

The background is a vibrant digital illustration. It features a dark purple and blue gradient with a subtle hexagonal grid pattern. A prominent white circle is centered in the upper half, containing a dashed white line that spirals inward towards a bright yellow-white point. Several glowing lines in shades of blue and purple intersect across the scene, with small white dots at their junctions, suggesting a network or data flow.

BLOCKCHAIN ET LUTTE ANTI-CONTREFAÇON

Hortense DELNATTE – Margaux GROUBIER – Lorena RAULOT

TABLES DES MATIERES

| | |
|--|-----------|
| I) Introduction | 4 |
| II) La blockchain comme outil de traçabilité des produits..... | 7 |
| A) Les potentialités offertes par la blockchain dans la lutte anti contrefaçon..... | 8 |
| 1) <i>La blockchain comme garantie de la fonction essentielle de la marque.....</i> | <i>8</i> |
| 2) <i>La blockchain comme outil de traçabilité contre la contrefaçon.....</i> | <i>9</i> |
| a) Les enjeux de traçabilité appliqués au domaine du luxe | 9 |
| b) La traçabilité dans les secteurs alimentaire et diamantaire appliquée analogiquement à la lutte anti-contrefaçon | 10 |
| c) Les potentialités de la blockchain appliquée aux marques collectives..... | 12 |
| B) L'appréhension progressive de la blockchain par les services douaniers | 13 |
| 1) <i>Interaction de la blockchain avec la procédure actuelle d'intervention en douane</i> | <i>13</i> |
| 2) <i>L'évolution de l'éventuelle appréhension de la blockchain par la douane</i> | <i>14</i> |
| 3) <i>Les intérêts potentiels de la blockchain dans le travail quotidien de la douane..</i> | <i>15</i> |
| C) Les limites de la blockchain dans la lutte anti-contrefaçon | 16 |
| 1) <i>Contrefaçon et produits non inscrits dans la blockchain</i> | <i>16</i> |
| 2) <i>Matérialisation nécessaire sur le produit physique</i> | <i>17</i> |
| 3) <i>Les coûts engendrés par la blockchain.....</i> | <i>20</i> |
| 4) <i>Blockchain et domaine pharmaceutique.....</i> | <i>21</i> |
| 5) <i>La blockchain et la réalisation de l'épuisement du droit.....</i> | <i>22</i> |

| | |
|---|-----------|
| III) La blockchain comme outil probatoire de la contrefaçon | 24 |
| A) L'interaction de la blockchain avec les mécanismes probatoires actuels | |
| 1) <i>La preuve de la titularité.....</i> | <i>24</i> |
| 2) <i>La preuve de la contrefaçon</i> | <i>26</i> |
| B) <u>Vers une recevabilité éventuelle de la blockchain comme élément de preuve ...</u> | <u>28</u> |
| 1) <i>Conciliation du principe de liberté et de loyauté de la preuve avec la blockchain</i> | <i>28</i> |
| 2) <i>L'assimilation à un écrit électronique</i> | <i>29</i> |
| IV) Conclusion..... | 32 |
| V) Bibliographie..... | 34 |
| VI) Remerciements..... | 37 |

I) Introduction

La blockchain est une « machine à fabriquer de la confiance ».¹ De fait, elle aboutit à la création d'un lien entre le monde physique et le monde numérique. Elle a connu une première application avec la monnaie virtuelle. En effet, c'est en 2008 que Satoshi Nakamoto, dont le projet était de fournir une preuve intangible de l'existence d'une transaction, a donné naissance à la technologie de la blockchain.

D'après la définition de Blockchain France, la blockchain est une « technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée et fonctionnant sans organe de contrôle ».² Le mathématicien Jean-Paul Delahaye compare cette technologie à « un très grand cahier, que tout le monde peut lire librement et gratuitement, sur lequel tout le monde peut écrire, mais qui est impossible à effacer et indestructible ». Les utilisateurs de la blockchain effectuent des transactions qui sont regroupées par blocs. Les mineurs, qui sont les nœuds du réseau, valident chaque bloc. Quand le bloc est validé, il est horodaté et ajouté à la chaîne. Ainsi, la transaction devient visible sur l'ensemble du réseau. Le fonctionnement de la blockchain entraîne l'impossibilité de pouvoir modifier l'un des blocs sans avoir à modifier toute la chaîne de blocs.³

La blockchain repose sur trois propriétés fondamentales. Tout d'abord, ce mécanisme fonctionne sans aucun organe de contrôle et partant, se caractérise par la désintermédiation. En outre, et contrairement à un réseau « ordinaire », la blockchain est « distribuée », ce qui signifie que chaque utilisateur y a accès et peut par conséquent s'assurer de la validité et de l'intégrité de la chaîne. L'une des autres propriétés de la blockchain est sa transparence. En effet, les échanges réalisés sur cette blockchain sont consultables par tous.

¹ The Economist, 31 octobre 2015.

² <https://blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/>

³ Pourquoi la blockchain va révolutionner la propriété intellectuelle, Revue propriétés intellectuelles, octobre 2017 n° 65, Vincent Fauchoux et Amélie Gouazé

La blockchain est définie dans le Code monétaire et financier à l'article L. 223-12 comme un « dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification » des opérations d'émission et de cessions des minibons. Le droit s'étant intéressé à cette technologie d'abord en matière financière, on comprend ainsi aisément que l'une des vocations premières de la blockchain est donc la réalisation de transactions. La blockchain peut également jouer un rôle passif en conservant une information et partant, en permettant le suivi.⁴

On peut répertorier trois types de blockchain. La première dite publique va être librement accessible à tous, telle que celle de la crypto-monnaie Bitcoin. La deuxième est dite privée. Son accès sera limité à nombre déterminé de personnes. Enfin, la blockchain peut être hybride. Elle regroupe plusieurs acteurs mais n'est ni publique ni ouverte à tous.⁵

La blockchain peut prendre forme dans divers secteurs. Elle peut trouver une application dans le domaine financier - domaine phare du développement de la blockchain-, de l'assurance, de la santé, de la distribution, des transports, de l'énergie et du développement durable ou encore de la propriété intellectuelle. Dès lors, on peut remarquer que les applications potentielles de la blockchain vont bien au-delà du secteur de la finance.

La question qui se pose alors est celle de savoir en quoi la blockchain peut présenter un intérêt dans le domaine de la propriété intellectuelle. D'abord, l'intérêt réside notamment dans l'acquisition du titre et dans la caractérisation de la divulgation. « Un peu comme une version modernisée du cachet de La Poste, apposé sur une enveloppe fermée, la blockchain permet de garantir l'existence, à une date donnée, d'un document donné ».⁶ Nous nous attacherons à démontrer son intérêt en matière

⁴ Revue Contrats Concurrence Consommation n° 10 octobre 2017, le droit et la technologie blockchain une approche sectorielle

⁵ <https://www.journaldunet.com/economie/finance/1179949-blockchain-publique-privée-consortium-quelles-differences/>

⁶ Rapport de la mission sur l'état des lieux de la blockchain et ses effets potentiels pour la propriété littéraire et artistique, p. 11.

de défense du titre. La logique première de la blockchain étant la réalisation d'une transaction, nous serons amenées à nous interroger sur l'application de la blockchain à la contrefaçon étant donné que la contrefaçon n'est pas par principe un système de transaction.

La contrefaçon peut être définie comme tout acte qui porte atteinte aux droits de propriété intellectuelle.⁷ Elle peut prendre deux formes ; à savoir la contrefaçon par reproduction servile et la contrefaçon par imitation. La contrefaçon peut être combattue par la mise en place de traçabilité du produit authentique dans l'hypothèse de la reproduction servile. Face à une reproduction par imitation telle que prévue par la législation, la lutte contre la contrefaçon peut résider dans la preuve de la titularité. La caractérisation d'une contrefaçon nécessite la réunion de plusieurs éléments. Dans le cas d'une contrefaçon par imitation, seul le droit des marques nécessite la démonstration d'un risque de confusion. Le risque de confusion n'est pas un critère de la contrefaçon en droit des dessins et modèles et en droit d'auteur. En matière pénale, les actes de contrefaçon doivent avoir été commis sciemment. A l'inverse, en matière civile, l'élément moral n'étant pas nécessaire, l'élément matériel suffit à caractériser la contrefaçon.

Il est donc pertinent de s'interroger sur ces caractéristiques et leurs apports pour mesurer les potentialités de cette technologie encore méconnue en tant que riposte en matière de lutte anti-contrefaçon.

En effet, la difficulté de lutter contre la contrefaçon réside d'une part dans le fait de la multiplicité des produits concernés, notamment dans les domaines du luxe, pharmaceutique ou encore alimentaire, et d'autre part dans la variété des pays d'origine mais également des réseaux de distribution. Le développement d'internet ces dernières décennies a également fortement contribué à faciliter la contrefaçon, en entraînant notamment des difficultés de traçabilité du vendeur virtuel⁸, et plus généralement en facilitant le commerce illégal.

⁷ V. A. Lucas, le droit d'auteur et l'interdit : Critique 2002, n°663-664 p. 591

⁸ Unifab, Stéphane Truchi, 1er décembre 2011

Ainsi, dans quelles mesures la blockchain est-elle un outil pertinent et efficace dans la lutte anti contrefaçon ?

Dans un premier temps il sera question d'appréhender l'opportunité de la blockchain comme outil de traçabilité des produits (II) pour ensuite examiner son éventuel intérêt probatoire (III).

Si la blockchain semble être révolutionnaire et source d'un grand optimisme, il faut être prudent et nous tenterons de modérer au mieux notre propos afin de s'interroger de la façon la plus objective possible sur son intérêt appliqué à la propriété intellectuelle et plus particulièrement à la lutte anti-contrefaçon.

II) La blockchain comme outil de traçabilité des produits

Selon Sophie Canas⁹, la blockchain a l'avantage de garantir la sécurité et la traçabilité des informations stockées. Elle pourrait, dans ces conditions, constituer un outil très utile de lutte contre la contrefaçon. A titre liminaire, il convient de préciser que la traçabilité est en enjeu de lutte de la contrefaçon dans le cadre d'une reproduction servile. En effet, dans cette hypothèse, la marque sera reproduite à l'identique de telle sorte que la blockchain va contribuer à la différenciation du produit contrefait du produit contrefaisant. Même si l'hypothèse de la reproduction servile est relativement rare, on la retrouve principalement dans les domaines du luxe. Dans ce cas, le contrefacteur cherche à reproduire précisément le produit authentique.¹⁰ Cette technologie offre des avantages certains dans le cadre de la lutte anti-contrefaçon (A) et commence à être appréhendée par la douane (B). Cependant, il convient de modérer ce propos en développant les écueils persistants auxquels la blockchain se heurte (C).

⁹ Sophie CANAS, Conseiller référendaire à la Cour de cassation

¹⁰ Manuel Droit de la propriété industrielle, Raynard, § Les actes ne nécessitant pas de risque de confusion

A) Les potentialités offertes par la blockchain dans la lutte anti-contrefaçon

1) La blockchain comme garantie de la fonction essentielle de la marque

La technologie de la blockchain présente un avantage certain pour la relation client-marques. En permettant d'enregistrer des informations d'identification et de les vérifier, elle peut donc permettre, en apposant une puce ou un code sur les produits que l'on souhaite tracer, un avantage considérable dans la traçabilité de ces derniers. Pour certains opérateurs du marché dont les produits sont sujets à contrefaçon et dont l'authenticité joue un rôle considérable aux yeux du consommateur, cette technologie s'avère donc révolutionnaire. L'intérêt existe non seulement pour l'entreprise, qui pourra contrôler au mieux ses produits et les différencier des produits contrefaits, mais également pour le consommateur, qui se rassurera quant à l'origine du produit.

La caractérisation d'une contrefaçon de marque suppose au préalable d'établir que l'acte litigieux porte atteinte à la fonction essentielle de la marque qui est de garantir et d'identifier l'origine des produits et services qu'elle désigne¹¹ comme le précise la Cour de Justice de l'Union Européenne dans les arrêts L'Oréal¹² et Arsenal¹³. Partant, la blockchain, en permettant d'identifier l'origine du produit, contribue de facto à remplir la fonction essentielle de la marque. L'intérêt est relatif lorsque le produit est vendu directement par l'entreprise titulaire de la marque, bien que cette hypothèse soit rare et concerne principalement les grandes maisons de luxe. Cette fonction semble pertinente dans l'hypothèse de ventes de seconde main ainsi que dans le cadre de ventes réalisées par un tiers distributeur. Grâce à la blockchain, l'acheteur pourrait dès lors être assuré de l'origine du produit sans prendre le risque que le produit soit contrefait.

¹¹ Droit de la propriété industrielle, Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, 8^{ème} édition, Dalloz

¹² CJUE, 18 juin 2009, C-487/07

¹³ CJUE, 12 novembre 2002, C-206/01

De manière générale, la contrefaçon touche tous les domaines, sans exceptions, et ne fait qu'augmenter depuis ces dernières années. En témoignent les chiffres de l'Unifab selon lesquels les saisies en France de produits contrefaisants ont été multipliées par 8 entre 2002 et 2016 (1,2 millions de produits saisis en 2002 contre 9,24 en 2016).

2) La traçabilité par la blockchain comme outil de lutte anti-contrefaçon

Cependant, l'enjeu de la traçabilité des produits pour lutter contre la contrefaçon est différent selon les secteurs considérés. Nous évoquerons successivement les avantages de l'application de la blockchain à la supply chain dans le domaine du luxe, puis nous nous intéresserons aux domaines alimentaire et diamantaire pour en tirer par analogie les avantages applicables à la lutte anti-contrefaçon.

a) Les enjeux de traçabilité appliqués au domaine du luxe

Tout d'abord concernant le domaine du luxe, l'enjeu de la traçabilité et de l'authenticité du produit paraît essentiel. Ce domaine a notamment été un des précurseurs dans l'utilisation de la blockchain pour lutter contre la contrefaçon¹⁴. Prenons l'exemple de la marque Babyghost lors de la Fashion Week de Shanghai en 2016¹⁵. Le monde du luxe a en effet rencontré le monde de la technologie lors de cet événement. La société a collaboré avec l'entreprise BitSe, spécialisée dans la blockchain, qui a notamment développé un projet nommé VeChain, se définissant comme une application anti-contrefaçon.

Concrètement, toutes les pièces de la collection de la marque Babyghost étaient équipées d'une puce NFC ou d'un QR code. Par ces codages, toutes les informations relatives au vêtement étaient dès lors accessibles par l'intermédiaire d'un Smartphone. En effet, l'application permettait de vérifier que la clé publique enregistrée sur le tag faisait partie intégrante de la blockchain. Dès lors, les clients

¹⁴ Blockchain et droit du luxe et de la mode, Village justice, 18 mai 2017

¹⁵ Bitcoin magazine, article de Rebecca Campbell

pouvaient avoir accès à l'histoire de chaque vêtement de leur création à leur point de chute et ainsi vérifier l'authenticité de leurs achats.¹⁶

b) La traçabilité dans les secteurs alimentaire et diamantaire appliquée analogiquement à la lutte anti-contrefaçon

La blockchain appliquée à la lutte anti-contrefaçon semble également avoir fait ses preuves en matière d'authentification de diamants. En effet, le secteur diamantaire fait l'objet de nombreuses fraudes. On recense annuellement presque 45 milliards de dollars de perte pour les investisseurs en raison de ces fraudes¹⁷. La start-up Everledger a notamment développé l'utilisation d'une blockchain pour y regrouper les transactions diamantaires. Pour que le diamant soit inscrit sur la blockchain, 40 caractéristiques doivent être recensées telles que son poids en carat, sa couleur ou encore sa taille. Un numéro de série est alors constitué à partir de ces données, qui sera par la suite gravé directement sur le diamant, ainsi qu'enregistré sur la blockchain. Notons qu'un faux diamant ne soulève pas de problématique en matière de contrefaçon. Il convient de raisonner par analogie. Ainsi, cette application de la blockchain au secteur diamantaire nous met sur la piste des applications potentielles à des produits susceptibles de faire l'objet d'une contrefaçon. Ce mécanisme mis en place par la start-up Everledger présente l'intérêt que le numéro de série gravé sur le diamant va être difficilement altérable. Une telle transposition à un produit susceptible de contrefaçon peut sur ce point sembler pertinent. De même, les différentes applications actuelles de la blockchain en matière de traçabilité alimentaire constituent des exemples éventuellement transposables à la lutte anti-contrefaçon.

L'utilisation de la technologie blockchain a en effet fait ses preuves en matière de traçabilité logistique en permettant de retracer l'ensemble de la supply chain dans le domaine agro-alimentaire.

¹⁶ Pourquoi la blockchain va révolutionner la propriété intellectuelle, Revue propriétés intellectuelles, octobre 2017 n° 65, Vincent Fauchoux et Amélie Gouazé

¹⁷<http://actu.digital/2017/06/24/everledger-blockchain-de-lindustrie-diamant/>

Avec l'importance des enjeux actuels relatifs aux scandales alimentaires, il est aisément déductible que la transparence de la traçabilité des supply chain en matière agro-alimentaire soit essentielle pour les consommateurs. Étant donné que chaque maillon de la chaîne inscrit les données concernant son étape de production dans la blockchain, s'il s'avère qu'une fraude a été réalisée, cette technologie permettant un horodatage, il sera alors possible de retrouver de manière très précise le moment et l'endroit dans la chaîne ayant causé la fraude¹⁸. Sans la blockchain, il est en effet beaucoup plus laborieux d'identifier rapidement la fraude. En effet, l'accélération de la détection de la fraude et la lutte contre l'opacité des supply chain réduirait considérablement les risques sanitaires.

Certaines grandes entreprises ont déjà mis en application cette technologie¹⁹. C'est le cas d'un groupe de sociétés (comprenant les sociétés Dole, Driscoll's, Golden State Foods, Kroger, McCormick and Company, McLane Company, Nestlé, Tyson Foods, Unilever et Walmart) ayant décidé de collaborer avec la société IBM en exploitant la technologie de la blockchain pour authentifier et tracer les aliments dans la chaîne de production²⁰.

Ce constat étant fait, dans quelles mesures pourrait-on transposer cette méthode à la lutte anti-contrefaçon ? Le fait de retracer toute la chaîne de production reviendrait, par analogie, à retracer toute la chaîne de distribution d'un produit afin de garantir une origine certaine. Ici, l'enjeu ne serait pas la garantie d'un risque sanitaire mais celui de l'authentification d'une traçabilité. Ce qui est intéressant tient au fait que l'on dispose d'exemples probants en matière de traçabilité alimentaire. La société Walmart a notamment déjà obtenu des résultats en utilisant cette technologie pour tracer le mouvement du porc en Chine, qui s'est selon elle avérée très efficace. En effet, le suivi de la chaîne de production a pu être obtenu en quelques secondes au lieu de plusieurs semaines lorsque la technologie blockchain n'était pas utilisée. Cela laisse présager une potentielle efficacité de la transposition

¹⁸ Etude Blockchain Partner, « Supply Chain, Traçabilité et Blockchain »

¹⁹ IBM transpose la blockchain dans les applications logistiques et le luxe, l'Usine digitale, 18 juillet 2016

²⁰ <https://cxi.today/ibm-blockchain-nestle-unilever-walmart/>

de ce mécanisme à la lutte anti-contrefaçon.

c) Les potentialités de la blockchain appliquée aux marques collectives

En outre, il semble qu'une telle traçabilité soit très pertinente pour les marques collectives. En effet, pour pouvoir utiliser ces marques, il est impératif de satisfaire à certaines conditions d'utilisation tenant notamment à l'origine géographique ou à la qualité des produits. Le droit français connaît deux types de marques collectives²¹ : les marques collectives dites « simples »²², qui sont les marques pouvant être exploitées par toute personne dans la mesure où elle respecte le règlement d'usage établi, et les marques collectives de certification, qui peuvent être exploitées par toute personne sous réserve du respect d'un cahier des charges instaurant un contrôle par un organisme indépendant²³. Étant donné que la possibilité d'exploiter de telles marques repose sur le respect de certaines qualités et propriétés du produit, utiliser la blockchain pourrait justement permettre de vérifier que les produits remplissent réellement ces conditions et partant, ne constituent pas des contrefaçons du produit. Pour aller plus loin, nous pourrions même imaginer la possibilité pour les marques collectives de certification de supprimer l'organisme de contrôle indépendant. L'un des intérêts de la blockchain étant la désintermédiation, toutes les étapes de la production du produit en question seraient enregistrées sur la blockchain, et par conséquent facilement vérifiables, sans qu'il y ait besoin d'avoir recours à un tiers devant contrôler le respect des conditions de la marque collective. La certification des produits par rapport aux conditions énoncées par le règlement serait dès lors assurée via l'inscription sur la blockchain. Cela pourrait même se concrétiser par un smart contract ou « contrat intelligent » (programme autonome exécutant de manière automatique des conditions préalablement définies et inscrites dans la blockchain, définition Blockchain France). Le smart contract pourrait donc vérifier automatiquement que les conditions de la marque soient bien respectées par

²¹ Articles 715-1 et suivants du CPI

²² INPI, <https://www.inpi.fr/fr/faq/quelle-difference-entre-une-marque-collective-simple-et-une-marque-collective-de-certification>

²³ Manuel Droit de la propriété industrielle, Raynard, p. 178-179

les exploitants, et exécuter conséquemment les termes du contrat encadrant l'exploitation de la marque collective de certification.²⁴

B) L'appréhension progressive de la blockchain par les services douaniers

Il est pertinent de développer l'appréhension par la douane de ce mécanisme. La douane peut être qualifiée comme la police des flux de marchandises.²⁵ Elle a vocation à veiller aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle notamment. C'est ainsi qu'elle constitue un acteur fondamental dans la lutte anti-contrefaçon. En effet selon l'article 38 du Code des douanes, les contrefaçons sont des marchandises interdites.

1) Interaction de la blockchain avec la procédure actuelle d'intervention en douane

Dans la procédure douanière, le titulaire de droit peut signaler la présence de marchandises susceptibles de porter atteinte aux droits visés dans la demande. Il s'agit de la demande d'intervention prévue par le règlement n° 608/2013 ainsi que le Code de la propriété intellectuelle²⁶. Concrètement, le titulaire de droit de demander à la douane de lui signaler la présence de marchandises attentatoires à ses droits. A partir de cette demande, la douane procède à la saisie des marchandises pendant 10 jours ouvrables pour que le titulaire prenne les mesures adéquates pour faire cesser l'atteinte. Cette démarche permet aux services douaniers de cibler des marchandises. Le dossier peut notamment être déposé par le titulaire de droit et doit contenir certaines informations. Parmi les informations à fournir, on trouve notamment les données spécifiques et techniques sur les marchandises authentiques comme d'éventuels marquages, images ou code-barres. Par définition, le mécanisme de la

²⁴ Colloque sur l'avenir de la propriété intellectuelle, organisé par l'Association JUSPI, à Paris le 3 octobre 2017, publication à la revue Propriétés Intellectuelles, mars/avril 2018

²⁵ Circulaire d'intervention et retenue de marchandises présumées contrefaisantes par l'administration des douanes du 4 juillet 2016.

²⁶ <http://www.douane.gouv.fr/articles/a11071-retenu-et-demande-d-intervention-application-for-action>

blockchain repose sur l'apposition d'un numéro généré par algorithme afin d'authentifier un produit. En ce sens, il est possible de considérer que la blockchain pourrait constituer un élément permettant de justifier une retenue douanière dans le cadre d'une demande d'intervention.

2) L'évolution de l'éventuelle appréhension de la blockchain par la douane

En 2013, un Congrès mondial relatif à la lutte anti-contrefaçon a été organisé par l'Organisation mondiale des douanes (OMD). A cette occasion, l'OMD s'est associée à GS1. Ces deux organisations se sont ainsi engagées à fournir aux douanes des technologies performantes pour identifier les produits contrefaisants au mieux. Ainsi, l'OMD a lancé l'IPM (Interface Public Member) qui est un outil permettant l'accès à une interface entre douaniers et entreprises. Cette dernière permet aux douaniers de scanner des codes-barres GS1. Cette plateforme permet ainsi une communication active entre la douane et le titulaire de droit. Il s'agit là d'un premier plan d'action basé sur les nouvelles technologies dans la lutte anti-contrefaçon puisque l'OMD invite à se relier à IPM.

Dans le domaine viticole, le Syndicat général des vignerons de Champagne (SGV) a créé, en collaboration avec la société Advanced Track and Trace, une coiffe intelligente. Cette coiffe permet en outre une information personnalisée sur le vin²⁷. Sur la coiffe, la traçabilité se matérialise de la manière suivante : deux QR-codes ainsi qu'un médaillon holographique sont imprimés sur la feuille d'aluminium recouvrant le bouchon et la collerette. Le SGV a signé le 12 décembre 2017 un accord avec les services des douanes françaises selon lequel les douanes pourront, en cas de contrôle, accéder grâce au QR-Code à une interface retraçant l'ensemble de l'historique du produit, cette interface ne reposant cependant pas sur la technologie blockchain. En effet, et à la différence des bases de données dites « traditionnelles » dans lesquelles les informations vont être stockées dans un serveur unique, le mécanisme de la blockchain permettrait d'enregistrer les données

²⁷ Les Echos, article de Guillaume Roussange

de manière distribuée, ce qui rend ces informations infalsifiables.

Par la signature d'une lettre d'intention, la douane et le syndicat ont entendu conférer une reconnaissance à la coiffe Cloé.²⁸ La coiffe Cloé repose sur l'apposition d'un QR code. Elle permet de garantir aux producteurs une certaine traçabilité. De ce fait, elle contribue à la lutte anti-contrefaçon. L'accord conclu entre le SGVC et les autorités douanières, permettra à la douane d'accéder aux informations relatives à la production du Champagne et d'identifier l'origine des produits en question. C'est un premier pas dans la modernisation des capacités de lutte contre la contrefaçon pour les douanes.

Un pas en plus a été franchi dans l'appréhension de la blockchain par les services douaniers par Delta-douane. C'est une société qui accompagne divers acteurs pour la gestion des importations et exportations de marchandises. Plus généralement, ils ont pour mission de prendre en charge les formalités douanières des entreprises intéressées. Les clients de Delta-douane bénéficient d'un accès à une plateforme numérique dénommée « Delta Hub » sur laquelle il est possible de retrouver les déclarations de douane ou d'autres documents officiels. Cette plateforme permet également de suivre en temps réel les opérations. Elle permet notamment d'intégrer une blockchain.

3) Les intérêts potentiels de la blockchain dans le travail quotidien de la douane

Selon Vincent Fauchoux,²⁹ la blockchain faciliterait considérablement le travail des douanes. En effet, les douanes pourraient s'appuyer sur des informations véridiques. Il s'agit là de l'avantage de l'open source puisque la traçabilité est erga omnes.

En ce sens, il est possible d'y voir une ouverture d'appréhension de la blockchain par la douane. D'un point de vue pratique, cela permettrait de faire reposer le travail des

²⁸ <http://www.douane.gouv.fr/articles/a14575-unis-pour-garantir-l-authenticite-du-champagne>

²⁹ Vincent Fauchoux, co-fondateur de BlockchainyourIp et avocat associé au sein du cabinet DDG

douanes sur une base de données dont la fiabilité est certaine et qui permettrait de procéder à une vérification très rapide. Dans l'hypothèse d'une application de la blockchain à nos procédures actuelles de retenue douanière, cela présenterait de nombreux avantages. Partant, il ne serait plus nécessaire de contacter le titulaire des droits avant chaque retenue. Dans le même sens, il ne serait plus question de bloquer des marchandises qui ne sont pas contrefaisantes car inscrites sur la blockchain. Cela aurait pour résultat un réel gain de temps et donc de coûts financiers. En effet, cela impliquerait une réduction des effectifs des douanes et de réduire plus généralement la masse contrefaisante.

Si la blockchain présente des avantages certains, il est évident que la propriété intellectuelle et notamment la lutte anti-contrefaçon fait persister de réels défis qui restent à relever par cette technologie.

C) Les limites de la blockchain dans la lutte anti-contrefaçon

Nous devons nous interroger sur le fait de déterminer si tout ce qui n'est pas enregistré dans la blockchain constitue nécessairement une contrefaçon. En outre, nous pouvons également nous poser la question de la persistance de la contrefaçon malgré le recours à la blockchain. Par ailleurs, une matérialisation physique sur le produit reste nécessaire. Il sera ensuite question de développer la question des coûts financiers que la blockchain pourrait engendrer pour les titulaires de droits pour enfin évoquer la segmentation du marché qu'elle pourrait créer.

1) Contrefaçon et produits non inscrits dans la blockchain

Pour évoquer la question relative au recours à la blockchain dans la lutte contre la contrefaçon qui est de savoir si un produit qui ne serait pas enregistré sur la blockchain serait forcément contrefaisant, nous pouvons prendre l'exemple de la start-up française Blockfarma et de son système de contrôle de l'authenticité d'un

médicament grâce à son smartphone³⁰. En effet, si la boîte de médicaments n'est pas inscrite sur la blockchain, cela ne veut pas dire qu'elle constitue forcément une contrefaçon³¹. Cela révèle donc un des dangers potentiels du recours à la blockchain qui serait d'engendrer une systématisation excessive de ce qui est de la contrefaçon ou non, simplement par le fait qu'un produit serait inscrit ou pas sur la blockchain. De plus, dans le droit actuel, la caractérisation de la contrefaçon nécessite la démonstration de plusieurs éléments. Il faut que l'élément matériel soit caractérisé. Il réside en droit d'auteur dans l'atteinte au droit de représentation³² ou au droit de reproduction et en droit des marques dans la reproduction servile ou dans l'acte d'imitation. En matière pénale, il convient de rapporter la preuve de l'existence d'un élément moral démontrant l'intention du contrefacteur. Par conséquent, il semble peu probable que le recours à la blockchain supprime la nécessité de recourir à la preuve de ces éléments et se suffise à elle seule pour caractériser ce qui relève de la contrefaçon ou non.

Une autre question est celle de savoir si le mécanisme de la blockchain va empêcher la persistance de la contrefaçon. Il est indéniable que cela va permettre de la réduire. Si l'on considère qu'un produit dont le QR-Code est retiré est un produit contrefaisant, le contrefacteur va pouvoir altérer ou faire disparaître les codes des produits authentiques, de telle sorte que les produits contrefaisants et contrefaits ne puissent plus être distingués.

2) Matérialisation nécessaire sur le produit physique

La blockchain, plus qu'un outil de traçabilité luttant contre la contrefaçon, peut s'avérer être en réalité un simple outil de traçabilité commerciale, en raison de certaines difficultés matérielles auxquelles se heurte ce procédé. Tout d'abord, et même pour la plus performante des blockchains, une matérialisation physique sur le produit sera toujours nécessaire. Le fonctionnement du monde virtuel est

³⁰ Blockchain, la révolution de la confiance, Laurent Leloup

³¹ Blockfarma : solution blockchain de traçabilité des médicaments et de lutte contre la contrefaçon, <https://blockfarma.com/>

³² Droit d'auteur et droits voisins, Christophe Caron, Lexis Nexis, 5^{ème} édition, p. 506-507

inévitablement en interaction avec le monde réel, ce qui a pour conséquence d'affaiblir sa performance et ses intérêts.

En effet, une interrogation supplémentaire repose sur la matérialisation nécessaire d'un code ou d'une puce qui doit être apposée sur le produit pour qu'il soit inscrit sur la blockchain qui se concrétise par une technologie mobile sans contact, tel qu'un QR-code ou une puce RFID. En effet, qu'en est-il en cas de décodage ? En d'autres termes, que se passe-t-il si un QR-code apposé sur un produit inscrit sur la blockchain est altéré ? Le produit devient-il par conséquent de la contrefaçon ? On voit que malgré la meilleure technologie blockchain, il est nécessaire de recourir à des systèmes de matérialisation préexistants à la blockchain. Même si la blockchain permet sans aucun doute de réduire la contrefaçon, nous doutons qu'en l'état actuel elle puisse l'éradiquer complètement. La technologie blockchain sert en tout état de cause à mieux pouvoir se défendre.

Dans une décision Hennessy du 24 novembre 2009³³, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la qualification ou non de contrefaçon d'un produit dont le code avait été altéré.

En l'espèce, des bouteilles de cognac Hennessy avaient été commercialisées avec des codes lots qui avaient été grattés et recouverts d'une encre noire. La Haute juridiction a confirmé la décision de la Cour d'Appel qui avait jugé que par ces actes de suppression du code, le défendeur avait commis des actes de contrefaçon en ce que la société Hennessy ne pouvait plus assurer la fonction de garantie, d'authenticité et de qualité de sa marque. Dès lors, la contrefaçon sur le fondement du droit des marques est caractérisée au sens de l'article L 713-2 du CPI selon lequel « sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, la suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée ».

Dans une autre affaire Louis Roederer en date du 19 janvier 2010³⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation a qualifié de frauduleux le fait de masquer par

³³ N° 08-17752

³⁴ N° 08-70.036

un trait noir un code apposé par le producteur de bouteilles de champagne. En revanche, la Haute juridiction s'appuie cette fois sur le fondement du droit de la consommation, et plus précisément de l'article L 217-2 du Code de la consommation, qui interdit de supprimer, masquer, altérer ou modifier de manière frauduleuse un signe apposé ou intégré sur des marchandises dans le but de les identifier matériellement ou électroniquement. En l'espèce, la Cour considère que ces codes, en permettant la traçabilité des produits en cause, sont donc un élément dont la modification est constitutive d'une faute. En revanche, la Cour de cassation se livre à une application restrictive du droit des marques dans ce litige. En effet, elle ne caractérise pas l'atteinte sur ce fondement, en considérant que le seul fait que le code soit apposé sur une étiquette enregistrée en tant que marque et sans que le code lui-même ne soit protégé ne suffit pas à caractériser la contrefaçon. Pour la caractériser, il aurait fallu que le code d'identification soit lui-même protégé.

On peut donc constater que par ces deux décisions, la justice française se dirige vers une répréhension de la modification ou de l'altération d'un code d'identification apposé sur un produit, bien qu'elle se base sur des fondements différents (droit des marques ou droit de la consommation). Cependant, on remarque que la qualification de contrefaçon sur le fondement du droit des marques est appréciée strictement.

Par analogie, on pourrait donc considérer qu'un code apposé sur un produit relié à la blockchain et qui serait altéré constituerait dès lors une contrefaçon. Cependant, la jurisprudence ne semble l'admettre que pour les codes faisant l'objet d'une protection. Dès lors, on peut donc s'interroger sur la question de savoir si les titulaires de droits vont être dans l'obligation de protéger à titre de marque le code d'identification afin de caractériser la contrefaçon sur le fondement du Code de la propriété intellectuelle. En plus de la protection à titre de marques, une protection additionnelle du code d'identification risque donc d'être nécessaire pour s'opposer à la contrefaçon. En revanche à défaut de l'avoir enregistré, les titulaires de droit pourraient s'opposer à l'atteinte au titre du droit de la consommation comme semble l'admettre la Cour de cassation dans l'arrêt Louis Roederer.

3) Les coûts engendrés par la blockchain

L'un des inconvénients majeurs des processus de traçabilité est leurs coûts élevés. À titre d'exemple, insérer une puce RFID sur un produit représente un budget compris entre 700€ et 20.000€³⁵. En effet, il convient de se procurer divers éléments : un lecteur RFID, les étiquettes, une imprimante ainsi qu'un logiciel permettant la lecture des puces.

Ainsi, quand bien même l'insertion de ces puces dans la blockchain permettrait de renforcer la traçabilité des produits, ce processus engendre des coûts supplémentaires. En effet, dès lors qu'une opération est intégrée sur la blockchain, des frais sont prélevés à l'utilisateur afin de récompenser le travail des « mineurs »³⁶.

En outre, la blockchain apparaît comme un mécanisme dont l'utilisation est subordonnée à la possibilité d'investissement des entreprises. En effet, l'importance des coûts engendrés par les processus de traçabilité semble être réservée exclusivement aux grands groupes, possédant des moyens nettement supérieurs à ceux d'une PME ou TPE. De plus, lors de la consultation d'une information inscrite sur la blockchain, celle-ci apparaît de manière cryptée, à travers des lignes de code. De ce fait, il semble indispensable d'avoir recours à un informaticien ou, à tout le moins, une personne possédant des compétences accrues en matière de codage. Ce recours à une tierce personne sera alors de nature à susciter des frais supplémentaires.

De même, il convient de s'interroger sur la pertinence de tels mécanismes concernant des produits à faibles coûts. Alors qu'il semble évident pour le domaine de luxe de garantir une traçabilité et une authenticité à ses clients concernant des produits onéreux, une telle affirmation n'est pas si évidente pour les domaines de la

³⁵ <https://rfid.ooreka.fr/comprendre/prix-rfid>

³⁶ <https://help.wirexapp.com/hc/fr-fr/articles/212638865-À-quoi-correspondent-les-frais-de-blockchain->

grande distribution, du prêt-à-porter bon marché ou encore le domaine pharmaceutique. En effet, sur un produit dont le prix serait inférieur à 100€, est-il réellement utile de se servir de la blockchain afin d'assurer la traçabilité de leurs produits ? Concernant le prêt-à-porter bon marché, également appelé les « fast fashion », leur but n'est pas nécessairement d'assurer à leurs clients une telle authenticité. Au contraire, ils sont parfois eux-mêmes contrefacteurs des grandes marques de luxe. Dans le domaine de la grande distribution, les objectifs ne sont pas les mêmes : ils cherchent à assurer une traçabilité parfaite de leurs produits afin d'éviter un scandale lié directement à la qualité desdits produits. En effet, un tel scandale aurait une répercussion immédiate sur leur image de marque et l'impression globale que le consommateur moyen a de cette marque.

4) Blockchain et domaine pharmaceutique

Enfin, parmi tous les domaines susceptibles d'utiliser la blockchain en dépit de produits peu onéreux, le domaine pharmaceutique est en première position³⁷. En effet, le prix moyen d'un médicament est compris entre 5 et 15€. De plus, le processus de développement de ces produits est déjà très onéreux en ce qu'il faut développer ou créer une molécule (qui peuvent donner lieu à un brevet), il y a des essais cliniques à réaliser. En moyenne, il faut environ 10 ans pour créer un médicament via un processus d'ores et déjà très coûteux. Néanmoins, l'industrie pharmaceutique est confrontée à la recrudescence des faux médicaments. Selon l'Organisation Mondiale de la Santé, ces faux médicaments représenteraient environ 10 à 30% des médicaments sur le marché, notamment dans les pays en développement et 1% dans les pays développés. Ils représenteraient environ 700.000 décès par an. Ainsi, les enjeux de santé publique liés à la contrefaçon de médicaments obligent les laboratoires pharmaceutiques à mettre en œuvre diverses techniques permettant de lutter efficacement contre la contrefaçon.

Aussi, afin d'éviter les scandales liés à un médicament et en garantir sa fiabilité, il serait intéressant d'intégrer la totalité du processus de création du médicament au

³⁷ Rapport « Blockchain et santé » réalisé par Blockchain Partner, 2017.

sein de la blockchain. Par exemple, les brevets sur les molécules, le processus détaillé de fabrication, les doses contenues dans le médicaments, les lieux de fabrication, les essais cliniques, l'autorisation de mise sur le marché. Cette traçabilité intégrale permettrait de s'assurer de la « propreté » de la supply chain.

Néanmoins, se pose à nouveau la question de la lecture de la blockchain par les utilisateurs. En effet, dans l'hypothèse où un patient désire se procurer un médicament, notamment via les pharmacies en ligne, et qu'il souhaite savoir s'il s'agit d'un médicament authentique, celui-ci ne peut consulter directement la blockchain, sauf à avoir des compétences particulières lui permettant de déchiffrer les lignes de code. Ainsi, il convient de savoir à quel moment du processus de vente l'authenticité est garantie à l'utilisateur et par qui. Pour les pharmacies en ligne, il existe d'ores et déjà une liste agréée par le Ministère de la Santé³⁸. Lors du processus d'agrément par le Ministère, celui-ci pourrait, grâce à la blockchain, vérifier que les médicaments vendus par ladite pharmacie sont authentiques. L'utilisation, par le Ministère, de la blockchain permettrait alors de contrôler les sites frauduleux et les signaler sur une base de données ou publier un rapport annuel. Matériellement, cela pourrait résulter d'une coopération entre les laboratoires pharmaceutiques et le Ministère par la communication des codes.

Toutefois, on se demande si la blockchain serait réellement utile pour lutter contre la contrefaçon de médicaments en ce que celle-ci frappe essentiellement dans les pays en développement. Il n'est pas certain, voire peu probable, que ces pays soient en mesure de s'équiper de tels mécanismes. De plus, les victimes de médicaments contrefaits sont majoritairement des personnes ayant peu de moyens et désirant se procurer des médicaments onéreux à moindre coût. Ces personnes n'auront probablement pas la possibilité de vérifier, grâce au mécanisme de la blockchain, si le médicament en question est authentique.

5) La blockchain et la réalisation de l'épuisement du droit

³⁸ <http://www.ordre.pharmacien.fr/ecommerce/search>

Le mécanisme de la blockchain conduit le titulaire des droits à un contrôle très poussé de la mise en circulation de ses produits.

Cependant il convient de rappeler l'existence du principe fondamental de l'épuisement des droits en propriété intellectuelle. Ce principe est une réponse au fait que les titres de propriété industrielle notamment sont porteurs du cloisonnement du marché. En effet, par l'existence du titre, il est possible pour le titulaire de la marque de mettre en place un réseau de sélection ou encore de refuser la commercialisation et ainsi la limiter à un espace géographique. Or le principe de l'épuisement du droit permet d'encadrer de telles situations. Il s'agit là d'une réponse à l'objectif de libre circulation des marchandises. C'est l'idée que lorsque l'objet spécifique du droit est réalisé, il faut prendre en compte le corolaire de l'épuisement des droits.

L'épuisement des droits est réalisé dès lors que le produit a été mis en circulation dans l'Espace Economique Européen et que le titulaire des droits y a consenti.

Si on relie cette question au mécanisme de la blockchain, cela devient pertinent dans le cas des importations parallèles. Une importation parallèle consiste à importer des marchandises en marge des circuits de distribution mis en place par le titulaire des droits. Or, la règle de l'épuisement des droits s'oppose à ce que le titulaire invoque son droit pour empêcher cette dernière.

A ce titre, l'article 1 du Règlement n°608/2013 exclue du champ d'application de la retenue douanière certaines marchandises. Ainsi, les marchandises résultant du commerce parallèle ne peuvent pas faire l'objet d'une retenue en douane.

Or, si la blockchain était considérée comme un indice pertinent et fiable à l'identification des produits contrefaisants, cela reviendrait à conférer un droit superpuissant au titulaire du droit. En effet, cela permettrait d'établir toute la chaîne de circulation et constituerait une réelle barrière à l'épuisement du droit.

III) La blockchain comme outil probatoire de la contrefaçon

La blockchain présente de véritables bénéfices en tant qu'outil probatoire. La pertinence de cet outil se révèle dans la lutte contre la contrefaçon par imitation là où la traçabilité ne présente pas de réel intérêt, les produits en question n'étant pas identiques. Partant, une blockchain n'aurait dès lors pas d'intérêt à différencier des produits visuellement différents. La blockchain se révèle donc utilisée ici pour prouver la titularité dans le cas d'un contentieux contre un produit imitant le produit authentique. Il convient donc de voir comment cette technologie peut interagir avec nos mécanismes probatoires actuels (A) et de s'interroger sur une potentielle acceptation dans notre système probatoire légal (B).

A) L'interaction de la blockchain avec les mécanismes probatoires actuels

1) La preuve de la titularité

Le développement suivant aura pour objet de comprendre comment les procédures actuelles vont recevoir la blockchain et comment elle pourrait faciliter le contentieux de la contrefaçon. L'intérêt ici est relatif à la contrefaçon par imitation. La première question qui se pose est celle de la titularité des droits. En effet, la première chose faite par un contrefacteur est de contester la recevabilité de la demande par le biais d'une demande reconventionnelle en nullité afin de contester la titularité ou de renverser la présomption de titularité. En effet, le titulaire pourra alors répondre à cette demande en se prévalant de l'inscription dans la blockchain. La question est pertinente concernant des droits non enregistrés tel que le droit d'auteur ou les dessins et modèles non enregistrés. En effet pour ces droits, la protection n'est subordonnée à aucune formalité administrative. Selon Vincent Fauchoux et Amélie Gouazé, « le notariat électronique général est souvent qualifié comme la fonction

première de la blockchain permettant de constituer un registre sécurisé et infalsifiable ». ³⁹

De fait, en matière de dessins et modèles communautaires non enregistrés (DMCNE), l'acte de dépôt n'est pas nécessaire pour que le droit naisse. La protection existe du seul fait de la divulgation d'après l'article 11 du règlement sur les dessins ou modèles communautaires. En effet, le titulaire doit prouver la date exacte de cette divulgation. Actuellement, cela est prouvé par le biais d'une publication d'une mise en vente ou d'une exposition⁴⁰. La blockchain pourrait permettre, par la fonction d'horodatage, de certifier la première divulgation du dessin ou modèle. Ainsi, la blockchain ferait courir le délai de trois ans de protection et le titulaire pourrait dès lors rapporter très facilement la preuve de la divulgation⁴¹. Selon Nicolas Binctin, on obtiendrait parallèlement à la divulgation un marquage et une date incontestable qui sera invocable dans l'hypothèse d'un contentieux en contrefaçon de dessin et modèle non enregistré.

La preuve du droit d'auteur pouvant être établie par tout moyen, selon Nicolas Binctin, tout contentieux en contrefaçon de droit d'auteur nécessite la démonstration de la preuve de la création, de son contenu et la détermination d'une date certaine de la création ou à défaut sa divulgation au public. Pour ce faire, les titulaires ont souvent recours à divers procédés tels que l'enveloppe Soleau, le constat d'huissier, le dépôt auprès d'une société d'auteurs ou auprès de sociétés privées⁴², ou par l'apport de tout document interne retraçant le processus de créativité. Or, bien souvent ces documents manquent de précisions voire de clarté pour constituer des

³⁹ Pourquoi la blockchain va révolutionner la propriété intellectuelle, Revue propriétés intellectuelles, octobre 2017 n° 65, Vincent Fauchoux et Amélie Gouazé

⁴⁰ <https://www.inpi.fr/fr/faq/qu-est-ce-que-le-dessin-ou-modele-communautaire-non-enregistre>

⁴¹ L'avenir de la propriété intellectuelle sur la blockchain, Colloque sur l'avenir de la propriété intellectuelle, organisé par l'Association JUSPI, à Paris le 3 octobre 2017, accord de publication à la revue Propriétés Intellectuelles, mars/avril 2018, p. 4.

⁴² Pourquoi la blockchain va révolutionner la propriété intellectuelle, Revue propriétés intellectuelles, octobre 2017 n° 65, Vincent Fauchoux et Amélie Gouazé

preuves irréfragables. Comme le souligne Maître Véronique Dahan, la plupart de ces documents internes sont des documents papiers facilement falsifiables⁴³.

C'est ainsi que la blockchain se présente comme un mode de preuve solide de par ses caractéristiques intrinsèques en étant infalsifiables, en offrant une date certaine, en évitant le recours au tiers de confiance. D'une manière générale, la blockchain présente de nombreux avantages en matière de preuve. Selon la société BlockchainYourIP, les principaux attributs de la blockchain résident dans la transparence, la sécurité, la rapidité, la dimension internationale, la confidentialité. La preuve peut en effet être vérifiée à tout moment. Elle est quasiment immuable en ce sens qu'elle est inscrite simultanément sur les différents nœuds du réseau.

Cependant, l'inscription dans la blockchain n'étant pas obligatoire pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle, il est loisible de penser que les juges ne recevront pas automatiquement cet élément. En effet, la non inscription d'un produit dans la blockchain n'entraîne pas de facto la qualification de ce dernier de marchandise contrefaisante.

2) La preuve de la contrefaçon

L'interaction de la blockchain avec le constat d'huissier est intéressante. En effet, il est possible de considérer que dans un premier temps, les magistrats vont vouloir avoir des constats d'huissier sur la blockchain alors même que cette dernière pourrait constituer un élément de preuve à elle seule. La France est très conservatrice en terme de preuve. Il paraît évident que l'appréhension de la blockchain par les juges va nécessiter un temps d'adaptation. On peut imaginer que les juges appréhenderont progressivement la blockchain en tant que mode de preuve autonome. Ainsi, il est possible de considérer que la blockchain peut jouer le rôle d'un tiers. Le système d'horodatage intrinsèque à la blockchain coïncide avec le constat d'huissier. Alors, le constat d'huissier peut perdre de son utilité avec la blockchain considérée comme

⁴³ « Les carences auxquelles la blockchain pourrait remédier » <http://www.marketing-professionnel.fr/tribune-libre/droit-preuve-proprieete-intellectuelle-blockchain-201712.html>

presque infaillible. Cependant, le constat d'huissier ne va pas perdre totalement de son utilité puisqu'il deviendra dans un premier temps le complément parfait de la blockchain comme élément de preuve.

En outre, la procédure de saisie-contrefaçon en interaction avec la blockchain soulève des problèmes très concrets.

L'un des problèmes de la saisie-contrefaçon est la validité du procès-verbal qui est très souvent remis en question lors de l'instance au fond. Nous nous attacherons à développer les irrégularités de fond pouvant affecter le procès-verbal de saisie-contrefaçon. Très souvent, l'huissier est accompagné d'un homme de l'art lorsque le produit saisi présente des caractéristiques techniques difficilement appréhendables par l'huissier. Dans l'hypothèse d'une saisie contrefaçon effectuée sur la blockchain d'un contrefacteur, force est de constater, que l'huissier requerra l'assistance d'un expert spécialisé en la matière en raison de la complexité du mécanisme. Dès lors, de telles saisies contrefaçons seront facilement sujettes à l'irrégularité de fond tenant au fait que les constatations matérielles de l'huissier instrumentaire et de celle de l'homme de l'art ne soient pas distingués au sein du procès-verbal de saisie-contrefaçon. En effet dans un arrêt du 29 septembre 2015 concernant un contentieux relatif à un brevet, la chambre commerciale de la Cour de cassation⁴⁴ a relevé que le procès-verbal était nul en raison de l'appropriation par l'huissier instrumentaire des déclarations de l'homme de l'art. Au-delà de la question d'indépendance de l'expert, il ne peut être donné force probante au dire d'un expert étant donné que les déclarations de ce dernier ne valent qu'au titre de simple de renseignement. Dès lors, il convient de relever qu'en cas de saisie-contrefaçon sur la blockchain d'un contrefacteur, l'huissier dont les connaissances en matière de blockchain sont limitées devra par analogie de cette jurisprudence veiller à ne pas s'approprier les déclarations de l'expert.

⁴⁴ n°14-12430

B) Vers une recevabilité éventuelle de la blockchain comme élément de preuve

1) Conciliation du principe de liberté et de loyauté de la preuve avec la blockchain

Si la blockchain n'est pas consacrée de façon légale, elle laisse subsister des interrogations relatives à la liberté et à la loyauté de la preuve. Par ailleurs, serait-il pertinent de l'assimiler à un écrit électronique et de ce fait de lui conférer une existence autonome?

La preuve constituée par la blockchain a-t-elle la même force probante qu'un constat établi par un huissier de justice ?

On peut penser que non en ce sens que la valeur probante du constat d'huissier est établie par la loi et lui confère alors une force authentique. En effet, à ce jour, la blockchain ne fait pas l'objet pas d'une reconnaissance légale.

Selon Sophie Canas⁴⁵, la preuve de la contrefaçon étant libre, il est possible d'avoir recours à la blockchain comme moyen de preuve. Mais elle souligne cependant qu'elle n'a pas de valeur probatoire supérieure aux autres moyens de preuve.

Pour la société BlockchainYourIP⁴⁶, il n'est pas nécessaire de conférer un sacre légal à la blockchain. Cette idée est le corolaire du fait que le constat d'huissier électronique n'est pas consacré par la loi. Selon eux, la blockchain devrait plutôt être appréhendée comme un fait légal qui existe. Le principe de liberté de la preuve étant consubstantiel de l'action en contrefaçon, il appartiendra aux juges d'accepter ou non la preuve si celle-ci se trouve fondée.

⁴⁵ Sophie CANAS, Conseiller référendaire à la Cour de cassation

⁴⁶ Vincent Fauchoux, Avocat et co-fondateur de BlockchainYourIP

Soulignons cependant qu'en France, des débats ont eu lieu à l'Assemblée nationale à ce sujet. Un amendement a été déposé le 13 mai 2016. Il avait pour vocation de conférer la force juridique d'un acte authentique à la blockchain par un député d'Eure et Loir. Cet amendement a été rejeté par le ministre de la justice qui a considéré que la blockchain ne pouvait pas remplacer à ce jour un acte notarié.⁴⁷

Notons cependant que la liberté de la preuve se heurte à l'exigence de loyauté. Le principe de la loyauté de la preuve dans son administration fait partie des grands principes fondateurs de la procédure civile. Un arrêt récent du 25 janvier 2017 (n° 152510) a été rendu en matière de propriété intellectuelle rappelant l'importance de l'indépendance de la personne réalisant un constat d'achat. C'est l'idée selon laquelle la personne qui constate doit être indépendante du titulaire de droit conformément aux articles 6 de Convention Européenne des Droits de l'Homme et 9 du Code de procédure civile. Or, se servir de la blockchain comme élément de preuve reviendrait pour le titulaire de droit à se constituer sa propre preuve. En effet, la lecture de la blockchain implique d'avoir recours à des explorateurs de blocs. Ainsi, cela impliquerait que cet expert respecte cette condition d'indépendance par rapport au titulaire des droits.

2) L'assimilation à un écrit électronique

En tant que mode de preuve électronique, il convient alors de se poser la question de savoir si la blockchain peut être assimilée à un écrit électronique, voire une signature électronique. En vertu des dispositions de l'article 1366 du Code civil, l'écrit électronique a la même force probante qu'un écrit sur support papier. Néanmoins, cet article subordonne cette force probante à la démonstration de deux éléments : l'auteur dudit écrit doit pouvoir être identifié et l'écrit doit être réalisé dans des conditions garantissant son intégrité. Celle-ci peut résulter d'une empreinte électronique : c'est pour cette raison que l'utilisation de la blockchain suscite des interrogations. En effet, le mécanisme de la blockchain confère à un document une

⁴⁷ <http://www.dreyfus.fr/nouvelles-technologies/la-blockchain-face-au-droit/>

empreinte électronique infalsifiable en ce qu'elle se compose d'une suite de chiffres et lettres.

Dès lors, la modification de cette empreinte, ne serait-ce que d'un seul caractère, est de nature à générer une empreinte totalement différente permettant de savoir que le document a subi une altération. Ainsi, ce procédé permettrait de garantir l'intégrité du document et de remplir l'une des deux conditions de l'article 1366 du Code civil⁴⁸. Toutefois, des doutes subsistent quant à la possibilité d'identifier formellement l'auteur. En effet, la blockchain ne permet pas de savoir directement qui est l'auteur de tel ou tel document en ce que son identité est protégée par une clé de chiffrement. De plus, dans l'hypothèse d'une blockchain publique, n'importe quelle personne peut enregistrer un document sur celle-ci et il serait difficile d'exclure de potentielles fraudes. En effet, l'utilisation de la blockchain nécessite en tout état de cause une intervention humaine et l'inscription d'un document ou d'une information sur la blockchain pourrait être le fait d'un tiers de mauvaise foi.

Néanmoins, dans le cas d'une blockchain privée – par exemple, destinée à la traçabilité des produits d'une entreprise – l'identité des auteurs de divers documents pourrait être plus évidente en ce que ceux-ci bénéficient d'une autorisation spéciale pour intégrer des documents dans la blockchain. Par exemple, les fournisseurs de matières premières ou les usines de fabrication. Outre la possibilité de vérifier l'intégrité du document, la blockchain permet également d'horodater le document. En effet, dès lors que le document est inscrit dans la blockchain, il est marqué par une date et une heure précise. Ces informations, extrêmement précises, figurent également sur le document que possède l'auteur du document et lui permettent par exemple de prouver une antériorité à la minute près.

De plus, il semble que le législateur français tende à reconnaître la blockchain comme un mécanisme permettant l'authentification d'opérations et de leurs auteurs. En effet, l'ordonnance du 28 avril 2016 ainsi que le décret du 28 septembre 2017

⁴⁸ Colloque sur l'avenir de la propriété intellectuelle, organisé par l'Association JUSPI, à Paris le 3 octobre 2017, publication à la revue Propriétés Intellectuelles, mars/avril 2018

prévoient, en matière financière, la possibilité de réaliser des transactions financières via la blockchain. Dès lors, il apparaît que les documents insérés dans la blockchain peuvent constituer des écrits électroniques, de nature à posséder la même force probante qu'un écrit sur support papier. Reste toutefois à savoir quelle sera la position de la jurisprudence sur ce point.

En outre, se pose également la question de la signature électronique via la blockchain⁴⁹. En effet, l'article 1367 du Code civil définit la signature électronique comme étant « un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ». La fiabilité dudit procédé est présumée jusqu'à preuve du contraire dès lors qu'elle remplit les exigences de la signature électronique qualifiée, c'est-à-dire « une signature électronique avancée créée par un dispositif de création de signatures qualifiées et qui repose sur un certificat qualifié pour signature électronique ». Cela signifie que la signature doit avoir été certifiée par une autorité de certification.

Dans cette optique, une start-up nommée « Keeex » a développé une technologie permettant de créer des signatures électroniques via la blockchain afin de prouver l'intégrité d'un fichier mais également l'identité de l'auteur et la date de création. Ce mécanisme tend d'ailleurs à se développer et intégrer le monde des affaires. En effet, depuis le 15 novembre 2017, EDF a choisi de s'associer à cette start-up afin de certifier ses communiqués de presse et vérifier leur authenticité. Ainsi, en se rendant sur le site média d'EDF, les clients peuvent vérifier que les communiqués de presse qu'ils consultent sont bien issus de l'entreprise⁵⁰.

Dès lors, il convient de constater que la blockchain offre de nombreux avantages en terme de preuve. En effet, dès lors qu'un document est inscrit sur la blockchain et qu'il remplit les conditions posées par le Code civil, il est assimilé à un écrit électronique et possède la même force probatoire qu'un écrit papier. De plus, la

⁴⁹ Colloque sur l'avenir de la propriété intellectuelle, organisé par l'Association JUSPI, à Paris le 3 octobre 2017, publication à la revue Propriétés Intellectuelles, mars/avril 2018

⁵⁰ <https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/journalistes/tous-les-communiques-de-presse/edf-experimente-la-certification-de-ses-communiques-de-presse-afin-de-garantir-leur-authenticite>

blockchain permet de signer électroniquement des documents afin d'assurer l'authenticité d'un document ainsi que l'identité de son auteur. Les utilisations de la blockchain sont de plus en plus nombreuses, et ce dans une grande variété de domaines. La création d'un régime juridique propre à la blockchain est clairement en train de germer dans l'esprit du législateur français, tout comme nous avons pu le constater en matière financière. La blockchain présentant des avantages certains en matière de propriété intellectuelle, et notamment en matière de lutte anti-contrefaçon, il n'est pas impossible que nous trouvions, dans quelques années, des dispositions spécifiques et relatives à la blockchain au sein du Code de la propriété intellectuelle.

IV) Conclusion

Ainsi, la blockchain offre de nombreux avantages, tant en matière de traçabilité que lors d'une action en justice en ce qu'elle constitue une preuve. Il s'agit en effet d'un avantage en matière de relation entre le client et une marque en ce qu'elle permet de tracer des produits, de garantir leur authenticité et également de mieux contrôler les éventuelles contrefaçons. De plus, la blockchain trouve à s'appliquer dans tous les domaines impactés par la contrefaçon : le luxe, les vins et spiritueux, le domaine pharmaceutique, l'agroalimentaire... Aussi, elle permet de renforcer les mécanismes de lutte anti-contrefaçon actuels tels que les QRCode ou les Puces RFID. Enfin, elle serait également utile afin d'assister la douane dans son travail quotidien. En effet, en tant que police des flux de marchandises, les services douaniers commencent à appréhender cette technologie petit à petit à travers certains projets et des associations avec d'autres acteurs tels que le Syndicat Général des Vignerons de Champagne.

Néanmoins, bien que la blockchain soit un procédé dématérialisé, son utilité en matière de traçabilité implique une matérialisation sur un produit physique. De ce fait, cela pourrait avoir pour conséquence de parfois qualifier certains produits authentiques de contrefaçon au motif qu'ils ne sont pas inscrits sur la blockchain ou que le produit ne comporte pas de référence particulière destinée à le tracer. En

outre, la traçabilité et la blockchain représentent un budget élevé qui peut parfois paraître impossible à engager pour de petites sociétés. En tout état de cause, certains domaines tels que le domaine pharmaceutique sont confrontés à une recrudescence de contrefaçons, qui les contraignent à engager de gros budgets afin de lutter contre la contrefaçon. La blockchain représenterait alors un moyen efficace de lutter contre ce fléau.

Dans la procédure douanière, le titulaire de droit peut signaler la présence de marchandises susceptibles de porter atteinte aux droits visés dans la demande. Il s'agit de la demande d'intervention prévue par le règlement n° 608/2013 ainsi que le Code de la propriété intellectuelle⁵¹. Cette démarche permet aux services douaniers de cibler certaines marchandises. Le dossier peut notamment être déposé par le titulaire de droit et doit contenir certaines informations. Parmi les informations à fournir, on trouve notamment les données spécifiques et techniques sur les marchandises authentiques comme d'éventuels marquages, images ou code-barres. Par définition, le mécanisme de la blockchain repose sur l'apposition d'un numéro généré par algorithme afin d'authentifier un produit. En ce sens, il est possible de considérer que la blockchain pourrait constituer un élément permettant de justifier une retenue douanière dans le cadre d'une demande d'intervention.

L'autre aspect intéressant de la blockchain en tant qu'outil de lutte anti-contrefaçon est celui de la preuve. En effet, la blockchain a très certainement vocation à s'intégrer dans les mécanismes probatoires actuels tels que le constat d'huissier ou les demandes d'intervention en douane. Elle constitue également une preuve en elle-même. Néanmoins, la preuve blockchain n'a pas la même force probatoire qu'un acte notarié ou un constat d'huissier en ce qu'elle ne possède pas de reconnaissance légale sur ce point. En dépit de cela, la blockchain reste une preuve recevable devant les juridictions dans la mesure où la preuve de la contrefaçon est libre. Enfin, elle peut être assimilée à un écrit ou une signature électronique et donc bénéficier d'une force probatoire identique à celle d'un écrit sur support papier.

⁵¹ Douane TV, Isabelle Ostin et Christopher Becker, bureau E1

Dès lors, la blockchain apparaît incontestablement comme un mécanisme intéressant qui tend à s'appliquer au sein de la lutte anti-contrefaçon. Néanmoins, la blockchain aura à trouver sa place parmi les mécanismes existants et à faire face à une recrudescence de contrefaçons. On peut imaginer que la jurisprudence se prononcera avant toute évolution législative en matière de blockchain et contrefaçon. Dans l'hypothèse où l'évolution technique pourra palier à la problématique de la matérialisation physique d'un code sur le produit, la blockchain pourrait alors déployer sa pleine efficacité. Une autre question subsiste encore. Il s'agit de savoir dans quelles mesures les acteurs de la lutte anti-contrefaçon tels que les titulaires de droit ou encore les services douaniers vont s'engager et coopérer au développement de la blockchain.

V) Bibliographie

Ouvrages :

Rapport de la mission sur l'état des lieux de la blockchain et ses effets potentiels pour la propriété littéraire et artistique.

Droit de la propriété industrielle, Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, 8^{ème} édition, Dalloz

Manuel Droit de la propriété industrielle, Raynard

Receuil Dalloz 2017, p. 2160, Les mystères de la blockchain, Mustapha Mekki

V. A. Lucas, le droit d'auteur et l'interdit : Critique 2002, n°663-664

Droit d'auteur et droits voisins, Christophe Caron, Lexis Nexis, 5^{ème} édition

Articles de presse et doctrine :

The Economist, 31 octobre 2015

Les Echos, article de Guillaume Roussange

Bitcoin magazine, Article de Rebecca Campbell

Blockchain, la révolution de la confiance, Laurent Leloup

Quelle place pour la blockchain en droit français de la propriété, Revue propriétés intellectuelles, octobre 2017 n° 65, Nicolas Binctin

Pourquoi la blockchain va révolutionner la propriété intellectuelle, Revue propriétés intellectuelles, octobre 2017 n° 65, Vincent Fauchoux et Amélie Gouazé

La blockchain et révolution anti-contrefaçon ? Madame Figaro, 22 septembre 2017

La traçabilité, un usage déjà mature, ITforBusiness, juin 2017

Blockchain et droit du luxe et de la mode, Village justice, 18 mai 2017

La blockchain sur les traces de la supply-chain, l'UsineNouvelle, 9 mars 2017

IBM transpose la blockchain dans les applications logistiques et le luxe, l'Usine digitale, 18 juillet 2016

Revue Lamy droit de l'Immatériel, n°138, 1^{er} juin 2017, la blockchain : un secteur encore en phase d'exploration, mais très prometteur

Rapports, études et colloques :

Unifab, Stéphane Truchi, 1er décembre 2011

Etude Blockchain Partner, Supply Chain, Traçabilité et Blockchain

L'avenir de la propriété intellectuelle sur la blockchain, Colloque sur l'avenir de la propriété intellectuelle, organisé par l'Association JUSPI, à Paris le 3 octobre 2017, accord de publication à la revue Propriétés Intellectuelles, mars/avril 2018, p. 4.

« Les carences auxquelles la blockchain pourrait remédier »

Rapport de la mission sur l'état des lieux de la blockchain et ses effets potentiels pour la propriété littéraire et artistique présentée au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) le 13 février 2018.

Sites internet :

<https://blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/>

<http://actu.digital/2017/06/24/everledger-blockchain-de-lindustrie-diamant/>

<https://cxi.today/ibm-blockchain-nestle-unilever-walmart/>

<http://www.marketing-professionnel.fr/tribune-libre/droit-preuve-propriete-intellectuelle-blockchain-201712.html>

<http://www.dreyfus.fr/nouvelles-technologies/la-blockchain-face-au-droit/>

Blockpharma : solution blockchain de traçabilité des médicaments et de lutte contre la contrefaçon, <https://blockpharma.com/>

<http://www.douane.gouv.fr/articles/a11071-retendue-et-demande-d-intervention-application-for-action>

<http://www.douane.gouv.fr/articles/a11071-retendue-et-demande-d-intervention-application-for-action>

Personnes auditionnées :

Sophie Canas, conseillère référendaire à la Cour de cassation

Vincent Fauchoux, Avocat et co-fondateur de BlockchainYourIP

IV) Remerciements

Enfin, nous souhaitons adresser nos remerciements aux personnes qui, par leurs différents rôles, nous ont aidé dans la réalisation de ce mémoire.

Tout d'abord, nous tenons à remercier Madame Barsan, qui est à l'initiative de cet ambitieux projet. Cela a été pour nous une réelle opportunité de travailler sur un sujet passionnant. En effet, mettre en perspective ces deux notions par une réflexion prospective nous permettra indéniablement de mieux comprendre et appréhender les enjeux de demain.

En outre, nous tenons également à remercier le cabinet Baker & McKenzie, qui a accepté de travailler en collaboration avec nos quatre groupes de travail dans la réalisation de ce projet. Plus particulièrement, nous remercions Thomas Defaux et Pauline Celeyron, avocats au sein du cabinet, qui nous ont suivi et assisté afin de nous soutenir et conseiller pendant la réalisation de ce projet.

Nous remercions également toutes les personnes qui par leurs témoignages lors des différentes interviews réalisées nous ont éclairé de façon très pratique et nous ont permis d'avancer notamment Madame Sophie Canas, Conseiller référendaire au sein de la Cour de cassation, Monsieur Vincent Fauchoux, co-fondateur de BlockchainyourIp et avocat associé au sein du cabinet DDG ainsi que Monsieur David Saussinan pour son éclairage sur les enjeux de la contrefaçon. Plus généralement nous remercions le cabinet DDG de nous avoir reçu en amont du projet pour nous présenter les enjeux de la technologie blockchain. De plus, nous remercions l'ensemble de la promotion Epicure pour leur solide soutien apporté dans le cadre de ce projet mais également pour leur soutien tout au long de cette année scolaire.

Enfin, nous remercierons le Professeur Christophe Caron, directeur du Master II de Propriété Intellectuelle Appliquée, sans qui nous n'aurions pas eu l'occasion de réaliser tous nos projets.