

## **Etude succincte sur la transposition de la Directive 2004/48/CE dite « contrefaçon »**

*A propos de l'application de certaines dispositions limitées par la directive européenne à « des actes perpétrés à l'échelle commerciale »*

### **I. Les textes**

#### **A. La directive européenne 2004/48/CE**

#### **Le 14<sup>ème</sup> considérant de la directive limite trois dispositions de la directive à l'échelle commerciale**

(14) Les mesures prévues à l'article 6, paragraphe 2, à l'article 8, paragraphe 1, et à l'article 9, paragraphe 2, **ne doivent s'appliquer qu'à des actes perpétrés à l'échelle commerciale**, sans préjudice de la possibilité qu'ont les États membres d'appliquer également ces mesures à d'autres actes. Les actes perpétrés à l'échelle commerciale sont ceux qui sont perpétrés en vue d'obtenir un avantage économique ou commercial direct ou indirect, ce qui exclut normalement les actes qui sont perpétrés par des consommateurs finaux agissant de bonne foi.

#### **Article 6**

##### Éléments de preuve

1. Les États membres veillent à ce que, sur requête d'une partie qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles et suffisants pour étayer ses allégations et précisé les éléments de preuve à l'appui de ses allégations qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner que ces éléments de preuve soient produits par la partie adverse, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée. Aux fins du présent paragraphe, les États membres peuvent prévoir qu'un échantillon raisonnable d'un nombre substantiel de copies d'une oeuvre ou de tout autre objet protégé est considéré par les autorités judiciaires compétentes comme constituant des éléments de preuve suffisants.

2. Dans les mêmes conditions, en cas d'atteinte commise à l'échelle commerciale, les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre aux autorités judiciaires compétentes, le cas échéant, sur requête d'une partie, d'ordonner la communication de documents bancaires, financiers ou commerciaux, qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée.

#### **Article 8**

##### Droit d'information

1. Les États membres veillent à ce que, dans le cadre d'une action relative à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle et en réponse à une demande justifiée et proportionnée du requérant, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner que des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou des services qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle soient fournies par le contrevenant et/ou toute autre personne qui:

a) a été trouvée en possession des marchandises contrefaisantes à l'échelle commerciale;

b) a été trouvée en train d'utiliser des services contrefaisants à l'échelle commerciale;

c) a été trouvée en train de fournir, à l'échelle commerciale, des services utilisés dans des activités contrefaisantes,

ou

d) a été signalée, par la personne visée aux points a), b) ou c), comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution des marchandises ou la fourniture des services.

2. Les informations visées au paragraphe 1 comprennent, selon les cas:

a) les noms et adresses des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs des marchandises ou des services, ainsi que des grossistes destinataires et des détaillants;

b) des renseignements sur les quantités produites, fabriquées, livrées, reçues ou commandées, ainsi que sur le prix obtenu pour les marchandises ou services en question.

(...)

#### **Article 9**

Mesures provisoires et conservatoires

(...)

2. Dans le cas d'une atteinte commise à l'échelle commerciale, les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner, si la partie lésée justifie de circonstances susceptibles de compromettre le recouvrement des dommages-intérêts, la saisie conservatoire des biens mobiliers et immobiliers du contrevenant supposé, y compris le blocage de ses comptes bancaires et autres avoirs. À cette fin, les autorités compétentes peuvent ordonner la communication de documents bancaires, financiers ou commerciaux ou l'accès approprié aux informations pertinentes.

### **B. Le projet de loi n° 226 « lutte contre la contrefaçon » de transposition de la directive soumis au Sénat<sup>1</sup>**

La notion d'échelle commerciale était transposée au sein des articles suivants :

- article 3
- article 9
- article 10
- article 12
- article 17
- article 19
- article 23
- article 24
- article 26
- article 28

---

<sup>1</sup> <http://www.senat.fr/leg/pjl06-226.html>.

### **C. Le rapport n°420 du sénateur Laurent Béteille**

Le [rapport Béteille](#) a proposé de supprimer purement et simplement la notion d' « échelle commerciale » sur le fondement de trois arguments principaux :

#### **1. Le caractère flou de la notion d' « échelle commerciale »**

*« De nombreuses personnes entendues par votre rapporteur ont mis en exergue le caractère flou et imprécis de l'expression de « contrefaçon à l'échelle commerciale » (...) cette expression apparaît pour le moins ambiguë, la notion d'« échelle » exprimant davantage une **ampleur** ou une **étendue** qu'une **finalité**. Or, le projet de loi se borne à reprendre littéralement cette définition communautaire (par exemple à l'article 3 relatif aux brevets) sans la préciser davantage. »*

#### **2. Le caractère dangereux de la notion d' « échelle commerciale »**

*« Sibylline, l'expression « échelle commerciale » est également une notion **dangereuse** qui pourrait susciter un abondant contentieux, comme l'a relevé fort opportunément M. Alain Carre-Pierrat, président de la quatrième chambre de la cour d'appel de Paris. À partir de quelles quantités de produits ou de quel montant doit-on considérer que le contrefacteur recherche un **avantage économique ou commercial** ? Qu'est-ce qu'un **avantage indirect** ? »*

#### **3. L'exonération de l'obligation de transposer la notion d' « échelle commerciale » par la directive**

*« En outre, il convient de noter que la directive permet aux Etats membres de s'en écarter dès lors que la législation nationale est plus favorable aux titulaires de droits (article 2). »*

Les arguments du rapporteur ont été reçus favorablement par le Sénat qui a supprimé la notion d'« échelle commerciale » du projet de loi<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Projet de loi adopté le 19 septembre 2007, n°135, [http://ameli.senat.fr/publication\\_pl/2006-2007/226.html](http://ameli.senat.fr/publication_pl/2006-2007/226.html).

## **II. Analyse succincte des arguments évoqués dans le rapport Bêteille**

### **1. Sur le caractère flou et dangereux de la notion en question**

Le caractère flou et dangereux de la notion nous semble à la fois exagéré et inopérant sur le plan juridique.

Il est **exagéré** car la définition prévue au sein du 14<sup>ème</sup> considérant de la Directive indique précisément la finalité du recourt à cette notion : épargner « *les consommateurs finaux agissant de bonne foi* ».

L'intention du législateur est par ailleurs à rechercher dans les débats parlementaires. Or, l'intervention au Parlement européen de Mme Fourtou, rapporteur de la proposition de Directive, ne souffre d'aucune ambiguïté sur ce sujet : « *Mais, dorénavant, seules les actions commises à l'échelle commerciale seront répréhensibles. **La définition d'échelle commerciale exclut les actes commis par des consommateurs finaux de bonne foi, qui n'agissent pas dans le but d'obtenir un avantage économique ou commercial direct ou indirect.** Cette extension du champ d'application ne remet en cause aucune des directives sectorielles déjà adoptées sur le copyright, le commerce électronique et les programmes d'ordinateur. L'exception de la copie privée en sort même renforcée.* » (extrait des [débats du 9 mars 2004](#) au Parlement européen)<sup>3</sup>. Et le rapporteur d'ajouter que les garde-fous ajoutés à ce texte « *préservent les intérêts des ayants droit comme ceux des consommateurs.* »

La finalité du texte étant clairement révélée par le législateur communautaire, il n'y a guère lieu à s'interroger sur les subtilités que recèle la notion. Cette finalité doit également servir à éclairer le discernement du juge.

En outre, l'argument est juridiquement **inopérant**. Dans sa Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel, qui avait été saisi par les requérants d'une demande visant à éliminer du texte de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins une disposition reconnues par la majorité de la doctrine comme étant peu claire – l'occurrence, le test en trois étapes - a clairement posé comme principe que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »<sup>4</sup>.

Ainsi, l'argument selon lequel une notion, issue d'une directive visant à harmoniser les législations des Etats membres, doit être éliminée sur le fondement de son manque de clarté, est, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006, inopérant.

Cela peut se comprendre à l'échelle communautaire dans la mesure où, à défaut de transposition de cette notion, non seulement la volonté du législateur européen serait trahie, mais encore les objectifs d'harmonisation ne seraient pas atteints.

En d'autres termes, le défaut de transposition de la notion d'échelle commerciale, telle qu'elle est prévue et définie au sein de la directive 2004/48, est soumis tant à la sanction constitutionnelle qu'à la sanction communautaire.

---

<sup>3</sup> Par ailleurs, cette notion – dont la finalité demeure incontestable – est en cours d'éclaircissement au niveau communautaire. Le [rapport de Nicolas Zingaretti](#) du 23 mars 2007 sur la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle définit ainsi la notion d'échelle commerciale indique que « *L'accord sur les ADPIC fait référence à l'échelle commerciale mais n'en donne pas de définition. La manière dont est rédigé l'accord sur les ADPIC, l'utilisation de cette expression dans l'ensemble du texte et le contexte facilite cependant l'interprétation du concept. **Il s'utilise uniquement pour les atteintes lucratives qui engendrent des pertes directes importantes pour le titulaire d'un DPI; les échanges à but non lucratif de contenu légalement acquis entre particuliers doivent être exclus du champ d'application de la directive.*** » (p. 27).

<sup>4</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/2006540dc.htm>.

## 2. Sur l'exonération posée par la directive pour les états membres

Rien n'indique explicitement, au sein de l'article 2 évoqué par le rapporteur, une quelconque intention du législateur européen d'autoriser les Etats membres de s'écarter de la notion d'« échelle commerciale ».

Cet article aborde le champ d'application de la directive.

### Le texte de l'article évoqué par le rapport Béteille

#### Article 2

Champ d'application

1. Sans préjudice des moyens prévus ou pouvant être prévus dans la législation communautaire ou nationale, pour autant que ces moyens soient plus favorables aux titulaires de droits, les mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive s'appliquent, conformément à l'article 3, à toute atteinte aux droits de propriété intellectuelle prévue par la législation communautaire et/ou la législation nationale de l'État membre concerné.

2. La présente directive est sans préjudice des dispositions particulières concernant le respect des droits et les exceptions prévues par la législation communautaire dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur et notamment par la directive 91/250/CEE, en particulier son article 7, ou par la directive 2001/29/CE, en particulier ses articles 2 à 6 et son article 8.

### Lecture du texte

Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article présuppose que si les moyens prévus par la législation communautaire ou nationale sont plus favorables aux ayants droit, les mesures, procédures, ou réparations prévues par la directive n'ont pas à s'appliquer conformément à l'article 3. Or, l'article 3 de la directive n'aborde pas la notion d'« échelle commerciale ».

Le 2<sup>ème</sup> paragraphe indique que la présente directive est sans préjudice des dispositions particulières concernant le droit d'auteur et les droits voisins prévues au sein de la directive 91/250/CEE et par la directive 2001/29/CE, notamment en son article 2 à 6 (Droit de reproduction, droit de communication au public, droit de distribution, exceptions et limitations, mesures techniques de protection, sanctions et voies de recours). Or, loin de faire obstacle à la notion d'« échelle commerciale », cette dernière directive fait du caractère « non-commercial » un élément constitutif d'une limitation fondamentale au droit d'auteur et aux droits voisins au bénéfice des utilisateurs. Il s'agit de l'exception au droit de reproduction, connu en France sous les termes « exception pour copie privée ».

Article 5.2.b) de la directive 2001/29/CE : « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants : (...) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé **et à des fins non directement ou indirectement commerciales**, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux oeuvres ou objets concernés ».

Pour mémoire, le législateur français n'a certes pas transposé littéralement cette définition de l'exception pour copie privée au sein de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Le critère « non

commercial » permettant de faire bénéficier légitimement l'utilisateur d'une exception aux droits exclusifs est néanmoins consigné au sein de l'instrument communautaire visé par l'article 2 paragraphe 2 de la directive 2004/48/CE, qui, contrairement au paragraphe premier, ne se reporte pas aux législations nationales.

**Ainsi, l'article 2 de la directive 2004/48/CE, ne peut en aucun cas servir à faire obstacle à la notion d' « échelle commerciale ».**