

Comité consultatif sur l'application des droits

Septième session

Genève, 30 novembre – 1^{er} décembre 2011

PRÉSENTATION DE LA CHARTE FRANÇAISE DU 16 DÉCEMBRE 2009 EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CYBER-CONTREFAÇON¹

*préparée par M. Pierre Sirinelli, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne) et Co-directeur du Centre de recherche en droit de l'immatériel (CERDI - Universités Paris 1 & Paris 11)**

1. Il m'a été demandé d'exposer les grandes lignes de la charte qui a été signée, en France, le 16 décembre 2009, au ministère de l'économie et des finances par différents professionnels (plus d'une trentaine) du secteur (en présence de Mme Lagarde, ministre de l'Économie, de l'Emploi et de l'Industrie, et de M. Christian Estrosi, ministre chargé de l'Industrie) au terme de la mission ministérielle qui m'avait été confiée, en coprésidence avec le député-maire de Cannes et président du CNAC (Comité national anti-contrefaçon), M. Bernard Brochand.
2. Ce travail faisait suite à une mission d'exploration qui m'avait été également confiée, quelques années plus tôt, en 2005-2006, dans le cadre du ministère de l'Industrie. Cette dernière, comme souvent les travaux pionniers, n'avait pas abouti à l'adoption de solutions tangibles mais, comme les exercices de ce type, a ouvert des voies que d'autres sillonnent puis prolongent. Et il est indiscutable que c'est cette première réflexion, comme celles conduites dans le cadre du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA)², quelques

¹ Le texte de la Charte est disponible (en français) sur <http://www.minefe.gouv.fr/actus/pdf/091216charteinternet.pdf>.

* Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de leur auteur et ne sont pas nécessairement celles du Secrétariat, ni des États membres de l'OMPI.

² Le travail englobait alors des analyses en matière de droits d'auteur et de droit des marques. Il a débouché sur un rapport : <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/Rapport%20Prestataires%20de%20I%27Internet.pdf> qui a suscité la création de deux missions ministérielles.

années plus tard, qui ont permis l'aboutissement du travail dont je vais maintenant vous parler. Toutefois il est une leçon au moins qu'il faut tirer de cette première tentative: sans réelle volonté d'aboutir, sans soutien des pouvoirs publics, la démarche est très délicate! Et si, en définitive, les solutions retenues sont très largement consensuelles, l'attention bienveillante d'autorités politiques favorise l'éclosion de pareils projets.

3. Les signataires de la charte du 16 décembre 2009 sont des ayants droit et des plateformes du commerce électronique qui s'engagent à collaborer pour mieux défendre les intérêts des consommateurs (qui, eux, en dépit de multiples sollicitations, n'ont, curieusement, pas souhaité s'impliquer davantage dans le processus).

4. Cette charte vise à endiguer le fléau de la contrefaçon sur les réseaux numériques. Son champ est cependant limité aux ventes réalisées sur les plates-formes de e-commerce (eBay; Price Minister...).

5. Deux thèmes, également très préoccupants, ont été écartés (voir le Préambule de la Charte). La question des *adwords*, parce que la Cour de justice de l'Union européenne était parallèlement saisie de cette question. Celle de la distribution sélective, parce que le gouvernement français avait décidé de nouer un dialogue sur ce terrain avec l'Union européenne. La question, il est vrai, était politique puisque certaines plates-formes tentaient de la mettre en parallèle, dans la discussion, pour faire accréditer l'idée que les titulaires de marques étaient arc-boutés sur de vieux modèles économiques ou seulement soucieux de la simple défense de situations acquises, et donc peu désireux de veiller à l'essor du nouveau commerce.

6. En dépit de cette double limitation, la charte n'est pas dénuée d'intérêt ni de portée. Pour en comprendre l'utilité et l'importance (II), il faut, l'espace d'un instant, rappeler le contexte (I) dans lequel les discussions se sont développées.

I. LE CONTEXTE

7. Il s'agit ici de répondre à une question simple : pourquoi? Mais la question peut se décomposer. Pourquoi avoir choisi d'intervenir (A) et pourquoi avoir choisi de le faire sous la forme d'une charte (B)?

A. Pourquoi intervenir?

8. Personne ne doute que le commerce électronique constitue l'un des enjeux fondamentaux du XXI^e siècle. Il est l'un des rares facteurs de croissance et un gisement très important d'emplois. Il a été ainsi rappelé à l'eG8 qui s'est tenu au printemps dernier à Paris que le commerce électronique constituait 7,5 % de la richesse produite aux États-Unis d'Amérique et entre 4 et 7 % de celle produite en France et en Allemagne. Par comparaison, il constituerait plus de la moitié de la richesse produite dans l'agriculture.

9. Ce contexte permet de comprendre que les gouvernants et les diverses autorités fassent tout pour en favoriser l'essor. Cela explique le contenu de textes nationaux ou régionaux appréhendant le commerce électronique (et notamment la directive européenne du 8 juin 2000)

[Suite de la note de la page précédente]

L'une, conduite sous l'égide du ministère de la Culture, du ministère de l'Industrie et du secrétariat d'Etat à l'Economie numérique, consacrée à l'articulation des règles du commerce électronique et du droit d'auteur à propos des œuvres rendues accessibles par l'intermédiaire du Web 2.0.

L'autre, dépendant des ministères des Finances et de l'Industrie, consacrée à la recherche de solutions consensuelles afin de lutter contre le phénomène de contrefaçon susceptible de se manifester sur certaines plates-formes de e-commerce. C'est de l'aboutissement de ces derniers travaux qu'il sera, ici, question.

qui créent des *poches* d'irresponsabilité conditionnée à propos de certaines activités. Ces normes ont été élaborées afin d'attirer des investisseurs et des prestataires techniques dont l'activité permet le développement de l'infrastructure des réseaux numériques.

10. Il y a donc lieu d'espérer que les situations techniques, économiques et juridiques apparaissent clairement afin que chacun puisse prendre part à ces activités en ayant connaissance de son statut et donc du régime juridique qui lui est applicable.

11. Or, pour s'attarder sur la situation existant au sein de l'Union européenne, alors que l'on est en présence d'un texte commun harmonisant les règles applicables à ce commerce, une grande part d'imprévisibilité semble subsister. L'étude de la jurisprudence des Etats membres montre qu'il règne une grande incertitude quant à l'interprétation de la directive du 8 juin 2000, notamment dans son application aux plates-formes de e-commerce et cela en dépit des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

12. La jurisprudence était (et demeure) fluctuante. On admettra, sans qu'il y ait lieu de défendre tel ou tel parti, qu'on est loin de la prévisibilité et qu'on est en droit d'attendre d'un système juridique! Et que, à cet égard, la loi française (loi du 20 juin 2004) qui est souvent appelée à la rescousse pour trancher les conflits ou bâtir une stratégie - la loi pour la **confiance** dans l'économie numérique - porte bien mal son nom. En tout état de cause, l'incertitude jurisprudentielle a pour conséquence une certaine imprévisibilité, génératrice d'une certaine insécurité qui est de toute façon néfaste à l'essor du commerce électronique.

13. L'enjeu, pourtant, n'est pas neutre. Au-delà de la simple question de responsabilité, l'analyse du dispositif légal peut commander l'attitude de la plateforme de e-commerce face aux initiatives de certains internautes indéliçats dont le désir est de "poster" des offres de ventes relatives à des produits contrefaisants sur ces plateformes. Dans une approche (interprétation des textes existants conduisant à une assimilation de l'activité de la plateforme à celle d'un simple hébergeur) la plateforme, non tenue d'un devoir de surveillance ou de vigilance, ne doit être que réactive, c'est-à-dire se contenter d'agir promptement en retirant une offre relative à des biens contrefaisants après signalement de cette offre par un ayant droit. Dans une autre analyse des textes (refus de la qualification d'hébergeur), la plateforme doit être proactive et avoir une activité de prévention, c'est-à-dire éviter que les offres de produits contrefaisants puissent être portées à la connaissance du public et permettre la réalisation d'une vente au mépris des droits de propriété intellectuelle ou de la sécurité du consommateur.

14. Il a donc été jugé utile d'intervenir pour tenter de clarifier les choses. Et cela d'autant plus qu'il existait un risque d'une *concurrence déloyale* entre les plateformes spontanément vertueuses (supportant les coûts de la surveillance et perdant éventuellement une partie de leur chiffre d'affaires) et celles qui refusent de faire des efforts (s'épargnant ces coûts et bénéficiant de flux plus importants). Sans parler de la tentation d'alignement vers le bas qui peut habiter les nouveaux entrants dans le secteur.

15. On mesure donc que cette charte ne saurait être lue comme un instrument destiné seulement à protéger les droits de propriété intellectuelle mais bien comme un effort réalisé afin d'offrir les conditions de l'essor d'un commerce loyal et profitable à tous sans que les consommateurs ne soient lésés.

B. Pourquoi une charte plutôt qu'une autre solution?

16. Le choix d'une *soft law* a semblé s'imposer tant en raison des vertus de cette voie qu'à cause des inconvénients ou difficultés liées aux autres solutions. Résumons-nous.

17. Il existe d'abord une difficulté à légiférer.

18. La marge de liberté d'un législateur national, au sein de l'Union, est délicate à déterminer en raison de la directive européenne du 8 juin 2000. Il est seulement possible à ce législateur, en raison de la primauté de la norme européenne, de tenter de se glisser dans les interstices laissés libres par les textes européens. C'est-à-dire d'appréhender les questions qui n'ont pas été expressément traitées par la directive ou les difficultés qui ne peuvent être assimilées à celles qui ont été tranchées par le texte européen. C'est ce qu'avaient essayé de faire des sénateurs français en proposant de créer un nouveau statut intermédiaire entre celui d'hébergeur et celui d'éditeur³. Mais le projet n'a pas, pour l'heure, prospéré. La marge de manœuvre, il est vrai, est très étroite et une solution purement nationale n'a pas toujours une très grande portée à l'heure d'un commerce mondial du fait du caractère transfrontalier des réseaux numériques.

19. Une intervention au niveau européen était également délicate pour d'autres raisons. Il s'agit alors d'envisager une modification de la directive du 8 juin 2000, ce qui est techniquement possible en raison de l'article 21 de cette dernière, mais risque d'être complexe à mettre en œuvre. Avec, pour conséquence, un danger d'inadéquation et d'obsolescence d'un texte nouveau, long à adopter. D'autant qu'il n'existe pas de véritable volonté politique de revoir ce texte, car rouvrir le débat à ce propos pourrait avoir pour conséquence de remettre sur la table certaines questions que nombre d'acteurs considèrent comme étant tranchées ou ne souhaitent pas voir remises directement ou indirectement en cause.

20. Certes, il est toujours loisible d'attendre une prise de position de principe dans l'interprétation des textes par les juridictions saisies. Mais peut-on vraiment attendre le temps de l'affirmation d'une solution certaine par la Cour de cassation (en France, la question de la qualification des activités du Web 2.0 a connu, de la part de la première chambre civile de la Cour régulatrice, deux réponses différentes en un an!) ou la Cour de justice de l'Union européenne.

21. Au regard de ces difficultés, on ne peut que se louer des avantages intrinsèques présentés par la voie d'une charte: rapidité, souplesse, évolutivité et caractère consensuel ... Et le fait est que l'idée était dans l'air du temps.

22. Il y a ainsi lieu de remarquer que le plan européen global de lutte contre la contrefaçon, adopté sous la présidence française de l'Union européenne en la forme d'une résolution du Conseil du 25 septembre 2008, visait à *favoriser des partenariats entre secteur public et secteur privé pour lutter contre la contrefaçon et le piratage, recommander de bonnes pratiques concernant la vente sur internet et promouvoir la collaboration entre professionnels*. Dans le droit-fil de la communication de la Commission européenne du 16 juillet 2008, visant des actions complémentaires aux normes législatives destinées à promouvoir la conclusion d'un accord entre professionnels au niveau européen, la charte entend développer un accord autour de ce qu'il est convenu d'appeler des *bonnes pratiques*.

23. Le premier intérêt de la charte serait donc de se dégager des incertitudes évoquées sans toutefois imposer aux uns et aux autres le règlement de la délicate question de la qualification juridique de leurs activités. Son préambule (point 6) proclame la neutralité du texte tant au regard du statut juridique - et donc du régime de responsabilité des signataires - que des procédures judiciaires actuelles ou futures. Les engagements pris par les signataires sont ainsi déliés du statut qui pourrait leur être accordé.

³ <http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf>: création d'un statut intermédiaire d'éditeur de services, concernant directement les sociétés proposant des services en ligne. Dans ce rapport, ils estimaient qu'une société qui « retire un avantage économique direct de la consultation des contenus hébergés » devrait relever de ce nouveau statut, plutôt que de celui d'hébergeur.

24. C'est en quelque sorte un droit *en suspens* qu'il s'est agi d'élaborer. Il s'agit surtout ici d'*impliquer* les plates-formes plutôt que de vouloir engager leur responsabilité.

25. Mais la charte n'a pas pour seul but de faire disparaître les incertitudes; elle a aussi pour ambition d'aller au-delà des engagements imposés par les textes et, en quelque sorte, de faire *plus et mieux* dans un climat de concertation.

26. Cela suppose une volonté de travailler ensemble et d'écrire en concertation de nouvelles obligations. Il s'agit d'élaborer du droit consensuel. Cela suppose une manifestation franche de volontés tant dans l'élaboration des règles que dans leur application.

27. Dans la phase d'élaboration, sans concertation ni volonté réelle d'aboutir, aucune charte ne peut être signée. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer l'inaboutissement du projet français de charte entre titulaires de droits d'auteur et prestataires du Web 2.0. dans le cadre des travaux du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du ministère de la culture. La méfiance qui s'est instaurée, sur d'autres terrains et d'autres questions, entre les différents protagonistes a eu raison des efforts réels déployés dans un premier temps.

28. Il existe, pour tenter de parvenir à un accord, plusieurs méthodes de travail. Soit d'abord procéder par auditions individuelles, complétées par des rencontres par collègues pour aboutir à une confrontation finale des différents points de vue. Soit, comme l'a fait l'Union européenne dans le MoU, directement par réunions plénières. Chaque méthode a ses avantages et ses inconvénients, l'idéal étant de disposer de suffisamment de temps pour pratiquer successivement ou alternativement les deux techniques.

29. La concertation doit également exister après la signature de la charte, dans sa phase d'application. Les signataires se doivent de collaborer afin de permettre la meilleure mise en œuvre possible des engagements pris. Ils doivent fréquemment se rencontrer à des fins d'actualisation des données utiles au vu tant des pratiques commerciales que des considérations techniques. Là gît l'autre avantage d'une charte: rien n'est figé et il est possible d'espérer que les bonnes habitudes qui ont été prises en amont perdureront en aval pour l'application du texte.

30. L'idée qui préside est qu'un droit voulu et consenti par les différents acteurs est un droit spontanément mieux appliqué. Il peut y avoir une sorte de naïveté dans cet espoir mais ce dernier constat peut être lui-même tempéré comme nous le verrons par la suite.

II. LE TEXTE

31. Il faut voir le contenu de la charte (A) et s'interroger sur sa portée (B).

A. Contenu de la charte

32. L'objectif, on l'a vu, est la lutte contre la contrefaçon et la protection du consommateur sur l'Internet. Pour y parvenir, il s'agit d'établir un juste équilibre entre les intérêts respectifs des parties concernées. Cette recherche ne doit pas nécessairement passer par un comptage méticuleux du nombre d'engagements qui pèsent sur les uns ou sur les autres. Certes, chacun des protagonistes se livre généralement à ce calcul mais, à la vérité, cela n'a que peu de sens. C'est moins le nombre d'obligations qui importe que leur intensité.

33. La charte met en place des solutions pratiques et proactives qui respectent les intérêts de l'ensemble des parties. Elle énonce donc des obligations réciproques et équilibrées, dont la plupart reposent sur la mise en œuvre d'un devoir de collaboration. Enfin, elle retient, pour garantir son efficacité, des solutions réalistes et proportionnées.

34. La charte prévoit donc des engagements qu'il est impossible d'analyser en détail dans le cadre d'un tel exposé. On en retrouvera le contenu précis dans le document reproduit en annexe. Il est seulement possible dans ce survol d'évoquer quelques points.

- a) Les titulaires de droits et les plates-formes d'e-commerce s'engagent, en concertation, à:
- tenter d'élaborer des mesures préventives de coopération constante⁴ entre les parties ;
 - mener un travail d'étude des offres des internautes (mots clés) ;
 - mettre sur pied des mesures (davantage détaillées, *infra*, sous b)) techniques de détection des offres concernant les produits contrefaisants par les plateformes ;
 - ou encore à travailler sur le profil des vendeurs (repérage des contrefacteurs récidivistes) ;
 - adopter des procédures simplifiées de notification des offres contrefaisantes par les titulaires de droits ;
 - mettre en place des procédures d'échanges d'informations entre les plateformes et les titulaires de droits.

b) La principale avancée de la charte par rapport au régime issu de la directive du 8 juin 2000 réside dans le désir d'éviter la mise en ligne d'offres contrefaisantes plutôt que de se contenter du seul retrait de ces dernières après notification.

35. Il s'agit donc d'attendre des plates-formes une attitude davantage proactive que simplement réactive (là gît une importante différence avec le régime mis en place dans le cadre du MoU européen).

36. Pour ce faire il convient de dégager quelques critères qui permettraient de mettre en place un filtrage préventif. Il est également impossible ici d'exposer en détail tous les efforts qui pourraient être faits à ce titre. Il serait même malvenu de le faire au risque de nuire à l'efficacité du système (évitons de fournir des informations qui permettraient aux contrefacteurs de contourner les mesures mises en place ou de rendre vains les efforts déployés). Il est seulement possible de dire, pour reprendre les traits généraux qui avaient été dévoilés dans le cadre des travaux du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, que l'architecture pourrait en être la suivante:

- Travail sur mots clés⁵ manifestant le caractère contrefaisant des produits proposés à la vente (par ex. : faux, imitation, *fake*, copie, clone, etc.)
- Repérage des offres suspectes à partir, par exemple, de :
 - ✓ la provenance du produit (certains pays sont plus volontiers que d'autres des *nids* à contrefaçon),
 - ✓ du nombre de produits identiques proposés à la vente,
 - ✓ de la nature du produit (marque de luxe, produit informatique, etc.),
 - ✓ ou des modalités de paiement ou de livraison,
 - ✓ de l'état neuf des produits, de leur conditionnement ;

⁴ Le principe d'un échange (confidentiel) d'informations entre ayants droit et plateformes est affirmé et structuré par la désignation de correspondants (art. 10, al. 1). Les contours en sont fixés à l'article 11, al. 1 et 2. Cela concerne l'analyse des offres et du comportement des vendeurs de contrefaçons (art. 2 à 6, et 9), l'élaboration et l'évolution des critères de détection des offres contrefaisantes ou des vendeurs (art. 12). Le but est le partage des *savoir-faire* acquis par les uns et les autres (art. 4, al. 4, et 11, al. 3) et une meilleure formation du personnel des plateformes en charge de la lutte contre la contrefaçon (art. 11, al. 3).

⁵ Articles 3 a), 4 et 5. La démarche n'est pas que proactive par l'intermédiaire des mesures de détection puisque les procédures de notification permettent de faire retirer les offres de contrefaçon qui seraient passées au travers des mailles du filet

Il ne s'agit naturellement que d'indices qui, une fois croisés et recoupés, attirent l'attention.

37. Mais le caractère contrefaisant d'un produit ne se déduit pas seulement du contenu de l'offre ; il y a également lieu de prendre en compte l'analyse du comportement du vendeur⁶. La charte invite ainsi à s'interroger sur les personnes associées à la présence de produits relevant de catégories identifiées comme les plus contrefaites (art. 7, 9 et 15). Et, pour ces personnes, à la prise en considération de vendeurs habituels selon des critères de nombre d'articles offerts à la vente, de volume d'affaires réalisé et de délai de réalisation de l'opération (art. 9). Il s'agit d'une série d'indices destinés à attirer l'attention en sorte que soit enclenchée une vérification, au sens d'apparence de régularité, d'informations relatives à l'identité ou l'adresse des vendeurs, sous peine de suspension de leurs comptes. On pourrait alors songer à exiger la production de factures. Pourrait être aussi envisagée la mise en place d'outils permettant de rapprocher plusieurs pseudonymes appartenant, en réalité, à un même vendeur du fait de la similitude des annonces ou de la simultanéité d'actions de la part de cette personne⁷.

c) L'identification des offres contrefaisantes doit en interdire la mise en ligne ou, *a posteriori*, en imposer le retrait comme l'impossibilité de remise en ligne.

38. Dans le but d'empêcher la récurrence peuvent être envisagées :

- une suspension pour 6 mois des comptes identifiés pour un vendeur dont la première offre de contrefaçon est détectée ou pour un vendeur susceptible de vendre des contrefaçons, dans l'attente des éléments prouvant l'authenticité des produits vendus ;
- une clôture pour 5 ans de l'ensemble des comptes identifiés pour un vendeur de contrefaçon récidiviste ou pour un vendeur qui ne peut prouver l'authenticité des produits offerts à la vente en ligne (art. 5, al. 1 et 2).

d) Ensuite et surtout il convient de rappeler que ce travail n'est pas fait dans le seul but de mieux protéger les ayants droit ou de simplifier la vie des plates-formes vertueuses mais bien d'assurer une meilleure protection des consommateurs. Ce souci est d'autant plus important que nombre de produits contrefaisants peuvent s'avérer dangereux (outils, appareils électriques ou électroniques; pièces détachées...).

39. Pour cette raison, la charte prévoit:

- une amélioration de l'information des vendeurs⁸ et un renforcement de la sensibilisation des consommateurs⁹ sur les plateformes ;
- une protection de la santé et de la sécurité des consommateurs par le retrait des offres portant sur les médicaments¹⁰ ;
- un traitement des plaintes des consommateurs victimes¹¹ de la contrefaçon sur Internet.

40. Enfin, il y a lieu, pour terminer ce rapide tour d'horizon, d'exposer quelques traits fondamentaux de l'économie de cette charte.

⁶ Articles 3 b) et 4

⁷ L'article 5, al. 3 prévoit l'identification de l'ensemble des comptes actuels ou futurs des vendeurs sous différents pseudonymes.

⁸ys Articles 1 & 9

⁹ Article 1^{er}, al. 2.

¹⁰ Article 2

¹¹ Les consommateurs disposent d'un contact dédié à la contrefaçon, dont les modalités d'organisation sont laissées au choix des titulaires de droits et des plateformes (voir art. 10, al. 2).

41. La charte met en place un processus d'expérimentation. C'est dire qu'un bilan sera dressé au bout de 18 mois. L'institut national de la propriété industrielle français devait, après recueil d'informations sur le terrain, notamment de la part des différents signataires, établir un rapport d'application à l'automne 2011. Il est apparu absolument nécessaire de réaliser ce travail d'évaluation globale par les signataires sous le contrôle des pouvoirs publics¹². Il existe, du reste, une possibilité d'exclusion¹³ de ceux qui ne respectent pas leurs engagements.

42. La charte veut constituer un cercle vertueux mais elle n'est pas un club fermé. Il est ainsi possible d'admettre de nouveaux adhérents. Il est également possible de la soumettre régulièrement à un effort d'adaptation et de perfectionnement, notamment en ce qui concerne les outils de détection, en vue d'une meilleure efficacité¹⁴.

43. En outre, une annexe, un document technique soumis une certaine confidentialité, explique plus en détail les moyens à mettre en œuvre pour parvenir à l'objectif, les procédés, le *modus operandi*.

44. Cette confidentialité est nécessaire puisque, dans le droit fil de l'esprit de collaboration qui a présidé à l'élaboration de ce document, les différentes parties se retrouveront pour mettre ensemble en œuvre les meilleurs moyens destinés à obtenir des résultats¹⁵.

B. Portée

45. Quelle peut être la portée d'une charte ? Dans le fond, quand on s'intéresse à cette question, on peut dédoubler les interrogations: a-t-elle un caractère normatif (1) et quel est son devenir (2)?

1. Caractère normatif?

46. On peut être dubitatif dans la mesure où la charte ne s'inscrit pas dans le mouvement de frénésie législative qui règne actuellement. Quelle peut être l'autorité d'un devoir qui n'est pas inscrit dans la loi ? L'engagement pris sera-t-il spontanément exécuté sans la peur du glaive de la Justice? Les craintes d'un droit ineffectif doivent être tempérées.

47. Il faut d'abord comprendre que la sanction n'est pas le but recherché: il ne s'agit pas de parler de responsabilité mais d'une volonté d'impliquer les différents acteurs de cette nouvelle économie.

48. Il faut ensuite observer qu'il peut exister une sanction « interne » qui consiste en une exclusion de la charte. La nature contractuelle de la charte n'interdit pas une certaine implication de l'État au sein du processus de coopération entre les parties signataires. L'Institut national de la propriété industrielle (l'INPI), autorité désignée par le ministre de l'Industrie et de la Consommation, veille ainsi au bon déroulement du processus d'expérimentation, préside l'assemblée générale réunissant les signataires et est compétente, sur saisine d'une partie signataire, pour engager une procédure à cette fin en cas de manquement aux obligations prévues par la charte.

¹² Voir articles 3, 14 et 15

¹³ Voir articles 15 et 16

¹⁴ Voir le Préambule, point 5. *Adde*, l'article 12, al. 1 et 2 (pour les mesures de détection) et l'article 4, al. 4 (pour les procédures de notification,) prévoyant des mécanismes d'évaluation et d'évolution de ces mesures dans le but d'éviter leur contournement par les contrefacteurs (art. 5, dernier al.).

¹⁵ Article 13. Toujours dans le souci d'éviter le contournement par les contrefacteurs des mesures adoptées (art. 5, dernier al.).

49. Certes on est alors loin de dommages-intérêts voire de sanctions pénales mais il y a lieu de constater que l'opprobre jeté sur l'acteur expulsé du cercle vertueux n'est pas sans effets économiques. Il faut du reste observer que l'adhésion à la charte a elle-même déjà produit certains de ces effets et que le chiffre d'affaires des plates-formes signataires est en progression, cette hausse venant compenser les frais induits par la mise en œuvre des mesures envisagées.

50. Il est vrai, comme cela a été indiqué, que cette charte participe de ce que l'on appelle dans les pays anglo-saxons la *soft law*. Mais il ne faut pas s'y tromper; il ne s'agit pas de créer une zone de droit mou. C'est même tout le contraire.

51. D'abord, parce que la charte innove et va au-delà de ce que les textes imposent aujourd'hui en termes d'obligations. Ensuite, parce qu'elle aspire à mettre en œuvre un droit consensuel, c'est-à-dire un droit élaboré en concertation et, donc, un droit mieux accepté, mieux appliqué, plus efficace et plus effectif. Enfin, parce que la charte, qui s'inspire de pratiques vertueuses déjà mises en œuvre par certains protagonistes, crée un nouveau standard de comportement qu'il sera difficile d'ignorer en raison de sa généralisation. Les bonnes pratiques mises en œuvre deviennent un standard de fait que le juge peut consacrer sous couvert d'analyse du comportement du *bon père de famille*.

52. En réalité, le terme *soft law* ne doit pas faire songer à un droit mou et ineffectif mais bien davantage à des normes dotées d'une certaine plasticité. Il faut comprendre le terme en soulignant la volonté de souplesse, permettant tant une meilleure adaptation aux situations qu'une meilleure évolution des comportements et des normes face aux transformations sociales, techniques ou économiques.

53. Il ne s'agit pas de normes fixées, je devrais dire figées, dans le marbre pour l'éternité. Mais d'un droit expérimental susceptible d'évoluer pour s'adapter au mieux, comme je l'ai dit, aux évolutions liées à une réalité sans cesse mouvante.

2. Le devenir ?

54. Il faut d'abord observer que, sur le fondement de cette charte, divers protagonistes ont signé des accords bilatéraux. L'incitation à la collaboration et à la souplesse a été entendue. Et il convient également de remarquer que des entreprises qui ne l'avaient pas signée à l'origine l'ont depuis rejointe. Ces deux phénomènes contribuant à une réflexion en vue d'une éventuelle évolution.

55. Le succès de la charte du 16 décembre 2009 a été tel que les pouvoirs publics ont demandé que la réflexion puisse être poursuivie en explorant d'autres pistes. C'est ainsi qu'une nouvelle lettre de mission nous a été délivrée, au mois de février 2011 par la ministre des Finances et le ministre de l'Industrie, à Bernard Brochand et moi-même, pour explorer la possibilité de signature de différents nouveaux accords

- à propos des sites de petites annonces (car il s'agit d'éviter le déplacement du phénomène de la contrefaçon);
- en matière de moyens de paiement (en jouant sur le *nerf de la guerre*);
- ou encore, s'agissant des efforts qui pourraient être accomplis par les transporteurs *physiques*.

56. Les réflexions en cours sont menées simultanément mais conduiront naturellement, en cas d'aboutissement, à la signature de chartes distinctes.

57. D'autres pays ont été intéressés par les solutions dégagées en France. Certaines associations étrangères ont manifesté leur volonté, via leurs adhérents, de signer la charte française. Mais la démarche n'a de sens que si, peu à peu, la réflexion est élargie à tout l'espace européen ou mondial.

58. De ce point de vue, la réunion d'aujourd'hui est une étape intéressante dans l'examen de cette idée. La difficulté qu'il y a parfois à rechercher et trouver une solution mondiale dans un traité peut laisser une place à ce type de solution alternative.

59. La réflexion est sans doute moins délicate à l'échelon régional. La Commission de Bruxelles, qui s'est montrée peu encline à accepter le principe d'une révision de la directive e-commerce, a repris l'idée et mené des travaux dont les résultats ont été la signature d'un MoU¹⁶ au printemps dernier (à l'issue du *Stakeholder Dialogue* conduit par la Direction générale Marché intérieur et services [DG Markt]).

60. Ce texte retient des solutions un peu en retrait par rapport à celles qui ont été admises en France. Pour le dire sans fard, le MoU est davantage marqué par la logique qui irrigue la réflexion de certains acteurs américains. Les plateformes sont davantage tenues d'un devoir de réactivité que d'une attitude proactive. Il serait pourtant préférable de prévenir le mal plutôt que de tenter, *a posteriori*, de le faire cesser.

61. Et puis, qu'ajoute un droit consensuel s'il n'est que la photographie (la directive e-commerce du 8 juin 2000)¹⁷ d'un texte difficile à faire évoluer? Reste qu'il n'est pas impossible d'espérer qu'il s'agisse là d'une première étape et que, peu à peu, les positions des uns et des autres se rapprochent.

[Fin du document]

¹⁶

¹⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf

¹⁷

¹⁷ On notera cependant l'attention portée à une procédure de notification. Ce qui, cependant, ne constitue pas un réel progrès pour les pays qui la connaissent déjà ...