

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droits intellectuels

Delforge, Antoine; Gillard, Noémie; Knockaert, Manon; Lognoul, Michaël; Michaux, Benoît; Michel, Alejandra; Tombal, Thomas; Rosic, Zorana

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Delforge, A, Gillard, N, Knockaert, M, Lognoul, M, Michaux, B, Michel, A, Tombal, T & Rosic, Z 2017, 'Droits intellectuels', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 68-69, pp. 60-93.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

la réclame contestée entretient un lien plus étroit avec la Belgique qu'avec les autres États dans lesquels un préjudice pourrait survenir. La cour d'appel d'Anvers décide donc de faire application du droit belge²¹¹.

II. DROITS INTELLECTUELS

Antoine DELFORGE²¹², Noémie GILLARD²¹³, Manon KNOCKAERT²¹⁴, Michael LOGNOUL²¹⁵,
Benoît MICHAX²¹⁶, Alejandra MICHEL²¹⁷, Zorana ROSIC²¹⁸, Thomas TOMBAL²¹⁹

57. Plan des développements. Cette partie de la chronique examine les décisions rendues entre le 1^{er} janvier 2015 et le 31 décembre 2017 dans le domaine des droits intellectuels.

Nous analysons la jurisprudence en matière de droit d'auteur et droits voisins (A), de protection juridique des programmes d'ordinateur (B), de protection juridique des bases de données (C) et de droit des marques (D)²²⁰.

A. Droit d'auteur et droits voisins

1. Droits patrimoniaux

a. Exploitation numérique d'œuvres

58. Exploitation numérique de livres indisponibles. Dans un arrêt du 16 novembre 2016²²¹, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur une législation nationale confiant à une société de gestion collective le droit d'autoriser l'exploitation numérique de « livres indisponibles » à des fins commerciales²²². Dans le cadre de la procédure nationale devant le juge administratif, les requérants – à savoir deux auteurs d'œuvres littéraires – estimaient que cette réglementation créait une exception, non prévue par l'article 5 de la directive 2001/29/CE, au droit exclusif de reproduction de l'auteur. Considérant qu'il ne faisait nul doute qu'une telle législation n'était visée par aucune des exceptions au droit d'auteur et qu'elle touchait à la fois au droit de reproduction et au droit de communication au public, la Cour de justice a reformulé la question

²¹¹ Anvers, 28 mai 2015, *Ann. Prat. Marché*, 2016, p. 55.

²¹² Chercheur au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS).

²¹³ Chercheuse au CRIDS.

²¹⁴ Chercheuse au CRIDS.

²¹⁵ Assistant à l'Université de Namur et membre du CRIDS.

²¹⁶ Maître de conférences à l'Université de Namur, avocat.

²¹⁷ Chercheuse au CRIDS.

²¹⁸ Assistante à l'Université de Namur et membre du CRIDS.

²¹⁹ Chercheur-doctorant au CRIDS.

²²⁰ Sur ces matières, voy. les précédentes chroniques : C. COLIN, A. CRUQUENAIRE, A. DE FRANQUEN, C. KER, P. LAURENT et M. TONSSIRA SANOU, « Droits intellectuels », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)*, *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 41-80 ; A. CRUQUENAIRE, S. HALLEMANS, A. DE FRANQUEN, C. KER, P. LAURENT et M. TONSSIRA SANOU, « Droits intellectuels », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, *R.D.T.I.*, 2012, n° 48-49, pp. 28-68 ; A. CRUQUENAIRE, F. DELNOOZ, S. HALLEMANS, C. KER et B. MICHAX, « Droits intellectuels », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2012-2014)*, *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 38-71.

²²¹ C.J.U.E. (3^e ch.), 16 novembre 2016, *Soulier & Doke c. Premier ministre*, aff. C-301/15.

²²² Le Code de la propriété intellectuelle français estime qu'un livre est « indisponible » lorsqu'il a été publié en France avant le 1^{er} janvier 2001 et qu'il ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale ni d'une publication sur support matériel ou numérique. Voy. *ibid.*, point 17.



préjudicielle qui lui était posée²²³. Telle que reformulée, la question était de savoir si les articles 2, a), et 3, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/29/CE s'opposent à une législation nationale conférant à une société de gestion collective le droit d'autoriser la reproduction et la communication au public, sous une forme numérique, de livres dits « indisponibles », tout en laissant aux titulaires de droit la possibilité de s'opposer ou de mettre fin à un tel exercice²²⁴. Dans son arrêt, la Cour de justice se prononce sur deux aspects : d'une part, sur la question du consentement et de l'information due à l'auteur quant à l'utilisation de son œuvre et, d'autre part, sur le droit de retrait conféré à l'auteur.

59. Exploitation numérique de livres indisponibles, consentement implicite. Information et droit d'opposition du titulaire de droit. La Cour commence par préciser que les articles 2 et 3 de la directive ne visent pas uniquement la jouissance du droit de reproduction et du droit de communication au public, mais s'étend à l'exercice de ces droits²²⁵. Par ailleurs, elle met en évidence les conséquences attachées au caractère exclusif des droits de reproduction et de communication au public en indiquant que l'exercice de tels actes, par un tiers, nécessite, sauf exception, l'autorisation préalable des titulaires de droits²²⁶. Observant que les dispositions de la directive 2001/29 ne déterminent pas les modalités d'octroi de ce consentement préalable, elle en déduit que celui-ci peut être tant explicite qu'implicite²²⁷. Toutefois, aux yeux de la Cour, l'information effective des auteurs quant aux utilisations futures de leurs œuvres et aux mesures leur permettant éventuellement de les interdire est primordiale pour que les titulaires puissent se positionner sur ces utilisations et implicitement y consentir²²⁸. Or, la législation nationale mise en cause se limitait à prévoir le droit pour l'auteur de s'opposer durant une période de six mois à l'exercice, par la société de gestion, du droit d'autoriser l'exploitation numérique²²⁹ : l'absence d'opposition de l'auteur dans le délai imparti peut, sur la base d'une telle législation, s'analyser comme l'expression de son consentement implicite à l'utilisation de son œuvre²³⁰. Étant donné que la législation en cause ne contenait aucun mécanisme destiné à garantir l'information effective et individualisée des auteurs, la Cour de justice indique qu'« une simple absence d'opposition de leur part ne peut pas être regardée comme l'expression de leur consentement implicite à cette utilisation »²³¹.

60. Exploitation numérique de livres indisponibles de droit de retrait de l'auteur. Par ailleurs, la législation nationale en cause conférait aux auteurs la possibilité de faire cesser l'exploitation commerciale numérique de leurs œuvres de deux manières : soit en se concertant avec les éditeurs « papier », soit en agissant seuls, à la condition toutefois, dans ce dernier cas, qu'ils

²²³ *Ibid.*, points 25 et 26.

²²⁴ *Ibid.*, point 28.

²²⁵ *Ibid.*, points 31 et 32.

²²⁶ *Ibid.*, point 33.

²²⁷ *Ibid.*, point 35. À cet égard, la Cour de justice rappelle au point 36 son arrêt *Svensson* dans lequel elle avait estimé que le non-recours à des mesures techniques de protection, afin de limiter la possibilité d'accéder aux œuvres à partir d'hyperliens présents sur d'autres sites internet, pouvait signifier que l'auteur avait implicitement consenti à la communication au public de ses œuvres aux internautes.

²²⁸ *Ibid.*, points 38 à 40.

²²⁹ *Ibid.*, point 41.

²³⁰ *Ibid.*, point 42.

²³¹ *Ibid.*, point 43.



prouvent qu'ils sont les uniques titulaires des droits sur les œuvres concernées²³². Avant toute chose, la Cour de justice indique, d'une part, que les auteurs sont à l'origine les seuls à se voir conférer les droits d'exploitation des œuvres en vertu des articles 2, a), et 3, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/29 et, d'autre part, que si cette directive permet d'octroyer certains droits ou bénéfices à des tiers (tels que des éditeurs), c'est à la condition que ces droits ou bénéfices ne portent pas atteinte aux droits que la directive attribue à titre exclusif aux auteurs²³³. Ensuite, la Cour relève que « la jouissance et l'exercice des droits de reproduction et de communication au public attribués aux auteurs [...] ne peuvent être assujettis à aucune formalité »²³⁴. La Cour en déduit alors qu'un auteur doit avoir la possibilité de faire cesser pour l'avenir l'exploitation numérique de son œuvre et ainsi interdire toute utilisation future, sans que son droit de retrait ne soit conditionné par une éventuelle concertation avec des tiers ou par des formalités de preuves²³⁵.

b. Droit de communication au public

61. Droit de communication au public. Notion autonome du droit communautaire, le droit de communication au public a suscité de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Si la Cour maintient que la communication au public suppose un acte de communication à un public nouveau – sauf le cas où elle est effectuée selon un mode technique différent de la transmission initiale –, elle insiste sur la nécessité d'une approche individualisée.

La période étudiée est également marquée par la question sensible des hyperliens en tant qu'acte de communication au public, incitant la Cour de justice à affiner sa jurisprudence.

62. Diffusion d'œuvres musicales et œuvres musico-littéraires dans un café-restaurant. Dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure²³⁶, la Cour de justice rappelle que la communication au public implique nécessairement l'existence d'une communication d'œuvres protégées adressée à un public – lequel correspond à un nombre indéterminé et assez important de personnes²³⁷. La notion de communication, qui doit être interprétée largement afin d'assurer un niveau élevé de protection des auteurs, vise toute transmission d'œuvres protégées²³⁸, peu importe le procédé technique utilisé²³⁹. S'agissant d'un café-restaurant, les clients sont amenés à se succéder au fil de la journée, représentant ainsi un nombre assez important de personnes pouvant bénéficier des œuvres musicales retransmises²⁴⁰. L'acte de communication à un public étant ainsi établi dans un tel contexte, restait pour la Cour à se prononcer sur l'éventuelle existence d'un public nouveau, c'est-à-dire un public non pris en compte initialement par les titulaires du droit d'auteur, pour conclure à l'application du droit exclusif. La Cour relève à cet égard que, lorsqu'ils donnent leur accord pour une radiodiffusion, les titulaires de droit d'auteur visent un

²³² *Ibid.*, point 46.

²³³ *Ibid.*, points 47 et 48.

²³⁴ *Ibid.*, point 50.

²³⁵ *Ibid.*, points 49 à 51.

²³⁶ En particulier: C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, aff. C-403/08 et C-249/08; C.J.U.E., 7 mars 2013, *ITV Broadcasting*, aff. C-607/11; C.J.C.E., 7 décembre 2006, *SGAE*, aff. C-306/05.

²³⁷ C.J.U.E., 14 juillet 2015, *Sociedade Portuguesa de Autores CRL*, aff. C-151/15, points 13 et 18.

²³⁸ *Ibid.*, point 12.

²³⁹ *Ibid.*, point 13.

²⁴⁰ *Ibid.*, point 20.



public faisant usage des œuvres dans un cercle restreint ou familial²⁴¹. Or, eu égard aux circonstances concrètes de l'espèce, force est de constater que la transmission se fait dans un lieu accessible au public à l'intention d'un public supplémentaire²⁴². Pour tous ces motifs, la Cour estime que le critère de public nouveau est alors rencontré et justifie l'application du droit exclusif au bénéfice de l'auteur.

63. Diffusion d'émissions télévisées dans un centre de rééducation. Dans l'affaire *Reha Training*, la Cour s'est prononcée sur l'interprétation de la communication au public tant au regard de la directive 2001/29/CE harmonisant certains aspects du droit d'auteur que de la directive 2006/115/CE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle²⁴³. Si la directive 2001/29/CE donne une prérogative préventive au titulaire de droit de s'opposer à tout acte relevant de son monopole, il en est différemment pour la directive relative aux droits voisins en ce qu'elle confère aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes un droit de nature purement compensatoire, ceux-ci ne pouvant s'opposer à la communication au public²⁴⁴. Cette différence n'empêche cependant pas la Cour, se fondant sur le vocabulaire employé par le législateur européen, d'adopter une approche harmonisée de la notion de communication au public²⁴⁵. Elle considère qu'un centre de rééducation diffusant des émissions de télévision dans ses salles d'attente et d'exercices effectue une communication au public nécessitant l'autorisation préalable des titulaires de droit²⁴⁶. En effet, un acte de communication entendu comme toute transmission d'œuvre protégée est bel et bien accompli²⁴⁷. En outre, la communication s'adresse à un nombre indéterminé et assez important d'individus puisqu'un nombre non négligeable de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement et successivement²⁴⁸. Par ailleurs, les patients du centre de rééducation ne pourraient avoir accès aux œuvres sans l'intervention ciblée de l'exploitant du centre, qui en retire un avantage lucratif²⁴⁹. De surcroît, la Cour indique que les patients forment un public nouveau, dans la mesure où l'origine du litige a trait au paiement des redevances sur les droits d'auteur et les droits voisins, ce qui témoigne de la non-prise en compte dudit public lorsque l'auteur a autorisé la mise à disposition d'origine²⁵⁰. Il semblerait donc que la Cour de justice entende conférer à la notion de communication au public la même portée tant dans le contexte des droits voisins que dans celui du droit d'auteur²⁵¹.

64. Diffusion d'émissions télévisées et radiophoniques au sein d'un hôtel. Dans l'affaire *Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH*, le débat portait sur les droits voisins, et non sur le droit d'auteur comme dans l'affaire *SGAE*. L'article 8 de la directive 2006/115/CE relative aux droits

²⁴¹ *Ibid.*, point 22.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ C.J.U.E., 31 mai 2016, *Reha Training*, aff. C-117/15.

²⁴⁴ *Ibid.*, point 30.

²⁴⁵ *Ibid.*, point 25.

²⁴⁶ *Ibid.*, point 62.

²⁴⁷ *Ibid.*, points 38, 39 et 56.

²⁴⁸ *Ibid.*, point 44.

²⁴⁹ *Ibid.*, point 49.

²⁵⁰ *Ibid.*, point 60.

²⁵¹ Rappelons que la Cour de justice avait précédemment précisé que les principes dégagés dans l'affaire antérieure *SCF* ne valaient que dans le contexte des droits voisins, contexte différent de celui du droit d'auteur; C.J.U.E., 27 février 2014, *OSA*, aff. C-351/12, point 35.



voisins, pendant de l'article 3 de la directive 2001/29/CE relative au droit d'auteur, dispose que les États membres prévoient pour les organismes de radiodiffusion²⁵² le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la communication au public des œuvres lorsque ladite communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée²⁵³. La question posée à la Cour était de déterminer si le prix demandé au client d'une chambre d'hôtel pouvait s'interpréter comme le paiement d'un droit d'entrée. Le débat ne s'est pas porté sur le fait de savoir si l'acte litigieux constituait effectivement une communication au public, la Cour ayant déjà fourni les éléments de réponse nécessaires à la résolution de cette question dans ses décisions *SGAE* et *Phonographic Performance*. En revanche, il s'agissait de préciser la portée du droit d'entrée, entendu comme supposant un paiement spécialement commandé pour bénéficier de la communication au public d'une émission télévisée. La Cour observe que, par contraste, le prix demandé pour une chambre d'hôtel trouve sa principale raison d'existence dans un service d'hébergement²⁵⁴. Le prix de la chambre n'est donc pas fixé dans le but principal de donner accès à des émissions de télévision aux clients de l'hôtel²⁵⁵. N'y change rien le fait que la présence de télévisions dans les chambres augmente le standing de l'établissement et entraîne une tarification à la hausse²⁵⁶. Par conséquent, la communication visée ne constitue pas une communication faite dans un lieu accessible au public moyennant paiement d'un droit d'entrée et elle ne requiert pas l'autorisation de l'organisme de radiodiffusion²⁵⁷.

65. Fournisseurs d'accès à internet (F.A.I.). La diffusion d'une œuvre protégée sur internet implique une chaîne d'interventions successives réalisées par différentes parties. Dans ce contexte, il a été demandé au président du tribunal de première instance de Bruxelles²⁵⁸ de déterminer si, dans cette chaîne, les actes de transmission effectués par les F.A.I. peuvent être considérés comme des actes de communication au public. La Sabam estime que la réponse doit être positive. Par conséquent, elle entend obtenir le paiement d'une rémunération de la part des F.A.I.²⁵⁹. La Sabam argumente à cet égard que le F.A.I. réalise un acte de communication au public qui s'ajoute à l'acte de communication au public originaire émanant du fournisseur de contenu qui prend l'initiative de diffuser sur internet.

Le président du tribunal ne retient pas le raisonnement de la Sabam. Il considère que le F.A.I. ne fait que réaliser l'acte de communication au public originaire qui émane du fournisseur de contenu et qu'il n'y ajoute pas un acte de communication publique qui lui serait propre et distinct. Le président du tribunal en conclut que le tarif établi par la Sabam à charge des F.A.I. est illégal, à défaut d'être justifié par un acte de communication au public dans leur chef²⁶⁰.

²⁵² Dans son arrêt précédent concernant un centre de réduction, était en cause les droits des artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes, et non pas ceux des organismes de radiodiffusion.

²⁵³ Précisons que ces conditions ne sont requises que dans le chef des organismes de radiodiffusion. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 8 de la directive 2006/115/CE attribuent une situation différente pour les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes.

²⁵⁴ C.J.U.E., 16 février 2017, *Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH*, aff. C-641/15, point 24.

²⁵⁵ *Ibid.*, points 23 et 24.

²⁵⁶ *Ibid.*, point 25.

²⁵⁷ *Ibid.*, point 27.

²⁵⁸ Civ. Bruxelles (cess.), 13 mars 2015, *A&M*, 2015/3-4, p. 299.

²⁵⁹ Concernant la problématique de la responsabilité de ces intermédiaires, voy. nos 80-89.

²⁶⁰ *Ibid.*, point 56.



En degré d'appel, la cour d'appel de Bruxelles décide elle aussi que le tarif établi par la Sabam à charge des F.A.I. est illégal, mais pour d'autres motifs que le premier juge²⁶¹.

La cour d'appel ne se prononce pas sur la question de savoir si le F.A.I. réalise ou non un acte de communication au public. En revanche, elle estime qu'en tout état de cause, la Sabam ne peut imposer son tarif au F.A.I. à défaut pour ce tarif de reposer sur un fondement contractuel ou sur un fondement extracontractuel de nature quasi délictuelle. La cour d'appel relève à cet égard que si la Sabam accorde aux F.A.I. son autorisation pour la communication au public des œuvres de son répertoire, ce qui semble être le cas en l'espèce, la Sabam ne bénéficie pas pour autant d'un droit à rémunération exigible à charge des tiers qui ont ainsi reçu son autorisation (les F.A.I.)²⁶².

66. Retransmission d'œuvres par un mode technique différent du mode de diffusion originale. Dans l'arrêt *ITV*²⁶³, et de manière régulière depuis lors, la Cour de justice de l'Union européenne considère que la notion de communication au public ne suppose pas une communication à un public nouveau lorsque la communication en cause s'effectue selon un mode technique qui diffère de celui caractérisant la communication initiale. Il en résulte qu'à l'inverse, lorsque le mode technique de communication est identique au mode de communication initial, il n'y aura communication au public que si celle-ci s'adresse à un public nouveau.

La décision *AKM c. Zürs* jette toutefois le trouble à cet égard. Dans cette affaire, la Cour relève que le moyen technique utilisé pour la transmission en cause (à savoir une transmission par câble) diffère du moyen technique utilisé pour la transmission initiale (à savoir une transmission radiodiffusée). En dépit de ce constat qui aurait dû en principe l'amener à une autre solution, elle estime qu'il importe de vérifier si la communication en cause est destinée à un public nouveau, différent de celui que l'auteur a pris en considération pour autoriser les émissions radiodiffusées initiales²⁶⁴. Or, pour la Cour, les deux communications s'adressent au même public sur le territoire national²⁶⁵. On peut s'interroger sur les motifs qui ont incité la Cour à vérifier la condition d'un nouveau public, alors qu'en l'espèce elle aurait *a priori* dû écarter cette condition dès lors que les moyens techniques diffèrent. L'explication se trouverait dans la circonstance que, selon la Cour, le moyen utilisé pour la deuxième communication constitue une simple modalité technique qui a été prise en compte par l'auteur lorsqu'il a autorisé la communication initiale²⁶⁶.

En tout état de cause, la décision *AKM* n'a pas entraîné un renversement de la jurisprudence *ITV*. En effet, postérieurement à l'affaire *AKM*, dans l'affaire *VCAST Limited*²⁶⁷, la Cour confirme la jurisprudence *ITV*. Dans *VCAST Limited*, il était question d'une entreprise (VCAST) qui proposait un service permettant à ses clients de choisir, sur son site internet, des émissions de différentes chaînes télévisées. Par la suite, le système VCAST capte le signal de télévision à l'aide de ses propres antennes et enregistre ladite émission dans le *cloud*. La Cour retient que, outre la reproduction de l'émission, et préalablement à celle-ci, l'entreprise fournit aux utilisateurs un accès aux

²⁶¹ Bruxelles, 3 juin 2016, *I.R.D.I.*, 2016/3, p. 265.

²⁶² *Ibid.*, point 12.

²⁶³ C.J.U.E., 7 mars 2013, *ITV*, aff. C-607/11.

²⁶⁴ *Ibid.*, point 38.

²⁶⁵ *Ibid.*, point 29.

²⁶⁶ *Ibid.*, point 44.

²⁶⁷ C.J.U.E., 29 novembre 2017, *VCAST Limited*, aff. C-265/16.



émissions pouvant être enregistrées par le biais de son site internet²⁶⁸. Cette mise à disposition des émissions constitue un acte de communication au public. Il n'y a pas lieu d'examiner si elle s'adresse à un public nouveau, car la transmission par VCAST s'effectue par internet, alors que la transmission initiale par les organismes de radiodiffusion s'effectue via la radiodiffusion terrestre. Dès lors que les transmissions sont réalisées selon des modes techniques différents, elles constituent des communications au public différentes, et chacune d'elles doit recevoir l'autorisation des ayants droit concernés²⁶⁹.

67. Hyperliens sur internet et communication au public. Les hyperliens ont fait l'objet de plusieurs décisions fort commentées de la Cour de justice. Rappelons que l'année 2014 a été marquée par l'affaire *Svensson* dans laquelle la Cour a décidé que la fourniture de liens cliquables renvoyant l'internaute vers des œuvres ne constitue pas un acte de communication au public lorsqu'il est renvoyé à des œuvres, certes protégées, mais qui, avant la fourniture des hyperliens, étaient déjà librement accessibles à tous les internautes, avec le consentement de l'auteur²⁷⁰.

Dans l'affaire *C More Entertainment*, la Cour est appelée à se prononcer à nouveau sur la problématique des hyperliens. Sur le plan factuel, le litige *C More* se distingue cependant du litige *Svensson*. D'abord, il s'agit d'hyperliens vers des émissions radiodiffusées, le débat se situant cette fois sur le terrain des droits voisins. Ensuite, les émissions auxquelles les liens donnent accès font l'objet d'une diffusion en direct, et non d'une mise à disposition interactive. Or, le droit voisin exclusif que la directive 2001/29/CE impose d'accorder aux organismes de radiodiffusion vise la mise à disposition interactive, et non la diffusion en direct²⁷¹. Cette dernière s'en distingue en ce qu'elle ne permet pas aux utilisateurs de choisir librement le moment et l'endroit pour bénéficier de l'œuvre protégée²⁷². La Cour admet néanmoins que dans le domaine des droits voisins, le législateur national peut accorder des droits plus étendus que ceux prévus dans la directive 2001/29/CE, y compris un droit exclusif de l'organisme de radiodiffusion à l'égard d'une diffusion en direct par internet²⁷³.

La période étudiée marque également la première intervention de la Cour de cassation belge dans la problématique des hyperliens²⁷⁴. L'affaire concerne la publication d'un lien hypertexte sur le réseau social Facebook renvoyant vers une œuvre littéraire disponible illégalement en intégralité sur un site internet.

La Cour de cassation décide que les juges d'appel ont pu légalement écarter le caractère privé de la communication dans la mesure où l'utilisateur du réseau social devait savoir que son message et le lien hypertexte pourraient atteindre une large communauté d'internautes²⁷⁵. Dès lors que le

²⁶⁸ *Ibid.*, points 37 et 38.

²⁶⁹ *Ibid.*, point 48.

²⁷⁰ Voy. la précédente chronique : A. CRUQUENAIRE, F. DELNOOZ, S. HALLEMANS, C. KER et B. MICHAUX, « Droits intellectuels », *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, p. 59.

²⁷¹ Art. 3, § 2, d), de la directive 2001/29/CE.

²⁷² C.J.U.E., 26 mars 2015, *C More Entertainment*, aff. C-279/13, point 28.

²⁷³ *Ibid.*, points 33-36.

²⁷⁴ Cass. (2^e ch.), 24 juin 2015, *J.T.*, 2016, p. 144. Pour prendre connaissance de l'arrêt de la cour d'appel, voy. Bruxelles (14^e ch. corr.), 13 janvier 2015, *A&M*, 2015/3-4, p. 290. Pour la décision en première instance : Corr. Bruxelles (61^e ch.), 25 avril 2013, *A&M*, 2015/3-4, p. 308.

²⁷⁵ Cass., 24 juin 2015, précité.



lien renvoie vers un site affichant une reproduction illicite de l'œuvre dans son intégralité²⁷⁶, l'argument selon lequel il ne constitue pas un acte de communication au public manque en droit²⁷⁷. Par ailleurs, la Cour de cassation confirme que c'est à juste titre que le juge d'appel a retenu le délit de contrefaçon, tant l'élément matériel que l'élément moral étant établis. En particulier, le dol spécial correspond aux propos critiques accompagnant la publication de l'hyperlien, car ceux-ci trahissent l'intention méchante de l'utilisateur du réseau social²⁷⁸.

Survient ensuite l'affaire *GS Media*²⁷⁹. À la différence des litiges précédents, dans cette affaire-ci, il est clairement établi que l'auteur n'a pas autorisé la publication sur internet des œuvres vers lesquelles les liens renvoient. Or, comme le souligne la Cour, l'autorisation de l'auteur est déterminante, chaque acte de communication devant être autorisé par lui. À défaut d'une telle autorisation pour la publication initiale des œuvres sur internet, la Cour est dans l'incapacité de faire référence au public qui aurait été pris en considération dans le cadre d'une autorisation. Par voie de conséquence, la Cour est dans l'incapacité de vérifier l'existence d'un public nouveau, car celui-ci ne se conçoit que par rapport à un public initialement autorisé. La Cour en déduit néanmoins qu'elle ne saurait exclure l'application de la notion de communication au public²⁸⁰ – et ce, sans recours à la condition de nouveau public. Cela étant, avant de conclure à l'application effective de la notion de communication au public, la Cour vérifie si, en l'espèce, les paramètres nécessaires sont réunis dans le chef du fournisseur de liens. En premier lieu, la Cour examine le caractère délibéré de l'intervention de ce dernier. Lorsque le fournisseur ne poursuit pas de but lucratif, ce caractère délibéré fait défaut s'il ne sait pas, et ne peut raisonnablement savoir, que l'œuvre a été publiée sur internet sans l'autorisation de l'auteur²⁸¹. En revanche, s'il savait, ou devait savoir, le fournisseur de liens doit être considéré comme un communicateur au public²⁸². Tel est le cas s'il a été averti par l'auteur, ou si le lien qu'il fournit permet de contourner des mesures de restriction d'accès²⁸³. Il est par ailleurs présumé savoir que l'œuvre a été publiée sans autorisation s'il agit dans un but lucratif, car en pareille hypothèse, on est en droit d'attendre de sa part qu'il effectue les vérifications nécessaires²⁸⁴. À défaut pour le fournisseur de renverser cette présomption, il est à considérer qu'il effectue un acte de communication au public.

Par son arrêt *Stichting Brein c. Filmspeler*²⁸⁵ et dans la droite ligne de sa jurisprudence *Svensson*, *BestWater* et *GS Media*, la Cour de justice décide que la vente d'un lecteur multimédia contenant des modules composés d'hyperliens vers des sites internet diffusant illicitement du contenu protégé est un acte de communication au public²⁸⁶. Est indifférent à cet égard le fait que les utilisateurs exercent effectivement cette possibilité offerte par le vendeur de l'appareil ou non²⁸⁷.

²⁷⁶ En cela, le contexte factuel de la présente affaire se distingue de celui de l'affaire *Svensson* traitée par la Cour de justice.

²⁷⁷ Cass., 24 juin 2015, précité.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media*, aff. C-160/15.

²⁸⁰ *Ibid.*, point 43.

²⁸¹ *Ibid.*, point 47.

²⁸² *Ibid.*, point 49.

²⁸³ *Ibid.*, point 50.

²⁸⁴ *Ibid.*, point 51.

²⁸⁵ C.J.U.E., 26 avril 2017, *Stichting Brein c. Filmspeler*, aff. C-527/15.

²⁸⁶ *Ibid.*, point 52.

²⁸⁷ *Ibid.*, point 36.



Reprenant les critères de l'arrêt *GS Media*, en particulier l'action délibérée et le caractère lucratif de la communication, la Cour rejette l'argument de la simple fourniture d'installations physiques destinée à permettre ou à réaliser une communication²⁸⁸.

68. Plateforme de partage en ligne. Faisant écho à sa décision *Stichting Brein c. Filmspeler*, la Cour de justice considère qu'il y a communication au public lorsqu'il y a mise à disposition et gestion d'une plateforme donnant accès à des œuvres publiées sur internet sans autorisation des ayants droit²⁸⁹. La circonstance que les œuvres concernées ont été publiées sans autorisation des ayants droit a pour conséquence qu'il n'y a pas eu de public autorisé au moment de cette publication. Dès lors, le public qui bénéficie de l'accès aux œuvres via la plateforme est nécessairement un nouveau public en manière telle que la mise à disposition de la plateforme en faveur de ce nouveau public relève du droit exclusif de communication au public²⁹⁰.

69. Site de streaming. L'affaire *ITV / TVCatchup* concerne quant à elle une activité de streaming. En 2013, la Cour de justice avait déjà rendu une première décision²⁹¹ aux termes de laquelle elle avait estimé que la retransmission au moyen d'un flux internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre constitue un acte de communication au public. En mars 2017, la Cour rend une deuxième décision dans la même affaire. Cette fois, elle est interrogée sur la question de savoir si une disposition particulière du droit interne du Royaume-Uni peut avoir pour effet de déroger à l'application du droit exclusif de communication au public. La disposition nationale en cause prévoit qu'une retransmission immédiate par câble, dans la zone de radiodiffusion initiale, d'œuvres radiodiffusées sur des chaînes de télévision soumises à des obligations de service public ne viole pas le droit d'auteur²⁹².

La Cour observe que la disposition en cause ne relève d'aucune des exceptions prévues par l'article 5 de la directive 2001/29/CE, lequel revêt un caractère exhaustif²⁹³. Pour la Cour, il n'existe aucun fondement dans la directive qui justifierait d'accorder une protection moindre aux contenus des chaînes publiques²⁹⁴. Par ailleurs, la disposition en cause ne relève pas de l'article 9 de la directive qui prévoit que celle-ci n'affecte pas les dispositions de droit national dans le domaine de l'accès au câble des services de radiodiffusion.

70. Communication au public et droit international privé. Dans le droit fil de sa jurisprudence *Coty c. Germany*²⁹⁵, la Cour rappelle, dans *Pez Hajduk*, que la simple accessibilité d'un site internet sur le territoire d'un État membre suffit à établir sa compétence juridictionnelle²⁹⁶. L'affaire en cause concerne la publication sur un site internet de photographies sans autorisation préalable de l'auteur.

²⁸⁸ La partie défenderesse a également soulevé l'argument de l'exception de reproduction temporaire. Sur ce point, voy. n° 74.

²⁸⁹ C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein c. Ziggo BV*, aff. C-610/15.

²⁹⁰ *Ibid.*, points 44 et 45.

²⁹¹ C.J.U.E. (4^e ch.), 7 mars 2013, *ITV Broadcasting Ltd e.a. c. TVCatchup Ltd*, aff. C-607/11.

²⁹² C.J.U.E. (4^e ch.), 1^{er} mars 2017, *ITV/TVCatchup*, aff. C-275/15.

²⁹³ *Ibid.*, point 27.

²⁹⁴ *Ibid.*, point 28.

²⁹⁵ C.J.U.E., 5 juin 2014, *Coty Germany c. First Note Perfumes NV*, aff. C-360/12.

²⁹⁶ C.J.U.E., 22 janvier 2015, *Pez Hejduk*, aff. C-441/13.



Si, en principe, il y a lieu de se fonder sur le lieu du domicile du défendeur pour déterminer la juridiction compétente, le législateur européen admet deux attributions de compétences spéciales, à savoir le lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire et le lieu de l'événement causal à l'origine du dommage²⁹⁷.

En l'espèce, la Cour rejette la possibilité pour la juridiction nationale saisie de se fonder sur l'événement causal eu égard à ce qu'il renvoie au lieu du déclenchement du processus technique d'affichage des photographies sur le site internet²⁹⁸. À ce titre, la Cour retient le lieu de la prise de décision et d'exécution de publications des œuvres protégées, à savoir le lieu du siège principal de la société en cause²⁹⁹.

Dans un second temps, la Cour étudie le deuxième fondement possible de compétence, à savoir le lieu de matérialisation du dommage. Comme elle l'avait jugé dans *Pinckney*³⁰⁰, la Cour considère que n'est pas pertinent à cet égard le fait que le site en cause ne soit pas dirigé vers l'État membre de la juridiction saisie³⁰¹. La simple accessibilité des œuvres, via un accès en ligne, suffit à justifier la compétence et la saisine du juge *in casu*³⁰². Toutefois, la Cour précise que la juridiction valablement saisie ne peut connaître que du seul dommage causé sur son territoire³⁰³.

c. *Injection directe*

71. Communication au public et injection directe. Depuis plusieurs années, la technique de l'injection directe fait l'objet d'un contentieux nourri entre les ayants droit – représentés par les sociétés de gestion collective –, d'une part, les radiodiffuseurs et les câblodistributeurs, d'autre part. La technique en question comporte deux étapes. Dans une première étape, le radiodiffuseur transmet ses signaux porteurs de programmes exclusivement aux distributeurs de signaux, sans que ces signaux ne soient accessibles au public au cours et à l'occasion de cette transmission. Dans une deuxième étape, les distributeurs envoient les signaux à leurs abonnés respectifs afin que ceux-ci puissent regarder les programmes. Ce type de technique soulève plusieurs questions : y a-t-il un seul acte de communication, ou y en a-t-il deux ? Qui en est l'auteur ou quels en sont les auteurs ? Le droit d'auteur s'applique-t-il à chacune des interventions, ou à l'une d'entre elles seulement ?

La Cour de justice a examiné certains aspects de la problématique de l'injection directe à l'occasion de l'arrêt *SBS/SABAM*, relatif à un litige entre un radiodiffuseur commercial flamand et la Sabam³⁰⁴. Cette dernière estimait que le radiodiffuseur était responsable d'un acte de communication au public, étant donné qu'il communiquait des signaux porteurs de programmes aux sociétés de distribution. Le radiodiffuseur, mettant en avant la technique de l'injection directe utilisée dans ce contexte, invoquait que les signaux transmis de cette manière n'étaient pas acces-

²⁹⁷ *Ibid.*, points 17 et 18.

²⁹⁸ *Ibid.*, points 23 et 24.

²⁹⁹ *Ibid.*, point 25.

³⁰⁰ C.J.U.E., 3 octobre 2013, *Pinckney*, aff. C-170/12.

³⁰¹ C.J.U.E., 22 janvier 2015, *Pez Hejduk*, précité, point 32.

³⁰² *Ibid.*, point 34.

³⁰³ *Ibid.*, point 36.

³⁰⁴ C.J.U.E. (9^e ch.), 19 novembre 2015, *SBS Belgium*, aff. C-325/14.



sibles au public, et que l'opération ne pouvait dès lors être constitutive d'une communication au public ni donner lieu à l'obligation de rémunération dont se prévalait la Sabam.

Répondant à la question préjudicielle posée par la cour d'appel de Bruxelles, la Cour a considéré, tout d'abord, que les transmissions en question étaient bien « des actes de communication »³⁰⁵. Se penchant ensuite sur la deuxième condition d'existence d'une communication au public – la question de savoir si la communication s'adresse bien à un public –, la Cour a souligné que les signaux n'étaient accessibles qu'aux distributeurs, soit des « professionnels individuels et déterminés »³⁰⁶. Il ne pouvait dès lors être conclu, selon le juge européen, au caractère public de la communication. La Cour en a donc déduit que, en principe, les transmissions réalisées de la sorte par un radiodiffuseur ne relevaient pas de la notion de « communication au public », telle que définie à l'article 3, § 1, de la directive 2001/29/CE³⁰⁷. Elle a cependant nuancé ce principe en ajoutant que le radiodiffuseur était néanmoins susceptible de réaliser une communication au public, si et seulement si l'intervention du distributeur était d'une nature purement technique³⁰⁸.

Cet arrêt a eu un impact important sur un conflit similaire se déroulant en parallèle en Belgique et opposant les sociétés de gestion collective au câblodistributeur Telenet. Après avoir été présentée devant le tribunal de première instance de Malines³⁰⁹ et fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel d'Anvers³¹⁰, l'affaire a été examinée par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 septembre 2016³¹¹.

Cet arrêt portait, non pas sur la directive 2001/29/CE et les dispositions belges correspondantes, mais bien sur la transposition belge de la directive 93/83 (dite directive « SatCab ») qui établit le droit de retransmission par câble au bénéfice des ayants droit³¹².

Le juge belge a commencé son raisonnement par un rappel de la définition du concept de « retransmission par câble »³¹³, avant de livrer son interprétation de celle-ci, selon laquelle la « retransmission par câble » d'une émission implique nécessairement une transmission primaire au public, qui est ensuite retransmise par le câble³¹⁴. La Cour s'est ensuite référée à l'arrêt *SBS/Sabam* de la Cour de justice, pour en conclure que, indépendamment de la question de la responsabilité de l'acte, le procédé de l'injection directe ne donnait lieu qu'à une seule communication au public et excluait par conséquent l'applicabilité des dispositions relatives à la retransmission par câble³¹⁵.

³⁰⁵ *Ibid.*, point 19.

³⁰⁶ *Ibid.*, points 22 et 23.

³⁰⁷ *Ibid.*, point 24.

³⁰⁸ *Ibid.*, points 32 et 33.

³⁰⁹ Civ. Malines (1^{re} ch.), 12 avril 2011, *A&M*, 2011/3, p. 343.

³¹⁰ Anvers (1^{re} ch.), 4 février 2013, *A&M*, 2013/3-4, p. 227.

³¹¹ Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2016, *A&M*, 2016/4, p. 339; *Ing.-Cons.*, 2016/4, p. 879; *J.L.M.B.*, 2017/30, p. 1408.

³¹² Art. I.16, 3^o, et XI.223 et s. du C.D.E.

³¹³ Selon l'article I.16, 3^o, du C.D.E. (anciennement article 52 de la LDA), la retransmission par câble « s'entend de la retransmission simultanée, inchangée et intégrale par câble ou par un système de diffusion par ondes ultracourtes pour la réception par le public d'une transmission initiale, sans fil ou avec fil, notamment par satellite, d'émissions de télévision ou de radio destinées à être captées par le public ».

³¹⁴ Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2016, précité, point 7.

³¹⁵ *Ibid.*, point 9.



La question de l'injection directe s'est également posée dans le cas de la communication par satellite, également couvert par la directive 93/83. Dans un arrêt du 9 juin 2015, la cour d'appel de Bruxelles a eu à examiner une situation dans laquelle les signaux n'étaient pas injectés directement dans un réseau câblé, comme c'était le cas dans les affaires *SBS* et *Telenet*, mais transmis au travers d'une communication cryptée par le radiodiffuseur à un distributeur de programmes par satellite³¹⁶.

La cour d'appel a estimé, dans la lignée de l'arrêt *Airfield* de la Cour de justice³¹⁷, qu'un tel schéma relevait d'une communication au public unique et indivisible, et que les activités non seulement du radiodiffuseur, mais également du distributeur, étaient couvertes par l'autorisation octroyée au radiodiffuseur par les ayants droit³¹⁸.

d. Droit de distribution

72. Épuisement du droit de distribution. Dans l'arrêt *Art & Allposters c. Pictoright*, la Cour de justice se penche sur l'étendue du droit de distribution et de la règle de l'épuisement dans une situation nouvelle: la commercialisation via internet de toiles de peintre par reproduction d'œuvres protégées grâce à la technique du «transfert sur toile»³¹⁹. Par cette technique, l'œuvre picturale protégée, d'abord représentée sur une affiche en papier avec l'autorisation de l'auteur, est transférée sur une toile sans l'autorisation de l'auteur en vue de sa distribution, le support papier disparaissant à la suite de ce transfert. Pour Allposters, utilisatrice de cette technique, la règle de l'épuisement de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE s'applique puisqu'elle se contente de distribuer une œuvre incorporée dans un objet tangible qui a été mis en circulation au sein de l'Union avec le consentement de l'auteur, peu importe que l'objet en question ait subséquemment subi une modification³²⁰.

Après avoir rappelé sa jurisprudence selon laquelle la règle de l'épuisement nécessite une double condition (commercialisation de l'œuvre au sein de l'Union et par le titulaire ou avec son consentement)³²¹, la Cour de justice se penche sur l'objet du droit de distribution. Premièrement, la Cour précise que tant l'article 4, paragraphe 2, que le considérant 28 de la directive 2001/29/CE indiquent que le droit exclusif de distribution vise une œuvre incorporée à un «objet» ou un «bien matériel»³²². Ce faisant, la Cour considère que le vocabulaire emprunté par le législateur européen démontre l'objectif de conférer aux titulaires de droit «le contrôle de la première mise sur le marché de l'Union de chaque objet tangible qui incorpore leur création intellectuelle»³²³.

³¹⁶ Bruxelles, 9 juin 2015, *A&M*, 2015/3-4, p. 296.

³¹⁷ C.J.U.E. (3^e ch.), 13 octobre 2011, *Airfield*, aff. C-431/09 et C-432/09.

³¹⁸ Ceci dans la mesure où, conformément au texte de l'article 1, § 2, de la directive 93/83: (1) l'acte d'introduction des signaux se fait sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion; (2) les signaux sont introduits dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre; (3) les signaux sont destinés à être captés par le public; (4) le matériel de décodage des signaux est mis à disposition des abonnés par l'organisme de radiodiffusion ou avec son consentement.

³¹⁹ C.J.U.E. (4^e ch.), 22 janvier 2015, *Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright*, aff. C-419/13, point 15.

³²⁰ *Ibid.*, point 20.

³²¹ *Ibid.*, point 31. Voy. également l'application de cette double condition pour l'épuisement du droit de distribution de la copie d'un logiciel, C.J.U.E. (3^e ch.), 12 octobre 2016, *Ranks*, aff. C-166/15, points 26 et 27.

³²² C.J.U.E. (4^e ch.), 22 janvier 2015, *Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright*, aff. C-419/13, points 34-35.

³²³ *Ibid.*, point 37.



Dès lors, la Cour indique que le droit exclusif de distribution n'est épuisé qu'à la seule condition que l'objet tangible incorporant une œuvre protégée ait été mis sur le marché avec le consentement du titulaire de droit³²⁴. Deuxièmement, la Cour constate que, par la technique du « transfert sur toile », s'opère un remplacement de support entraînant la création d'un second objet dans lequel l'œuvre est incorporée³²⁵. Pour la Cour, pareille modification équivaut à une nouvelle reproduction de l'œuvre qui nécessite indubitablement le consentement du titulaire de droit³²⁶. Il en découle que, lorsque l'objet distribué avec l'autorisation du titulaire de droit a été modifié au point d'engendrer une nouvelle reproduction de l'œuvre, le consentement du titulaire ne s'étend pas à la commercialisation de ce nouvel objet incorporant l'œuvre³²⁷. Par conséquent, la règle de l'épuisement ne s'applique pas à la nouvelle commercialisation de la reproduction d'une œuvre protégée qui a subi un remplacement de support après avoir été initialement mise sur le marché de l'Union avec l'autorisation du titulaire de droit d'auteur³²⁸.

2. Exceptions et limitations

73. Exception en faveur des bibliothèques – Le prêt numérique. Le 10 novembre 2016, dans l'affaire opposant une association représentative des bibliothèques publiques aux Pays-Bas (VOG) et une fondation chargée de la collecte de la rémunération due aux auteurs (Stichting Leenrecht)³²⁹, la Cour de justice a statué sur l'application de l'exception de prêt public visée par la directive européenne du 12 décembre 2006³³⁰ au livre électronique en bibliothèque. La Cour a jugé qu'aucun motif ne permet d'exclure du champ d'application de la directive 2006/115/CE le prêt de copies numériques³³¹, qu'une telle exclusion irait à l'encontre du principe général imposant un niveau élevé de protection en faveur des auteurs³³² et que le droit d'auteur doit s'adapter aux réalités économiques nouvelles telles que le prêt sous forme numérique³³³. Par ailleurs, la Cour ajoute que la directive 2006/115/CE, en son article 6, ne s'oppose pas à ce que les États membres imposent une condition supplémentaire de protection du droit d'auteur. Est ainsi acceptable la condition qui impose que la copie numérique du livre ait été mise en circulation par une première vente ou un premier autre moyen de transfert de propriété dans l'Union, par le titulaire de droit de distribution au public ou avec son consentement³³⁴. Enfin, la Cour rappelle que l'exception de prêt public ne s'applique pas à la mise à disposition par la bibliothèque publique d'une copie de livre sous forme numérique obtenue à partir d'une source illicite³³⁵.

³²⁴ *Ibid.*, point 40.

³²⁵ *Ibid.*, point 43.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*, point 46.

³²⁸ *Ibid.*, point 49.

³²⁹ C.J.U.E., 10 novembre 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, aff. C-174/15.

³³⁰ Directive 2006/115/CE du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, J.O. L 376.

³³¹ C.J.U.E., 10 novembre 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, précité, point 44.

³³² Considérant 5 de la directive 2006/115 ainsi que le considérant 9 de la directive 2001/29/CE.

³³³ C.J.U.E., 10 novembre 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, précité, point 45.

³³⁴ *Ibid.*, point 65.

³³⁵ *Ibid.*, point 72.



74. Exception de reproduction – Reproduction temporaire. Dans son arrêt *Filmspelers* du 26 avril 2017, la Cour de justice aborde, d'une part, la notion de « communication au public »³³⁶ et, d'autre part, l'admissibilité de la reproduction temporaire d'une œuvre protégée au regard de l'article 5, § 1^{er}, de la directive 2001/29/CE, dans une situation où l'œuvre est obtenue par diffusion en flux continu sur un site internet qui propose cette œuvre sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur³³⁷. La Cour commence par rappeler le caractère cumulatif des conditions qui entourent l'exception de reproduction temporaire. Ensuite, elle examine plus particulièrement la condition de finalité, à savoir la condition qui impose que la copie temporaire ait pour seule finalité, soit d'assurer la transmission de l'œuvre dans un réseau, soit, comme en l'espèce, de permettre une utilisation licite de l'œuvre. Or, pour la Cour, ce n'est précisément pas une utilisation licite de l'œuvre que la copie vise à assurer dans les circonstances de la cause. En effet, l'objectif poursuivi est de permettre d'accéder à une offre gratuite et non autorisée d'œuvres protégées³³⁸. De plus, dans ce cas-ci, les actes de reproduction temporaire sont de nature à porter atteinte à l'exploitation normale des œuvres et à causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur³³⁹. La Cour en déduit que dans cette affaire, les actes de reproduction temporaire ne respectent pas les conditions prévues à l'article 5, paragraphes 1^{er} et 5, de la directive 2001/29/CE.

75. Exception pour copie privée. Dans son arrêt *VCAST* du 29 novembre 2017³⁴⁰, la Cour de justice ne se limite pas à traiter telle quelle la notion de communication au public³⁴¹. Elle apporte de nouveaux éclaircissements à propos de l'exception de copie privée dans le contexte particulier du « cloud », et à propos de l'articulation de cette exception avec le droit exclusif de communication au public. La Cour se penche en effet sur la question de savoir si un service d'enregistrement des émissions de télévision tel que proposé par VCAST relève de l'exception de copie privée au sens de l'article 5, § 2, sous b), de la directive 2001/29. À cet égard, la Cour observe au préalable que la copie privée peut être réalisée par l'intermédiaire d'un tiers³⁴², tel que VCAST. Ensuite, la Cour constate que ce fournisseur de ce service ne se borne pas à organiser la reproduction, mais qu'il fournit un accès aux émissions de certaines chaînes télévisées en vue de leur reproduction. Il revient au client de choisir quelle émission il veut enregistrer³⁴³. Dès lors, ce service revêt une double fonctionnalité : assurer la reproduction des œuvres, certes, mais aussi assurer la mise à disposition des œuvres³⁴⁴. Par conséquent, le fournisseur du service en cause dépasse le périmètre des actes qui sont permis par l'exception de copie privée. Pour la Cour, s'il est vrai que dans le cadre de l'exception de copie privée le titulaire de droits doit s'abstenir d'exercer son droit exclusif d'autoriser ou d'interdire des copies privées il ne doit pas pour autant être privé de son droit d'interdire ou d'autoriser l'accès aux œuvres protégées dont des personnes souhaitent réaliser des copies privées³⁴⁵.

³³⁶ Voy. les nos 67 et 68 de la présente chronique.

³³⁷ C.J.U.E., 26 avril 2017, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems* (« *Filmspelers* »), aff. C-527/15.

³³⁸ *Ibid.*, point 69.

³³⁹ *Ibid.*, point 70 ; C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam BV e.a. c. Stichting de ThuisKopie*, aff. C-435/12, point 39. Voy. sur ce point la précédente chronique *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 51 et 57.

³⁴⁰ C.J.U.E., 29 novembre 2017, *VCAST limited c. RTI SpA*, aff. C-265/16.

³⁴¹ Voy. le n° 66 de la présente chronique.

³⁴² C.J.U.E., 29 novembre 2017, *VCAST limited c. RTI SpA*, précité, point 35.

³⁴³ *Ibid.*, point 37.

³⁴⁴ *Ibid.*, point 38.

³⁴⁵ *Ibid.*, point 39.



3. Rémunération pour copie privée et reprographie

76. Propos introductifs. En guise de rappel, si les États membres décident d'instaurer une exception de copie privée – article 5, § 2, sous a), de la directive 2001/29/CE – ou une exception de reprographie – article 5, § 2, sous b), de la directive –, ils sont tenus de prévoir le versement d'une compensation équitable au bénéfice des titulaires du droit exclusif³⁴⁶. Il s'agit d'une obligation de résultat pour les États membres, qui gardent une large marge d'appréciation quant aux différents éléments du système de la compensation équitable³⁴⁷. En l'absence de définition claire de la compensation équitable, la Cour de justice a été amenée à interpréter cette notion.

77. Rémunération pour copie privée. Deux arrêts importants ont été rendus par la Cour de justice en la matière. Le premier est celui du 5 mars 2015³⁴⁸. Le litige opposait un fabricant de téléphones mobiles (*Nokia Danmark*) à un organisme de gestion du droit d'auteur danois (*Copydan-Bandkopi*) concernant le sort à réserver à une carte mémoire équipant les téléphones et permettant le stockage d'œuvres protégées. En soi, la simple capacité pour les personnes physiques de réaliser des reproductions à l'aide des appareils et supports de reproduction numériques suffit pour justifier l'application de la redevance pour copie privée³⁴⁹. Dès lors, la Cour conclut dans cette affaire que la réglementation nationale prévoyant une compensation équitable au titre de droit de reproduction pour copie privée n'est pas contraire à l'article 5, § 2, sous b), de la directive, en tant qu'elle s'applique à des supports plurifonctionnels (tels que les cartes mémoires de téléphones mobiles) à condition qu'une des fonctions desdits supports – même si elle est secondaire – permette à leurs détenteurs de réaliser des copies privées³⁵⁰. Ensuite, concernant le montant de la compensation équitable, la Cour précise d'abord que le caractère principal ou secondaire de la fonction de stockage ainsi que la capacité dudit support à réaliser de telles copies aura une incidence sur le montant³⁵¹. Par ailleurs, si le préjudice subi par les titulaires est minime, la mise à disposition d'une telle fonction sur le support pourrait ne pas donner naissance à une obligation de paiement de cette compensation³⁵². La Cour poursuit son analyse en estimant que la réglementation nationale n'est pas non plus contraire à l'article 5, § 2, sous b), en ce qu'elle impose le paiement d'une redevance aux fabricants et aux importateurs qui vendent des cartes mémoires de téléphones mobiles à des professionnels, car ces cartes sont destinées à être revendues par ces derniers sans connaître la qualité des acheteurs finaux³⁵³. Enfin, la Cour conclut que, si la directive 2001/29/CE s'oppose à une réglementation nationale prévoyant une compensation équitable pour les reproductions effectuées à partir des sources illicites³⁵⁴, elle ne s'oppose pas

³⁴⁶ C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan SL c. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, aff. C-521/11, point 19.

³⁴⁷ Voy. la précédente chronique *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 54 à 55; C.J.U.E., 16 juin 2011, *Stichting de Thuiskopie c. Opus Supplies Deutschland GmbH e.a.*, aff. C-462/09, points 34 et 23; C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon.com International Sales e.a.*, aff. C-521/11, point 20; C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan SL c. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, précité, point 37.

³⁴⁸ C.J.U.E., 5 mars 2015, *Copydan Bandkopi c. Nokia Danmark A/S*, aff. C-463/12.

³⁴⁹ C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan SL c. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, précité, points 54 à 56; C.J.U.E., 5 mars 2015, *Copydan Bandkopi c. Nokia Danmark A/S*, précité, points 24, 25 et 64.

³⁵⁰ C.J.U.E., 5 mars 2015, *Copydan Bandkopi c. Nokia Danmark A/S*, précité, point 29.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Ibid.*, point 55. Voy. les conditions énoncées par la Cour sous ce point.

³⁵⁴ *Ibid.*, point 79.



à une telle compensation concernant la reproduction des œuvres protégées effectuées par une personne physique à partir ou à l'aide d'un dispositif appartenant à un tiers³⁵⁵.

Le deuxième arrêt en la matière est celui du 22 septembre 2016, où la Cour statue sur la conformité de la réglementation italienne à l'article 5, § 2, sous b), de la directive 2001/29/CE. D'une part, la réglementation italienne conditionne l'exonération du paiement de la redevance pour copie privée à charge des producteurs et importateurs d'appareils et de supports destinés à un usage professionnel, à la conclusion d'accords entre lesdits producteurs et importateurs et l'entité représentant les auteurs. D'autre part, la réglementation italienne prévoit que le remboursement de la redevance, lorsque celle-ci a été indûment payée, ne peut être demandé que par l'utilisateur final de ces appareils et de ces supports³⁵⁶. La Cour commence par observer au regard de sa jurisprudence³⁵⁷ antérieure que la redevance n'est applicable qu'aux personnes physiques utilisant les équipements à des fins de copies privées. Or, le système italien ne prévoit pas une exonération de paiement de la redevance pour les importateurs et les producteurs qui prouvent que les appareils et supports ont été acquis par des personnes autres que des personnes physiques, à des fins étrangères à celles de réalisation de copies à usage privée³⁵⁸. Un tel système de financement n'est, dès lors, pas compatible avec les exigences de « juste équilibre » du considérant 35 de la directive 2001/29/CE³⁵⁹. Par ailleurs, par rapport à la mise en œuvre de l'exonération de paiement de la redevance pour copie privée, la réglementation italienne se limite à *imposer une obligation de moyen* à l'entité représentant les auteurs. En particulier, celle-ci ne doit que « promouvoir » la conclusion de protocoles d'accord avec les personnes tenues au paiement de la redevance pour copie privée³⁶⁰. Dès lors, il y a une absence de garantie que les producteurs et les importateurs se trouvant dans des situations comparables soient traités de manière identique³⁶¹. Enfin, concernant la procédure de remboursement, la Cour a jugé que le système mis en place par l'entité qui représente les auteurs – selon lequel le remboursement ne peut être demandé que par l'utilisateur final qui n'est pas une personne physique et que le producteur ou l'importateur des supports ne peut formuler une telle demande – ne prévoit pas un système de remboursement effectif et rend la restitution de la redevance excessivement difficile en ce que le droit au remboursement n'est ouvert qu'à l'utilisateur final³⁶².

78. Débiteur de la compensation équitable. Le 12 novembre 2015³⁶³, la Cour de justice a rendu un arrêt fondamental en la matière qui remettait en cause la législation belge. En l'espèce, la société Repobel (représentant les ayants droit) avait réclamé à la société Hewlett-Packard le paiement d'une redevance sur la vente des imprimantes multifonctionnelles, ce que la société avait refusé. La Cour a jugé que, contrairement à ce qui avait été avancé par l'État belge, la notion de « compensation équitable » prévue à l'article 5, § 2, sous a) et b), de la directive 2001/29/CE,

³⁵⁵ *Ibid.*, point 91.

³⁵⁶ C.J.U.E., 22 septembre 2016, *Microsoft Mobile Sales International Oy c. MIBAC, SIAE, IMAIE, ANICA, APT*, aff. C-110/15.

³⁵⁷ C.J.U.E., 5 mars 2015, *Copydan Bandkopi c. Nokia Danmark A/S*, précité, point 47.

³⁵⁸ C.J.U.E., 22 septembre 2016, *Microsoft Mobile Sales International Oy c. MIBAC, SIAE, IMAIE, ANICA, APT*, précité, point 40.

³⁵⁹ *Ibid.*, point 42.

³⁶⁰ *Ibid.*, point 47.

³⁶¹ *Ibid.*, points 46 et 47.

³⁶² C.J.U.E., 22 septembre 2016, *Microsoft Mobile Sales International Oy c. MIBAC, SIAE, IMAIE, ANICA, APT*, précité, points 55 et 56.

³⁶³ C.J.U.E., 12 novembre 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, aff. C-572/13.



doit être lue en ce sens, qu'il y a lieu d'établir une différence selon que la reproduction effectuée l'est par tout utilisateur, ou qu'elle l'est par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales³⁶⁴. En outre, la Cour observe que la directive s'oppose à la législation belge en ce que celle-ci permet d'attribuer une partie de la compensation équitable revenant aux titulaires de droit, aux éditeurs – lesquels ne sont pas titulaires d'un droit exclusif – sans obligation pour ceux-ci d'en faire bénéficier, même indirectement, les auteurs³⁶⁵. La Cour condamne également, au sein de la loi belge, un régime indifférencié de perception de la compensation équitable qui inclut abusivement aussi bien les reproductions de partitions que les reproductions réalisées à partir de sources illicites³⁶⁶. À cet égard, la Cour avait déjà jugé dans l'affaire *ACI Adam* que l'article 5, § 2, sous b), de la directive doit être lu comme ne couvrant pas l'hypothèse des copies privées réalisées à partir d'une source illicite et qu'elle ne peut pas être entendue comme imposant aux titulaires du droit d'auteur qu'ils tolèrent des violations de leurs droits pouvant accompagner la réalisation de copies privées³⁶⁷. Enfin, la Cour fixe des limites par rapport à un système de compensation équitable basé sur deux formes de rémunérations – une *rémunération forfaitaire en amont* uniquement calculée en fonction de la vitesse avec laquelle l'appareil concerné est susceptible de réaliser les reproductions et une *rémunération proportionnelle en aval* qui varie selon que le débiteur a coopéré ou non à la perception de cette rémunération. La Cour relève à ce propos que le système ainsi instauré par la législation belge, considéré dans son ensemble, n'est pas pourvu de mécanisme (notamment de remboursement) permettant l'application complémentaire des critères du préjudice effectif et du préjudice établi de manière forfaitaire à l'égard des différentes catégories d'utilisateurs³⁶⁸.

Un autre arrêt phare sur cette même problématique est intervenu le 9 juin 2016³⁶⁹, où la Cour de justice a jugé le système espagnol de compensation équitable pour l'exception de copie privée incompatible avec le droit de l'Union. Pour la Cour, les États membres peuvent certes instaurer un système de financement où les personnes morales sont dans certaines conditions redevables de la rémunération pour exception de copie privée³⁷⁰, mais de telles personnes ne sauraient être *in fine* débitrices effectives de ladite obligation de paiement, étant donné que l'exception est conçue au bénéfice exclusif des personnes physiques³⁷¹. Or, le Tribunal Supremo indique dans sa question préjudicielle que le système de financement espagnol pour exception de copie privée ne garantit pas que le coût de la compensation soit au final supporté par les seuls utilisateurs de copie privée, mais bien par l'ensemble des contribuables, y compris les personnes morales³⁷². Par ailleurs, il ne ressort pas du dossier soumis à la Cour que l'Espagne dispose d'un mécanisme permettant aux personnes morales (lesquelles ne relèvent pas de l'article 5, § 2, sous b), de la

³⁶⁴ *Ibid.*, point 43.

³⁶⁵ *Ibid.*, point 49.

³⁶⁶ *Ibid.*, point 64.

³⁶⁷ C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam BV e.a. c. Stichting de ThuisKopie*, aff. C-435/12, points 41 et 31. Voy. sur ce point la précédente chronique *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 51 et 57.

³⁶⁸ C.J.U.E., 12 novembre 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, précité, point 88.

³⁶⁹ C.J.U.E., 9 juin 2016, *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) e.a. c. Administración del Estado e.a.*, aff. C-470/14.

³⁷⁰ *Ibid.*, point 36.

³⁷¹ *Ibid.*, points 29 et 36.

³⁷² *Ibid.*, points 17 et 39.



directive 2001/29/CE) de demander à ne pas contribuer à ladite compensation ou, à tout le moins, d'obtenir un remboursement³⁷³.

79. Juridiction et compétence. Récemment, la Cour s'est prononcée sur la question de savoir si l'obligation de paiement d'une compensation équitable pour copie privée relève de la « matière délictuelle ou quasi délictuelle » au sens de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001³⁷⁴. Il s'agissait de déterminer dans cette affaire si Amazon (société ayant son siège social au Luxembourg et en Allemagne) pouvait être attiré en justice par Austro-Mechana (société de gestion collective des droits d'auteur) en Autriche. La Cour de justice répond à la question par l'affirmative. En effet, l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001³⁷⁵ (plus connu sous l'appellation « Bruxelles I ») aborde le conflit de juridiction et établit, plus particulièrement, la compétence « du tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire »³⁷⁶. Si le fait dommageable en cause s'est produit ou risque de se produire en Autriche, les juridictions autrichiennes seraient compétentes pour connaître de la demande d'Austro-Mechana à l'encontre d'Amazon³⁷⁷. Après s'être prononcée sur la compétence de juridiction, la Cour se penche sur la question de savoir si l'action en demande de rémunération pour copie privée relève de la matière délictuelle au sens de l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I. La Cour raisonne en deux temps. Tout d'abord, la Cour considère que l'obligation de payer la rémunération « n'est pas librement consentie par une personne à l'égard d'une autre », mais imposée à Amazon par le droit autrichien et dès lors ne se rattache pas à « la matière contractuelle » visée par l'article 5, point 1, sous a), du règlement Bruxelles I³⁷⁸. Ensuite, la Cour confirme sa jurisprudence constante relative à la nature indemnitaire de la compensation équitable³⁷⁹. Dès lors, la Cour soutient que l'absence de perception par Austro-Mechana de la rémunération pour copie privée constitue un fait dommageable au sens de l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I³⁸⁰. Raison pour laquelle ce dernier article doit être interprété en ce sens que l'obligation de paiement mettant en œuvre le système de « compensation équitable » prévu à l'article 5, § 2, sous b), de la directive 2001/29/CE relève de la « matière délictuelle ou quasi délictuelle », au sens de l'article 5, point 3, du règlement³⁸¹.

³⁷³ *Ibid.*, point 40. Voy. en ce sens C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon.com International sales e.a.*, précité, points 25 à 31 et 37 ; C.J.U.E., 5 mars 2015, *Copydan Bandkopi c. Nokia Danmark A/S*, précité, point 45.

³⁷⁴ C.J.U.E., 21 avril 2016, *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH c. Amazon EU Sàrl e.a.*, aff. C-572/14.

³⁷⁵ Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Aujourd'hui remplacé par l'article 7, point 3, du règlement n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles Ibis).

³⁷⁶ La Cour a indiqué dans l'affaire *Handelskwekerij Bier* en 1976, que le demandeur a le choix d'assigner soit devant les juridictions d'un État dans lequel le dommage s'est produit, soit devant celles de l'État où l'événement causal a eu lieu (C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Handelskwekerij Bier*, aff. C-21/76). Voy. à ce propos la précédente chronique *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 66 à 68.

³⁷⁷ C.J.U.E., 21 avril 2016, *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH c. Amazon EU Sàrl e.a.*, précité, point 52.

³⁷⁸ *Ibid.*, point 38.

³⁷⁹ *Ibid.*, point 43.

³⁸⁰ *Ibid.*, point 44.

³⁸¹ *Ibid.*, point 53.



4. Mise en œuvre des droits contre les intermédiaires

80. Notion d'intermédiaire – Bureau d'enregistrement (*Registrar*). La notion d'intermédiaire – à savoir ces intervenants dont les services sont utilisés pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle – est une notion clé dans l'environnement numérique. En permettant aux ayants droit d'agir contre ce type d'intervenants, le législateur de l'Union leur a octroyé des moyens de recours particulièrement attractifs. Encore convient-il de prendre la pleine mesure de ce que recouvre cette catégorie d'opérateurs. Dans le cadre de l'affaire *EuroDNS* soumise au tribunal d'arrondissement de Luxembourg³⁸², le tribunal rappelle, en s'appuyant sur l'arrêt *UPC Telekabel*³⁸³ de la C.J.U.E., que « la notion d'intermédiaire est large et ne se limite pas aux intermédiaires expressément visés par la législation sur le commerce électronique, tels que les hébergeurs au sens strict, définis à l'article 14 de la directive 2000/31/CE »³⁸⁴. Ce faisant, le tribunal constate que, dès lors que le bureau d'enregistrement fournit à ses clients la possibilité d'accéder à internet en leur permettant d'enregistrer un nom de domaine, cette société doit être qualifiée d'intermédiaire et peut être sujette à une action en cessation³⁸⁵. Le tribunal juge ainsi indifférent, tant le fait que le bureau d'enregistrement n'ait aucun contrôle de droit ou de fait sur l'utilisation faite *in fine* du nom de domaine, que le fait qu'il s'agisse potentiellement de « sous-locataires » des serveurs qui se livrent aux violations de droits d'auteur³⁸⁶.

81. Responsabilité – Connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite. Dans une affaire soumise au tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, le demandeur avait notifié à un prestataire de services en ligne (Telenet) une demande de suppression de contenus portant atteinte au droit d'auteur se trouvant sur ses serveurs³⁸⁷. À cette occasion, le plaignant avait également communiqué au prestataire des informations qui étaient, selon lui, suffisantes pour identifier les contenus problématiques.

Le tribunal indique qu'il est suffisant que le prestataire ait eu connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur normalement prudent aurait dû constater l'illicéité en cause³⁸⁸. Cela étant, le tribunal observe qu'une notification n'engendre pas automatiquement la perte de l'exonération de responsabilité³⁸⁹. En effet, selon le tribunal, « pour qu'il soit question d'une connaissance effective dans le chef de l'hébergeur, il ne suffit pas que le plaignant fasse une notification d'ordre général à ce fournisseur de services. La notification doit être suffisamment précise et détaillée pour que l'hébergeur puisse identifier le contenu problématique »³⁹⁰. L'opéra-

³⁸² Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, pp. 146-157. Voy. également le point 52 du titre I « Contrats de l'informatique et commerce électronique » du présent ouvrage.

³⁸³ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, aff. C-314/12, EU:C:2014:192, disponible sur <https://curia.europa.eu>. Sur cet arrêt, voy. la précédente chronique: A. CRUQUENAIRE, F. DELNOOZ, S. HALLEMANS, C. KER et B. MICHAUX, « Droits intellectuels », *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, p. 59.

³⁸⁴ Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, p. 154.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, p. 154.

³⁸⁷ Rb. Brussel, 2 avril 2015, *A&M*, 2015/5-6, bl. 398-399. Voy. également le point 50 du titre I « Contrats de l'informatique et commerce électronique » du présent ouvrage.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*, bl. 401 (traduction libre).



teur doit en effet disposer de suffisamment d'informations pour pouvoir réagir promptement³⁹¹. Or, dans le cas d'espèce, le tribunal estime que tel n'était pas le cas³⁹².

82. Responsabilité indirecte – Absence de mesures de protection d'un réseau local sans fil. Dans son arrêt *Mc Fadden*³⁹³, la Cour de justice est confrontée à la question de savoir si un gérant d'entreprise, exploitant un réseau local sans fil et offrant volontairement un accès gratuit et anonyme à internet aux abords de son entreprise, peut voir sa responsabilité engagée indirectement³⁹⁴, dès lors que l'absence de mesures de protection de son réseau a permis à des tiers de violer, anonymement, des droits de propriété intellectuelle³⁹⁵.

À cet égard, la Cour de justice relève que si un prestataire intermédiaire fournissant un accès à internet respecte les conditions de l'exonération de responsabilité prévues à l'article 12 de la directive 2000/31³⁹⁶, sa responsabilité ne peut être engagée, même indirectement³⁹⁷. Partant, une indemnisation ne peut lui être réclamée au motif que la connexion à ce réseau a été utilisée par des tiers pour violer des droits de propriété intellectuelle³⁹⁸.

83. Absence d'obligation générale en matière de surveillance. Dans l'affaire soumise au tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, évoquée précédemment³⁹⁹, s'est également posée la question de savoir dans quelle mesure une notification peu détaillée d'activités illégales engendre néanmoins, pour l'hébergeur, une obligation de recherche et d'identification précise desdites activités. À ce propos, le tribunal indique que « ne repose sur l'hébergeur aucune obligation générale de rechercher activement les faits ou les circonstances révélant des activités illégales. Il n'y a aucune raison de considérer qu'une telle obligation existerait lorsque le fournisseur de service prend connaissance d'une plainte dans laquelle il n'est pas précisément indiqué où les reproductions contrefaisantes peuvent être trouvées »⁴⁰⁰.

84. Injonctions – Conditions identiques pour les intermédiaires en ligne et hors ligne. Dans l'affaire *Tommy Hilfiger*⁴⁰¹, relative à un locataire de halles de marché sous-louant des points de vente, la C.J.U.E. juge que les conditions auxquelles est subordonnée l'injonction prise, sur la

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, aff. C-484/14. Pour un commentaire détaillé de cette décision, voy. H. HAOUIDEG et S. DEBAENE, « Wi-Fi public ouvert et téléchargement illégal : protection et obligations du fournisseur d'accès », note sous C.J.U.E. (3^e ch.), 15 septembre 2016, *R.D.T.I.*, 2016, n° 63-64, pp. 140-148.

³⁹⁴ Sur le fondement de la jurisprudence allemande relative à la responsabilité indirecte (*Störerhaftung*).

³⁹⁵ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Tobias Mc Fadden*, précité, points 23, 24 et 32.

³⁹⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.* L 178/1 du 17 juillet 2000.

³⁹⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Tobias Mc Fadden*, précité, points 74 et 75.

³⁹⁸ *Ibid.*, point 74. Pareillement, la Cour conclut logiquement qu'en pareil cas, il ne peut être fait droit à la demande accessoire de remboursement des frais de justice (point 76). Le remboursement de tels frais peut cependant être demandé si l'action intentée visait à l'obtention d'une injonction (points 77 à 79).

³⁹⁹ Voy. *supra*, n° 81.

⁴⁰⁰ Rb. Brussel, 2 avril 2015, *A&M*, 2015/5-6, bl. 401 (traduction libre).

⁴⁰¹ C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Tommy Hilfiger Licensing LLC e.a. c. Delta Center a.s.*, aff. C-494/15, disponible sur <https://curia.europa.eu>.



base de l'article 11 de la directive 2004/48⁴⁰², contre une place de marché hors ligne «sont identiques à celles, relatives aux injonctions pouvant être adressées aux intermédiaires sur une place de marché en ligne, énoncées dans l'arrêt *L'Oréal e.a.*⁴⁰³»⁴⁰⁴. Pour rappel, ces injonctions doivent être effectives et dissuasives⁴⁰⁵, équitables, proportionnées et non excessivement coûteuses⁴⁰⁶, et doivent assurer un «juste équilibre entre la protection de la propriété intellectuelle et l'absence d'obstacles au commerce légitime»⁴⁰⁷.

85. Injonctions – Blocage de plateformes de partage (*peer-to-peer*). Dans l'affaire *Stichting Brein c. Ziggo*⁴⁰⁸ de la C.J.U.E., analysée précédemment⁴⁰⁹, était posée une question préjudicielle relative à la possibilité d'ordonner à un fournisseur d'accès à internet («F.A.I.») de bloquer les noms de domaine et les adresses IP d'une célèbre plateforme de partage en ligne (*peer-to-peer*), en l'espèce «The Pirate Bay», dans l'hypothèse où l'opérateur de ce site ne communiquerait pas lui-même au public les œuvres qui sont mises à disposition sur la plateforme sans l'autorisation des ayants droit⁴¹⁰. Cependant, la Cour ayant répondu à la première question préjudicielle que «la notion de communication au public (...) couvre la mise à disposition et la gestion, sur internet, d'une plateforme de partage (*peer-to-peer*)»⁴¹¹, celle-ci constate qu'elle n'avait plus à se prononcer sur cette seconde question.

86. Injonctions – Choix des mesures techniques concrètes. Dans l'affaire *EuroDNS* impliquant le bureau d'enregistrement de noms de domaine devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg⁴¹², précitée⁴¹³, cette juridiction estime, dans la lignée de l'arrêt *UPC Telekabel* de la C.J.U.E.⁴¹⁴, qu'il n'appartient pas au juge d'ordonner des mesures techniques concrètes⁴¹⁵. À ce sujet, le tribunal ajoute que, dès lors que plusieurs solutions techniques sont envisageables pour se conformer à l'injonction de justice, il n'appartient pas au juge d'empiéter sur les prérogatives de l'intermédiaire, qui est libre de choisir les moyens organisationnels et techniques adaptés⁴¹⁶.

Dans son arrêt *Mc Fadden*⁴¹⁷ évoqué précédemment⁴¹⁸, la C.J.U.E. considère également que le choix des mesures concrètes à mettre en œuvre pour se conformer à l'injonction peut être mis

⁴⁰² Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.C.E.* L 157/45 du 30 avril 2004.

⁴⁰³ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal SA e.a. c. eBay International AG e.a.*, aff. C-324/09. Sur cet arrêt, voy. la chronique de 2012 : E. MONTERO et H. JACQUEMIN, «Commerce électronique et contrats de l'informatique», *R.D.T.I.*, 2012, n° 48-49, pp. 23-25.

⁴⁰⁴ C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Tommy Hilfiger*, précité, point 37.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, point 33 ; C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.*, précité, point 136.

⁴⁰⁶ C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Tommy Hilfiger*, précité, point 34 ; C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.*, précité, points 138 à 141.

⁴⁰⁷ C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Tommy Hilfiger*, précité, point 35 ; C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.*, précité, point 143.

⁴⁰⁸ C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein c. Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, aff. C-610/15.

⁴⁰⁹ Sur la notion de communication au public réalisée par hyperlien, voy. les nos 67 et 68 de la présente chronique.

⁴¹⁰ C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein*, précité, points 2 et 17.

⁴¹¹ *Ibid.*, points 48 et 49. Sur cette première question préjudicielle, voy. *supra*, n° 68 de la présente chronique.

⁴¹² Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, pp. 146-157.

⁴¹³ Voy. *supra*, n° 80.

⁴¹⁴ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*.

⁴¹⁵ Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, p. 155.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, précité.

⁴¹⁸ Voy. *supra*, n° 82.



à charge de l'intermédiaire⁴¹⁹. Cela étant, la Cour s'attache néanmoins à examiner elle-même le cadre factuel qui entoure le choix à opérer par l'intermédiaire, à savoir une hypothèse « [...] où, [selon la juridiction de renvoi,] les mesures que peut adopter en pratique le destinataire d'une injonction se limitent à trois, à savoir examiner toutes les informations transmises au moyen d'une connexion à internet, arrêter cette connexion, ou sécuriser celle-ci au moyen d'un mot de passe »⁴²⁰. La Cour rejette les deux premières mesures, la première étant contraire à l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance⁴²¹, et la seconde entraînant une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise de l'intermédiaire⁴²². En revanche, la Cour conclut, au terme d'une analyse critiquée par la doctrine⁴²³, qu'une juridiction peut imposer à un fournisseur d'accès une mesure technique concrète « consistant à sécuriser la connexion à internet au moyen d'un mot de passe, pour autant que les utilisateurs de ce réseau soient obligés de révéler leur identité afin d'obtenir le mot de passe requis et ne puissent donc pas agir anonymement »⁴²⁴, si cette mesure est, dans le cas d'espèce, la seule permettant d'assurer une protection effective du droit fondamental à la protection de la propriété intellectuelle⁴²⁵.

87. Injonctions – Résurgence de sites et disproportionnalité. Dans l'affaire *EuroDNS* impliquant un bureau d'enregistrement de noms de domaine devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg⁴²⁶, précitée⁴²⁷, le bureau contre lequel l'action en cessation était diligentée, faisait valoir que l'injonction réclamée par la plaignante était inefficace, et donc disproportionnée, « dans la mesure où "The Pirate Bay" avait recours à une panoplie de noms de domaine pour assurer l'accès à son système, un phénomène qui dans le jargon est connu sous le nom TPB "hydra" »⁴²⁸. Ce faisant, le bureau attaqué estimait que la mesure de cessation en cause ne permettrait pas de mettre fin à toutes les activités illégales de « The Pirate Bay » sur Internet⁴²⁹. Le tribunal estima toutefois que ceci n'avait pas pour conséquence de rendre la mesure demandée disproportionnée⁴³⁰.

88. Injonctions – Cessation pour des atteintes futures. Dans l'affaire *EuroDNS* devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg⁴³¹, précitée⁴³², le tribunal conclut qu'il appartient aux autorités et juridictions nationales, et non à une personne défendant des intérêts privés, telle que la plaignante, de vérifier l'atteinte aux droits d'auteurs⁴³³. Ce faisant, le tribunal estime que,

⁴¹⁹ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Tobias Mc Fadden*, précité, points 82 à 85.

⁴²⁰ *Ibid.*, point 86.

⁴²¹ *Ibid.*, point 88.

⁴²² *Ibid.*, points 89 et 90.

⁴²³ *Ibid.*, points 91 à 102. Pour un commentaire détaillé de cette décision, voy. H. HAOUIDEG et S. DEBAENE, « Wi-Fi public ouvert et téléchargement illégal: protection et obligations du fournisseur d'accès », note sous C.J.U.E. (3^e ch.), 15 septembre 2016, *R.D.T.I.*, 2016, n° 63-64, pp. 140-148.

⁴²⁴ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Tobias Mc Fadden*, précité, point 102.

⁴²⁵ *Ibid.*, points 99 et 100.

⁴²⁶ Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, pp. 146-157.

⁴²⁷ Voy. *supra*, nos 80 et 86.

⁴²⁸ Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, p. 155.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, pp. 146-157.

⁴³² Voy. *supra*, nos 80, 86 et 87. Voy. également le n° 52 du titre I « Contrats de l'informatique et commerce électronique » du présent ouvrage.

⁴³³ Arrond. Luxembourg, 16 mars 2016, *A&M*, 2016/2, pp. 156-157.



puisque la qualification des faits invoqués en tant qu'atteinte au droit d'auteur et la constatation de la réalité de l'atteinte invoquée relèvent du pouvoir juridictionnel, la plaignante « ne saurait demander et obtenir une injonction de cessation pour des atteintes futures (...) sur la base d'une notification unilatérale émanant d'elle, même à supposer que cette notification soit précise et circonstanciée »⁴³⁴.

89. Injonctions – Équilibre entre droit des autorités judiciaires d'ordonner la fourniture d'informations et droit de la protection des données à caractère personnel. Dans l'affaire *Coty Germany*⁴³⁵, la C.J.U.E. est amenée à se prononcer sur la conformité, avec la directive 2004/48, d'une disposition de droit allemand autorisant un établissement bancaire à exciper du secret bancaire pour refuser de fournir, dans le cadre de l'article 8, § 1^{er}, c), de ladite directive⁴³⁶, des informations portant sur le nom et l'adresse du titulaire d'un compte bancaire ayant porté atteinte à un droit de propriété intellectuelle⁴³⁷.

La Cour souligne tout d'abord que la communication des informations en cause constitue un traitement de données à caractère personnel et qu'il convient, dès lors, d'assurer le respect du droit à l'obtention d'informations dans le cadre de la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, d'une part, et du droit de la protection des données à caractère personnel, d'autre part⁴³⁸. Ce faisant, la Cour rappelle qu'il est nécessaire d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux en cause⁴³⁹. La Cour conclut que la disposition du droit allemand en cause, prise isolément, octroie, au vu de son libellé, une « autorisation illimitée et inconditionnelle d'exciper du secret bancaire »⁴⁴⁰ et est ainsi de nature à faire systématiquement échec aux procédures prévues par la directive 2004/48, ce qui induit « une atteinte caractérisée au droit fondamental à un recours effectif et, en définitive, au droit fondamental de propriété intellectuelle, dont bénéficient les titulaires de ces droits, et qu'elle ne respecte pas, dès lors, l'exigence consistant à assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux mis en balance »⁴⁴¹.

B. Protection juridique des programmes d'ordinateur

1. Conditions de protection

90. Conditions de protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur. Dans un arrêt du 19 mars 2015, la cour d'appel de Bruxelles se prononce sur les conditions et l'étendue de la protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur⁴⁴². Avant cette décision nationale,

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 157.

⁴³⁵ C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Coty Germany GmbH c. Stadtparkasse Magdeburg*, aff. C-580/13.

⁴³⁶ « Les États membres veillent à ce que, dans le cadre d'une action relative à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle et en réponse à une demande justifiée et proportionnée du requérant, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner que des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou des services qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle soient fournies par le contrevenant et/ou toute autre personne qui : (...) c) a été trouvée en train de fournir, à l'échelle commerciale, des services utilisés dans des activités contrefaisantes ».

⁴³⁷ C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Coty Germany*, précité, point 22.

⁴³⁸ *Ibid.*, points 26 à 28.

⁴³⁹ *Ibid.*, point 34.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, points 37 à 39.

⁴⁴¹ *Ibid.*, point 41.

⁴⁴² Bruxelles (9^e ch.), 19 mars 2015, *A&M*, 2015/3-4, p. 292.



la Cour de justice avait déjà décidé que ne sont pas protégeables les fonctionnalités, le langage de programmation ainsi que le format de fichier puisque aucun d'entre eux n'a vocation à constituer une forme d'expression d'un programme d'ordinateur^{443/444}. Dans son arrêt, la cour d'appel de Bruxelles décide que la seule idée de développer un logiciel qui remplit certaines fonctionnalités n'est pas protégeable⁴⁴⁵. Quant aux travaux préparatoires de conception destinés à la création du logiciel, la cour d'appel observe que, si une mise en forme verbale peut suffire à déclencher la protection par le droit d'auteur, encore faut-il que cette mise en forme réponde à la condition d'un « certain degré de concrétude des travaux préparatoires de conception »⁴⁴⁶.

2. Droits exclusifs

91. Épuisement du droit de distribution et téléchargement d'un logiciel. Dans le droit fil de l'arrêt *Usedsoft* rendu par la Cour de justice⁴⁴⁷, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 11 septembre 2015 rappelle que le téléchargement d'un logiciel et la licence permettant son utilisation constituent un ensemble indivisible⁴⁴⁸. La cour d'appel précise qu'il importe peu que le logiciel ait été mis à la disposition de l'utilisateur grâce à un téléchargement sur le site web du titulaire de droit ou sur un support physique⁴⁴⁹. La cour s'appuie ensuite sur la jurisprudence communautaire pour estimer que la propriété du logiciel est transférée à l'utilisateur dans une situation où celui-ci télécharge le logiciel, passe un contrat de licence pour son utilisation et effectue un paiement en échange de l'utilisation du logiciel pour une durée illimitée, permettant ainsi au titulaire du droit d'obtenir une rémunération équivalente à la valeur économique de la copie de l'œuvre⁴⁵⁰. La cour d'appel conclut que, dans une telle situation, il y a épuisement du droit de distribution du logiciel et de sa licence d'utilisation.

92. Règle de l'épuisement et revente de la copie de sauvegarde d'un logiciel. Dans l'arrêt *Ranks*⁴⁵¹ du 12 octobre 2016, la Cour de justice commence par rappeler sa jurisprudence *Usedsoft* selon laquelle le droit exclusif de distribution d'une copie d'un programme d'ordinateur est

⁴⁴³ Sur ce point, voy. C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute*, aff. C-406/10. Nous renvoyons pour le détail de cet arrêt à la précédente chronique, *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 61-62.

⁴⁴⁴ Bruxelles (9^e ch.), 19 mars 2015, *A&M*, 2015/3-4, p. 294. En l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles rejoint la position tenue par l'avocat général dans ses conclusions à l'arrêt *SAS Institute* selon laquelle la protection des fonctionnalités d'un logiciel aurait pour effet pervers de permettre la monopolisation des idées « au détriment du progrès technique et du développement industriel ».

⁴⁴⁵ Bruxelles (9^e ch.), 19 mars 2015, *A&M*, 2015/3-4, pp. 293 et 294.

⁴⁴⁶ *Ibid.* Précisons par ailleurs qu'en vertu de l'arrêt *SAS Institute* de la Cour de justice de l'Union européenne, le manuel d'utilisation d'un logiciel peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur sur la base de la directive 2001/29 à partir du moment où il constitue l'expression de la création intellectuelle de son auteur. Sur ce point, voy. C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute*, aff. C-406/10. Nous renvoyons pour le détail de cet arrêt à la précédente chronique, *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 61-62.

⁴⁴⁷ C.J.U.E., 3 juillet 2012, *Usedsoft*, aff. C-128/11. Pour cet arrêt, voy. la précédente chronique, *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 62-63.

⁴⁴⁸ Bruxelles (5^e ch.), 11 septembre 2015, *A&M*, 2015/5-6, p. 395.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid.* Dans le même sens, voy. aussi C.J.U.E. (3^e ch.), 12 octobre 2016, *Ranks*, précité, point 28.

⁴⁵¹ C.J.U.E. (3^e ch.), 12 octobre 2016, *Ranks*, précité. En l'espèce, vu que les requérants sont poursuivis pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la directive 2009/24, précisons que la Cour fait référence à la directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et non pas à la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Voy. point 18.



épuisé lorsque le titulaire a commercialisé, au sein de l'Union, une copie sur support physique de celui-ci accompagnée d'une licence d'utilisation illimitée⁴⁵². Elle précise par ailleurs que la règle de l'épuisement s'applique à la revente d'occasion de la copie d'un logiciel par l'acquéreur légitime à condition que cette revente ne porte pas atteinte au droit exclusif de reproduction du titulaire de droit d'auteur⁴⁵³.

En l'espèce, à l'inverse de la jurisprudence *Usedsoft*, les requérants avaient commercialisé en ligne les copies de sauvegarde d'un logiciel protégé et non pas des copies du logiciel sur supports d'origine. La Cour est alors confrontée à la revente d'une copie de logiciel d'occasion sur un support physique qui n'est pas d'origine par une personne autre que l'acquéreur initial⁴⁵⁴. Pour se prononcer sur l'applicabilité de la règle de l'épuisement à une copie de sauvegarde, la Cour de justice commence par souligner les deux conditions cumulatives entourant la création d'une copie de sauvegarde: elle doit être effectuée par un utilisateur légitime et être nécessaire pour l'utilisation du logiciel⁴⁵⁵. Une copie de sauvegarde n'est alors destinée qu'à « répondre aux seuls besoins de la personne en droit d'utiliser ce programme [d'ordinateur] »⁴⁵⁶. Par conséquent, l'utilisateur légitime du logiciel n'est pas autorisé à revendre d'occasion sa copie de sauvegarde même si le support d'origine a été abîmé ou égaré⁴⁵⁷. Aux yeux de la Cour, l'acquéreur légitime d'une copie de logiciel avec licence d'utilisation illimitée, dont le droit de distribution exclusif a été épuisé, doit obtenir l'accord du titulaire de droit pour revendre d'occasion la copie de sauvegarde qu'il a réalisée nonobstant la disparition du support d'origine⁴⁵⁸.

3. Exceptions

93. Exception pour usage normal du logiciel et utilisateur légitime. En Belgique, le tribunal de commerce d'Anvers a eu à se prononcer sur l'exception pour usage normal d'un logiciel par son « utilisateur légitime ». Au centre de cette affaire, se trouvait un conflit relatif à l'utilisation d'un logiciel sans autorisation⁴⁵⁹. Après avoir tenté en vain⁴⁶⁰ de revendiquer en sa faveur la titularité des droits d'auteurs sur le programme d'ordinateur pour contrer l'accusation de contrefaçon, le défendeur se prévaut ensuite de l'exception de l'article XI.299 du C.D.E. pour usage normal

⁴⁵² *Ibid.*, point 30. Dans ce cas, le titulaire du droit d'auteur sur le logiciel n'aura plus l'occasion de refuser les éventuelles reventes du logiciel par l'acquéreur initial ou les acquéreurs successifs et ce, même en présence d'une disposition contractuelle interdisant les cessions ultérieures.

⁴⁵³ *Ibid.*, point 38. Il y a deux hypothèses dans lesquelles la revente d'un logiciel d'occasion ne porte pas atteinte au droit exclusif de reproduction du titulaire de droit d'auteur: d'une part, lorsque le titulaire de droit y a consenti et, d'autre part, lorsque l'acquéreur légitime peut se prévaloir d'une des exceptions au droit exclusif du titulaire. Rajoutons toutefois que pour pouvoir faire jouer la règle de l'épuisement, l'acquéreur initial doit, lors de la revente d'occasion de sa copie du programme d'ordinateur, rendre cette dernière inutilisable par lui-même. Voy. point 55 où la Cour de justice rappelle sa jurisprudence *Usedsoft* (C.J.U.E., 3 juillet 2012, *Usedsoft*, précité, points 70 et 78).

⁴⁵⁴ *Ibid.*, point 31.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, point 41.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, point 43.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, points 43 et 44. Dans le même sens, voy. les enseignements du point 57.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, point 44.

⁴⁵⁹ Comm. Anvers, 19 mai 2016, *A&M*, 2016/2, p. 169.

⁴⁶⁰ En l'espèce, le défendeur a invoqué une série de documents jugés non probants par le tribunal pour démontrer qu'il était le titulaire de droits d'auteur sur le logiciel. Voy. *ibid.*, pp. 170-171.



du programme d'ordinateur⁴⁶¹. Le défendeur estime en particulier, en s'appuyant sur la jurisprudence *Usedsoft*⁴⁶², que la notion d'« utilisateur légitime » est plus large que celle de « preneur de licence »⁴⁶³. Le tribunal est néanmoins d'avis que cet argument ne vaut que dans le contexte de l'application du mécanisme de l'épuisement du droit exclusif de distribution, permettant d'attribuer la qualification « d'utilisateur légitime » aux sous-acquéreurs subséquents des programmes d'ordinateur revendus⁴⁶⁴. Le tribunal n'est dès lors pas convaincu par l'argument « circulaire » du défendeur selon lequel il serait un utilisateur légitime pour la seule raison qu'il possède une copie du logiciel. Un tel raisonnement impliquerait que « la personne qui trouverait par hasard un support contenant un logiciel dans la rue et qui en ferait usage deviendrait automatiquement un "utilisateur légitime" »⁴⁶⁵. Le tribunal conclut alors que l'exception pour usage normal n'a évidemment pas un tel objectif et l'utilisation par le défendeur du logiciel en cause viole donc les droits du titulaire⁴⁶⁶.

C. Protection juridique des bases de données

1. L'existence d'une base de données

94. Un recueil d'éléments « indépendants ». Dans une affaire⁴⁶⁷ concernant la reconnaissance du statut de base de données protégée en vertu de la directive 96/9⁴⁶⁸ à une carte topographique, la Cour de justice a décidé que les coordonnées géographiques pouvant être extraites de cette carte « conserv[ai]ent, après leur extraction, une valeur informative suffisante pour pouvoir être qualifiées d'"éléments indépendants" d'une "base de données" au sens de ladite disposition »⁴⁶⁹ et, par conséquent, que cette carte peut éventuellement être considérée comme une base de données. La Cour affirme ainsi qu'« un élément est "indépendant" si celui-ci, une fois isolé des autres, "conserve une valeur autonome", même si cette valeur est moindre que la valeur informative qu'elle aurait/avait au sein de sa base de données d'origine »⁴⁷⁰. Cet arrêt semble confirmer la tendance de la Cour à vouloir étendre la notion de base de données⁴⁷¹.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 171. L'autorisation du titulaire de droits n'est en effet pas nécessaire lorsque la reproduction temporaire ou permanente du programme d'ordinateur est essentielle pour que l'utilisateur légitime puisse faire usage de celui-ci.

⁴⁶² C.J.U.E., 3 juillet 2012, *Usedsoft*, précité, point 82.

⁴⁶³ Comm. Anvers, 19 mai 2016, précité, p. 171.

⁴⁶⁴ *Ibid.* En effet, selon le tribunal, le point 83 de l'arrêt *Usedsoft* vient nuancer l'argument du défendeur.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ C.J.U.E., 29 octobre 2015, *Freistaat Bayern c. Verlag Esterbauer GmbH*, aff. C-490/14.

⁴⁶⁸ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.C.E.* L 77/20 du 27 mars 1996.

⁴⁶⁹ C.J.U.E., *Esterbauer*, précité, point 29.

⁴⁷⁰ A. CRUQUENAIRE, A. DELFORGE, J.-B. HUBIN, M. KNOCKAERT, B. MICHAUX et T. TOMBAL, « Droit d'auteur et œuvres générées par machine », in H. JACQUEMIN et A. DE STREEL (dir.), *Intelligence artificielle et droit*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 226.

⁴⁷¹ Dans ce sens, voy. B. MICHAUX, « La Cour de justice favorise-t-elle l'appropriation des données par celui qui les a traitées ? », *A&M*, 2017, pp. 28 et s.; pour une critique de l'arrêt, voy. S. DUSOLLIER, C. KER et F. DELNOOZ, « Les droits intellectuels (novembre 2014-octobre 2015) », *J.D.E.*, 2016, p. 21.



2. La condition d'investissement substantiel

95. Un investissement dans la création des données. À l'occasion d'une demande en tierce opposition dirigée contre une ordonnance de saisie-description⁴⁷², le président du tribunal de commerce de Bruxelles a considéré qu'une base de données composée de dossiers patients (identité du patient, analyses médicales de celui-ci, médecin prescripteur...) n'était pas protégeable à défaut d'investissement substantiel dans l'obtention, la vérification ou la présentation des données. En effet, selon le président, les investissements consentis dans la production des analyses médicales constituent des investissements dans la création des données⁴⁷³ et ne peuvent donc être pris en compte dans l'appréciation de l'investissement⁴⁷⁴. Il ajoute que l'investissement effectué dans la vérification des analyses ne se détache pas à suffisance de la création de ces données pour être à son tour pris en compte⁴⁷⁵.

96. Un investissement substantiel. Lors d'un litige⁴⁷⁶ dans lequel le CIBV (une association professionnelle des spécialistes du bâtiment), agissant au nom de ses membres, reprochait au site « Billionhomes » (méta-moteur de recherche en matière d'immobilier) de procéder à l'extraction des données contenues dans la base de données constituée par chaque agent immobilier, le président du tribunal de commerce de Gand a considéré que les investissements effectués par les agents immobiliers eux-mêmes pour remplir leurs fiches sur les maisons mises en vente⁴⁷⁷ n'étaient pas substantiels. Le tribunal précise à cet égard que les investissements consentis par ces agents dans la récolte des données sur ces maisons ne sont pas substantiels et que l'investissement consenti dans la mise en ligne de ces informations sur leur propre site internet n'est pas très élevé à l'heure actuelle. Il conclut que cela fait partie du métier d'agent immobilier. Cette référence à l'activité dans laquelle s'inscrivent les investissements rappelle certains arrêts de la Cour de justice dans lesquels la Cour a fait référence au cadre dans lequel le producteur constitue sa base de données⁴⁷⁸. Néanmoins, comme souligné par le président du tribunal de commerce de Bruxelles dans le jugement cité précédemment⁴⁷⁹, ce n'est pas « parce que la base de données en question avait été produite dans le cadre de l'activité principale de son producteur qu'il a été considéré qu'elle ne pouvait bénéficier d'un droit *sui generis*, mais parce qu'en l'espèce, aucun investissement substantiel n'avait été consenti en dehors de la création des données (sélection des chevaux admis à participer à une course) et de la vérification de ces données concomitante à cette création »⁴⁸⁰.

⁴⁷² Prés. Comm. Bruxelles, 18 septembre 2017, *I.R.D.I.*, 2017/3, pp. 213-220.

⁴⁷³ Notamment du fait que ces analyses ont nécessité une démarche active et non de simple observateur qui aurait simplement observé une donnée « préexistante », ce qui « se rapproche d'avantage d'un processus de création ».

⁴⁷⁴ Le président du tribunal fonde son argumentaire sur l'arrêt C.J.C.E., 9 novembre 2004, *The British horseracing Board e.a. c. William Hill Organization Ltd*, aff. C-203/02.

⁴⁷⁵ D'autres investissements sont également étudiés dans cette ordonnance mais aucun de ceux-ci n'a permis de remplir cette condition d'« investissement substantiel ».

⁴⁷⁶ Prés. Comm. Gand (sect. Gand), 27 janvier 2016, *A&M*, 2016, pp. 172-176.

⁴⁷⁷ La décision n'étant pas très explicite sur les données dont il est question, nous pouvons raisonnablement considérer que cela pouvait être notamment des photos, des descriptions, des prix de maison...

⁴⁷⁸ Notamment C.J.C.E., *The British horseracing Board*, précité, point 41 ; C.J.C.E., 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd c. OPAP*, aff. C-444/02, point 45.

⁴⁷⁹ Prés. Comm. Bruxelles, 18 septembre 2017, *I.R.D.I.*, 2017/3, pp. 213-220.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 216.



3. La liberté contractuelle en cas de non-protection

97. Les restrictions contractuelles. Dans un arrêt⁴⁸¹ concernant un comparateur de vols *low-cost* qui, à chaque demande d'un utilisateur de ce site, allait interroger la base de données de Ryanair, la C.J.U.E. a précisé que si la base de données de Ryanair n'était protégée ni en vertu du droit *sui generis* (faute d'investissement substantiel pertinent par exemple) ni en vertu du droit d'auteur, et échappait donc au champ d'application de la directive 96/9, Ryanair pouvait limiter contractuellement l'utilisation de cette base et donc interdire contractuellement à l'utilisateur légitime de celle-ci d'extraire et/ou de réutiliser des parties non substantielles de son contenu. Sans faire référence à cet arrêt *Ryanair*, dans l'affaire concernant les bases de données des agents immobiliers qui étaient réutilisées par Billionhomes⁴⁸², le CIBV a fait valoir que les conditions générales d'utilisation du site de certains agents immobiliers interdisaient le *scraping* (extraction automatisée du contenu d'un site web) à des fins commerciales. Le tribunal n'a toutefois pas pu accueillir cet argument⁴⁸³ du fait que cette interdiction n'était pas présente sur le site de tous les agents immobiliers et que dès lors le demandeur agissant au nom de ses membres ne pouvait prouver une interdiction généralisée du *scraping*.

D. Droits des marques

98. Propos introductifs. Durant la période couverte par la chronique, un grand nombre de jugements et arrêts relatifs au droit des marques ont été prononcés. Ces derniers, en ce qui concerne les technologies de l'information et de la communication, n'apportent pas beaucoup d'évolutions majeures quant au fond du droit des marques. Cela étant, ils comportent de nombreuses précisions et ils complètent utilement des cas d'application de la jurisprudence antérieure – principalement communautaire.

1. Compétence du juge

99. Lieu du fait dommageable. Lors de l'introduction d'une action en justice ayant pour objet de faire cesser un comportement dommageable trouvant son origine dans un autre État membre, la partie préjudiciée peut agir devant les juridictions du «lieu où le fait dommageable s'est produit», conformément à l'article 5.3 du règlement n° 44/2001 sur la compétence judiciaire en matière civile et commerciale (depuis lors remplacé par l'article 7.3 du règlement n° 1215/2012, dit Bruxelles *Ibis*)⁴⁸⁴ et à la jurisprudence européenne ayant interprété cette notion. En l'espèce, l'objet de la demande examinée par la cour d'appel de Bruxelles⁴⁸⁵ était de mettre fin à l'enregistrement abusif d'un nom de domaine doté d'une extension en «.com», dont le titulaire était établi en Pologne, et qui portait atteinte à plusieurs marques Benelux. La cour d'appel a considéré que les conditions d'application de cette disposition étaient remplies, le dommage subi par le

⁴⁸¹ C.J.U.E., 15 janvier 2015, *Ryanair Ltd. c. PR Aviation BV*, aff. C-30/14; voy. la note de M. LAMBRECHT, «Note sous C.J., 15 janv. 2015, C-30/14», *A&M*, 2015/2, pp. 181-183.

⁴⁸² Prés. Comm. Gand (sect. Gand), 27 janvier 2016, *A&M*, 2016, pp. 172-176.

⁴⁸³ Le président du tribunal ayant refusé d'accorder une protection juridique aux bases de données des agents immobiliers, selon la jurisprudence *Ryanair*, rien n'empêchait les agents immobiliers d'interdire la réutilisation, même légitime, de leur base de données.

⁴⁸⁴ Pour une application de cette disposition en matière de droits d'auteur, voy. *supra*, n° 79.

⁴⁸⁵ Bruxelles (9^e ch.), 10 juin 2016, *Ing.-Cons.*, 2016, n° 3, p. 648.



titulaire des marques – établi en Belgique – se produisant en Belgique et étant en lien causal avec l'enregistrement dommageable du nom de domaine commis en Pologne. Conformément à la jurisprudence *Shevill*, la Cour a donc jugé que les juridictions du Royaume étaient compétentes.

100. Litispendance et notion de « mêmes faits ». En vertu de l'article 109.1, *littera a*), du règlement n° 207/2009 sur les marques communautaires (depuis lors remplacé par le règlement n° 2017/1001), une procédure de dessaisissement et de regroupement des actions judiciaires est prévue lorsque plusieurs actions en contrefaçon sont formées devant les juridictions d'États membres différents entre les mêmes parties et pour les mêmes faits (litispendance), dès lors qu'une action a pour fondement une marque de l'Union européenne et une autre, une marque nationale.

Dans l'affaire C-231/16⁴⁸⁶, les questions préjudicielles adressées à la Cour de justice avaient trait à la notion de « mêmes faits », suite à l'utilisation par les sociétés Merck & Co et ses filiales, de la marque Merck dans des noms de domaine dotés d'extensions en «.com» et sur des plateformes de médias sociaux accessibles dans le monde entier. Cette utilisation de la marque s'est faite à l'encontre d'accords quant à l'utilisation territoriale de cette marque entre les entreprises susmentionnées et la société Merck, distincte des premières depuis 1919 et titulaire de la marque nationale Merck au Royaume-Uni et de la même marque de l'Union européenne. La société Merck a ainsi intenté deux actions consécutives à l'encontre des sociétés Merck & Co et de ses filiales : l'une auprès des juridictions du Royaume-Uni et qui concernait le territoire de cet État membre, et l'autre auprès des juridictions allemandes, qui concernait l'ensemble du territoire de l'Union. La Cour de justice a répondu aux questions préjudicielles soumises par les juridictions allemandes – qui auraient potentiellement pu être dessaisies – en indiquant qu'il n'est pas question de « mêmes faits » si la portée territoriale des prétentions de la demanderesse est différente d'un recours à l'autre.

Dans un tel cas, soit la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir de la partie du litige relative au territoire de l'État membre visé par la première demande, soit le demandeur doit se désister partiellement de sa seconde demande en ce qui concerne le territoire de l'État membre concerné par la première action judiciaire.

2. Conditions de fond de la protection

101. Preuve de l'acquisition du caractère distinctif d'une marque par son usage. Dans l'affaire T-304/16⁴⁸⁷, le caractère distinctif et non descriptif de la marque de l'Union européenne « bet365 », utilisée pour des services de paris et de jeux d'argent sur internet, a été mis en cause lors d'une demande en nullité de ladite marque. Après que celle-ci ait été rejetée par la division d'annulation, elle a été accueillie par la chambre de recours de l'EUIPO. Le titulaire de la marque contestée a alors demandé l'annulation de cette décision devant le Tribunal de l'Union européenne.

⁴⁸⁶ C.J.U.E., 19 octobre 2017, *Merck KGaA c. Merck & Co. Inc. e.a.*, aff. C-231/16.

⁴⁸⁷ Trib., 14 décembre 2017, *bet365 Group Limited c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, aff. T-304/16.



Le Tribunal a fait droit à cette demande, considérant à l'inverse de la chambre de recours que même si l'utilisation majoritaire du signe concerné était faite en tant que tout ou partie d'un nom de domaine – en l'occurrence, «bet365.com» –, cela n'empêchait pas que cette utilisation soit également considérée comme un emploi de la marque en tant que telle⁴⁸⁸. Dès lors, et à la condition que le public pertinent perçoive d'emblée les caractères «bet365» comme une indication de l'origine commerciale des services concernés, leur utilisation dans un nom de domaine n'empêche pas ce signe d'acquérir un caractère distinctif par l'usage qui en est fait, bien qu'il n'en soit pas doté *ab initio*. Or, le site internet lié à ce nom de domaine étant le principal canal par lequel le titulaire de la marque fournit ses services, les internautes qui se connectent audit site internet ne le font pas par hasard et utilisent les caractères «bet365» comme identifiant des services du titulaire, conformément à la fonction première de la marque.

Par conséquent, les informations fournies par le titulaire de la marque et portant notamment sur le nombre de connections à son site web et son classement en termes de fréquentations dans différents pays ont été acceptées par le Tribunal au titre d'éléments de preuve pour démontrer un usage significatif de la marque en tant que telle⁴⁸⁹, lui permettant d'acquérir un caractère fortement distinctif.

3. Atteinte à la marque

102. Recevabilité de la preuve relative à l'usage sérieux d'une marque antérieure. Dans l'affaire *Menelaus*⁴⁹⁰, le Tribunal de l'Union européenne se prononce sur la recevabilité d'éléments de preuve de nature numérique destinés à démontrer l'usage sérieux de marques antérieures. Il s'agissait en particulier de CD-ROM. Bien que ce moyen de transmission des preuves ait été contesté par la partie adverse – laquelle fondait cet argument sur une décision antérieure en ce sens de l'OHMI (aujourd'hui EUIPO)⁴⁹¹ –, le Tribunal a jugé que «des moyens de preuve tels que du matériel audio ou vidéo, comme des annonces publicitaires radiodiffusées ou télédiffusées, ne sont pas exclus. Or, ceux-ci sont généralement disponibles sur un support informatique comme un CD-ROM ou une clé USB et ne peuvent pas être présentés sur un support en papier ou dans un fichier numérisé d'un tel document»⁴⁹². La juridiction européenne a également rappelé à cette occasion qu'elle n'était pas liée par la pratique décisionnelle de l'EUIPO.

103. Appréciation de la preuve numérique relative à un signe antérieur. Dans trois arrêts, le Tribunal de l'Union européenne a été amené à apprécier des éléments de preuve de nature numérique destinés à démontrer, respectivement, la renommée d'une marque antérieure⁴⁹³,

⁴⁸⁸ Dans le même sens, Trib., 23 septembre 2015, *L'Oréal c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*, aff. T-426/13, point 50.

⁴⁸⁹ Dans le même sens, *ibid.*, point 55.

⁴⁹⁰ Trib., 18 novembre 2015, *Menelaus BV c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*, aff. T-361/13.

⁴⁹¹ O.H.M.I., affaire *Miquel Alimenticio Grup, SA c. Aldo GmbH & Co. KG (GOURMET)*, R 1259/2011-4.

⁴⁹² Trib., 18 novembre 2015, *Menelaus BV c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*, précité, point 26.

⁴⁹³ Trib., 19 septembre 2017, *Tamasu Butterfly Europa GmbH c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, aff. T-315/16.



l'usage sérieux d'une marque antérieure⁴⁹⁴ et l'utilisation dans la vie des affaires d'un « signe dont la portée n'est pas seulement locale » antérieur⁴⁹⁵.

Dans le premier de ces cas, les preuves de la renommée de la marque antérieure consistaient notamment dans des extraits de site internet et des vidéos disponibles sur la plateforme YouTube. Sans condamner la nature numérique de ces preuves, le Tribunal indique toutefois que la marque antérieure n'y apparaît pas de manière isolée, mais toujours en combinaison avec un autre élément figuratif. Il considère dès lors que ces documents ne sauraient établir la renommée de la marque antérieure *per se*; à moins qu'il ne soit établi que le public pertinent, au vu de la marque complexe, « aurait mémorisé également ladite marque antérieure, prise isolément, de manière suffisamment constante pour qu'il puisse en être déduit que celle-ci était renommée »⁴⁹⁶, ce qui n'est pas démontré en l'espèce.

Dans la deuxième affaire, les preuves de l'usage sérieux de la marque antérieure consistaient notamment dans des extraits de sites internet, des extraits d'actions promotionnelles en ligne et des extraits de profils Facebook. Le Tribunal considère que les éléments produits démontrent à suffisance l'usage de la marque antérieure conformément à la fonction première d'une marque (indication d'origine); bien que la majorité des preuves produites ne fassent pas mention des dates auxquelles l'usage de la marque a été fait. En effet, les corrélations entre les éléments datés et ceux qui ne le sont pas suffisent à convaincre le Tribunal, outre la variété des sources utilisées comme preuves.

Dans la dernière affaire, les preuves destinées à établir l'utilisation dans la vie des affaires d'un « signe [antérieur] dont la portée n'est pas seulement locale » consistaient notamment dans des documents relatifs à l'utilisation dans la vie des affaires d'un nom de domaine correspondant au signe, des extraits de sites internet contenant ledit signe, des extraits de publicités relatives aux activités du requérant obtenues après une recherche internet liée au signe dont question, et des classements en ligne reprenant en bonne position les activités du requérant. Le Tribunal estime, sur la base de ces preuves, que « de tels éléments sont pertinents aux fins d'évaluer la dimension économique de la portée du signe invoqué, en particulier l'intensité de l'usage de ce signe, sa connaissance par les consommateurs et les concurrents, et la diffusion qui a été donnée à ce signe »⁴⁹⁷.

104. Appréciation de la preuve: utilisation du signe incriminé sur un site internet ne ciblant pas l'Union européenne. Dans l'affaire *Coca-Cola c. Mitico*⁴⁹⁸, Coca-Cola se plaignait du caractère infractionnel d'un signe postérieur à sa marque, au motif que le signe incriminé risquerait de tirer indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque de Coca-Cola. Les éléments de preuve relatifs à l'infraction dénoncée consistaient dans des pages web extraites

⁴⁹⁴ Trib., 24 octobre 2017, *UAB Keturi kambariai c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, aff. T-202/16.

⁴⁹⁵ Trib., 30 novembre 2016, *Fiesta Hotels & Resorts, SL c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, aff. T-217/15.

⁴⁹⁶ Trib., 19 septembre 2017, *Tamasu Butterfly Europa GmbH c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, précité, point 54.

⁴⁹⁷ Trib., 30 novembre 2016, *Fiesta Hotels & Resorts, SL c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, précité, point 48.

⁴⁹⁸ Trib., 7 décembre 2017, *The Coca-Cola Company c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, aff. T-61/16.



d'un site internet géré par Mitico, doté d'une extension «.com», principalement rédigé en arabe et ne visant pas principalement les consommateurs de l'Union européenne. Le Tribunal retient ces preuves et considère que les extraits du site internet «sont susceptibles de permettre de conclure *prima facie* à un risque futur non hypothétique de profit indu dans l'Union»⁴⁹⁹.

105. AdWords et atteinte aux fonctions de la marque. Dans un arrêt du 13 mai 2016, la cour d'appel de Bruxelles⁵⁰⁰ juge que la combinaison de mots «The Dog Nanny» est dépourvue de caractère distinctif pour des services d'accompagnement d'animaux de compagnie. De ce fait, aucune marque ou dénomination commerciale ne peut s'y attacher. La cour précise également que du fait de ce manque de caractère distinctif, l'utilisation par d'autres acteurs économiques de la combinaison susmentionnée en tant que mots clés sur internet ne peut en aucun cas porter atteinte à une fonction distinctive, ou publicitaire.

Enfin, la cour indique de façon surabondante que même dans le cas où un tel ensemble de mots aurait été distinctif et susceptible de faire l'objet d'une marque, son utilisation par un concurrent aux fins de promouvoir ses propres services sur internet ne porterait pas atteinte à une fonction publicitaire de ladite marque, conformément aux enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Interflora*.

106. Annonces maintenues en ligne malgré l'opposition d'un ancien licencié. L'affaire *Daimler*⁵⁰¹ concerne une société hongroise active dans le domaine de l'automobile, ayant conclu une convention avec une filiale de Daimler aux fins de pouvoir utiliser la marque «Mercedes-Benz» et se déclarer réparateur agréé de ladite marque dans ses annonces publicitaires, notamment en ligne. À la suite de la rupture de la convention entre les deux parties, l'ancien licencié a envoyé plusieurs demandes aux annonceurs en ligne, afin que soient supprimées les annonces à son sujet précisant qu'il était agréé par la marque «Mercedes-Benz».

En dépit de ces demandes, des annonces faisant mention du lien entre «Mercedes-Benz» et son ancien licencié ont continué à circuler sur internet, menant Daimler à introduire une action en contrefaçon à l'encontre de son ancien contractant. Dans ces circonstances, une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice, relative à l'imputabilité d'une telle situation de fait à l'ancien licencié. La Cour a jugé qu'il ne pouvait y avoir d'usage du signe protégé imputable à l'ancien licencié, dès lors que ce dernier a expressément exigé que les annonceurs en cause suppriment le message litigieux.

107. Nom de domaine créant une atteinte à la marque. Dans un arrêt du 4 juin 2015, la cour d'appel d'Anvers⁵⁰² juge que l'enregistrement du nom de domaine «www.sterckmagazine.be» par la société Big Media Group constitue une atteinte aux droits de l'entreprise Bright Communications, laquelle était titulaire de la marque Benelux antérieure «Sterck Magazine», ainsi que de plusieurs noms de domaines liés à cette marque. Plus précisément, la Cour estime que la société Big Media Group contrevient, du fait de cet enregistrement, à la législation relative aux noms de domaines (article XII.22 du Code de droit économique) et cause une atteinte au nom commercial

⁴⁹⁹ *Ibid.*, point 101.

⁵⁰⁰ Bruxelles (9^e ch.), 13 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2016/28, p. 1314.

⁵⁰¹ C.J.U.E., 3 mars 2016, *Daimler AG c. Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő Kft.*, aff. C-179/15.

⁵⁰² Anvers, 4 juin 2015, *Droits Intellectuels*, 2015, n° 3, p. 225.



antérieur et à la marque antérieure de Bright Communications. Dans un cas très similaire, la cour d'appel de Bruxelles⁵⁰³ a tranché de la même façon.

Une troisième affaire est à mentionner ici. Dans le cadre d'une action en cessation, le président du tribunal de commerce d'Anvers⁵⁰⁴ juge que la marque Benelux antérieure « Modero » et le nom commercial postérieur « Meduro », utilisés pour des services similaires, sont ressemblants. Du fait de cette double identité, et du risque de confusion en découlant pour le public pertinent, le juge considère qu'il existe une atteinte à la marque antérieure. Dès lors, le juge ordonne la cessation de l'utilisation du nom commercial « Meduro » par la partie défenderesse, ainsi que le transfert du nom de domaine « meduro.be » utilisé par cette dernière au demandeur.

4. Limitation des effets de la marque

108. Risque de confusion pour une partie seulement de l'Union et caractère unitaire de la marque de l'Union européenne. Dans l'affaire *Combit Software*⁵⁰⁵, est posée à la Cour de justice la question de savoir comment concilier, d'une part, le caractère territorialement partiel d'un risque de confusion pour les consommateurs qui n'existe que sur une partie du territoire de l'Union et, d'autre part, le caractère territorialement unitaire des effets attachés à la marque de l'Union européenne.

La Cour de justice adopte le raisonnement suivant. Un risque de confusion dans le chef d'une partie des consommateurs doit conduire le tribunal des marques de l'Union européenne saisi à conclure à la violation du droit conféré au titulaire de la marque de l'Union. Cependant, si le tribunal des marques de l'Union européenne saisi constate l'absence de risque de confusion dans une partie de l'Union, « le commerce légitime résultant de l'usage du signe en question dans cette partie de l'Union ne saurait être interdit »⁵⁰⁶. En effet, une telle interdiction irait au-delà de la protection conférée, à défaut d'atteinte aux fonctions de la marque – et donc aux droits exclusifs de son titulaire. Dès lors, « l'interdiction de l'usage d'un signe créant un risque de confusion avec une marque de l'Union européenne s'applique à l'ensemble du territoire de l'Union, à l'exception de la partie de ce territoire pour laquelle l'absence d'un tel risque est constatée »⁵⁰⁷.

109. Épuisement. Dans l'affaire *Schweppes*⁵⁰⁸, la Cour de justice est amenée à se prononcer en matière d'épuisement du droit de marque, sur fond d'importation parallèle. Les faits peuvent se résumer comme suit: le signe « Schweppes », dans l'Union européenne, est protégé par de nombreuses marques nationales, mais pas par une marque de l'Union européenne. Or, ces différentes marques parallèles sont détenues par deux groupes différents: Coca-Cola et Orangina Schweppes Holding BV. De ce fait, lors d'importations parallèles effectuées par des tiers, depuis le Royaume-Uni (où la marque est détenue par Coca-Cola) vers l'Espagne (où la marque est détenue par le groupe Orangina Schweppes), le groupe Orangina Schweppes considère qu'il est porté atteinte à sa marque, sa fonction d'origine commerciale n'étant pas rencontrée. Plusieurs questions

⁵⁰³ Bruxelles (9^e ch.), 10 juin 2016, *Ing.-Cons.*, 2016, n° 3, p. 648.

⁵⁰⁴ Comm. Anvers (cess.), 2 novembre 2016, *Droits Intellectuels*, 2017, n° 20, p. 1598.

⁵⁰⁵ C.J.U.E., 22 septembre 2016, *Combit Software GmbH c. Commit Business Solutions Ltd*, aff. C-223/15.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, point 32.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, point 35.

⁵⁰⁸ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Schweppes SA c. Red Paralela SL et Red Paralela BCN SL*, aff. C-291/16.



préjudiciables sont alors adressées à la Cour de justice. Cette dernière considère que le droit dont se prévaut le groupe Orangina Schweppes est épuisé, si la stratégie commerciale des deux opérateurs économiques concernés favorise délibérément l'image d'une marque globale et unique. Parmi les facteurs menant à une telle conclusion, l'on peut notamment mentionner la gestion des sites internet des deux opérateurs dont question et les liens réciproques entre ces sites.

5. Extinction du droit

110. Procédure de déchéance, usage sérieux et lieu de l'usage. Dans l'arrêt T-386/16⁵⁰⁹, le Tribunal de l'Union européenne se prononce sur la territorialité de l'usage d'une marque de l'Union européenne, dans le cadre de l'appréciation de l'usage sérieux de ladite marque, en matière de procédure en déchéance. Le titulaire de la marque concernée invoque que l'usage de sa marque n'est pas restreint au territoire italien et en donne notamment pour preuve que son site internet est conçu en anglais, et non en italien. Le Tribunal constate, cependant, qu'aucun document qui démontrerait l'accessibilité du site concerné en anglais durant la période pertinente n'a été produit, la seule présence d'un drapeau anglais sur la page d'accueil ne suffisant pas à établir la preuve d'un contenu en langue anglaise. De plus, le Tribunal note que l'extension du site internet dont question est «.it» et non «.com», ce qui démontre un usage de la marque principalement destiné au public italien. Enfin, la simple accessibilité du site internet ne permettrait pas de conclure que l'usage de la marque est plus large que le seul territoire de l'Italie, sans informations complémentaires telles que des statistiques de fréquentation.

111. Procédure de déchéance, usage sérieux et importance de l'usage. Dans l'arrêt T-137/14⁵¹⁰, le Tribunal de l'Union européenne se prononce sur l'importance de l'usage d'une marque de l'Union européenne, dans le cadre de l'appréciation de l'usage sérieux de ladite marque, en matière de procédure en déchéance. Parmi d'autres éléments de preuve relatifs à l'importance de l'usage de la marque, le requérant a présenté des extraits de son site internet, sur lesquels ne figure pas la marque dont question.

Le Tribunal précise que la présence ou l'absence d'une marque sur son site internet est un choix qui appartient au titulaire de la marque, mais que pour prouver l'usage sérieux de sa marque, ledit titulaire doit à tout le moins établir un lien entre le site internet, les autres preuves présentées et sa marque, de telle sorte que selon une appréciation globale, un lien puisse être établi entre ces différents éléments.

⁵⁰⁹ Trib., 6 octobre 2017, *Falegnameria Universo dei F.lli Priarollo Snc c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle*, aff. T-386/16.

⁵¹⁰ Trib., 23 octobre 2015, *I Castellani Srl c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*, aff. T-137/14.

