

Signature du *Memorandum of Understanding* impliquant les acteurs de la publicité en ligne dans la lutte contre la contrefaçon

DATE 12/07/2018

ÉMETTEUR BAJ

Le 25 juin 2018, les acteurs de la publicité en ligne ont signé un accord non contraignant (*Memorandum of Understanding* ou MoU¹) sous l'égide de la Commission européenne (DG Marché intérieur, Industrie, Entrepreneuriat et PME dite DG GROW) destiné à mettre en œuvre au niveau européen l'approche dite « *Follow the money* » qui consiste à assécher les ressources financières des services contrefaisants, généralement sur la base d'une « liste noire ». La conclusion d'un tel accord avait été discutée dès mars 2016 avec les parties prenantes, son principe ayant été acté en octobre 2016.

En France, sous l'égide du ministère de la Culture et de la Communication, une charte pour la protection du droit d'auteur a été signée dès 2015 entre les ayants droit et les acteurs de la publicité en ligne. Un comité de suivi de bonnes pratiques a ensuite été mis en place avec les acteurs du paiement en ligne.

1. Les dispositions phares du MoU

- **Signataires** : Les signataires sont essentiellement des organismes représentatifs du secteur de la publicité, qui n'engagent pas leurs membres à titre individuel. Google et quelques autres prestataires intéressés par la sécurisation de la chaîne de la publicité ont également signé l'accord à titre individuel. On peut également relever la signature d'un organisme représentant les titulaires de droits sportifs au niveau international (Sports Rights Owner Coalition) et de la European Gaming and Betting Association. L'accord avait vraisemblablement vocation à être soutenu voire signé par les ayants droit, mais ceux-ci ne se sont pas associés à la signature du MoU².
- **Champ d'application** : À la différence de la charte française, l'accord porte sur les sites et les applications qui portent atteinte non seulement au droit d'auteur mais également à la propriété intellectuelle en général. Son champ d'application n'est ainsi pas limité aux contenus et vise aussi en principe les biens physiques et les atteintes au droit des marques. Les acteurs de la publicité en ligne ne devraient pas diffuser de publicités sur ces services dans la mesure où la prestation est servie dans l'espace économique européen.
- **Articulation avec les dispositifs nationaux** : Les signataires s'engagent, à des fins d'information, à partager les éléments y afférents. Ils ne s'engagent pas en revanche à respecter les différents dispositifs nationaux mais peuvent les prendre en considération pour déterminer les mesures et outils appropriés à la mise en œuvre du MoU européen.
- **Respect du droit de la concurrence et des droits fondamentaux** : La difficulté de conciliation de ce mécanisme d'autorégulation avec le droit de la concurrence notamment est mise en exergue par la

¹ <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/30226>

² <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/30302>

Commission dès le préambule du MoU, qui indique que le dispositif s'inscrit dans le respect du droit de la concurrence, mais aussi des libertés d'entreprendre et de communication sur Internet.

- **Caractérisation des sites illicites** : S'agissant des services visés sur lesquels les signataires devront tâcher de ne pas diffuser de publicités, l'accord prévoit des restrictions et des garde-fous pour éviter que des acteurs privés puissent être regardés comme étant juge du caractère contrevenant des sites. Dans ce cadre, les obligations des acteurs de la publicité en ligne relèvent de degrés d'implication différents :
 - Les signataires s'engagent ainsi, à titre principal, à consentir à prendre des mesures d'assèchement à l'égard des services ayant été considérés formellement par un juge (ou une autorité publique disposant de pouvoirs de même nature) comme portant atteinte à la propriété intellectuelle à une échelle commerciale et qui n'ont pas d'utilisation licite significative. Cela implique de manière concrète d'introduire dans leurs contrats commerciaux des clauses de garantie excluant la diffusion de publicités sur les sites contrevenants et de mettre en place les outils de leur choix pour suivre l'exécution de ces engagements à l'égard des sites identifiés comme contrevenants en application des accords (outils de vérification de contenus, des systèmes de diffusion publicitaire ou de *reporting*).
 - De manière connexe, les signataires devraient limiter le placement de publicités, au regard de leur politique interne et de leur propre évaluation, sur des services pour lesquels ils disposent de preuves raisonnables indiquant qu'ils portent atteinte à la propriété intellectuelle à une échelle commerciale et qu'ils n'ont pas d'utilisation licite significative. Ces preuves peuvent inclure les éléments qui leur sont fournis par les ayants droit. Il s'agirait ainsi non plus d'avoir une approche « horizontale » selon la Commission mais une approche « verticale ».
- **Évaluation du dispositif** : Le 29 novembre 2017, la Commission a publié des lignes directrices relatives aux modalités d'application de la directive IPRED³, dans lesquelles elle évoquait la finalisation par les parties prenantes du présent MoU et indiquait qu'elle était favorable à un suivi de ce MoU à l'aune d'indicateurs de performance (KPIs), à l'image de ce qui existe déjà pour l'accord conclu en 2011 entre les plateformes e-commerce et les ayants droit en vue de lutter contre la vente de biens contrefaits via Internet. Cet accord a en effet fait l'objet d'une modification en 2016, laquelle a introduit des key performance indicators (KPIs), destinés à permettre une évaluation fiable, objective et transparente de son efficacité à partir de données collectées par les parties et analysées par l'Observatoire de l'EU IPO. La Commission annonçait alors qu'elle se chargerait régulièrement d'évaluer l'efficacité de ces accords dans le but de diffuser les bonnes pratiques, d'identifier les axes d'amélioration et la nécessité, le cas échéant, de prendre des mesures d'ordre législatif, la promotion et l'évaluation de l'ensemble des accords *Follow the money* devant incomber à la Commission et à l'Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle rattaché à l'EU IPO. Finalement, le MoU ne prévoit pas de suivi à l'aune de KPIs prédéfinis en tant que tels et l'Observatoire n'est pas mentionné dans le texte de l'accord. Celui-ci prévoit seulement que sa mise en œuvre donnera lieu à un suivi sur deux points :
 - Les efforts entrepris par les acteurs de la publicité pour faire respecter leurs engagements et les effets de ces mesures estimés par ces mêmes acteurs ;
 - Les effets du MoU sur le marché, qui seront collectés et discutés par les signataires (et peuvent prendre la forme de documents préparés par des groupements privés et publics ou des chercheurs).

L'évaluation du dispositif sera conduite avec une attention particulière pendant la première année d'existence de l'accord, *via* l'organisation de réunions trimestrielles. Elle portera sur quatre aspects essentiels que sont le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle, la baisse des dommages causés aux droits de propriété intellectuelle, le respect des droits fondamentaux et du droit

³ <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26582>

de la concurrence. Cette évaluation donnera lieu à un rapport qui inclura les rapports transmis par les signataires. À l'issue de la première année de fonctionnement, deux réunions par an seront organisées et des rapports d'évaluation sur le fonctionnement et l'efficacité du MoU pourraient être rédigés.

Les signataires s'engagent enfin à coopérer avec la Commission pour réaliser ces évaluations en lui communiquant à sa demande les informations pertinentes, en l'informant du retrait de tel signataire, en répondant à ses questions et consultations, enfin en participant activement aux réunions portant sur l'évaluation du dispositif et en y conviant la Commission.

2. Perspectives

Maintenant que l'accord est signé, la DG GROW devrait s'atteler à la conclusion d'un accord similaire avec les acteurs du paiement en ligne au niveau européen. Un tel accord pourrait présenter davantage d'intérêt pour les ayants droit, dans la mesure où l'on peut constater qu'en Europe, les acteurs de la publicité en ligne tendent à s'engager plus volontiers dans des accords formels de type *Follow the money* que les acteurs du paiement, lesquels préfèrent souvent agir dans le cadre d'une démarche autonome.

Il apparaît cependant que les démarches de type *Follow the money* ont fait consensus sur leur utilité pendant plusieurs années mais que des questions se posent aujourd'hui sur les modalités de leur mise en œuvre, les effets de ces mesures et le bilan de leur efficacité. En effet, on constate, en France et à l'étranger, après quelques années d'application de ces dispositifs, que les sites massivement contrefaisants qui perdurent sont ceux qui développent des stratégies de contournement (en mettant en place des obfusqueurs de liens par exemple) et qui s'adaptent à ces mesures en se tournant vers des régies proposant des publicités dégradées (pornographie et jeux en ligne) ou d'autres moyens de paiement (monnaie virtuelle) ou encore d'autres sources de financement. Ce type de dispositif d'assèchement dégrade ainsi la qualité de service et l'image de marque du site, dont le caractère illégal apparaît désormais plus facile à identifier pour le consommateur de bonne foi.

Il convient désormais de réfléchir à l'extension de cette approche à d'autres acteurs tels que les bureaux d'enregistrement de noms de domaine, les hébergeurs techniques ou les moteurs de recherche, afin d'obtenir que ceux-ci puissent respectivement suspendre les noms de domaine des sites massivement contrefaisants, cesser de les héberger ou encore les sous-référencer. Se pose pour finir, au niveau de la France tout du moins - outre les points susvisés d'amélioration et sécurisation des dispositifs d'assèchement - la question de savoir comment accroître la portée de ces dispositifs pour directement permettre, au-delà de l'assèchement, la disparition de ces sites. L'objectif à atteindre consiste donc à construire des « ponts » entre les constats opérés dans le cadre des mesures d'assèchement et les actions judiciaires à mener contre les sites listés pour permettre ensuite la multiplication des décisions de blocage.