfreindre des droits de propriété intellectuelle. Cependant certaines contrebandes sont également des contrefaçons (par exemple, les trafics de faux médicaments ou de fausses cigarettes de marque).
- (3) Plusieurs des auteurs intervenant dans cette revue évoquent cette dimension paradoxale de l'économie de la contrefaçon : notamment A. Hyeans (qui parle des « effets positifs de la contrefaçon ») et Fr. Guarnieri & E. Przystwa (qui insiste sur les « ambiguïtés de la contrefaçon »).

compte de ces effets paradoxaux (qui peuvent être significatifs dans certains secteurs comme le luxe ou les produits numériques)⁴.

Enfin, les actes de contrefaçon constituent à la fois – dans nos systèmes juridiques – des agissements civilement répréhensibles et de potentielles infractions pénales. Dès lors, le titulaire de droit victime d'une contrefaçon a toute latitude pour engager alternativement une action civile ou pénale⁵.

Les situations de contrefaçon peuvent donc être extrêmement diverses et relever de logiques économiques et juridiques forts différentes. Sans vouloir en établir une typologie cohérente et exhaustive, on se contentera ici de comparer quelques cas topiques. Un premier exemple classique – souvent présent à l'esprit du public – est celui du détenteur de droit d'auteur confronté à la reproduction massive et non autorisée de son œuvre copiée à l'identique (notamment par voie numérique, comme par exemple sur les réseaux peer-to-peer - P2P). Un autre cas – déjà assez distinct – est celui du fabricant de produits qui fait face à la commercialisation, dans les circuits commerciaux officiels, d'imitations plus ou moins fidèles vendues sous sa marque ou sous un signe prêtant à confusion. Cela est encore différent lorsque les produits contrefaits sont diffusés clandestinement via des réseaux de contrebande (ou sur des sites web pirates) et non plus dans les circuits de distribution classiques⁶. Enfin, le breveté qui découvre qu'un concurrent utilise son procédé de fabrication ou fabrique un produit reprenant les caractéristiques de son brevet fait face à une autre problématique⁷.

Les acteurs en présence et leurs rapports de force peuvent être aussi très variés, depuis la grande entreprise internationale qui poursuit des contrefacteurs locaux jusqu'à la situation strictement inverse où c'est un modeste titulaire de brevet ou de modèle contrefait qui s'attaque à un grand industriel (qu'il accuse de tirer un profit à grande échelle de son innovation protégée). De même on ne peut pas considérer de la même manière le cas de deux

entreprises concurrentes se disputant sur la frontière que dessinent leurs droits de propriété intellectuelle respectifs et celui où un acteur économique légitime fait face aux attaques clandestines de contrefacteurs non identifiés ou insaisissables. Face à ces formes de contrefaçons concurrentielles et crapuleuses⁸, on voit bien aussi que l'approche économique et la riposte juridique ne peuvent être les mêmes.

Ce polymorphisme de la notion de contrefaçon pourrait inciter à remettre en cause l'apparente unicité terminologique et juridique de la notion. Ce n'est pas cependant notre approche, car cette diversité des facettes de la contrefaçon illustre en fait la richesse intrinsèque de toute la propriété intellectuelle et il ne serait pas logique de critiquer la notion unifiée de contrefaçon sans s'attaquer également à celle de propriété intellectuelle elle-même, ce qui nous semblerait à la fois inefficace et injustifié. Au contraire, devons-nous admettre que la tendance forte de ces dernières décennies a été de rechercher à constituer des cadres communs par-delà les diversités inévitables de chaque domaine. Ainsi la France possède-t-elle depuis 1992 un code unique de la propriété intellectuelle regroupant tous les textes relatifs tant à la propriété littéraire et artistique qu'à la propriété industrielle. De même, au niveau international, les accords ADPIC de 1994⁹ couvrent toutes les dimensions de la propriété intellectuelle (et donc indirectement visent toutes leurs différentes contrefaçons).

Enfin, la directive communautaire 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (dite communément « directive Contrefaçon ») a volontairement constitué un corps unifié de règles de procédure relatives à la constatation, la sanction et la réparation de toutes les formes de contrefaçon. Il faut donc tenir pour acquis qu'il y a un concept juridique global de contrefaçon. Mais la complexité tient à ce qu'il a vocation à recouvrir des situations très diversifiées. Il est donc d'autant plus important que, pour répondre efficacement et équitablement à ces différentes formes de pathologie

....

(4) Notamment S. Whitwell, "Brand Piracy: Faking it can be Good", *Brand Strategy*, 15 mai 2006 (accessible sur le site www.intangible-business.com) ; Philippe Maître et Muriel Perrino, "Contrefaçon et ostentation", *Revue d'économie industrielle*, n°117, 1^{er} trimestre 2007, ou encore : Insaf Bekir, Sana El Harbi & Gilles Grolleau, "L'imitation et la contrefaçon peuvent-elles être bénéfiques aux firmes originales ? Une analyse critique des arguments", *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 2009/01, pp. 51-65..

(5) Sur cet aspect, voir notamment l'article d'Alain Girardet "Réalités et perspectives du traitement judiciaire de la contrefaçon", dans cette revue, p.16

(6) Sur ces distinctions complexes appliquées au domaine du médicament (et la distinction anglo-saxonne entre "infringement" et "counterfeiting"), voir Blandine Fauran, "Les enjeux de la lutte contre les faux médicaments", dans cette revue, p.63

(7) Pour une approche juridique détaillée de cette diversité d'appréhension de la contrefaçon, v. Jérôme Passa, "Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle", *JCP - Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, 14 octobre 2004.

(8) Distinction que reprend également le Président Girardet dans son article précité.

(9) Accords sur les droits de propriété intellectuelle applicables au commerce, annexés aux accords de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.

de la propriété intellectuelle, l'on s'efforce de différencier les situations et les instruments appropriés à leur traitement.

L'indéniable criminalisation de certaines formes transnationales de la contrefaçon

La lecture de différents articles publiés dans la présente livraison de cette revue rend bien compte du fait que les groupes criminels s'investissent souvent dans des activités de contrefaçon à côté des formes plus traditionnelles de trafic. Comme l'indique Jean-Michel Louboutin d'Interpol, « quatre types de biens contrefaits apparaissent comme étant les plus lucratifs pour les criminels : les produits de santé, les cigarettes, les produits de luxe et les CD et DVD »¹⁰. Pour la criminalité organisée, la reconversion vers ces trafics (qui étaient déjà connus dans le passé s'agissant des cigarettes) se fait assez naturellement sur la base d'un simple calcul coûts/opportunités qu'explique bien Andy Hyeans en prenant comme base la comparaison du quantum des peines entre les infractions aux stupéfiants et celles - très inférieures - relatives aux contrefaçons : « La gravité des sanctions diffère très fortement d'un domaine à l'autre. Les réseaux criminels ont donc tout intérêt à se tourner vers le trafic de contrefaçons. D'autant plus que ce trafic peut afficher maintenant une rentabilité intéressante dans le domaine des médicaments ou des cigarettes par exemple. À bénéfices comparables et risques encourus plus modestes, la contrefaçon attire indéniablement la criminalité organisée »¹¹. De plus, les techniques et les moyens employés pour assurer la clandestinité de leurs autres activités criminelles (notamment en ce qui concerne le transit des produits et le blanchiment des fonds) peuvent facilement être également mobilisés pour sécuriser ces trafics de produits contrefaits.

Plus profondément, on peut faire l'hypothèse que la techno-globalisation contemporaine exerce sur les économies criminelles les mêmes effets que sur les économies légales et favorise donc un double phénomène : d'une part, l'internationalisation des activités et des échanges et d'autre part une modernisation des moyens de production et de l'offre de produits et de services sous l'effet des

nouvelles technologies. L'alliance des deux effets est sans doute à l'origine du développement des nouvelles contrefaçons que l'on constate depuis une dizaine d'années : les contrefaçons numériques, celles des produits de santé, ou encore de certains produits industriels à forte consommation (comme les pièces détachées d'automobile ou d'avion).

A l'évidence, ces évolutions sont préoccupantes, d'autant que l'ampleur et la nature exacte du phénomène restent - comme l'indique Mickaël Roudaut - « sous-reporté et mal évalué »¹². Elles s'intègrent dans ce que, par exemple, Bertrand Monnet décrit plus globalement comme l'une des formes des « actions criminelles sur les organisations » et qu'avec Philippe Véry, il décrit génériquement comme la « chasse aux savoir-faire » : « Cette chasse consiste à s'emparer des actifs intangibles de l'entreprise, qu'ils soient protégés ou non... La contrefaçon, qui est devenue aujourd'hui indissociable de la contrebande et de la corruption, fait de plus en plus recours à des organisations criminelles »¹³.

Mais cette criminalisation transnationale à grande échelle ne peut résumer à elle seule ni l'ensemble du contentieux pénal en matière de contrefaçon, ni a fortiori l'évolution globale du phénomène économique de la contrefaçon. D'une part, la particularité de la « technologisation » actuelle des contrefaçons est de permettre une contrefaçon très décentralisée à bas coût (pensons par exemple aux copies illicites de vidéos et de musiques via les réseaux P2P) et donc de permettre à des petits acteurs locaux (voire parfois à des individus) de rentrer sur le « marché de la contrefaçon ». On est alors bien loin de la criminalité organisée (même si ces « fourmis » de la contrefaçon numérique peuvent - toutes ensemble - créer un réel préjudice économique aux titulaires de droit¹⁴).

D'autre part, les trafics mafieux de contrefaçon ciblent principalement des produits de grande consommation ou à haute valeur ajoutée qui sont le plus souvent produits par des entreprises de taille importante. Sauf exception (dans certains marchés de niche), les petites et moyennes entreprises sont donc moins victimes de ces contrefaçons crapuleuses à grande échelle que les grandes entreprises (notamment les industries automobiles, les laboratoires pharmaceutiques, les industries du luxe, les éditeurs de

....

(10) Jean-Michel Louboutin, "La lutte contre la contrefaçon au niveau international - Regards et perspectives d'Interpol", cette revue, p.100

(11) Andy Hyeans, "La contrefaçon dans le monde : entre dangers, profits et perspectives", cette revue, p.36. Voir aussi sur les hauts ratios de rentabilité des contrefaçons par rapport à ceux des autres trafics, Blandine Fauran, précité, p. 63.

(12) Mickaël R. Roudaut, "La contrefaçon : un crime invisible", dans cette revue, p. 25.

(13) Philippe Véry & Bertrand Monnet, "Quand les organisations rencontrent le crime organisé", Revue française de gestion, 2008/3 - n° 183, p. 185.

(14) Pour une évaluation assez pessimiste de l'impact économique à moyen terme du piratage des œuvres numériques sur l'activité et l'emploi des entreprises du secteur en Europe, voir l'étude réalisée par le laboratoire d'économie de l'Université Paris IX-Dauphine et le cabinet TERA Consultants, *Building a Digital Economy: The Importance of Saving Jobs in the EU's Creative Industries*, mars 2010, pour le compte de la Chambre de commerce internationale (accessible sur le site www.teraconsultants.fr).

progiciels,...). Or, la contrefaçon est une préoccupation importante pour les PME qui souvent misent leur développement sur le lancement d'un ou plusieurs produits ou services nouveaux (notamment dans les secteurs de pointe, où les « startups » se valorisent souvent par leurs seuls droits de propriété intellectuelle). C'est alors plutôt la fuite de savoir-faire (liée par exemple au départ d'un ingénieur ou d'un commercial, ou à l'indélicatesse d'un consultant¹⁵) ou la copie par un sous-traitant, un client ou un proche concurrent qui sont les préoccupations de ces PME, plutôt que l'existence de trafics clandestins et organisés de produits contrefaits.

On ne peut donc ni nier le fait que la politique anti-contrefaçon doit tenir compte de la dimension mafieuse de certaines de ses formes, ni la limiter ou la centrer autour de cette seule problématique¹⁶. Bien distinguer les quelques cas majeurs pour lesquels la contrefaçon peut s'apparenter à une atteinte à un objectif de sécurité économique nationale¹⁷ de ceux qui relèvent seulement (mais impérativement) d'une bonne définition et d'une efficace application des règles de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, voici toute la complexité de cette matière et de la politique publique qu'elle appelle.

Conserver des politiques distinctes et équilibrées de lutte contre les contrefaçons

Aux yeux des professionnels de la propriété intellectuelle et de la lutte contre les contrefaçons, l'une des forces de notre système juridique français et européen consiste

notamment dans la dualité des réponses civiles et pénales (y compris douanières¹⁸) que l'on peut y apporter¹⁹.

Au risque de simplifier, on peut estimer que la stratégie de défense des titulaires de droit face à la contrefaçon consiste à engager une action préférentiellement au civil (devant les tribunaux de grande instance spécialisés, aujourd'hui seuls compétents pour recevoir de telles actions²⁰), sauf dans les cas où différents éléments propres à leur affaire paraissent justifier le dépôt d'une plainte pénale (qui ne sera généralement efficace qu'accompagnée ensuite d'une constitution de partie civile).

Parmi les éléments essentiels qui peuvent dicter le recours à la voie pénale et à la saisine du tribunal correctionnel, on peut retenir notamment les critères suivants :

- au niveau de la recherche des preuves : lorsque les circuits de diffusion paraissent très opaques, qu'une saisie-contrefaçon civile ne paraît pas en mesure de faire la preuve des agissements du contrefacteur et que les moyens de police judiciaire éventuellement mis en branle par l'action publique pourraient seuls être efficaces (notamment à l'international) ;
- au niveau du profil des contrefacteurs supposés : lorsqu'ils n'apparaissent pas être des acteurs économiques crédibles et ayant une installation stable, mais plutôt des prédateurs peu identifiables et susceptibles de disparaître en cours de procédures, ou lorsque des soupçons de liens avec d'autres activités délictueuses existent ;
- au niveau de l'ampleur et des effets de la contrefaçon : lorsque la diffusion des produits contrefaits est susceptible de porter atteinte à l'ordre public, à la santé ou à la sécurité des personnes et des biens.

.....
(15) D'où les enjeux actuels (complémentaires mais distincts de la thématique de la contrefaçon) du débat et des propositions autour de la protection des "secrets d'affaire" (v. notamment le récent colloque sur le sujet : *La protection des informations à caractère économique*, Assemblée nationale, 18 octobre 2010, accessible sur le site de la Fondation Prometheus).

(16) Dans le sens d'une relative prudence dans l'appréciation de l'implication de la criminalité organisée en matière de contrefaçon sur l'Internet, v. aussi Franck Guarnieri & Eric Przyśwa, "Cybercriminalité - contrefaçon : les interactions entre réel et virtuel", dans cette revue, p. 77.

(17) Au sens où l'article L.1111-1 du Code de la défense définit maintenant largement la "sécurité nationale" et où l'article L.410-1 du code pénal inclut les "éléments essentiels du patrimoine économique et scientifique" dans le périmètre de protection des "intérêts fondamentaux de la nation" (v. sur ces questions, notre article B. Warusfel "Le cadre juridique des relations entre défense et sécurité nationale", *Cahiers de la sécurité*, n° 14, INHESJ, décembre 2010, pp. 61-67).

(18) Notamment en ce qui concerne l'importation ou l'exportation de produits contrefaits qui constituent un délit douanier, mais plus largement en permettant la rétention préventive par les services des douanes des marchandises arguées de contrefaçon à la demande des titulaires de droits afin de leur permettre d'engager ensuite un contentieux au fond (v. notamment Bruno Domingo, "Douanes et contrefaçon", dans cette revue, p. 121).

(19) Voir notamment sur cette dualité de protection et de contentieux, les rapports sur la question 169 "Les sanctions pénales relatives à la violation des droits de propriété intellectuelle" de l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI) et notamment la réponse du groupe français qui insiste sur le caractère dissuasif des sanctions pénales pour contrefaçon en droit français (Q169, rapport pour le comité exécutif de Lisbonne, 2002, accessible sur le site www.aippi.org).

(20) Depuis l'entrée en vigueur des nouveaux articles L.211-10 et L.211-11-1 du code de l'organisation judiciaire, introduits par la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon.

Mais l'action pénale a de nombreuses contraintes. Elle est généralement fort lente (notamment du fait que les procureurs sont peu enclins à engager des poursuites dans des litiges économiques qui paraissent concerner les seuls intérêts privés). Elle débouche sur une décision qui sera prise par des magistrats assez peu spécialisés (et donc moins à même d'apprécier notamment les difficiles questions de validité des droits de propriété intellectuelle, que les contrefacteurs présumés mettent presque systématiquement en cause). Enfin, si la poursuite pénale et les sanctions qu'elle peut entraîner sont généralement dissuasives (notamment du fait de leur caractère infamant), les résultats ne sont pas souvent à la hauteur du préjudice subi (peines avec sursis, allocation d'intérêts civils souvent moins généreuse que devant le TGI).

A l'inverse, l'action civile présente des avantages (notamment depuis qu'elle a été dotée de nouveaux instruments par la loi du 29 octobre 2007 transposant la directive de 2004 précitée). La preuve de la contrefaçon peut être rapportée notamment par la voie de la saisie-contrefaçon, une sorte de « perquisition » privée qui est autorisée par le président du TGI par ordonnance sur simple requête hors la présence du contrefacteur présumé. De même, des mesures d'interdiction provisoire de fabrication ou de distribution peuvent être demandées en référé sans attendre le jugement définitif. Enfin, des dispositions particulières permettent aujourd'hui d'obtenir un niveau de réparation accru grâce à la prise en compte de l'ensemble des « conséquences économiques négatives » de la contrefaçon (qu'il s'agisse du manque à gagner, des bénéfices réalisés par le contrefacteur, du préjudice moral causé au titulaire, voire du montant des redevances ou droits qui lui auraient été dus²¹).

Il serait donc trop simpliste de vouloir résumer l'alternative entre action pénale et action civile au choix entre une voie douce et une voie dure. Il existe des instruments vigoureux de défense des droits du titulaire au civil alors que certaines plaintes pénales peuvent ne jamais prospérer.

Par ailleurs, le recours à des poursuites pénales pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle

peut paraître excessif ou inadapté dans certains domaines. Il en est ainsi sans doute en ce qui concerne la lutte contre le téléchargement illégal et, plus largement, contre les ventes de produits contrefaits en ligne. La criminalisation du consommateur final (à défaut de pouvoir facilement tracer et identifier les promoteurs du trafic) aboutit souvent à une « stigmatisation paradoxale et abusive des cyberconsommateurs »²². D'où d'ailleurs les errances du législateur pour essayer de trouver des dispositifs dissuasifs ou préventifs, du style HADOPI.

Ajoutons également que pour demeurer conformes aux principes régissant un État de droit²³ et pour conserver une rationalité économique et juridique, les actions en contrefaçon doivent respecter les droits des supposés contrefacteurs (notamment quand ceux-ci peuvent avoir agi de bonne foi) car comme l'explique fort justement le Professeur Azéma « force est de constater que tout contrefacteur n'est pas un pirate et que, si l'on peut admettre que des mesures d'une extrême rigueur sont pleinement justifiées contre celui-ci, il faut en revanche les appliquer à celui-là avec davantage de prudence et de circonspection »²⁴.

Le risque existe qu'un acteur économique titulaire de droits de propriété intellectuelle veuille profiter de sa position pour user de l'action en contrefaçon à des fins anti-concurrentielles²⁵. Or, comme le souligne Alain Girardet, « Les entreprises veulent en effet être tout autant protégées contre l'abus des droits de propriété intellectuelle que contre la contrefaçon »²⁶. Là encore, un usage raisonné des moyens juridiques et procéduraux disponibles dans notre droit doit s'imposer, sauf à faire perdre toute légitimité économique et politique aux règles de propriété intellectuelle et à la lutte anti-contrefaçon.

Cette sagesse et ce discernement entre les situations doivent également prévaloir à l'international. Depuis les accords ADPIC de 1994 et la création de l'OMC, plusieurs étapes ont marqué le renforcement des règles internationales en matière de protection de la propriété intellectuelle. Dans le domaine si sensible du numérique, les deux traités de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur et les droits voisins, puis la conclusion de

....

(21) Sur cette question de la réparation du préjudice, v. Corinne Champagner-Katz, "L'évaluation et la réparation du préjudice des actes de contrefaçon", dans cette revue, p. 106.

(22) Franck Guarnieri & Eric Przyśwa, *op. cit.*

(23) Les procédures en contrefaçon, tant civiles que pénales, sont soumises aux obligations de respect du procès équitable fondées par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(24) Jacques Azéma, "la protection du contrefacteur" in *Droits de propriété intellectuelle - Liber amicorum Georges Bonet*, n° 36, Litec, 2010, p. 2.

(25) Certaines formes dévoyées d'intelligence économique peuvent conduire à une instrumentalisation de la règle de droit "dans lesquelles la menace de l'emploi d'une arme juridique sert uniquement à instaurer un rapport de forces extra-juridique" (Bertrand Warusfel, "L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du droit", *Le Monde du droit*, 1-15 avril 2010).

(26) A. Girardet, *op. cit.*

la Convention sur la cybercriminalité signée à Budapest en novembre 2001 ont renforcé la lutte contre la contrefaçon en ligne. Mais pour autant les débats politiques sur la légitimité d'imposer à tous les États, quels que soient leurs niveaux de développement, un même niveau de protection contre la contrefaçon, n'ont pas cessé. L'équilibre à trouver entre la préservation de la propriété intellectuelle et d'autres intérêts publics majeurs (notamment dans le domaine de la santé publique ou de l'éducation) nécessite des marges de manœuvres politiques et diplomatiques qu'il n'est pas sûr que le futur accord ACTA puisse préserver.

De même, le dialogue sur le sujet entre les pays occidentaux et les grands pays émergents (notamment ceux que l'on dénomme « BRIC ») ne peut pas se limiter à la stigmatisation des insuffisantes possibilités offertes aux

Occidentaux de venir sur place agir en contrefaçon, comme le montre Patrice Vidon à propos de l'exemple emblématique de la Chine²⁷.

Pour toutes ces raisons et du fait même de ces différents niveaux de complexité, la lutte contre la contrefaçon est un sujet typique de l'exercice qui doit permettre de faire la balance entre les intérêts contradictoires des différents acteurs économiques et quelques intérêts publics majeurs (touchant notamment la sécurité économique, l'ordre public, la santé publique et la protection des consommateurs) et que l'on peut appeler ailleurs le « droit public de la propriété intellectuelle »²⁸.

Bertrand WARUSFEL

....

(27) Patrice Vidon, "Chine : du leader de la contrefaçon à leader de l'innovation", dans cette revue, p. 88.

(28) Sur cette notion, v. Bertrand Warusfel, "L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle", in Matthieu Conan et Béatrice Thomas-Tual (dir.) *Les transformations du droit public*, Editions La Mémoire du droit, 2010, pp. 161-211.