

Consultation publique sur l'évaluation et la modernisation du cadre juridique relatif à l'application des droits de propriété intellectuelle: Détenteurs de droits

Contribution d'EUROKINEMA
Association de producteurs de cinéma et de télévision
Registre de transparence: 43245696854-79
15.04.2016

*** Pensez-vous que les règles en vigueur - prévues par la directive et mises en œuvre au niveau national - ont contribué de manière efficace à protéger la propriété intellectuelle et à empêcher les atteintes aux DPI?**

- Oui
- Non
- En partie
- Sans opinion

Merci de vous référer au rapport de la Commission sur l'application de la directive 2004/48 (COM(2010) 779 final – 22 décembre 2010).

Deux points méritent d'être relevés:

- La divergence d'interprétation et d'applications concrètes de certaines dispositions de la directive par les Etats membres et les juridictions nationales. Les nouvelles fonctionnalités de l'économie numérique, distribution en ligne, ont été insuffisamment prises en compte lors de l'élaboration de la directive 2004. Il s'en suit une inefficacité relative lorsqu'il s'agit de prendre des mesures à l'encontre des intermédiaires, telles que le droit à l'information, les mesures provisoires et conservatoires ou les injonctions en raison du niveau de preuve assez élevé réclamé en général par les juridictions nationales. Les incertitudes subsistent à propos de la notion d'intermédiaire du fait de l'interprétation élargie qui en est faite par un certain nombre d'Etats membres et des mesures spécifiques applicables aux intermédiaires qui ont contribué à ce qu'une infraction soit commise, ou qui l'ont facilitée, indépendamment de leur responsabilité. Il faut se rappeler que la directive 2004 est basée sur un compromis qui, en tant que tel, laisse une grande marge de manœuvre aux Etats membres et son dénominateur commun n'est pas élevé. Par ailleurs, la directive 2004 n'harmonise pas les sanctions pénales. Le moment est venu d'améliorer la directive avec l'obligation de renforcer les dispositions de mise en œuvre dans tous les Etats membres.
- Les sanctions pénales ont été écartées du champ d'application. Le considérant 28 mentionne explicitement les sanctions pénales mais l'article 16 évite d'utiliser ce terme. Une action doit être menée afin d'harmoniser les notions de base des sanctions pénales relatives aux infractions aux droits de propriété intellectuelle. Par ailleurs, des amendements à la directive devraient être envisagés afin de rendre le texte plus coercitif (voir suggestions proposées au point 2.c. divers). (considérant 28: "En plus des mesures, procédures et réparations de nature civile et administrative prévues au titre de la présente directives, des sanctions pénales constituent également, dans des cas appropriés, un moyen d'assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.)

*** Estimez-vous que les mesures et réparations prévues par la directive sont appliquées de manière homogène parmi les États membres?**

- Oui
 Non
 Sans opinion

L'important rapport de la Commission sur l'application de la directive 2004 (COM(2010) 779 final – 22 décembre 2010) tend à montrer que les dispositions de la directive sont mises en œuvre de manière très variable selon les États membres.

C.2.1 Éléments de preuve (Articles 6 et 7)

*** Considérez-vous que les mesures prévues par l'IPRED constituent des moyens efficaces pour présenter, obtenir et conserver des preuves?**

- Oui
 Non
 Sans opinion

Charge de la preuve

L'un des principaux obstacles pour les détenteurs de droits est la difficulté de présenter des preuves suffisantes et complètes à l'appui de leur demande, pour chacune des œuvres qui a été contrefaite de manière flagrante sur un site illicite. Cette tâche est longue, complexe et ne correspond pas à la situation où l'infraction est massive et concerne un nombre important d'œuvres.

L'article 6.1 de la directive 2004/48/CE prévoit à ce sujet que « les États membres peuvent prévoir qu'un échantillon raisonnable d'un nombre substantiel de copies d'une œuvre ou de tout autre objet protégé est considéré par les autorités judiciaires compétentes comme constituant des éléments de preuve suffisants ».

Il serait utile de préciser que le recours à cette méthodologie, qui s'impose en présence de contrefaçons massives, est ouvert non seulement dans le domaine de la contrefaçon d'exemplaires physiques mais également dans le cas de contrefaçons immatérielles commises sur les réseaux numériques.

En outre, il devrait être ajouté que la méthodologie de l'échantillonnage lorsqu'elle est ainsi appliquée à une activité de communication audiovisuelle, particulièrement en ligne, permet d'établir le caractère illicite de celle-ci.

L'ayant-droit peut donc faire répertorier la totalité des œuvres effectivement contrefaites, par exemple par un site web, sans avoir à fournir la preuve pleine et entière pour chacune d'elles, la partie adverse étant en mesure de contester la réalité de la liste fournie par le titulaire du droit, la charge de la preuve pesant dans ce cas sur le contrefacteur.

En outre, l'article 6.2 de la directive 2004/48/CE prévoit que « 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 ». Il conviendrait de clarifier cette disposition en précisant qu'elle doit être réellement effective, l'expression « le cas échéant » laissant peser le doute. Ainsi, le recours à une procédure sur simple requête doit être clairement

*** D'après votre expérience en matière d'application du droit d'information, pensez-vous qu'il soit nécessaire d'adapter les dispositions pour l'application de cette mesure?**

Oui

Non

Sans opinion

La directive 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle fournit aux États membres des solutions innovantes qui peuvent faciliter la protection des droits de propriété intellectuelle: à savoir le droit d'information et les injonctions. Cependant, il ressort des différents rapports d'application que les deux dispositions de fond ne sont pas mises en œuvre correctement ou ont été mal appliquées dans certains États membres. Le rapport de la Commission européenne (COM(2010) 779 final – 22 décembre 2010) et le document de travail (SEC(2010) 1589 final (22.12.2010) fournissent déjà de nombreuses orientations sur la manière dont ces deux dispositions clés pourraient être renforcées dans les États membres. Dans ce cas, il s'agit de rendre réellement efficaces les dispositions existantes plutôt que de créer de nouvelles dispositions.

La directive établit un droit d'information qui permet aux autorités judiciaires de mieux identifier les réseaux de contrefaçon et de piratage. Ce principe vise à obtenir la présentation de tous les documents ou informations détenus par le contrevenant ou toute personne qui a été trouvée en possession de produits contrefaits. Cette disposition est particulièrement importante et est une mesure essentielle pour faciliter l'application de la propriété intellectuelle.

Le droit d'information vise à fournir des informations sur l'origine et les réseaux de contrefaçons. En conséquence, la procédure du droit d'information doit être clairement distinguée de la règle de la preuve. Il est nécessaire de préciser que le droit d'information peut être requis avant que l'infraction ait été avérée par les autorités judiciaires.

Dans certains États membres le droit d'information prévu par la directive semble être accordé de manière très restrictive, principalement en raison des lois nationales en vigueur sur la protection et la conservation des données personnelles, qui ont tendance à l'emporter sur le droit à la propriété (qui inclut les droits de propriété intellectuelle), ce qui rend difficile l'exercice du droit d'information en ce qui concerne le piratage en ligne. Concilier le droit de protection des données et le droit de propriété est question cruciale dès lors que la protection des données à caractère personnel peut conduire à affaiblir les moyens accordés par la directive de 2004, y compris le droit d'information. Cette disposition devrait être clarifiée de sorte qu'elle ne soit pas un obstacle au droit d'information. La Commission devrait expliquer en termes pratiques comment assurer dans la pratique l'«équilibre» entre la protection des données à caractère personnel et la protection des droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où ces dispositions font partie de l'acquis communautaire et sont des questions de fond.

Alors que les articles 8(1) et 8(2) de la directive s'appliquent déjà aux fournisseurs de services en ligne, il serait utile de préciser que les fournisseurs de services en ligne, quelle que soit leur responsabilité, sont soumis à l'obligation de communiquer des informations relatives aux abonnés individuels indépendamment du fait que l'utilisateur final utilise ou non des services contrefaisants à l'échelle commerciale.

En outre, il convient de confirmer que la notion de "à l'échelle commerciale" à l'article 8(1)(c) concerne le fournisseur de services (c'est-à-dire «toute autre personne») et non le contrefacteur ou l'infraction elle-

même, soit en précisant que les 'double tests' à l'échelle commerciale sont incompatibles avec la directive soit en supprimant la référence à «l'échelle commerciale» soit par toute autre moyen.

* Pensez-vous qu'il y ait un juste équilibre entre le droit de propriété et le droit de recours judiciaire, d'une part, et le droit au respect de la vie privée et/ou le droit à la protection des données personnelles, d'autre part?

- Oui
 Non
 Sans opinion

La question de mieux articuler les exigences de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle et celles de la protection des données personnelles, se pose. Nous partageons l'analyse de la Commission suivant laquelle "le cadre juridique européen sur la protection des données à caractère personnel, d'une part, et le respect des droits de propriété intellectuelle, d'autre part, sont sur un pied d'égalité, en ce sens qu'aucune règle ne prévoit que le droit à la protection de la vie privée devrait généralement primer sur le droit de propriété ou vice versa".

Il est essentiel de trouver un juste équilibre entre la protection des données personnelles et la mise en œuvre du droit d'information "afin de garantir que les dispositions relatives au droit d'information puissent protéger efficacement les titulaires de droits sans compromettre les droits liés à la protection des données à caractère personnel".

L'article 8 de la directive 2004/48/CE impose au requérant de formuler une demande « justifiée et proportionnée » et prévoit donc la recherche de cet équilibre entre les différents droits qu'il appartiendra au juge d'apprécier au cas par cas. Cette exigence de proportionnalité doit permettre de mettre en balance la recherche d'informations aux fins de lutte contre la contrefaçon et la protection nécessaire de droits tels que le respect dû à la vie privée.

* **D'après votre expérience en matière d'application des règles de calcul des dommages-intérêts, pensez-vous qu'il soit nécessaire d'adapter l'application de cette mesure?**

- Oui Non
 Sans opinion

L'effet compensatoire et dissuasif des dommages-intérêts

En France, la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, transposant la directive 2004/48/CE, a prévu en matière de fixation des dommages et intérêts, et pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, que les juges doivent prendre en considération les conséquences économiques négatives - dont le manque à gagner subi par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte.

Comme indiqué au considérant 26 de la directive, ces critères de fixation des dommages et intérêts ne visent pas à introduire une obligation de prévoir des dommages-intérêts punitifs, mais de permettre un dédommagement fondé sur une base objective tout en tenant compte des frais encourus par le titulaire du droit tels que les frais de recherche et d'identification.

Plus particulièrement, les dommages et intérêts doivent :

- soit prendre en compte, outre les conséquences économiques négatives et le préjudice moral subis par

la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrefacteur ;

- soit être fixés de manière forfaitaire, ce forfait étant déterminé sur la base minimale des redevances que le titulaire de droits aurait pu percevoir si le contrefacteur avait demandé son autorisation. L'indemnisation forfaitaire est destinée à permettre une réparation du préjudice dans l'hypothèse par exemple où le titre n'est pas exploité ou si les éléments de preuve manquent pour apprécier avec précision le préjudice subi par le titulaire de droits.

En plus de l'interdiction des actes de contrefaçon et des réparations, l'article L. 331-1-4 in fine du Code de la propriété intellectuelle permet au juge d'ordonner la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, l'atteinte à un droit voisin ou à un droit sui generis, et leur remise à la partie lésée.

En droit, le juge peut donc prononcer des dommages-intérêts au moins équivalents aux bénéfices réalisés par le contrefacteur, ce qui a pour but de les rendre réellement dissuasifs. Une réflexion pourrait être menée pour trouver des solutions efficaces afin d'éviter l'enrichissement du contrefacteur par la contrefaçon (les profits engrangés par les contrefacteurs pouvant être supérieurs aux dommages et intérêts obtenus par les titulaires de droit, ce qui s'avère peu dissuasif).

Des dispositions visant à prévoir des moyens de réparation afin de parvenir à des dommages et intérêts suffisamment dissuasifs devraient être envisagées. Dans son rapport d'application (COM(2010) 779 final – 22.12.2010), la Commission européenne souligne que dans les cas où le contrevenant est une personne morale et que le titulaire des droits n'obtient pas des dommages-intérêts parce que le contrevenant ne possède pas d'actifs, a été mis en liquidation ou est insolvable pour tout autre motif, il pourrait y avoir lieu d'évaluer si le titulaire des droits peut réclamer des dommages-intérêts au directeur général de la société en vertu du droit interne, et dans quelles conditions le cas échéant.

En droit français, les personnes physiques et les personnes morales sont soumises aux mêmes règles de responsabilité civile en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Il convient toutefois de rappeler que le droit français comporte des règles de responsabilité pour insuffisance d'actif permettant de limiter, dans la mesure du possible, les conséquences de l'insolvabilité d'une personne morale (article L. 651-2 du code de commerce).

*** La directive devrait-elle explicitement établir que les juridictions nationales doivent être autorisées à ordonner aux intermédiaires de prendre des mesures visant non seulement à mettre un terme aux atteintes aux DPI déjà commises en utilisant leurs services, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes?**

- Oui
 Non
 Sans opinion

*** A cet égard, la directive devrait-elle établir des critères sur les moyens de prévenir de nouvelles atteintes (dans le contexte en ligne sans imposer une obligation générale de surveillance en vertu de la directive sur le commerce électronique)?**

- Oui
 Non
 Sans opinion

*** Pensez-vous qu'il soit nécessaire d'établir des critères définissant la proportionnalité d'une injonction?**

- Oui
- Non
- Sans opinion

*** Pensez-vous qu'il soit nécessaire de définir le terme «intermédiaire» dans la directive?**

- Oui
- Non
- Sans opinion

L'applicabilité des injonctions aux intermédiaires

La directive 2004/48/CE retient une interprétation large de la notion d'intermédiaire (« tous les intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle »). Cette interprétation doit être maintenue. En effet, les injonctions contre les intermédiaires ne sont pas des sanctions à leur encontre mais sont justifiées par le fait que ces derniers sont souvent les mieux placés pour prévenir ou faire cesser les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur internet ; ce qui est d'ailleurs confirmé par le considérant 23 de la Directive 2004/48/CE4 ainsi que le considérant 59 de la Directive 2001/29/CE5. En conséquence, puisqu'il ne s'agit pas d'une sanction, la possibilité d'obtenir une injonction à l'encontre d'un intermédiaire ne doit pas dépendre de son éventuelle responsabilité.

*** Pensez-vous qu'il soit nécessaire d'apporter d'autres modifications aux dispositions relatives aux mesures provisoires et conservatoires et aux injonctions?**

- Oui
- Non
- Sans opinion

Il conviendrait d'étudier les possibilités d'impliquer plus étroitement les intermédiaires, compte tenu de leur position favorable pour contribuer à prévenir les infractions en ligne et à y mettre fin. Cette implication pourrait passer par une clarification des différentes mesures pouvant être obtenues à leur encontre dans le but de prévenir ou faire cesser les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, notamment les mesures d'injonction temporaires ou permanentes ainsi que la mise en oeuvre du droit d'information.

Les dispositifs de limitation de responsabilité ne font pas obstacle à ces mesures d'injonction : le dispositif prévu à l'article 9, paragraphe 1.a), de la directive 2004/48/CE et renvoyant à l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE6 a été adopté en pleine cohérence avec le régime de limitation de responsabilité prévu par la directive 2000/31 relative au commerce électronique. L'application de ces textes dans les différents Etats membres est source de divergences et il importe de donner un plein effet à la cohérence voulue par le législateur communautaire. Notamment, il est urgent de prévoir des mesures d'injonction propres à prévenir ou à faire cesser la contrefaçon à l'encontre de tout intermédiaire entendu de façon la plus large possible. D'autre part, la procédure dite de "notification et retrait" pourrait être précisée afin d'indiquer qu'elle prévoit d'éviter la nouvelle remise en ligne par un autre utilisateur du même contenu contrefaisant le droit d'auteur ou les droits voisins (procédure "notice and keep off" ou "notice, take down & stay down"). Cette mesure n'est qu'un exemple qui ne doit pas limiter une réflexion plus large sur les mesures préventives de filtrage et de détection des contrefaçons. Il apparaît en effet nécessaire, comme l'ont reconnu les juridictions, de trouver les moyens de répondre à ce nouveau défi.

*** Pensez-vous que d'autres dispositions de la directive mériteraient d'être améliorées?**

Oui

Non

Sans opinion

La directive 2004 s'appuie sur des dispositions relatives au respect des droits prévues dans d'autres instruments communautaires constituant l'acquis communautaire et qui existaient avant 2004. Notamment l'article 7 (remèdes) de la directive sur la protection juridique des programmes d'ordinateur (2009/24/CE - version consolidée de la directive 91/250/CEE), et l'article 8 ("sanctions et voies de recours") de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (directive InfoSoc) 2001/29/CE. Toutefois, ces dispositions sont explicitement reprises dans la directive 2004 (voir considérant 16).

Sur le fond, la directive 2004 s'applique à la fois au droit d'auteur et à la propriété industrielle, qu'elle soit harmonisée ou non.

Ces dispositions sont à plusieurs égards supérieures à celles de l'Accord sur les ADPIC. La directive 2004 inclut des dispositions "ADPIC-plus", telles que l'article 4 (droit de demander l'application des mesures, procédures et réparations), les articles 6 et 7 (élément des preuves et mesures de conservation des preuves), l'article 8 (droit d'information, y compris contre les intermédiaires), et l'article 11 (injonctions aussi contre les intermédiaires).

Parallèlement, la directive 2004 constitue clairement un compromis. En tant que telle, la directive 2004 laisse une grande marge de manœuvre aux législateurs des États membres, et son dénominateur commun n'est pas très élevé. A noter notamment que la directive 2004 n'harmonise pas les sanctions pénales.

Cependant, il faut noter que cette directive a été adoptée par une Union européenne à 15 États membres en une seule lecture et pratiquement à la veille de l'adhésion de dix nouveaux États membres. L'objectif était de toute évidence de faire adopter cette directive avant l'adhésion des nouveaux États membres, dont beaucoup commercialisaient et étaient un port d'entrée pour des produits piratés et de contrefaçon.

En conséquence, on pourrait considérer que le temps est venu d'améliorer la présente directive en vue de renforcer les règles du respect des droits de propriété intellectuelle dans l'ensemble des États membres (au nombre de 28 à ce jour).

Possible améliorations de la directive 2004:

Les dispositions susceptibles d'être améliorées sont celles laissées à la discrétion des États membres, et donc peu harmonisées, ainsi que les domaines qui n'ont pas été traités.

- Les sanctions pénales ont été exclues de la directive 2004: alors que le considérant 28 mentionne explicitement des sanctions pénales, l'article 16 évite d'utiliser ce terme. Une tentative devrait être faite d'harmoniser au moins les principes de base des sanctions pénales pour les infractions à la propriété intellectuelle.

- "Personnes ayant qualité pour demander l'application des mesures, procédures et réparations" (article 4): Les termes "dans la mesure où la législation applicable le permet et conformément à celle-ci" réduisent l'effet d'harmonisation à presque zéro. Ces termes devraient être supprimés.

- Preuve: l'article 6 (2) prévoit que l'autorité judiciaire compétente doit être en mesure d'ordonner la communication de documents bancaires, financiers ou commerciaux - mais seulement «le cas échéant». La suppression de "le cas échéant" renforcerait considérablement la disposition.

- Droit d'information: La portée de l'article 8, 2 est également limitée par les termes «le cas échéant». La suppression de ces termes rendrait la disposition plus forte et plus opérationnelle. ¶ Injonctions: l'article 11 est d'une importance particulière pour les titulaires de droits, dans la mesure où il prévoit des injonctions, aussi contre les intermédiaires (sans préjudice de l'article 8, 3 de la directive 2001/29/CE). Cependant, le non-respect d'une injonction est seulement "passible d'une astreinte, destinée à en assurer l'exécution" "lorsque la législation nationale le prévoit " et "le cas échéant". Ces termes laissent le recours à l'injonction à l'entière discrétion des Etats membres. Les termes "lorsque la législation nationale le prévoit " et "le cas échéant" devraient être supprimés.

- Dommages: L'article 13 laisse trop de latitude aux États membres. Article 13,1 a) et b): "tous les aspects appropriés" (a), "dans des cas appropriés" (b). Article 13, 2: "les États membres "peuvent". Cette dernière disposition est d'une importance particulière pour les infractions au droit d'auteur, dans la mesure où elle porte sur le recouvrement des bénéfices ou le paiement de dommages-intérêts préétablis (statutaires). Ces dispositions limitent indûment la portée de l'article et devraient être supprimées.

*** Faudrait-il, selon vous, tenir compte d'autres questions non couvertes par le champ d'application du cadre juridique actuel pour moderniser les dispositions d'application des DPI?**

Oui

Non

Sans opinion

Enfin, toute référence à la directive 2004/48/CE ne peut raisonnablement faire abstraction de la question des catégories d'intermédiaires telles qu'elles résultent de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. A cet égard, la Commission a entamé une réflexion sur l'évaluation de la directive 2000/31 relative au commerce électronique, incluant un examen de l'encadrement global des prestataires de services Internet.

Il convient dans ce cadre de réfléchir aux catégories de prestataires techniques et à la portée des régimes qui leur ont été reconnus compte tenu de l'évolution technologique et des usages depuis le moment où la directive a été adoptée. Une articulation étroite entre ces deux exercices (évaluations des directives 2004/48/CE et 2000/31/CE) doit donc être menée, sans pour autant limiter la notion d'intermédiaire au sens de la directive 2004/48/CE à la liste des prestataires intermédiaires définis à l'article 12 de la directive 2000/31/CE.