

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droits intellectuels

Cruquenaire, Alexandre; Delnooz, François; Hallemans, Sandrine; Ker, Caroline; Michaux, Benoît

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A, Delnooz, F, Hallemans, S, Ker, C & Michaux, B 2015, 'Droits intellectuels', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 59-60, pp. 38-71.

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.

II. DROITS INTELLECTUELS

Alexandre CRUQUENAIRE¹²¹, François DELNOOZ¹²², Sandrine HALLEMANS¹²³,
Caroline KER¹²⁴ et Benoît MICHAUX¹²⁵

A. Droit d'auteur et droits voisins

1. Conditions de la protection

35. Notion d'originalité. On sait que depuis l'arrêt *Infopaq*, confirmé et précisé par la suite notamment dans l'arrêt *Painer*¹²⁶, la Cour de justice de l'Union européenne a étendu par analogie la définition de l'originalité pour les logiciels, les bases de données et les photographies, à savoir « une création intellectuelle propre à son auteur », à tous les autres types d'œuvres tombant sous le coup du régime « général » de droit d'auteur. Suite à cela, en droit national, le concept d'originalité a fait l'objet d'une interprétation par la Cour de cassation dans trois arrêts.

Dans un surprenant arrêt rendu le 26 janvier 2012¹²⁷, à contre-courant de sa propre jurisprudence et de celle de la Cour de justice, la Cour de cassation a d'abord considéré assez maladroitement qu'il n'était plus nécessaire que l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur pour être considérée comme originale. La Cour a ensuite fait marche arrière dans deux arrêts du 31 octobre 2013¹²⁸ et du 17 mars 2014¹²⁹ en assimilant la « formulation » nationale – l'empreinte de la personnalité de l'auteur – à celle européenne – une création intellectuelle propre à son auteur. La conception personnaliste de l'originalité restait donc bien la règle en Belgique.

Dans l'arrêt du 17 mars 2014, il s'agissait de photographies de pièces de monnaie, insérées dans un catalogue, qui avaient fait l'objet par l'auteur de réglages divers (tels que le choix de l'intensité du flash ou la réduction par ordinateur de la saturation des images) de sorte qu'elles présentent une certaine homogénéité en termes de couleurs et que les éléments en relief sur les pièces ressortent visuellement. La Cour de cassation a suivi le juge d'appel qui avait considéré que la circonstance que cette présentation était le résultat d'un travail de nature technique n'était pas pertinente pour douter du caractère original de l'œuvre et qu'au contraire ce travail révélait des choix qui témoignaient d'une création propre à son auteur, c'est-à-dire « celle qui reflète la personnalité de ce dernier ».

¹²¹ Avocat au barreau de Namur, maître de conférences à l'Université de Namur (CRIDS), chargé de cours invité à l'UCL.

¹²² Assistant à l'UNamur et membre du CRIDS.

¹²³ Chercheuse au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS).

¹²⁴ Assistante à la Faculté de droit de l'UNamur et chercheuse au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS).

¹²⁵ Maître de conférences à l'Université de Namur, avocat.

¹²⁶ C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08 et C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, aff. C-145/10. Voy. la précédente chronique, *R.D.T.I.*, 2012, n^{os} 48-49, pp. 28-29.

¹²⁷ Cass., 26 janvier 2012, *A&M*, 2012/4, p. 336, note F. BRISON.

¹²⁸ Cass., 31 octobre 2013, R.G. n^o C.12.0263.N/2. Voy. H. VANHEES, « Originaliteit in het auteursrecht: het Hof van Cassatie sluit zich aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie », note sous Cass., 31 octobre 2013, *R.W.*, 2013-2014, pp. 1465 et s.

¹²⁹ Cass., 17 mars 2014, R.G. n^o C.12.0317.F, *I.C.I.P.*, 2014/2, p. 251 ; *A&M*, 2015/1, p. 65.



2. Droits patrimoniaux

36. Droit de communication au public. La période a vu de nombreux rebondissements judiciaires au sujet du droit de communication au public.

37. La ligne de conduite de la Cour de justice. Au cours de la période examinée, la Cour de justice a poursuivi son travail d'interprétation de la notion de communication au public. Rappelons qu'en 2006, dans l'affaire *SGAE*¹³⁰, pour définir cette notion dans le domaine du droit d'auteur, la Cour s'était appuyée sur plusieurs critères. Il fallait notamment, pour que la communication relève du droit exclusif de l'auteur, que celle-ci s'adresse à un nombre indéterminé de personnes et qu'elle vise un public nouveau, c'est-à-dire un public que l'auteur n'avait pas encore pris en considération dans le cadre des autorisations qu'il aurait déjà accordées précédemment. Par ailleurs, le caractère lucratif de la communication s'avérait pertinent. Dans les arrêts rendus entre 2012 et 2014, la Cour se montre fidèle à ces critères. Cependant, en dépit de cette constance apparente, les solutions sont à ce point contrastées que l'impression de cohérence est fortement ébranlée. De plus, la Cour reconnaît elle-même que le poids sinon la pertinence des critères en cause varient de manière significative en fonction des données factuelles propres à chaque cas d'espèce. À cela s'ajoute que la Cour semble encline à attribuer une portée distincte à la notion de communication au public, selon que celle-ci se situe sur le terrain du droit d'auteur ou sur celui des droits voisins.

38. Diffusion de phonogrammes au sein d'un cabinet dentaire. L'affaire *SCF*¹³¹ concernait la notion de communication au public dans le contexte de la législation sur les droits voisins¹³². La Cour a jugé que cette notion ne couvre pas la diffusion gratuite de phonogrammes dans un cabinet dentaire tel que celui qui était en cause. Plusieurs circonstances ont été considérées comme décisives à cet égard. Tout d'abord, pour la Cour, les clients du dentiste concerné ne forment pas un public « indéterminé », mais au contraire, un ensemble de personnes dont la composition est largement stabilisée¹³³. Ensuite, en général, ces personnes ne sont présentes simultanément dans le cabinet dentaire qu'en nombre très limité¹³⁴. En outre, elles n'ont accès aux phonogrammes que de manière fortuite et indépendante de leur volonté, ce qui exclut que le dentiste spéculé sur un accroissement de clientèle ou sur un accroissement des prix du fait de cet accès, en manière telle que la diffusion ne revêt pas de caractère lucratif¹³⁵. Pour tous ces motifs, la Cour estime que le dentiste n'est pas tenu de verser une rémunération équitable, dès lors qu'il ne réalise pas d'acte de communication au public au sens de la législation de l'Union.

39. Diffusion de phonogrammes au sein d'une pension de famille. Dans l'affaire *Phonographic Performance*¹³⁶, la Cour aboutit le même jour à une tout autre solution que dans *SCF*. Il s'agissait cette fois encore d'interpréter la notion de communication au public sur le terrain des droits voisins. Toutefois, dans le cas d'espèce, la communication présumée était le fait, non pas

¹³⁰ C.J.U.E., 7 décembre 2006, *SGAE*, aff. C-306/05.

¹³¹ C.J.U.E., 15 mars 2012, *SCF*, aff. C-135/10.

¹³² Directive 92/100 relative au droit de location et de prêt ainsi qu'à certains droits voisins dans le domaine de la propriété intellectuelle, remplacée par la directive 2006/115.

¹³³ C.J.U.E., 15 mars 2012, *SCF*, précité, points 85 et 95.

¹³⁴ *Ibid.*, point 96.

¹³⁵ *Ibid.*, points 97 à 99.

¹³⁶ C.J.U.E., 15 mars 2012, *Phonographic Performance*, aff. C-162/12.



d'un dentiste, mais de l'exploitant d'un établissement hôtelier (en réalité une pension de famille). Celui-ci plaçait dans les chambres occupées par les clients des appareils de réception permettant d'écouter des enregistrements musicaux. La Cour estime que dans cette affaire-ci, le public auquel l'hôtelier s'adresse correspond bel et bien à un « nombre indéterminé » de personnes, dès lors que chacun est libre de choisir les services de l'établissement concerné¹³⁷, ce nombre étant par ailleurs « assez important »¹³⁸. En outre, l'acte de diffusion permet à l'hôtelier d'accroître le prix des chambres et d'attirer une clientèle supplémentaire, de sorte que cet acte revêt un caractère lucratif¹³⁹. De surcroît, la diffusion de phonogrammes radiodiffusés opérée par l'hôtelier en faveur de la clientèle de son établissement bénéficie à un « public nouveau », qui est distinct et supplémentaire par rapport au public visé par l'acte initial de communication effectué par le radiodiffuseur et pris en considération par l'auteur lorsque celui-ci a autorisé la radiodiffusion¹⁴⁰. Il en résulte que l'hôtelier est tenu de verser une rémunération équitable pour la communication des phonogrammes, qui vient s'ajouter à la rémunération versée par le radiodiffuseur¹⁴¹. L'hôtelier ne saurait être exonéré de son obligation de paiement sous prétexte que l'utilisation des enregistrements musicaux serait privée. En effet, si l'utilisation des phonogrammes radiodiffusés peut être considérée comme privée du point de vue des clients qui en bénéficient, elle ne l'est pas dans le chef de l'exploitant¹⁴².

40. Diffusion d'œuvres musicales au sein d'un établissement thermal. L'affaire OSA¹⁴³ concernait le domaine du droit d'auteur. En l'occurrence, l'acte de communication allégué émanait de l'exploitant d'un établissement thermal, lequel diffusait des œuvres radiodiffusées au moyen d'appareils de réception qu'il avait installés dans les chambres de ses clients. La Cour observe que la diffusion s'adresse à un nombre indéterminé de destinataires potentiels, par ailleurs assez important¹⁴⁴. Certes, les clients sont en général hébergés pendant une période plus longue dans un établissement thermal que ne le sont les clients d'un hôtel. Toutefois, cette circonstance n'empêche pas que la diffusion des œuvres bénéficie toujours à un nombre assez important de personnes, que celles-ci y aient accès en parallèle ou successivement¹⁴⁵. Par ailleurs, les patients de l'établissement thermal constituent un public nouveau, c'est-à-dire un public qui n'a pas été pris en considération par les auteurs lorsque ceux-ci ont autorisé la communication de leurs œuvres au public initial – celui-ci étant le public visé par l'acte de radiodiffusion d'origine¹⁴⁶. La Cour considère que c'est en vain qu'on lui reprocherait une contradiction avec sa jurisprudence SCF qui l'avait amenée à juger que la diffusion de phonogrammes au sein d'un cabinet de dentiste ne constitue pas une communication au public. Pour se défendre face à cette objection, elle fait remarquer, de manière succincte, que les principes dégagés dans SCF ne valent que dans le contexte des droits voisins alors que le litige OSA concerne le droit d'auteur¹⁴⁷.

¹³⁷ *Ibid.*, point 41.

¹³⁸ *Ibid.*, point 42.

¹³⁹ *Ibid.*, points 44 et 45.

¹⁴⁰ *Ibid.*, point 51.

¹⁴¹ *Ibid.*, point 52.

¹⁴² *Ibid.*, point 71.

¹⁴³ C.J.U.E., 27 février 2014, OSA – *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s.* (ci-après « OSA »), aff. C-351/12.

¹⁴⁴ *Ibid.*, point 27.

¹⁴⁵ *Ibid.*, points 28 à 30.

¹⁴⁶ *Ibid.*, points 31 et 32.

¹⁴⁷ *Ibid.*, point 35.



41. Retransmission d'œuvres par un mode technique qui diffère du mode de diffusion initial. Les circonstances factuelles de l'affaire *ITV*¹⁴⁸ divergent de celles qui caractérisaient les affaires précédentes, ce qui, aux yeux de la Cour, justifie qu'il soit recouru à des critères partiellement différents pour caractériser la notion de communication au public. Dans *ITV*, une affaire qui se situe sur le terrain du droit d'auteur, la communication présumée est le fait d'un organisme qui retransmet par internet des œuvres qui ont préalablement fait l'objet d'une radiodiffusion terrestre réalisée par un opérateur initial distinct de l'organisme de retransmission. L'acte en cause correspond donc à une retransmission effectuée selon un mode technique qui diffère du mode technique utilisé pour l'acte de diffusion original (à savoir une radiodiffusion terrestre). La Cour décide que l'acte de retransmission, dès lors qu'il se fait selon un autre mode technique que celui de la communication d'origine, constitue *ipso facto* un acte de communication au public¹⁴⁹. Pour elle, chacune de ces deux transmissions (la radiodiffusion initiale par voie terrestre et la retransmission subséquente par flux internet) doit être autorisée individuellement et séparément par l'auteur étant donné que chacune d'elles est effectuée dans des conditions techniques spécifiques, suivant un mode différent de transmission des œuvres protégées et chacune destinée à un public¹⁵⁰. Dans des conditions telles que celles-ci, pour la Cour, il n'y a plus lieu d'examiner, en aval, la condition du public nouveau, celle-ci n'étant pertinente que dans d'autres situations factuelles, notamment celles qui étaient présentes dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts *SGAE*¹⁵¹, *Football Association Premier League e.a.*¹⁵², ainsi que *Airfield* et *Canal Digitaal*¹⁵³. De surcroît, dans *ITV*, non seulement la Cour écarte la condition de public nouveau, mais en outre elle décide que dans le cas d'espèce, le caractère lucratif n'est pas déterminant pour caractériser la communication au public¹⁵⁴.

42. Retransmission par internet d'une émission diffusée par câble ou satellite. Au niveau national, dans l'affaire *Bhaalu*¹⁵⁵, le tribunal de commerce d'Anvers considère qu'il y a lieu d'appliquer les principes dégagés par la Cour de justice dans *ITV*. Dans *Bhaluu*, l'acte de communication en cause émanait d'un opérateur qui procédait à une retransmission via internet, par streaming, d'œuvres initialement radiodiffusées par un autre organisme via le câble ou le satellite. Le tribunal décide que dès lors que la retransmission est le fait d'un autre organisme que l'organisme d'origine et qu'elle recourt à un mode technique différent du mode utilisé pour la communication initiale, elle requiert une autorisation distincte de l'auteur, sans qu'il soit nécessaire de poser la condition qu'elle s'adresse à un public nouveau.

43. Injection directe. La problématique de l'injection directe, bien que traitée durant la période examinée, n'a pas donné lieu à une jurisprudence claire et nette. Dans l'affaire *Telenet*, la cour d'appel d'Anvers¹⁵⁶ résume la technique de l'injection directe dans les termes suivants. Il s'agit du mécanisme où un organisme de radiodiffusion se connecte directement au réseau d'un

¹⁴⁸ C.J.U.E., 7 mars 2013, *ITV*, aff. C-607/11.

¹⁴⁹ *Ibid.*, point 26.

¹⁵⁰ *Ibid.*, point 39.

¹⁵¹ C.J.U.E., 7 décembre 2006, *SGAE*, précité.

¹⁵² C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Premier League*, aff. C-403/08.

¹⁵³ C.J.U.E., 13 octobre 2011, *Airfield*, aff. C-431/09.

¹⁵⁴ C.J.U.E., 7 mars 2013, *ITV*, précité, point 43.

¹⁵⁵ Prés. Comm. Anvers (cess.), 4 novembre 2014, *Bhaluu*, *A&M*, 2015, pp. 80-92.

¹⁵⁶ Anvers, 4 février 2013, *A&M*, 2013, pp. 227-233.



câblodistributeur pour diffuser son émission, sans que celle-ci ait fait l'objet d'une radiodiffusion terrestre ou satellitaire préalable, en manière telle que la diffusion via le câble doit être considérée comme une transmission initiale. Pour la cour d'appel, l'injection directe n'implique qu'un seul acte de communication qui ne requiert qu'une seule autorisation de la part de l'auteur. Ce faisant, elle rejette la thèse selon laquelle l'injection directe impliquerait deux actes distincts (un acte de radiodiffusion primaire suivi d'un acte de câblodistribution secondaire) qui seraient soumis à une double autorisation de la part de l'auteur. Par ailleurs, pour la cour, cet acte unique correspond à un acte de transmission par câble au sens de la loi sur le droit d'auteur. La cour en déduit qu'il appartient au câblodistributeur d'obtenir l'autorisation préalable de l'auteur¹⁵⁷. La décision de la cour d'appel d'Anvers n'est toutefois pas définitive¹⁵⁸. Signalons toutefois à cet égard un arrêt rendu en 2015 par la Cour de justice dans l'affaire belge *SBS*, aux termes duquel, dans l'hypothèse où un organisme de radiodiffusion recourt exclusivement à l'injection directe, l'acte de communication au public n'est pas le fait de cet organisme mais celui du distributeur qui reçoit et retransmet le signal, sauf si le distributeur ne fournit qu'une prestation purement technique¹⁵⁹.

44. Hyperliens sur internet et communication au public. Dans l'affaire *Svensson*¹⁶⁰, la Cour de justice décide que le fait de fournir, sur un site internet, des liens cliquables vers des œuvres qui se trouvent sur un autre site internet constitue un acte de communication à un public. La Cour justifie sa solution par le fait que le fournisseur d'hyperliens effectue une mise à disposition de ces œuvres, au bénéfice d'un nombre indéterminé et assez important de personnes, à savoir tous les utilisateurs potentiels du site internet où se trouvent les liens cliquables¹⁶¹. Encore faut-il, souligne la Cour, pour que cet acte relève du droit exclusif de communication au public qui requiert l'autorisation de l'auteur, que la communication s'adresse à un public nouveau, c'est-à-dire un public qui n'a pas été pris en considération lorsque l'auteur a autorisé la communication initiale¹⁶². Or, estime la Cour, il n'y a pas de public nouveau lorsque l'œuvre rendue accessible via le lien cliquable était déjà accessible, sans restriction, avec le consentement de l'auteur, à l'ensemble des internautes, via le site d'origine. Dans cette configuration-ci, le public visé par le lien cliquable est compris dans le public pris en considération par l'auteur lorsqu'il a autorisé la communication initiale¹⁶³. N'y change rien le fait que l'œuvre apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site internet où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site internet¹⁶⁴. À l'inverse, il y a communication à un public nouveau si le lien cliquable permet à tout un chacun d'accéder à l'œuvre alors qu'il ne le pourrait pas sans le lien via le site d'origine, soit que l'œuvre ne se trouve plus sur le site d'origine, soit qu'elle s'y trouve mais que son accès est soumis à des restrictions qui font en sorte qu'elle n'est accessible qu'à un public limité¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Ce faisant, la cour d'appel réforme la décision du premier juge, rendue le 12 avril 2011 par le tribunal de première instance de Malines (voy. la chronique précédente, *R.D.T.I.*, 2012, p. 32, § 38 et note 142).

¹⁵⁸ Elle a été soumise à la censure de la Cour de cassation.

¹⁵⁹ C.J.U.E., 19 novembre 2015, *SBS Belgium NV*, aff. C-325/14, arrêt rendu sur question préjudicielle de la cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 7 juillet 2014).

¹⁶⁰ C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson*, aff. C-466/12.

¹⁶¹ *Ibid.*, points 19 à 23.

¹⁶² *Ibid.*, point 24.

¹⁶³ *Ibid.*, points 26 à 28.

¹⁶⁴ *Ibid.*, point 29.

¹⁶⁵ *Ibid.*, point 31.



Dans l'affaire *BestWater*¹⁶⁶, la Cour confirme sa jurisprudence *Svensson*. Elle répète que lorsque l'œuvre est librement accessible à l'ensemble des internautes sur le site d'origine, la fourniture du lien cliquable ne constitue pas un acte de communication à un public nouveau. Elle souligne encore une fois qu'il importe peu que lorsque l'internaute accède à l'œuvre via le lien cliquable, il ne s'aperçoit pas que l'œuvre se situe sur un autre site internet, du fait que l'environnement d'origine de l'œuvre lui est dissimulé¹⁶⁷. En l'espèce, l'hyperlien litigieux pointait vers une séquence vidéo publicitaire destinée à vanter les mérites d'un dispositif permettant de purifier l'eau. L'hyperlien était placé sur le site Internet d'une entreprise spécialisée dans ce secteur. Il pointait vers une vidéo réalisée par un concurrent, laquelle vidéo était hébergée sur la plateforme *YouTube*. Lorsque l'internaute activait l'hyperlien sur le site de l'entreprise, il se voyait offrir un accès à la vidéo sur *YouTube* sans se rendre compte de cette dernière localisation dès lors que la vidéo rendue accessible apparaissait dans l'environnement graphique du site proposant l'hyperlien. Cette technique est appelée «transclusion» ou «cadrage». Elle est également désignée par les termes «*embedded links*». L'on sait à présent que pour la Cour, si la vidéo a été rendue librement accessible à l'ensemble des internautes sur un premier site internet (en l'espèce sur la plateforme *YouTube*), elle peut librement être rendue accessible par l'entremise d'un hyperlien situé sur un deuxième site internet, quand bien même le visiteur du deuxième site ne se rendrait pas compte que la vidéo se situe sur un site différent.

Il reste sans doute encore d'autres questions à résoudre concernant la problématique des hyperliens dans le domaine du droit d'auteur. À ce sujet, signalons déjà que postérieurement à la période examinée, dans l'affaire *GS Media*, le Hoge Raad des Pays-Bas a interrogé la Cour à propos d'un aspect que celle-ci n'a pas encore examiné¹⁶⁸. Il s'agit d'évaluer l'incidence du fait que l'hyperlien renvoie vers une œuvre qui a été mise à la disposition du public via un site internet *sans* l'autorisation de l'auteur. Il reste à voir quelles conséquences la Cour serait disposée à attacher à cette circonstance.

Il est également opportun de mentionner d'ores et déjà une autre affaire traitée par la Cour postérieurement à la période examinée, à savoir l'affaire *C-More Entertainment*¹⁶⁹. Dans ce litige-ci, la communication au public (présumée) avait également pris la forme d'un hyperlien. Cependant, ce dernier pointait non pas vers une œuvre, mais vers une émission radiodiffusée, en manière telle que l'affaire se situait sur le terrain des droits voisins et non sur celui du droit d'auteur. De surcroît, l'émission rendue accessible par l'hyperlien était une émission en direct, de sorte que l'accès litigieux ne relevait pas du droit spécifique de mise à disposition interactive, dès lors que celui-ci suppose que le contenu protégé soit accessible «à tout moment», mais du droit général de communication au public appartenant au titulaire du droit voisin. La Cour décidera que ce type d'accès-ci est susceptible de faire l'objet d'une protection nationale spécifique qui vient s'ajouter à la protection attachée à la communication au public telle qu'elle a été harmonisée en droit de l'Union. La Cour relève à cet égard que la directive sur les droits voisins¹⁷⁰ prévoit expressément que les États membres peuvent organiser une protection plus étendue que celle indiquée dans

¹⁶⁶ C.J.U.E., 21 octobre 2014, *BestWater*, aff. C-348/13.

¹⁶⁷ *Ibid.*, point 17.

¹⁶⁸ H.R., 7 avril 2015, *GS Media c. Sanoma*, aff. C-160/15.

¹⁶⁹ C.J.U.E., 26 mars 2015, *C-More Entertainment c. Sandberg*, aff. C-279/13.

¹⁷⁰ Directive 2006/115 remplaçant la directive 92/100.



la législation communautaire. En d'autres termes, les États sont libres de prévoir que la fourniture d'un hyperlien vers un contenu protégé par un droit voisin relève des prérogatives du titulaire. Cette décision sera commentée plus amplement dans la prochaine chronique.

3. Exceptions et limitations

45. Remarque préalable. Dans la partie ci-dessous, le choix a été fait de suivre l'ordre de la directive 2001/29, en commençant par la seule exception obligatoire, la reproduction provisoire, et de continuer avec la liste des exceptions dont la liberté est laissée aux États membres de les intégrer ou non dans leur droit national.

Durant la période analysée, la Cour de justice de l'Union européenne a eu de nombreuses fois l'occasion de se prononcer au sujet des exceptions au droit d'auteur. Les juridictions nationales n'ont, de leur côté, pas été en reste.

46. Reproduction provisoire. Par le passé, la Cour de justice a déjà eu à se prononcer sur l'exception de copie provisoire. Cette exception qui est, pour rappel, la seule exception obligatoire dans la liste fermée des exceptions de la directive 2001/29, se justifie par la nécessité de cette reproduction pour la transmission des œuvres sur internet. Dans les arrêts *Infopaq I*¹⁷¹ et *Premier League*¹⁷², antérieurs à la période couverte par la présente chronique, la Cour avait déjà pris position en faveur du caractère cumulatif des cinq conditions de l'exception et de l'application du principe de stricte interprétation à leur égard¹⁷³.

La Cour avait eu l'occasion, dans l'arrêt *Infopaq I*, d'examiner les première et deuxième conditions de l'exception. Elle ne s'était prononcée que sur le caractère transitoire de l'exception, condition qui n'était pas remplie en l'espèce de par le caractère pérenne de l'étape d'impression sur papier des synthèses de onze mots, motif suffisant pour refuser le bénéfice de l'exception. Le juge danois, non satisfait de la réponse extrêmement laconique donnée par la Cour à cette question, a décidé de la réinterroger en se limitant cette fois aux trois premiers actes de reproduction¹⁷⁴. Pour s'assurer une réponse plus complète de la Cour, le juge s'est donc limité aux actes composant la procédure dite « d'acquisition de données ». Partant, dans l'ordonnance *Infopaq*¹⁷⁵, les questions se sont posées sur les conditions trois, quatre et cinq uniquement.

Les deux premières questions posées par la juridiction de renvoi portent sur la troisième condition de l'article 5, § 1, de la directive. La Cour rappelle ce qu'il faut entendre par « constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique », à savoir que l'acte de reproduction doit être nécessaire et entièrement effectué dans le cadre de la mise en œuvre d'un procédé technique et non pas en dehors de celui-ci¹⁷⁶. Elle ajoute qu'il ne faut pas tenir compte du stade du

¹⁷¹ C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening* (ci-après « *Infopaq I* »), aff. C-5/08.

¹⁷² C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd e.a. c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08.

¹⁷³ Voy. *Infopaq I* et *Premier League*.

¹⁷⁴ La création d'un fichier TIFF lors de la numérisation par balayage des articles imprimés et la création de fichiers textes par conversion du fichier TIFF via un serveur OCR, et enfin la reproduction de parties des articles numérisés par mise en mémoire informatique de l'extrait composé de onze mots. Le juge a délibérément exclu la dernière étape d'impression sur un support papier de ces onze mots.

¹⁷⁵ C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening* (ci-après, « *Infopaq II* »), aff. C-302/10.

¹⁷⁶ C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq I*, précité, point 61 ; C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq II*, précité, point 30.



procédé technique auquel les actes de reproduction interviennent, ainsi que l'incidence d'une éventuelle intervention humaine au cours du procédé. La condition sera remplie alors même que les actes introduisent ou clôturent le procédé technique et que ce dernier est lancé manuellement, par une intervention humaine, rien dans la disposition de la directive ne précisant quoi que ce soit à ces égards¹⁷⁷. N'est dès lors pas interdite une première reproduction provisoire qui serait le résultat d'une numérisation manuelle, via un scanner¹⁷⁸. Ensuite, si les actes de reproduction doivent poursuivre une finalité unique, s'est posée la question de savoir « si la seule finalité de ces actes consiste à permettre une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé », l'utilisation en cause devant dès lors être autorisée par le titulaire du droit concerné ou ne pas être limitée par la loi¹⁷⁹. Le procédé technique d'acquisition de données, sans l'impression de l'extrait composé de onze mots, vise à permettre une rédaction plus efficace de synthèses d'articles de presse, activité qui n'est limitée ni par la réglementation de l'Union ni par la réglementation danoise. Dans ces conditions, ladite utilisation ne saurait être considérée comme illicite¹⁸⁰. Enfin, s'agissant de la dernière question se rapportant à la condition d'absence de signification économique indépendante¹⁸¹, il peut y avoir des gains de productivité résultant de la mise en œuvre des actes de reproduction provisoires, « pour autant que les avantages économiques tirés de leur application ne se matérialisent que lors de l'utilisation de l'objet reproduit, de sorte qu'ils ne soient ni distincts ni séparables des avantages tirés de son utilisation »¹⁸² et que « les actes de reproduction provisoires n'aboutissent pas à une modification de l'œuvre ». Par contre, si des bénéfices sont réalisés en raison de l'exploitation économique de reproductions provisoires elles-mêmes, l'avantage sera considéré comme distinct et séparable¹⁸³. Il restera encore à voir comment ces critères seront appliqués dans la pratique. Enfin, la Cour a rappelé, à la suite de l'arrêt *Premier League*, que si les actes de reproduction remplissent toutes les conditions de la reproduction provisoire visées à l'article 5, § 1, de la directive 2001/29, « il doit être considéré qu'ils ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit »¹⁸⁴.

Un deuxième arrêt vient compléter le paysage juridique en matière de copie provisoire, et c'est au tour cette fois des copies sur écran et en cache de faire l'objet d'une question posée à la Cour de justice¹⁸⁵. Un organisme regroupant les éditeurs de journaux du Royaume-Uni a attaqué le service de suivi des médias proposé par la société Meltwater mettant en ligne des rapports de

¹⁷⁷ C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq II*, précité, points 31-39.

¹⁷⁸ Pour rappel, le procédé technique concerné consiste à effectuer des recherches électroniques et automatiques dans les articles de presse et à identifier et à extraire de ceux-ci les mots-clés prédéfinis, en vue de rendre plus efficace la rédaction de synthèses d'articles de presse. Dans ce cadre, trois actes de reproduction interviennent successivement. Ils se matérialisent par la création du fichier TIFF, ensuite par celle du fichier texte et, enfin, par celle du fichier comportant l'extrait composé de onze mots (C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq II*, précité, points 33 et 34).

¹⁷⁹ Considérant 33 de la directive 2001/29.

¹⁸⁰ C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq II*, précité, point 45.

¹⁸¹ Voy. point 50 de l'arrêt *Premier League* pour une description de cette condition à l'exception.

¹⁸² C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq II*, précité, point 51.

¹⁸³ *Ibid.*, point 52.

¹⁸⁴ *Ibid.*, points 56 et 57 et C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd e.a. c. QC Leisure e.a.*, précité, point 181.

¹⁸⁵ C.J.U.E., 5 juin 2014, *Public Relations Consultants Association Ltd c. Newspaper Licensing Agency Ltd e.a.* (ci-après « Meltwater »), aff. C-360/13.



suivi d'articles de presse publiés sur internet réalisés en fonction de mots-clés fournis par les clients. La réception en ligne de ces rapports de suivi par les clients de Meltwater exige-t-elle une licence, ou s'agit-il d'actes n'ayant pas besoin d'autorisation de la part des titulaires de droits lorsqu'ils se limitent à consulter les rapports de suivi sur le site internet de Meltwater? En d'autres termes, les copies sur écran et les copies en cache, effectuées par un utilisateur final au cours de la consultation d'un site internet, sont-elles bien des copies provisoires, et peuvent-elles dès lors être réalisées sans l'autorisation des titulaires de droits d'auteur? La Cour, qui a répondu à ces deux questions par la positive, vient ici préciser ce qu'il faut entendre par «transitoire» et «accessoire», les deux éléments de la deuxième condition, alternative, de la reproduction provisoire. Un acte de reproduction sera qualifié de transitoire «si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour son bon fonctionnement, étant entendu que ce procédé doit être automatisé dans la mesure où il supprime un tel acte de manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée»¹⁸⁶. Une intervention de l'utilisateur n'est par contre pas exclue pour initier cette suppression¹⁸⁷. Dès lors que les copies sur écrans sont supprimées automatiquement par l'ordinateur au moment où l'internaute quitte le site internet concerné, il s'agit bien de copies transitoires. Le fait que la copie continue à exister aussi longtemps que l'internaute laisse son navigateur ouvert et reste sur le site n'a pas d'incidence sur cette qualification car pendant cette période, le procédé technique utilisé pour la consultation de ce site reste actif. La durée de vie des copies sur écran est donc toujours limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique utilisé pour la consultation du site internet¹⁸⁸.

D'autre part, un acte de reproduction pourra être qualifié d'accessoire s'il n'a ni existence ni finalité autonomes par rapport au procédé technique dont il fait partie¹⁸⁹. Tel est le cas des copies en cache qui possèdent dès lors un caractère accessoire. Elles ne sont en effet pas supprimées au moment où l'internaute quitte le site internet, mais sont conservées dans le cache aux fins d'une éventuelle consultation ultérieure du site. La Cour s'est également prononcée sur la compatibilité de la réalisation d'un acte de reproduction provisoire avec le test en trois étapes de l'article 5, § 5, de la directive. En ce que les copies sur écran et les copies en cache ne sont réalisées que dans le but de consulter des sites internet, elles constituent un cas spécial. De plus, les œuvres étant déjà mises à la disposition – mise à disposition qui constitue une communication au public – des internautes par les éditeurs de sites internet, ce sont ces derniers qui sont tenus d'obtenir l'autorisation des titulaires des droits d'auteur concerné, il ne faut dès lors pas que cette autorisation soit obtenue une deuxième fois par les internautes, pour une même communication au public. Les copies ne causent dès lors pas de préjudices injustifiés aux intérêts légitimes des titulaires de droits. Enfin, la réalisation des copies sur écran et en cache faisant partie de la consultation, il y a exploitation normale des œuvres, si bien que toutes les conditions de l'article 5, § 5, sont remplies¹⁹⁰.

¹⁸⁶ *Ibid.*, point 40.

¹⁸⁷ *Ibid.*, point 42.

¹⁸⁸ *Ibid.*, points 44 à 46.

¹⁸⁹ *Ibid.*, point 43.

¹⁹⁰ *Ibid.*, points 54-63.



47. Enregistrements éphémères par des organismes de radiodiffusion. Une exception au droit de reproduction permet les enregistrements éphémères d'œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion, autorisés à émettre l'œuvre protégée, « par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions ». Le considérant 41 de la même directive précise que par les propres moyens d'un organisme de radiodiffusion, il faut comprendre « les moyens d'une personne qui agit au nom et sous la responsabilité de celui-ci » – à tout le moins dans la version française¹⁹¹. Un arrêt de la Cour de justice du 26 avril 2012 précise les conditions de cette exception. La question posée à la Cour de justice dans l'affaire *DR TV2 Danmark*¹⁹² est très simple : que faut-il entendre par l'expression « par leurs propres moyens » ? Les enregistrements éphémères ont en l'espèce été réalisés, non pas par les organismes de radiodiffusion eux-mêmes, mais par des sociétés de production télévisée externes et juridiquement indépendantes, auprès desquelles ils ont été commandés dans le but d'une première diffusion par les organismes de radiodiffusion.

La question qui est posée par la juridiction de renvoi est alors de savoir si les deux conditions énoncées par le considérant 41 de la directive doivent être comprises comme étant de nature alternative ou cumulative¹⁹³ ? Selon la Cour, « les deux conditions doivent être comprises comme étant équivalentes et, partant, de nature alternative »¹⁹⁴, chacune des deux conditions étant susceptible de satisfaire à l'objectif d'un maintien du lien étroit entre la tierce personne et l'organisme de radiodiffusion¹⁹⁵.

La troisième question posée à la Cour concerne les critères applicables pour déterminer les conditions d'application de l'exception. Comme nous venons de le voir, l'exception couvrira l'enregistrement effectué par une tierce personne si celle-ci « peut être regardée comme agissant soit "au nom" de l'organisme de radiodiffusion, soit "sous la responsabilité" de celui-ci »¹⁹⁶. Selon la Cour, c'est à la juridiction de renvoi d'apprécier si cette personne peut être regardée comme agissant concrètement « au nom » de l'organisme de radiodiffusion ou, tout au moins, « sous la responsabilité » de celui-ci¹⁹⁷. Il est partant essentiel que, vis-à-vis des tiers, « l'organisme de radiodiffusion soit tenu de réparer tout effet préjudiciable des actions et abstentions de la tierce personne, telle une société de production télévisée externe et juridiquement indépendante, liées à l'enregistrement en cause, comme si ces actions et abstentions étaient le fait de l'organisme de radiodiffusion lui-même »¹⁹⁸.

48. Exception en faveur de personnes atteintes d'un handicap. Dans cette affaire déjà évoquée *supra*¹⁹⁹, il a été jugé que les personnes en cure thermale ne pouvaient bénéficier de l'exception dont bénéficient les personnes affectées d'un handicap, les conditions de l'excep-

¹⁹¹ Dans cet arrêt, la Cour a eu à se pencher sur une situation de divergences entre les différentes versions linguistiques d'un considérant de la directive 2001/29. Selon elle, « en cas de disparité entre les deux variantes linguistiques d'un texte du droit de l'Union, la disposition en cause doit être interprétée en fonction du contexte et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément » (point 45 de l'arrêt).

¹⁹² C.J.U.E., 26 avril 2012, *DR TV2 Danmark c. NCB – Nordisk Copyright Bureau*, aff. C-510/10.

¹⁹³ « (...) au nom et sous la responsabilité de celui-ci » ou « au nom ou sous la responsabilité de celui-ci » ?

¹⁹⁴ C.J.U.E., 26 avril 2012, *TV2 Danmark*, précité, point 56.

¹⁹⁵ *Ibid.*, points 51 et 55.

¹⁹⁶ *Ibid.*, point 61.

¹⁹⁷ *Ibid.*, point 62.

¹⁹⁸ *Ibid.*, point 67.

¹⁹⁹ *Voy. supra*, § 40.



tion n'ayant pu être remplies²⁰⁰. En l'espèce, un établissement thermal avait installé des postes de radio et de télévision dans ses chambres, fournissant un accès à des œuvres gérées par la société de gestion collective tchèque, OSA, sans accord de licence avec cette dernière. L'établissement thermal soutenait être couvert par l'exception prévue à l'article 23 de la loi tchèque sur le droit d'auteur, qui transpose l'article 5, § 2, e), de la directive 2001/29. Cette disposition se limitant à fonder une exception ou une limitation au droit de reproduction, elle ne saurait fonder une exception ou une limitation au droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public d'une œuvre²⁰¹. Le champ d'application des exceptions prévues respectivement aux articles 5, § 2, et 5, § 3, de la directive 2001/29 a été réaffirmé par la Cour dans cet arrêt. L'article 5, § 2, vise l'exception au droit de reproduction uniquement, tandis que l'article 5, § 3, couvre l'exception aux droits de reproduction et de communication. De là, elle conclut que l'exception autorisant la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons²⁰², « se limite à fonder une exception ou une limitation au droit exclusif de reproduction »²⁰³ et ne saurait dès lors être étendue à des actes de communication au public. La Cour confirme ici que les exceptions sont bien cloisonnées – principe d'interprétation stricte des exceptions, rappelé à son tour dans l'arrêt *ACI Adam*²⁰⁴.

49. Exceptions en faveur des bibliothèques. Durant la période analysée, la Cour nous a également éclairés sur les exceptions dont bénéficient à la fois les bibliothèques et autres établissements visés à l'article 5, § 3, n), de la directive 2001/29, ainsi que les utilisateurs au sein de ces établissements²⁰⁵. La bibliothèque gérée par l'Université technique de Darmstadt (la «TU Darmstadt») possède dans sa collection un manuel d'histoire qu'elle a numérisé sans l'autorisation du titulaire des droits et mis à disposition de ses lecteurs sur des terminaux spécialisés. Cet accès à une version digitale de l'œuvre permet aux utilisateurs, d'un simple clic, l'impression d'extraits du livre, et même de l'œuvre dans son entièreté, ainsi que sa sauvegarde sur une clé USB.

C'est d'abord sur la dernière phrase de l'exception portant sur la communication d'œuvres sur les terminaux spécialisés des établissements²⁰⁶ que se pose la première question de la Cour allemande. La directive précise en effet que l'exception ne sera pas applicable à des œuvres qui seraient *soumises à des conditions en matière d'achat ou de licence*. Selon la Cour, « la notion de "conditions en matière d'achat ou de licence" doit être comprise en ce sens qu'elle implique que le titulaire de droits et un établissement, tel qu'une bibliothèque accessible au public, visé à cette disposition doivent avoir conclu un contrat de licence ou d'utilisation de l'œuvre concernée spécifiant les conditions dans lesquelles cet établissement peut utiliser celle-ci »²⁰⁷. Il ne suffit donc pas qu'une offre d'acquisition d'un exemplaire en format numérique ait été faite, sans quoi l'exception

²⁰⁰ C.J.U.E., 27 février 2014, *OSA*, précité, point 41.

²⁰¹ *Ibid.*, point 38.

²⁰² Art. 5, § 2, e), de la directive 2001/29.

²⁰³ C.J.U.E., 27 février 2014, *OSA*, précité, point 38.

²⁰⁴ C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam BV e.a. c. Stichting de Thuisopie*, aff. C-435/12, point 23.

²⁰⁵ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG*, aff. C-117/13.

²⁰⁶ L'article 5, § 3, n), de la directive 2001/29 vise « l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence ».

²⁰⁷ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Darmstadt*, précité, point 35.



pourrait être neutralisée par une « intervention unilatérale et discrétionnaire »²⁰⁸ des titulaires de droits.

La Cour dit également que les établissements visés par l'exception peuvent numériser (et donc reproduire) l'œuvre si cela est nécessaire pour permettre la mise à disposition sur les terminaux spécialisés. Cela est intéressant dans la mesure où, telle qu'elle est rédigée, l'exception de consultation vise la communication ou la mise à disposition des œuvres, et non leur reproduction²⁰⁹. Les établissements visés disposent donc d'un droit accessoire de numérisation des œuvres concernées²¹⁰. C'est l'exception au droit de reproduction que les bibliothèques tirent de l'article 5, § 2, c), qui leur permettra cette numérisation, à condition bien évidemment qu'il s'agisse d'« actes de reproduction spécifiques »²¹¹. Par ailleurs, en précisant que « la numérisation d'œuvres par des bibliothèques accessibles au public ne saurait avoir pour conséquence que le nombre d'exemplaires de chacune des œuvres mises à la disposition des usagers au moyen de terminaux spécialisés dépasse celui que ces bibliothèques ont acquis dans un format analogique », la Cour considère que la disposition allemande satisfait au test des trois étapes. Enfin, si la Cour n'a pas plus généralement précisé la condition de spécificité qui s'applique aux reproductions ainsi exemptées²¹², elle déclare néanmoins que cette condition empêche une numérisation de l'ensemble de leurs collections par les établissements visés²¹³. Un frein est ainsi mis aux grands projets de numérisation de masse enclenchés par les bibliothèques.

La Cour va aussi se prononcer sur la possibilité pour les utilisateurs d'emporter en dehors des locaux les œuvres auxquelles ils ont eu accès, par impression ou stockage sur une clé USB. Si cela n'est pas autorisé en vertu de l'article 5, § 3, n), de la directive, les usagers des établissements visés peuvent néanmoins, le cas échéant, être autorisés à faire de telles reproductions en vertu des exceptions de reprographie ou de copie privée, dès lors que les conditions entourant ces exceptions sont satisfaites, en ce compris le test des trois étapes²¹⁴. Elle mentionne à cet égard l'obligation pour les États de prévoir une compensation équitable et précise qu'il convient également d'avoir égard à l'ampleur de la reproduction autorisée de manière à ce que ces exceptions ne portent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit²¹⁵.

50. Exception de reprographie. Dans un arrêt que nous étudierons plus en détails par la suite²¹⁶, la Cour de justice a mis en évidence la distinction qui doit être opérée entre, d'une part, le support de reproduction et, d'autre part, le moyen qui est utilisé aux fins de cette reproduc-

²⁰⁸ Le seul fait de proposer la conclusion d'un contrat de licence ou d'utilisation suffirait pour exclure l'application de l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29.

²⁰⁹ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Darmstadt*, précité, point 40.

²¹⁰ *Ibid.*, point 43.

²¹¹ *Ibid.*, point 44.

²¹² La Cour énonce au point 46 de son arrêt que « cette condition est en principe respectée lorsque la numérisation de certaines des œuvres d'une collection est nécessaire aux fins de "l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers", ainsi que le prévoit l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29 ».

²¹³ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Darmstadt*, précité, point 45.

²¹⁴ *Ibid.*, point 55.

²¹⁵ *Ibid.*, point 56.

²¹⁶ C.J.U.E., 27 juin 2013, *Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) c. Kyocera e.a.*, aff. C-457/11, C-458/11, C-459/11, C-460/11.



tion²¹⁷. Tout d'abord, la Cour, à la suite de son avocate générale²¹⁸, précise ce qu'il faut entendre par support similaire au papier. Il s'agit d'un « autre substrat qui doit présenter des qualités similaires, c'est-à-dire comparables et équivalentes à celles du papier »²¹⁹, « substrat (qui) doit pouvoir servir de support à une représentation physique perceptible par les sens humains »²²⁰ et n'entre dès lors pas dans le champ d'application de l'exception de reprographie des supports qui n'ont pas des qualités comparables et équivalentes à celles du papier. S'il en allait autrement, l'effet utile de cette exception ne pourrait être assuré, compte tenu notamment de l'exception visée à l'article 5, § 2, b), de la directive 2001/29. Les deux exceptions sont donc bien différenciées par la Cour: la copie privée concerne les reproductions sur tout support effectuées par des particuliers, tandis que la reprographie vise les reproductions effectuées sur papier ou sur un support similaire et au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, et cela plus seulement aux particuliers, mais également aux entreprises. Concernant ensuite le moyen permettant la reproduction, sont visés la technique de reproduction photographique ainsi que tout autre procédé similaire à celui obtenu par la technique photographique. L'exception étant fondée non pas sur la technique utilisée mais plutôt sur le résultat à atteindre, peu importe la nature de la technique utilisée lors du procédé, « à condition, toutefois, que les différents éléments ou les différentes étapes non autonomes de ce procédé unique agissent ou se déroulent sous le contrôle de la même personne et visent tous à reproduire l'œuvre ou l'autre objet protégé sur papier ou sur support similaire »²²¹. Dès lors, si cette condition est respectée, rien ne s'oppose à ce que soient utilisés différents appareils ayant une finalité numérique²²², et même une combinaison de plusieurs appareils, certains à finalité analogique, d'autres à finalité numérique, une imprimante reliée à un ordinateur par exemple. Ceci souligne par ailleurs la non-transposition par la Belgique de l'exception de reprographie, conformément à la directive 2001/29, en ce que le champ d'application de l'exception de reprographie belge demeure à ce jour déterminé par le support (graphique ou analogue) de l'œuvre reproduite²²³.

La Cour, dans son arrêt *Darmstadt* étudié plus en détails ci-dessus, a considéré que les reproductions par les usagers des bibliothèques, par impression ou sur clé USB, peuvent être autorisées par les États membres dans le cadre de l'exception de reprographie ou de copie privée²²⁴.

51. Exception de copie privée. En se penchant sur la question de savoir si le montant de la redevance pour la copie privée devait ou non prendre en compte le préjudice subi par les ayants droit du fait de copies d'œuvres réalisées à partir d'une source illicite, la Cour de justice a tranché une controverse qui perdurait depuis bien longtemps en matière de *licéité de la source*. En se référant au test des trois étapes, la Cour a ajouté une condition à la copie privée, celle de la licéité de la source et a dès lors restreint le champ d'application de la limitation visée à l'article 5, § 2,

²¹⁷ *Ibid.*, point 64.

²¹⁸ Conclusions de l'avocat général E. Sharpston du 24 janvier 2013 dans l'affaire *VG Wort*, points 47 et s.

²¹⁹ C.J.U.E., 27 juin 2013, *VG Wort*, précité, point 65.

²²⁰ *Ibid.*, point 67.

²²¹ *Ibid.*, point 70.

²²² *Ibid.*, point 72.

²²³ Et ce jusqu'au 31 décembre 2015, normalement, suite à l'arrêté royal du 19 décembre 2014 modifiant l'arrêté royal du 19 avril 2014 fixant l'entrée en vigueur de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre XI, « Propriété intellectuelle » dans le Code de droit économique, *M.B.*, 29 décembre 2014.

²²⁴ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Darmstadt*, précité, points 52 et s.



de la directive. Selon la Cour, admettre que des reproductions «puissent être réalisées à partir d'une source illicite encouragerait la circulation des œuvres contrefaites ou piratées, diminuant ainsi nécessairement le volume des ventes ou d'autres transactions légales relatives aux œuvres protégées, de sorte qu'il serait porté atteinte à l'exploitation normale de celles-ci»²²⁵.

Dans un jugement du tribunal de commerce d'Anvers du 4 novembre 2014²²⁶, précédemment évoqué dans la section portant sur la communication au public²²⁷, le service de visionnage en différé des programmes tv classiques via un boîtier posé à côté du téléviseur proposé par la société Right Brain Interface avec son service Bhaalu, a été éprouvé. Bhaalu – un enregistreur vidéo collaboratif²²⁸ – est un service permettant à ses utilisateurs de revoir les contenus diffusés par les chaînes de télévision reprises dans leur abonnement TV, et ce jusqu'à 60 jours en arrière. L'enregistrement se fait dans un *cloud* que l'on peut louer pour 5 EUR par mois, une sorte de «super magnétoscope». Ce service n'est pas au goût de la VRT, Medialaan (VTM) et SBS (Vier et Vijf) qui n'ont jamais donné leur accord pour les reproductions effectuées, autorisations qui n'étaient pas nécessaires selon Right Brain Interface car les reproductions étaient le fait des utilisateurs de Bhaalu eux-mêmes. Après une discussion sur les aspects techniques du fonctionnement de transmission des données, le tribunal en a conclu que c'est bien l'utilisateur lui-même qui est le copieur des signaux de télévision, et non pas Right Brain Interface²²⁹. Se pose alors la question de savoir si l'on peut leur appliquer l'exception de copie privée et de s'interroger sur l'admissibilité du signal utilisé par Bhaalu, la source de la copie devant être licite. Selon le tribunal, «la source de la copie ne peut pas être considérée comme licite par le fait que certains utilisateurs individuels aient mis à disposition du système Bhaalu leurs "smartcards" individuelles malgré leur contrat avec un télédiffuseur – TV Vlanderen ou Telenet»²³⁰. Par conséquent, la reproduction des œuvres sur les serveurs des abonnés ne peut pas être considérée comme une copie privée licite²³¹.

52. Triple test. Si le test en trois étapes apparaît tout au long de cette partie de la chronique consacrée aux exceptions au droit d'auteur, nous avons décidé de lui consacrer un point à part entière afin de faire ressortir l'interprétation de la Cour de justice à son égard. Dans son arrêt *ACI Adam*, la Cour a rappelé que l'article 5, § 5, de la directive «se borne à préciser les conditions d'application des exceptions (...) et ne définit dès lors pas le contenu matériel des différentes exceptions (...) mais n'intervient qu'au moment de l'application de celles-ci par les États membres»²³². Cet article n'a dès lors pour vocation ni d'affecter le contenu matériel des dispositions, ni d'élargir la portée des différentes exceptions²³³. Dans l'affaire *OSA* déjà évoquée, la Cour va préciser que le test en trois étapes «se limite à préciser la portée des exceptions et des limitations» et ne permet en aucun cas de créer une nouvelle exception ou d'étendre les exceptions existantes²³⁴.

²²⁵ C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam*, précité, point 39.

²²⁶ Prés. Comm. Anvers (cess.), 4 novembre 2014, *Bhaalu, A&M*, 2015/1, pp. 80-92.

²²⁷ *Voy. supra*, § 42.

²²⁸ «Het network van een CVR bestaat uit al de bhaalu-boxen die bij de andere bhaalu-kijkers thuis staan in combinatie met infrastructuur die zich in de cloud bevindt».

²²⁹ Prés. Comm. Anvers (cess.), 4 novembre 2014, *Bhaalu*, précité, point 11.

²³⁰ *Ibid.*, points 24 et 25.

²³¹ *Ibid.*, points 28 et 29.

²³² C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam*, précité, point 25.

²³³ *Ibid.*, point 26.

²³⁴ C.J.U.E., 27 février 2014, *OSA*, précité, point 40.



4. Rémunération pour copie privée et pour reprographie

53. Pour rappel, si l'implémentation de l'exception de reprographie – article 5, § 2, a), de la directive 2001/29 – et de l'exception de copie privée – article 5, § 2, b), de la directive – n'est pas obligatoire pour les États membres, s'ils décident de le faire, ils sont tenus de prévoir le versement d'une compensation équitable au bénéfice des titulaires du droit exclusif de reproduction. Il s'agit d'une obligation de résultat pour les États membres²³⁵.

54. Position de la Cour. Tel que cela ressort de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice, cette notion de compensation équitable est une notion autonome du droit de l'Union qui doit être interprétée de manière uniforme dans tous les États membres²³⁶ qui « ne sont plus libres de préciser les paramètres de la compensation équitable, élément essentiel, de manière incohérente et non harmonisée »²³⁷. Toutefois, chaque État est libre d'en déterminer le régime, la forme, les modalités de financement et de perception ainsi que le niveau de cette compensation équitable²³⁸, la directive ne réglant pas explicitement ces questions. Dès lors, la Cour de justice a plusieurs fois précisé les contours de ces éléments, l'absence de définition claire entraînant des disparités dans l'interprétation de la notion entre les États membres. En deux semaines de temps, la Cour de justice a ainsi rendu deux décisions fondamentales en matière de compensation équitable, l'une relative à la rémunération pour reprographie²³⁹, l'autre relative à la rémunération pour copie privée²⁴⁰.

55. Rémunération pour reprographie. En matière de rémunération pour reprographie, un arrêt du 27 juin 2013 opposait une société de gestion collective représentant les auteurs et les éditeurs d'œuvres littéraires en Allemagne – *VG Wort* – à des entreprises de fabrication d'imprimantes, concernant la mise sur le marché de ce type d'appareils permettant la copie.

56. Autorisation explicite et mesures techniques de protection. Les premières questions posées à la Cour de justice sont relatives aux éléments qui pourraient avoir ou non une influence sur la compensation équitable. Premièrement, lorsqu'un titulaire de droit a expressément ou implicitement autorisé la reproduction de son œuvre, via une licence par exemple, cet acte a-t-il une incidence sur la compensation équitable? Un acte d'autorisation de reproduction d'une œuvre par son ayant droit n'ayant aucun effet juridique du fait de l'existence d'une exception, un tel acte n'a aucun impact sur le préjudice causé auxdits ayants droit et, partant, aucune incidence sur la compensation équitable, et ne peut être pris en considération lors de son calcul²⁴¹.

²³⁵ Les dispositions de la directive 2001/29 « imposent à l'État membre qui a introduit l'exception de copie privée dans son droit national une obligation de résultat, en ce sens que cet État est tenu d'assurer, dans le cadre de ses compétences, une perception effective de la compensation équitable destinée à indemniser les auteurs lésés du préjudice subi, notamment si celui-ci est né sur le territoire dudit État membre ». Voy. C.J.U.E., 16 juin 2011, *Stichting de Thuis-kopie c. Opus Supplies Deutschland GmbH e.a.*, aff. C-462/09, point 34; C.J.U.E., 9 février 2012, *Martin Luksan c. Petrus van der Let*, aff. C-277/10, point 106 (à titre informatif, pas de lien direct avec les TIC).

²³⁶ C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan SL c. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*.

²³⁷ C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan*, précité, confirmé par C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam*, précité, tel que cela ressort des conclusions de l'avocat général dans l'affaire *HP c. Reprobel*.

²³⁸ C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan*, précité, point 37.

²³⁹ C.J.U.E., 27 juin 2013, *VG Wort*, précité.

²⁴⁰ C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon c. Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH*, aff. C-521/11.

²⁴¹ C.J.U.E., 27 juin 2013, *VG Wort*, précité, points 37 et 40.



Les auteurs décidant de publier leurs œuvres sous licence libre pourront toujours percevoir une rémunération pour leur copie, pour autant qu'ils soient affiliés à une société de gestion collective chargée de répartir la rémunération²⁴². En application de cette jurisprudence, le tribunal de première instance de Bruxelles a estimé que «le mode de calcul de la compensation sur appareil et support qui ne tient pas compte d'une éventuelle licence n'est pas incompatible avec le droit européen», et qu'«il n'est en effet pas contesté qu'une licence monnaie un premier téléchargement»²⁴³. Deuxièmement, l'absence de recours à des mesures techniques de protection par les ayants droit est-elle susceptible de rendre caduque la compensation équitable²⁴⁴? La Cour va également répondre par la négative à cette question. En revanche, afin d'encourager les ayants droit à prendre des mesures techniques de protection, il est possible de faire dépendre le niveau concret de la compensation de l'application ou non de ces mesures²⁴⁵. Cette précision de la Cour n'est en fait que l'exécution de l'article de la directive relatif à cette mesure.

57. Débiteur de la compensation équitable. Ensuite, c'est sur la notion de «reproduction effectuée au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires» que la Cour s'est penchée. Les reproductions effectuées à l'aide d'une imprimante et d'un ordinateur reliés entre eux peuvent-elles être considérées comme de la reprographie, et qui doit dès lors être considéré comme débiteur du paiement de la compensation équitable? Plus haut, nous avons observé que rien ne s'oppose à ce que soient utilisés différents appareils ayant une finalité numérique²⁴⁶, et même une combinaison de plusieurs appareils, certains à finalité analogique, d'autres à finalité numérique – une imprimante reliée à un ordinateur par exemple. Reste à savoir qui doit être considéré comme le redevable de la compensation équitable. Appliquant sa jurisprudence *Padawan* et *Thuiskopie* à l'exception de reproduction sur papier ou sur support similaire, il incombe en principe à la personne qui a réalisé une telle reproduction de financer la compensation qui sera versée aux titulaires de droits. Toutefois, les États membres sont libres, compte tenu des difficultés pratiques rencontrées, d'instaurer, le cas échéant, une redevance à la charge des personnes qui disposent de l'équipement sur lequel ladite reproduction a été effectuée. Si les reproductions en cause sont effectuées au moyen d'un procédé unique, à l'aide d'une chaîne d'appareils, les États membres peuvent «remonter aux étapes antérieures à la réalisation de la copie et instaurer, le cas échéant, un système dans lequel la compensation équitable est acquittée par les personnes disposant d'un appareil faisant partie de cette chaîne qui contribue à ce procédé de façon non autonome, dans la mesure où ces personnes ont la possibilité de répercuter le coût de la redevance sur leurs clients»²⁴⁷. Néanmoins, «le montant global de la compensation équitable due en contrepartie du préjudice subi par les titulaires de droits à l'issue d'un tel procédé unique ne doit pas être, en substance, différent de celui fixé pour la reproduction obtenue au moyen d'un seul appareil»²⁴⁸. Enfin, mentionnons d'ores et déjà un arrêt

²⁴² S. DUSOLLIER et A. DE FRANQUEN, «Chroniques: Les droits intellectuels», *J.D.E.*, 2014/2, p. 61.

²⁴³ Civ. Bruxelles (réf.), 25 novembre 2013, *Auvibel c. Amazon*, inédit.

²⁴⁴ C.J.U.E., 27 juin 2013, *VG Wort*, précité, point 41.

²⁴⁵ *Ibid.*, point 58.

²⁴⁶ *Ibid.*, point 72.

²⁴⁷ *Ibid.*, point 78.

²⁴⁸ *Idem.*



fondamental rendu ce 12 novembre 2015 par lequel par la Cour de justice a déclaré non conforme à la directive plusieurs aspects importants du système belge de rémunération²⁴⁹.

58. Rémunération pour copie privée. En matière de rémunération pour copie privée cette fois, un deuxième grand arrêt vient compléter le paysage européen, arrêt qui opposait la société Amazon à la société de gestion collective autrichienne Austro-Mechana²⁵⁰. Amazon refusait de payer la redevance pour copie privée due sur les supports d'enregistrement vierges qu'elle mettait en circulation en Autriche. Pour rappel, c'est le préjudice, même potentiel, subi par l'auteur qui justifie la rémunération pour copie privée, préjudice qui doit être le fait d'une personne physique, ce qui implique l'exclusion des personnes morales, celles-ci n'agissant pas à titre privé.

59. Application sans distinction de la redevance. La Cour est venue compléter l'arrêt *Padawan*: la catégorie des personnes acquérant les supports d'enregistrement importe peu, la redevance pour copie privée pouvant être appliquée indistinctement à des personnes physiques ou morales. Elle a dès lors considéré comme conforme au droit de l'Union « un système de financement de la compensation équitable consistant en l'application sans distinction d'une redevance pour copie privée à la mise en circulation à des fins commerciales et à titre onéreux de supports d'enregistrement susceptibles de servir à la reproduction, accompagné en même temps d'un droit au remboursement, pour autant que ce dernier droit soit effectif et ne rende pas excessivement difficile la restitution de la redevance payée »²⁵¹, compte tenu des difficultés pratiques pour identifier les utilisateurs privés et les obliger à indemniser les titulaires de droit²⁵². Ces difficultés pratiques, justifiant cette application sans distinction de la redevance, sont à apprécier par le juge national. La Cour va même plus loin en autorisant les États membres à établir une présomption réfragable d'usage privé de ces supports en cas de mise en circulation de ceux-ci auprès de personnes physiques. Toutes les critiques d'Amazon opposées au système de perception autrichien ont par conséquent été rejetées par la Cour.

Au niveau national, il a été jugé qu'en ce qu'elle se base sur une présomption de copie privée, la réglementation belge en vigueur ne contrevient pas à la jurisprudence de la Cour de justice²⁵³. Selon le tribunal de première instance de Liège, « la circonstance que les dispositions belges incriminées ne prévoient aucune exemption explicite pour les supports à usage exclusivement professionnels ou que les tarifs varient en fonction de la catégorie d'appareils, de leur nature, ou qu'il soit prévu une exemption pour les ordinateurs ou encore que le tarif applicable pour les décodeurs comme le "Voocorder" soit plus élevé alors que sa fonction principale n'est pas la transmission d'émissions en différé, relèvent du pouvoir d'appréciation de l'État membre qui n'est soumis, sur ce point, à aucune contrainte européenne directe »²⁵⁴.

60. Compensation indirecte. Ensuite, si n'a pas été envisagée la possibilité de renoncer au droit de compensation équitable pour les titulaires du droit de reproduction²⁵⁵, il est toutefois

²⁴⁹ C.J.U.E., 12 novembre 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, aff. C-572/13.

²⁵⁰ C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon c. Austro-Mechana*, précité.

²⁵¹ *Ibid.*, point 31.

²⁵² *Ibid.*, points 24 et 32.

²⁵³ Civ. Bruxelles (réf.), 25 novembre 2013, *Auvibel c. Amazon*, précité.

²⁵⁴ Civ. Liège (7^e ch.), 18 avril 2013, *Auvibel c. Tecteo, A&M*, 2013/5, pp. 387-391.

²⁵⁵ C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon c. Austro-Mechana*, précité, point 48. Voy. également point 105 de l'arrêt *Luksan*.



envisageable pour les États membres de prévoir qu'une partie de la compensation soit fournie sous la forme d'une compensation indirecte²⁵⁶. Est dès lors possible le versement d'une partie des recettes destinée à la compensation équitable indirectement aux ayants droit par l'intermédiaire d'établissements sociaux et culturels institués à leur bénéfice²⁵⁷. À condition bien évidemment que ces établissements sociaux et culturels bénéficient effectivement auxdits ayants droit et que les modalités de fonctionnement desdits établissements ne soient pas discriminatoires, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier²⁵⁸. La réglementation belge, en ce qu'elle permet l'affectation de 30 % du produit de la rémunération à la promotion de la création d'œuvres, n'est dès lors pas contraire au droit de l'Union²⁵⁹.

61. Lieux de survenance du dommage et du paiement de la compensation. Enfin, la Cour a également eu l'occasion de se prononcer sur la question du lieu de survenance du dommage ainsi que du lieu de paiement de la compensation. Rappelons que depuis l'arrêt *Thuiskopie*, le préjudice est présumé être né sur le territoire de l'État membre dans lequel résident les utilisateurs finaux²⁶⁰. Selon la Cour, «le fait qu'une redevance destinée à financer cette compensation ait déjà été payée dans un autre État membre ne saurait être invoqué pour écarter le paiement dans le premier État membre²⁶¹ de cette compensation ou de la redevance destinée à le financer»²⁶². En effet, le paiement dans un État membre ne peut pas être exclu en raison du fait qu'une redevance analogue a déjà été payée dans un autre État membre²⁶³. La société peut demander le remboursement de ce qu'elle a payé dans un État membre qui n'était pas territorialement compétent²⁶⁴.

62. Acquéreur communautaire. Dans un jugement du 25 novembre 2013 rendu par le tribunal de première instance de Bruxelles comme en référé et opposant Amazon à la société collective pour la copie privée Auvibel, les critères mis en évidence dans la décision de la juridiction européenne ont été appliqués. Après s'être estimé, à raison, compétent pour connaître de la demande, le Tribunal s'est interrogé sur le statut d'Amazon. L'article XI.229, alinéa 2, du Code de droit économique énonce que la rémunération est versée par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire de supports utilisés pour la copie privée. Amazon se considère comme exportateur intracommunautaire et non pas comme importateur, et n'est donc pas selon elle redevable de la rémunération. Selon le président du tribunal, une société établie dans un État membre est un acquéreur intracommunautaire dès lors qu'elle met en circulation sur le territoire national des supports et produits permettant la copie en provenance d'un autre État membre. La société Amazon répond bien à «la définition d'acquéreur intracommunautaire non exclusif, qui a pour activité principale de mettre les appareils et/ou supports à la disposition de particuliers»²⁶⁵. Ce n'est pas l'activité d'importation en tant que telle qui détermine la qualité de redevable de la rémunération mais l'activité de celui qui fait commerce au sein de l'UE, ce que fait Amazon. En

²⁵⁶ C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon c. Austro-Mechana*, précité, point 49.

²⁵⁷ *Ibid.*, point 50.

²⁵⁸ *Ibid.*, point 53.

²⁵⁹ Civ. Bruxelles (réf.), 25 novembre 2013, *Auvibel c. Amazon*, précité.

²⁶⁰ C.J.U.E., 16 juin 2011, *Thuiskopie*, précité, point 35.

²⁶¹ C'est-à-dire l'État membre dans lequel le dommage est survenu.

²⁶² C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon c. Austro-Mechana*, précité, point 64.

²⁶³ *Ibid.*, point 66.

²⁶⁴ *Ibid.*, point 65.

²⁶⁵ Civ. Bruxelles (réf.), 25 novembre 2013, *Auvibel c. Amazon*, précité.



matière de double paiement, Amazon importe des appareils et supports d'Allemagne, où elle paie déjà une redevance pour la copie privée. Elle soutient qu'elle serait soumise à un double paiement si elle devait en plus payer la redevance en Belgique. Or, comme le rappelle le tribunal, il importe que la redevance soit payée dans l'État territorialement compétent pour assurer la compensation équitable aux ayants droit, et cet État est présumé être celui où est établi l'utilisateur final du support ou de l'appareil permettant la reproduction²⁶⁶, comme cela l'a déjà été prononcé par la juridiction européenne dans l'arrêt *Thuiskopie*. À la personne qui a alors dû effectuer un double paiement, de demander le remboursement de la redevance à l'État membre qui n'était pas territorialement compétent²⁶⁷.

63. Vente de DVD sur eBay. La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 octobre 2012, s'est prononcée sur la situation de la vente en ligne par des particuliers de matériels susceptibles de servir à la copie privée d'œuvres protégées dans un litige opposant la société de gestion Auvibel à un particulier vendant de manière occasionnelle des DVD vierges sur *eBay*²⁶⁸. Auvibel réclamait le paiement par ce dernier du montant de la compensation équitable, celle-ci étant due par « le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire de supports utilisables pour la reproduction d'œuvres sonores ou audiovisuelles ou d'appareils permettant cette reproduction lors de la mise en circulation sur le territoire national de ces supports et de ces appareils ». La Cour de cassation va, de manière étonnante, casser l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait écarté la qualification d'« autre acquéreur communautaire » pour un particulier et s'appuyait pour ce faire sur le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 26 mars 1996 relatif au droit à rémunération pour copie privée. Selon celui-ci, les « autres importateurs et acquéreurs intracommunautaires » ne visent que les personnes exerçant à *titre principal* une activité de mise à disposition de supports. De plus, le vendeur particulier ne pourrait être qualifié de la sorte car en aucune manière il ne fait entrer le matériel sur le territoire national, au contraire de l'acheteur des supports sur le site²⁶⁹.

La Cour de justice avait déjà eu à connaître d'un cas similaire dans l'affaire *Thuiskopie* où il était également question de la vente sur internet de matériel soumis à redevance. La Cour a imposé aux États membres une obligation de résultat quant à la collecte effective des compensations équitables, les conditions devant dès lors être interprétées largement. La conséquence de cet arrêt de la Cour de cassation serait que « la rémunération pour copie privée est due par un acquéreur communautaire, qui n'est ni exclusif ni grossiste, alors même que son activité principale ne consiste pas à mettre les appareils ou les supports litigieux à la disposition des particuliers »²⁷⁰. Si cela semble aller dans le sens de l'arrêt *Thuiskopie*, il ne faut pas oublier que la juridiction européenne avait limité la perception de la rémunération aux acquéreurs ou importateurs ayant la qualité de « commerçant ». La Cour de cassation n'a pas ici correctement appliqué la jurisprudence européenne en la matière.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ C.J.U.E., 11 juillet 2013, *Amazon c. Austro-Mechana*, précité, point 65.

²⁶⁸ Cass., 4 octobre 2012, *Auvibel c. S.T., ICIP-Ing.-Cons.*, 2012/3, pp. 557-560.

²⁶⁹ Voy. sur cette question le développement de la Cour de justice dans le cadre de son arrêt *Thuiskopie*: la Cour a tenu compte « des difficultés pratiques pour identifier les utilisateurs privés ainsi que pour les obliger à indemniser les titulaires des droits du préjudice qu'ils leur causent » (point 27 de l'arrêt).

²⁷⁰ Cass., 30 octobre 2012, *Auvibel c. S.T.*, p. 559.



64. Licéité de la source. Une autre question abordée par la Cour de justice durant la période analysée est celle de la licéité de la source à prendre en compte ou non dans le calcul de la compensation équitable. Il a été jugé qu'un système de redevance pour copie privée qui ne distingue pas dans son calcul de la compensation équitable « la situation où la source à partir de laquelle une reproduction pour un usage privé a été réalisée est licite de celle où cette source est illicite » n'assure pas un juste équilibre entre les droits et les intérêts des auteurs, bénéficiaires de la compensation équitable, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part²⁷¹. En effet, les utilisateurs doivent assumer un coût supplémentaire pour pouvoir réaliser les copies privées couvertes par l'exception prévue par la directive étant donné qu'ils sont amenés à contribuer à la compensation pour le préjudice causé par des reproductions pour un usage privé à partir d'une source illicite qui ne sont pas autorisées par la directive²⁷².

L'année 2015 s'annonce aussi riche que les précédentes en matière de compensation équitable. Notons ainsi déjà deux arrêts importants rendus par la Cour de justice en 2015. L'un portant la soumission des cartes mémoires de téléphones portables à la redevance due pour copie privée²⁷³, et l'autre invalidant le système belge de rémunération pour reprographie dans plusieurs de ses aspects²⁷⁴. Ces décisions seront présentées dans notre prochaine chronique de jurisprudence. À suivre...

5. La protection juridique des mesures techniques de protection des œuvres

65. Protection des jeux vidéo. La période couverte a vu l'apport de clarifications significatives par la Cour de justice au sujet de la protection juridique des mesures techniques de protection des œuvres, prévue par l'article 6 de la directive 2001/29. Il s'agissait en l'espèce des mesures techniques de protection des jeux intégrées aux consoles de jeux comme c'est typiquement le cas pour Nintendo et Sony. Le Cour a confirmé dans l'arrêt *Nintendo*²⁷⁵ que la protection juridique des mesures techniques de protection des œuvres bénéficie à ce type de dispositifs déployés pour partie sur les supports physiques des jeux et pour partie dans les consoles²⁷⁶. La clarification apportée par la Cour selon laquelle seules sont protégées les mesures techniques qui ont pour but de protéger l'œuvre contre des actes pour lesquels l'autorisation des titulaires est exigée²⁷⁷, est déterminante. Autre apport de taille de l'arrêt, les mesures techniques doivent être appropriées à l'objectif de protection des droits d'auteur afin de bénéficier de la protection juridique²⁷⁸. Ainsi, à efficacité comparable, elles doivent causer le moins d'interférences possibles avec les utilisations qui ne sont pas soumises à l'autorisation des titulaires de droits²⁷⁹. À cet égard, il y a lieu de tenir compte des coûts relatifs des différentes mesures possibles, des aspects techniques et pratiques de leur mise en œuvre et de leur efficacité (laquelle ne doit pas être absolue)²⁸⁰. Conformément

²⁷¹ C.J.U.E., 10 avril 2014, *ACI Adam*, précité, points 53 et 54.

²⁷² *Ibid.*, point 56.

²⁷³ C.J.U.E., 5 mars 2015, *Copydan Båndkopi*, aff. C-463/12.

²⁷⁴ C.J.U.E., 12 novembre 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, précité.

²⁷⁵ C.J.U.E., 23 janvier 2014, *Nintendo*, aff. C-355/12.

²⁷⁶ *Ibid.*, points 26-28.

²⁷⁷ *Ibid.*, points 25 et 31.

²⁷⁸ *Ibid.*, point 31.

²⁷⁹ *Ibid.*, points 31 et 32.

²⁸⁰ *Ibid.*, point 33.



aux alinéas b) et c) du paragraphe 2 de l'article 6 de la directive 2001/29, sont illégaux les dispositifs de contournement qui n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection ainsi précisée, ou qui sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter ce contournement²⁸¹. Afin d'apprécier le but des dispositifs de contournement, on s'en référera non pas à l'intention des titulaires quant au choix d'une mesure technique mais à l'utilisation qui est faite des dispositifs de contournement (utilisation pour contourner une mesure technique protégée ou utilisation pour d'autres buts).

6. Mise en œuvre des droits

66. La lutte contre le piratage en ligne. Les sociétés de gestion collective des droits et les ayants droit ont poursuivi²⁸² leur lutte contre la contrefaçon sur le net d'œuvres protégées en s'adressant aux fournisseurs d'accès à internet (ci-après «F.A.I.»), idéalement positionnés pour bloquer l'accès à un site ou filtrer le contenu des échanges opérés sur leur réseau. Ces injonctions de filtrage et de blocage rencontrent deux obstacles majeurs, entre lesquels les juridictions nationales et supranationales ont eu à trouver un équilibre : d'une part, la liberté d'entreprise des F.A.I. et, d'autre part, la liberté d'expression des utilisateurs.

67. Injonctions de filtrage et de blocage vs. liberté d'entreprise. Après l'arrêt *Scarlet*²⁸³ en 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a eu plusieurs occasions de se prononcer à propos des injonctions que peuvent recevoir les F.A.I. relativement à des atteintes au droit d'auteur commises sur leur réseau.

68. Injonction de filtrage à l'encontre d'un fournisseur de services d'hébergement. C'est un arrêt court et reprenant en tous points l'argumentaire développé trois mois plus tôt dans l'arrêt *Scarlet* que nous livre la Cour de justice dans l'affaire *Sabam c. Netlog*²⁸⁴. Il s'agissait ici non plus d'un ordre de cessation sollicité à l'encontre d'un fournisseur d'accès à internet, mais visait un exploitant de plateforme de réseau social en ligne. Ce dernier, en stockant sur ses serveurs des informations fournies par des utilisateurs de ses plateformes, relatives à leurs profils, peut être considéré comme étant un prestataire de services d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31²⁸⁵.

Pour rappel, une mesure, telle que celle exigée par la Sabam, qui obligerait un prestataire de services d'hébergement à procéder à une surveillance active de la quasi-totalité des données concernant l'ensemble des utilisateurs de ses services, afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle, correspondrait à une surveillance généralisée, incompatible avec l'article 15, § 1^{er}, de la directive 2000/31 ainsi qu'avec l'article 3 de la directive 2004/48 qui énonce que les mesures doivent être équitables et proportionnées et ne doivent pas être excessi-

²⁸¹ *Ibid.*, point 35.

²⁸² Voy. la précédente chronique, *R.D.T.I.*, 2012, nos 48-49, pp. 41 et s.

²⁸³ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10. Voy. la chronique précédente, *R.D.T.I.*, 2012/48-49, pp. 42-44.

²⁸⁴ C.J.U.E., 16 février 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, aff. C-360/10.

²⁸⁵ *Ibid.*, point 27.



vement coûteuses²⁸⁶. En adoptant l'injonction obligeant le prestataire de services d'hébergement à mettre en place le système de filtrage litigieux, la juridiction nationale concernée ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part.

69. Détermination du contenu des injonctions aux F.A.I. L'arrêt déjà mentionné *UPC Telekabel*, rendu en 2014, est également à épingle²⁸⁷. Pour rappel, deux sociétés de production cinématographique, constatant la mise à disposition non autorisée de leurs œuvres via *download* et *streaming* sur un site web, ont demandé à la justice autrichienne d'enjoindre le fournisseur d'accès UPC Telekabel de bloquer l'accès du public au site contrefaisant. C'est à cette occasion que la Cour de justice de l'Union européenne fut saisie de quatre questions préjudicielles.

La Cour a tout d'abord rappelé, en développant quelque peu sa motivation par rapport aux arrêts antérieurs²⁸⁸, que le F.A.I. est un intermédiaire au sens de l'article 8, § 3, de la directive 2001/29²⁸⁹, à l'encontre duquel, selon cette disposition, une ordonnance sur requête doit pouvoir être rendue si ses services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.

Le principe de la possibilité d'injonction acquis, encore fallait-il en définir la portée. La Cour de justice a décidé, d'une part, que l'injonction ne devait pas définir concrètement les mesures de blocage, estimant le F.A.I. comme le mieux placé pour le faire en ce sens qu'il peut adapter lesdites mesures à ses capacités et aux diverses contraintes qui pèsent sur lui²⁹⁰, et, d'autre part, que « conformément au principe de sécurité juridique, [le F.A.I.] doit avoir la possibilité de faire valoir devant le juge, une fois connues les mesures d'exécution qu'il a prises et avant qu'une décision lui imposant une sanction ne soit, le cas échéant, adoptée, que les mesures prises étaient bien celles qui pouvaient être attendues de lui afin d'empêcher le résultat proscrit »²⁹¹.

70. La communication de données à caractère personnel par un F.A.I. Dans l'arrêt *Bonnier*, rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 19 avril 2012²⁹², il était question de la demande faite à un fournisseur d'accès à internet de dévoiler les informations personnelles qui se cachent derrière une adresse IP suspectée d'être à l'origine d'actes contraires au droit d'auteur. Dans la suite des affaires *Promusicae*²⁹³ et *LSG*²⁹⁴, la Cour énonce cinq critères aux fins d'apprécier la proportionnalité et la validité d'une loi nationale qui prévoirait une injonction de communication envers les fournisseurs d'accès à internet au bénéfice des ayants droit. Ainsi, afin d'assurer un

²⁸⁶ *Ibid.*, point 34.

²⁸⁷ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12.

²⁸⁸ Voy. C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet*, précité, point 30 et C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam*, précité, point 28.

²⁸⁹ Précitée, note 108.

²⁹⁰ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, précité, points 50 à 53. Il est permis de déduire de ce passage, ainsi que de la formulation employée dans les précédents arrêts *Scarlet* et *Sabam* (voy. respectivement points 48 et 46 : « à ses seuls frais... »), que c'est au F.A.I. de supporter, mais seulement en partie, le coût du blocage. Cette question reste cependant floue.

²⁹¹ Point 54. Pour une analyse, voy. *A&M*, 2015/2, p. 170 ; *R.E.D.C.*, 2014, n° 55, p. 29, note V. DELFORGE, D. GOBERT et J. MOINY.

²⁹² C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio AB e.a. c. Perfect Communication Sweden AB*, aff. C-461/10.

²⁹³ C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, points 54 et 55.

²⁹⁴ C.J.U.E., 19 février 2009, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH c. Tele2 Telecommunication GmbH*, aff. C-557/07, § 29.



juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle et la protection des données à caractère personnel²⁹⁵, une telle loi doit :

- exiger des indices réels d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle ;
- exiger que les informations demandées soient susceptibles de faciliter l'enquête sur l'atteinte ou la violation du droit d'auteur ;
- exiger que les raisons motivant cette injonction soient d'un intérêt supérieur aux inconvénients ou aux autres préjudices qu'elle peut entraîner pour son destinataire²⁹⁶ ;
- s'appliquer aux personnes ayant qualité pour agir ;
- permettre de pondérer les intérêts opposés en présence, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant compte des exigences résultant du principe de proportionnalité²⁹⁷.

71. Étendue de la surveillance des F.A.I. À l'échelon national, notons une décision de la Cour de cassation²⁹⁸ dans l'affaire *The Pirate Bay*, rendue avant *UPC Telekabel*, générant une obligation de surveillance aux F.A.I. La Cour valide la compétence du juge d'instruction d'ordonner des mesures précisément spécifiées par lui de blocage et de surveillance à plusieurs F.A.I. belges. *Telenet*, *Tecteo* et *Brutele* demandaient la levée de cette mesure d'instruction, dans le cadre d'une affaire de contrefaçon sur internet impliquant le site web «*thepiratebay.org*», qui les obligeait concrètement à contrôler qu'aucun autre nom de domaine ne conduise à ce site et, le cas échéant, à le bloquer, ce qui, selon eux, compte tenu de la créativité des utilisateurs de ce type de sites et de la non-limitation dans le temps de la mesure d'instruction, constituait notamment une obligation générale de surveillance interdite par la directive 2000/31²⁹⁹, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne³⁰⁰, et par la loi du 11 mars 2003 qui la transpose³⁰¹. La Cour de cassation a jugé qu'il ne s'agissait pas là d'une obligation générale de surveillance interdite. Cette jurisprudence contestable est déjà périmée en raison de l'arrêt *UPC Telekabel* de la Cour de justice qui, comme on l'a dit, laisse le soin aux F.A.I. concernés de déterminer les mesures précises de surveillance et de blocage à mettre en œuvre.

72. Injonctions de filtrage et liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs arrêts dans la période analysée à propos de l'évaluation des ingérences du droit d'auteur dans le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette question se pose avec une particulière acuité dans le cas de blocage de sites et plateformes dont le contenu porte atteinte au droit d'auteur, compte tenu de ce que

²⁹⁵ C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio*, précité, point 60.

²⁹⁶ *Ibid.*, point 58.

²⁹⁷ *Ibid.*, point 59.

²⁹⁸ Cass., 22 octobre 2013, *A&M*, 2014/2, p. 98 ; *I.R.D.I.*, 2014/1, p. 365 ; *Computerr.*, 2014/2, p. 106, note K. VANDERHAUWAERT ; *T. Strafr.*, 2014/2, p. 126, note R. SCHOEFS.

²⁹⁹ Directive (CE) n° 2000/31 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 (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.* L 178 du 17 juillet 2000 (voy. art. 15, § 1^{er}, et cons. n° 47).

³⁰⁰ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet*, précité, note 283.

³⁰¹ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 (voy. art. 21, § 1^{er}), à présent intégrée dans le Code de droit économique (voy. art. XII.20, § 1^{er}).



l'internet est devenu un des principaux moyens d'exercice du droit à la liberté d'expression³⁰². Il sera rendu compte de ces arrêts *infra*, dans la partie consacrée au droit des médias, à la liberté d'expression et aux nouvelles technologies.

B. La protection juridique des programmes d'ordinateur

1. Portée de la protection

73. Fonctionnalités, langage de programmation, format des fichiers de données. Avec l'arrêt *SAS Institute*³⁰³ la Cour délimite à nouveau le champ d'application matériel de la directive concernant la protection des programmes d'ordinateur³⁰⁴, comme elle l'avait déjà fait avec l'arrêt *BSA*³⁰⁵. Au centre de cette affaire, un logiciel de substitution, compatible avec des scripts utilisateurs écrits normalement pour fonctionner avec un premier logiciel. Le programme de substitution présentait les mêmes fonctionnalités que le système du premier logiciel, utilisait le format de fichier de données et le langage de programmation de ce logiciel. Le logiciel de substitution avait été conçu après « simple » observation du premier logiciel et étude de son manuel d'utilisation.

La Cour rappelle le principe déjà mis en avant dans son arrêt *BSA*³⁰⁶ au sujet des interfaces graphiques, selon lequel le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur ne protège que les formes d'expression des programmes³⁰⁷. Or, ni les fonctionnalités d'un programme d'ordinateur, ni le langage de programmation, ni le format des fichiers ne constituent de telles formes d'expression de ce programme³⁰⁸. Les fonctionnalités relèvent du domaine des idées³⁰⁹, les langages de programmation et formats de fichiers de données constituent des éléments de programmes « au moyen desquels les utilisateurs exploitent certaines fonctions dudit programme »³¹⁰. Si avoir accès au code source (ou décompiler le code objet) relatif au langage de programmation ou au format de fichier de données et le copier est potentiellement susceptible de relever du droit de reproduction, il ne peut y avoir de contrefaçon dans l'hypothèse où il n'a pu y avoir accès au code source, ce qui était le cas en l'espèce³¹¹. Cependant et à l'instar des interfaces d'utilisation³¹², les langages de programmation et les formats de fichiers sont néanmoins susceptibles de bénéficier de la protection par le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques en vertu de la directive 2001/29, dans l'hypothèse où ils constitueraient une création propre à leur auteur³¹³.

74. Manuels d'utilisation. Dans ce même arrêt, la Cour énonce que les manuels d'utilisation sont susceptibles de bénéficier de protection par le droit d'auteur en vertu de la directive 2001/29, dès lors qu'ils renferment certains éléments qui sont l'expression de la création intel-

³⁰² Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie, A&M*, 2013/3-4, p. 252, § 54.

³⁰³ C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute*, aff. C-406/10.

³⁰⁴ Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

³⁰⁵ C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, aff. C-393/09.

³⁰⁶ *Ibid.* La cour y fait explicitement référence (points 35 à 38).

³⁰⁷ Points 35-38, rappelant l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/24.

³⁰⁸ C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute*, précité, point 36.

³⁰⁹ *Ibid.*, point 40.

³¹⁰ *Ibid.*, point 42.

³¹¹ *Ibid.*, point 44.

³¹² *Ibid.*; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, précité, points 44 à 46.

³¹³ C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, précité, point 45.



lectuelle propre à leur auteur³¹⁴. La reproduction de cette expression dans un autre manuel ou programme d'ordinateur relève donc de la directive 2001/29³¹⁵.

75. Jeux vidéo (qualification). Dans l'arrêt *Nintendo*³¹⁶, la Cour de justice applique le droit d'auteur général aux jeux vidéo. S'il est vrai que, par la formulation de ses questions préjudicielles, la juridiction de renvoi partait du postulat que la directive 2001/29 était d'application au jeu vidéo en cause, la Cour déclare que la protection de la directive 2009/24 se limite aux programmes d'ordinateur, alors que les jeux vidéo constituent un matériel complexe comprenant des éléments sonores et graphiques, protégés, « ensemble avec l'œuvre entière » par le droit d'auteur instauré par la directive 2001/29³¹⁷. L'arrêt donne ensuite de précieuses précisions sur le régime de protection des mesures techniques de protection des œuvres, tel que mis en place par la directive 2001/29. Nous renvoyons dès lors *supra* pour cette question³¹⁸.

En Belgique, la cour d'appel de Gand³¹⁹, a été confrontée à la question du prêt public des jeux vidéo. Se réclamant de l'arrêt *Nintendo* évoqué et de l'application de la directive 2001/29 aux œuvres complexes comprenant des œuvres littéraires et artistiques qui semble en découler, la cour écarte l'application du régime de protection des logiciels et applique l'exception belge de prêt public en faveur des bibliothèques aux jeux vidéo. L'application du droit d'auteur général est donc ici lourde de conséquences car le régime de protection des programmes d'ordinateur ne prévoit pas une telle exception.

2. Droits exclusifs

76. Droit de distribution, épuisement, logiciels d'occasion, utilisateur légitime. Avec l'arrêt *UsedSoft*³²⁰, la Cour de justice rend une étonnante décision qui applique la règle de l'épuisement à la distribution par téléchargement de logiciels. Ainsi, selon cet arrêt, les acquéreurs de logiciels téléchargés légalement peuvent revendre leur licence d'utilisation (ce qui permet à l'acquéreur secondaire de télécharger le logiciel sur le site de l'éditeur ou du distributeur), et ce même si la licence prohibe un tel transfert. Dès lors réputés « utilisateurs légitimes » des programmes, ces acquéreurs secondaires bénéficient de l'exception prévue à l'article 5.1 de la directive 2009/24, qui autorise l'utilisateur légitime d'un programme à le reproduire lorsque cela est nécessaire à son utilisation³²¹ (et en l'espèce donc à télécharger ainsi leur copie). Ce point permet d'éviter que l'éditeur ne contourne la règle de l'épuisement par une interdiction contractuelle de reproduction³²². L'« épuisement numérique » du droit de distribution des programmes d'ordinateur est cependant soumis aux conditions que la licence d'utilisation sur la copie ait été consentie sans limitation de durée et pour une rémunération correspondant à la valeur économique de cette copie³²³. De

³¹⁴ *Ibid.*, point 65.

³¹⁵ *Ibid.*, point 70.

³¹⁶ C.J.U.E., 23 janvier 2014, *Nintendo*, précité.

³¹⁷ *Ibid.*, point 23.

³¹⁸ Point 56.

³¹⁹ Gand, 19 mai 2014, *A&M*, 2014/6, pp. 488-495, note F. COPPENS, « Le prêt public des jeux vidéo – Sous les pavés des bonnes intentions ».

³²⁰ C.J.U.E., 3 juillet 2012, *Usedsoft*, aff. C-128/11.

³²¹ *Ibid.*, points 73 à 75.

³²² *Ibid.*, points 73 à 85.

³²³ *Ibid.*, point 72 et dispositif.



plus, la copie du premier acquéreur doit être rendue inutilisable³²⁴. C'est en conséquence de cette dernière condition que l'«épuisement numérique» du droit de distribution des programmes d'ordinateur ne peut avoir pour effet de permettre la «scission» de licences portant sur plusieurs postes de travail, en vue de la revente de la partie excédentaire d'une licence³²⁵. Dans une telle hypothèse, la copie du premier acquéreur ne serait en effet pas détruite³²⁶.

3. Exploitation des droits

77. Nécessité d'un écrit. La cour d'appel de Liège³²⁷ s'est appuyée sur l'interprétation donnée à la notion d'écrit par un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1939, pour valider le transfert de ses droits sur un logiciel par un programmeur, au commanditaire. Rappelons à cet égard que l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, C.D.E. (ancien article 3 de la LDA) prévoit que les contrats se prouvent par écrit à l'égard de l'auteur. L'arrêt évoqué de la Cour de cassation précise qu'il n'est pas nécessaire qu'un écrit émane de celui à qui on l'oppose pour être probant mais qu'il suffit que ce dernier se le soit approprié. En l'espèce, la cour a déduit la preuve du consentement du programmeur de la facturation de ce dernier, de la demande de brevet du logiciel, de l'intitulé de son adresse mail pour cette dernière ou encore des courriers faisant état de la titularité du commanditaire sur le logiciel et dont le programmeur était un des destinataires.

4. Exceptions

78. Exception d'observation, d'étude et de test, et restrictions contractuelles. Dans l'arrêt SAS évoqué *supra*³²⁸, qui, rappelons-le, concernait un logiciel de substitution à un logiciel donné, la Cour de justice déclare que l'exception d'observation, étude et test du programme³²⁹, exception obligatoire selon la directive, ne peut être indirectement limitée via une restriction contractuelle des finalités d'utilisation du logiciel. En effet, en l'espèce, les termes de licence (dont bénéficiait l'auteur du programme de substitution) restreignaient celle-ci à des «fins de non-production». L'observation, l'étude et le test du logiciel demeurent donc autorisés, malgré la licence, dès lors que ces actes ne portent pas atteinte aux droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur sur ce programme³³⁰.

C. La protection juridique des bases de données

1. Conditions de protection

79. Investissement substantiel dans l'obtention, la vérification ou la présentation des données (droit *sui generis*). Dans l'affaire *Bhaalu* évoquée *supra* (droit de communication au public), le président du tribunal de commerce d'Anvers, mettant en œuvre la jurisprudence de la Cour de

³²⁴ *Ibid.*, point 70. La Cour suggère aux titulaires de recourir à des mesures techniques de protection pour contrôler la destruction de l'exemplaire initial (§§ 79 et 87).

³²⁵ *Ibid.*, points 69 et 86.

³²⁶ *Ibid.*, point 70.

³²⁷ Liège, 20 mars 2014, *A&M*, 2015/1, pp. 74-80.

³²⁸ C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute*, précité.

³²⁹ Art. 5.3 de la directive 91/250.

³³⁰ Ce qui ne pouvait être le cas en l'espèce vu que le développeur du logiciel de substitution n'avait pas eu accès au code du logiciel. Il n'avait donc pas pu copier ce code et ainsi porter atteinte aux droits du titulaire du logiciel.



justice, refuse la protection du droit *sui generis* aux bases de données constituées par les grilles de programmes de télévision des radiodiffuseurs. Si, comme le relève la juridiction, le fait (pour les radiodiffuseurs) d'être à l'origine de la création des contenus (ici, la programmation) n'exclut pas l'existence d'un droit *sui generis* sur les programmes en tant que base de données, il doit cependant être démontré un investissement substantiel dans l'obtention, la vérification ou la présentation des données, distinct des moyens consacrés à leur création. Cette décision est frappée d'appel.

80. Originalité dans le choix et/ou la disposition des matières (droit d'auteur). L'affaire *Football Dataco*³³¹ mettait en scène les calendriers annuels des matchs de football anglais et écossais comme dans les affaires *Fixtures* de 2004³³². À l'instar de ce qu'elle avait déjà précisé au sujet du droit *sui generis* dans ces affaires, la Cour de justice déclare dans *Football Dataco* que la protection des bases de données par le droit d'auteur ne peut s'appliquer au résultat de l'activité de création des données elles-mêmes³³³. En l'espèce dès lors, l'élaboration des calendriers de rencontres s'apparente à l'activité de création des données elles-mêmes³³⁴. Ce travail n'est donc pas éligible à la protection par le droit d'auteur même s'il requiert travail, discernement et savoir-faire³³⁵, ou si un ajout significatif a été fait aux données³³⁶. C'est en revanche le choix ou la disposition des données (c'est-à-dire la structure de la base de données) qui déterminera la protection par le droit d'auteur, ce choix et/ou disposition devant satisfaire au critère de l'originalité³³⁷. À cet égard, l'originalité fera défaut si choix et disposition des matières sont dictés « par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place à la liberté créative »³³⁸. La Cour précise en outre que les États membres n'ont pas la liberté d'accorder la protection par le droit d'auteur aux bases de données à d'autres conditions que celles prévues par la directive³³⁹, l'objectif de cette dernière étant en effet de supprimer les disparités entre États membres³⁴⁰.

81. Appréciation du droit sur les bases de données par le SPF Finances (droit d'auteur, droit *sui generis*). Dans un jugement³⁴¹ opposant un huissier à l'État belge (SPF Finances) au sujet de la qualification des revenus tirés d'une licence d'utilisation de modèles de lettres d'huissier, le tribunal de première instance de Bruxelles a refusé la protection de ces lettres (par le droit d'auteur sur les lettres)³⁴², ainsi que la protection de la base de données constituée de l'ensemble

³³¹ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, aff. C-604/10.

³³² Voy. en effet les affaires *Fixtures* traitées par la C.J.U.E. en 2004, à l'origine d'une importante clarification des conditions d'application du droit *sui generis* des bases de données: *Fixtures Marketing Ltd. c. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE*, aff. C-444/02, § 47; *Fixtures Marketing Ltd. c. Svenska Spel AB*, aff. C-338/02, § 31; *Fixtures Marketing Ltd. c. Oy Veikkaus AB*, aff. C-46/02, § 42, ainsi que, dans le domaine des paris hippiques *The British Horseracing Board Ltd et autres c. William Hill Organization Ltd*, aff. C-203/02. Voy. aussi notre précédente chronique: « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information et de la communication (2002-2008) », *R.D.T.I.*, juin 2009, pp. 57 à 64.

³³³ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, précité, points 29-32.

³³⁴ *Ibid.*, point 36.

³³⁵ *Ibid.*, points 35 et 41.

³³⁶ *Ibid.*, point 40.

³³⁷ *Ibid.*, point 38.

³³⁸ *Ibid.*, point 39.

³³⁹ *Ibid.*, point 52.

³⁴⁰ *Ibid.*, point 48.

³⁴¹ Civ. Bruxelles (34^e ch.), 31 janvier 2013, disponible sur www.stradalex.com.

³⁴² À noter sur ce point que le tribunal refuse la protection par le droit d'auteur des canevas et modèles de lettres et d'actes d'huissier de justice, sous Microsoft Word, en raison d'un défaut d'originalité dû à l'absence de liberté artistique suffisante laissée par des contraintes légales très strictes.



de ces lettres types, tant par le droit d'auteur que par le droit *sui generis*. Invoquant l'arrêt *Football Dataco* évoqué précédemment, le tribunal apprécie l'originalité de la structure de la base de données et déclare que cette structure, « – un simple classement par nature de lettre ou d'acte – ne présente aucune originalité ». Quant au droit *sui generis*, bien que non invoqué par l'huissier, le tribunal refuse son application eu égard à l'absence de travail de « recherche et de rassemblement de lettres et modèles préexistants » (le demandeur se prévalant surtout d'« un gros travail de rédaction des lettres et modèles »). Assez curieusement cependant, le tribunal ajoute qu'en toute hypothèse le droit *sui generis* « ne permet en aucun cas de réclamer des redevances ». En conséquence, selon le tribunal, les sommes perçues par l'huissier pour l'utilisation concédée de ses lettres types à sa sprl sont requalifiées de rémunérations de dirigeant d'entreprises au lieu de revenus mobiliers en application du « principe d'attraction ».

2. Droits exclusifs

82. Fabrication et distribution de GPS et droit de réutilisation. Dans cette affaire jugée par le tribunal de commerce de Bruxelles³⁴³, faire fabriquer par un tiers des GPS utilisant des bases de données de cartes géographiques et les commercialiser est qualifié de réutilisation et requiert dès lors une autorisation du titulaire de droits *sui generis*.

83. Mise en ligne et droit de réutilisation. L'arrêt *Football Dataco c. Sportradar*³⁴⁴ mettait en cause la mise en ligne sur un site de données reprises sur un site tiers. La Cour de justice confirme que l'envoi de données (c'est-à-dire « l'acte qui consiste pour une personne à envoyer, au moyen de son serveur web, sur l'ordinateur d'une autre personne, à la demande de cette dernière, des données préalablement extraites du contenu d'une base de données protégées ») est qualifié de mise à disposition du public des dites données et donc de « réutilisation ».

84. Données reprises dans une étude, extraction et droit de réutilisation. Dans cette affaire en cessation³⁴⁵, le président du tribunal de première instance de Bruxelles condamne le fait d'avoir repris, dans une étude, une partie qualitativement substantielle d'une base de données tierce, bien qu'après éléction et réorganisation des données reprises. Invoquant la jurisprudence européenne³⁴⁶, cet acte est en effet qualifié d'« extraction » par le juge. La juridiction relève également qu'il y a eu « réutilisation » de la base de données en ce que l'étude a été livrée à son commanditaire (le Parlement européen) et que ce dernier a utilisé le rapport dans ses travaux préparatoires.

85. Moteur de recherche et réutilisation. Dans un arrêt significatif pour les métamoteurs de recherche³⁴⁷, la Cour de justice a indiqué les conditions auxquelles ce type de site très répandu effectue une extraction susceptible de mettre en jeu le droit *sui generis*. Les métamoteurs de recherche dits « dédiés »³⁴⁸ sont ces sites qui proposent un formulaire de recherche mais qui au lieu d'effectuer directement une recherche sur internet, interrogent d'autres moteurs de

³⁴³ Comm. Bruxelles, 1^{er} juillet 2013, *A&M*, 2014/6, pp. 519 à 526.

³⁴⁴ C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Football Dataco c. Sportradar*, aff. C-173/11.

³⁴⁵ Prés. Civ. Bruxelles (cess.), 6 juin 2014.

³⁴⁶ C.J.C.E., 9 octobre 2008, *Directmedia*, aff. C-304/07, points 39 et 45.

³⁴⁷ C.J.U.E., 19 décembre 2013, *Innoweb BV c. Wegener ICT Media BV, Wegener Mediaventions BV*, aff. C-202/12.

³⁴⁸ Lorsqu'il est interrogé par un internaute, un tel métamoteur de recherche dédié n'effectue pas lui-même une recherche sur internet mais interroge en temps réel d'autres moteurs de recherche œuvrant dans le même secteur d'activité.



recherche existant dans le même secteur d'activité (billets d'avions, offres d'emploi, vêtements...). La Cour déclare qu'un tel moteur de recherche dédié procède à une réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu des bases de données qu'il interroge lorsqu'il présente les caractéristiques suivantes: la fourniture à l'utilisateur final d'«un formulaire de recherche offrant en substance les mêmes fonctionnalités» que les formulaires des bases de données qu'il interroge, la traduction «en temps réel» des requêtes des utilisateurs finaux dans les moteurs de recherche dont sont équipées les bases de données interrogées, de sorte que toutes les données de ces bases sont explorées, et la présentation à l'utilisateur final des résultats trouvés sous l'apparence extérieure de son site internet, en réunissant les doublons en un seul élément mais dans un ordre qui est fondé sur des critères comparables à ceux utilisés par les bases de données ainsi interrogées³⁴⁹. Selon la Cour, il s'agit dans cette hypothèse d'une « mise à disposition » du public selon la directive 96/9, notion qu'il convient d'interpréter largement³⁵⁰. La Cour relève en effet que l'activité de l'exploitant d'un tel site fournit un accès au contenu entier de la base de données « par une autre voie que celle prévue par le fabricant »³⁵¹. Il en résulte, selon la Cour et pour des raisons diverses, une moindre consultation de la base de données originelle, pouvant occasionner une perte de revenus publicitaires³⁵² et entraver l'amortissement du coût d'investissement dans cette dernière³⁵³. Le caractère économique est en effet central dans le droit *sui generis* des bases de données. Enfin, la Cour ajoute que la mise à disposition ainsi réalisée est faite au « public » car le métamoteur de recherche vise un nombre indéterminé de personnes³⁵⁴.

D. Questions de droit international privé

86. Jurisdiction compétente. L'auteur présumé d'une atteinte à un droit d'auteur peut-il se voir attiré devant les juridictions d'un État membre où l'atteinte n'a pas été commise ? Avec internet, cette question devenait de plus en plus prégnante car le contenu constituant l'atteinte commise par le biais de sites web est généralement accessible depuis plusieurs États membres. La période couverte a vu un développement jurisprudentiel très intéressant à ce sujet et a mis fin à une controverse.

En matière délictuelle et quasi-délictuelle, le conflit de juridiction est abordé par la règle spéciale de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001³⁵⁵ (règlement dit « Bruxelles I »), lequel prévoit la compétence du lieu de la survenance du dommage³⁵⁶. La détermination de ce lieu n'étant pas toujours aisée dans le cas de violations dont le dommage est susceptible de se matérialiser dans

³⁴⁹ C.J.U.E., 19 décembre 2013, *Innoweb*, précité, dispositif.

³⁵⁰ *Ibid.*, point 33.

³⁵¹ *Ibid.*, point 40.

³⁵² *Ibid.*, points 40 et 45.

³⁵³ *Ibid.*, point 41.

³⁵⁴ *Ibid.*, point 52.

³⁵⁵ 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.

³⁵⁶ L'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001 prévoit la compétence du « tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Selon la Cour, en application de cette disposition, le demandeur a le choix d'assigner soit devant les juridictions d'un État dans lequel le dommage se matérialise, soit devant celles de l'État dans lequel l'événement causal a lieu (C.J.U.E, 30 novembre 1976, *Handelskwekerij Bier*, aff. C-21/76). La question faisant l'objet de la présente chronique porte sur les critères permettant de déterminer l'État dans lequel le dommage se matérialise.



plusieurs États, deux approches prédominaient à cet égard. Selon la première, dite « théorie de la focalisation », c'est l'intention de l'auteur de l'atteinte présumée de viser le public d'un État qui détermine la compétence des juridictions de cet État. Selon la théorie alternative de « l'accessibilité », il suffit que la contrefaçon soit accessible dans un État pour que ses juridictions soient compétentes pour juger l'affaire. Durant la période couverte, la Cour de justice va osciller entre les deux approches avant de marquer sans équivoque sa préférence pour l'une d'entre elles.

Dans l'arrêt *Football Dataco*³⁵⁷, évoqué précédemment dans la partie sur le droit des bases de données, la Cour privilégie la théorie de la focalisation, ainsi qu'elle l'avait déjà fait dans des cas de contrats de la consommation³⁵⁸. Dans cette affaire, une société allemande reprenait sur son site des données qu'elle avait extraites sans autorisation d'une base de données hébergée sur un serveur anglais et protégée par le droit *sui generis*. Pour la Cour, la compétence doit être déterminée par le territoire ciblé par l'auteur de l'atteinte³⁵⁹. L'indice déterminant à cet égard a été la nature du contenu du site, auquel venait s'ajouter la langue du site. S'agissant de données concernant des matches de football anglais, le public ciblé était manifestement le public britannique³⁶⁰. Est en revanche sans incidence dans la détermination de la juridiction compétente la localisation du serveur au départ duquel les données sont transmises de manière litigieuse³⁶¹.

L'arrêt *Wintersteiger*, en revanche, fait la part belle à la théorie de l'accessibilité. Cette affaire portait sur l'utilisation non autorisée d'une marque nationale protégée dans le contexte désormais bien connu des *Adwords*³⁶². La défenderesse, une entreprise allemande, avait réservé un mot-clé correspondant à la marque autrichienne *Wintersteiger* pour le niveau *google.de*. Afin de situer le lieu du dommage, la Cour ne retient pas le critère du public visé par l'auteur de l'atteinte (en l'espèce, cela semblait être le public allemand, en priorité touché par *google.de*). Elle déclare que c'est dans le pays dans lequel le droit est protégé que le dommage est susceptible de se produire³⁶³. Il ne peut donc s'agir que du pays pour lequel la marque est enregistrée (en l'espèce, il s'agissait de l'Autriche) et où le site *google.de* est accessible³⁶⁴. La Cour rejette donc ici la théorie de la focalisation.

Cet arrêt est en outre porteur d'un second enseignement intéressant pour la résolution des conflits judiciaires internationaux liés à l'utilisation d'*Adwords* correspondant à des marques de tiers. La Cour s'y prononce aussi au sujet de la détermination du lieu de l'événement causal (compétence alternative à celle du lieu de la matérialisation du dommage). Ainsi, faisant référence à sa jurisprudence *Adwords* antérieure³⁶⁵, la Cour rappelle que c'est l'annonceur qui fait un usage du signe protégé dans la vie des affaires, et non le prestataire du service de référencement³⁶⁶. Dès lors l'événement causal n'est pas constitué par l'affichage de la publicité, mais bien la résér-

³⁵⁷ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, précité.

³⁵⁸ C.J.U.E., 7 décembre 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, aff. C-585/08 et C-144/09.

³⁵⁹ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, précité, point 47.

³⁶⁰ *Ibid.*, point 40.

³⁶¹ *Ibid.*, points 44 et 45.

³⁶² C.J.U.E., 19 avril 2012, *Wintersteiger*, aff. C-523/10.

³⁶³ Notons que *Google.de* est accessible par les internautes situés en Autriche.

³⁶⁴ C.J.U.E., 19 avril 2012, *Wintersteiger*, précité, points 27 à 29.

³⁶⁵ C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google France et Google*, aff. C-236/08 à C-238/08, points 52 et 58.

³⁶⁶ C.J.U.E., 19 avril 2012, *Wintersteiger*, précité, point 35.



vation par l'annonceur du mot-clé³⁶⁷. Le lieu du fait dommageable – et l'État membre compétent à ce titre – est donc celui d'établissement de l'annonceur³⁶⁸. N'est pas déterminant en revanche le fait que le mot-clé ait été réservé pour Google.de³⁶⁹ ou encore que l'affichage du mot-clé soit déclenché par les serveurs de Google³⁷⁰.

Avec l'arrêt *Pinckney*³⁷¹, la Cour va ensuite confirmer l'application de la théorie de l'accessibilité aux conflits de juridictions surgissant dans les cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'auteur. L'affaire concernait un demandeur établi en France et portait sur des reproductions non autorisées de son œuvre réalisée en Autriche par une société autrichienne. Ces reproductions étaient distribuées sous forme de CD vendus via différents sites internet par une société britannique. Selon la Cour, le lieu du dommage sont les États dans lesquels le droit d'auteur du demandeur est reconnu et depuis lesquels le site litigieux est accessible³⁷². Compte tenu du fait que la protection par le droit d'auteur est automatique dans tous les États membres en vertu de la directive 2001/29, la juridiction saisie est d'office compétente dès lors que le site qui distribue les contrefaçons y est accessible³⁷³ (en l'espèce le demandeur avait saisi les juridictions françaises). La compétence d'un tel État membre est cependant limitée au dommage survenu sur son territoire³⁷⁴. La Cour s'écarte donc ici de la théorie de la focalisation mise en œuvre dans les arrêts *Pammer et Alpenhof*^{375 376}.

La période couverte par la présente chronique a vu cette approche à nouveau confirmée par les arrêts *Hi Hotel*³⁷⁷ et *Coty Germany*³⁷⁸, sur lesquels nous ne nous étendrons pas vu qu'ils ne sont pas propres aux technologies de l'information et de la communication. L'affaire *Pez Hejduk*³⁷⁹, visait quant à elle la mise en accès d'exemplaires dématérialisés d'une photographie.

E. Droit des marques

87. La période couverte par la chronique a été relativement calme sur le plan du droit des marques, en tout cas en ce qui concerne les aspects liés aux technologies de l'information. Les quelques décisions examinées ne sont en effet pas porteuses d'évolution majeure mais s'inscrivent plutôt dans une tendance à la consolidation de la jurisprudence.

1. Conditions de fond de la protection

88. Caractère distinctif. Lors de l'examen d'une demande d'enregistrement de marque communautaire, l'OHMI examine l'existence de motifs absolus de refus. En particulier, le signe proposé

³⁶⁷ *Ibid.*, point 34.

³⁶⁸ *Ibid.*, point 37.

³⁶⁹ *Ibid.*, point 30.

³⁷⁰ *Ibid.*, point 36.

³⁷¹ C.J.U.E., 3 octobre 2013, *Pinckney*, aff. C-170/12.

³⁷² *Ibid.*, point 44.

³⁷³ *Ibid.*, points 39 et 44.

³⁷⁴ *Ibid.*, point 45.

³⁷⁵ C.J.U.E., 7 décembre 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, précité.

³⁷⁶ Au point 42, elle s'en explique notamment par le fait que ces arrêts concernaient des contrats de consommation visés par l'article 15, paragraphes 1, sous c), et 3 du règlement Bruxelles I.

³⁷⁷ C.J.U.E., 3 avril 2014, *Hi Hotel*, aff. C-387/12.

³⁷⁸ C.J.U.E., 5 juin 2014, *Coty*, aff. C-360/12. Cet arrêt est relatif à une marque communautaire.

³⁷⁹ C.J.U.E., 22 janvier 2015, *Pez Hejduk*, aff. C-441/13.



à l'enregistrement doit présenter un caractère distinctif suffisant pour constituer une marque valable (article 7.1, b, et article 37 du règlement n° 207/2009 sur la marque communautaire).

L'Office a ainsi rejeté une demande d'enregistrement portant sur le terme « fluege.de » pour des produits et services de type publicité, transport et restauration, en raison de l'absence de caractère distinctif suffisant. Le Tribunal de l'Union européenne, saisi du recours du déposant, a confirmé la décision de refus d'enregistrement de l'OHMI³⁸⁰. Selon le Tribunal, le fait d'accoler à un terme du langage courant (« flüge », orthographié « fluege » en raison des contraintes du nommage internet³⁸¹, signifiant « vol » en allemand) un suffixe indicatif d'une extension de noms de domaine ne suffit pas à conférer au signe, pris dans son ensemble, un caractère distinctif suffisant, car le public pertinent identifiera immédiatement le signe comme un nom de domaine, se référant à une adresse internet³⁸². Dans la motivation, on soulignera que le Tribunal juge non distinctif l'élément indicatif du domaine de premier niveau³⁸³.

2. Droits exclusifs

89. Droit de distribution et offre à la vente au sein de l'UE depuis un État tiers. La Cour de justice a confirmé la portée de la notion de distribution commerciale de produits revêtus de la marque, dans le cadre d'un litige portant sur la saisie en douanes de montres contrefaisant la marque Rolex, qui avaient été acquises sur un site web chinois par un résident danois. Plus précisément, la Cour de justice a pris position sur l'existence d'un usage de la marque sur le marché de l'Union lorsque la marchandise litigieuse est commercialisée via le site internet d'un vendeur établi dans un pays tiers, mais que la vente est conclue avec un consommateur résidant au sein de l'Union européenne et la marchandise livrée au lieu de résidence dudit consommateur. D'une manière tout à fait logique, la Cour affirme que la distribution au public au sein de l'Union est avérée dès qu'est rapportée la preuve de la conclusion d'un contrat de vente avec un consommateur établi au sein de l'Union, sans qu'il soit nécessaire que cette conclusion ait été précédée d'une publicité spécialement dirigée vers les consommateurs de l'Union³⁸⁴. Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt *Philips et Nokia* dans lequel la Cour avait exigé que les marchandises saisies en douanes soient destinées à une vente au sein de l'Union pour qu'un usage illicite de marque communautaire puisse être considéré comme établi³⁸⁵.

90. Usage du signe au sein du Benelux. Dans le même sens, mais à propos de conflits entre titulaires de marques nationales, on relèvera une ordonnance du président du tribunal de commerce de Bruxelles soulignant que l'usage, par le titulaire d'une marque anglaise « BIBA », de ce signe sur plusieurs sites web (dont un.nl et un.be) en vue d'offrir des produits à la vente sur le

³⁸⁰ T.P.I.U.E., 14 mai 2013, *Unister*, aff. T-244/12.

³⁸¹ Le Tribunal souligne que le public pertinent, de langue allemande, est familier de ces adaptations dans le nommage des sites web visant le public germanophone (points 22-23).

³⁸² T.P.I.U.E., 14 mai 2013, *Unister*, précité, point 26.

³⁸³ Dans le même sens, voy. not. T.P.I.U.E., 21 novembre 2012, *Getty Images Inc.*, aff. T-338/11 (à propos du nom de domaine « photos.com »); A. CRUQUENAIRE, « Le nom de domaine, un signe distinctif à part (entière) », *J.T.*, 2012, p. 819.

³⁸⁴ C.J.U.E., 6 février 2014, *Rolex*, aff. C-98/13, point 29.

³⁸⁵ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Philips et Nokia*, aff. C-446/09 (points 71 et 78, soulignant que l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle suppose la preuve que les marchandises contrefaites sont destinées à une vente au sein de l'Union).



marché belge constitue un usage au sein du Benelux, qui enfreint donc les droits sur la marque Benelux éponyme détenue par une société concurrente³⁸⁶.

3. Atteinte à la marque

91. Adwords et atteinte aux fonctions de la marque. Dans une ordonnance du 30 septembre 2013, le président du tribunal de commerce de Bruxelles fait une application intéressante de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'Adwords³⁸⁷. Le tribunal observe ainsi que les annonces apparaissant en lien avec l'usage des mots clés litigieux permettent à l'internaute normalement attentif d'identifier l'annonceur et ne créent pas de confusion avec le titulaire de marque. Il n'y a donc pas d'usage contraire à la fonction d'indication d'origine de la marque. L'atteinte à la fonction d'investissement n'est pas davantage établie par le titulaire de marque, compte tenu de la présentation par l'annonceur de son offre de services. Le principe étant la licéité de l'usage de la marque d'un concurrent dans les *Adwords*, le tribunal conclut donc à l'absence d'atteinte à la marque.

4. Limitation des effets de la marque

92. Usage sérieux de la marque et contrat de licence. Dans un arrêt relatif aux conditions privilégiées d'enregistrement des noms de domaine.eu, réservées aux titulaires de droits de marques antérieurs, la Cour de justice a précisé la notion de contrat de licence³⁸⁸. Bien que la Cour n'ait nullement raisonné sur la base des dispositions relatives à cette question, il nous semble intéressant de mentionner cet arrêt en relation avec l'examen des conditions afférentes à l'exigence d'usage sérieux de la marque enregistrée³⁸⁹. La Cour a ainsi jugé que ne pouvait être considéré comme une « licence de droits antérieurs », le contrat dont l'objet consiste à obtenir un droit d'usage de marque limité à la seule finalité d'utilisation consistant à enregistrer un nom de domaine.eu pour compte du donneur de licence. Le contrat de licence suppose en effet que le donneur de licence concède un droit d'exploitation commerciale de la marque au licencié, tandis que le contrat de services a pour objet la fourniture d'une activité déterminée contre rémunération³⁹⁰. Le contrat litigieux, ayant pour objet principal la fourniture de services consistant à tenter d'obtenir l'enregistrement d'un nom de domaine.eu, s'apparente donc à un contrat de services³⁹¹.

Cette distinction devrait être appliquée également en matière d'extinction des droits pour défaut d'usage, car, dans la logique du mécanisme de l'extinction, le contrat de services ne devrait pas pouvoir être invoqué pour justifier d'un usage sérieux de la marque enregistrée, vu qu'il n'a pas pour objet l'exploitation commerciale des fonctions de la marque concernée.

³⁸⁶ Prés. Comm. Bruxelles, 28 juin 2013, *Ing.-Cons.*, 2013, p. 573.

³⁸⁷ Prés. Comm. Bruxelles, 30 septembre 2013, *Pratiques du marché, propriété intellectuelle et concurrence*, 2013, p. 1002.

³⁸⁸ C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Pie Optiek*, aff. C-376/11.

³⁸⁹ Article 15 du règlement sur la marque communautaire.

³⁹⁰ C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Pie Optiek*, précité, points 47-48.

³⁹¹ *Ibid.*, point 49.



5. Noms de domaine

93. Enregistrement prioritaire. Au cours de la période sous revue, l'on relèvera l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Pie Optiek*, dans lequel il a été jugé qu'un contrat de services comportant un aspect de licence de droits de marque ne peut être qualifié de contrat de licence, car il n'emporte aucune concession d'un droit propre d'exploitation commerciale des fonctions de la marque au bénéfice du «licencié». Dès lors, un tel contrat ne permet pas à la partie prestataire de services (bénéficiant de la «licence» de marque) d'être éligible au régime d'enregistrement prioritaire des noms de domaine.eu tel qu'organisé par le règlement n° 874/2004 établissant les règles de politique d'intérêt général relatives à la mise en œuvre et aux fonctions du domaine de premier niveau.eu et les principes applicables en matière d'enregistrement³⁹².

94. Application des règles relatives à la publicité. Enfin, l'on relèvera encore un arrêt de la Cour de justice dans lequel est abordée la possible qualification de l'enregistrement d'un nom de domaine en tant que «publicité» au sens de la réglementation sur les pratiques commerciales³⁹³.

III. LIBERTÉS ET SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

A. Vie privée et protection des données à caractère personnel

1. Juridictions judiciaires³⁹⁴ (Christine BURNET, Maxime PIRON³⁹⁵) **et constitutionnelle** (Bénédicte LOSDYCK, Odile VANRECK³⁹⁶ et Jean-Marc VAN GYSEGHEM)

95. Introduction. Nous analysons dans cette partie les décisions rendues entre 2012 et 2014 par les juridictions judiciaires et la Cour constitutionnelle en matière de vie privée et de protection des données à caractère personnel en relation avec les nouvelles technologies. Nous avons opéré, pour des raisons d'impératifs éditoriaux, une sélection des décisions qui nous paraissent les plus pertinentes sans aucune volonté d'exhaustivité. Par ailleurs, de nombreuses décisions rendues en matière de protection de la vie privée et de données à caractère personnel l'ont été dans des matières qui font l'objet d'autres contributions de la présente chronique. Elles ne sont donc pas reprises ici.

a. Droit au respect de la vie privée

96. Vie privée et devoir d'information. Dans un arrêt rendu le 10 octobre 2012³⁹⁷, la Cour constitutionnelle a eu à se prononcer sur l'applicabilité à la profession de détectives privés agréés du devoir d'information prévu à l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel³⁹⁸. Dans ce cadre, la Cour a posé une série de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

³⁹² *Ibid.*, points 52-53.

³⁹³ C.J.U.E., 11 juillet 2013, *BEST*, aff. C-657/11. *Voy. supra*, n° 5.

³⁹⁴ Les auteurs remercient la Professeure de Terwangne pour la relecture attentive qu'elle a effectuée.

³⁹⁵ Chercheurs au CRIDS.

³⁹⁶ Chercheuses au CRIDS et avocates.

³⁹⁷ C. const., 10 octobre 2012, n° 116/2012.

³⁹⁸ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993, p. 5801.

