

Paris, le 14 septembre 2012

---

**LETTRE BI-ANNUELLE – N°1**

**– SIX MOIS DE JURISPRUDENCE DE LA CJUE –  
DROIT D’AUTEUR – DROITS VOISINS**

**JANVIER-JUIN 2012**

---

## PRESENTATION

### **Pourquoi une lettre d'information bi-annuelle sur la jurisprudence de la CJUE en matière de droit d'auteur et droits voisins ?**

Nous pensons que, désormais, la compréhension et l'anticipation des évolutions du droit d'auteur et des droits voisins nécessitent d'identifier et d'analyser les positions adoptées par la Cour de justice de l'Union Européenne.

La connaissance approfondie de la jurisprudence de la CJUE est devenue incontournable en raison de deux facteurs : quantitatif, car le nombre de décisions a augmenté de manière exponentielle, mais surtout qualitatif, car la Cour dégage désormais les principes d'interprétation et les définitions des notions cardinales en la matière telles que l'originalité, la communication au public, etc.

Or la prise de connaissance et la compréhension de ces décisions constituent un exercice complexe pour le juriste impliqué dans une activité quotidienne foisonnante : au contraire des arrêts de la Cour de cassation, les décisions de la Cour de justice sont souvent peu concises. De plus, cette dernière procède le plus souvent dans son argumentaire par renvoi aux décisions précédentes, sans toujours expliquer la portée de ses renvois et décale progressivement ses propres interprétations.

Afin de saisir ce phénomène, le cabinet a organisé le 27 mars 2012 une matinée d'actualité juridique consacrée notamment aux méthodes de raisonnement de la Cour.

Dans le prolongement de cet événement, il nous a semblé utile, pour nos clients, amis et notre réseau, de proposer une lettre d'actualité uniquement consacrée aux décisions rendues par la Cour de justice dans nos matières, lettre qui a vocation, non pas à se substituer à la lecture des arrêts, mais à proposer des repères nécessaires à la compréhension des décisions rendues.

Nos choix ont été les suivants :

- Une périodicité bi-annuelle, pour être toujours d'actualité tout en donnant suffisamment de matière ;
- Deux modes de présentation : un rappel par thèmes selon un plan identique pour chaque lettre, accompagné de mots-clefs, afin de favoriser la compréhension, puis une présentation chronologique, pour faciliter la mémorisation ;
- Pour chaque décision, un résumé et une appréciation de la portée de la décision.

Compte tenu de la compétence particulière du cabinet en droit d'auteur et droits voisins, nous avons choisi *a priori* de ne pas présenter les décisions spécifiquement rendues dans d'autres matières proches, pouvant pourtant avoir un impact sur nos activités, tels que les marques, les brevets, la vie privée. Elles sont toutefois souvent intéressantes car elles peuvent avoir vocation à s'appliquer au droit d'auteur et aux droits voisins. La règle étant fixée, nous nous réserverons donc la possibilité de prévoir des exceptions.

Nous vous remercions de vos éventuels commentaires et critiques qui nous permettront d'améliorer notre lettre. Nous sommes également à votre disposition pour toute discussion sur ces sujets qui nous passionnent !

Nous vous souhaitons une très bonne lecture, et rendez-vous en février 2013.

**PRESENTATION THEMATIQUE DES DECISIONS**

**1. Œuvres protégeables - originalité**

CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2012, Football Dataco et a., affaire C-604/10  
Bases de données - Originalité

CJUE, 2 mai 2012, SAS Institute / World Programming, affaire C-406/10  
Logiciel - Originalité - Rétro-ingénierie - Manuel d'utilisation

**2. Qualité d'auteur - titularité**

CJUE, 9 février 2012, Martin Luksan / Petrus van der Let, affaire C-277/10  
Œuvre cinématographique - Réalisateur - Présomption de cession - Répartition de la redevance pour copie privée

**3. Droits exclusifs - exceptions**

CJUE, 9 février 2012, Martin Luksan / Petrus van der Let, affaire C-277/10  
Œuvre cinématographique - Réalisateur - Présomption de cession - Répartition de la redevance pour copie privée

CJUE, 15 mars 2012, Società Consortile Fonografici (SCF) / Marco Del Corso, affaire C-135/10  
Notion de communication au public - Droit à rémunération équitable - Dentiste - Caractère non lucratif

CJUE, 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland) Limited / Irlande, affaire C-162/10  
Notion de communication au public - Rémunération équitable - Chambre d'hôtels - Public nouveau

CJUE, 26 avril 2012, DR, TV2 Danmark / NCB Nordisk Copyright Bureau, affaire C-510/10  
Radiodiffusion - Exception d'enregistrement éphémère - Tiers autorisé

CJUE, 4<sup>e</sup> ch., 21 juin 2012, T. A. J. D., affaire C-5/11  
Droit de distribution - Poursuites pénales - Complicité de distribution illicite

CJUE (grand chambre), 3 juillet 2012, UsedSoft / Oracle, affaire C-128/11  
Droit de distribution - Epuisement - Programme d'ordinateur

**4. Contrats - gestion collective**

(Réservé)

**5. Mise en œuvre - action en contrefaçon - sanctions**

CJUE, 16 février 2012, SABAM / Netlog, affaire C-360/10  
Fournisseur d'hébergement - Filtrage - Liberté d'entreprendre - Protection des données à caractère personnel et liberté d'information

CJUE, 19 avril 2012, Bonnier Audio, Earbooks et a. / Perfect Communication Sweden, affaire C-461/10  
Propriété littéraire et artistique - Données à caractère personnel

**PRESENTATION CHRONOLOGIQUE ET RESUMES DES DECISIONS**

**1. CJUE, 9 FEVRIER 2012, MARTIN LUKSAN / PETRUS VAN DER LET, AFFAIRE C-277/10**

Sur renvoi de la juridiction autrichienne, Handelsgericht Wien

*Thème : réalisateur auteur originaire, présomption de cession des droits du réalisateur au producteur, rémunération pour copie privée*

**Le droit de l'Union reconnaît de manière générale la titularité primaire de l'ensemble des droits d'auteur sur le film au réalisateur (et non les seules prérogatives spéciales visées dans les directives). Les Etats membres peuvent prévoir des systèmes de cession légale des droits au producteur à condition qu'ils soient réfragables. Le droit à rémunération pour copie privée bénéficiant à l'auteur ne peut pas être cédé par contrat au profit du producteur.**

M. Luksan, réalisateur, avait cédé ses droits d'auteur sur un film documentaire intitulé « Fotos von der Front » à un producteur, M. Van der Let. Un litige survient quant au domaine des droits cédés et quant au bénéficiaire de la rémunération pour copie privée. A cette occasion, la Cour a été saisie de plusieurs questions préjudicielles quant à la portée et l'opposabilité de la cession au réalisateur.

La Cour indique d'abord que, du fait des dispositions du droit de l'Union, le réalisateur d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle bénéficie, en tout état de cause, du statut d'auteur d'une telle œuvre (à la différence d'autres coauteurs que les Etats membres sont libres de désigner). En tant qu'auteur, il est titulaire à titre originaire de l'ensemble des droits d'exploitation, en ce compris le droit de diffusion par satellite, le droit de reproduction et tout autre droit de communication au public par voie de mise à disposition, en cause dans ce litige. La Cour ajoute qu'un Etat membre ne saurait adopter une législation qui instituerait ces droits à titre originaire au profit du producteur du film, quand bien même l'article 14 bis de la convention de Berne le lui permet, cette disposition étant en contrariété avec le droit de l'Union. La Cour considère en effet qu'attribuer les droits au producteur priverait le réalisateur de son droit de jouir de la propriété du bien qu'il a légalement acquis, reconnu par l'article 17, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lequel article protège également la propriété intellectuelle dans son paragraphe 2. Or, selon l'article 51 de ladite Charte, son respect s'impose aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, le réalisateur d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle doit être considéré comme titulaire directement et à titre originaire de l'ensemble des droits d'auteur et il ne saurait être dépouillé par la législation d'un Etat membre des prérogatives en découlant au profit de son producteur.

Le droit français est conforme à cette affirmation. Si l'article L. 132-24 du code de la propriété intellectuelle prévoit une cession automatique des droits du réalisateur au producteur, cette dernière opère par l'effet du contrat de production audiovisuelle et sous la réserve de toute clause contraire, ce qui permet de ne pas contrevenir à la disposition contenue à l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle selon laquelle « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

C'est d'ailleurs l'objet de la deuxième question posée à la Cour, qui concerne la possibilité de prévoir un tel dispositif de cession automatique des droits, au-delà du droit de location pour lequel le droit de l'Union avait aménagé un tel mécanisme par la directive 92/100. La Cour affirme que la présomption de cession au producteur est un concept du droit d'auteur que le législateur européen, faute d'indication, n'est pas censé avoir écarté pour les autres droits d'exploitation prévus par d'autres directives. Elle est donc généralisable à l'ensemble des droits d'auteur du réalisateur.

S'agissant ensuite de la rémunération pour copie privée, la Cour indique que le réalisateur doit être considéré comme bénéficiaire d'une telle rémunération, directement et à titre originaire, à laquelle il ne peut renoncer. Elle ajoute que les Etats membres ne peuvent prévoir de dispositions qui institueraient au profit du producteur une présomption de cession, irrefragable ou non, de ce droit à rémunération.

On rappellera que le droit français prévoit quant à lui que « *la rémunération pour copie privée des vidéogrammes bénéficie à parts égales aux auteurs au sens du présent code, aux artistes-interprètes et aux producteurs* » (article L. 311-7 du code de la propriété intellectuelle), ce qui paraît conforme à cette décision de la Cour de justice.

En revanche, la Cour ne dit rien de la conformité de la distraction d'une partie de ces sommes (25%) par la législation française au profit d'actions de promotion culturelle. La question est actuellement pendante devant la CJUE à propos d'un système similaire de prélèvement en Autriche (affaire *Amazon.com*).

## **2. CJUE, 16 FEVRIER 2012, SABAM / NETLOG, AFFAIRE C-360/10**

Sur renvoi de la juridiction belge, Rechtbank van eerste aanleg te Brussel

***Thème : fournisseur d'hébergement, filtrage, liberté d'entreprendre, protection des données à caractère personnel et liberté d'information***

**Le droit de l'Union s'oppose à une législation nationale permettant d'enjoindre une mesure de filtrage générale, indéfinie et préventive à la charge de l'hébergeur pour lutter contre la contrefaçon d'œuvres protégées. Le système doit prendre en considération les intérêts divers de la protection de la propriété intellectuelle, de la liberté d'entreprise, de la protection des données personnelles et de la liberté d'information. Confirmation de la jurisprudence *Scarlet* (CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extend / SABAM*, affaire C-70/10) à propos des fournisseurs d'hébergement.**

L'exploitant d'une plateforme de réseau social (Netlog) est assigné par une société de gestion collective (SABAM) afin de faire cesser la mise à disposition du public, par les utilisateurs de la plateforme, des œuvres musicales et audiovisuelles du répertoire de cette dernière. La juridiction de renvoi interroge la Cour de justice sur la possibilité de délivrer une injonction à un intermédiaire technique aboutissant non seulement à la suppression des contenus illicites mais encore à la prévention de la réapparition de tels contenus sur la plateforme « *par la mise en place d'un système de filtrage des informations stockées sur ses serveurs par les utilisateurs de ses services, qui s'applique indistinctement à l'égard de l'ensemble des utilisateurs, à titre préventif, à ses frais exclusifs et sans limitation dans le temps* ».

La Cour de justice note d'abord que l'activité exercée par l'exploitant consiste en un service d'hébergement. La Cour rappelle ensuite sa jurisprudence *Scarlet* (CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extend / SABAM*, affaire C-70/10) selon laquelle il convient de concilier tant les droits des titulaires de droits d'auteur que ceux des prestataires techniques, ces derniers ne pouvant se voir imposer une obligation générale de surveillance des réseaux.

En l'espèce, elle considère que « *l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux doit être considérée comme ne respectant pas l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et d'autre part, celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les prestataires de services d'hébergement* ».

La Cour ajoute que ce système porterait atteinte non seulement aux droits des prestataires techniques, mais encore à ceux des utilisateurs et en particulier à leurs droits à la protection de leurs données à caractère personnel et à communiquer et recevoir des informations, respectivement protégés par les articles 8 et 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette décision confirme la position de la Cour de justice déjà dégagée à propos des fournisseurs d'accès écartant les solutions de filtrage générales, mais ne préjuge pas des réponses éventuelles en cas de filtrage ciblé d'un contenu.

### 3. **CJUE, 1<sup>ER</sup> MARS 2012, FOOTBALL DATA CO ET A. / YAHOO ET A., AFFAIRE C-604/10**

Sur renvoi de la juridiction du Royaume-Uni, Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)

*Thème : originalité d'une base de données*

**Une base de données n'est protégée par le droit d'auteur que si elle répond au critère d'originalité, à savoir qu'elle constitue une expression originale de la liberté créatrice de son auteur, ce qui est différent du travail et du savoir-faire consacré à la création de données.**

Le litige concernait la protection par la propriété intellectuelle de calendriers des rencontres des championnats de football anglais et écossais dont l'élaboration « *n'est pas purement mécanique ou déterministe, mais requiert, au contraire, un travail et un savoir-faire très significatifs, afin de satisfaire la multitude d'exigences en présence tout en respectant au mieux les règles applicables* ». Yahoo mettait à disposition de ses utilisateurs ces calendriers sans verser aucune contrepartie aux organismes sportifs les établissant, lesquels revendiquaient la protection de ces objets tant par le droit d'auteur que par le droit *sui generis* du producteur de bases de données.

Contrairement au précédent de 2004 (CJCE, 9 novembre 2004, Fixtures Marketing Ltd / OPAP, affaire C-444/02) qui, à propos de grilles de matchs, visait plus particulièrement la protection du droit *sui generis*, la saisine de la Cour de justice concerne la protection par le droit d'auteur de cette base de données. On rappellera que la directive n°96/9 relative à la protection des bases de données prévoit le bénéfice du droit d'auteur pour les bases si, par le choix ou la disposition des matières, elle constitue une création intellectuelle propre à son auteur.

La Cour précise qu'il convient d'entendre par « choix » la sélection des données et par « disposition » leur agencement et que la création des données n'est en revanche pas comprise dans ces notions.

La Cour indique ensuite que, pour apprécier si une base de données est protégeable par le droit d'auteur, les juges doivent examiner si le choix ou la disposition desdites données « *constitue une expression originale de la liberté créatrice de son auteur* », sans que ne puissent être pris en compte « *les efforts intellectuels et le savoir-faire consacrés à la création desdites données* », l'existence d'un ajout significatif aux données ou encore le travail et le savoir-faire desquels il ne résulterait aucune originalité dans le choix ou la disposition des données.

La Cour souligne également le caractère obligatoire des dispositions de la directive quant aux critères permettant l'accès à la protection par le droit d'auteur. La Cour affine ici le travail de définition de l'originalité commencé dans l'arrêt *Infopaq* (CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq International / Danske Dagblades Forening*, affaire C-5/08) et poursuivi dans les arrêts *Premier League* (CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd et autres / QC Leisure et autres*, affaire C-403/08 et *Karen Murphy / Media Protection Services Ltd*, affaire C-429/08) et *Eva-Maria Painer* (CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Eva-Maria Painer / Standard VerlagsGmbH et autres*, affaire C-145/10).

Le droit français protège les bases de données « *qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles* » (article L. 112-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la propriété intellectuelle). On notera néanmoins que la jurisprudence française s'est parfois éloignée de cette seule exigence (voir par exemple : CE, 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion : RIDA*, oct. 1996, p. 216, qui prend en compte, outre le fait que la base SIREN constitue un ensemble organisé et structuré d'informations, la circonstance selon laquelle l'INSEE ajoute aux données brutes).

4. **CJUE, 15 MARS 2012, SOCIETA CONSORTILE FONOGRAFICI (SCF) / MARCO DEL CORSO, AFFAIRE C-135/10**

Sur renvoi de la juridiction italienne, Corte d'appello di Torino

*Thème : notion de communication au public, droit à rémunération équitable, caractère non lucratif*

**Le droit à rémunération équitable perçu en matière de radiodiffusion de phonogrammes ne peut pas être exigé pour la communication au public de ces phonogrammes à la patientèle d'un dentiste, faute de remplir les critères de définition de la communication au public et notamment l'intention de communiquer l'œuvre par l'émetteur, l'intention de la recevoir par les destinataires et le caractère lucratif de la diffusion.**

Un dentiste procède dans son cabinet dentaire à une radiodiffusion de phonogrammes protégés au titre de la propriété littéraire et artistique et plus particulièrement des droits voisins. La SCF, en tant que société de gestion collective, est chargée de la collecte et de la répartition pour le compte des ayants droit et souhaite percevoir des droits au titre de la diffusion de cette musique d'ambiance.

La Cour de justice est saisie d'une question portant sur la définition du périmètre du droit de communication au public d'une œuvre protégée prévue par la directive n°2001/29 du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information.

La Cour ne répond pas sur le terrain de la directive 2001/29 mais requalifie la question au regard des circonstances de fait et répond sur le terrain de la directive « droits voisins » sur le fondement du droit à rémunération équitable. La définition qu'elle propose de l'acte de communication au public est donc rendue dans ce cadre spécifique. Elle interprète cette notion à la lumière de notions qu'elle considère comme équivalentes et comprises dans la convention de Rome du 26 octobre 1961 relative aux droits voisins (à laquelle l'Union n'est pas partie), l'accord ADPIC signé dans le cadre de l'OMC le 15 avril 1994 (auquel l'Union est partie) et les traités OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur et les droits voisins (approuvés par la Communauté européenne).

Aux fins de déterminer si un acte met en œuvre le droit de communication au public, la Cour de justice pose des « *critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres* », à savoir :

- L'utilisateur réalise un acte de communication au public « *lorsqu'il intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à ses clients* » à une œuvre protégée ;
- Le public « *visé un nombre indéterminé de destinataires potentiels* » et implique « *un nombre de personnes assez important* » qui vont accéder soit parallèlement, soit successivement à l'œuvre ;
- Il convient également de prendre en compte le fait que la diffusion constitue un service procurant une valeur ajoutée pour le diffuseur (caractère lucratif de la diffusion).

La Cour relève que, si le dentiste diffuse délibérément de la musique, le cercle de personnes, très restreint, bénéficie indépendamment et fortuitement de la diffusion et le dentiste « *ne peut raisonnablement s'attendre à un accroissement, en raison de cette seule diffusion, de la clientèle de son cabinet ni augmenter le prix des soins qu'il prodigue* ».

La Cour considère en conséquence que la notion de communication au public dans le cadre du droit à rémunération équitable « *ne couvre pas la diffusion gratuite de phonogrammes dans un cabinet dentaire, tel que celui en cause au principal, dans le cadre de l'exercice d'une profession libérale, au bénéfice de la clientèle qui en jouit indépendamment de sa volonté* ». Il s'ensuit que la société de perception et de répartition des droits ne saurait revendiquer le paiement pour le compte des ayants droit d'une quelconque rémunération au titre de cette diffusion.

Il est difficile de se prononcer sur la portée de cette décision, dont le retentissement est considérable. La Cour insiste à plusieurs reprises sur le fait qu'elle statue au regard du seul droit à rémunération équitable visé à la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle et non du droit de communication au public en général au sens de l'article 3 de la directive du 22 mai 2001. Toutefois, elle émaille sa décision de quelques considérations susceptibles de généraliser la solution à d'autres aspects de la notion de communication au public.

**5. CJUE, 15 MARS 2012, PHONOGRAPHIC PERFORMANCE (IRELAND) LIMITED / IRLANDE, AFFAIRE C-162/10**

Sur renvoi de la juridiction irlandaise, High Court (Commercial Division)

***Thème : notion de communication au public, rémunération équitable, chambre d'hôtels, public nouveau***

**Le droit à rémunération équitable peut être exigé à l'hôtelier qui offre les moyens de l'écoute des phonogrammes à ses clients dans la chambre d'hôtel, public nouveau, que ce soit sous forme de radiodiffusion ou sous forme de mise à disposition des matériels de lecture, notamment à raison du caractère lucratif de la communication réalisée. Confirmation de la jurisprudence SGAE (CJCE, 7 décembre 2006, SGAE / Rafael Hoteles SA, affaire C-306/05) et de la jurisprudence Del Corso (CJUE, 15 mars 2012, Società Consortile Fonografici (SCF) / Marco Del Corso, affaire C-135/10 – cf. ci-dessus point 4).**

La Cour aborde ici une question identique (c'est-à-dire toujours sur le droit à rémunération équitable) à celle de l'arrêt précédent, au regard non plus des dentistes, mais des exploitants d'hôtels et de pensions de famille. Elle considère qu'en l'espèce « *les clients d'un établissement hôtelier constituent un nombre indéterminé de destinataires potentiels, dans la mesure où l'accès de ces clients aux services dudit établissement résulte, en principe, du choix propre à chacun d'eux et n'est limité que par la capacité d'accueil de l'établissement en question* ». La remarque aurait pu tout aussi bien s'appliquer à la clientèle d'un dentiste. Ce qui semble en revanche décisif est le fait que l'accès aux œuvres constitue une prestation de service supplémentaire qui a une influence sur le standing de l'établissement, contrairement en effet au cabinet du dentiste.

La question se posait également de savoir si le fait de mettre à disposition des postes de radio et/ou de télévision entraînait l'obligation pour l'hôtelier de verser une rémunération outre celle déjà versée par le radiodiffuseur. La Cour rappelle ici sa jurisprudence selon laquelle la communication au public est caractérisée lorsqu'il existe une communication de l'œuvre protégée à un nouveau public, distinct et supplémentaire par rapport à celui visé dans l'acte de communication d'origine, ce qui serait le cas en l'espèce selon la Cour (ce qui a pour conséquence d'entraîner le versement par l'hôtelier d'une rémunération aux ayants droit). Il en sera de même si l'hôtelier se contente de mettre à disposition de sa clientèle un dispositif autre qu'un poste de radio ou de télévision (tel qu'un lecteur de CD ou DVD).

La Cour exclut en outre le bénéfice de la reconnaissance d'une utilisation privée à l'hôtelier, dès lors que c'est dans le chef de l'hôtelier et non dans celui de la personne qui accède à l'œuvre qu'il convient selon la Cour d'apprécier le caractère privé de ladite autorisation.

Cette solution est à rapprocher de celle retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt *CNV* du 6 avril 1994 (pourvoi n°92-11186, *Bull. civ. I*, n°144).

**6. CJUE, 19 AVRIL 2012, BONNIER AUDIO, EARBOOKS ET A. / PERFECT COMMUNICATION SWEDEN, AFFAIRE C-461/10**

Sur renvoi de la juridiction suédoise, Högsta domstolen

*Thème : propriété littéraire et artistique versus données à caractère personnel*

**La protection des données personnelles ne s'oppose pas à la mise en place d'une procédure d'injonction judiciaire visant à obtenir l'adresse IP d'une personne suspectée de contrefaçon dès lors que la procédure en cause respecte le principe de proportionnalité et parvient à la pondération des intérêts en présence. Confirmation de l'arrêt *Promusicae* (CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae / Telefónica de España SAU*, affaire C-275/06).**

Le litige ayant conduit à la saisine de la Cour de justice opposait des sociétés d'édition de livres audio (Bonnier) à un fournisseur d'accès à internet (Perfect Communication), la première souhaitant obtenir communication de données de connexion – en l'occurrence l'adresse IP – de l'utilisateur d'un serveur FTP (file transfer protocol) soupçonné d'atteintes aux droits exclusifs de celle-ci sur les livres édités par elle.

La juridiction suédoise a, dans ce cadre, demandé à la Cour de justice si la directive n°2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, directive prise en considération de la protection des données à caractère personnel des internautes, pouvait s'opposer à la possibilité de délivrance d'une injonction de communication des données faite au fournisseur d'accès et permise par une législation nationale transposant une autre directive, la directive n° 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. On précisera que la première de ces directives n'avait pas été transposée en Suède, en dépit de l'expiration du délai pour ce faire.

La Cour commence par relever que la directive n°2006/24 invoquée par la juridiction suédoise ne s'applique pas en l'espèce puisqu'il s'agit d'une *lex specialis* (points 41 à 44). Cette directive ne concerne en effet que la matière pénale, tandis qu'était en cause en l'espèce la matière civile.

La Cour n'en examine pas moins la question au regard de la directive n°2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (dite « directive vie privée et communications électroniques »), procédant à une forme de requalification.

La Cour de justice, après avoir mis chacun des intérêts en présence dans la balance des intérêts, à savoir protection des données à caractère personnel d'une part et protection de la propriété intellectuelle d'autre part, décide que lesdites directives ne s'opposent pas à une législation nationale permettant à une « *juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts en présence* ». La législation suédoise prévoit en effet que le demandeur à l'injonction porte aux débats des indices réels d'atteinte au droit de propriété intellectuelle, qu'il démontre que l'obtention des données à caractère personnel est nécessaire ou à tout le moins facilitera les mesures d'enquête sur la violation des droits d'auteur et enfin le juge doit effectuer un contrôle de proportionnalité entre les intérêts en présence.

Cet arrêt se situe dans la droite ligne de l'arrêt *Promusicae* (CJCE, 29 janvier 2008, *Promusicae / Telefónica de España SAU*, affaire C-275/06) qui mettait également aux prises une directive sur la propriété intellectuelle et une autre sur la protection des données à caractère personnel, et dans lequel la Cour avait indiqué que « *le droit communautaire exige [des] États que, lors de la transposition [des] directives, ils veillent à se fonder sur une interprétation de celles-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition desdites directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces mêmes directives, mais également de ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité* ».

Cette décision est importante pour ce qui concerne la protection des droits de propriété intellectuelle sur internet car, si la Cour avait jugé qu'un titulaire de droits ne pouvait obtenir, sur autorisation du juge, les adresses IP correspondants à des actes de contrefaçon, l'un des moyens essentiels de lutte contre la contrefaçon sur Internet disparaissait.

7. CJUE, 26 AVRIL 2012, DR, TV2 DANMARK / NCB NORDISK COPYRIGHT BUREAU, AFFAIRE C-510/10

Sur renvoi de la juridiction danoise, Østre Landsret

*Thème : radiodiffusion, exception d'enregistrement éphémère, tiers autorisé*

**L'exception d'enregistrement éphémère comprend les fixations réalisées par des tiers dès lors qu'ils agissent au nom du radiodiffuseur ou sous sa responsabilité.**

Dans cette affaire, deux organismes danois de radiodiffusion et télévision étaient opposés à une société de gestion collective (le Nordisk Copyright Bureau). Les premiers produisent eux-mêmes des émissions, mais font également appel à des tiers. S'est alors posée dans ce dernier cas la question de l'applicabilité de l'exception d'enregistrement éphémère, dès lors que les émissions produites par des tiers faisaient l'objet d'une première diffusion sur les chaînes de deux organismes.

L'exception au droit de reproduction prévue par la directive est libellée comme suit : les Etats membres peuvent prévoir une telle exception « *lorsqu'il s'agit d'enregistrements éphémères d'œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions* ».

La Cour de justice indique d'abord que l'expression « *par leurs propres moyens* » doit recevoir une interprétation autonome et uniforme. En l'espèce après avoir examiné les différentes versions linguistiques du texte, « *en fonction du contexte et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément* », elle retient que le législateur européen l'a entendu comme comprenant les cas dans lesquels une personne agit soit au nom du radiodiffuseur (ce qui suppose « *un lien direct et immédiat entre les parties* », qui ne laisse aucune marge de manœuvre au tiers), soit sous responsabilité (ce qui implique alors selon la Cour « *un lien davantage complexe, médiat, entre les deux parties, qui garantit à la tierce personne une certaine liberté dans l'utilisation de ses moyens* »).

D'une manière plus générale, cette décision permet de considérer que le bénéficiaire d'une exception peut continuer à en bénéficier même si les actes soumis à l'exception sont effectués par l'un de ses prestataires extérieurs.

8. CJUE, 2 MAI 2012, SAS INSTITUTE / WORLD PROGRAMMING, AFFAIRE C-406/10

Sur renvoi de la juridiction du Royaume-Uni, High Court of Justice (England & Wales) (Chancery Division)

*Thème : originalité d'un logiciel et de son manuel d'utilisation, droit de rétro-ingénierie*

**La protection du logiciel ne vise que les formes originales. Le manuel d'utilisation n'est pas protégé en tant que tel mais si l'auteur a pu exprimer son esprit créateur de manière originale et que le résultat constitue une création intellectuelle. Le contrat ne peut interdire d'étudier le fonctionnement du logiciel et les opérations de chargement nécessaires à l'utilisation, sous réserve d'une atteinte aux droits du titulaire.**

La société SAS est éditeur de logiciels analytiques, comportant des scripts spécifiques, c'est-à-dire faisant appel à un langage de programmation particulier. La société World Programming a quant à elle créé le « world programming system », programme de substitution capable d'exécuter des programmes d'application écrits dans le langage SAS, « *conçu pour émuler aussi étroitement que possible la fonctionnalité des composants SAS* ».

Les questions posées à la Cour de justice avaient trait à la protection du logiciel et de son manuel d'utilisation par le droit d'auteur, ainsi qu'au droit de rétro-ingénierie de l'utilisateur.

S'agissant de la protection des logiciels par le droit d'auteur, la Cour rappelle que la protection vise le programme d'ordinateur dans toutes ses formes d'expression, en ce compris le code source et le code objet, les travaux préparatoires de conception susceptibles d'aboutir ultérieurement à la conception d'un programme. Elle en conclut que ni la fonctionnalité, ni le langage de programmation et le format de fichiers ne sont susceptibles de protection au titre du droit d'auteur, en ce qu'ils ne constituent pas une forme d'expression du logiciel. Quant au manuel, la Cour rappelle sa jurisprudence *Infopaq* (CJUE, 16 juillet 2009, affaire C-5/08) selon laquelle « *les différentes parties d'une œuvre bénéficient d'une protection [...] à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre* ». Elle ajoute qu'« *en l'espèce, les mots-clés, la syntaxe, les commandes et les combinaisons de commandes, les options, les valeurs par défaut ainsi que les itérations sont composés de mots, de chiffres ou de concepts mathématiques qui, considérés isolément, ne sont pas, en tant que tels, une création intellectuelle de l'auteur du programme d'ordinateur* » et que « *ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots, de ces chiffres ou de ces concepts mathématiques qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat, le manuel d'utilisation du programme d'ordinateur constituant une création intellectuelle* », ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Quant au droit de l'utilisateur d'observer, étudier ou tester le fonctionnement d'un logiciel alors que le but de ces opérations dépasserait le cadre de la licence consentie, la Cour considère qu'une telle possibilité ne peut être interdite par contrat. Ainsi, le donneur de licence ne peut interdire au licencié d'étudier le fonctionnement du logiciel aux fins de déterminer les idées et principes à la base des éléments du programme. De même, il ne peut être interdit par contrat au licencié de réaliser les opérations de chargement et de déroulement nécessaires à l'utilisation du programme. La Cour pose néanmoins une condition résidant dans l'absence d'atteinte aux droits exclusifs du titulaire des droits sur le logiciel, conformément à la logique du triple test.

La spécificité du statut du droit du logiciel, droit spécial du droit d'auteur, est une fois de plus confirmée par la Cour, notamment sur le caractère d'ordre public des exceptions, les textes sur le logiciel précisant expressément le sort des clauses contractuelles contraires, ce qui n'est pas le cas pour les œuvres non logicielles, laissant le débat ouvert sur la possibilité d'interdire par contrat ce qui est autorisé par la loi.

## 9. CJUE, 4E CH., 21 JUIN 2012, T. A. J. D., AFFAIRE C-5/11

Sur renvoi de la juridiction allemande, Bundesgerichtshof

***Thème : droit de distribution, poursuites pénales, complicité de distribution illicite***

**Un Etat membre peut poursuivre du chef de complicité de distribution illégale la distribution sur le territoire, d'exemplaires d'œuvres protégées dans cet Etat vendues depuis un Etat où elles ne sont pas protégées.**

Ce litige concernait la possibilité de commercialisation d'objets protégés dans un Etat membre (en l'occurrence l'Allemagne) à partir d'un autre Etat membre (en l'espèce l'Italie) dans lequel lesdits objets ne bénéficiaient pas d'une protection au titre du droit d'auteur. La juridiction de renvoi s'interrogeait donc sur la compatibilité avec le principe de libre circulation des marchandises de poursuites pénales intentées sur le territoire où les œuvres bénéficiaient d'une protection, au titre de la distribution desdites œuvres.

La Cour indique d'abord que la distribution au public doit recevoir une interprétation autonome en droit de l'Union et qu'elle se caractérise par une série d'actes, allant de la conclusion d'un contrat de vente à la livraison de la marchandise, qui peuvent s'effectuer au travers des frontières. En conséquence, pour la Cour, « *un commerçant qui dirige sa publicité vers des membres du public résidant dans un État membre déterminé et crée ou met à leur disposition un système de livraison et un mode de paiement spécifiques, ou permet à un tiers de le faire, mettant ainsi lesdits membres du public en mesure de se faire livrer des copies d'œuvres protégées par un droit d'auteur dans ce même État membre, réalise, dans l'État membre où la livraison a lieu, une «distribution au public»* ».

Ensuite, la Cour relève que le principe de libre circulation des marchandises peut être restreint par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Et la Cour d'en conclure que ces articles « *ne s'opposent pas à ce qu'un État membre exerce des poursuites du chef de complicité de distribution sans autorisation de copies d'œuvres protégées par un droit d'auteur en application du droit pénal national dans le cas où des copies de telles œuvres sont distribuées au public sur le territoire de cet État membre dans le cadre d'une vente, visant spécifiquement le public dudit État, conclue depuis un autre État membre où ces œuvres ne sont pas protégées par un droit d'auteur ou dont la protection dont elles bénéficient ne peut être opposée utilement aux tiers* ».

Cette solution est conforme à la jurisprudence traditionnelle en matière d'épuisement des droits qui requiert pour que ce dernier soit caractérisé le consentement du titulaire des droits et non la simple licéité de la commercialisation dans l'Etat d'origine.

**10. CJUE (GRANDE CHAMBRE), 3 JUILLET 2012, USEDSoft / ORACLE, AFFAIRE C-128/11**

Sur renvoi de la juridiction allemande, Bundesgerichtshof

*Thème : droit de distribution, épuisement, programme d'ordinateur*

**La concession d'une licence d'utilisation de logiciel à durée illimitée assortie d'un acte de téléchargement constitue une vente de la copie du logiciel qui autorise l'acquéreur, en vertu du principe de l'épuisement des droits à la revendre. Le transfert porte sur la copie y compris numérique telle que mise à jour par le contrat de maintenance. L'épuisement n'intervient que si l'acquéreur initial détruit la copie d'origine au moment du transfert au sous-acquéreur. En cas de licence multiposte, le licencié ne peut procéder à la scission de la licence pour aliéner une des copies autorisées par la licence.**

Dans cette affaire, Oracle voulait s'opposer à la revente de ses licences de logiciels d'occasion par l'allemand UsedSoft. Ce distributeur rachetait aux clients d'Oracle les licences logiciels acquises et non utilisées. Et le nouvel acquéreur téléchargeait le logiciel depuis le site d'Oracle, après avoir acquis la licence.

La Cour était saisie de plusieurs questions qu'elle a reformulées en deux questions.

Aux termes de la première question, il lui était demandé « *si, et dans quelles conditions, le téléchargement au moyen d'Internet d'une copie d'un programme d'ordinateur, autorisé par le titulaire du droit d'auteur, peut donner lieu à un épuisement du droit de distribution de cette copie dans l'Union européenne* ».

Elle répond par la positive, aux motifs suivants.

En premier lieu, elle rappelle que l'épuisement suppose l'existence d'un acte de vente et qu'il est donc nécessaire de caractériser l'existence d'un tel acte pour en déduire l'épuisement du droit.

De ce point de vue, elle estime que la notion de vente est une notion autonome de droit de l'Union, à savoir : *« selon une définition communément admise, la «vente» est une convention par laquelle une personne cède, moyennant le paiement d'un prix, à une autre personne ses droits de propriété sur un bien corporel ou incorporel lui appartenant. Il s'ensuit que l'opération commerciale donnant lieu, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, à un épuisement du droit de distribution relatif à une copie d'un programme d'ordinateur implique que le droit de propriété sur cette copie a été transféré »* (point 42).

En l'espèce, le fait que la société Oracle ait scindé l'opération de téléchargement, gratuite, de la concession de licence, payante ne constitue pas un obstacle à cette qualification. La Cour estime que le téléchargement de la copie d'un logiciel et la conclusion d'un contrat de licence forment un tout indivisible puisque le téléchargement du logiciel sans droit d'utilisation serait inutile. Selon la Cour, la vente est dans ce cas dominante par rapport à la licence.

Par ailleurs, la qualification de vente est retenue, en dépit du nom affecté au contrat dès lors que l'acquéreur *« reçoit, moyennant le paiement d'un prix, un droit d'utilisation de cette copie d'une durée illimitée »*. Ce qui constitue le motif déterminant de la qualification de vente tient à ce que l'opération économique d'ensemble vise à rendre la copie utilisable par les clients, *« de manière permanente, moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre au titulaire du droit d'auteur d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire »*. Ainsi, l'opération consistant à télécharger un logiciel dont l'utilisateur bénéficiera d'une jouissance illimitée dans le temps s'analyse en une vente. Par ailleurs, la Cour considère l'opération de vente indépendamment de l'existence ou non d'une remise d'un support matériel.

Une fois la vente caractérisée, la Cour en déduit l'épuisement du droit du titulaire sur la copie ayant fait l'objet de la vente. Il s'ensuit que le titulaire des droits ne peut pas s'opposer à la circulation de copies du logiciel, qu'elles soient matérielles (CD-Rom, DVD-Rom) ou *« immatérielles »* (sic) (téléchargement).

Le titulaire des droits ne pourrait interdire par contrat de céder la copie d'un logiciel après épuisement des droits. La Cour pose néanmoins une limite au bénéfice de la théorie de l'épuisement pour l'acquéreur d'un logiciel : la destruction de la copie qui est revendue.

En effet, si le vendeur effectue une autre copie sans détruire la sienne, il y aurait plus de copies en circulation que de copies téléchargées et cela ne correspondrait pas à la logique de l'épuisement mais à une multiplication des copies en dehors du périmètre de la licence initiale.

Il en résulte d'ailleurs que le licencié initial ne peut pas scinder les droits d'accès multiples qu'il tient d'un même contrat de vente si l'effacement du logiciel n'était pas opéré. Dès lors qu'il ne peut pas revendre ces droits d'accès sans dupliquer la matrice, il ne peut pas satisfaire à l'obligation de destruction de la copie d'origine, condition de l'épuisement.

S'agissant de la capacité de scission, la Cour va même au-delà de la conclusion liée à l'obligation d'effacement de la copie revendue puisqu'elle estime qu'il n'est pas possible de céder de façon différenciée les droits d'utilisation inclus dans la licence même si l'accès n'est pas conditionné par une reproduction de la matrice chez le sous-acquéreur mais peut se faire directement auprès du premier vendeur (ici Oracle). Dans une telle hypothèse, « *l'acquisition de droits d'utilisation supplémentaires ne se rapporte pas à la copie pour laquelle le droit de distribution a été épuisé au titre de ladite disposition. Elle tend au contraire uniquement à permettre une extension du nombre d'utilisateurs de la copie que l'acquéreur de droits supplémentaires avait lui-même déjà installée sur son serveur* » (point 71).

La Cour raisonne ainsi en termes comptables (dont les difficultés de mise en œuvre peuvent être résolues selon la Cour par la généralisation de mesures techniques de protection) et non en termes techniques.

Sur la seconde question, à savoir la notion d'acquéreur légitime d'un logiciel téléchargeable, la Cour part du principe que l'épuisement du droit de distribution autorise un sous acquéreur à prendre copie du support du logiciel en le téléchargeant sur son ordinateur. Du fait de cet épuisement, il est un acquéreur légitime. Il n'est pas nécessaire, aux dires de la Cour, que cet acquéreur ait directement contracté une licence avec le vendeur initial.

Par conséquent, l'épuisement conduit non seulement à rendre valable la revente de la copie à un sous-acquéreur mais autorise également ce dernier à procéder aux actes de reproduction nécessaires pour lui permettre d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, conformément à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24.

Enfin, la Cour tire les conséquences de cette double qualification en estimant que « *nonobstant l'existence de dispositions contractuelles interdisant une cession ultérieure, le titulaire du droit concerné ne peut plus s'opposer à la revente de cette copie* ». Par conséquent, les stipulations contractuelles qui limiteraient la sous-cession de la copie matérielle ou immatérielle d'un logiciel acquis licitement ne sont pas opposables au sous-acquéreur. Ainsi, le titulaire d'un droit sur un logiciel ne peut s'opposer à la revente d'un exemplaire « d'occasion », y compris en téléchargement sur Internet.

Bien que cette solution ait explicitement été rendue au regard de la directive relative à la protection des programmes d'ordinateur, qualifiée de *lex specialis*, la généralité de certaines considérations de la Cour invite à s'interroger sur son éventuelle portée hors du domaine du logiciel.

Si une telle solution était étendue, elle conduirait à valider l'existence d'un marché de l'occasion numérique, ce qui aurait sans doute, par contrecoup, des conséquences importantes sur les modalités de commercialisation des œuvres sous format numérique dans le cadre de licences.