

Paris, le 6 juin 2013

LETTRE BI-ANNUELLE – N°2

– NEUF MOIS D’ACTUALITE EUROPEENNE –
– DROIT D’AUTEUR – DROITS VOISINS –
COMMERCE ELECTRONIQUE

JUIN 2012 - MARS 2013

PROPOS INTRODUCTIFS

La deuxième lettre d'information bi-annuelle sur l'actualité européenne

Nous vous adressons le deuxième numéro de la lettre d'information bi-annuelle du Cabinet ayant pour objet l'actualité européenne du droit de la propriété littéraire et artistique et du droit du commerce électronique.

Comme nous l'écrivions dans la présentation du premier numéro, la connaissance approfondie de la jurisprudence européenne est devenue incontournable tant en raison de l'augmentation significative du nombre de décisions rendues que de la portée des décisions rendues sur le droit national.

Cette deuxième lettre porte notamment sur les arrêts de la CJUE rendus entre le mois de juin 2012 et le mois de mars 2013. Leur présentation n'a pas vocation à se substituer à la lecture des arrêts mais à proposer des repères permettant de connaître les domaines et les notions sur lesquelles la Cour s'est prononcée et, en quelques mots, le contenu de la solution rendue.

Comme pour la première lettre, les décisions sont présentées de la manière suivante :

- Deux modes de présentation : un rappel chronologique, accompagné de mots-clefs, afin de favoriser la compréhension, puis une présentation par thèmes, pour faciliter la mémorisation ;
- Pour chaque décision, un résumé et une appréciation de la portée de la décision.

Pour cette deuxième lettre, nous avons en outre choisi d'ajouter deux évolutions :

- Tout d'abord, nous avons étendu notre étude aux principales décisions rendues en matière de « commerce électronique » : le Cabinet conseille quotidiennement ses clients sur les problématiques particulières liées aux activités numériques et au commerce en ligne et la CJUE est récemment intervenue dans ces domaines en rendant des décisions qui peuvent amener les clients du Cabinet à devoir modifier leurs pratiques et/ou leurs contrats. Il nous a donc paru important de les mentionner.
- Ensuite, nous avons également étendu notre étude aux questions préjudicielles en cours afin de permettre d'anticiper les futurs arrêts de la CJUE. Par exemple, savoir que des décisions vont être rendues sur le périmètre de la reprographie ou sur le statut du lien hypertexte au regard du droit d'auteur peut inciter à la prudence sur certaines prises de position. Comme de nombreuses questions sont en cours et que nous ne souhaitons pas alourdir inutilement notre lettre, nous avons toutefois effectué des choix subjectifs et nous ne prétendons pas à l'exhaustivité.

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.

PRESENTATION CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS

1. ARRETS RENDUS PAR LA CJUE

1.1. CJUE, 5 JUILLET 2012, CONTENT SERVICES LTD / BUNDESARBEITSKAMMER, AFFAIRE C-49/11

Domaine : e-Commerce – Contrats à distance

Notions clés : Protection des consommateurs – Contrats à distance – Informations reçues ou fournies lors de la contractualisation – Support durable – Hyperlien sur et vers le site internet du fournisseur – Droit de rétractation

1.2. CJUE, 12 JUILLET 2012, COMPASS-DATENBANKGMBH / REPUBLIKÖSTERREICH, AFFAIRE C-138/11

Domaine : Droit de la concurrence et secteur public – Propriété littéraire et artistique – Droit sui generis du producteur de base de données

Notions clés : Concurrence – Article 102 TFUE – Notion d'entreprise – Données du registre du commerce et des sociétés stockées dans une base de données – Activité de collecte et de mise à disposition de ces données contre rémunération – Incidence du refus des autorités publiques d'autoriser la réutilisation desdites données – Droit sui generis du producteur de base de données prévu à l'article 7 de la directive 96/9CE

1.3. CJUE, 6 SEPTEMBRE 2012, DANIELA MÜHLLEITNER/ YUSUFI, AFFAIRE C-190/11

Domaine : Droit de la consommation – Juridiction compétente

Notions clés : Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs – Règlement (CE) n° 44/2001 – Article 15, paragraphe 1, sous c) – Limitation ou non de cette compétence aux contrats conclus à distance

1.4. CJUE, 18 OCTOBRE 2012, FOOTBALL DATACO LTD / SPORTRADARGMBH, AFFAIRE C-173/11

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Droit sui generis du producteur de base de données

Notions clés : Protection juridique des bases de données – Droit sui generis – Base de données relatives à des rencontres de championnats de football en cours – Notion de « réutilisation » – Localisation de l'acte de réutilisation

1.5. CJUE, 22 JANVIER 2013, SKY ÖSTERREICH GMBH / ÖSTERREICHISCHER RUNDFUNK, AFFAIRE C-283/11

Domaine : Droit de la communication audiovisuelle – Evènement présentant un grand intérêt pour le public

Notions clés : Directive 2010/13/UE – Fourniture de services de médias audiovisuels – Evénements présentant un grand intérêt pour le public faisant l'objet de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle – Droit d'accès des organismes de radiodiffusion télévisuelle à de tels événements aux fins de la réalisation de brefs reportages d'actualité – Limitation d'une éventuelle compensation financière du titulaire du droit exclusif aux frais supplémentaires occasionnés par la fourniture de cet accès – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Liberté d'entreprise, Droit de propriété) – Proportionnalité.

1.6. CJUE, 7 MARS 2013, ITV BROADCASTING/ITV 2 ET A. / TVCATCHUP, AFFAIRE C-607/11

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Droit d’auteur

Notions clés : Communication au public – Télévision en différé (Catch-up TV) – Public nouveau – Caractère lucratif de la communication au public

2. QUELQUES QUESTIONS PREJUDICIELLES EN COURS

2.1. QUESTION PREJUDICIELLE DEPOSEE A LA CJUE LE 11 AVRIL 2012, AFFAIRE PETER PINCKNEY / KDG MEDIATECH AG, C-170/12

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Jurisdiction compétente

Etape de la procédure : Question présentée le 11 avril 2012 par la Cour de cassation française

Notions clés : Actes de contrefaçon de droits d’auteur sur Internet – Compétence juridictionnelle – Lieu du dommage

2.2. QUESTION PREJUDICIELLE DEPOSEE A LA CJUE LE 10 MAI 2012, AFFAIRE EMREK / SABRANOVIC, C-218/12

Domaine : Droit de la consommation – Jurisdiction compétente

Etape de la procédure : Question présentée le 10 mai 2012 par le Landgericht Saarbrücken (Allemagne)

Notions clés : Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs – Règlement (CE) n° 44/2001 – Article 15, paragraphe 1, sous c) – Nécessité ou non de démontrer un lien causal entre le site Internet et la conclusion du contrat par le consommateur – Limitation ou non de cette compétence aux contrats conclus à distance

2.3. QUESTION PREJUDICIELLE DEPOSEE A LA CJUE LE 29 JUIN 2012, AFFAIRE UPC TELEKABEL WIEN GMBH / CONSTANTIN FILM VERLEIHGMBH ET WEGAFILMPRODUKTIONSGESELLSCHAFTGMBH, C-314/12

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Mesures d’injonction aux fournisseurs d’accès à Internet

Etape de la procédure : Question présentée le 29 juin 2012 par l’Oberster Gerichtshof (Autriche)

Notions clés : Contrefaçon sur Internet – Responsabilité des fournisseurs d’accès à Internet – Mesures d’injonction pouvant être ordonnées à un fournisseur d’accès à Internet

2.4. QUESTION PREJUDICIELLE DEPOSEE A LA CJUE LE 24 JUILLET 2012, AFFAIRE OCHRANNÝSVAZAUTORSKÝ PRO PRAVA K DILUM HUDEBNIM, O.S. (OSA) / LECEBNELAZNEMARIANSKELAZNE AS, C-351/12

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Exceptions et limitations au droit de communication au public

Etape de la procédure : Question présentée par le Krajský soud v Plzni (République tchèque) le 24 juillet 2012

Notions clés : Communication au public – Chambres d’un établissement thermal – Exception nationale n’autorisant pas la rémunération des auteurs – Gestion collective et droit de la concurrence

2.5. QUESTION PREJUDICIELLE DEPOSEE A LA CJUE LE 26 JUILLET 2012, AFFAIRE NINTENDO AND OTHERS, C-355/12

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Mesures techniques de protection

Étape de la procédure : Question présentée par le Tribunale di Milano (Italie) le 26 juillet 2012

Notions clés : Mesures de protection techniques – Interopérabilité – Notion de contournement

2.6. QUESTION PRÉJUDICIELLE DÉPOSÉE À LA CJUE LE 14 SEPTEMBRE 2012, AFFAIRE WIKOM ELEKTRONIK GMBH / MEDIA GESELLSCHAFT ZUR VERWERTUNG DER URHEBER- UND LEISTUNGSSCHUTZRECHTE MBH, C-416/12

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Droit de communication au public

Étape de la procédure : Question présentée par le Bundesgerichtshof (Allemagne) le 14 septembre 2012

Notions clés : Droit de communication au public – Rediffusion par câble

2.7. QUESTION PREJUDICIELLE DEPOSEE A LA CJUE LE 26 SEPTEMBRE 2012, AFFAIRE ACI ADAM BV E.A. / STICHTING DE THUISKOPIE E.A., C-435/12

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Exceptions et limitations au droit de reproduction

Étape de la procédure : Question présentée par le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) le 26 septembre 2012

Notions clés : Droit de reproduction – Exception – Copie privée – Compensation équitable – Source licite – Triple test

2.8. QUESTION PREJUDICIELLE DEPOSEE A LA CJUE LE 16 OCTOBRE 2012, AFFAIRE COPYDANBÅNDKOPI, C-463/12

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Exceptions et limitations au droit de reproduction

Étape de la procédure : Question présentée par le Østre Landsret (Danemark) le 16 octobre 2012

Notions clés : Droit de reproduction – Exception – Copie privée – Source licite – Copie contractuelle – Mesures techniques de protection

2.9. QUESTION PREJUDICIELLE DEPOSEE A LA CJUE LE 18 OCTOBRE 2012, AFFAIRE NILS SVENSSON, STEN SJÖGREN, PIA GADD ET MADELEINE SAHLMAN / RETRIEVER SVERIGE, C-466/12

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Droit de communication au public

Étape de la procédure : Question présentée par le Svea Hovrätt (Suède) le 18 octobre 2012

Notions clés : Définition du droit de communication au public – Lien cliquable – Compétence des Etats membres

2.10. CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GENERAL DU 24 JANVIER 2013, AFFAIRE VERWERTUNGSGESELLSCHAFTWORT (VG WORT) / KYOCERA DOCUMENT SOLUTIONS, C-457/11, C-458/11, C-459/11 ET C-460/11

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Exceptions et limitations au droit de reproduction

Étape de la procédure : Conclusions de l'avocat général déposées le 24 janvier 2013

Notions clés : Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information – Droit de reproduction – Exceptions ou limitations – Compensation équitable – Notion de «reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires» – Reproductions effectuées au moyen d'imprimantes ou d'ordinateurs personnels – Reproductions effectuées à partir d'une source numérique – Reproductions effectuées au moyen d'une chaîne d'appareils – Conséquences de la non-application des mesures techniques disponibles visant à empêcher ou limiter les actes non autorisés – Conséquences d'une autorisation expresse ou implicite de reproduction

2.11. CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL DU 7 MARS 2013, AFFAIRE AMAZON.COM INTERNATIONAL SALES / AUSTRO-MECHANA GESELLSCHAFT ZUR WAHRNEHMUNG MECHANISCH-MUSIKALISCHER URHEBERRECHTE GESELLSCHAFT, C-521/11

Domaine : Propriété littéraire et artistique – Exceptions et limitations au droit de reproduction

Étape de la procédure : Conclusions de l'avocat général déposées le 7 mars 2013

Notions clés : Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information – Droit de reproduction – Exceptions de copie privée – Compensation équitable – Affectation à des fonds d'action culturelle

PRESENTATION THEMATIQUE ET RESUMES DES DECISIONS

1. ARRETS RENDUS PAR LA CJUE

1.1. PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

1.1.1. DROIT D'AUTEUR

1.1.1.1. ŒUVRES PROTEGEES

(réservé)

1.1.1.2. TITULARITE

(réservé)

1.1.1.3. DROITS MORAUX

(réservé)

1.1.1.4. DROITS PATRIMONIAUX

1.1.1.4.1. Droit de communication au public

CJUE, 7 MARS 2013, ITV BROADCASTING/ITV 2 ET A. / TVCATCHUP, AFFAIRE C-607/11¹
Sur renvoi de High Court of Justice du Royaume-Uni

La notion de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 couvre une retransmission par un tiers des œuvres incluses dans une radiodiffusion télévisuelle terrestre, lorsque cette diffusion est opérée au moyen d'un flux Internet mis à disposition des abonnés qui peuvent la capter en se connectant au serveur de l'opérateur de catch-up. La circonstance que les abonnés se trouvent dans la zone de réception de ladite radiodiffusion télévisuelle terrestre et puissent recevoir légalement celle-ci sur un récepteur de télévision n'est pas de nature à modifier cette analyse, pas plus que le caractère lucratif ou non de la retransmission ou la position de concurrence éventuelle de l'opérateur de catch up avec un radiodiffuseur « classique ».

La Cour de Justice était saisie par la High Court of Justice britannique d'une question relative à l'interprétation du droit de communication au public prévu par la directive du 22 mai 2001 à propos des services de « catch up TV ». En l'espèce des radiodiffuseurs anglais s'opposaient à l'activité d'un opérateur, TVC, qui captait le signal des chaînes, le traitait pour proposer à ses clients de visionner l'émission demandée sur leur ordinateur, via Internet avec un léger différé. Plus précisément, la Cour de renvoi demandait à la CJUE si la définition du droit de communication au public prévue par l'article 3, paragraphe 1, de la directive du 22 mai 2001 couvre l'activité d'un tel opérateur, sachant que son offre s'adresse exclusivement à des personnes déjà présentes dans la zone terrestre de réception des programmes et autorisées par les radiodiffuseurs à y accéder. La Cour devait également se déterminer quant à l'influence des modalités techniques, de la présence éventuelle de messages publicitaires, et encore de la situation de concurrence entre les opérateurs sur la qualification de communication au public.

Les juges s'efforcent en premier lieu de définir la notion de « *communication au public* », entendue au sens de la jurisprudence *SGAE*².

¹http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=134604&occ=firs&t&dir=&cid=372003.

² CJUE, 7 décembre 2006, *SGAE*, aff. C-306/05 ;

Ordonnance du 18 mars 2010, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, C-136/09, point 38.

- Quant à la notion de « *communication* », la Cour estime qu'elle n'est pas définie de manière exhaustive dans la directive 2001/29 mais propose, au terme d'une interprétation contextuelle et téléologique de l'acquis communautaire, de considérer que « *régissant les situations dans lesquelles une œuvre donnée fait l'objet d'utilisations multiples, [l'Union] a entendu que chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause* ».

Partant, une mise à disposition des œuvres par le biais de la retransmission sur Internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre constitue une communication au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, sujette à l'autorisation préalable des auteurs.

Cette situation doit être distinguée de celle dans laquelle un moyen technique est employé pour garantir ou améliorer la réception de la transmission d'origine dans sa zone de couverture, question qui avait été abordée à l'occasion des arrêts *Premier League*³ et *Airfield*⁴ pour des opérations techniques intervenant sur le signal dans le cadre d'une radiodiffusion par satellite. Lorsque tel est le cas, il s'agit d'un prolongement de la même transmission et non d'une autre communication au public.

- Quant à la notion de « *public* », la Cour commence par renvoyer au standard jurisprudentiel de l'arrêt *SGAE* : « *un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important* ».

Pour déterminer cette « *importance* », il convient de tenir compte de « *l'effet cumulatif qui résulte de la mise à disposition des œuvres auprès des destinataires potentiels* » et de quantifier les personnes qui ont « *accès à la même œuvre parallèlement et successivement* ».

Or, en l'espèce, la Cour considère la condition remplie en ce que la retransmission litigieuse « *vis*e » l'ensemble des personnes résidant au Royaume-Uni qui disposent d'une connexion Internet et qui y détiennent une licence de télévision. Le fait que la transmission se réalise de point à point n'empêche pas un grand nombre de personnes d'avoir accès parallèlement à la même œuvre.

L'originalité de la décision tient, d'une part, à l'interprétation de la notion de public nouveau – dont elle réduit considérablement l'importance et d'autre part, à l'exigence d'un caractère lucratif.

S'agissant de la condition de « *public* » nouveau, la Cour estime que, en l'espèce, la radiodiffusion et la mise à disposition sur Internet sont effectuées suivant chacune « *un mode différent de transmission des œuvres protégées et chacune destinée à un public* ». Dans ce cas, conclut la Cour, « *il n'y a plus lieu d'examiner, en aval, la condition du public nouveau qui n'est pertinente que dans les situations sur lesquelles la Cour a été amenée à se prononcer dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités SGAE, Football Association Premier League.a., ainsi que Airfield et Canal* ». **Si, *ab initio*, les conditions de la transmission sont isolées techniquement et que les publics sont disjoints, il n'est pas nécessaire d'identifier un public nouveau.** Cette condition n'est requise que si, à partir d'un signal, celui qui le relaye va étendre ce dernier à un public « *qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne* ».

³ CJUE, 4 octobre 2011, *Premier League*, aff. C-429/08 et C-403/08.

⁴ CJUE, 13 octobre 2011, *Airfield*, aff. C-431/09 et C-432/09.

Le recours à cette pseudo-distinction technique ne semble pourtant pas très pertinent au regard des éléments factuels de la jurisprudence de référence. Il y a bien, dans les différentes hypothèses recensées par la Cour de Justice, des publics distincts liés à des offres de services différenciées. Ici, TVC proposait un service de télévision de rattrapage permettant de voir les programmes en léger différé et augmentait donc le public touché par le programme initialement diffusé. Il suffirait de conclure que chacune des exploitations visant un public lié au service doit faire l'objet d'une autorisation spécifique. Cette approche est de surcroît conforme à la pratique contractuelle qui identifie précisément les différents modes de retransmission dans les contrats de cession.

S'agissant du caractère lucratif, la Cour considère qu'il « n'est pas déterminant pour la qualification d'une retransmission (...) en tant que « communication » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ». Le refoulement du caractère lucratif en tant que critère de définition de la communication au public se réclame, dans l'affaire *ITV Broadcasting*, d'une interprétation de l'arrêt *SGAE* et plus particulièrement de son attendu 44, la Cour estimant qu'en matière de droit d'auteur un tel caractère n'est pas nécessairement une condition indispensable qui détermine l'existence même d'une communication au public, au contraire de la rémunération équitable en matière de droits voisins.

📌 La solution de la Cour tend à réduire l'intensité des conditions de « public nouveau » et de caractère lucratif dans la qualification de l'acte de communication au public. Toutefois, la distinction avec la jurisprudence antérieure, opérée au regard des différences de situations techniques semble peu convaincante à l'examen et laisse ouverte la voie à des incertitudes de qualifications juridiques. S'agissant du caractère lucratif, la Cour se démarque, en matière de droit d'auteur, de la jurisprudence rendue à propos du droit à rémunération équitable et affirme le caractère non déterminant du critère pour la qualification de l'acte de communication au public.

1.1.1.4.2. Droit de communication au public (Réservé)

1.1.2. DROITS VOISINS

1.1.2.1. DROITS VOISINS DES ARTISTES-INTERPRETES (Réservé)

1.1.2.2. DROITS VOISINS DU PRODUCTEUR DE PHONOGRAMME (Réservé)

1.1.2.3. DROITS VOISINS DU PRODUCTEUR DE VIDEOGRAMME (Réservé)

1.1.2.4. DROITS VOISINS DE L'ENTREPRISE DE COMMUNICATION AUDIOVISUELLE (Réservé)

1.1.2.5. DROIT *SUI GENERIS* DU PRODUCTEUR DES BASES DE DONNEES

CJUE, 12 juillet 2012, Compass-Datenbank GmbH / Republik Österreich, affaire C-138/11⁵

Sur renvoi de la juridiction suprême autrichienne, Oberster Gerichtshof

Les activités d'une autorité publique de collecte des données que les entreprises sont tenues de communiquer en vertu d'obligations légales (données du registre du commerce et des sociétés) et de mise à disposition de ces données au tiers, y compris contre rémunération, ne constituent pas des activités économiques au sens du droit de l'Union parce qu'elles relèvent de prérogatives de puissance publique (même si l'autorité publique confie à des agences intermédiaires la gestion de la mise à disposition des données aux utilisateurs finaux). En conséquence, l'autorité publique concernée ne doit pas être considérée, dans le cadre de ces activités, comme une entreprise au sens de l'article 102 TFUE, qui prohibe les abus de position dominante.

Cette conclusion n'est pas infirmée par le fait que l'autorité publique interdise à des tiers certains usages desdites données au nom de l'exercice d'un droit *sui generis* en qualité de producteur de la base de données ou d'un autre droit de propriété intellectuelle.

Une société privée autrichienne, Compass-Datenbank, exploite une base de données économiques pour fournir des services d'information à ses clients. En qualité d'éditeur d'un journal d'annonces légales, Compass-Datenbank avait eu initialement accès aux informations du *Firmenbuch*, l'équivalent du registre du commerce et des sociétés en France. Mais, à partir de 1999, l'Etat autrichien a confié à des agences intermédiaires la transmission à titre payant des données dudit registre, avec interdiction de créer des recueils propres reproduisant ces données, et a refusé de fournir ces données à Compass-Datenbank.

Plusieurs procédures ont opposé l'Etat autrichien et Compass-Datenbank et, parmi les arguments soulevés par cette dernière à l'encontre du refus de délivrer une licence d'exploitation des données, figurait celui de l'abus de position dominante que commettrait l'Etat autrichien, les données constituant à ses yeux une facilité essentielle.

C'est dans ce cadre que la Cour suprême autrichienne a saisi la Cour de justice de plusieurs questions préjudicielles visant essentiellement à déterminer si le droit de la concurrence européen était ou non applicable en l'espèce et, subsidiairement à savoir si l'invocation et/ou l'exercice du droit *sui generis* de producteur de base de données par l'Etat autrichien avait une incidence sur la réponse à cette question.

La réponse à ces questions suppose de déterminer à titre préalable que les activités concernées sont des activités économiques au sens du droit de l'Union afin de considérer l'Etat autrichien comme une « entreprise », condition d'application de l'article 102 du TFUE. La Cour s'y attache en rappelant les principes en la matière tels qu'ils découlent de la jurisprudence de la CJUE depuis l'arrêt *Höfner*⁶ :

- est une entreprise toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ;
- constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné ;
- l'État lui-même ou une entité étatique peut agir en tant qu'entreprise ;

⁵http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=124999&occ=firts&dir=&cid=1192479.

⁶ CJCE, 23 avr. 1991, *Höfner*, aff. C-41/90.

- en revanche, ne présentent pas de caractère économique les activités qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique ou en sont indissociables.

La Cour procède ensuite à la qualification des activités en distinguant l'activité de collecte des données de celle de mise à disposition desdites données aux tiers :

- pour l'activité de collecte de données, la Cour estime qu'« *une activité de collecte de données relatives à des entreprises, sur le fondement d'une obligation légale de déclaration imposée à ces dernières et à des pouvoirs coercitifs y afférents, relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Par conséquent, une telle activité ne constitue pas une activité économique* » (point 40).
- pour la mise à disposition des données, la Cour juge que la tenue d'une base de données et sa mise à la disposition du public sont des activités indissociables de l'activité de collecte et, par conséquent, non économiques. La collecte de données n'aurait, selon la Cour, aucune utilité en l'absence de mise à disposition de la base de données au public (point 42). Le raisonnement se justifie ici parce qu'il est question d'un registre dont la finalité est d'assurer une information des tiers sur l'activité des sociétés et que cette information fait partie intégrante des prérogatives de puissance publique. Ce raisonnement ne serait toutefois pas aussi évident pour d'autres types de données collectées par l'Etat dans le cadre d'autres missions.

La Cour précise ensuite :

- que le fait que l'Etat perçoive des taxes prévues par la loi ne remet pas en cause la qualification des activités précitées ;
- que le fait que les agences intermédiaires choisies pour mettre à disposition ces données auprès des tiers perçoivent une rémunération raisonnable ne remet pas non plus en cause la qualification des activités de l'Etat autrichien précitées et ne concerne que la qualification des agences intermédiaires qui n'est pas en cause dans le débat ;
- le fait que l'Etat autrichien interdise aux agences intermédiaires de réutiliser les informations pour fournir leurs propres services en se prévalant de son droit *sui generis* ne modifie pas davantage la qualification.

Indirectement, cette décision vient rappeler une limite non négligeable à l'application du droit de la concurrence et de la théorie des facilités essentielles qui n'ont pas lieu de jouer à propos d'activités relevant de prérogatives de puissance publique ou indissociables de ces prérogatives. Dans la mesure où le refus de délivrer des licences pour ces types de données n'est pas passible de sanctions au titre du droit de la concurrence, on peut considérer que les revendications des tiers à la mise en place d'un système d'*Open Data* trouveront difficilement à s'exprimer par la voie du droit de la concurrence.

CJUE, 18 octobre 2012, Football Dataco Ltd / Sportradar GmbH, affaire C-173/11⁷
Sur renvoi d'une juridiction du Royaume Uni, Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)

L'acte qui consiste pour une personne à envoyer, au moyen de son serveur web, sur l'ordinateur d'une autre personne et à sa demande, des données préalablement extraites du contenu d'une base de données protégée par le droit *sui generis* constitue un acte de « réutilisation » au sens de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, par mise à disposition des données au public.

⁷http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=128651&occ=firts&dir=&cid=1018567.

Lorsque le serveur web se situe dans un Etat membre A et que l'ordinateur de l'internaute qui reçoit les données se situe dans un Etat membre B, l'acte de réutilisation peut être considéré comme localisé notamment dans l'État membre B, dès lors qu'il existe des indices permettant de conclure qu'un tel acte révèle l'intention de son auteur de cibler des membres du public établis dans ce dernier État membre, ce qui relève de l'appréciation de la juridiction nationale.

Une société anglaise, Football Dataco, se revendique titulaire d'un droit *sui generis* de producteur de base de données sur une base de résultats et de statistiques des championnats de football de la ligue anglaise et écossaise. Elle estime que la société allemande, Sportradar, aurait procédé à la copie (extraction) de sa base de données et à l'envoi de ces données (réutilisation) à ses clients qui les diffusent à leur tour via leurs sites Internet accessibles depuis la Grande-Bretagne. Sportradar commercialise notamment ces données à des sociétés de paris en ligne, dont certaines sont domiciliées au Royaume-Uni. Les sites Internet de ces sociétés contiennent un lien hypertexte permettant la mise à disposition aux internautes, notamment anglais, des données relatives aux résultats des rencontres de football des ligues anglaise et écossaise à partir du serveur de Sportradar. Football Dataco a assigné la société allemande devant la juridiction anglaise pour violation du droit *sui generis*. Sportradar a contesté la compétence de la juridiction anglaise, arguant que les actes en cause ne peuvent être rattachés au territoire britannique dans la mesure où son serveur n'y est pas localisé.

C'est dans ce contexte que la CJUE a été amenée à se prononcer sur la notion de réutilisation et sur la compétence juridictionnelle et les critères de localisation des actes d'extraction et de réutilisation en ligne.

Sur le premier point, la réponse de la CJUE est conforme à sa jurisprudence antérieure⁸ selon laquelle la notion de réutilisation doit être largement entendue, comme visant « *tout acte non autorisé par le fabricant de la base de données protégée par ce droit sui generis, qui consiste à diffuser au public tout ou partie des contenus de celle-ci* ». Sont indifférents à cet égard :

- la nature et la forme du procédé utilisé ;
- la présence d'actes réalisés en amont et en aval par des intermédiaires contractuels qui n'est pas susceptible d'influer sur la qualification de l'acte d'envoi par Sportradar des données vers les clients de ces intermédiaires ;
- le fait que la transmission des données ait lieu à la demande du destinataire.

Elle en conclut qu'est ainsi qualifiable de réutilisation l'acte d'envoi, 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 protégée par le droit *sui generis*.

Sur le second point, la Cour se réfère :

- d'une part, à l'article 5, point 3, du Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 dit « Bruxelles I » selon lequel, en matière délictuelle, une compétence spéciale du tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire est prévue;
- d'autre part, à l'article 8, paragraphe 1, du Règlement n°864/2007 du 11 juillet 2007 dit « Rome II » selon lequel la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est « *celle du pays pour lequel la protection est revendiquée* ».

⁸CJUE, 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board et a.*, C-203/02.

On sait que le caractère sibyllin de ce dernier critère, inspiré de l'article 5, paragraphe 2, de la Convention de Berne, laisse au moins le choix entre deux alternatives en matière délictuelle : la loi du pays d'émission et la ou les lois des pays de réception. La Cour se prononce ici explicitement uniquement sur la compétence des pays de réception, tout en précisant que la compétence unique du pays d'émission, entendu comme le pays de localisation du serveur, n'est pas envisageable puisqu'elle conduirait à généraliser le détournement de la protection par une simple localisation du serveur dans un Etat tiers, ce qui aurait pour conséquence de ruiner l'effet utile de la protection européenne.

La Cour écarte ensuite le simple critère de l'accessibilité du site web sur un territoire national donné et applique alors la théorie dite de la focalisation qui requiert pour que la compétence juridictionnelle soit reconnue que les éditeurs du site aient eu l'intention de viser spécifiquement un territoire ou, à tout le moins, aient pu effectuer un contrôle de cette diffusion. Il faut donc rechercher les indices permettant de déterminer quelles personnes étaient ciblées par l'auteur de l'acte. La Cour indique qu'en l'espèce les critères suivants pourront être examinés : la présence de données propres au championnat anglais, témoignant de la volonté de capter l'intérêt de ce public particulier, la conclusion de contrats avec des prestataires de paris à destination de ce public, l'existence d'un intéressement de Sportradar à l'activité se déroulant sur ce territoire, la langue dans laquelle les données sont accessibles. Il revient au juge national de confronter ces indices pour déterminer si l'acte de réutilisation est localisé sur le territoire de l'Etat membre où est établi l'utilisateur à qui sont transmises les données à sa demande.

Sur la notion de réutilisation, on retiendra de cette décision que l'entreprise qui délivre les données sur son serveur peut être considérée comme réalisant un acte de réutilisation alors même qu'elle n'intervient qu'en tant que maillon dans une chaîne complexe qui permet l'acheminement des données. Le fait que la livraison finale ne soit pas réalisée par le site mais par ses affiliés contractuels ne permet pas de disqualifier la réutilisation. On retrouve ici la même idée que dans la décision *Airfield* (CJUE, 13 octobre 2011, C-431/09 et C-432/09) sur la responsabilité de l'acte de communication en matière de radiodiffusion par satellite.

Sur la compétence juridictionnelle, cet arrêt confirme la jurisprudence antérieure de la Cour, selon laquelle l'intention de cibler le public d'un Etat membre constitue un critère de localisation d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. L'application de ce critère est assez aisée en matière de droit des marques (où les sites Internet visent à vendre/proposer des produits ou services de la marque à un public ciblé ou, à tout le moins, déterminable) ou dans l'affaire telle que celle qui était soumise à la Cour parce qu'il était possible d'identifier un public.

En revanche, ce critère pourra s'avérer moins aisé à appliquer en matière de contrefaçon de droit d'auteur, par exemple pour des sites proposant des œuvres en streaming ou au téléchargement en anglais sans chercher à cibler le public spécifique d'un ou de plusieurs pays mais cherchant au contraire à capter un public mondial.

1.2. DROIT DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE

CJUE, 22 janvier 2013, Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk, affaire C-283/11⁹

Sur renvoi d'une juridiction autrichienne, le Bundeskommunikationssenat

L'obligation imposée par la directive « Services médias audiovisuels » au titulaire de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle sur un évènement présentant un grand intérêt pour le public de permettre la réalisation de brefs reportages d'actualité à tout autre organisme de radiodiffusion télévisuelle, établi dans l'Union, sans pouvoir exiger une compensation financière dépassant les frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès au signal, n'est pas contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne protégeant notamment le droit de propriété et la liberté d'entreprise.

Sky est titulaire des droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle des matches de la Ligue Europa sur le territoire autrichien. Un accord a été conclu entre Sky et l'ORF (la chaîne de radiodiffusion télévisuelle publique autrichienne), selon lequel cette dernière bénéficiait du droit de réaliser de brefs reportages d'actualité relatifs à la Ligue Europa en contrepartie d'une rémunération d'un montant de 700 euros par minute. Or la directive 2010/13/UE directive « Services médias audiovisuels » prévoit en son article 15 qu'un tel droit doit être accordé par le titulaire des droits exclusifs sur un évènement présentant un grand intérêt pour le public sans pouvoir exiger une rémunération supérieure aux frais occasionnés par la fourniture de l'accès au signal satellitaire (ces frais étaient nuls en l'espèce). L'ORF a donc remis en cause la rémunération prévue dans l'accord avec Sky devant les juridictions autrichiennes.

La juridiction autrichienne, estimant que le droit de réaliser de brefs reportages constitue une ingérence dans la liberté d'entreprise et le droit de propriété protégés par les articles 16¹⁰ et 17¹¹ de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, a demandé à la CJUE si l'interdiction faite aux titulaires de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle afférents à un évènement de grand intérêt pour le public de fixer une rémunération de l'octroi du droit de réaliser de brefs reportages d'actualité est conforme aux articles 16 et 17 précités.

La Cour répond par la négative sur les deux points.

Sur le droit de propriété, la Cour juge qu'il n'est pas en jeu en l'espèce, au sens de l'article 17 de la Charte. Elle rappelle en effet que la protection conférée par cet article porte « *non pas sur de simples intérêts ou chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même des activités économiques, mais sur des droits ayant une valeur patrimoniale dont découle, eu égard à l'ordre juridique, une position juridique acquise permettant un exercice autonome de ces droits par et au profit de leur titulaire* »¹².

⁹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=132681&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=106195>.

¹⁰ Article 16 de la Charte : « *La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* ».

¹¹ Article 17 de la Charte : « *1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.*


2. La propriété intellectuelle est protégée ».

¹² Déjà jugé par CJUE, 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. / Conseil et Commission*, C-120/06.

En l'espèce, la Cour estime que les droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle ont certes une **valeur patrimoniale** mais qu'ils ne constituent pas une position juridique acquise pour ce qui concerne la diffusion de brefs reportages sur des événements de grand intérêt pour le public.

En effet, ce droit est octroyé et garanti aux tiers par la directive 2007/65 sans que les titulaires de droits exclusifs de radiodiffusion sur ces événements ne puissent exiger une compensation financière dépassant les seuls frais d'accès au signal. Par conséquent, de tels droits exclusifs ne sauraient constituer une **position juridique acquise** permettant un exercice autonome de ces droits. Ainsi, les titulaires des droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle relatifs à un événement de grand intérêt pour le public ne bénéficient pas de la protection de l'article 17, paragraphe 1, de la Charte.

Sur la liberté d'entreprise, après avoir rappelé le contenu de cette liberté – la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la concurrence libre et la liberté contractuelle, cette dernière reposant sur le libre choix du partenaire économique et sur la liberté de déterminer le prix pour une prestation – la Cour juge que l'article 15 de la directive « Services médias audiovisuels » constitue une ingérence dans la liberté d'entreprise en ce qu'il empêche le titulaire de droits exclusifs de choisir les organismes avec lesquels il souhaite conclure un accord relatif à la concession du droit de réalisation de brefs reportages d'actualité et de fixer librement la contrepartie de cette concession. Toutefois, aux termes d'un raisonnement scrupuleusement détaillé, elle juge que l'atteinte portée en l'espèce à la liberté d'entreprise, qui n'est pas absolue, répond aux exigences de l'article 52§1 de la Charte selon lequel « *toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ». Elle considère notamment que l'article 15 répond à un objectif d'intérêt général car il permet de « *sauvegarder la liberté fondamentale de recevoir des informations, garantie par l'article 11, paragraphe 1, de la Charte, et à promouvoir le pluralisme dans la production et la programmation des informations dans l'Union, protégé par le paragraphe 2 du même article 11*¹³ » et que la mesure qu'il impose est nécessaire et proportionnée.

 L'analyse de la Cour sur le droit de propriété va à l'encontre d'une idée généralement admise selon laquelle les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété comme les autres, jouissant de ce fait d'une protection contre l'expropriation. Bien sûr, la Cour ne remet pas en cause le principe selon lequel un droit de propriété intellectuelle est protégé par l'article 17 de la Charte mais elle considère en l'espèce que le titulaire de droit ne peut revendiquer une « *position juridique acquise* » protégée par le droit de propriété intellectuelle puisque précisément les contours de la loi dessinent sur ces événements d'importance majeure non pas un plein droit exclusif mais une prérogative devant souffrir un droit d'accès à certains tiers. Ainsi, le titulaire ne peut pas se prévaloir d'une protection contre l'expropriation puisque le droit est défini de manière à permettre cet usage concurrent. Ici, la possibilité de réaliser des extraits aménagés par la directive apparaît donc comme une limite du droit exclusif. Reste à savoir si le raisonnement pourrait être le même pour certaines « exceptions » ou « limites » au droit d'auteur ou aux droits voisins.

¹³ Article 11 de la Charte : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

1.3. E-COMMERCE – DROIT DE LA CONSOMMATION

1.3.1. COMPETENCE JURIDICTIONNELLE

CJUE, 6 septembre 2012, Daniela Mühlleitner / Yusufi, affaire C-190/11¹⁴

Sur renvoi de la juridiction suprême autrichienne, Oberster Gerichtshof

La possibilité pour un consommateur d’assigner un commerçant étranger devant les juridictions nationales n’est pas conditionnée par le fait que le contrat litigieux ait été conclu à distance. Par conséquent, le fait que le consommateur domicilié dans un autre Etat membre que celui du commerçant se soit rendu dans l’État membre de ce dernier pour signer le contrat n’exclut pas la compétence des juridictions de l’État membre du consommateur.

Un consommateur, domicilié en Autriche, a pris connaissance, par l’intermédiaire d’un site Internet allemand, d’une annonce de vente d’une voiture de marque allemande. Le site comportait un numéro de téléphone allemand avec son préfixe international. Le consommateur a contacté par téléphone le vendeur, qui l’informe alors que le véhicule n’est plus disponible. Toutefois, un autre véhicule lui fut proposé par téléphone puis par l’envoi d’un e-mail indiquant les caractéristiques détaillées du véhicule, le tout en ayant connaissance de la nationalité du consommateur. Ce dernier s’est ensuite rendu en Allemagne pour prendre possession dudit véhicule en signant sur place le contrat de vente. Cependant, de retour en Autriche, le consommateur, s’étant aperçu que le véhicule était affecté de vices substantiels, a demandé au vendeur de procéder à la réparation. Ce dernier ayant refusé, ledit consommateur a saisi la juridiction de son domicile en Autriche d’une demande de résolution du contrat de vente du véhicule. Il soutient avoir conclu un contrat en tant que consommateur avec une entreprise dirigeant son activité commerciale vers l’Autriche, ce qui justifierait la compétence de la juridiction autrichienne. Or, le vendeur domicilié en Allemagne conteste notamment la compétence des juridictions autrichiennes au motif que les conditions de l’article 15, paragraphe 1, c) du règlement « Bruxelles I » ne sont pas remplies en l’espèce.

Ce texte vise à protéger le consommateur, en tant que partie contractante la plus faible, dans les litiges transfrontaliers, en lui facilitant l’accès à la justice notamment par une proximité géographique avec la juridiction compétente. Ainsi, le consommateur peut assigner devant les tribunaux de son Etat membre le commerçant avec lequel il a conclu un contrat (article 16, paragraphe 1, du règlement « Bruxelles I »), même si ce commerçant est domicilié dans un autre État membre, et ce, sous deux conditions cumulatives prévues à l’article 15, paragraphe 1, c) du règlement « Bruxelles I » :

- « *le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l’État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen [par exemple via son site Internet], dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre* »,
- « *le contrat sur lequel porte le litige doit relever de ces activités* ».

La CJUE a déjà été amenée à se prononcer sur la mise en œuvre de ces deux conditions, notamment dans un arrêt important rendu par la grande chambre de la Cour de Justice, l’arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*¹⁵ par lequel elle a dit pour droit que :

¹⁴http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=126428&occ=fir&st&dir=&cid=620227.

¹⁵CJUE, 7 décembre 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, aff. C-585/08 et C-144/09 :

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=83437&occ=first&dir=&cid=620402.

« Afin de déterminer si un commerçant, dont l'activité est présentée sur son site Internet ou sur celui d'un intermédiaire, peut être considéré comme « dirigeant » son activité vers l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, au sens de l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001, il convient de vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux.

Les éléments suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur, à savoir la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres. Il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices.

En revanche, la simple accessibilité du site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou de l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et/ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel le commerçant est établi ».

La question qui était posée ici par la Cour suprême autrichienne ne portait pas directement sur la mise en œuvre de ces critères dans la mesure où cette dernière avait déjà tranché ce point en jugeant que, en application des principes dégagés par la CJUE dans l'arrêt *Pammer et HotelAlpenhof* précité, le vendeur allemand avait dirigé ses activités vers l'Autriche. En revanche, elle s'interroge sur la portée des points 86 et 87 de l'arrêt *Pammer et HotelAlpenhof* car, dans cet arrêt, l'hôtel en cause avait soutenu que le contrat avec le consommateur avait été conclu sur place et non à distance puisque la remise des clefs des chambres et le paiement avaient été effectués sur place, ce dont il résultait, d'après l'hôtel, que l'article 15, paragraphe 1, c) du règlement ne pouvait pas s'appliquer (point 86 de l'arrêt). La Cour avait alors jugé que *« la circonstance que les clefs sont remises au consommateur et que le paiement est effectué par ce dernier dans l'Etat membre sur le territoire duquel le commerçant est établi n'empêche pas l'application de ladite disposition, si la réservation et la confirmation de celle-ci ont eu lieu à distance, de sorte que le consommateur s'est trouvé contractuellement engagé à distance »* (point 87).

La Cour autrichienne se demande donc si la CJUE entendait ainsi implicitement valider l'interprétation selon laquelle l'article 15, paragraphe 1, c) du règlement « Bruxelles I » ne s'applique que si le contrat est conclu à distance. La question de la cour autrichienne ne portait que sur ce point très précis du champ d'application de l'article 15, paragraphe 1, c) précité.

Après avoir rappelé que ce texte pose une dérogation à la compétence de droit commun du domicile du défendeur et doit donc être interprété strictement, **la CJUE considère qu'il ne doit pas être appliqué uniquement aux contrats à distance et s'applique donc à tout contrat conclu avec un consommateur** aux motifs suivants :

- la lettre de l'article 15, paragraphe 1, c) qui ne prévoit pas cette condition mais uniquement les deux conditions rappelées ci-avant ;
- les travaux préparatoires du règlement « Bruxelles I » vont dans le même sens et montrent notamment que la condition d'un contrat conclu à distance a été débattue puis volontairement écartée ;
- la jurisprudence de la CJUE a déjà jugé¹⁶, en procédant à la comparaison du texte de l'ancien article 13 de la convention de Bruxelles et de celui de l'actuel article 15 du règlement, que le législateur européen a volontairement modifié la rédaction du texte en élargissant les conditions qui figuraient dans la législation antérieure et a notamment abandonné la condition qui impliquait que le consommateur ait accompli dans l'État membre « *les actes nécessaires à la conclusion du contrat (...)* », ne prévoyant désormais dans l'article 15, paragraphe 1, c) que des conditions relatives au comportement du commerçant, à l'exclusion de toute condition relative au consommateur ;
- l'interprétation téléologique aboutit à la conclusion que l'adjonction d'une condition liée à la conclusion des contrats à distance irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le texte, notamment la protection des consommateurs ;
- les points 86 et 87 précités de l'arrêt *Pammer et HotelAlpenhof* « *ne représentent qu'une réponse apportée par la Cour aux arguments présentés par la société HotelAlpenhof, sans que leur portée puisse être étendue au-delà des circonstances spécifiques de cette affaire* ».

📌 **La condition essentielle pour l'application de la règle selon laquelle le consommateur peut saisir la juridiction de l'État membre dans lequel il a son domicile est que l'activité commerciale ou professionnelle de son cocontractant soit dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur.**

Dès lors, si i) le commerçant domicilié dans un autre État membre exerce ses activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre du domicile du consommateur ou, dirige par tout moyen ses activités vers cet État membre, et ii) si le contrat litigieux entre dans le cadre de telles activités, le consommateur peut assigner, devant les juridictions de son propre État membre, ce commerçant, même si le contrat a été signé dans l'État membre du commerçant.

Bien que la Cour de Justice ne se prononce pas sur la question de la loi applicable, elle rappelle, dans la présentation du cadre juridique, que le règlement « Rome I » comporte des règles similaires pour la détermination de la loi applicable à un contrat conclu avec un consommateur et que le considérant 7 du règlement « Rome I » énonce qu'il doit être cohérent par rapport au règlement « Bruxelles I ». Ces rappels de la Cour montrent que la solution serait sans doute identique pour la détermination de la loi applicable, et ce, d'autant plus que la CJUE prend soin de rappeler que les notions envisagées sont des « notions autonomes » du droit de l'Union.

¹⁶Cf. notamment CJUE, 14 mai 2009, *Ilseger*, aff. C-180/06 et l'arrêt *Pammer et HotelAlpenhof* précité.

1.3.2. FORMATION DU CONTRAT A DISTANCE

CJUE, 5 juillet 2012, Content Services Ltd / Bundesarbeitskammer, affaire C-49/11¹⁷
Sur renvoi de la juridiction autrichienne, Oberlandesgericht Wien

Une pratique commerciale consistant à rendre accessible par un lien hypertexte vers une page de son site Internet la confirmation des informations contractuelles qui doivent être fournies au consommateur lors de l'exécution du contrat ou au plus tard à la livraison du bien ne satisfait pas aux exigences du droit de l'Union relatives aux contrats à distance conclus avec des consommateurs. En effet, ces informations ne sont ni « fournies » par le vendeur, ni « reçues » par le consommateur, au sens de l'article 5 de la directive 97/7/CE. En outre, un site Internet dont les informations sont accessibles pour les consommateurs en passant par un lien présenté par le vendeur ne peut être considéré comme un « support durable » au sens de l'article 5 de la directive 97/7/CE.

La directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance prévoit que la formation d'un contrat à distance doit passer en principe par deux étapes :

- Une première étape qui correspond à l'obligation d'« *information préalable* » du consommateur sur les caractéristiques principales du contrat listées à l'article 4 de la directive : identité du fournisseur, caractéristiques du bien ou du service, prix, frais de livraison, modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, existence d'un droit de rétractation, etc.
- Une seconde étape qui correspond à l'obligation de « *confirmation de ces mêmes informations* » et à la fourniture d'informations complémentaires au consommateur (notamment sur les modalités d'exercice du droit de rétractation, le service après-vente, les garanties commerciales etc.) listées à l'article 5 de la directive.

Or, le moment et les modalités de mise à disposition des informations ne sont pas les mêmes pour chacune de ces obligations :

- Pour l'information préalable, le texte indique que le consommateur doit « *bénéficier* » des informations avant la conclusion du contrat à distance et qu'elles doivent être « *fournies* » de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ;
- Pour la confirmation des informations, l'article 5 indique que le consommateur doit les « *recevoir par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès* », « *en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison* »¹⁸. Le texte précise que les informations doivent être « *fournies* » par le professionnel au consommateur.

En l'espèce, la procédure qui était proposée au consommateur était la suivante :

- Lors de la commande, l'internaute devait obligatoirement cocher une case – à défaut de quoi le contrat ne pouvait pas être conclu – pour déclarer qu'il avait pris connaissance des conditions générales de vente accessibles via un simple lien hypertexte.

¹⁷ http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=124744&occ=first&dir=&cid=2289681.


¹⁸ Sauf si les informations en cause ont déjà été transmises sur un support durable et auquel il a accès avant la conclusion du contrat – donc lors de la première étape.

- Le professionnel adressait ensuite un courriel à l'internaute pour confirmer sa commande, courriel dans lequel ne figuraient pas toutes les informations requises par l'article 5 de la directive, mais qui comportait à nouveau un lien hypertexte renvoyant aux conditions générales du site du professionnel qui, elles, contenaient bien les informations requises.

La Cour a jugé que ces modalités ne permettaient pas de remplir valablement l'obligation de confirmation des informations sur support durable au consommateur. Elle s'est fondée sur deux motifs :

- un lien hypertexte ne répond pas à l'exigence de « *fourniture* » de la confirmation par le professionnel des informations au consommateur parce que le consommateur doit cliquer sur le lien pour avoir accès aux informations. Il a donc un rôle actif alors qu'il devrait demeurer passif (« *recevoir les informations* ») : en contraignant le consommateur à cliquer sur le lien, les informations confirmées ne sont pas « *reçues* » par lui ni « *fournies* » par le professionnel ;
- d'autre part, un site Internet n'est pas un « *support durable* ». Pour être considéré comme durable, le support doit :
 - permettre de stocker les informations,
 - garantir l'absence d'altération de leur contenu,
 - garantir l'accessibilité aux informations pendant une durée appropriée,
 - permettre la reproduction à l'identique desdites informations.

Or, le site Internet du professionnel peut être modifié à tout moment par ce dernier et ne remplit donc notamment pas la deuxième condition.

 **Comment conclure un contrat en ligne avec un consommateur après la décision *Content Services Ltd* ? Sans entrer ici dans le détail de l'argumentation au soutien de notre interprétation de la décision¹⁹, à notre sens :**

- **la mise à disposition des informations contractuelles par le biais d'un courriel comportant les conditions contractuelles en intégralité dans le corps même du message adressé au consommateur (et non pas seulement dans une pièce jointe²⁰) répond aux exigences de la décision pour la phase de confirmation des informations contractuelles (article 5 de la directive).**
- **l'exigence d'une fourniture des informations sans que le consommateur n'ait à faire la moindre démarche active pourrait s'appliquer non seulement à la phase de confirmation des informations contractuelles mais également à la phase d'information préalable avant la conclusion du contrat car le terme « *fournir* » figure aussi à l'article 4 de la directive actuellement en vigueur²¹.**

Pratiquement, il pourrait alors être envisagé de « *fournir* » les conditions contractuelles avant la conclusion du contrat par le biais d'un « pop-up » (ce qui permettrait de transmettre les informations au consommateur sans que ce dernier n'ait à effectuer une action positive) à condition ensuite de les adresser dans le corps du courriel de confirmation de la commande après la conclusion du contrat (ce qui répondrait à l'exigence de support durable).

¹⁹ Pour plus de détails : F. Gaullier et E. Pascal-Heuzé, « *Premières réflexions sur les conséquences pratiques et sur la portée de la décision *Content Services Ltd* (CJUE, 5 juillet 2012, C-49/11)* » : <http://juriscom.net/wp-content/documents/comelec20121023.pdf>.

²⁰ En effet, il pourrait être soutenu que l'ouverture d'une pièce jointe requiert du consommateur une action, de sorte qu'il pourrait être considéré qu'une telle transmission ne satisferait pas à l'obligation de « *fournir* » lesdites conditions au consommateur.

²¹ Et l'article 6§1 de la nouvelle directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs qui sera amené à remplacer l'article 4 de la directive 97/7/CE à compter du 13 juin 2014 utilise le terme « *fournir* » de manière encore plus explicite et supprime la notion plus vague de « *bénéficiaire* » des informations.

Enfin, quant à la portée de la décision, les termes interprétés par la CJUE ne figurent pas uniquement dans la directive concernant les contrats avec des consommateurs. La directive dite « *Commerce électronique* », qui s'applique à tout type de contrat en ligne, utilise le verbe « *fournir* » à plusieurs reprises dans le titre de certains articles²² et il est précisé à l'article 10 que « *les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire* », ce qui rappelle la définition du « *support durable* » utilisée par la Cour dans l'arrêt *Content Service*. Il n'est donc pas impossible à terme que la solution dégagée dans l'arrêt *Content Services* soit également transposée entre professionnels.

2. QUESTIONS PREJUDICIELLES EN COURS

2.1. PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

2.1.1. DROIT D'AUTEUR

2.1.1.1. ŒUVRES PROTEGEES

(réservé)

2.1.1.2. TITULARITE

(réservé)

2.1.1.3. DROITS MORAUX

(réservé)

2.1.1.4. DROITS PATRIMONIAUX

2.1.1.4.1. Droit de communication au public

Question préjudicielle déposée à la CJUE le 14 septembre 2012, affaire Wikom Elektronik GmbH / Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte mbH, C-416/12

Demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesgerichtshof (Allemagne)

Question posée

« La notion de communication au public, figurant à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE, couvre-t-elle la rediffusion par le câble d'une œuvre radiodiffusée lorsque l'émission d'origine peut aussi être captée sans le câble dans la zone de couverture, l'œuvre est rediffusée aux détenteurs d'appareils de réception qui reçoivent les émissions individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale et que la rediffusion est le fait d'un organisme de radiodiffusion, agissant à des fins lucratives, autre que l'organisme d'origine ? »

Observations

La question posée à la CJUE vise à déterminer implicitement si l'exploitation envisagée relève de la directive 93/83/CEE dite « satellite et câble » ou de la directive du 22 mai 2001. La différence est importante puisque la première directive prévoit un système de gestion collective obligatoire pour la retransmission par câble. Elle suppose également de déterminer la notion de communication au public au regard de la condition de « *public nouveau* » qui figure dans la jurisprudence *SGAE, Marco del Corso* mais qui est apparue comme non significative dans l'arrêt *ITV Broadcasting* commenté dans la présente lettre.

²² Par exemple : le titre des articles 5 (« *Informations générales à fournir* »), 6 (« *Informations à fournir* ») et 10 (« *Informations à fournir* »).

Question préjudicielle déposée à la CJUE le 18 octobre 2012, affaire Nils Svensson, Sten Sjögren, Pia Gadd et Madeleine Sahlman / Retriever Sverige, C-466/12
Demande de décision préjudicielle présentée par le SveaHovrätt (Suède)

Questions posées

« Le fait pour toute personne autre que le titulaire des droits d'auteur sur une œuvre de fournir un lien cliquable vers cette œuvre sur son site Internet constitue-t-il une communication de l'œuvre au public selon l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ?

L'examen de la première question est-il influencé par le fait que l'œuvre vers laquelle renvoie le lien se trouve sur un site Internet auquel chacun peut accéder sans restrictions, ou que l'accès à ce site est, au contraire, limité d'une façon ou d'une autre ?

Convient-il, dans l'examen de la première question, de faire une distinction selon que l'œuvre, après que l'utilisateur a cliqué sur le lien, apparaît sur un autre site Internet ou, au contraire, en donnant l'impression qu'elle se trouve montrée sur le même site ?

Un État membre peut-il protéger plus amplement le droit exclusif d'un auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles qui découlent de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ? »

Observations

La CJUE est ici interrogée sur la notion de communication au public sur Internet et tout particulièrement sur l'épineuse question du référencement. Il est demandé par la juridiction suédoise à la Cour de qualifier la fourniture d'un lien hypertexte du point de vue du droit d'auteur et d'indiquer si cette qualification peut varier en fonction du caractère ouvert ou non du site cible ou du contexte de visualisation de ce dernier (renvoi vers un autre site « transparent » ou non pour l'utilisateur).

Cette décision de la CJUE est particulièrement attendue notamment en raison des débats actuels sur le rôle des moteurs de recherche et plus généralement des services de référencement.

La juridiction pose également une question plus générale puisqu'elle demande si un Etat membre a le droit de définir la notion de communication au public ou les opérations couvertes par cette notion de manière plus large que ce qui découle de l'article 3, paragraphe 1, de la directive du 22 mai 2001. Compte tenu de la jurisprudence de la CJUE qui a jugé à plusieurs reprises que la notion de « communication au public » était une notion autonome du droit de l'Union, il apparaît *a priori* peu probable que la Cour accepte de juger que les Etats membres aient la moindre marge de manœuvre sur les contours de cette notion, mais il faut bien sûr attendre la décision de la Cour pour être fixé.

2.1.1.4.2. Droit de reproduction
(Réservé)

2.1.1.5. EXCEPTIONS

2.1.1.5.1. Exceptions au droit de communication au public

Question préjudicielle déposée à la CJUE le 24 juillet 2012, Affaire Ochrannýsvazautorský pro práva k dílůmhudebním, o.s. (OSA) / LéčebnólázněMariánskéLázně as, C-351/12

Demande de décision préjudicielle présentée par le Krajskýsoud v Plzni (République tchèque)

Questions posées

« Convient-il d'interpréter la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information en ce sens qu'est contraire à son article 3 et à son article 5 (article 5, paragraphe 2, sous e), paragraphe 3, sous b), et paragraphe 5) l'exception n'autorisant pas une rémunération des auteurs pour la communication de leur œuvre par radiodiffusion télévisuelle ou radiophonique au moyen d'un récepteur de télévision ou de radio aux patients dans les chambres d'un établissement thermal qui est une entreprise commerciale ?

Le contenu de ces dispositions relatives à l'utilisation précitée de l'œuvre dans la directive est-il à ce point inconditionnel et suffisamment précis pour que les sociétés de gestion collective des droits d'auteur puissent les invoquer devant les juridictions nationales dans un litige entre particuliers si l'État n'a pas correctement transposé la directive en droit interne ? Y a-t-il lieu d'interpréter les articles 56 et suivants ainsi que l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (voire l'article 16 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur) en ce sens qu'ils s'opposent à l'application d'une réglementation nationale qui réserve la gestion collective des droits d'auteur sur le territoire de l'État à une seule société (monopolistique) de gestion collective des droits d'auteur, ne permettant pas au destinataire du service de choisir librement une société de gestion collective d'un autre État de l'Union européenne ? »

Observations

Il est demandé à la Cour s'il est conforme à la directive de ne pas prévoir de rémunération pour la radiodiffusion télévisuelle ou radiophonique au moyen d'un récepteur de télévision ou de radio à destination des patients dans les chambres d'un établissement thermal. Il est précisé que l'établissement thermal est une entreprise commerciale.

La juridiction de renvoi vise à la fois l'article 3 de la directive du 22 mai 2001 qui définit le droit de communication au public et l'article 5 de la même directive qui est consacré aux exceptions. Il n'est donc pas très clair, à ce stade, si la question porte sur la possibilité de prévoir une telle exception sans rémunération ou si l'interrogation porte sur la définition même du droit exclusif.

2.1.1.5.2. Exceptions au droit de reproduction

Exception de copie privée

Question préjudicielle déposée le 26 septembre 2012, affaire ACI Adam BV e.a. / Stichting de Thuiskopiee.a., C-435/12

Demande de décision préjudicielle présentée par le HogeRaad der Nederlanden (Pays-Bas)

Questions posées

« L'article 5, paragraphe 2, initio et sous b), lu conjointement ou non avec l'article 5, paragraphe 5, de la directive sur le droit d'auteur, doit-il être interprété en ce sens que la limitation du droit d'auteur qui y est visée s'applique aux reproductions satisfaisant aux exigences mentionnées dans cette disposition, indépendamment du fait que les exemplaires de l'œuvre qui ont été reproduits se soient trouvés à disposition de la personne physique concernée de manière licite, à savoir sans violation des droits d'auteur des ayants droit, ou cette limitation ne vaut-elle que pour les reproductions d'exemplaires que la personne concernée a eus à sa disposition sans violation du droit d'auteur ?

a. *Si la réponse à la première question correspond au second élément de l'alternative qui y est formulée, l'application du "test des trois étapes", visé à l'article 5, paragraphe 5, de la directive sur le droit d'auteur, peut-il servir à élargir le champ d'application de la limitation visée à l'article 5, paragraphe 2, ou l'application du test peut-elle uniquement conduire à restreindre la portée de cette limitation ?*

b. *Si la réponse à la première question correspond au second élément de l'alternative qui y est formulée, une règle de droit national qui vise à imposer une rémunération équitable pour les reproductions réalisées par une personne physique pour un usage privé et sans le moindre but commercial direct ou indirect, indépendamment du fait que la réalisation des reproductions soit licite au regard de l'article 5, paragraphe 2 de la directive sur le droit d'auteur - et sans que cette règle ne viole le droit des ayants droit d'interdire la reproduction ni leur droit à la réparation de leur dommage - viole-t-elle l'article 5 de la directive sur le droit d'auteur, ou quelque autre règle du droit de l'Union ?*

Pour la réponse à cette question est-il pertinent, à la lumière du "test des trois étapes" de l'article 5, paragraphe 5, de la directive sur le droit d'auteur, qu'il n'existe pas (ou pas encore) de mesures techniques afin de combattre la réalisation de copies privées illicites ?

Est-ce que la directive 2004/48 s'applique à une procédure telle que celle en cause au principal, dans laquelle - après qu'un État membre a imposé, sur la base de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive sur le droit d'auteur, l'obligation de répercuter la redevance équitable visée dans cette disposition sur les fabricants et importateurs de supports appropriés destinés à la reproduction d'œuvres, et a déterminé que cette compensation équitable doit être reversée à une organisation désignée par l'État membre, laquelle est chargée de la perception et de la répartition de la compensation équitable - des redevables demandent à la juridiction, eu égard aux circonstances particulières d'un litige qui sont pertinentes pour la détermination de la compensation équitable, de faire des déclarations pour droit à la charge de l'organisation visée, qui se défend contre cette demande ? »

Observations

Les questions posées concernent notamment la question de savoir si le bénéfice de l'exception de copie privée au sens du droit de l'Union nécessite que la « source » soit « licite ». Le droit français comportant désormais une telle condition, la décision de la CJUE permettra de savoir si cette nouvelle exigence du droit français est ou non conforme au droit de l'Union.

Il est également question du rôle du triple test et de la question de savoir s'il peut uniquement conduire à restreindre la portée d'une exception ou s'il peut aussi être utilisé pour élargir le champ d'une exception.

Question préjudicielle déposée le 16 octobre 2012, affaire CopydanBåndkopi, C-463/12

Demande de décision préjudicielle présentée par le Østre Landsret (Danemark)

Questions posées

« Est-il compatible avec la directive 2001/29/CE qu'une loi nationale prévoit la compensation des titulaires de droits en cas de reproduction effectuée à partir de l'une des sources suivantes :

- des fichiers dont l'utilisation est autorisée par les titulaires de droits et pour lesquels le client s'est acquitté d'une redevance (contenu sous licence en provenance, par exemple, de commerces en ligne) ;*
- des fichiers dont l'utilisation est autorisée par les titulaires de droits et pour lesquels le client ne s'est pas acquitté d'une redevance (contenu sous licence, par exemple dans le cadre d'offres commerciales) ;*
- un DVD, un CD, un lecteur MP3, un ordinateur, etc., de l'utilisateur, sans recours à des mesures techniques efficaces ;*

- un DVD, un CD, un lecteur MP3, un ordinateur, etc., de l'utilisateur, avec recours à des mesures techniques efficaces ;
- un DVD, un CD, un lecteur MP3, un ordinateur ou un autre appareil d'un tiers ;
- des œuvres copiées illégalement à partir d'Internet ou d'autres sources ;
- des fichiers copiés légalement par un autre moyen, par exemple à partir d'Internet (de sources licites, sans licence).

Comment la législation d'un État membre sur la compensation équitable [voir article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive] doit-elle tenir compte de mesures techniques efficaces (article 6 de la directive) ?

Lors de la détermination de la compensation pour la copie à usage privé [voir article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive], que faut-il entendre par l'expression "certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime", figurant en son trente-cinquième considérant, qui auraient pour conséquence qu'il ne serait pas compatible avec la directive que les États membres disposent d'une législation ayant pour effet de prévoir la compensation des titulaires de droits pour de telles copies à usage privé (voir enquête rapportée sous le titre 2) ?

a) En admettant que la fonction première ou principale des cartes mémoire des téléphones mobiles n'est pas de servir pour la copie à usage privé, est-il alors compatible avec la directive que la législation des États membres prévoit une compensation pour les titulaires de droits pour la copie sur des cartes mémoire de téléphones mobiles ?

En admettant que la copie à usage privé soit l'une des fonctions premières ou principales des cartes mémoire des téléphones mobiles, est-il compatible avec la directive que la législation des États membres prévoit une compensation pour les titulaires de droits pour la copie sur les cartes mémoire de téléphones mobiles ?

Est-il compatible avec l'expression "juste équilibre", figurant au trente-et-unième considérant de la directive, et avec l'interprétation uniforme de la notion de "compensation équitable" de son article 5, paragraphe 2, sous b), qui doit se fonder sur le "préjudice", que la législation des États membres prévoit une redevance sur les cartes mémoire, alors qu'aucune redevance n'est exigée pour des mémoires internes telles que des lecteurs MP3 ou des iPods, qui sont conçus et principalement utilisés pour stocker des copies à usage privé ?

b) La directive fait-elle obstacle à ce qu'un État membre ait une législation prévoyant que le fabricant et/ou l'importateur, qui vend des cartes mémoire à des professionnels qui les revendent à leur tour tant à des particuliers qu'à des professionnels, sans que ledit fabricant et/ou importateur ne sache si ces cartes mémoire sont vendues à des particuliers ou à des professionnels, soit tenu de s'acquitter d'une redevance pour la copie à usage privé ?

Si la législation de l'État membre renferme des dispositions qui ont pour effet que le fabricant, l'importateur et/ou le distributeur n'a pas à s'acquitter d'une redevance sur les cartes mémoire utilisées à des fins professionnelles; que le fabricant, l'importateur et/ou le distributeur qui s'est néanmoins acquitté de la redevance peut se faire rembourser celle concernant les cartes mémoire utilisées à des fins professionnelles; et que le fabricant, l'importateur et/ou le distributeur peut vendre des cartes mémoire à d'autres entreprises inscrites auprès de l'organisation chargée de la gestion des redevances sans avoir à s'acquitter de la redevance, cela a-t-il une incidence sur la réponse à la sixième question, sous a) ?

La réponse à la sixième question, sous a) ou sous b), serait-elle différente :

- si la législation de l'État membre renferme des dispositions qui ont pour effet que le fabricant, l'importateur et/ou le distributeur n'a pas à s'acquitter d'une redevance sur les cartes mémoire utilisées à des fins professionnelles, mais où la notion d'"usage à des fins professionnelles" est interprétée comme une possibilité de déduction qui ne trouve application qu'à l'égard des entreprises agréées par Copydan, tandis que la redevance doit être acquittée pour les cartes mémoire utilisées à des fins professionnelles par des clients professionnels non agréés par Copydan ;

- si la législation de l'État membre renferme des dispositions qui ont pour effet que, si le fabricant, l'importateur et/ou le distributeur s'est néanmoins acquitté (théoriquement) de la redevance, elle peut être remboursée en ce qui concerne les cartes mémoire dans la mesure où elles sont utilisées à des fins professionnelles, mais où :
 - dans les faits, seul l'acquéreur de la carte mémoire peut obtenir le remboursement ; et
 - l'acquéreur de la carte mémoire doit adresser à Copydan une demande de remboursement de la redevance;
- si la législation de l'État membre renferme des dispositions qui ont pour effet que le fabricant, l'importateur et/ou le distributeur peut vendre, sans s'acquitter de la redevance, des cartes mémoire à d'autres entreprises qui se sont déclarées auprès de l'organisation chargée de la gestion de la redevance, mais :
 - Copydan est l'organisation chargée de la gestion de la redevance; et
 - les entreprises déclarées ne savent pas si les cartes mémoire sont vendues à des particuliers ou à des professionnels ? »

Observations

Cette question préjudicielle pose également la question de la condition de la source licite en matière de copie privée.

Comme dans l'affaire *VG Wort* (voir ci-dessous), elle aborde aussi l'épineuse question de la distinction entre les copies privées et les copies dites « contractuelles », c'est-à-dire les copies qui sont autorisées par les titulaires de droits.

La Cour danoise s'interroge en outre sur la manière dont il faut tenir compte des mesures de protection techniques dans le calcul de la compensation équitable, question qui fait également l'objet de la saisine de la CJUE dans l'affaire *VG Wort* (voir ci-dessous).

Les autres questions sont plus techniques et devraient amener la CJUE à affiner encore les solutions qu'elle a fournies dans ses arrêts *Padawan*²³, *Thuiskopie*²⁴ et *Luksan*²⁵ sur la manière dont le prélèvement de la compensation équitable sur des supports vierges doit permettre de prendre en considération les usages de ces supports ne correspondant pas à des actes de copie privée.

Conclusions de l'avocat général du 7 mars 2013, affaire Amazon.com International Sales / Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft, C-521/11

Demande de décision préjudicielle présentée par le Oberster Gerichtshof (Autriche)

Là encore, les questions posées dans le cadre de cette procédure intéressent la notion de compensation équitable dans la cadre de l'exception de copie privée au sens de l'article 5, paragraphe 2, b) de la directive du 22 mai 2001 et visent à préciser les critères qui ont été dégagés par la CJUE dans ses arrêts *Padawan*, *Thuiskopie* et *Luksan* précités.

Il s'agit d'abord de savoir si un mécanisme de prélèvement de la compensation équitable sur les supports vierges auprès des personnes qui procèdent à la première mise en circulation de ces supports sur le territoire national, à des fins commerciales et à titre onéreux, répond à la définition de compensation équitable au sens du droit de l'Union lorsque :

²³ CJUE, 21 octobre 2010, *Padawan / SGAE*, aff. C-467/08.

²⁴ CJUE, 16 juin 2011, *Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland et a.*, aff. C-462/09.

²⁵ CJUE, 9 février 2012, *Martin Luksan / Petrus van der Let*, aff. C-277/10.

- Ce droit à rémunération ne peut être exercé que par l’intermédiaire d’une société de gestion collective ;
 - Sur ce premier point l’avocat général estime que cette modalité n’est pas contraire au droit de l’Union dans la mesure où, même si la notion de compensation équitable est une notion autonome du droit de l’Union, les Etats membres demeurent libres des modalités de perception de cette compensation. Il conditionne toutefois cette solution au fait que la société de gestion collective doit être effectivement représentative des différents détenteurs de droits.
- Le prélèvement est effectué sans vérifier si la mise en circulation s’effectue auprès d’intermédiaires, auprès de personnes physiques ou morales en vue d’une utilisation à des fins non privées ou auprès de personnes physiques en vue d’une utilisation à titre privé ;
 - En substance, l’avocat général considère qu’un tel système n’est pas en soi incompatible avec le droit de l’Union à condition toutefois qu’il existe un régime d’exemption *a priori* du paiement de la compensation équitable « *pour les sujets, personnes physiques ou morales, dont on peut raisonnablement considérer, sur la base d’éléments objectifs – même purement indicatifs – qu’ils acquièrent les supports à des fins manifestement étrangères à celles passibles du paiement de la compensation équitable* » et, d’autre part, « la possibilité généralisée [et non pas à certains cas spécifiques] d’obtenir a posteriori le remboursement de cette compensation équitable, dans tous les cas où il est prouvé que l’utilisation du support n’a pas constitué un acte de nature à causer un préjudice à l’auteur de l’œuvre ».
 - Il ajoute qu’un système juridique où seule la seconde possibilité serait ouverte (sans exemption *a priori* ne lui semble pas non plus en soi contraire au droit de l’Union, bien qu’elle implique que les coûts et le risque de paiement anticipé de la compensation équitable soient mis à la charge de personnes non tenues de la payer. Il précise qu’il conviendrait toutefois pour le juge national de vérifier concrètement le respect de l’équilibre entre les intérêts en présence dans le système mis en place par la législation nationale.
- La personne qui utilise les supports d’enregistrement peut réclamer le remboursement de la rémunération si :
 - elle utilise le support pour effectuer une reproduction avec le consentement de l’ayant droit,
 - ou si elle les réexporte avant leur vente au consommateur final.
 - Il ressort des conclusions de l’avocat général qu’en réalité le système autrichien autorise le remboursement dans plus de cas que les deux cas précités. Sans que l’on puisse déterminer si le droit autrichien couvre toutes les hypothèses où la personne n’est pas en réalité redevable de la compensation équitable, l’avocat général réaffirme que seule une possibilité généralisée de remboursement est acceptable au regard du droit de l’Union.

A titre subsidiaire, il est demandé si le droit national serait compatible avec le droit de l’Union si le prélèvement était limité à la mise en circulation de supports s’effectuant auprès de personnes physiques en vue d’une utilisation à titre privé et s’il est possible d’établir dans ce cadre une présomption selon laquelle la mise en circulation auprès de personnes physiques présume que ces personnes utiliseront les supports aux fins de reproductions à des fins privées.

→ L’avocat général répond par l’affirmative aux deux branches de la question. Sur la seconde branche, il précise que la présomption doit toutefois être réfragable dans la mesure où le fait qu’une personne physique achète le support n’implique pas nécessairement que cette personne utilise le support à des fins privées puisqu’il est tout à fait possible qu’une personne physique acquiert le support non pas en tant que particulier mais, par exemple, en qualité d’entrepreneur ou de profession libérale.

La troisième question, et la plus « médiatique », porte sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'un système d'affectation d'une partie des sommes revenant de la rémunération pour copie privée au financement d'actions sociales et culturelles.

→ L'avocat général estime qu'un tel système n'est pas incompatible avec le droit de l'Union dans la mesure où ni la réglementation de l'Union ni la jurisprudence de la CJUE ne contiennent d'éléments conduisant à considérer qu'il incomberait aux États membres de verser aux auteurs la totalité de la compensation équitable en argent ou qui interdise aux États membres de prévoir qu'une partie de cette compensation est fournie sous la forme d'une « *compensation indirecte* ». N'est pas non plus contraire à la notion de compensation équitable la possibilité de prévoir qu'une partie de cette compensation s'effectue par le biais de formes de compensation collective pour l'ensemble des auteurs. Il ne faut pas toutefois que la totalité des sommes soient reversées sous forme de « compensation indirecte » et il faut que les activités exercées par les organismes créés et financés par la compensation équitable bénéficient effectivement à la collectivité des auteurs. Il faut enfin que le système ne conduise pas à une discrimination entre les diverses catégories d'auteurs ou entre les auteurs nationaux et étrangers, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier.

La quatrième question interroge sur le point de savoir si le droit de l'Union fait obstacle au droit à une compensation équitable à faire valoir par une société de gestion collective lorsque la mise en circulation des supports d'enregistrement a déjà donné lieu au paiement d'une rémunération appropriée dans un autre État membre (y compris sur le fondement d'une base juridique contraire au droit de l'Union).

→ L'avocat général estime que la compensation équitable est due sur le territoire duquel est né le préjudice à réparer, c'est-à-dire l'Etat dans lequel les supports sont employés par les personnes physiques à des fins privées, nonobstant le fait qu'une redevance compensatoire a déjà été acquittée dans l'Etat membre de première commercialisation des supports. Dans ce cas cependant, le magistrat estime qu'il revient à l'Etat qui a finalement induit prélevé la compensation de prévoir une possibilité adéquate d'obtenir le remboursement desdites sommes, « *éventuellement par le biais d'actions devant les instances juridictionnelles nationales* ».

Conclusions de l'avocat général du 24 janvier 2013, affaire Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) / Kyocera , C-457/11, C-458/11, C-459/11 et C460/11

Demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesgerichtshof (Allemagne)

Ces conclusions sont particulièrement longues et complexes de sorte que, dans le cadre de la présente lettre, nous n'en présenterons que certains aspects saillants.

- Sur le rôle de la CJUE

L'avocat général semble inviter la CJUE à réduire son « *interventionnisme* » dans « *l'uniformisation* » du droit d'auteur de l'Union : « *dès lors que le législateur de l'Union a délibérément laissé une liberté de choix aux États membres, il ne semble pas approprié que la Cour opère elle-même ce choix au nom d'une plus grande harmonisation* » ; « *par ailleurs, la sécurité juridique étant une condition sine qua non de l'harmonisation du marché intérieur, une approche progressive et évolutive en matière d'interprétation n'est pas propice à une sécurité juridique optimale. Face à des évolutions technologiques et commerciales interdépendantes, il y a des limites que la Cour ne peut pas outrepasser dans la recherche d'une interprétation législative adaptée à ces évolutions. Il arrive un moment à partir duquel seul le législateur de l'Union est compétent pour assurer une telle adaptation* ». Ce rappel de la répartition des rôles entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif est particulièrement bienvenu à notre sens au regard de l'évolution récente de la jurisprudence de la CJUE en la matière.

- *Sur la marge de manœuvre de Etat membre au regard des exceptions de l'article 5, paragraphe 2, et 5, paragraphe 3*
 - L'avocat général propose d'abord des solutions générales sur la marge de manœuvre des Etats membres relativement aux exceptions prévues à l'article 5 de la directive du 22 mai 2001. Il estime que, lorsqu'un Etat membre décide d'opter pour une exception facultative figurant dans la liste de l'article 5, paragraphe 2, ou 5, paragraphe 3, il a le droit de prévoir des conditions d'application plus strictes que celles de la directive. En revanche, il serait incompatible avec le droit de l'Union de prévoir des conditions qui aboutiraient à une exception plus large que celle de la directive.
 - Dans le même ordre d'idée, il considère qu'un Etat membre n'a pas l'obligation de prévoir des exceptions ou des limitations de manière à ce que chacune d'entre elles corresponde exactement à l'une des vingt situations prévues à l'article 5, paragraphe 2, ou 5, paragraphe 3. Une exception ou limitation nationale au droit de reproduction peut donc être compatible avec la directive, même si elle inclut des éléments issus de deux ou plusieurs dispositions de l'article 5, paragraphe 2, ou 5, paragraphe 3, à condition toutefois de s'assurer – ce qui ne sera pas toujours facile en pratique – que « *les exceptions « hybrides » ne combinent pas plusieurs conditions de manière à couvrir un domaine qui ne relèverait d'aucune des exceptions et limitations autorisées par la directive* ».
 - Ces solutions semblent vouloir revenir sur la jurisprudence de la CJUE, dite *Eva-Maria Painer*²⁶ qui semblait exiger que les exceptions soient reprises dans les Etats membres avec les mêmes conditions que celles de la directive, sans que les Etats membres puissent prévoir des conditions plus strictes ou supplémentaires.

- *Sur la notion de reprographie*
 - Sur cette question très technique, l'avocat général propose d'interpréter l'expression « *reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires* » figurant à l'article 5, § 2, a) de la directive du 22 mai 2001 « *en ce sens que seules les reproductions d'originaux analogiques dont l'image est capturée par des moyens optiques sont couvertes par cette disposition. Ladite expression englobe les reproductions effectuées au moyen de procédés dans lesquels l'image numérique est enregistrée, au cours d'une étape intermédiaire, sur un ordinateur ou un dispositif mémoriel, à condition que l'ensemble du procédé soit effectué par la même personne et/ou dans le cadre d'une opération unique* ».
 - Il exclut en revanche de la notion de reprographie, en se fondant que le mécanisme du triple test, les impressions d'un fichier numérique.

- *Sur la prise en compte des mesures techniques de protection dans le calcul de la compensation équitable en matière de copie privée et/ou de reprographie*

L'avocat général considère que cette question est politique et relève de la compétence des Etats membres qui sont compétents pour déterminer les modalités de calcul de la compensation en l'absence d'indications suffisamment précises dans la directive pour déterminer les facteurs pertinents.

²⁶ CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et a.*, aff. C-145/10 : http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=115785&occ=first&dir=&cid=2548650.

- Sur la « contractualisation des exceptions » ou le caractère d'ordre public des exceptions

→ L'avocat général considère que lorsque la législation nationale prévoit une exception ou une limitation au droit de reproduction, « les titulaires de droits ne peuvent plus exercer le moindre contrôle sur les reproductions en autorisant ou en refusant la reproduction de leurs œuvres ». Il précise toutefois que lorsque l'exception est assortie d'une compensation équitable, « les États membres peuvent néanmoins permettre aux titulaires de droits soit de renoncer à réclamer la compensation équitable, soit de mettre leurs œuvres à disposition dans le cadre d'un accord contractuel qui leur permette d'obtenir une compensation équitable pour toute reproduction future. Dans chacun de ces deux derniers cas, le droit à compensation équitable du titulaire doit être considéré comme étant épuisé et ne doit pas être pris en compte pour calculer le financement du régime général de la compensation équitable ».

Ainsi, l'avocat général expose clairement l'impossibilité pour les titulaires de droits d'imposer des restrictions par contrat pour les usages de l'œuvre couverts par une exception. Mais il n'exclut pas absolument une telle possibilité en présence d'une compensation équitable. Dans cette hypothèse, l'avocat général propose un mécanisme de licence légale : le titulaire ne serait plus en droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction mais il pourrait accompagner la mise à disposition de l'œuvre d'une obligation de paiement correspondant à la compensation équitable. Comme le relève le professeur Benabou, ce système, « bien que tout à fait conforme aux considérants de la directive du 22 mai 2001 », apparaît « infiniment complexe et risque de déstabiliser assez fortement les mécanismes de compensation équitable qui reposent sur une mutualisation des perceptions »²⁷.

2.1.1.6. CONTRATS (réservé)

2.1.1.7. MISE EN ŒUVRE DES DROITS – PROCEDURES

2.1.1.7.1. Mesures techniques de protection

Question préjudicielle déposée le 26 juillet 2012, affaire Nintendo and Others, C-355/12
Demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunale di Milano (Italie)

Questions posées

« L'article 6 de la directive 2001/29/CE, examiné notamment à la lumière du considérant 48 de son préambule, doit-il être interprété en ce sens que la protection des mesures techniques de protection pour des œuvres ou des objets protégés par le droit d'auteur peut être étendue à un système fabriqué et commercialisé par la même entreprise, dans lequel le hardware est pourvu d'un dispositif apte à reconnaître sur le support séparé contenant l'œuvre protégée (jeu vidéo fabriqué par la même entreprise ainsi que par des tiers, titulaires des œuvres protégées) un code de reconnaissance sans lequel cette œuvre ne peut être visualisée et utilisée dans le cadre de ce système, qui exclut ainsi, avec l'appareil qui en fait partie, toute interopérabilité avec des appareils et produits complémentaires ne provenant pas de l'entreprise fabriquant le système lui-même ? »

²⁷ V.-L. Benabou, *Propriétés Intellectuelles* n°47, avril 2013.

Lorsqu'il faut apprécier si l'affectation d'un produit ou d'un composant au contournement d'une mesure technique de protection prévaut ou non sur d'autres finalités ou utilisations commercialement pertinentes, l'article 6 de la directive 2001/29/CE, examiné notamment à la lumière du considérant 48 de son préambule, peut-il être interprété en ce sens que le juge national doit recourir à des critères d'évaluation mettant l'accent sur la destination particulière assignée par le titulaire des droits au produit renfermant le contenu protégé ou, alternativement ou concurremment, à des critères quantitatifs fondés sur l'importance des utilisations comparées ou à des critères qualitatifs tirés de la nature et de l'importance des utilisations elles-mêmes ? »

Observations

Cette question préjudicielle est importante car elle sera la première affaire sur les mesures techniques de protection portée devant la CJUE. Elle aborde le sujet sous deux angles.

– *Qu'est-ce qu'une mesure technique ?*

L'article 6, paragraphe 3, de la directive du 22 mai 2001 définit la mesure technique selon sa finalité : empêcher ou limiter les actes non autorisés, sans plus de précisions, si ce n'est pour ensuite définir la condition d'efficacité.

Dans une vision simpliste, la mesure technique est attachée au fichier de l'œuvre, et empêche l'accès à l'œuvre quel que soit le terminal qui entre en communication avec lui.

D'une manière plus complexe, la protection peut être aussi stimulée dans une interaction entre un appareil de lecture et le fichier de l'œuvre.

Concrètement, il faut avoir une console Nintendo pour jouer aux jeux agréés par Nintendo. La question posée revient à demander à la CJUE s'il est acceptable ou non, au regard de la légitimité de la protection juridique des mesures techniques, de lier une œuvre à un code d'accès sur un terminal.

On notera que ce n'est pas ainsi que la question est posée. En effet, le tribunal de Milan ajoute un élément factuel : lorsque c'est la même entreprise qui propose le jeu et l'appareil de lecture, la solution est-elle la même ?

On peut regretter cet ajout, car selon nous, il y a en fait deux questions distinctes :

- Le fait que la mesure technique puisse être à la fois dans le jeu et sur l'appareil de lecture : la réponse à notre sens doit être positive.
- Le fait que ce soit la même entreprise qui contrôle les deux, au détriment de l'interopérabilité potentielle de l'appareil de lecture avec d'autres programmes : la réponse est ici peut-être plus sujette à discussions. On peut en effet imaginer que Nintendo licencie à des tiers non seulement pour ces jeux, mais également pour des appareils de lecture compatibles, sans que ces appareils ne puissent permettre de jouer avec des jeux piratés.

– *Quels critères faut-il mettre en œuvre pour apprécier si la protection restreint les usages possibles du produit protégé ?*

Le tribunal se demande s'il faut apprécier la volonté du fournisseur de la technologie, qui limite l'usage en fonction de la finalité de protection qu'il poursuit ou prendre en compte aussi les autres utilisations possibles vues du côté de l'utilisateur.

La solution de la Cour aura des conséquences importantes non seulement dans l'univers des jeux vidéo mais, d'une manière générale, sur le régime des protections techniques dans tous les secteurs. Notamment, la Cour pourra peut-être donner des guides sur la finalité des mesures techniques : s'agit-il de protéger uniquement l'œuvre ou un écosystème économique plus large qui inclut une « captation » de l'utilisateur au-delà du simple besoin de protection de l'œuvre ?

En extrapolant, cela revient en effet à se demander pourquoi un utilisateur ne pourrait pas lire un film acheté sur i-Tunes – protégé par des mesures techniques – sur un téléphone Samsung, si Samsung peut proposer aussi une protection du film conforme à l'objectif légitime de protection de celui-ci.

2.1.1.7.2. Compétence juridictionnelle

Question préjudicielle déposée le 11 avril 2012, affaire Peter Pinckney / KDG mediatech AG, C-170/12

Demande de décision préjudicielle présentée par la Cour de cassation (France)

Questions posées

« L'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale, doit-il être interprété en ce sens qu'en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur commise au moyen de contenus mis en ligne sur un site Internet,

– la personne qui s'estime lésée a la faculté d'introduire une action en responsabilité devant les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été, à l'effet d'obtenir réparation du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie,

ou

– il faut, en outre, que ces contenus soient ou aient été destinés au public situé sur le territoire de cet État membre, ou bien qu'un autre lien de rattachement soit caractérisé ?

La question posée au 1) doit-elle recevoir la même réponse lorsque l'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur résulte non pas de la mise en ligne d'un contenu dématérialisé, mais, comme en l'espèce, de l'offre en ligne d'un support matériel reproduisant ce contenu ? »

Observations

La Cour de cassation française vient interroger la CJUE sur la portée des règles qu'elle a édictées au fur et à mesure de sa jurisprudence sur la question de la compétence juridictionnelle dans plusieurs domaines.

Pour cette question préjudicielle, des éléments de contexte sont disponibles puisque, s'agissant d'une question posée par une juridiction française, nous disposons de l'arrêt de la Cour de cassation à l'origine du recours, rendu le 5 avril 2012²⁸.

²⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2012 : pourvoi n°10-15890 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025662199&fastReqId=377873433&fastPos=4>.

Les faits sont les suivants : un auteur-compositeur-artiste-interprète domicilié en France a assigné en contrefaçon devant les juges français une société autrichienne qui s'est chargée de presser des CD non autorisés de ses chansons, sachant que lesdits CD sont proposés à la vente sur des sites Internet anglais permettant d'acheter les CD en France. Il semble que, même si l'on peut acheter les CD depuis la France, la présentation des sites Internet litigieux n'est pas vraiment dirigée vers un public français.

Pour rappel, l'article 5.3 du règlement « Bruxelles I » autorise, en matière délictuelle, à assigner devant le tribunal du fait dommageable.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 5 avril 2012, rappelle de manière détaillée la jurisprudence de la CJUE sur la détermination du lieu du fait dommageable. Elle résume dans son arrêt les solutions des arrêts suivants :

- L'arrêt *Fiona Shevill*²⁹ du 7 mars 1995 rendu en matière de diffamation³⁰ ;
- L'arrêt *Pammer et HotelAlpenhof*³¹ du 7 décembre 2010³² ;
- L'arrêt *L'Oréal*³³ du 12 juillet 2011 en droit des marques³⁴ ;
- L'arrêt *Martinez*³⁵ du 25 octobre 2011 en matière de droits de la personnalité³⁶ ;

Elle constate ensuite qu'aucun de ces arrêts ne porte sur une hypothèse identique à celle qui lui est soumise parce que, en l'espèce, il s'agit de droit d'auteur et d'une offre en ligne de supports physiques (et non d'une diffusion contrefaisante sur Internet par exemple).

Finalement les questions que la Cour de cassation pose à la CJUE reviennent à demander si, en cas de contrefaçon de droits d'auteur par la mise en ligne de contenus sur Internet :

- il faut appliquer la théorie dite de la « focalisation », à l'instar des arrêts *L'Oréal* ou *Pammer et HotelAlpenhof*, à l'exclusion de tout autre critère,
- ou s'il est possible d'appliquer une solution plus proche des arrêts *Fiona Shevill* ou *Martinez*, c'est-à-dire en offrant plusieurs chefs de compétence en fonction du fait que la demande porte sur l'entier préjudice ou sur le préjudice subi sur un seul territoire et, dans cette seconde hypothèse, si le demandeur pourra agir devant les tribunaux de chaque Etat membre où le contenu est accessible ou s'il faut ajouter un autre critère (tel que ceux de la théorie de la focalisation ou celui du « *centre des intérêts de la victime* »).

La Cour de cassation demande également si la solution doit être différente selon que l'on est en présence d'une mise en ligne d'un contenu dématérialisé ou de l'offre en ligne d'un support matériel reproduisant ce contenu.

²⁹ CJUE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill et a. / Presse Alliance*, aff. C-68/93.

³⁰ Possibilité d'assigner pour l'entier dommage devant le juge du lieu où est établi l'éditeur ;

Ou possibilité d'assigner dans chaque pays où a lieu la diffusion autre que celui de l'éditeur mais uniquement pour le dommage subi sur le territoire du juge saisi.

³¹ CJUE, 7 décembre 2010, *Pammer et HotelAlpenhof*, aff. C-585/08 et C-144/09.

³² Compétence du juge du ou des Etats membres vers lesquels celui qui propose des produits ou services en ligne dirige ses activités (théorie de la focalisation) et rejet de la compétence fondée uniquement sur l'accessibilité du site dans un Etat membre. Voir aussi sur cet arrêt point 1.3.1. ci-dessus.

³³ CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal et a. / e-Bay International et a.*, aff. C-324/09.

³⁴ Compétence du juge du ou des Etats membres vers lesquels l'offre de vente est dirigée (théorie de la focalisation) et rejet de la compétence fondée uniquement sur l'accessibilité du site dans un Etat membre.

³⁵ CJUE, 25 octobre 2011, *eDateAdvertising GmbH / X et Olivier Martinez et a. / MGN Limited*, aff. jointes C-509/09.

³⁶ Possibilité d'assigner pour l'entier dommage devant le juge du lieu où est établi l'émetteur du contenu diffamant ou devant le juge du lieu où la victime a le centre de ses intérêts ;

Ou possibilité d'assigner dans chaque pays où le contenu est accessible autre que celui de l'éditeur mais uniquement pour le dommage subi sur le territoire du juge saisi.

Cette question vient précisément mettre en avant les difficultés que souligne le professeur Benabou³⁷ sur l'application de la théorie de la focalisation en droit d'auteur : lorsqu'il y a vente d'un support physique, on pourrait éventuellement appliquer le même critère qu'en droit des marques ou en matière de commerce électronique, mais dans le cadre d'une mise à disposition en ligne, le critère n'est plus aussi adéquat et celui du « centre des intérêts de la victime » de l'arrêt *Martinez* aurait peut-être plus de sens.

Question préjudicielle déposée le 29 juin 2012, affaire UPC Telekabel Wien GmbH / Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH, C-134/12
Demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberster Gerichtshof (Autriche)

Questions posées

« 1) L'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE (ci-après la « directive 2001/29 ») doit-il être interprété en ce sens qu'une personne qui met des objets protégés à la disposition du public sur Internet sans l'autorisation du titulaire de droits (article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29) utilise les services du fournisseur d'accès des personnes qui consultent ces objets?

2) En cas de réponse négative à la première question: une reproduction effectuée pour un usage privé [article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29] et une reproduction transitoire ou accessoire (article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29) ne sont-elles licites que si l'exemplaire servant à la reproduction a été reproduit, diffusé ou mis à la disposition du public en toute légalité?

3) En cas de réponse affirmative à la première ou deuxième question, c'est-à-dire dans le cas où une ordonnance judiciaire doit être rendue à l'encontre du fournisseur d'accès de l'utilisateur conformément à l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29: est-il conforme au droit de l'Union et notamment à la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux des parties concernées d'interdire au fournisseur d'accès dans des termes très généraux (c'est-à-dire sans prescription de mesures concrètes) d'accorder à ses clients l'accès à un site Internet dont l'intégralité ou une partie substantielle du contenu n'a pas été autorisé par le titulaire de droits lorsque le fournisseur d'accès peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de cette interdiction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables?

4) En cas de réponse négative à la troisième question: est-il conforme au droit de l'Union et notamment à la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux des parties concernées d'imposer à un fournisseur d'accès des mesures concrètes visant à rendre plus difficile à ses clients l'accès à un site Internet dont le contenu a été illégalement mis à disposition lorsque ces mesures, qui requièrent des moyens non négligeables, peuvent facilement être contournées sans connaissances techniques spécifiques? »

Observations

Cette question porte sur plusieurs points (et notamment sur la condition de la source licite de la copie privée ou de la copie provisoire) mais nous nous contenterons ici d'évoquer les questions portant sur la mise en œuvre des droits.

– *Le juge autrichien pose d'abord une question relative à l'identification de l'intermédiaire technique à qui l'on peut imposer des mesures de « cessation ».*

³⁷ V.-L. Benabou, *Propriétés Intellectuelles* n°46, janvier 2013, p. 92.

Pour comprendre l'enjeu de cette question, il faut se rappeler que l'article 8, paragraphe 3, de la directive du 22 mai 2001, dite DADVSI, dispose que les États membres doivent veiller « à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin ».

Nous ne disposons pas du contexte qui a abouti à la question préjudicielle mais on comprend implicitement qu'un titulaire de droit a demandé à ce qu'un juge ordonne à un fournisseur d'accès d'empêcher ses clients d'accéder à un site proposant des produits ou des services contrefaisants sur Internet.

La question posée porte d'abord sur ce que l'on entend par l'utilisation du service d'un intermédiaire technique pour porter atteinte à un droit. En effet la cour autrichienne demande à la CJUE si « une personne qui met des objets protégés à la disposition du public sur Internet sans l'autorisation du titulaire de droits (...) utilise les services du fournisseur d'accès des personnes qui consultent ces objets ».

L'idée est ici que la mesure est dirigée vers les fournisseurs d'accès des utilisateurs potentiels du site et non contre un intermédiaire technique, tel un hébergeur, qui hébergerait le site proposant des contenus illicites. Le juge autrichien se demande donc si les fournisseurs d'accès « sont utilisés » par la personne qui met les objets contrefaisants en ligne.

Bien sûr, on peut répondre qu'il utilise le réseau Internet. Mais il est vrai qu'à proprement parler, il n'utilise pas lui-même le service d'accès à Internet.

Reste à savoir si la Cour va s'en tenir à une analyse technique ou si elle va avoir une interprétation plus téléologique fondée sur la finalité du texte.

- *Les autres questions portent ensuite sur le contenu et la portée des mesures qui peuvent être enjointes à des intermédiaires techniques.*
 - Il est demandé d'abord s'il est conforme au droit de l'Union d'interdire au fournisseur d'accès dans des termes très généraux (c'est-à-dire sans prescription de mesures concrètes) d'ouvrir à ses clients l'accès à un site Internet mettant à disposition des contenus contrefaisants lorsque le fournisseur d'accès peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de cette interdiction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables.
 - Subsidiairement, il est demandé s'il est conforme au droit de l'Union d'imposer à un fournisseur d'accès des mesures concrètes visant à rendre plus difficile à ses clients l'accès à un site Internet dont le contenu a été illégalement mis à disposition lorsque ces mesures, qui requièrent des moyens non négligeables, peuvent facilement être contournées sans connaissances techniques spécifiques.

Sans plus de renseignements sur le contexte de la question, on se contentera de relever que les questions du juge autrichien sont très orientées et laissent entendre que les mesures exigées par les titulaires de droits seraient non seulement lourdes mais inefficaces et excessives.

2.1.2. DROITS VOISINS
(Réservé)

2.2. **DROIT DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE**
(Réservé)

2.3. **E-COMMERCE – DROIT DE LA CONSOMMATION**

2.3.1. COMPETENCE JURIDICTIONNELLE

Question préjudicielle déposée le 10 mai 2012, Emrek / Sabranovic, affaire C-218/12
Demande de décision préjudicielle présentée par le Landgericht Saarbrücken (Allemagne)

Questions posées

« Dans les cas où le site Internet d'un entrepreneur est dirigé vers l'État membre du consommateur, l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement (CE) 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, implique-t-il, comme condition supplémentaire non écrite, que le consommateur ait été incité à contracter par le site Internet de l'entrepreneur et, partant, que le site Internet ait un lien causal avec la conclusion du contrat ?

S'il doit exister un lien causal entre l'activité qui est dirigée vers l'État membre du consommateur et la conclusion du contrat, l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001 exige-t-il en outre que le contrat soit conclu à distance ? »

Observations

S'agissant de la première question, il s'agit de demander à la CJUE de venir préciser ce que l'on entend par « *diriger ces activités vers un État membre* » au sens de l'article 15§1 c) du règlement « Bruxelles I » qui permet au consommateur de saisir la juridiction de l'Etat membre dans lequel il a son domicile même si son cocontractant – professionnel – ne se situe pas dans cet Etat membre.

Lorsque le professionnel propose ses produits ou ses services via un site Internet, nous avons vu (cf. 1.3.1.) que la CJUE a déjà jugé que la simple accessibilité du site Internet d'un professionnel dans l'Etat membre du consommateur ne suffisait pas à remplir cette condition et qu'il fallait que le site Internet ou l'activité concernée comporte des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur (cf. notamment arrêt *Pammer et HotelAlpenhof* précité).

Le tribunal allemand se demande s'il faut en outre établir le rôle causal du site Internet avec la conclusion du contrat par le consommateur.

A notre sens et à la lecture des arrêts *Pammer et HotelAlpenhof* et *Daniela Mühlleitner*, évoqués ci-avant (cf. 1.3.1.), la réponse de la CJUE à cette question devrait être négative compte tenu de l'interprétation retenue par la Cour des critères de l'article 15, paragraphe 1, c), favorable au consommateur. Demander au consommateur de démontrer qu'il a été incité à conclure le contrat par le site Internet du cocontractant ajouterait une condition au texte précité et serait contraire à l'objectif poursuivi de protection du consommateur en rendant la compétence juridictionnelle plus difficile à établir.

Quant à la seconde question, elle a déjà été tranchée dans l'arrêt *Daniela Mühlleitner* étudié ci-avant (cf. 1.3.1.).