

Enfin, par un arrêt en date du 16 juin 2011, la Cour de cassation confirme cette analyse et rejette dès lors le pourvoi formé contre l'arrêt *a quo*¹⁰⁸.

Cette interprétation de l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI donnée par la Cour de cassation paraît justifiée¹⁰⁹. En effet, cette disposition permet aux seules autorités judiciaires et administratives compétentes d'obtenir communication des données nécessaires à la poursuite des auteurs d'infractions. Par ailleurs, il convient de mettre en balance les droits respectifs des parties impliquées : d'un côté, le droit à l'honneur et à la bonne réputation des victimes des propos litigieux ainsi que leur droit à un recours juridictionnel effectif, de l'autre, le droit à la protection de la vie privée des auteurs desdits propos. Or, les données réclamées pouvant être regardées comme des données à caractère personnel concernant une personne physique identifiée ou identifiable, l'accès à celles-ci et leur communication constituent un traitement soumis aux exigences de la loi du 8 décembre 1992 (légalité, légitimité, proportionnalité). Il en découle que, dans la mesure où l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI peut conduire, par exception, à restreindre la protection due à la vie privée, il doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Il s'en suit qu'en l'état actuel de sa rédaction, cette disposition ne peut fonder le droit pour la victime des propos litigieux d'obtenir communication des informations nécessaires aux fins d'introduire une action en réparation.

Rien n'empêche toutefois, *de lege ferenda*, moyennant une reformulation de la disposition en question, d'octroyer un tel droit subjectif aux victimes, pourvu que soit préservé un équilibre entre les droits fondamentaux en conflit¹¹⁰. Les arrêts *Promusicae* et *Bonnier Audio AB* de la Cour de justice de l'Union européenne peuvent être cités, *mutatis mutandis*, à l'appui de cette opinion¹¹¹.

II. DROITS INTELLECTUELS

A. Droit d'auteur

Amélie DE FRANQUEN¹¹²

Sandrine HALLEMANS¹¹³

Caroline KER¹¹⁴

Myriam Tonssira SANOU¹¹⁵

1. Conditions de la protection par le droit d'auteur

33. Notion d'originalité. Alors que la notion d'originalité n'est pas définie par le droit communautaire¹¹⁶, la C.J.U.E. en a récemment livré une définition en application du principe d'interpré-

¹⁰⁸ Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 2011, *R.D.T.I.*, n° 47, 2012, p. 69 et note H. JACQUEMIN.

¹⁰⁹ Cf. H. JACQUEMIN, « Qui peut obtenir les informations permettant de rechercher et de poursuivre les auteurs d'infractions commises sur les réseaux ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 2011, précitée, pp. 74 et s., spéc. pp. 77-78, n° 9.

¹¹⁰ Pour une suggestion en ce sens, voy. H. JACQUEMIN, note précitée, pp. 79 et s., n° 12.

¹¹¹ C.J.U.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae* et C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*.

¹¹² Assistante aux FUNDP et avocate au barreau de Bruxelles.

¹¹³ Chercheuse au CRIDS.

¹¹⁴ Chercheuse au CRIDS.

¹¹⁵ Chercheuse au CRIDS et doctorante aux FUNDP.

¹¹⁶ Seule l'originalité des programmes d'ordinateur et des bases de données était définie comme étant la caractéristique d'une « création propre à l'auteur » par la directive 91/250 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et la directive 96/9 concernant la protection juridique des bases de données.

tation autonome et uniforme du droit communautaire. Ainsi, selon les arrêts *Infopaq*¹¹⁷ et *Premier League*¹¹⁸, sont originales et protégeables par le droit d'auteur au sens de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (ci-après « la directive 2001/29 »), « les créations intellectuelles propres à leur auteur »¹¹⁹.

Dans *Infopaq*, il était question de fragments d'articles de presse à propos desquels la Cour déclare qu'« il est constant qu'ils constituent, en tant que tels, des œuvres littéraires au sens de la directive »¹²⁰ et que « si les mots considérés isolément ne sont pas en tant que tels une création intellectuelle de l'auteur qui les utilise, c'est à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle »¹²¹.

Dans l'arrêt *Premier League* où il était question de matchs de football, la Cour a en revanche conclu que les rencontres sportives « ne sauraient être considérées comme des créations intellectuelles qualifiables d'œuvres au sens de la directive sur le droit d'auteur »¹²², car elles sont encadrées par des règles du jeu qui ne laissent pas de place pour une liberté créative au sens du droit d'auteur. En revanche, le droit d'auteur s'applique à la séquence vidéo d'ouverture, à l'hymne de « Premier League », aux films préenregistrés montrant les moments les plus marquants des rencontres récentes de « Premier League » et à divers graphismes¹²³.

Citons également l'arrêt *Painer*¹²⁴, qui bien qu'étranger aux technologies de l'information et de la communication (il s'agissait de photographies-portrait reproduites dans des articles de presse en format papier), mérite néanmoins d'être mentionné car la Cour y élabore davantage la définition de l'originalité, en s'appuyant sur la définition donnée à cette notion pour les photographies par la directive 93/98 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins. Relatant la définition *Infopaq*, la Cour ajoute, qu'« une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci »¹²⁵. « Tel est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs »¹²⁶.

Par ailleurs, la Cour exclut l'idée d'une intensité variable de protection selon des possibilités de création dont jouit l'auteur. La protection d'une photographie de portrait ne saurait donc être inférieure à celle dont bénéficient d'autres œuvres.

¹¹⁷ C.J.C.E., 16 juillet 2009, aff. C-5 /08, *Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening*.

¹¹⁸ C.J.U.E., 4 octobre 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd, NetMedHellas SA, MultichoiceHellas SA contre QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, et a. et Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd*.

¹¹⁹ Arrêt *Infopaq*, § 37 ; arrêt *Premier League*, § 97.

¹²⁰ Arrêt *Infopaq*, § 44.

¹²¹ *Ibid.*, § 45.

¹²² Arrêt *Premier League*, § 98.

¹²³ *Ibid.*, § 152.

¹²⁴ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer contre Standard VerlagsGmbH and Others*.

¹²⁵ Elle invoquait à cet égard le considérant 17 de la directive 93/98.

¹²⁶ En l'espèce, la Cour considère que l'auteur d'un portrait-photo est en mesure d'effectuer des choix créatifs et d'imprimer sa « touche personnelle (mise en scène, pose, angle, la paramètres de développement lors du tirage...) ».

2. Droits exclusifs

a. Droit de reproduction

34. Reproduction en partie : une notion de droit communautaire. La notion de reproduction en partie, qui, tout comme la notion d'originalité, n'est pas définie par les directives, a également fait l'objet d'une interprétation par la Cour, dans les arrêts *Infopaq* et *Premier League*, arrêts qui viennent d'être évoqués. Ainsi, « les parties d'œuvres sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière »¹²⁷, c'est-à-dire si « elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre »¹²⁸.

Dans l'arrêt *Infopaq*, la société éponyme scannait des journaux et réalisait des extraits constitués d'un mot-clé et des cinq mots précédant et suivant ce dernier. Ces extraits de onze mots étaient envoyés par email aux clients d'Infopaq, selon les mots-clés sélectionnés dans leur demande de service, et accompagnés des références des articles. S'en suivit un litige initié par le Syndicat professionnel des quotidiens danois qui invoquait qu'il y avait là une atteinte au droit de reproduction. De tels extraits relèvent-ils du droit de reproduction ? « Si les mots en tant que tels ne constituent pas des éléments sur lesquels portent la protection »¹²⁹, la reproduction d'un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots est bien susceptible selon la Cour de constituer une reproduction au sens de l'article 2 de la directive¹³⁰.

Dans l'affaire *Premier League* dont il a également déjà été question *supra*, il était reproché à des exploitants de pubs situés en Angleterre d'y avoir diffusé des matchs de football de Premier League via un bouquet satellitaire grec (NOVA), alors que la diffusion des matchs avait été attribuée pour le territoire anglais exclusivement à la chaîne anglaise BSkyB Ltd. Bien que la question de l'atteinte au droit d'auteur semble ici relever en priorité du droit de communication au public (voy. ci-dessous la section relative à la communication au public), la Cour déclare que le droit de reproduction s'étend aux « fragments transitoires des œuvres dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision, à condition que ces fragments contiennent des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre aux auteurs concernés »¹³¹. Notons d'emblée que la Cour reconnaîtra ensuite à l'utilisation qui est faite de ces fragments le bénéfice de l'exception de reproduction provisoire (voy. *infra*).

35. Droit de reproduction et fonction « cache » de Google. Dans l'arrêt *Google contre Copiepresse*¹³², Google soutient que lorsque l'internaute clique sur la fonction « cache » qui transmet une copie des pages internet des auteurs et journalistes, Google ne ferait que mettre à disposition de l'internaute « une installation lui permettant de faire une copie ». Selon cette approche, ce ne serait donc pas Google qui reproduirait et communiquerait l'œuvre, mais ce

¹²⁷ Arrêt *Infopaq*, § 38.

¹²⁸ Arrêt *Infopaq*, § 39 ; arrêt *Premier League*, § 156.

¹²⁹ Arrêt *Infopaq*, § 46.

¹³⁰ *Ibid.*, § 76, 2.

¹³¹ Arrêt *Premier League*, § 159.

¹³² Bruxelles (9^e ch.), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 44/2011, note A. DE FRANQUEN, « L'arrêt *Google contre Copiepresse* et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur sur Internet ».

serait l'internaute. La cour d'appel de Bruxelles va confirmer la décision de première instance¹³³ à cet égard : c'est bien Google qui reproduit les pages sur ses serveurs et communique les copies au public. Le service de Google qui permet de visionner une page archivée ne peut être assimilé à « une simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication » (considérant 27 de la directive 2001/29). Enfin, Google ne peut être considéré comme un *copy centre* qui mettrait à disposition des internautes des photocopieurs, car ce ne sont pas ces derniers qui procèdent à la copie, mais Google qui les met ensuite à disposition des internautes.

b. Droit de communication au public

36. Communication d'œuvres radiodiffusées au sein d'un établissement. Dans l'arrêt *Premier League* déjà évoqué *supra*, la C.J.U.E. conclut qu'il y a une communication au public du fait de la transmission délibérée d'œuvres radiodiffusées, au moyen d'un écran de télévision et de haut-parleurs, aux clients présents dans un établissement¹³⁴. Rappelons qu'il était question d'un pub anglais qui avait acheté un décodeur grec NOVA pour diffuser auprès de ses clients des matchs de football anglais dont les droits de diffusion pour le territoire anglais étaient détenus par BSkyB. Rappelons également que la Cour avait conclu que bien que lesdits matchs ne soient pas protégés par le droit d'auteur, les œuvres qui les accompagnent tels la séquence vidéo d'ouverture, l'hymne chanté, les graphismes divers le sont. Pour déterminer dès lors l'existence d'une communication au public, la Cour a recouru au critère du « public nouveau »¹³⁵ qui, en l'espèce, est constitué d'« un public supplémentaire » et « distinct » qui n'a pas été pris en considération par les auteurs lors de l'autorisation de la radiodiffusion de leurs œuvres »¹³⁶. Dans cette affaire, la Cour apprécie le caractère lucratif de la communication au public en le déduisant de la volonté de la tenancière d'attirer une clientèle dans son établissement grâce à la diffusion des matchs¹³⁷.

37. Communication par satellite. Dans l'arrêt *Airfield*¹³⁸, il s'agissait de savoir si un fournisseur de télévision par satellite est tenu d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour une communication au public d'œuvres réalisées dans le cadre d'accords de transmissions de programmes télévisés qu'il a conclus avec des organismes de radiodiffusion. En l'espèce, *Airfield* intervient pour la communication par satellite d'œuvres qui ont été diffusées par des organismes de radiodiffusion. La C.J.U.E. a conclu en l'existence d'une communication par satellite au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, a) et c) de la directive 93/83 relative à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble. Elle souligne en effet que l'œuvre est communiquée à un public nouveau qui est plus large que celui qui était visé par l'autorisation accordée au radiodiffuseur primaire par les titulaires de droits. Ainsi, l'opérateur de satellite rend « les œuvres protégées accessibles à un public qui s'ajoute au public visé par l'organisme

¹³³ Prés. Civ. Bruxelles, 13 février 2007, *A&M*, 2007/1-2, pp. 107 et s.

¹³⁴ Arrêt *Premier League*, § 196.

¹³⁵ Le critère du public nouveau a été dégagé par l'arrêt *SGAE*; C.J.C.E., 7 décembre 2006, *SGAE*, aff. C-306/05.

¹³⁶ Arrêt *Premier League*, §§ 197 et s.

¹³⁷ *Ibid.*, §§ 204 à 206.

¹³⁸ C.J.U.E., *Airfield NV, Canal Digitaal BV contre SABAM*, aff. C-431/09 et *Airfield NV contre AGICOA Belgium BVBA*, aff. C-432/09; S. DUSOLLIER et A. DE FRANCOUEN, « Droits intellectuels », *J.D.E.*, février 2012, pp. 57-58.

de radiodiffusion concerné»¹³⁹. Ensuite, l'intervention du fournisseur de satellite ne se limite pas à la simple fourniture d'installations physiques destinées à permettre ou à garantir ou améliorer la réception de l'émission. La Cour relève qu'en l'espèce les actes de codage, de fourniture de clé d'accès aux organismes de radiodiffusion, de mise à disposition aux abonnés de dispositifs de décodage, constituent une intervention à défaut de laquelle « lesdits abonnés ne pourraient bénéficier des œuvres diffusées »¹⁴⁰. Ici aussi, elle apprécie le caractère lucratif de l'intervention en s'appuyant sur la perception d'abonnements en vue de permettre « l'accès à la communication par satellite ». Cependant, la C.J.U.E. précise que l'autorisation n'est pas requise lorsque les organismes de radiodiffusion ont prévu dans un accord conclu avec les titulaires de droits que leurs œuvres seront communiquées par satellite. Mais cette exception ne peut être invoquée lorsque la communication par satellite rend les œuvres accessibles à un public nouveau¹⁴¹. Il y a donc un retour au principe de l'autorisation lors de la communication par satellite.

38. Injection directe. Dans l'arrêt *Telenet contre Sabam* de 2011¹⁴², le tribunal civil de Malines devait déterminer si la diffusion numérique d'un programme analogique constitue une retransmission secondaire qui nécessite l'autorisation du titulaire de droit. En l'espèce, le télédistribeur Telenet considérait que le règlement des droits d'auteur relatifs à la communication publique de ces programmes digitaux ne lui échait pas dans la mesure où le signal porteur de ces programmes lui était fourni par les radiodiffuseurs non par le biais d'une radiodiffusion primaire, mais en injection directe dans le réseau câblé. Vu l'absence d'une retransmission, Telenet estimait n'avoir aucune autorisation supplémentaire à demander aux auteurs, au-delà de celle déjà obtenue par les radiodiffuseurs pour la communication au public par câble. Les sociétés de gestion collective de droit d'auteur et droits voisins exigeaient, quant à elles, le paiement de droits complémentaires par le télédistribeur au motif qu'il y a retransmission d'œuvres. Le tribunal a déclaré qu'il s'agit d'un seul acte de communication qui ne donne pas lieu à une double autorisation ou à un double paiement. En effet, puisque le signal des programmes est désormais livré directement par les radiodiffuseurs aux télédistribeurs en vue d'une injection directe dans le réseau câblé, il n'existe qu'un seul acte de communication. De même, l'injection directe ne constitue pas une communication au public dès lors que le public à ce stade n'y a pas accès. Il n'existe pas de public car « un cercle restreint de personnes qui ne peuvent capter des signaux que moyennant un équipement professionnel ne peut être considéré comme un public, vu que celui-ci doit être composé d'un nombre indéterminé d'auditeurs ou spectateurs potentiels ». De même, la qualification en « retransmission par câble » et l'obligation subséquente d'intervention des sociétés de gestion collective pour la négociation des droits a été écartée. A été privilégiée la notion de « transmission publique par tout moyen » au sens de la Convention

¹³⁹ *Ibid.*, § 77.

¹⁴⁰ *Ibid.* §§ 78 et 79.

¹⁴¹ *Ibid.* § 83.

¹⁴² Civ. Malines, 12 avril 2011, *Telenet contre Sabam, Agicoa, Sacd, Scam, Sofam, Uradex, Simim, Imagia, Kvbkb, Bvap (Simulcast)*. Pour le commentaire de cette décision, voy. A. MAQUA et F. VANBOSSELE, « De Coditel à Telenet – Le nouveau périmètre de la "communication au public" des programmes de télévision linéaires », *R.D.T.I.*, 44/2011, pp. 5-25; G. DE FOESTRAETS, « L'adaptation du droit d'auteur aux évolutions techniques en matières de télédistribution », *I.R.D.I.*, 3/2011, pp. 257-265.

de Berne, seule communication au public effectuée par le radiodiffuseur au moyen du câble. Enfin, le tribunal conclut que le télédiffuseur ne fournissant que l'infrastructure technique, l'autorisation des titulaires de droit doit être demandée par le radiodiffuseur. Le jugement fait l'objet d'un appel en cours devant la cour d'appel d'Anvers.

39. Exercice du droit de retransmission par câble. Dans l'arrêt *Uradex*¹⁴³, était en cause l'exercice du droit de retransmission par câble par la société de gestion collective. La décision de la Cour de cassation fait suite à une question préjudicielle introduite devant la C.J.U.E.¹⁴⁴ sur l'interprétation de l'article 9, paragraphe 2 de la directive 93/83 relative à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble. Se basant sur la décision de la C.J.U.E.¹⁴⁵, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel en concluant que l'auteur et les titulaires de droits voisins disposent du droit exclusif d'autoriser la retransmission par câble de leurs œuvres ou de leurs prestations et que ce droit ne peut être exercé que par une société de gestion des droits. En l'espèce, la société de gestion collective *Uradex* avait introduit en première instance une demande en vue de faire constater que, en retransmettant par câble, sans son autorisation, les prestations des artistes interprètes et exécutants qui appartiennent à son répertoire, les sociétés de télédiffusion membres de la RTD, et en particulier *Brutelé*, enfreignent les droits voisins dont elle est gestionnaire. La cour d'appel de Bruxelles avait décidé que le droit exclusif des sociétés de gestion collective est limité aux droits dont la gestion leur a été confiée. Elle a ajouté que la société de gestion collective ne peut exercer le droit de retransmission par câble puisqu'il existe une présomption légale de cession de ce droit au producteur et qu'elle ne peut réclamer l'autorisation car elle a un rôle limité aux aspects fiduciaires de perception et de répartition.

3. Exceptions et limitations

40. Exception de copie provisoire. Les arrêts *Infopaq* et *Premier League* évoqués précédemment ont permis à la C.J.U.E. de préciser quelque peu l'exception de copie provisoire¹⁴⁶, exception introduite par la directive 2011/29 et obligatoire pour les États membres. La Cour rappelle l'objectif de cette exception qui est de « rendre possible et assurer le développement et le fonctionnement de nouvelles technologies, ainsi que maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts de titulaires de droits, d'une part, et d'utilisateurs d'œuvres protégées qui souhaitent bénéficier

¹⁴³ Cass., 14 juin 2010, *Uradex scrl contre Union Professionnelle de la Radio et de la Télédiffusion (RTD) et CRTS (Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutele))*, Pas., n° 422, pp. 1874 à 1888.

¹⁴⁴ C.J.C.E., 1^{er} juin 2006, *Uradex scrl contre Union Professionnelle de la Radio et de la Télédiffusion (RTD) et CRTS (Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutele))*, aff. C-169/05.

¹⁴⁵ La C.J.C.E. avait décidé que l'article 9, paragraphe 2 de la directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 « doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une société de gestion collective est réputée être chargée de gérer les droits d'un titulaire de droits d'auteur ou de droits voisins n'ayant pas confié la gestion de ses droits à une société de gestion collective, cette société dispose du pouvoir d'exercer le droit de ce titulaire d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblodistributeur de retransmettre par câble une émission, et, par conséquent, la gestion par ladite société des droits dudit titulaire ne se limite pas aux aspects pécuniaires de ces droits ».

¹⁴⁶ Directive 2011/29, article 5.1.

de ces nouvelles technologies, d'autre part»¹⁴⁷. Le bénéfice de cette exception qui est d'interprétation stricte¹⁴⁸, est assorti de cinq conditions¹⁴⁹ dont la Cour confirme le caractère cumulatif¹⁵⁰.

Parmi ces cinq conditions, l'arrêt *Infopaq* a donné lieu à un examen du caractère transitoire de la reproduction uniquement. La réalisation des extraits d'articles, composés de onze mots, envoyés par la société à ses clients, impliquait plusieurs actes de reproduction. Les articles de presse étaient scannés, numérisés et constitués en fichiers TIFF ensuite convertis (et donc à nouveau reproduits) en fichiers textes pour être traités par le système qui y détectait la présence de mots-clés prédéfinis. Le système réalisait alors un fichier reprenant des extraits des articles consistant en un mot-clé accompagné des cinq mots précédant le mot-clé et des cinq mots suivant le mot-clé. Les onze mots ainsi sélectionnés étaient ensuite mis en mémoire et imprimés alors que les fichiers intermédiaires étaient supprimés.

Pour la Cour, un acte de reproduction ne peut être qualifié de transitoire que si sa «durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée»¹⁵¹. Par conséquent, la Cour n'a pas exclu que les étapes du procédé consistant en la création de fichiers TIFF et de fichiers textes, puissent être qualifiées de transitoires dès lors que les fichiers étaient effacés automatiquement de la mémoire informatique¹⁵². En revanche, l'étape ultime du procédé consistant en l'impression des synthèses de onze mots n'a pu être considérée comme étant transitoire au motif que les impressions n'étaient pas détruites automatiquement, que leur destruction dépendait de la seule volonté de l'utilisateur, et qu'elles étaient donc susceptibles de subsister pendant une période prolongée en fonction des besoins de l'utilisateur¹⁵³.

Dans l'affaire *Premier League*, il s'agissait d'examiner si la reproduction effectuée dans la mémoire du décodeur et sur l'écran de télévision des pubs pouvait relever de l'exception de reproduction provisoire. La Cour a ici déclaré sans plus d'analyse que les reproductions effectuées étaient «provisoires, transitoires et faisaient partie d'un procédé technique en vue de permettre la réception des émissions radiodiffusées»¹⁵⁴, et satisfaisaient ainsi aux trois premières conditions. La quatrième condition, qui est pour la reproduction d'avoir pour unique finalité de permettre une utilisation licite de l'œuvre, a également été considérée par la Cour comme satisfaite¹⁵⁵. Afin de définir la licéité, la Cour se réfère au considérant 33 de la directive qui répute une utilisation licite

¹⁴⁷ Arrêt *Premier League*, § 164.

¹⁴⁸ Arrêt *Infopaq*, § 56 ; arrêt *Premier League*, § 162.

¹⁴⁹ Selon l'article 5, paragraphe 1, de la directive sur le droit d'auteur, un acte de reproduction est exempté du droit de reproduction prévu à l'article 2 de celle-ci à condition de remplir cinq conditions, à savoir lorsque : il est provisoire ; il est transitoire ou accessoire ; il constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ; l'unique finalité de cet acte est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et ledit acte n'a pas de signification économique indépendante.

¹⁵⁰ Arrêt *Infopaq*, § 57.

¹⁵¹ *Ibid.*, § 64.

¹⁵² *Ibid.*, § 65.

¹⁵³ *Ibid.*, §§ 67 à 70.

¹⁵⁴ Arrêt *Premier League*, § 165.

¹⁵⁵ *Ibid.*, § 172.

lorsqu'autorisée par le titulaire de droit ou non limitée par la législation applicable¹⁵⁶. L'utilisation que la Cour prend en considération pour juger de sa licéité, est la « simple réception des émissions en tant que telle, à savoir leur captation et leur visualisation, dans le cercle privé ». Or, continue la Cour, cette utilisation n'étant pas limitée par la réglementation de l'Union ou du Royaume-Uni, elle est licite¹⁵⁷. En ce qui concerne enfin la cinquième condition relative à la signification économique indépendante de l'acte de reproduction, la Cour relève d'abord que l'accès à des œuvres qui ont une valeur économique, a lui-même une signification économique¹⁵⁸, mais elle exige, pour que cette signification soit indépendante, que l'avantage économique retiré aille « au-delà de l'avantage tiré de la simple réception des émissions », ce qu'elle n'estime pas être le cas en l'espèce. Ces actes de reproduction n'ont donc pas de signification économique indépendante¹⁵⁹.

En jurisprudence belge, dans l'arrêt *Google contre Copiepresse*¹⁶⁰, la cour d'appel de Bruxelles livre une analyse très complète des différentes exceptions au droit d'auteur qui sont soulevées par Google pour pouvoir diffuser sur son site *Google News* des extraits d'articles de presse et d'images des auteurs qui l'assignaient. En première instance, le président du tribunal avait décidé que Google ne pouvait se prévaloir d'aucune exception et violait la loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins¹⁶¹. L'arrêt de la cour d'appel confirme grandement cette décision et livre une analyse détaillée des exceptions. Nous reviendrons donc souvent à cet arrêt dans les prochains paragraphes.

La cour d'appel a notamment mis en œuvre l'exception de copie provisoire. Google soutenait qu'elle bénéficiait de l'exception de copie provisoire pour les copies disponibles « en cache ». La cour d'appel, mettant en œuvre l'arrêt *Infopaq* évoqué *supra*, ne l'entendit pas de cette oreille. La troisième condition selon laquelle la reproduction doit constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique permettant une transmission entre tiers par un intermédiaire¹⁶², n'est pas rencontrée. En effet, la cour relève que la finalité du service en cache de Google News est de permettre la consultation de la copie à tout moment, or il n'est pas démontré que ce service soit nécessaire sur le plan technique pour assurer la transmission efficace de l'œuvre¹⁶³. Les reproductions effectuées ne sont pas davantage transitoires. Elles ne sont en effet pas caractérisées par une durée de vie nécessaire au bon fonctionnement du procédé technique qu'elles doivent faciliter et ne sont pas supprimées automatiquement en conséquence¹⁶⁴.

41. Exception de reproduction dans un but légitime. Selon Google, les exceptions prévues dans la LDA n'ont pas de caractère exhaustif. Selon Google encore, les reproductions et communi-

¹⁵⁶ *Ibid.*, § 168.

¹⁵⁷ C'est le libellé des questions préjudicielles, qui postule le caractère licite de la finalité poursuivie par la reproduction effectuée dans le décodeur et sur l'écran de télévision, qui semble dicter à la cour cette conclusion. Notons que l'arrêt déclare en revanche que la communication au public effectuée par Madame Murphy est soumise à une autorisation des ayants droit, autorisation qui n'avait pas été obtenue (voy. le point 4 de l'arrêt et la partie de la présente chronique relative au droit de communication au public).

¹⁵⁸ *Ibid.*, § 174.

¹⁵⁹ *Ibid.*, §§ 177-178.

¹⁶⁰ Bruxelles (9^e ch.), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 44/2011, note A. DE FRANCOUEN, *op. cit.*

¹⁶¹ Prés. civ. Bruxelles, 13 février 2007, *A&M*, 2007/1-2, pp. 107 et s.; C. COLIN et A. DE FRANCOUEN, « Droit d'auteur et Internet », in *Chronique de jurisprudence*, *R.D.T.I.*, 35/2009, pp. 41 et 42.

¹⁶² En droit belge, l'exception de copie provisoire est prévue à l'article 21, § 3 de la LDA.

¹⁶³ *Ibid.*, § 25.

¹⁶⁴ *Ibid.*, § 26.

cations qui lui sont reprochées dans *Google News* répondent à un but légitime d'accès à l'information. Enfin, puisqu'elle ne reproduit que les titres et un court extrait des articles, Google argue que les internautes ne sont pas dispensés de lire l'article entier sur les sites originaux. La cour d'appel de Bruxelles rappelle que les exceptions et limitations doivent être expressément prévues (considérant 32 de la directive 2001/29) et que ni la directive, ni la LDA ne prévoient d'exception dans un but légitime¹⁶⁵. Elle rappelle à cet égard qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de se substituer au législateur. En outre, aucune législation n'indique que des parties de l'œuvre seraient soumises à un régime différent de celui de l'œuvre entière et que pour comprendre l'essentiel de l'information des *news* proposées, il n'est pas nécessaire de prendre connaissance de l'article en entier.

42. Exception de citation. Concernant la défense de Google selon laquelle elle bénéficierait dans le cadre d'une revue de presse de l'exception de citation (art. 21, § 1^{er} de la LDA), la cour d'appel va se tourner vers la jurisprudence française, puisque la LDA ne définit pas la revue de presse. Google News ne remplit cependant pas les conditions de la revue de presse et donc ne peut revendiquer l'exception de citation. La cour donne plusieurs justifications, comme par exemple le fait que les articles sont reproduits sans commentaire ni lien entre eux, en dehors de toute intervention humaine. Les extraits ne sont pas reproduits pour illustrer un propos ou réaliser une synthèse sur un point particulier. De même, puisque l'internaute est informé de l'essentiel des informations en lisant Google News, il n'ira pas consulter l'article original et cela constitue un préjudice pour les auteurs et les éditeurs. Enfin, la cour souligne que le nom de l'auteur n'est pas mentionné dans les extraits de Google News.

43. Exception de compte rendu d'actualité. Google invoque l'exception de compte rendu d'actualité prévue à l'article 22, § 1^{er}, 1^o de la LDA. La cour rappelle que cette exception a été introduite pour les médias d'information qui n'avaient pas le temps de demander l'autorisation des auteurs. Elle relève que les articles restent trente jours sur le site de Google News et que les sociétés de gestion des droits d'auteur sont habilitées à conclure des contrats généraux qui dispensent les utilisateurs de recueillir l'autorisation préalable. L'exception ne peut donc s'appliquer à Google.

44. Liberté de communiquer librement des informations. Selon Google, l'action des auteurs et éditeurs à son encontre viole son droit de communiquer librement des informations en vertu de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après «C.E.D.H.»). La cour va rejeter cet argument car l'action des titulaires de droit n'empêche pas l'information, mais empêche qu'un tiers reprenne à son compte une information déjà communiquée au public. En outre, le respect de la propriété intellectuelle, qu'il y a lieu de ranger parmi les droits de propriété, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 10, § 2 de la C.E.D.H. La cour se réfère à cette occasion à la jurisprudence des Cours de cassation française et belge. Enfin, Google n'est pas « paralysée » par le droit d'auteur, car elle peut conclure des contrats généraux avec les sociétés collectives de gestion des droits d'auteur afin de ne pas devoir recevoir l'accord préalable des ayants droit.

¹⁶⁵ Bruxelles (9^e ch.), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 44/2011, note A. DE FRANQUEN, *op. cit.*

45. Exception de copie privée et rémunération pour copie privée. Par les arrêts *Padawan*¹⁶⁶ et *Thuiskopie*¹⁶⁷, la C.J.U.E. a procédé à une interprétation de la notion de « compensation équitable » présente à l'article 5, paragraphe 2, b), de la directive 2001/29, compensation due aux ayants droit en contrepartie de l'exception de copie privée. Rappelons que si les États membres ont le loisir d'instaurer une exception de copie privée, l'instauration d'un mécanisme destiné à compenser les ayants droit est quant à elle obligatoire pour les États qui retiennent l'exception¹⁶⁸. Ces États bénéficient cependant d'une marge de manœuvre dans la détermination des modalités de perception de cette compensation équitable.

Malgré cette marge de manœuvre laissée aux États et malgré l'absence également de définition de la compensation équitable dans la directive, l'arrêt *Padawan* livre une interprétation de la notion de la compensation équitable ainsi que des directives pour la détermination de l'assiette de la rémunération (la détermination des dispositifs et appareils soumis à la rémunération). C'est à la suite du même raisonnement que celui qui a présidé à l'interprétation de la notion d'originalité et de reproduction partielle dans les arrêts *Infopaq* et *Premier League* (voy. *supra*), que la Cour se saisit de cette compétence d'interprétation. Ainsi, à défaut de renvoi aux droits nationaux pour déterminer la notion de « compensation équitable », la Cour déclare qu'il s'agit d'une notion autonome de l'Union devant être interprétée de manière uniforme dans tous les États membres¹⁶⁹. En effet, dit-elle, une interprétation non cohérente de la notion parmi les États serait contraire à la finalité d'harmonisation de la directive et à celle d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur¹⁷⁰.

Padawan, société informatique, qui vendait des CD-R, CD-RW, DVD-R et appareils MP3, avait refusé de verser à l'organisme percepteur (la SGAE) la rémunération sur les supports qu'elle avait vendus à des professionnels. À l'appui de cette rebuffade, *Padawan* invoquait que ses clients professionnels ne bénéficiant pas de l'exception de copie privée, ils n'étaient pas redevables de la rémunération au titre de cette exception. Sur questions préjudicielles, la Cour rappelle d'abord que la compensation équitable est la contrepartie du préjudice subi par les ayants droit du fait de la reproduction de leurs œuvres sans autorisation¹⁷¹. La compensation pour copie privée doit donc nécessairement être calculée sur base de ce préjudice¹⁷², conformément au « juste équilibre » à observer entre les titulaires de droits et les utilisateurs bénéficiant de l'exception¹⁷³. La Cour met ensuite en œuvre ce critère du préjudice pour dégager des directives quant à la détermination de l'assiette de la rémunération. Elle déclare qu'il y a un lien nécessaire entre l'application de la redevance à un appareil ou support et l'usage présumé de ces derniers à des fins de copie privée¹⁷⁴. Cela découle du « juste équilibre » à observer entre les titulaires de droits et les utilisateurs d'ob-

¹⁶⁶ C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan SL contre Sociedad General de Autores y Editores* (SGAE), aff. C-467/08.

¹⁶⁷ C.J.U.E., 16 juin 2011, *Stichting de Thuiskopie contre Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee et Hananja van der Lee*, aff. C-462/09.

¹⁶⁸ Directive 2001/29, article 5, 2, b).

¹⁶⁹ Arrêt *Padawan*, §§ 37 et 64.

¹⁷⁰ *Ibid.*, § 35.

¹⁷¹ *Ibid.*, § 40.

¹⁷² *Ibid.*, § 42.

¹⁷³ *Ibid.*, §§ 38 à 42.

¹⁷⁴ *Ibid.*, §§ 52 et 64.

jets protégés (considérant 31)¹⁷⁵. Par conséquent, l'application sans distinction de la redevance, y compris dans l'hypothèse où les appareils et supports sont acquis par des personnes autres que des personnes physiques, à des fins manifestement étrangères à celle de la copie privée, n'est pas conforme à la directive¹⁷⁶. En revanche, la simple capacité de reproduction, et donc la simple possibilité d'effectuer des copies privées, suffit à justifier la perception de la rémunération sur l'équipement concerné auprès des acquéreurs, personnes privées. Il n'est donc pas nécessaire d'établir l'usage effectif des équipements en cause pour la copie privée¹⁷⁷.

L'arrêt *Padawan*, avec l'arrêt *Thuiskopie* du 16 juin 2011, permettra également à la Cour de confirmer la conformité d'un mécanisme de rémunération pour copie privée qui désigne les intermédiaires (les personnes qui mettent les appareils et supports à disposition des utilisateurs qui bénéficient de l'exception), comme redevables directs de la rémunération, dès lors qu'ils ont la possibilité d'en répercuter la charge sur ces derniers, via l'imputation sur le prix de vente par exemple. Le litige en cause dans l'arrêt *Thuiskopie* était relatif à la disposition de la législation néerlandaise qui prescrit que la rémunération doit être perçue auprès du fabricant ou de l'importateur des appareils et supports soumis à la redevance. Une entreprise allemande *Opus*, qui vendait des supports vierges par Internet à des consommateurs néerlandais notamment, refusait de verser la redevance à l'organisme de perception néerlandais, arguant du fait que le client néerlandais, et non elle-même, devait être considéré comme l'importateur des supports. Selon cette approche, la redevance devait donc être perçue auprès de l'acheteur du support (*Opus* invoquait les dispositions contractuelles entre elle-même et ceux-ci). On imagine évidemment les difficultés pratiques, pour la perception effective de la rémunération, qui découleraient de cette thèse.

Selon la Cour, il y a une obligation de résultat pour l'État sur le territoire duquel le préjudice se produit (c'est-à-dire, là où est effectuée la copie privée)¹⁷⁸ d'assurer une perception effective de la compensation équitable¹⁷⁹. La Cour, qui relève que la directive ne règle pas explicitement la question de savoir qui doit payer la compensation¹⁸⁰, prend acte néanmoins de la difficulté à prélever la redevance directement auprès des utilisateurs finaux, et considère que la rémunération peut être perçue auprès des fabricants et importateurs de supports et équipements¹⁸¹, dès lors cependant qu'ils peuvent répercuter cette dernière sur l'utilisateur final, bénéficiaire de l'exception, auteur du préjudice et donc débiteur de la rémunération¹⁸². Cela est conforme au « juste équilibre » à observer entre les titulaires et les utilisateurs des dispositifs de reproduction¹⁸³. En revanche, la Cour juge que le fait que le vendeur soit établi dans un autre pays n'ôte rien à l'obligation de l'État sur le territoire duquel le préjudice est né de prévoir un système de compensation efficace¹⁸⁴. Il

¹⁷⁵ *Ibid.*, § 52.

¹⁷⁶ *Ibid.*, §§ 53 et 64.

¹⁷⁷ *Ibid.*, § 54.

¹⁷⁸ Arrêt *Thuiskopie*, § 26.

¹⁷⁹ *Ibid.*, § 34.

¹⁸⁰ *Ibid.*, § 23.

¹⁸¹ Arrêt *Thuiskopie*, § 27 ; arrêt *Padawan*, § 46.

¹⁸² Arrêt *Thuiskopie*, §§ 28, 29 et 42, 1) ; arrêt *Padawan*, § 50.

¹⁸³ Arrêt *Padawan*, §§ 43 à 49, arrêt *Thuiskopie*, § 28.

¹⁸⁴ Arrêt *Thuiskopie*, § 40.

appartient donc à la juridiction nationale d'interpréter le droit national de manière à permettre la perception auprès de ce commerçant¹⁸⁵.

Notons enfin en Belgique l'issue du recours en annulation introduit au Conseil d'État par Nokia Belgium et Sony Ericsson¹⁸⁶, à l'encontre de l'arrêté royal relatif au droit à la rémunération pour copie privée. Cet arrêté adaptait le système de rémunération aux nouveaux supports numériques en étendant la perception de la rémunération sur les téléphones portables munis d'une fonction MP3 ou MP4 et sur les cartes mémoires¹⁸⁷. Nokia et Sony Ericsson contestaient la légalité de cette disposition au motif qu'il n'était pas établi que les appareils en cause étaient « manifestement utilisés à des fins de copie privée », et qu'il n'était davantage pas tenu compte de la présence de mesures techniques de protection portant sur la copie, alors que ces deux circonstances étaient prévues par une disposition de la loi de transposition de la directive 2001/29 du 22 mai 2005 modifiant la LDA du 30 juin 1994, disposition qui n'était pas encore en vigueur.

Le Conseil d'État a estimé que la légalité de l'arrêté ne devait être appréciée qu'au regard de la LDA du 30 juin 1994, sans qu'il faille tenir compte des modifications apportées par la loi du 22 mai 2005 qui n'étaient pas encore entrées en vigueur. Il ne relève pas davantage d'incompatibilité entre l'arrêté attaqué et la directive 2001/29, en particulier son article 5, 2, b). Le Conseil d'État s'en réfère en effet à l'arrêt *Padawan* évoqué ci-dessus, qui valide la perception de la rémunération dès lors que les appareils concernés sont aptes à la réalisation de copies (ce qui était le cas des téléphones portables et appareils MP3 et MP4)¹⁸⁸, sans que ne doive être établie la réalisation effective de copies privées. Quant à la disposition de la directive qui prévoit que les États membres doivent tenir compte de la présence de mesures techniques de protection dans la détermination de la rémunération pour copie privée, le Conseil constate qu'elle n'est pas directement applicable, et qu'à défaut dès lors de transposition par la loi interne (vu l'absence d'entrée en vigueur de la loi de transposition sur ce point), ce moyen ne peut fournir de motif d'annulation valable.

4. Exercice des droits exclusifs

46. Principe d'autorisation préalable. Dans l'arrêt *Google contre Copiepresse* (cf. *supra*), Google revendique pour son service Google News le bénéfice des techniques de marketing (techniques d'« opt-in » et « opt-out »), qui ont développé le concept de « permission implicite » de collecter les données personnelles des internautes. Selon elle, ses relations avec les propriétaires des sites de journaux s'inscrivent dans un régime d'opt-out, les auteurs et éditeurs auraient donné implicitement leur accord et ne peuvent s'opposer aux utilisations qu'*a posteriori*. Pour la cour d'appel de Bruxelles, cette thèse est incompatible avec l'exigence d'autorisation expresse, certaine et préalable qui caractérise le droit d'auteur.

¹⁸⁵ *Ibid.*, § 42, 2).

¹⁸⁶ C.E., 1^{er} décembre 2011, *Nokia Belgium et Sony Ericsson Mobile Communications AB c. État belge*.

¹⁸⁷ Article 2 de l'arrêté royal du 17 décembre 2009 modifiant l'arrêté royal du 28 mars 1996 relatif au droit à la rémunération pour copie privée des auteurs, des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles.

¹⁸⁸ Et à condition, comme nous l'avons vu plus haut, qu'ils soient mis à disposition de personnes physiques à des fins privées.

47. Licences Creative Commons. Le 26 octobre 2010, un tribunal belge se prononçait pour la première fois sur la question de la validité des licences *Creative Commons*¹⁸⁹. Les licences *Creative Commons* sont des licences de droit d'auteur où l'auteur, au lieu de se réserver tous les droits, donne son autorisation au public d'utiliser son œuvre sous certaines conditions. L'autorisation est non exclusive et faite à titre gratuit¹⁹⁰.

Le Festival de théâtre de Spa avait utilisé un extrait d'un morceau de musique composé par le groupe Lichôdmapwa comme fond musical d'une publicité radio pour son festival annuel. Les conditions de la licence *Creative Commons* qui accompagnaient le morceau de musique étaient les suivantes: l'utilisateur peut utiliser l'œuvre s'il mentionne le nom de son auteur, s'il n'en fait pas une utilisation commerciale et s'il ne crée pas d'œuvres dérivées.

Le tribunal de Nivelles a confirmé que la licence *Creative Commons* était valide et applicable au cas d'espèce. Puisque le morceau de musique avait été intégré dans une publicité, il avait donc fait l'objet de modifications, sans mention du nom des auteurs et été utilisé à des fins commerciales. Le juge a dès lors reconnu que les trois conditions de la licence avaient été violées et a opté pour une évaluation globale de l'indemnisation à concurrence de 1.500,00 EUR *ex æquo et bono* par condition non respectée.

48. Accords Google Book. Depuis 2004, la société Google a entrepris de numériser massivement les livres et de les mettre en ligne. Elle a donc tout d'abord conclu des accords avec les bibliothèques. Or, sauf pour les ouvrages libres de droit, l'autorisation préalable des auteurs et éditeurs était nécessaire et plusieurs millions de livres ont été numérisés sans l'accord des auteurs.

Par le biais d'une *class action*, une association d'auteurs et d'éditeurs a agi en justice contre Google pour atteinte à leur droit d'auteur. Selon Google, ses activités n'étaient pas soumises au droit d'auteur, car elles relevaient de l'exception américaine de *fair use*. Les parties ont toutefois conclu un accord en 2008 pour mettre fin au différend, le fameux *Google Book Settlement*. Cet accord a une portée extrêmement étendue, notamment en ce qu'il s'appliquait à tous les auteurs qui se trouvaient dans la même situation que les signataires de l'accord. Les auteurs belges étaient donc potentiellement visés. L'étendue géographique de l'accord a cependant été légèrement modifiée dans la seconde version de l'accord, l'*Amended Settlement Agreement* (« ASA »).

Le 22 mars 2011, un juge new-yorkais a rejeté l'ASA car il n'était pas « loyal, adéquat et raisonnable » et allait « simplement trop loin »¹⁹¹. Selon le juge, Google ne peut faire abstraction de la règle de l'autorisation préalable pour les livres déjà numérisés. En outre, l'accord allouait notamment une position dominante à Google dans le domaine de la recherche en ligne. Les parties sont invitées à se remettre à la table des négociations¹⁹².

¹⁸⁹ Civ. Nivelles (11^e ch.), 26 octobre 2010, *R.D.T.I.*, 42/2011, p. 67, note M. LAMBRECHT, « Première décision Creative Commons: contrats de licence et modèles économiques du libre accès »; *A&M*, 4-5/2011, p. 533, note G. VANDENDRIESSCHE et K. MEUL « Creative Commons licenties naar Belgisch auteursrecht »; *J.L.M.B.*, 2011/16, p. 778, note de A. CRUQUENAIRE et J.-F. HENROTTE « Le mécanisme de la licence "libre" et le droit d'auteur ».

¹⁹⁰ Pour en savoir plus, voy. le site international de Creative Commons: <http://creativecommons.org/>.

¹⁹¹ US District Court, S.D.New York, 22 mars 2011, 05 Civ. 8136 (DC), *The Authors Guild et al. c. Google Inc.*

¹⁹² A. STROWEL, « Le rejet de l'accord transactionnel sur Google Books – Halte à l'enrôlement des morts et des étrangers par litige et contrat interposés! », *J.T.*, n° 6433, 15/2011, p. 313.

5. Mise en œuvre des droits exclusifs

49. La lutte contre le piratage en ligne. Depuis déjà quelques années, les sociétés de gestion collective tentent de lutter contre le partage illégal sur internet d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Après s'être attaquées aux créateurs des logiciels de partage de type *peer-to-peer*, ces sociétés ont décidé de poursuivre directement les utilisateurs de ces logiciels, en voulant faire intervenir activement les intermédiaires de la société de l'information – fournisseurs d'accès à internet (ci-après « FAI ») ou hébergeurs – en dirigeant finalement leurs plaintes et actions directement contre eux¹⁹³.

En matière de lutte contre le piratage sur internet, la Cour de justice a eu à connaître de nombreux arrêts qui peuvent être divisés en deux matières principales : le droit d'auteur face à la protection de la vie privée, et les arrêts concernant les mesures de filtrage et de blocage de sites contrefaisants. La justice belge a également eu à connaître d'une affaire de blocage d'un site internet contrevenant au droit d'auteur, imposée sur pied de l'action en cessation.

a. Droit d'auteur et protection de la vie privée

50. LSG contre Tele2. Dans la droite ligne de son arrêt *Promusicae*, la Cour de justice a eu à se pencher sur la question délicate de la communication par les FAI aux ayants droit des données personnelles de leurs abonnés qui sont suspectés de partage illégal sur les réseaux de *peer-to-peer* d'œuvres protégées par le droit d'auteur, dans le cadre de poursuites civiles. Le litige opposait la société de gestion collective autrichienne LSG au FAI Tele2, qui refusait de communiquer à la première les noms et adresses de ses clients et de divulguer certaines de leurs données de trafic. Le tribunal national ne sachant pas si une obligation de communication de données pouvait être ordonnée lors d'une action au civil, posa une question préjudicielle à la Cour de justice, qui y répondit par ordonnance du 19 février 2009¹⁹⁴.

La question préjudicielle posée était celle de savoir si, en substance, « le droit communautaire (...) s'oppose à ce que les États membres établissent une obligation de transmission à des personnes privées tierces de données à caractère personnel relatives au trafic pour permettre d'engager, devant les juridictions civiles, des poursuites contre les atteintes au droit d'auteur »¹⁹⁵. Pour répondre à cette question, l'important était de rechercher un équilibre entre le droit de propriété intellectuelle et le droit à la protection des données à caractère personnel. La Cour de justice a estimé que « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres établissent une obligation de transmission à des personnes privées tierces de données à caractère personnel relatives au trafic pour permettre d'engager, devant les juridictions civiles, des poursuites contre les atteintes au droit d'auteur »¹⁹⁶. En revanche, si le législateur admet une dérogation à la protection des données personnelles pour faciliter la poursuite de violations de droit d'auteur par les ayants droit – une telle possibilité n'étant donc pas interdite par le juge européen – la Cour exige de rechercher un *juste équilibre* entre les différents droits fondamentaux tant par les législateurs au

¹⁹³ F. COUDERT et E. WERKERS, « La protection des droits d'auteur face aux réseaux *peer-to-peer* : la levée du secret des communications est-elle justifiée ? », *R.D.T.I.*, 30/2008, p. 76.

¹⁹⁴ C.J.C.E., 19 février 2009, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, aff. C-557/07.

¹⁹⁵ Arrêt LSG, § 24.

¹⁹⁶ *Ibid.*, § 29.

moment de la transposition des directives que par les juges lors des litiges¹⁹⁷. C'est le principe de proportionnalité entre les différents droits fondamentaux en présence – le droit de propriété ainsi que le droit à la protection de sa vie privée – qui a guidé la Cour dans la réponse à cette question préjudicielle.

La Cour va également fournir une interprétation de la notion d'intermédiaire qui est contenue dans l'article 8, § 3 de la directive 2001/29, paragraphe qui concerne l'obligation pour les États membres de permettre qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin¹⁹⁸. Pour elle, le FAI entre dans le cadre de cette disposition en ce qu'il procure à ses clients l'accès au réseau qui permet une telle atteinte¹⁹⁹.

b. Droit d'auteur et mesures de filtrage et de blocage

51. *Scarlet contre Sabam*²⁰⁰. En 2011, la Sabam a eu à essuyer un important revers, la Cour de justice ayant donné raison à Scarlet²⁰¹ dans le litige qui les opposait depuis 2004²⁰². La Sabam souhaitait que Scarlet (anciennement Tiscali) prenne des mesures en vue de faire cesser les atteintes au droit d'auteur commises par ses clients, estimant qu'en tant que FAI, cette société était la mieux placée pour prendre de telles mesures. Ces mesures devaient permettre de rendre ces atteintes impossibles en bloquant toute forme d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers reprenant une œuvre musicale sans l'autorisation des ayants droit au moyen d'un logiciel *peer-to-peer*. La Sabam se fondait sur l'article 87, § 1^{er}, de la LDA, qui attribue au tribunal de première instance le pouvoir de constater l'existence et d'ordonner la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin, et plus particulièrement sur son alinéa 2 qui prévoit que cette action peut être rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à de tels droits²⁰³.

La cour d'appel de Bruxelles a décidé de poser une question à la Cour de justice pour évaluer la mesure réclamée par la Sabam envers Scarlet, question reformulée en ces termes par la Cour : « la juridiction de renvoi demande, en substance, si les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 et 2002/58, lues ensemble et interprétées au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une injonction faite à un fournisseur d'accès à internet de mettre en place un système de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de

¹⁹⁷ *Idem*.

¹⁹⁸ Sur cette question spécifique de la notion d'intermédiaire technique, voy. la partie « Commerce électronique » de la présente chronique.

¹⁹⁹ Arrêt LSG, §§ 42 à 46.

²⁰⁰ Pour une analyse détaillée de l'affaire *Scarlet c. Sabam*, voy. D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet c. Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet », *R.D.T.I.*, 46/2012, pp. 33-65.

²⁰¹ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Sabam*, aff. C-70/10.

²⁰² Bruxelles (9^e ch.), 28 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 176.

²⁰³ Cet article ne peut justifier tous les types d'injonctions, il est impératif que cela ne conduise pas à la méconnaissance d'autres règles de droit, comme l'interdiction d'instaurer une obligation générale de surveillance à charge des fournisseurs d'accès à Internet ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

logiciels *peer-to-peer*, qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle, à titre préventif, à ses frais exclusifs, et sans limitation dans le temps (c'est nous qui soulignons), capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange porte atteinte au droit d'auteur»²⁰⁴.

Si les obligations générales de surveillance sont interdites, un juge peut enjoindre à un FAI – ou à tout autre intermédiaire technique – de prendre des mesures visant à mettre fin à des atteintes à des droits de propriété intellectuelle, ou visant à prévenir de nouvelles atteintes²⁰⁵. La Cour de justice va confirmer que de telles mesures peuvent être prises à l'encontre d'un FAI, mesures dont les modalités doivent respecter les limitations des directives 2001/29 et 2004/48 ainsi que la directive 2000/31²⁰⁶. Les mesures prises doivent être effectives et dissuasives, ne pas consister en une obligation générale de surveillance et assurer un juste équilibre entre les droits et libertés²⁰⁷. Or, une mesure, telle que celle exigée par la Sabam, qui obligerait un FAI à procéder à une surveillance active de l'ensemble des communications électroniques de tous ses clients, en identifiant celles relevant du trafic *peer-to-peer*, qui portent sur un échange illicite de fichiers contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur, correspondrait à une surveillance généralisée, incompatible avec l'article 15, § 1^{er}, de la directive 2000/31 ainsi qu'avec l'article 3 de la directive 2004/48 qui énonce que les mesures doivent être équitables et proportionnées et ne doivent pas être excessivement coûteuses²⁰⁸. La Cour procède ensuite à une mise en balance entre la protection des droits des titulaires de droits d'auteur et d'autres droits fondamentaux, tels que la liberté d'entreprise des FAI²⁰⁹ et la protection des données à caractère personnel des clients du FAI²¹⁰ en cause, le juge devant assurer un juste équilibre entre ces droits fondamentaux lorsqu'il enjoint des mesures de filtrage²¹¹. Elle va constater que la mise en place d'un système de filtrage, pour un temps illimité, aux seuls frais du fournisseur, en vue de faire cesser les atteintes actuelles et de prévenir des atteintes futures, et impliquant une analyse systématique de tous les contenus échangés avec collecte des adresses IP des clients du fournisseur, ne préserve pas ce juste équilibre à rechercher²¹². La mesure de filtrage en cause ne résiste pas non plus à la mise en balance avec la liberté d'expression, car ne sachant pas distinguer suffisamment entre un contenu illicite et un contenu licite, sa mise en place risquerait d'entraîner le blocage de communications à

²⁰⁴ Arrêt *Scarlet c. Sabam*, § 29. La Cour de justice, par la reformulation de la question préjudicielle dans son arrêt, laissait déjà entrevoir vers quelle option elle allait s'orienter.

²⁰⁵ *Ibid.*, § 31.

²⁰⁶ *Ibid.*, §§ 32 à 34.

²⁰⁷ Les mesures doivent tendre à réaliser un compromis entre ce que S. Dusollier et E. Montero ont appelé un « triangle diabolique », in S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », *R.D.T.I.*, 45/2011, p. 186.

²⁰⁸ Arrêt *Scarlet contre Sabam*, §§ 36 à 40.

²⁰⁹ *Ibid.*, § 49.

²¹⁰ *Ibid.*, § 50.

²¹¹ *Ibid.*, § 45.

²¹² *Ibid.*, § 51.

contenu licite²¹³. Pour toutes ces raisons, la Cour a estimé qu'une mesure telle que celle réclamée par la Sabam envers Scarlet était contraire au droit communautaire²¹⁴.

52. The Pirate Bay. La cour d'appel d'Anvers a condamné²¹⁵ deux FAI Belgacom et Telenet à bloquer l'accès pour leurs abonnés au site *The Pirate Bay*, par la mise en place d'un blocage par DNS. Le blocage a été ordonné aux deux FAI sur demande de la B.A.F., la *Belgian Anti-piracy Federation*, sur pied de l'action en cessation prévue à l'article 87 de la LDA. L'arrêt vient en opposition de la décision du tribunal de commerce d'Anvers²¹⁶ qui avait refusé d'imposer aux FAI une telle mesure de blocage, jugée disproportionnée selon lui par rapport à l'infraction, en remettant en question la pertinence et l'efficacité de la mesure demandée.

Selon la B.A.F., entreprendre des actions contre les hébergeurs et les fondateurs de tels sites n'est plus suffisant, raison pour laquelle ils ont décidé de s'attaquer aux FAI, en les mettant en demeure de bloquer *The Pirate Bay* et les sites qui y sont liés pour le rendre inaccessible aux internautes²¹⁷. La cour d'appel d'Anvers, dans sa prise de décision, a effectué un exercice d'équilibre afin de concilier les intérêts des ayants droit, des fournisseurs d'accès et des internautes. L'enjeu de l'affaire est la formulation précise de l'injonction, la qualité de l'ordre de cessation pouvant être imposée aux FAI. En appel, la B.A.F. a demandé qu'il soit procédé à un blocage par adresse IP, mais la cour, après un examen attentif de la pertinence et de l'efficacité des mesures²¹⁸, a opté pour un blocage par DNS²¹⁹. En effet, il appartient au juge des cessations d'enjoindre la mise en place d'une mesure positive spécifique, et s'il existe plusieurs mesures techniques, de les déterminer, et de choisir la mieux à même d'éviter les atteintes au droit d'auteur sur internet. L'injonction porte ici sur un site spécifique, concerne une mesure particulière, et la non-efficacité totale de la mesure ne peut être un obstacle à la non-exécution d'une injonction du tribunal²²⁰. Il n'est en effet pas attendu des FAI qu'ils bloquent l'accès à tous leurs abonnés au site en cause²²¹ – viser l'utilisateur lambda étant suffisant –, le tribunal excluant par-là l'obligation de résultat dans le chef des FAI.

Remarquons que la Cour n'a pas fait droit à la demande des FAI d'attendre les arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Scarlet*²²² et *Netlog*²²³ pour rendre son jugement. Selon elle, le manque d'ana-

²¹³ *Ibid.*, § 52.

²¹⁴ Ne nous méprenons pas, il ne s'agit pas de donner à cet arrêt une portée qu'il n'a pas. En effet, la décision de la Cour de justice n'interdit pas toutes les mesures de filtrage ou de blocage, elle laisse la possibilité d'en imposer dès lors qu'elles n'introduisent pas d'obligation générale de surveillance à la charge des fournisseurs d'accès à internet et sont justifiées par un intérêt fondamental supérieur. Voy. D. MELSON, « Arrêt "Scarlet" : le filtrage préventif par les fournisseurs d'accès à Internet écarté au nom de l'équilibre entre droit d'auteur et libertés fondamentales », *J.D.E.*, 2012, p. 44.

²¹⁵ Anvers, 26 septembre 2011, *R.A.B.G.*, 2011/18, pp. 1269 et s. et note de P. VAN EECKE et A. FIERENS, « Pirate Bay : schip voor anker in de Antwerpse haven », *R.A.B.G.*, 2011/18, p. 1278.

²¹⁶ Comm. Anvers, 8 juillet 2010.

²¹⁷ Arrêt *The Pirate Bay*, p. 1273.

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 1276 et 1277.

²¹⁹ Le risque avec un blocage par adresse IP est qu'une même adresse peut héberger plusieurs sites, ce qui peut entraîner le blocage de sites « innocents », le blocage par DNS étant dès lors plus acceptable pour la Cour.

²²⁰ Arrêt *The Pirate Bay*, p. 1277.

²²¹ *Ibid.*, p. 1276.

²²² Voy. *supra*.

²²³ L'arrêt *Netlog* traite du même sujet que celui de l'affaire *Scarlet*, la même question ayant été posée dans les deux affaires, avec pour seule différence qu'il s'agissait d'un hébergeur et non plus d'un FAI. La Cour de justice est arrivée aux mêmes conclusions que dans son arrêt *Scarlet* (C.J.U.E., 16 février 2012, *Netlog contre Sabam*, C-360/2010).

logie avec ces affaires justifie un tel rejet, le litige en l'espèce portant sur le blocage de sites, et non sur l'installation d'un système de filtrage comme c'est le cas devant les instances européennes²²⁴.

Notons enfin que le(s) site(s) *The Pirate Bay* a (ont) déjà été bloqué(s) par les juridictions d'autres pays européens²²⁵.

B. Protection des programmes d'ordinateur

Philippe LAURENT²²⁶

53. Introduction. La présente section porte sur l'analyse de la jurisprudence qui s'est développée en matière de protection des logiciels par la LPO²²⁷ ainsi que par le droit d'auteur général (consacré en droit belge par la LDA²²⁸).

La jurisprudence sur la protection des logiciels par le droit d'auteur a été florissante durant la période visée par cette chronique... sans doute trop florissante pour permettre une quelconque exhaustivité dans le cadre de cette section, qui se veut brève et pondérée par rapport au reste de l'ouvrage. C'est pour ces raisons que nous avons pris le parti de ne pas viser la quantité, mais de nous concentrer avant tout sur quelques points importants de décisions majeures.

1. Objet de la protection

54. Interfaces graphiques. La Cour de justice de l'Union européenne a pris une décision importante et influente en ce qui concerne l'objet de la protection des logiciels par le droit d'auteur dans l'affaire *BSA*²²⁹. Elle a estimé que les interfaces graphiques ne constituent pas une forme d'expression d'un logiciel et ne bénéficient dès lors pas de la protection octroyée par la directive 91/250/CEE (dont la LPO constitue la transposition en droit belge). En effet, selon la Cour, la directive ne protège que les formes d'expression des logiciels ainsi que les travaux préparatoires qui peuvent mener, respectivement, à la reproduction ou la création subséquente du logiciel

²²⁴ Arrêt *The Pirate Bay*, p. 1271.

²²⁵ Au Danemark (Frederiksberg (Copenhague) District Court, 29 octobre 2008, *IFPI Denmark / DMT2 A/S*; High Court of Eastern Denmark, 26 novembre 2008, nr. B053000D-SF-MKC; Danish Supreme Court, 27 mai 2010, nr. 153/2009), en Italie (Italian Supreme Court, 29 septembre 2009, *Bergamo Public Prosecutor's Officer / Kolmisappi*; Court of Bergamo, 8 février 2010), en Allemagne (Hamburg District Court, 13 mai 2010, *Motion Picture Association (MPA) / CB3Rob Ltd & Co KG (Cyberbunker), Kamphuis*), en Finlande (Helsinki District Court, 26 octobre 2011, *Copyright Information and Anti-Piracy Centre (CIAPC) and IFPI / Elisa Oyi*), en Irlande (Ireland High Court, 24 juillet 2009, *EMI Records (Ireland) Ltd v. Eircom PLC*, 2009 (IEHC) 411, www.courts.ie), aux Pays-Bas (Gravenhage (civ.), 11 janvier 2012, *Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland (BREIN) contre ZIGGO B.V. et XS4ALL B.V.*, 374634 / HA ZA 10-3184, www.rechtspraak.nl), et en bonne voie au Royaume-Uni (*Dramatico Entertainment Ltd & others v. British Sky Broadcasting Ltd & others* [2012] EWHC 268 (Ch), disponible sur <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/268.html>). En Suède, les actions ont également été dirigées à l'encontre des gestionnaires du site en plus du site lui-même.

²²⁶ Chercheur Senior au CRIDS, avocat au barreau de Bruxelles.

²²⁷ Loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, *M.B.*, 27 juillet 1994, pp. 19315 et s. (LPO ou « loi spéciale »).

²²⁸ Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, pp. 19297 et s. (LDA ou « loi générale »).

²²⁹ C.J.U.E., 22 décembre 2010, arrêt *BSA*, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany contre Ministerstvo kultury*, (www.curia.eu).

en question²³⁰. Comme l'interface graphique n'est qu'une interface qui permet à l'utilisateur de communiquer avec le programme pour utiliser ses fonctionnalités, elle ne permet pas en tant que telle de reproduire ou reconstituer le logiciel: la Cour estime qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de la directive 91/250/CE. Cependant, la Cour confirme que l'interface graphique peut toujours être protégée en tant qu'œuvre sur la base de la directive 2001/29/CE, si elle est une création intellectuelle propre à son auteur. L'interface graphique peut en effet être considérée comme étant une œuvre littéraire et artistique et voir dès lors ses éléments originaux protégés par le droit d'auteur « traditionnel ». Le praticien sera attentif au fait que cette dernière considération, qui ouvre heureusement la voie à la protection des interfaces graphiques par le droit d'auteur, aura cependant pour conséquence l'application de règles différentes, par exemple, en ce qui concerne la détermination du titulaire des droits sur l'œuvre, le régime des droits moraux ou les exceptions aux droits exclusifs.

2. Titularité des droits

55. Créations d'employés. Sur la question de la titularité des droits d'auteur sur un logiciel, c'est avant tout un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2010 qui attirera notre attention²³¹. On se souviendra que l'article 3 de la LPO prévoit une présomption de cession des droits patrimoniaux de l'employé ou du statutaire à l'employeur, lorsque le logiciel a été développé dans le cadre du contrat d'emploi. La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur le fait de savoir si cette présomption s'applique aussi dans le cas où un administrateur de société a développé un logiciel exploité et distribué par cette société. La réponse de la Cour est strictement négative: « La présomption n'est applicable que pour les droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par des employés ou agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur et ne peut être étendue aux droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par le gérant statutaire d'une société commerciale qui n'a pas la qualité d'employé ensuite d'un contrat de travail conclu avec cette société ».

On notera que cette décision de la Cour suprême met à mal un arrêt de la cour d'appel de Gand du 22 décembre 2008, dans l'ensemble assez critiquable, qui décida exactement l'opposé dans le cadre d'une autre affaire²³².

²³⁰ On remarquera que cette approche a été confirmée dans un arrêt récent tombé après la période analysée, à savoir l'arrêt SAS du 2 mai 2012, aff. C-406/10, *SAS Institute Inc. contre World Programming Ltd* (www.curia.eu), dans lequel le même argument a été utilisé afin de faire sortir les langages de programmation et les formats de fichier du champ d'application de la directive 91/250/CE, tout en relevant que ces éléments pourraient toujours « bénéficier, en tant qu'œuvres, de la protection par le droit d'auteur, en vertu de la directive 2001/29, s'ils sont une création intellectuelle propre à leur auteur ».

²³¹ Cass., 3 juin 2010, C.09.0226.N, (www.cass.be).

²³² Constatant que le gérant et l'associé actif ne sont pas des employés ni des fonctionnaires au sens du droit du travail ou du droit public, la cour d'appel de Gand estima cependant que l'article 3 de la loi relative à la protection des programmes d'ordinateurs n'était pas limité aux employés ou fonctionnaires au sens du droit du travail ou du droit public, la volonté du législateur européen étant que les logiciels développés au sein d'une entreprise-société appartiennent à cette dernière et pas à l'individu qui a développé le programme. Gand, 22 décembre 2008, *R.D.C.*, octobre 2009, pp. 819 et s.

Par contre, la présomption de l'article 3 n'est pas d'application lorsque le travailleur a été engagé en qualité d'hydrographe et non en qualité d'informaticien et que l'employeur ne démontre pas que le programme aurait été créé d'après ses instructions²³³.

3. Droits patrimoniaux

56. Communication au public. Dans l'affaire C-393/09 citée plus haut (*BSA*), où la Cour estima qu'une interface graphique n'était pas protégeable par les règles spécifiques protégeant les programmes d'ordinateur mais bien par le droit d'auteur général, la Cour a également dû se prononcer sur la question de savoir si la télédiffusion d'une interface graphique constituait une communication au public d'une œuvre au sens de l'article 3(1) de la directive 2001/29. La Cour répond que si une interface graphique est affichée dans le cadre d'un programme de télévision, les téléspectateurs reçoivent la communication de cette interface utilisateur graphique uniquement de manière passive, sans possibilité d'intervenir. Dès lors, ils ne peuvent pas utiliser la fonction de ladite interface pour interagir avec le programme d'ordinateur. L'interface utilisateur graphique n'est dès lors pas mise à la disposition du public, puisque les personnes qui composent celui-ci n'ont pas accès à l'élément essentiel qui caractérise l'interface. La Cour conclut, dans la motivation de sa décision, qu'« il n'y a pas de communication au public de l'interface utilisateur graphique, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ».

La Cour peut être suivie jusqu'à ce point, son raisonnement devant cependant, à notre sens, être bien compris, entre autres en ce qu'il se limite à une constatation factuelle : après avoir défini ce qu'est une interface graphique en identifiant la caractéristique essentielle, la Cour constate que cet élément caractéristique n'est pas mis à disposition du public... il n'y a donc pas de communication de l'interface « en tant que telle ». Soulignons cependant que d'autres éléments sont malgré tout communiqués, qui pourraient présenter des caractéristiques originales au sens du droit d'auteur et qui pourraient dès lors être protégés séparément (une icône, un cadre, une animation ou une charte graphique par exemple). Leur communication devrait dès lors se faire avec l'autorisation du titulaire de droits. La Cour conclut finalement maladroitement que « par conséquent, il y a lieu de répondre à la seconde question posée que la radiodiffusion télévisuelle d'une interface utilisateur graphique ne constitue pas une communication au public d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ». Cette ultime conclusion doit être maniée avec prudence, puisque la Cour semble ne se prononcer que sur l'interface en tant que « tout » sans considérer la protection autonome de certains éléments qui la composent.

4. Atteintes et sanctions

57. « Double damages ». Dans une décision²³⁴ du 2 mars 2009, après avoir confirmé que la bonne foi n'était pas élisive de la faute et que la simple possession d'une copie illégale d'un logiciel est punissable, la cour d'appel de Gand a eu l'occasion de confirmer la pratique du tribunal de première instance du même for consistant à attribuer 200% du prix normal d'une licence du

²³³ Trib. trav. Liège (12^e ch.), 2 septembre 2010, *J.T.T.*, 2011, liv.1091, pp. 109 et s.

²³⁴ Gand, 2 mars 2009, *Ann. prat. comm. conc.*, 2009, pp. 761 et s.

logiciel comme indemnité pour usage de copies illégales²³⁵. Le contrefacteur ne peut cependant pas être forcé d'acheter des produits du demandeur: libre à lui d'obtenir les licences nécessaires en bonne et due forme s'il désire continuer à utiliser le logiciel.

58. Affaire Systran. Toujours en matière de non-respect des droits d'auteur, on ne pourrait passer sous silence une décision du Tribunal de la Cour de justice de l'Union européenne prononcée dans l'affaire *Systran* (T-19/07), opposant des développeurs à la Commission européenne²³⁶, et qui se démarque par sa complexité factuelle. La Commission européenne fut condamnée à payer une indemnité de 12.001.000 EUR pour divulgation de savoir-faire et violation de droits d'auteur, cette dernière ayant décidé de faire appel à un autre fournisseur de services pour modifier un logiciel initialement créé par Systran²³⁷. Cette condamnation se fonde, entre autres, sur l'application de ce que le Tribunal présente (peut-être un peu à l'emporte pièce) comme étant des principes généraux et communs aux États membres et parmi lesquels figureraient, entre autres, qu'une clause de cession ne peut être présumée ou qu'une personne morale doit simplement établir qu'elle exploite l'œuvre pour être recevable dans son action en contrefaçon.

5. Limitation des droits : épuisement

59. Logiciels de deuxième main. Dans une décision exceptionnellement longue (80 pages) du 23 septembre 2009, le tribunal de première instance de Gand a dû se prononcer sur d'intéressantes questions portant sur l'activité d'intermédiaire en revente de logiciels et de documents associés²³⁸. Les défendeurs exerçaient en effet pour activité la revente de logiciels de deuxième main, qu'il s'agisse de logiciels vendus dans des boîtes («Full Package Product» ou FPP) ou de logiciels préinstallés («Original Equipment Manufacturer» ou OEM). Le tribunal décida que les défendeurs ne commettaient aucune contrefaçon en se basant sur les règles d'épuisement des droits d'auteur: lorsque les titulaires de droits ont autorisé la création et la distribution de copies des programmes sous une certaine forme, ils ne peuvent s'opposer à une revente de ces copies. L'apposition de mentions telles que «Not For Resale» ou «back-up copy» ou l'évocation d'un droit de destination n'y changent rien.

Cependant, le tribunal nuança sa décision en précisant que la règle d'épuisement ne s'applique que tant qu'un support matériel est impliqué et que son effet se limite à ce support. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un FPP, l'épuisement s'appliquera au CD-rom qu'il contient. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un OEM ou d'un logiciel téléchargé d'internet sur le disque dur d'un ordinateur, c'est uniquement cet ordinateur ou ce disque dur, en tant que support du logiciel, qui fera l'objet de la limitation pour épuisement des droits. En d'autres termes, le logiciel est dans ce cas lié à l'ordinateur sur lequel il est installé. Par ailleurs, la pratique de revendre séparément des certificats d'authenticité («Certificate of Authenticity» ou COA) est également condamnée par la Cour. Le COA ayant pour fonction de garantir que le matériel auquel il est lié est authentique, le fait de le scinder dudit matériel pour

²³⁵ Voy. aussi, dans la période analysée, Civ. Gand, 19 janvier 2009, *A&M*, 2009, liv. 4, pp. 384 et s.; Anvers, 5 octobre 2009, *I.R.D.I.*, 2010, liv. 2, pp. 217 et s.

²³⁶ Cette décision fait l'objet d'un pourvoi devant la C.J.U.E. (aff. C-103/11 P).

²³⁷ T.U.E., 16 décembre 2010, arrêt *Systran*, aff. T-19/07, (www.curia.eu).

²³⁸ Civ. Gand (1^{re} ch.), 23 septembre 2009, *A&M*, 2010, liv. 1, p. 42.

le vendre séparément est illégal et laisse présumer qu'il servira à donner à une copie illégale de fausses apparences de légitimité²³⁹.

C. La protection des bases de données

Caroline KER²⁴⁰

60. Droit *sui generis* sur les bases de données. Relevons deux décisions belges ainsi qu'un arrêt de la C.J.U.E., dans le domaine de la protection juridique des bases de données.

61. Extraction. Par un arrêt du 5 mars 2009 *Apis-Hristovich EOOD contre Lakorda AD*²⁴¹, la C.J.U.E. a confirmé sa jurisprudence antérieure *Fixtures, William Hill* et *Directmedia Publishing*²⁴² et fourni quelques nouvelles précisions sur le droit *sui generis* des bases de données institué par la directive 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données²⁴³. La Cour, qui était questionnée par une juridiction bulgare, a poursuivi son élaboration des notions d'« extraction » et de « partie substantielle d'une base de données »²⁴⁴.

Ainsi, la Cour énonce que le critère de distinction entre un « transfert permanent » et un « transfert provisoire », notions qui font partie de la définition d'« extraction » contenue à l'article 7 de la directive 96/9, consiste en la durée de conservation des éléments extraits. Le moment auquel l'extraction se réalise est quant à lui celui de la fixation des éléments ainsi transférés sur un autre support²⁴⁵. La Cour ajoute qu'en mentionnant également le transfert provisoire d'éléments dans la définition de l'extraction, le législateur a voulu explicitement exclure l'existence d'une règle *de minimis* dans l'appréciation du transfert²⁴⁶. La notion d'extraction est en outre indépendante de l'objectif poursuivi par son auteur, ou de modifications qu'il apporterait aux éléments extraits, ou encore de différences entre les structures des deux bases de données²⁴⁷. La présence de caractéristiques matérielles et techniques de la base originale dans la base supposément contrefaisante peut fournir un indice de l'existence de l'extraction. Il en va de même du fait que les données de la première base, retrouvées dans une seconde base, n'étaient pas accessibles au public. Un indice ne suffit cependant pas à lui seul à prouver l'extraction²⁴⁸.

²³⁹ Notons enfin que la revente de logiciels de deuxième main a fait l'objet d'une décision récente de la C.J.U.E. (tombée en dehors de la période analysée). Il s'agit de l'arrêt *UsedSoft* du 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, (www.curia.eu), dans lequel la C.J.U.E. s'est prononcée encore plus largement en faveur de la revente de logiciels de deuxième main en ne limitant pas l'effet de l'épuisement aux supports.

²⁴⁰ Chercheuse au CRIDS.

²⁴¹ C.J.U.E., 5 mars 2009, aff. C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD contre Lakorda AD*.

²⁴² La C.J.C.E. avait rendu 4 arrêts importants le 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd, contre Organismos prognostikon agonon podofairou AE; Fixtures Marketing/Svenska Spel, Fixtures Marketing/Oy Veikkaus, British Horseracing Board/William Hill*, ainsi qu'un arrêt rendu le 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing GmbH contre Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*. Au sujet de ces arrêts, voy. C. KER « Protection des bases de données », dans notre précédente *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information et de la communication (2002-2008)*, R.D.T.I., juin 2009, pp. 57 à 64.

²⁴³ Ci-après « la directive 96/9 ».

²⁴⁴ Arrêt *Apis-Hristovich EOOD*, § 34.

²⁴⁵ *Ibid.*, § 45.

²⁴⁶ *Ibid.*, § 43.

²⁴⁷ *Ibid.*, §§ 48 et 55.

²⁴⁸ *Ibid.*, § 55.

Quelques précisions ont également été fournies quant à la notion de « partie substantielle du contenu d'une base de données », devant faire l'objet d'un transfert pour qu'il soit question d'« extraction » selon l'article 7 de la directive 96/9. Ainsi, lorsque la base de données d'origine est constituée de sous-groupes, il faut évaluer le caractère substantiel de la partie qui a été transférée vers un autre support en ayant égard au sous-groupe duquel ont été transférées les données. Mais encore faut-il dans ce cas que ce sous-groupe rencontre les conditions d'octroi du droit *sui generis*. Si tel n'est pas le cas, mais que la base de données d'ensemble satisfait quant à elle aux exigences de la protection, on appréciera alors le caractère substantiel de la partie transférée par rapport au volume du total de l'ensemble²⁴⁹.

Enfin le caractère substantiel d'un point de vue qualitatif de la partie transférée peut quant à lui être influencé par le fait que les données ont été obtenues de sources non accessibles au public, selon l'importance des moyens déployés par le fabricant pour l'obtention de ces éléments difficilement accessibles²⁵⁰.

62. Droit *sui generis* sur les bases de données. En droit belge, évoquons cette mise en œuvre du droit des bases de données par la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 2 avril 2009²⁵¹, affaire qui a par ailleurs donné lieu à plusieurs rebondissements judiciaires relatifs à la procédure de requête de saisie-description²⁵².

Les protagonistes, Help (dont les actifs ont entre-temps été repris par InfoBase) et Ort (entre-temps racheté par Coface), avaient conclu une convention de licence sur une base de données élaborée par Help. Après deux ans de douce vie contractuelle, Help avait rompu le contrat pour faute contractuelle dans le chef d'Ort tout en lui interdisant de faire encore usage des données demeurant en sa possession. Une dizaine d'années plus tard, InfoBase assigna Ort (devenu Coface) qui avait continué, ce que la juridiction confirme, à utiliser des données d'InfoBase malgré la rupture du contrat.

63. Cession et licence. Premièrement, il est intéressant de relever la mise en œuvre distincte que fait la cour d'une part du droit *sui generis* sur la base de données d'InfoBase, et d'autre part du droit d'auteur sur la base de données. Ainsi la cour confirme, ce qui était contesté par Coface, l'existence d'une cession du droit *sui generis* de Help à InfoBase²⁵³, à l'exception du droit d'auteur sur la base de données resté dans le chef de l'auteur originaire de la base de données²⁵⁴. Cette distinction, bien que sans conséquence sur l'issue du litige (seul le droit *sui generis* était invoqué par InfoBase) est d'un grand intérêt pédagogique.

La qualification, cession ou licence, du contrat ayant conféré des droits d'utilisation sur la base à Ort était également soumise à la sagacité de la cour. Selon Coface, la propriété des données avait été transférée à Ort par Help, alors qu'InfoBase défendait l'hypothèse d'une simple licence d'utilisation. La cour recourut à l'intégralité de la convention et à son économie générale pour exclure

²⁴⁹ *Ibid.*, § 74.

²⁵⁰ *Idem.*

²⁵¹ Bruxelles, 2 avril 2009, *Rev. dr. comm. b.*, 2009, pp. 835 à 844.

²⁵² Voy. notamment Cass., 8 mars 2010, *A&M*, 2010, p. 252.

²⁵³ Coface arguait en effet qu'InfoBase ne disposait que d'une licence sur la base de données, afin de contester sa qualité à agir.

²⁵⁴ § 10 de l'arrêt.

le transfert de propriété de la base de données et retenir la licence. Ainsi notamment le prix payé par Ort ne correspond pas au prix de revient de constitution de la base, ou encore le contrat faisait interdiction à Ort de rediffuser la base de données. La cour fait également une distinction entre la propriété d'Ort sur la fixation des données transmises sur le support (cela était mentionné par le contrat) et la propriété de la base de données, actif immatériel qui demeurait dans le patrimoine d'InfoBase. Elle relève également qu'à supposer que la propriété sur les données ait été transmise, à défaut de transfert de « la manière de procéder à l'agencement systématique et méthodique des données », Coface/Ort ne pouvait disposer de la base de données elle-même. La cour fait donc ici fait une application intéressante du principe selon lequel une base de données au sens du droit *sui generis* est constituée des données dans leur ensemble ainsi que de leur agencement en une structure systématique ou méthodique (article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 96/9).

64. Extraction et réutilisation. Enfin il est intéressant de relever quelques-uns des indices sur lesquels la cour se base pour confirmer qu'il y a bien eu « extraction » et « réutilisation » de la base de données d'InfoBase par Coface : présence de nombreuses données identiques dans la base de données Coface et dans celle d'InfoBase, présence d'anomalies et de particularismes identiques dans les deux bases, formalisations de certains enregistrements dans la base de données Coface en raison de contraintes d'encodage propres à la base de données InfoBase, absence de mise à jour de nombreux enregistrements de la base de données Coface postérieures à leur fourniture contractuelle par InfoBase... Enfin, la cour estime que le caractère substantiel des éléments repris par Coface est établi par le fait qu'« un très grand nombre de données InfoBase n'ont pas été modifiées après la rupture du contrat » ainsi que par les « rapprochements *ad hoc* entre les deux bases, effectués par l'expert judiciaire. Il n'est donc pas nécessaire de faire procéder ce dernier à un examen de l'ensemble de la base d'InfoBase, pour permettre à la cour de conclure au caractère substantiel de la partie transférée.

65. Investissement substantiel. Concluons avec quelques paragraphes au sujet d'un arrêt de la cour d'appel de Gand du 14 novembre 2011²⁵⁵ qui met en œuvre les enseignements de la jurisprudence de la C.J.C.E. sur l'investissement substantiel dans l'obtention, la vérification et/ou la présentation des données²⁵⁶. Cette jurisprudence a été évoquée dans notre précédente chronique²⁵⁷.

En l'espèce, l'appelante, Select Human Resources, une société spécialisée dans le conseil et le courtage dans le domaine des ressources humaines, faisait valoir le droit *sui generis* sur trois types de bases de données. Il s'agissait de fichiers consignant les recettes et dépenses de la société ; de listes de postes vacants, de salariés affectés à ces postes, de noms de sociétés clientes classées par ordre alphabétique avec leurs coordonnées, les personnes de contact, le caractère temporaire de certains postes, ainsi que de listes d'effectifs consignant le nombre de travailleurs temporaires employés par les sociétés clientes de Select Human Resources, le nombre d'heures facturées par cette dernière pour les différents types de travailleurs...

²⁵⁵ Gand, 14 novembre 2011, disponible sur juridat.be.

²⁵⁶ C.J.C.E., 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd. contre Organismos prognostikon agonon podosfairou AE*.

²⁵⁷ C. KER, « Protection des bases de données », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information et de la communication (2002-2008)*, R.D.T.I., n° 35, juin 2009, p. 60.

Sur appel d'une ordonnance du président du tribunal de première instance²⁵⁸, la cour a refusé à ces « bases de données » la protection conférée par le droit *sui generis*. En effet, la cour, confirmant l'appréciation faite par le président du TPI, a estimé que Select Human Resources ne fournissait pas la preuve de l'investissement substantiel, requis par l'article 2, 1°, de la loi du 11 mars 1996 concernant la protection des bases de données, dans l'obtention, dans la vérification et/ou dans la présentation des données. Elle invoque à cet effet que les données litigieuses sont liées à l'activité passée de la société (consignation de ses dépenses et revenus, de l'emploi des travailleurs temporaires...), données consignées au fil de l'activité de l'entreprise. Les listes de postes vacants ne s'apparentent qu'à un carnet d'adresses des clientes de la société. La consignation de différentes informations est à la fois le but et le résultat de l'activité de la société et ces « bases de données » en sont le sous-produit. Leur collecte est en outre simple et il n'y a pas lieu à « contrôle » au sens de la loi sur la protection des bases de données. En conséquence de quoi, il n'y a donc pas d'investissement substantiel démontré dans les bases de données qui soit distinct de l'activité elle-même, et donc pas davantage de droit *sui generis*²⁵⁹. La cour invoque et met ici en œuvre la jurisprudence de la C.J.C.E. qui requiert que l'investissement substantiel soit consacré à la collecte, à la vérification des données, à la constitution de la base de données elle-même et à son fonctionnement. Selon cette jurisprudence, lorsque le producteur est aussi le créateur des données (ce qui est le cas en l'espèce), il faut prouver au titre de collecte des données, un investissement substantiel distinct de la création des données, tel que par exemple, un investissement dans la vérification de leur exactitude ou dans leur suivi²⁶⁰.

D. Brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales

Myriam Tonssira SANOU²⁶¹

1. Brevetabilité des logiciels

66. Introduction. Dans l'optique d'aplanir les disparités qui ressortent des décisions rendues par les chambres de recours technique sur la brevetabilité des programmes d'ordinateur, la présidente de l'Office européen des brevets (O.E.B.) a soumis à la Grande Chambre de recours des questions relatives aux limites prévues par l'article 52(2), c) et (3) de la convention de 1973 sur le brevet européen (CBE)²⁶². Même si la saisine de la présidente a été déclarée irrecevable au motif qu'il n'existe pas de réelles divergences entre les positions adoptées par les chambres, il reste que

²⁵⁸ L'appel faisait suite à une ordonnance d'annulation d'une mesure de saisie-description rendue sur tierce opposition par le président du tribunal de première instance de Gand, au motif de l'absence selon toutes apparences de droit *sui generis* sur les bases de données concernées.

²⁵⁹ §§ 10 à 17 de l'arrêt.

²⁶⁰ Les quatre arrêts de la C.J.C.E. du 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd. contre Organismos prognostikon agonon podosfairou AE; Fixtures Marketing/Svenska Spel, Fixtures Marketing/Oy Veikkaus, British Horseracing Board/William Hill*. Voy. C. KER, *op. cit.*

²⁶¹ Chercheuse au CRIDS et doctorante aux FUNDP.

²⁶² Pour un aperçu des questions, voy. O.E.B., Communication de la Grande Chambre des recours concernant la procédure G3/08, *J.O.O.E.B.*, 1/2009, p. 32; O.E.B., G 3/08, 22 octobre 2008, Referral under article 112 (1) (b) EPC (ci-après la « Saisine G 3/08 »), disponible sur le site de l'O.E.B.

des précisions ont été apportées par la Grande Chambre²⁶³ sur l'admission de la brevetabilité des logiciels.

67. Catégories de revendication. Le premier groupe de questions²⁶⁴ a trait à l'incidence de la catégorie de revendication utilisée sur l'octroi d'un brevet portant sur un programme d'ordinateur. Il s'agissait de lever l'ambiguïté concernant l'admission des revendications portant sur des éléments divers qui font intervenir un programme d'ordinateur. La Grande Chambre devait apprécier cette question à la lumière d'une supposée divergence²⁶⁵ entre les décisions T 1173/97 et T 424/03²⁶⁶ dans lesquelles était en cause la brevetabilité du programme d'ordinateur et du support sur lequel il est enregistré. Dans la première affaire²⁶⁷, la chambre avait conclu en la brevetabilité du programme d'ordinateur revendiqué en tant que tel si ce programme produit un effet technique supplémentaire mais elle a qualifié le support de matériel qui ne fait pas partie de l'invention et dont la mention dans la revendication ne suffit pas à exclure celle-ci de la brevetabilité. En revanche dans la seconde affaire, la Chambre a admis la brevetabilité d'un programme sur un support déchiffrable par ordinateur²⁶⁸ au motif que tout moyen technique revendiqué suffisait pour éviter l'exclusion²⁶⁹. Dans ces deux décisions, il a été prévu que l'effet technique supplémentaire doit être apprécié indépendamment de l'état de la technique et dans le cadre de l'examen de la nouveauté et de l'activité inventive. Cette approche dite «abandon de l'approche de la contribution à l'état de la technique» qui avait été dégagée dans la première affaire citée, postule que la contribution à l'état de la technique ne doit pas être prise en considération pour exclure l'objet revendiqué de la brevetabilité.

Pour lever l'ambiguïté entre ces positions, la Grande Chambre estime que même si les décisions précitées s'éloignent sur certains points, il ne s'agit pas d'une divergence mais d'une évolution de la jurisprudence²⁷⁰. S'agissant de la place qu'occupe la décision 1173/97 dans cette évolution, elle observe que les principes qui y sont dégagés, à savoir l'exigence de l'effet technique supplémentaire et l'abandon de l'approche de la contribution à la technique, s'étendent à tout type d'objet revendiqué. Elle affirme que pour statuer sur une éventuelle exclusion de la brevetabilité, il convient, dans la logique de cette décision de toujours faire abstraction de l'état de la technique. Il en résulte qu'une revendication relative à un type particulier de mémoire sur un support déchiffrable par ordinateur, doté de certaines caractéristiques particulières, n'est manifestement pas exclue de la brevetabilité qu'elle soit ou non nouvelle. Elle précise en outre que l'exigence d'un «effet supplémentaire» n'est pas requise pour le support vu que la liste d'exclusions de l'article 52(2) CBE ne mentionne pas les supports déchiffrables par ordinateur en tant

²⁶³ O.E.B., 12 mai 2010, Avis de la Grande Chambre des recours, G 3/08, *J.O.O.E.B.*, 1/2011, p. 10.

²⁶⁴ La question 1 était formulée comme suit: «un programme d'ordinateur ne peut-il être exclu à titre de programme d'ordinateur en tant que tel que s'il est revendiqué de façon explicite en tant que programme d'ordinateur?».

²⁶⁵ O.E.B., Saisine G 3/08, *op. cit.*, pp. 4-6.

²⁶⁶ O.E.B., CRT, 23 février 2006, T424/03, *Clipboard formats I/Microsoft*.

²⁶⁷ Dans l'affaire T 1173/97, les revendications portaient sur «un produit "programme d'ordinateur" chargeable directement dans la mémoire interne d'un ordinateur numérique» et sur «un produit "programme d'ordinateur" enregistré sur un support utilisable dans un ordinateur». Voy. O.E.B., CRT, 1^{er} juillet 1998, T 1173/97, *IBM*.

²⁶⁸ La Chambre souligne en effet que «l'objet de la revendication 5 présente un caractère technique, puisqu'il se rapporte à un moyen déchiffrable par ordinateur, c'est-à-dire à un produit technique faisant intervenir un support».

²⁶⁹ Elle se réfère pour ce faire, à la décision *Hitachi* (O.E.B., CRT, 21 avril 2004, T 258/03, *Hitachi*).

²⁷⁰ O.E.B., 12 mai 2010, Avis de la Grande Chambre des recours, *op. cit.*, p. 45.

que tels. Elle reconnaît que la décision T 424/03 est conforme aux principes dégagés dans l'affaire T 1173/97 et que la position adoptée par la chambre dans ce dernier cas n'est pas cohérente avec les prémisses qu'elle avait elle-même exposées. En définitive, elle conclut qu'«une revendication dans le domaine des programmes d'ordinateur peut échapper à l'exclusion simplement en mentionnant de façon explicite l'utilisation d'un ordinateur ou d'un support d'enregistrement de données déchiffrables par ordinateur»²⁷¹. Seul le fondement légal change par l'abandon de l'approche liée à l'article 52(2) au profit de celle fondée sur l'article 56. Elle souligne cependant que la liste des exclusions de l'article 52(2) n'est pas invalidée pour autant puisqu'elle peut jouer un rôle très important pour l'analyse de l'activité inventive²⁷².

68. Caractère technique de l'objet revendiqué. Le deuxième groupe de questions²⁷³ portait sur la revendication dans son ensemble. Il s'agissait de déterminer d'une part si la mention dans la demande de brevet de l'utilisation d'un ordinateur ou d'un support déchiffrable par ordinateur suffit à lever l'exclusion et d'autre part si un effet technique supplémentaire est nécessaire. La Grande Chambre renvoie aux réponses données à la question 1²⁷⁴. Plus spécifiquement, la saisine faisait référence à la décision T 258/03²⁷⁵ – dans laquelle la brevetabilité d'une méthode a été admise au vu de l'existence du caractère technique tiré de la présence d'un programme d'ordinateur – pour soutenir que les revendications relatives à un programme d'ordinateur et celles qui portent sur une méthode mise en œuvre par ordinateur ont une portée identique²⁷⁶. En appui à ces allégations, il est avancé que les revendications de méthode consistent en une série d'instructions ou d'étapes qui doivent être exécutées par toute entité apte à le faire et que dans le cas d'une méthode mise en œuvre par ordinateur, l'ordinateur exécutant ces étapes correspond à cette entité. Dans le même sens, la saisine soutient qu'un programme d'ordinateur est une série d'instructions ou d'étapes qui constituent une méthode et sont exécutées par un ordinateur. En réponse, la Grande Chambre relève qu'il existe une confusion qu'elle clarifie en affirmant qu'«il existe une distinction logique entre une méthode mise en œuvre par ordinateur et la séquence d'instructions qui caractérisent cette méthode». De la même façon, «il y a une différence entre un programme d'ordinateur et la méthode correspondante mise en œuvre par ordinateur»²⁷⁷. Elle considère que l'homme du métier interprète le mot «programme» comme la séquence d'instructions caractérisant une méthode et non comme la méthode proprement dite. À l'examen des cas d'assimilation entre programme d'ordinateur et méthode visée dans la saisine²⁷⁸, la Grande Chambre relève que la référence à une méthode peut être comprise dans le

²⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

²⁷² *Ibid.*, p. 47.

²⁷³ La question 2 était formulée ainsi :

«a) Une revendication relevant du domaine des programmes d'ordinateur peut-elle échapper à l'exclusion prévue à l'article 52(2)c) et (3) CBE en mentionnant simplement de façon explicite l'utilisation d'un ordinateur ou d'un moyen d'enregistrement de données déchiffrables par ordinateur ?

b) S'il est répondu par la négative à la question a), un effet technique supplémentaire est-il nécessaire pour échapper à l'exclusion, ledit effet allant au-delà des effets inhérents à l'utilisation d'un ordinateur ou d'un moyen d'enregistrement de données en vue, respectivement, d'exécuter ou d'enregistrer un programme d'ordinateur ? ».

²⁷⁴ O.E.B., 12 mai 2010, Avis de la Grande Chambre des recours, *op. cit.*, p. 45.

²⁷⁵ O.E.B., CRT, 21 avril 2004, T 258/03, *Hitachi*, décision précitée.

²⁷⁶ O.E.B., Saisine G 3/08, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁷ O.E.B., 12 mai 2010, Avis de la Grande Chambre des recours, *op. cit.*, p. 50.

²⁷⁸ O.E.B., Saisine G 3/08, *op. cit.*, p. 8.

sens des instructions qui constituent le programme²⁷⁹ tandis que la mention d'un programme d'ordinateur alors qu'était revendiquée une méthode ne signifie pas qu'il y a assimilation mais simplement que cette revendication peut être mise en œuvre en utilisant un programme d'ordinateur²⁸⁰.

69. Contribution des caractéristiques individuelles au caractère technique. Le troisième groupe de questions était relatif aux caractéristiques individuelles des éléments de la revendication et visait à déterminer comment leurs effets combinés ou non, contribuent au caractère technique²⁸¹. Selon la saisine²⁸², une divergence résulte du fait que conformément à certaines décisions²⁸³, un effet technique doit être produit dans le monde réel sur une entité physique tandis que dans d'autres²⁸⁴, les effets techniques se limitaient aux programmes d'ordinateur concernés. En réponse, la Grande Chambre relève en premier lieu que les chambres prennent en considération toutes les caractéristiques revendiquées et que la démarche habituelle est de tenir compte au départ de toutes les caractéristiques prises ensemble, afin d'établir si l'objet revendiqué présente un caractère technique. Ce n'est qu'après avoir analysé cet aspect que la chambre peut examiner quelles caractéristiques revendiquées contribuent à ce caractère technique et devraient par conséquent entrer en ligne de compte pour l'appréciation de l'activité inventive. Elle ajoute aussi que selon un principe bien établi, des caractéristiques qui, considérées isolément, feraient partie des objets exclus de la brevetabilité sont néanmoins susceptibles de contribuer au caractère technique d'une invention revendiquée et ne sauraient par conséquent être écartées pour l'appréciation de l'activité inventive²⁸⁵. En second lieu, elle affirme que la divergence supposée entre les décisions sur le fait qu'un effet technique doit être produit sur une entité physique dans le monde réel n'existe pas en ce que les chambres ont simplement affirmé qu'un tel effet était suffisant pour échapper à l'exclusion de la brevetabilité mais elles n'ont pas déclaré qu'il était nécessaire.

70. Caractère technique de l'activité de programmation. Le quatrième groupe de questions faisait référence aux compétences de l'homme du métier et visait à préciser la portée de l'activité

²⁷⁹ Il s'agissait de la décision T 1173/97 dans laquelle la chambre souligne qu'«il va de soi qu'une revendication portant sur un tel produit "programme d'ordinateur" doit comporter toutes les caractéristiques qui garantissent la brevetabilité de la méthode qu'il doit exécuter lorsqu'il est mis en œuvre sur un ordinateur».

²⁸⁰ Était visée la décision T 38/86 (O.E.B., CRT, 14 février 1989, *IBM*) dans laquelle la revendication 1 était une revendication de méthode. La Chambre a fait référence au programme d'ordinateur en affirmant que «bien qu'un programme d'ordinateur ne soit pas expressément exposé dans la revendication 1, il ne fait aucun doute pour un homme du métier que celle-ci couvre le cas où un programme d'ordinateur est utilisé, d'autant plus que la seule réalisation divulguée dans la demande prévoit que le système de traitement de texte est commandé par une série de programmes et de données stockés dans la mémoire».

²⁸¹ La question était présentée ainsi :

«a) Une caractéristique revendiquée doit-elle produire un effet technique sur une entité physique dans le monde réel pour contribuer au caractère technique de la revendication ?

b) S'il est répondu par l'affirmative à la question a), suffit-il que cette entité physique soit un ordinateur non déterminé ?

c) S'il est répondu par la négative à la question a), des caractéristiques peuvent-elles contribuer au caractère technique de la revendication si les seuls effets auxquels elles contribuent sont indépendants de tout matériel informatique particulier qui est susceptible d'être utilisé ? ».

²⁸² O.E.B., Saisine G 3/08, *op. cit.*, p. 9.

²⁸³ Il est fait référence aux décisions T 163/85 (O.E.B., CRT, 14 mars 1989) et T 190/94 (O.E.B., CRT, 26 octobre 1995, *Mitsubishi*).

²⁸⁴ Les décisions prises en exemple sont T 125/01 (O.E.B., CRT, 11 décembre 2002, *Henze*) et T 424/03 (décision précitée).

²⁸⁵ O.E.B., 12 mai 2010, Avis de la Grande Chambre des recours, *op. cit.*, pp. 54-55.

de programmation²⁸⁶. À la base de cette question résiderait une divergence²⁸⁷, entre les décisions qui considèrent la programmation comme une activité qui fait toujours intervenir des considérations techniques²⁸⁸, et celles qui relèvent que l'activité d'un programmeur est une activité intellectuelle qui tombe sous le coup des exclusions²⁸⁹. Pour la Grande Chambre, ces positions ne sont pas contradictoires en ce que la conception d'un produit implique clairement des considérations techniques mais correspond à un processus qui peut constituer une activité intellectuelle et serait, dans cette mesure, exclue de la brevetabilité.

71. Applications de la condition du caractère technique supplémentaire. Au final, malgré l'absence des divergences alléguées, la Grande Chambre admet qu'une confusion résulte de l'hypothèse selon laquelle n'importe quelle considération technique suffit pour conférer un caractère technique à un objet revendiqué. À titre d'éclaircissements, elle indique que même si les programmes d'ordinateur produisent des effets techniques, ce n'est que lorsque ces programmes produisent au cours de leur exécution des effets techniques supplémentaires, qu'un caractère technique peut leur être conféré. De même, pour garantir que le programme a un caractère technique, il ne suffit pas que la formulation de chaque programme d'ordinateur requière fondamentalement des considérations techniques, en ce sens que le programmeur doit développer une procédure qu'une machine peut mettre en œuvre. Ce caractère technique n'est garanti que si l'écriture du programme nécessite des considérations techniques supplémentaires²⁹⁰.

L'avis de la Grande Chambre a été suivi dans une décision du 14 janvier 2011 dans laquelle l'appelant revendiquait un système de gestion de droits numériques dont la brevetabilité avait été écartée par la Division d'examen de l'OEB en 2006 sur base de l'article 52(2) (c) et (3) de la CBE²⁹¹. Il s'agissait d'une méthode pour contrôler la fourniture à l'utilisateur de contenus numériques dans le cadre d'un système de gestion des droits numériques qui comprenait un programme d'ordinateur destiné à l'émission de licences et un autre pour la gestion des demandes de contenus. Les revendications portaient sur des méthodes mises en œuvre par ordinateur et sur un support déchiffrable par ordinateur. Pour la chambre, conformément à l'avis de la Grande Chambre, les éléments revendiqués ne sont pas exclus de la brevetabilité. Lors de l'analyse des critères de nouveauté et d'activité inventive, elle a apprécié l'effet technique supplémentaire du programme d'ordinateur qui, en l'espèce, résidait dans le contrôle d'un programme d'ordinateur par un autre²⁹². De même elle a conclu que la combinaison des caractéristiques revendiquées ne peut

²⁸⁶ La quatrième question est formulée en ces termes :

« a) L'activité consistant à programmer un ordinateur implique-t-elle nécessairement des considérations d'ordre technique ?

b) S'il est répondu par l'affirmative à la question a), les caractéristiques résultant de la programmation contribuent-elles par conséquent toutes au caractère technique d'une revendication ?

c) S'il est répondu par la négative à la question a), les caractéristiques résultant de la programmation ne peuvent-elles contribuer au caractère technique d'une revendication que si elles contribuent à un effet technique supplémentaire lors de l'exécution du programme ? ».

²⁸⁷ O.E.B., Saisine G 3/08, *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁸ Il s'agit des décisions T 1177/97, (O.E.B., CRT, 9 juillet 2002, *Systran*) et T 172/03 (O.E.B., CRT, 27 novembre 2003, *Ricoh*).

²⁸⁹ Les décisions suivantes sont citées : T 833/91 (O.E.B., CRT, 16 avril 1993, *IBM*), T 204/93 (O.E.B., CRT, 29 octobre 1993, *AT&T*) et T 769/92 (O.E.B., CRT, 31 mai 1994, *SOHEI*).

²⁹⁰ O.E.B., 12 mai 2010, Avis de la Grande Chambre des recours, *op. cit.*, p. 59.

²⁹¹ O.E.B., CRT, 14 janvier 2011, T 1658/06, *Digital rights management/Microsoft*.

²⁹² *Ibid.*, point 6.1 des motifs.

être exclue sur le fondement qu'elle est évidente dans le domaine des programmes d'ordinateur. Cependant, elle s'est estimée limitée pour une appréciation approfondie de la nouveauté et l'activité inventive vu que l'analyse portant sur l'état de la technique n'avait pas été menée lors de la procédure d'examen. La demande fut donc renvoyée devant la Division d'examen.

2. *Brevetabilité des méthodes commerciales*

72. Caractère technique de la méthode commerciale. La position des chambres de recours technique sur la brevetabilité des méthodes commerciales est constante en ce que la brevetabilité de la méthode est admise du fait de la présence de moyens informatiques et l'examen est davantage focalisé sur l'appréciation de l'activité inventive. Ainsi, dans la décision T 0588/05²⁹³ qui faisait suite à un rejet de la demande par la division d'examen de l'OEB, était revendiquée une méthode destinée à identifier en temps réel une transaction optimale à offrir à un client. La méthode comprenait le fonctionnement d'un système d'ordinateur qui établissait une communication avec le client. Pour la Chambre, la méthode emploie des moyens techniques et ne constitue pas en tant que tel un plan ou un principe dans l'exercice d'activités intellectuelles²⁹⁴. Toutefois, l'appréciation de l'activité inventive a conduit au rejet de la demande au motif que les aspects techniques que la méthode intègre sont évidents.

E. Droit des marques et des signes distinctifs

Alexandre CRUQUENAIRE²⁹⁵

Amélie DE FRANQUEN²⁹⁶

1. *Droit des marques*

73. Introduction. La jurisprudence en droit des marques et internet a été marquée depuis 2010 par les arrêts de la C.J.U.E. sur l'usage des marques dans les services de référencement, tel Google AdWords. La Cour a été consultée par question préjudicielle sur différents types d'usage de la marque par différents acteurs, en sorte qu'aujourd'hui la pratique du référencement payant est de plus en plus balisée juridiquement au niveau communautaire.

a. *Conditions de fond de la protection*

74. Caractère distinctif du signe. Usage d'une marque descriptive dans un AdWord. Le président du tribunal de commerce d'Anvers a jugé dans sa décision du 24 février 2011 que le titulaire d'une marque ne peut pas s'opposer à l'usage d'un élément de sa marque dans un AdWord qui est purement descriptif et qui manque de caractère distinctif²⁹⁷. En l'occurrence, le titulaire d'une marque figurative n'a pas pu s'opposer à l'usage par un concurrent d'un élément de son logo, à savoir le terme « *schoonheidsschool* » (en français: « école de beauté ») dans une annonce de Google AdWords.

²⁹³ O.E.B., CRT, 23 septembre 2009, T 0588/05, *Computer-assisted telemarketing/West Direct*.

²⁹⁴ Elle se fonde sur la décision *Hitachi*.

²⁹⁵ Maître de conférences aux FUNDP et avocat.

²⁹⁶ Assistante aux FUNDP et avocate au barreau de Bruxelles.

²⁹⁷ Civ. Anvers, 24 février 2011, N10109588, www.darts-ip.com.

b. *Offre à la vente destinée à des consommateurs dans l'Union européenne*

75. Offre à la vente sur une place de marché en ligne. Dans l'arrêt *L'Oréal contre eBay*, la Cour de justice a jugé que lorsque des produits situés en dehors de l'Union européenne, protégés par une marque nationale d'un État membre ou d'une marque communautaire, sont vendus ou font l'objet de publicité au moyen d'une place de marché en ligne à un consommateur situé sur le territoire couvert par ladite marque, le titulaire peut s'opposer à cette vente ou à cette publicité. Il faut apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'une offre à la vente ou une publicité affichée sur une place de marché en ligne accessible sur le territoire est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci²⁹⁸.

c. *Étendue de la protection*

i. Usage dans la vie des affaires

76. Usage par le moteur de recherches. Bien que le prestataire d'un service de référencement exerce une activité commerciale et vise un avantage économique lorsqu'il stocke, pour le compte de certains de ses clients, des signes identiques à des marques en tant que mots-clés et organise l'affichage d'annonces à partir de ceux-ci, la Cour a décidé qu'il permet à ses clients de faire usage de signes identiques ou similaires à des marques, sans faire lui-même un usage des signes. En conclusion, le prestataire du service de référencement ne fait pas un usage « dans la vie des affaires » au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 89/104²⁹⁹.

77. Usage par l'annonceur. Le signe sélectionné par l'annonceur en tant que mot-clé dans le cadre d'un service de référencement est le moyen utilisé par lui pour déclencher l'affichage de son annonce et fait donc l'objet d'un usage « dans la vie des affaires »^{300 301}.

ii. Usage pour des produits et services

78. Usage par l'annonceur. L'usage d'un signe identique à une marque d'autrui dans le cadre d'un service de référencement tel que « AdWords » est un usage pour des produits ou des services de l'annonceur, même lorsque le signe sélectionné en tant que mot-clé n'apparaît pas dans l'annonce même³⁰². Il y a également un tel usage lorsque la marque est utilisée dans une annonce

²⁹⁸ C.J.U.E., 12 juillet 2011, aff. *L'Oréal contre eBay*, C-324/09, pt 67, note S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire: le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », *R.D.T.I.*, 45/2011, p. 170.

²⁹⁹ C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. *Google*, C-236/08 à 238/08, pts 53 à 58, note A. CRUQUENAIRE, « *Google AdWords*: la Cour de justice a-t-elle rendu un arrêt de principe ? », *R.D.T.I.*, 40/2010, p. 141.

³⁰⁰ Directive 89/104 du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (*J.O.* 1989, L 40, p. 1), abrogée par la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques (*J.O.* L 299, p. 25), entrée en vigueur le 28 novembre 2008. Les litiges recensés dans cette partie de la chronique sont régis par la directive 89/104, compte tenu de la date des faits. Les interprétations de la directive 89/104 sont transposables à la directive 2008/95, car les dispositions pertinentes n'ont subi aucune modification substantielle, quant à leur libellé, leur contexte ou leur objectif.

³⁰¹ *Google*, pts 51 et 52; C.J.U.E., 25 mars 2010, aff. C-278/08, *BergSpechte*, pt 18; C.J.U.E., 26 mars 2010, aff. *Eis.de*, C-91/09, point 17; C.J.U.E., 8 juillet 2010, aff. C-558/08, *Portakabin*, pt 27; C.J.U.E., 22 septembre 2011, aff. C-323/09, *Interflora*, pt 30; *L'Oréal contre eBay*, pt 87.

³⁰² *Google*, pts 65 à 73; *BergSpechte*, pt 19; *Eis.de*, pt 18; *Portakabin*, pt 28; *Interflora*, pt 31.

pour des produits usagés de la marque ou pour des produits d'autres fabricants concurrents³⁰³ ou qu'il s'agit de produits d'une autre personne pour le compte de laquelle l'annonceur agit³⁰⁴.

L'apparition d'une publicité (sous forme de lien promotionnel) lorsque l'on fait une recherche sur un mot ou sur une marque particulière ne prouve pas que ce mot ou cette marque ait été réservé comme mot-clé. Par exemple, si un internaute effectue une recherche sur la base des mots «télévision numérique VOO», l'annonce d'une concurrente ADSL-Telecoms apparaît bien que cette dernière n'ait pas réservé la marque VOO comme mot-clé. Puisque ADSL-Telecoms a réservé le terme «télévision numérique» et que les thèmes sont proches, le service de référencement décidera de faire apparaître son lien promotionnel. Dans ses deux décisions du 3 février 2011, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a décidé en conséquence qu'il incombait au titulaire de la marque qui agit en contrefaçon de prouver que le tiers a réservé sa marque comme mot-clé³⁰⁵.

79. Usage par l'exploitant d'une place de marché en ligne. Dans l'affaire *L'Oréal contre eBay*, L'Oréal reprochait à eBay d'avoir sélectionné dans Google AdWords des mots-clés correspondant à ses marques. Les annonces qui apparaissaient constituaient une publicité non seulement pour certaines offres des vendeurs, mais aussi pour la place de marché en tant que telle.

Pour la Cour, dans la mesure où eBay a utilisé des mots-clés correspondant à des marques pour promouvoir son propre service, cet usage n'a pas été fait pour des produits ou des services identiques ou similaires. Cet usage par eBay pourrait par contre être examiné sur le fondement de l'article 5, paragraphe 2 de la directive en faveur des marques renommées, qui offre une protection plus large.

Ensuite, puisque eBay a utilisé des mots-clés correspondant à des marques de L'Oréal pour promouvoir des offres de produits de ses clients vendeurs, elle a fait un usage pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ces marques sont enregistrées. La Cour rappelle que l'expression «pour des produits ou des services» ne porte pas exclusivement sur les produits ou les services du tiers qui fait l'usage des signes correspondant aux marques, mais peut aussi porter sur les produits ou les services d'autres personnes³⁰⁶.

Par contre, en ce qui concerne les marques qui apparaissent dans des offres à la vente affichées sur le site-même d'eBay, eBay n'est pas considéré comme faisant un «usage pour des produits ou des services», l'usage est fait par les clients vendeurs et non par l'exploitant³⁰⁷.

iii. Usage susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque

80. Atteinte aux fonctions de la marque. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, le droit exclusif prévu à l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/104 (cas de «double identité») a été octroyé afin de permettre au titulaire de la marque de protéger ses intérêts spécifiques

³⁰³ *Google*, pts 70 à 73; *Portakabin*, pt 28.

³⁰⁴ *Google*, pt 60.

³⁰⁵ Prés. Comm. Bruxelles, 3 février 2011, A.C.6000/2010, *Tecteo contre ADSL-Telecoms*, www.darts-ip.com et Prés. Comm. Bruxelles, 3 février 2011, A.C. 5999/2010, *Be TV contre ADSL-Telecoms*, www.darts-ip.com.

³⁰⁶ *L'Oréal contre eBay*, pts 85 à 91.

³⁰⁷ *L'Oréal contre eBay*, pts 98 à 105.

en tant que titulaire, c'est-à-dire d'assurer que la marque puisse remplir ses fonctions propres. Dès lors, l'exercice de ce droit doit être réservé aux cas dans lesquels l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque³⁰⁸. Il résulte de cette jurisprudence que le titulaire de la marque ne saurait s'opposer à l'usage d'un signe identique à la marque si cet usage n'est susceptible de porter atteinte à aucune des fonctions de celle-ci³⁰⁹. Outre la fonction essentielle d'identification d'origine, les fonctions de la marque sont notamment celle consistant à garantir la qualité de ce produit ou de ce service, ou celles de communication, d'investissement ou de publicité³¹⁰. S'agissant de l'usage de signes identiques à des marques dans des AdWords, la Cour a jugé que les fonctions pertinentes à examiner sont celles d'indication d'origine, de publicité³¹¹ et d'investissement³¹².

La question de savoir s'il y a atteinte à la fonction d'indication d'origine lorsqu'est montrée aux internautes, à partir d'un mot-clé identique à une marque, une annonce d'un tiers, dépend en particulier de la façon dont cette annonce est présentée. Il y a atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque lorsque l'annonce ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celle-ci ou, au contraire, d'un tiers³¹³.

Lorsque l'annonce suggère l'existence d'un lien économique entre l'annonceur et le titulaire de la marque, il y a également lieu de conclure qu'il y a atteinte à la fonction d'indication d'origine. De même, lorsque l'annonce, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui est joint à celui-ci, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci, il convient de conclure qu'il y a atteinte à ladite fonction de la marque³¹⁴.

En ce qui concerne la fonction de publicité, l'usage d'un signe identique à une marque d'autrui dans le cadre d'un service de référencement tel qu'AdWords n'est pas selon la Cour susceptible de porter atteinte à cette fonction de la marque³¹⁵.

³⁰⁸ Voy. notamment, C.J.U.E., 12 novembre 2002, aff. C-206/01, *Arsenal Football Club*, pt 51; C.J.U.E., 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal contre Bellure*, pt 58; *Google*, pt 75; *BergSpechte*, pt 29; *Portakabin*, pt 29; *Interflora*, pt 34.

³⁰⁹ *L'Oréal contre Bellure*, pt 60; *Google*, pt 76; *BergSpechte*, pt 30; *Eis.de*, pt 20; *Portakabin*, pt 29. En droit belge: Prés. Comm. Bruxelles, 3 février 2011, A.C. 6000/2010, *Tecteo contre ADSL-Telecoms*, www.darts-ip.com et Prés. Comm. Bruxelles, 3 février 2011, A.C. 5999/2010, *Be TV contre ADSL-Telecoms*, www.darts-ip.com.

³¹⁰ *Google*, pt 77.

³¹¹ *Google*, pt 81; *BergSpechte*, pt 32; *Portakabin*, pt 31; *Interflora*, pt 42.

³¹² *Interflora*, pt 60.

³¹³ *Google*, pts 83 et 84; *BergSpechte*, pt 35; *Eis.de*, pt 24; *Portakabin*, pt 34; *Interflora*, pt 44; *L'Oréal contre eBay*, pt 94; Prés. Comm. Bruxelles, 3 février 2011, A.C. 6000/2010, *Tecteo contre ADSL-Telecoms*, www.darts-ip.com et Prés. Comm. Bruxelles, 3 février 2011, A.C. 5999/2010, *Be TV contre ADSL-Telecoms*, www.darts-ip.com.

³¹⁴ *Google*, pts 89 et 90; *BergSpechte*, pt 36; *Eis.de*, pts 26 et 27; *Portakabin*, pt 35; *Interflora*, pt 45; Prés. Comm. Bruxelles, 3 février 2011, A.C. 6000/2010, *Tecteo contre ADSL-Telecoms*, www.darts-ip.com et Prés. Comm. Bruxelles, 3 février 2011, A.C. 5999/2010, *Be TV contre ADSL-Telecoms*, www.darts-ip.com.

³¹⁵ *Google*, pt 98; *BergSpechte*, pt 33; *Eis.de*, pt 22; *Portakabin*, pt 32; *Interflora*, pt 54.

Enfin, la Cour a décidé que l'usage porte atteinte à la fonction d'investissement de la marque s'il gêne de manière substantielle l'emploi, par le titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs³¹⁶.

iv. Usage pour des signes similaires et produits et services identiques ou similaires

81. Article 5, paragraphe 1, sous b) de la directive 89/104. Dans l'hypothèse où un annonceur fait usage d'un signe identique ou similaire à une marque pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels cette marque est enregistrée³¹⁷, le titulaire de la marque ne peut s'opposer à l'usage dudit signe que lorsqu'il existe un risque de confusion³¹⁸.

Il existe un risque de confusion lorsqu'est montrée aux internautes, à partir d'un mot-clé similaire à une marque, une annonce d'un tiers qui ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers. Les précisions au point iii *supra* sont applicables par analogie³¹⁹.

v. Usage à d'autres fins que pour distinguer des produits et services

82. Application de l'article 5, paragraphe 5 de la directive 89/104? À l'occasion de l'arrêt *Portakabin*, la Cour a confirmé que l'usage d'une marque par un annonceur en tant que mot-clé constitue bien un usage pour distinguer des produits et services. C'est donc l'article 5, paragraphe 1 de la directive 89/104 qu'il faut appliquer (*cf. supra*) et non l'article 5, paragraphe 5 de la directive sur la protection contre l'usage qui est fait d'un signe à des fins autres que celle de distinguer les produits ou services³²⁰.

vi. Usage d'une marque renommée

83. Dilution. À propos de l'usage d'une marque renommée en tant que mot-clé dans un AdWord, la Cour de justice a décidé qu'une publicité à partir d'un tel mot-clé porte préjudice au caractère distinctif de la marque renommée (cas de dilution), notamment, si elle contribue à une dénaturation de cette marque en terme générique. Mais si lorsque l'usage du signe conduit à l'affichage d'une publicité qui permet à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de comprendre que les produits ou les services offerts proviennent non pas du titulaire de la marque renommée mais, au contraire, d'un concurrent de celui-ci, il conviendra de conclure que la capacité distinctive de cette marque n'a pas été réduite. L'usage aura simplement servi à attirer l'attention de l'internaute sur l'existence d'un produit ou d'un service alternatif par rapport à celui du titulaire de la marque³²¹.

³¹⁶ *Interflora*, pt 60.

³¹⁷ Article 5, paragraphe 1, sous b), de la directive.

³¹⁸ *Google*, pt 78; *BergSpechte*, pt 22; *Portakabin*, pt 50.

³¹⁹ *BergSpechte*, pt 39; *Portakabin*, pts 52 et 53.

³²⁰ *Portakabin*, pt 55. Cette question était propre aux marques Benelux (art. 2.20.1.d de la CBPI). Concernant l'usage par Google par contre, la question reste ouverte à la discussion. Voy. à ce sujet: note A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, sous C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. C-236/08 à 238/08, *Google*.

³²¹ *Interflora*, pts 76 à 83.

84. Parasitisme. Concernant les cas de parasitisme, la Cour a jugé qu'il ne saurait être contesté que, lorsque le concurrent enregistre une marque en tant que mot-clé, cet usage a pour objet de tirer un avantage du caractère distinctif et de la renommée de la marque. En outre, le concurrent tire un réel avantage du caractère distinctif et de la renommée de cette marque. Cependant, lorsque l'annonce affichée sur Internet à partir d'une marque renommée propose, sans offrir une simple imitation des produits ou des services du titulaire de cette marque, sans causer une dilution ou un ternissement et sans au demeurant porter atteinte aux fonctions de ladite marque, une alternative par rapport aux produits ou aux services du titulaire de la marque renommée, alors cet usage relève, en principe, d'une concurrence saine et loyale dans le secteur des produits ou des services en cause et a donc lieu pour un « juste motif »³²².

Google permet aux annonceurs proposant aux internautes des imitations des produits de marques renommées (comme par exemple la marque Vuitton), de sélectionner des mots-clés correspondant aux marques renommées, associés à des mots-clés tels que « imitation » et « copie ». S'agissant de l'internaute qui offre à la vente des imitations de la marque Vuitton, la Cour a décidé que lorsqu'il tente par l'usage d'un signe identique ou similaire à une marque renommée de se placer dans le sillage de celle-ci afin de bénéficier de son pouvoir d'attraction, de sa réputation et de son prestige, ainsi que d'exploiter, sans aucune compensation financière et sans devoir déployer des efforts propres à cet égard, l'effort commercial déployé par le titulaire de la marque pour créer et entretenir l'image de cette marque, le profit résultant dudit usage doit être considéré comme indûment tiré du caractère distinctif ou de la renommée de ladite marque³²³.

Par contre, le prestataire de référencement qui stocke les noms des marques renommées, associés à des termes tels que « imitation » et « copie », et permet l'affichage d'annonces à partir de ces mots-clés, n'effectue pas un usage indûment tiré du caractère distinctif ou de la renommée de la marque³²⁴.

vii. Applications dans la jurisprudence Benelux

85. Exemples de cas où il est porté atteinte à la marque. La société Selfmatic avait enregistré en guise d'AdWord la marque « Brainbox » d'un concurrent. Lorsque l'internaute effectuait une recherche sur la base de ce mot, les annonces suivantes étaient susceptibles de s'afficher :

<p>Brainbox www.bol.com/Brainbox Alle CD's van Brainbox bestel je voordelig bij bol.com!³²⁴</p>	<p>Brainbox www.selfmatic.be Epargnez sur la main d'œuvre, faites le vous-mêmes et épargnez.</p>
--	--

Le 12 janvier 2011, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a décidé que ces annonces portaient atteinte à la fonction d'identification d'origine de la marque « Brainbox »³²⁶. En effet, selon lui, il n'est pas contestable que l'internaute qui, après avoir tapé le terme « Brainbox » dans

³²² *Interflora*, pts 84 à 95.

³²³ *L'Oréal contre Bellure*, C-487/07, pt 49.

³²⁴ *Google*, aff. C-236/08 à 238/08, pts 100 à 105.

³²⁵ Traduction libre du néerlandais : « Tous les CD de Brainbox, Acheter pas cher chez bol.com! ».

³²⁶ Prés. Comm. Bruxelles, 12 janvier 2011, *Fondu & Brainbox contre Selfmatic & Sofiren*, I.R.D.I., 1/2011, p. 26.

le moteur de recherche, découvre l'annonce aura l'impression qu'il tombera directement sur le site internet de Brainbox et pourra acheter des produits de bricolage provenant du titulaire de la marque. Il y a donc un risque de confusion quant à l'origine des produits et services offerts par Brainbox et Selfmatic (article 2.20.1.a de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle du 25 janvier 2005, ci-après « C.B.P.I. »).

Le tribunal reconnaît ici également que les agissements de Selfmatic portent atteinte à la marque Brainbox conformément à l'article 2.20.1.d de la C.B.P.I. (« usage d'un signe à des fins autres que celles de distinguer les produits ou services », voy. à ce sujet ce qu'a dit la Cour dans l'arrêt *Portakabin, supra*, point v). Selon le tribunal, Selfmatic ne dispose pas de juste motif pour expliquer pourquoi elle tire indûment profit du caractère distinctif et de la renommée de Brainbox et peut lui porter préjudice. Le tribunal rejette l'argument de Selfmatic qui soutenait que la renommée de la marque Brainbox était renforcée par l'existence de liens sponsorisés.

Dans une affaire du 24 février 2009, soit avant la sortie des premiers arrêts de la C.J.U.E. de mars 2010, la cour d'appel de Bruxelles a décidé que la réservation d'une marque par un concurrent dans le service Google AdWords et en tant que métatag portait atteinte à cette marque. En effet, l'usage de la marque Kardex (pour des systèmes logistiques automatisés de stockage et de manutention) par son concurrent Vanas donnait l'impression à l'internaute qu'il y avait un lien commercial entre Vanas et Kardex, parce que l'internaute était renvoyé au site de Vanas alors que Vanas ne vendait pas de produits Kardex³²⁷. La cour a également décidé que Vanas tirait un avantage injustifié de la renommée de la marque Kardex. Vanas n'a pas réussi à persuader le juge de la dégénérescence de la marque Kardex en nom usuel, ni de ce que l'usage de la marque dans l'AdWord était fait à des fins d'indication relatives aux caractéristiques du produit en cause³²⁸.

86. Exemples de cas où il n'est pas porté atteinte à la marque. En février 2011, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a décidé que l'usage des marques VOO et Be TV dans les annonces suivantes ne portait pas atteinte à leur fonction d'identification d'origine :

VOO ou Belgacom TV gratuit Belgacom TV – activations gratuite Promo web pour les clients Belgacom www.adsl-telecoms.be/tvgratuite	Be TV ou Belgacom TV Gratos Belgacom TV + connection kit offert Promotion WEB pour les clients Belgacom www.adsl-telecoms.be/tvgratuite
---	---

En effet, selon le tribunal, le grand public est parfaitement au courant de la concurrence sans pitié que se font d'une part le titulaire des marques VOO et Be TV (soit Tecteo) et l'annonceur (soit ADSL-Telecoms, agent indépendant agréé par Belgacom) dans l'acquisition de parts de

³²⁷ L'arrêt ne donne pas le texte de l'annonce publicitaire. On comprend seulement que Vanas avait enregistré la marque Kardex comme mot-clé et qu'elle faisait à cette occasion de la publicité pour ses activités et renvoyait à son site internet.

³²⁸ Exemples de décisions aux Pays-Bas où il a également été jugé que l'annonce portait atteinte au droit de marque : Civ. prés. Breda, 3 mars 2011, 229739 / KG ZA 11-20, *Melan contre Teal LC Concept et Cotton Ball Lights*; Civ. prés. Amsterdam, 26 février 2009, KG 09-126, *Wijs & Van Oostveen contre Veleke* (sur la base de l'article 2.20.1.d de la C.B.P.I.); Civ. 's-Gravenhage, 20 décembre 2010, 380445 / KG ZA 10-1425, *Tempur contre The Energy +*; Amsterdam, 28 décembre 2010, 200.068.084/01 KG, *Travel Card, Multi Tank Card* (sur la base de l'article 2.20.1.b de la C.B.P.I.); Civ. prés. Leeuwarden, 24 août 2011, KG 11-202, *De Scheidingsplanner contre Scheidingskantoor*, www.iept.nl.

marché dans l'offre du service Triple Play (service de télévision payante, internet et téléphonie). Cette bataille est connue compte tenu de l'importante couverture médiatique qui lui est donnée. Dès lors, confronté à la publicité litigieuse, le public comprendra immédiatement que l'annonce provient de Belgacom ou d'un de ses agents et a trait aux services proposés par Belgacom. Il n'est donc pas porté atteinte à la fonction d'identification d'origine des marques de Tecteo.

Dans une autre affaire, antérieure à la jurisprudence AdWords de la Cour de justice, la cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée sur l'usage des marques Polo Sport et Ralph Lauren par la société eBay dans Google AdWords³²⁹. Lorsqu'un internaute tapait ces mots dans le moteur de recherche Google, les liens suivants apparaissaient :

Polo-sport Un choix immense de grandes marques On trouve tout sur eBay.be! www.eBay.be	Ralph Lauren Toutes les grandes marques! Disponibles à petits prix www.eBay.be
---	---

La société Ralph Lauren basait son action sur l'article 2.20.1.d de la C.B.P.I. et pas sur les articles 2.20.1.a, b ou c. Selon la cour, l'usage par eBay des marques litigieuses a pour fonction essentielle d'identifier des produits qui sont mis en vente sur son site et de les distinguer des autres produits vendus sur ce site. En conséquence, la cour a décidé qu'en ce qu'elle s'appuie sur l'article 2.20.1.d de la C.B.P.I. la demande de Ralph Lauren n'est pas fondée, puisqu'eBay n'a pas fait usage de la marque à des fins autres que celle de distinguer les produits et les services.

La cour va analyser la question de savoir si l'usage par eBay portait atteinte ou était susceptible de porter atteinte à la fonction essentielle de la marque. Selon elle, les expressions utilisées dans les annonces reproduites ci-dessus ne peuvent être comprises par le public concerné que comme indiquant que des produits Polo Sport et Ralph Lauren sont offerts en vente sur le site d'eBay. Le seul fait que le consommateur est averti de ce que de tels produits sont susceptibles d'être acquis sur eBay n'implique pas qu'il croit qu'eBay est le vendeur, d'autant plus que le public concerné, qui est habitué à ce genre de transactions, sait qu'eBay n'est qu'un intermédiaire et que la vente se conclut directement entre l'offrant et l'acheteur. La cour décide qu'en aucun cas le consommateur ne peut croire que l'usage des signes a pour objet de distinguer l'entreprise eBay elle-même d'une autre entreprise³³⁰.

d. Limitation des effets de la marque

87. Article 6 de la directive 89/104. La Cour de justice a été saisie de la question de savoir si un annonceur peut se prévaloir de l'exception énoncée à l'article 6 de la directive 89/104, soit notamment les exceptions en faveur d'indications relatives à la qualité d'un produit ou nécessaires pour indiquer sa destination. La Cour a répondu que l'annonceur ne saurait, en règle générale,

³²⁹ Bruxelles, 11 février 2009, *R.D.T.I.*, 37/2009, pp. 127 et s., note A. DE FRANQUEN, « La nature de l'usage d'une marque en tant qu'AdWord ».

³³⁰ Autre exemple où le lien commercial ne porte pas atteinte à la marque sur la base de l'article 2.20.1.d : Gand, 30 mars 2009, 2007/AR/1558, *Upper at Home contre Verreth*, www.darts-ip.com. Décision aux Pays-Bas où il a été jugé que l'annonce ne portait pas atteinte au droit de marque : 's Gravenhage, 22 novembre 2011, 200.083.709/01, *Tempur contre Medicomfort*.

se prévaloir de ces exceptions. En effet, en principe, l'annonceur ne saurait prétendre qu'il agit conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale et ne saurait donc utilement invoquer les exceptions énoncées à l'article 6. Cette affirmation n'est cependant pas absolue et il faut vérifier s'il existe des éléments qui justifieraient une conclusion inverse³³¹.

e. Epuisement du droit conféré par la marque

88. Article 7 de la directive 89/104. Dans l'arrêt *Portakabin*, la Cour est interrogée sur la question des biens d'occasion offerts à la vente dans des AdWords. Elle va répondre que le titulaire d'une marque n'est pas habilité à interdire à un annonceur de faire de la publicité pour la revente de produits fabriqués par ce titulaire et mis dans le commerce dans l'EEE par celui-ci ou avec son consentement. Le titulaire de la marque pourrait toutefois s'y opposer si un motif légitime le justifie. Constituerait un motif légitime un usage du signe laissant penser qu'il existe un lien économique entre le revendeur et le titulaire de la marque ou un usage portant une atteinte sérieuse à la renommée de la marque³³². La Cour fournit quelques indications pour se prononcer à ce sujet, eu égard aux spécificités de la vente de produits d'occasion³³³.

f. Respect des droits intellectuels

89. Mesures à l'encontre de l'exploitant d'une place de marché en ligne. Dans l'arrêt *L'Oréal contre eBay*, il a été posé la question de savoir si l'article 11 de la directive 2004/48³³⁴ exige des États membres qu'ils donnent aux titulaires de droits de propriété intellectuelle la possibilité de faire adresser à l'exploitant d'un site Internet, tel que l'exploitant d'une place de marché en ligne par laquelle il a été porté atteinte à leurs droits, des injonctions judiciaires ordonnant à cet exploitant de prendre des mesures pour prévenir de futures atteintes auxdits droits, et, en cas de réponse affirmative, quelles pourraient être ces mesures. La Cour de justice a décidé que l'article 11 doit être interprété en ce sens qu'il exige des États membres d'assurer que les juridictions nationales compétentes en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle puissent enjoindre à l'exploitant d'une place de marché en ligne de prendre des mesures qui contribuent, non seulement à mettre fin aux atteintes portées à ces droits par des utilisateurs de cette place de marché, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes de cette nature. Ces injonctions doivent être effectives, proportionnées, dissuasives et ne doivent pas créer d'obstacles au commerce légitime³³⁵.

2. Noms de domaine

90. Introduction. Comme nous l'indiquions dans la précédente chronique, le contentieux des marques s'est progressivement focalisé sur le référencement et les différents outils permettant d'améliorer celui-ci.

³³¹ *Portakabin*, pts 68 à 71.

³³² *Portakabin*, pt 92.

³³³ *Portakabin*, pt 93.

³³⁴ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle (J.O. L 157, p. 45).

³³⁵ *L'Oréal contre eBay*, pts 125 à 144.

Si l'attention n'est plus (autant) centrée sur les noms de domaine, il convient d'observer qu'en termes de volume et en dépit de plusieurs dispositifs légaux ou extrajudiciaires permettant de sanctionner l'enregistrement abusif de noms de domaine, le phénomène ne paraît pas reculer d'une manière significative.

Plusieurs décisions ont opportunément rappelé que l'usage d'un nom de domaine identique ou similaire à une marque n'est pas un usage en tant que marque, mais constitue plutôt un usage du signe «à des fins autres que distinguer des produits ou services»³³⁶.

Concernant le risque de confusion au sens des dispositions du droit des marques, il convient, selon la cour d'appel de Gand, d'adopter une appréciation différente pour les usages sur internet, car le consommateur a une attention différente lorsqu'il effectue des recherches sur internet (par rapport aux autres médias)³³⁷.

Dans le contexte d'une collaboration tournant au vinaigre, le président du tribunal de commerce de Gand a jugé que les cotitulaires d'un nom de domaine créé dans le cadre de cette collaboration perdaient tous deux, du fait de la rupture de leur collaboration, leur droit d'utiliser le signe commun en vue de distinguer leurs activités propres³³⁸.

La cour d'appel de Bruxelles a jugé que l'usage du nom de domaine «lacoste.be» par une asbl visant à promouvoir les activités et valeurs d'une famille Lacoste ne portait pas atteinte à la marque «Lacoste» détenue par la société anonyme de droit français La Chemise Lacoste. La cour a notamment considéré qu'il y avait un juste motif au sens de l'article 2.20.1.d de la C.B.P.I., compte tenu de la nécessité d'utiliser la marque litigieuse vu son identité avec le patronyme de la famille dont l'asbl assure la promotion³³⁹.

La période sous revue comporte en outre quelques décisions intéressantes précisant l'interprétation et les conditions de mise en œuvre de ces dispositifs légaux particuliers³⁴⁰.

91. Champ d'application de la loi du 26 juin 2003. La loi relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine s'applique non seulement aux enregistrements de noms de domaine «.be» mais également aux enregistrements de tous autres noms de domaine pour autant que leur titulaire soit domicilié sur le territoire belge³⁴¹.

Si les procédures extrajudiciaires (CEPANI, UDRP...) permettent généralement de sanctionner l'usage abusif d'un nom de domaine, la jurisprudence rappelle que la loi du 26 juin 2003 ne vise

³³⁶ Prés. Comm. Gand, 18 juin 2010, *Ing.-Cons.*, 2010, p. 790; Prés. Comm. Liège, 10 mars 2009, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 735. Ces décisions ont logiquement fait application de l'article 2.20.1, d), de la C.B.P.I. Voy. cependant Anvers, 25 janvier 2010, *I.R.D.I.*, 2010, p. 326 (soulignant que lorsque les produits offerts sur le site web le sont sous le même signe que le nom de domaine, on peut considérer que l'utilisation du nom de domaine constitue un usage en tant que marque).

³³⁷ Gand, 29 juin 2009, *I.R.D.I.*, 2010, p. 72 (note critique de T. VAN DE GEUCHTE).

³³⁸ Prés. Comm. Gand, 21 octobre 2009, R.G. n° A/09/02791, inédit, disponible sur <http://www.darts-ip.com>.

³³⁹ Bruxelles, 20 octobre 2011, R.G. n° 2007/AR/2611, inédit, disponible sur <http://www.darts-ip.com>.

³⁴⁰ Nous ne pourrions aborder ici l'abondante jurisprudence extrajudiciaire (procédures CEPANI et UDRP, en particulier).

³⁴¹ Conformément à l'article 4 de la loi. Voy. not. en ce sens: Bruxelles, 9 juin 2010, *Ing.-Cons.*, 2010, p. 283; Bruxelles, 4 mars 2010, *Ing.-Cons.*, 2010, p. 95.

que l'enregistrement abusif, de sorte que c'est au moment de l'enregistrement qu'il convient d'apprécier la réunion des conditions légales³⁴².

92. Droit propre sur le signe enregistré comme nom de domaine. La loi du 26 juin 2003 exige de démontrer la titularité de droits propres sur le signe enregistré comme nom de domaine, ce qui est exclu lorsque le signe concerné ne revêt pas de caractère distinctif³⁴³.

Ainsi, il a été rappelé que la protection sur le nom commercial requiert que les activités exercées par les deux parties soient similaires et que les zones géographiques couvertes soient (au moins en partie) identiques³⁴⁴.

93. Mauvaise foi lors de l'enregistrement du nom de domaine. La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé, concernant l'appréciation de la mauvaise foi dans le cadre d'un enregistrement de nom de domaine «.eu», le caractère non exhaustif des circonstances énumérées à l'article 21, § 3, du règlement 874/2004. Il convient donc de prendre en compte toute circonstance propre au cas d'espèce³⁴⁵.

Ainsi, il a été jugé que l'usage du nom commercial d'un concurrent dans les métatags d'un site web et dans le nom de domaine de celui-ci démontre un usage de mauvaise foi au sens de la loi du 26 juin 2003 sur l'enregistrement abusif des noms de domaine³⁴⁶.

De même, le renvoi automatique vers un autre site du titulaire du nom de domaine démontre la volonté de détourner le trafic, ce qui est constitutif de mauvaise foi³⁴⁷.

94. Mesures sollicitées. La loi relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine permet de postuler le transfert du nom de domaine litigieux.

Le champ d'application de cette loi étant limité, l'action en cessation classique demeure pour partie applicable. À cet égard, on épinglera un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles relatif à un nom de domaine «.eu» enregistré par un résident portugais défaillant. Dans une approche très pragmatique, la cour a ordonné le transfert et a autorisé le plaignant, à défaut d'exécution de l'arrêt par le titulaire dans un délai de cinq jours à dater de sa signification, à faire transférer le nom de domaine litigieux à son bénéficiaire³⁴⁸. Cet arrêt renvoie à la question discutée des mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge des cessations³⁴⁹.

95. La responsabilité du gestionnaire de domaine. Dans un arrêt du 20 octobre 2011, la cour d'appel de Bruxelles a condamné DNS BE pour abus de droit dans l'exercice de sa liberté de

³⁴² Bruxelles, 9 juin 2010, *Ing.-Cons.*, 2010, p. 283; Anvers, 25 janvier 2010, *I.R.D.I.*, 2010, p. 326; Prés. Comm. Bruxelles, 18 février 2009, R.G. n° A/08/04902, inédit, disponible sur <http://www.darts-ip.com>.

³⁴³ Bruxelles, 9 juin 2010, *Ing.-Cons.*, 2010, p. 283.

³⁴⁴ Pour deux exemples écartant le risque de confusion en raison de la nature différente des activités exercées, voy.: Bruxelles, 4 mars 2010, *Ing.-Cons.*, 2010, p. 95; Prés. Comm. Louvain, 27 octobre 2009, R.G. n° A/09/627, inédit, disponible sur <http://www.darts-ip.com>.

³⁴⁵ C.J.U.E., 3 juin 2010, C-569/08, *J.D.E.*, 2010, p. 251. La Cour de cassation a par ailleurs précisé, à propos de l'exigence d'absence d'intérêt légitime, que si la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur qu'un fait positif, on ne peut en dispenser la partie demanderesse (Cass., 26 novembre 2010, R.G. n° C.09.0584.N, inédit, disponible sur le site web de la cour).

³⁴⁶ Prés. Comm. Louvain, 27 octobre 2009, R.G. n° A/09/627, inédit, disponible sur <http://www.darts-ip.com>.

³⁴⁷ Gand, 12 octobre 2009, R.G. n° 2007/AR/2867, inédit, disponible sur <http://www.darts-ip.com>.

³⁴⁸ Bruxelles, 6 mai 2009, R.G. n° 2008/AR/2471, inédit, disponible sur <http://www.darts-ip.com>.

³⁴⁹ En sens contraire, voy. Anvers, 25 janvier 2010, *I.R.D.I.*, 2010, p. 326.

contracter³⁵⁰. En l'espèce, DNS BE n'avait pas respecté son règlement d'enregistrement en accordant un nom de domaine à une asbl qui n'était pas encore juridiquement constituée (alors que les règles en vigueur à cette époque ne le permettaient pas) et en refusant par conséquent le même nom de domaine à un demandeur ultérieur qui était lui dans les conditions prescrites par les règles de DNS BE. Bien que la cour considère la faute de DNS BE comme établie, elle condamne seulement cette dernière à réparer le dommage moral du demandeur évincé, ce qui est pour le moins symbolique et ne permet pas de récupérer le nom de domaine convoité.

3. Noms commerciaux et métatags

96. Usage d'un nom commercial dans un métatag. Aucune décision majeure n'est à relever au cours de la période sous revue.

Tout au plus, observera-t-on la confirmation que l'usage du nom commercial d'un concurrent dans les métatags d'un site web constitue un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale³⁵¹. Cette jurisprudence devrait cependant être relue à la lumière des récents arrêts de la Cour de justice en matière de responsabilité des annonceurs pour atteinte au droit des marques. Le raisonnement de la Cour à cet égard nous paraît en effet transposable à la protection des noms commerciaux.

III. LIBERTÉS ET SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

Coordination par Jean-Marc VAN GYSEGHEM³⁵²

A. Vie privée et protection des données à caractère personnel

1. Juridictions judiciaires³⁵³ (Sandrine HALLEMANS et Maité VAN WINCKEL)³⁵⁴ **et constitutionnelle** (Jean-Marc VAN GYSEGHEM)

97. Introduction. Il n'y a pas lieu de s'attarder dans cette chronique sur l'ensemble des décisions belges concernant les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. On ne relèvera que les décisions relatives à des situations faisant intervenir d'une façon ou d'une autre les technologies de l'information et de la communication. Concernant l'article 8 C.E.D.H., il est à remarquer que le droit fondamental consacré par cet article est régulièrement appliqué par les tribunaux de manière horizontale, c'est-à-dire qu'il doit être respecté aussi bien par les pouvoirs publics que par les particuliers vis-à-vis d'autres particuliers³⁵⁵.

98. L'article 22 au regard des normes internationales. Dans son arrêt du 18 mars 2010, la Cour constitutionnelle a considéré que: « (...) La Cour peut examiner si le législateur a respecté les obligations internationales qui découlent des dispositions invoquées de la directive précitée

³⁵⁰ Bruxelles, 20 octobre 2011, R.G. n° 2007/AR/2611, inédit, disponible sur <http://www.darts-ip.com>.

³⁵¹ Comm. Namur, 3 mars 2010, *R.D.T.I.*, 2010, p. 151.

³⁵² Directeur de l'Unité de recherche « Libertés et société de l'information » du CRIDS (www.crids.eu) et avocat au barreau de Bruxelles (www.rawlingsgiles.be).

³⁵³ Les auteures remercient la professeure de Terwangne pour la relecture attentive qu'elle a effectuée.

³⁵⁴ Chercheuses au CRIDS (www.crids.eu).

³⁵⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^e éd., Paris, PUF, 2006, n° 141.