

Introduction

« Il y a deux sortes de commerce, le bon et le mauvais commerce. Le commerce honnête est loyal, le commerce déloyal est frauduleux. Le commerce honnête c'est celui qui ne fraude pas ; c'est celui qui livre au consommateur des produits sincères ; c'est celui qui cherche avant tout, avant même les bénéfices d'argent, le plus sûr, le meilleur, les plus féconds des bénéfices, la bonne renommée... Le mauvais commerce, le commerce frauduleux est celui qui a la fièvre des fortunes rapides, qui jette sur tous les marchés du monde des produits falsifiés, c'est celui enfin, qui préfère les profits à l'estime, l'argent à la renommée ». Victor Hugo¹

Il est six heures du matin dans la campagne chinoise du Guangdong. Dans un entrepôt d'apparence banale, des centaines d'ouvriers, leur repas dans une boîte sous le bras, s'apprêtent à commencer leur journée de travail. Une scène ordinaire, comme dans tant d'autres usines chinoises. À ceci près qu'en regardant attentivement les produits fabriqués sur les machines à coudre dernière génération, on y retrouve toutes les grandes marques de vêtements occidentaux à la mode. Dans quelques jours, les vêtements partiront par conteneur pour Hong Kong, Dubaï ou Vancouver et seront revendus à un touriste sur une plage à Nice, sur le pont Saint-Ange à Rome, dans Chinatown à New York, dans un souk à Marrakech ou sur Internet.

La contrefaçon est aujourd'hui totalement mondialisée et touche tous les produits manufacturés : produits de grande consommation, produits intermédiaires, aliments, médicaments et produits dématérialisés. Le dernier rapport de l'ONU² sur la contrefaçon fait état de chiffres alarmants et d'une augmentation massive et continue des produits contrefaits dans le monde.

La globalisation a aggravé le phénomène, en raison du relâchement des barrières douanières, de la libéralisation des flux de capitaux, du transport aérien et maritime et de l'explosion du commerce en ligne. Sans pour autant qu'une lutte coordonnée se mette en place. Quand il faut

organiser la riposte, les intérêts privés et publics et les législations nationales sont rarement en phase.

Cette question, jusqu'à présent, était débattue entre industriels soucieux de protéger leurs marques, modèles et brevets ainsi que leurs créations et professionnels de la protection de la propriété intellectuelle. L'explosion de la contrefaçon coïncide avec l'entrée en scène à la fin des années 1980 de la Chine, premier producteur mondial de contrefaçons et plus largement des pays émergents d'Asie et d'Amérique latine. **La contrefaçon est au cœur des échanges Nord-Sud**, les pays producteurs étant pour l'essentiel des pays en voie de développement qui n'ont pas achevé leur révolution technologique et industrielle. Dans l'arène de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), une véritable guerre économique entre pays du Nord et pays du Sud s'organise autour de la propriété intellectuelle et, in fine, du transfert de technologie.

Derrière cette lutte pour l'accès à l'innovation et à la technique se cache une manne inespérée à la forte rentabilité pour la criminalité organisée, au même titre que la drogue, les armes ou les êtres humains. Ces liens sont complexes à décrypter, au delà des effets d'annonce des marques et des autorités : diversification, business à part entière, activités écrans, liens avec le terrorisme, blanchiment. L'ambition de cet ouvrage est de montrer que la contrefaçon est bien plus qu'une mauvaise solution aux inégalités de développement.

Comprendre la contrefaçon, c'est comprendre la marche du monde moderne : la diffusion des modèles culturels, le poids des marques dans l'économie et dans l'imaginaire, les inégalités de développement et de niveau de vie. C'est plonger dans la face cachée de la mondialisation. C'est s'interroger sur la responsabilité des pays démocratiques et développés : vont-ils pouvoir continuer à imposer et défendre un modèle de régulation et de morale, dans un monde qui ne semble pas en prendre le chemin ?

Qu'est-ce que la contrefaçon ?

Par contrefaçon, il faut entendre la reproduction ou l'imitation illégale d'un produit, étant donné que l'illégalité découle de la violation d'un droit de propriété intellectuelle. **Pour qu'il y ait contrefaçon, il faut qu'il y ait eu protection de ce droit** : « le contrefacteur est, en effet, la sangsue du titulaire du droit de propriété intellectuelle³ ».

D'autres types de « contrefaçons » qui ne répondent pas à la définition du droit de la propriété intellectuelle ne seront pas abordés dans le cadre de cet ouvrage : ni la contrefaçon ou plutôt la falsification de documents administratifs (faux passeports, faux permis, etc.), ni la fausse monnaie, bien que ceux-ci se retrouvent souvent dans les bagages des délinquants fabricants ou revendeurs de produits contrefaits.

■ Le système de la propriété intellectuelle

L'idée centrale sur laquelle repose la matière de la propriété intellectuelle est la **possession d'un droit exclusif sur un objet immatériel**⁴.

La propriété intellectuelle porte toujours sur une **création** : une « œuvre » dans le droit d'auteur, une « invention » dans le cas du brevet, un « signe distinctif » dans le droit des marques.

Tous les « objets » ne peuvent pas faire l'objet de droits exclusifs. Ainsi, la doctrine, reprise par les juges, a élaboré la maxime selon laquelle « les idées sont de libre parcours ». Cela signifie que « la pensée échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées⁵ ». Dans l'affaire de l'emballage du Pont-Neuf⁶, Christo a tenté d'attaquer en contrefaçon un artiste ayant emballé des arbres le long d'une avenue. Son action a été refusée au motif que l'idée d'emballer des objets publics est insusceptible d'appropriation. Elle est « de libre parcours ». Dans le

domaine industriel, cela signifie que les méthodes, les théories, le savoir-faire ne sont pas brevetables.

De même, certains éléments d'ordre public sont exclus de la propriété intellectuelle : éléments ayant trait au vivant⁷ (le corps humain, les embryons, les manipulations génétiques sur les animaux, les procédés de clonage) et objets immatériels contraires aux bonnes mœurs (un brevet sur une pipe à opium par exemple), cette dernière notion ayant tendance à s'effacer au profit d'une approche plus pragmatique.

Les frontières sont difficiles à tracer et l'évolution des mœurs, des sciences et techniques de même que les nécessités de la concurrence ont permis de nombreuses exceptions à ces règles. Les droits de propriété intellectuelle sur les médicaments sont largement admis, ainsi que sur les obtentions végétales (créations ou découvertes de nouvelles variétés de plantes). De même des brevets ont été admis sur certains éléments du vivant, tels des manipulations génétiques sur des animaux (affaire de la souris transgénique⁸) et le codage de fragments d'ADN⁹.

La propriété intellectuelle regroupe deux branches du droit :

- ❖ **la propriété industrielle** (les brevets, marques, dessins et modèles) ;
- ❖ **la propriété littéraire et artistique** (les droits d'auteurs et droits voisins).

Il faut y ajouter les appellations d'origine, les indications géographiques protégées (IGP) et les certificats d'obtentions végétales, ainsi que des protections spécifiques à certains produits (semi-conducteurs et base de données par exemple).

Chacun de ces droits fait l'objet de protections différentes dans le temps, le lieu et dans les modalités. Retenons que, dans le système de droit romain qui prévaut notamment en Europe, la propriété littéraire et artistique est gouvernée par un formalisme faible et une protection de type automatique tandis que la propriété industrielle fait l'objet d'un formalisme important, coûteux et marqué par le système du dépôt.

Il faut souligner plus globalement que la propriété intellectuelle est marquée par le principe de territorialité, ce qui a des conséquences fortes dans un système mondialisé. Les accords de l'OMC tendent à y remédier, mais il sera montré plus loin que le système est hautement perfectible.

■ Histoire de la propriété intellectuelle

Son histoire est indissociable de l'essor du commerce et des révolutions technologiques qui jalonnent l'histoire industrielle des pays développés. On a retrouvé sur des amphores à vin romaines du I^{er} siècle avant JC des signes distinctifs (poinçons). L'Italie de la Renaissance avait mis en place en 1474 un système proche du brevet d'invention.

Il faut attendre le XVIII^e siècle pour que la propriété intellectuelle soit formalisée. L'inspiration des Lumières, l'avènement du machinisme et des idées libérales font éclore les premières réglementations et jurisprudences modernes sur la propriété intellectuelle (tel le *Queen Ann's Act* de 1709 qui reconnaît le droit d'auteur pour une période de vingt et un ans).

En France, la loi Le Chapelier des 13 et 19 janvier 1791 protège le droit d'auteur et la loi Boufflers du 7 janvier 1791 crée un droit au brevet pour les inventeurs. Les débats de ces deux lois à l'Assemblée constituante révèlent l'importance accordée à la propriété intellectuelle. Pour les rapporteurs, « **la propriété des créations intellectuelles est la plus légitime de toutes les propriétés** ». Ces lois interviennent peu de temps après l'abolition des privilèges, dans la nuit du 4 août 1789.

Cette profession de foi sera reprise dans le Code civil à l'article 544 qui dispose que : « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ».

La **protection des dessins et modèles** est le fait d'une loi napoléonienne du 18 mars 1806, qui institue une procédure de dépôt des dessins sur les tissus fabriqués à Lyon.

La **protection des marques** sera plus tardive. La liberté du commerce et de l'industrie va conduire progressivement les fabricants à apposer des signes distinctifs sur leurs produits et à rendre nécessaire une protection formelle qui interviendra en 1857.

Jusqu'à ces réglementations, la notion de propriété intellectuelle demeure très aléatoire, pour des raisons religieuses — seul Dieu est « créateur » — et politiques — le roi seul accorde des privilèges. L'invention de l'imprimerie au XV^e siècle conduit les libraires à réclamer au roi un système de protection contre le plagiat. Il leur accorde un monopole d'exploitation sur certaines œuvres. Mais seuls quelques auteurs bien en cour parviennent à se voir reconnaître des droits exclusifs sur leurs œuvres (Rabelais en 1545, La Fontaine et Molière au XVII^e siècle).

En matière de commerce, le roi confère des **privileges** permettant de disposer d'un monopole de fabrication de certains produits. Madame de Maintenon détenait des privilèges sur des fours et cheminées ; certaines manufactures de porcelaine ne pouvaient produire que du bleu tandis que d'autres avaient droit à la couleur. En 1778, Louis XVI octroie à Jean de Dietrich une marque en forme de cor de chasse pour protéger sa production des contrefaçons. Ce symbole est aujourd'hui encore le logo du Groupe De Dietrich, fabricant d'appareils de cuisson.

Dans le domaine du **droit d'auteur**, les artistes ont longtemps été considérés comme des artisans. La copie n'était pas sanctionnée et les créateurs ne tiraient pas toujours de revenus de leurs œuvres ; ils se plaçaient plutôt sous la protection d'un mécène, comme François I^{er} pour Léonard de Vinci.

■ La contrefaçon ou la violation du système des droits de propriété intellectuelle

Dès lors que des droits de propriété intellectuelle (DPI) sont protégés, et pendant la durée prévue par la protection, sont considérés comme des contrefaçons¹⁰ :

- ❖ la reproduction, l'usage, l'apposition ou l'imitation d'une **marque** identique ou similaire ;
- ❖ toute reproduction, représentation ou diffusion d'une **œuvre de l'esprit** en violation des droits d'auteur (compositions musicales, dessins, œuvres d'art...) ;
- ❖ toute reproduction partielle ou totale d'un **dessin ou modèle** sans l'autorisation de l'auteur ;
- ❖ la copie, la vente ou l'importation d'une invention nouvelle protégée par un **brevet** ;
- ❖ la fixation, reproduction, diffusion, d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme réalisés sans l'autorisation du producteur.

La **contrefaçon est un phénomène difficile à appréhender au plan juridique**. Lorsque l'on parle de « copie » au sens large, trois stades sont à distinguer :

- ❖ **l'inspiration**, qui peut être créatrice,
- ❖ **l'imitation**, qui prête à confusion,

❖ la copie servile, qui est illégale.

Seul le troisième type de copie tombe sous le coup de la législation sur la contrefaçon. Mais comme l'illustrent les exemples ci-dessous, la détermination du type de copie est parfois difficile à définir pour le juge.

**La contrefaçon au sens du code
de la propriété intellectuelle française**

❖ **La marque**

Article L. 713-3 : sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion, dans l'esprit du public :

- a. la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires, à ceux désignés dans l'enregistrement ;
- b. l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.

❖ **Le brevet**

Article L. 615-1CPI : « Toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet, tels qu'ils sont définis aux articles L. 613-3 à 613-6, constitue une contrefaçon. »

Le droit d'auteur

Article L. 335-3 CPI : « Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute reproduction imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit. »

Les DPI obéissent à des règles strictes, basées sur des conditions très précises et soumises à un formalisme important et coûteux. Malgré un système international partiellement unifié, ces règles sont très difficiles à faire respecter sur l'ensemble de la planète. Dans tous les cas, la propriété intellectuelle est bien un instrument de régulation du commerce et des affaires dans un contexte de libre-échange et de concurrence. Le principe fondamental des économies libérales et démocratiques est et demeure celui de la liberté : liberté d'entreprendre, de créer, de vendre. Or « le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence déloyale, le principe étant qu'une prestation qui ne

fait pas ou plus l'objet de droit de propriété intellectuelle peut être librement reproduit¹¹ ».

De plus, la contrefaçon se situe parfois à la frontière d'autres délits, comme la **concurrence déloyale**.

Il y a concurrence déloyale dès lors qu'un commerçant commet au bénéfice de son commerce, à l'encontre d'un autre commerçant exerçant une activité similaire, un acte susceptible de porter préjudice à ce dernier et ce dans le but de détourner sa clientèle¹².

La concurrence déloyale demeure un outil en défense des entreprises dont le système des DPI n'a pu être consolidé, soit qu'elles n'en avaient pas les moyens, techniques, humains ou financiers, soit que ce cela n'était juridiquement pas possible. Certes l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale procèdent de causes différentes. L'une sanctionne une atteinte à un DPI, l'autre exige une faute. Mais la concurrence déloyale est une protection subsidiaire contre les imitateurs et les contrefacteurs.

En l'absence de DPI, la plupart des systèmes juridiques protègent le *fair competition*, grâce à l'action en « *passing off* ». Elle sanctionne le fait de distribuer des produits ou des services sous une marque qui en évoque une autre dans le but de s'approprier sa notoriété. L'action en *passing off* permet de défendre sa marque y compris non déposée dans les pays où cette loi est appliquée, comme en Inde avec la section 27 du *Trade Marks Act* de 1999.

La contrefaçon au quotidien des entreprises¹³ :

La confusion de marque : Madame Miranda a un atelier de maroquinerie à Venise. Elle lance une pochette noire très tendance sur laquelle elle appose un sigle en strass « Pradi ».

► Elle peut être considérée comme contrefacteur pour confusion d'une marque protégée et connue sur le marché ; elle encourt une amende, la saisie et la destruction du stock de pochettes. Elle peut également être attaquée sur le terrain de la concurrence déloyale ou du parasitisme.

La copie d'un dessin ou d'un modèle. Désireux de sortir un modèle de jean qui se vendra bien, Maurice B. réalise et commercialise un jean « authentique » qui est la copie quasi-conforme d'un *best-seller* du marché.

- ▶ Si le produit authentique a fait l'objet d'un dépôt, la copie servile est une contrefaçon ; seuls les éléments strictement nécessaires au produit (apposition de boutons métallisés, poches plaquées par exemple) ne sont pas protégeables ou alors le produit doit être dans le domaine public ou totalement banal.

En tout état de cause, si le produit authentique n'est pas protégeable, le créateur du produit copié pourra réagir sur le terrain de la concurrence déloyale.

La copie d'une œuvre de l'esprit : Dominique Moretti est éditeur de musique à Nice. Le label de sa maison de disques est désormais reconnu et référencé chez les grandes marques de distribution. Un dimanche matin sur le marché de Toulon, il trouve des CD de son label bradés sur un étal. Il se rend compte que ce sont des copies serviles fabriquées au Maroc avec apposition d'étiquettes comparables aux originaux.

- ▶ Il rachète les disques par chèque, il relève le numéro du véhicule du vendeur et tente d'obtenir des informations sur l'approvisionnement. S'il choisit l'action pénale, il dépose plainte auprès des services de police, il transmet les informations à la DDCCRF¹⁴ et il sollicite l'intervention de la douane pour qu'elle procède à la retenue ou directement à la saisie de la marchandise.

Le recel de contrefaçons : Le Garage du Pont est un garage automobile bien connu géré par la même famille depuis trois générations. Une personne se recommandant d'un ami commun propose des enjoliveurs à un prix très attractif. Mais il s'avère que les pièces sont des contrefaçons revêtues des marques de grands fabricants.

- ▶ L'élément intentionnel doit être prouvé pour établir qu'il y a recel de contrefaçons. Le garagiste doit par tous les moyens prouver sa bonne foi : il cesse immédiatement la commercialisation du produits, il négocie si possible la reprise du stock et il avertit les services de police, gendarmerie et la DDCCRF, ainsi que le service commercial de la marque contrefaite.

La contrefaçon par reproduction : La Coutelière, implantée à Nontron, crée une nouvelle ligne de couverts de table qu'elle décide de présenter pour la première fois au salon des arts de la Table. Peu de temps après, elle constate que ses articles ont été copiés par un concurrent.

► L'entreprise ne s'est pas protégée avant de divulguer sa création ; elle aurait dû effectuer un dépôt auprès de l'INPI (Institut national de la propriété intellectuelle). Elle doit désormais tenter de réunir les preuves de l'antériorité de sa création sur celle du copieur (catalogues, constat d'huissier sur les lieux de l'exposition...) pour agir en contrefaçon.