

qui y sont affichées sont destinées à des consommateurs situés sur ce territoire. Pour déterminer si une offre ou une publicité sur internet est destinée à des consommateurs situés dans le territoire de l'Union, il importe de se fonder sur des indices concrets. On peut relever parmi ceux-ci l'existence de précisions figurant dans l'offre ou la publicité quant aux zones géographiques vers lesquelles le vendeur est prêt à envoyer son produit. De même en va-t-il de l'utilisation par l'annonceur d'un nom de domaine appartenant à un État membre de l'Union. En l'absence d'éléments probants contraires, l'utilisation d'un site internet opérant sous un domaine national de premier niveau d'un État membre (par exemple « .be » ou « .uk ») apparaît destinée à des consommateurs établis dans cet État membre⁷⁶. Il s'agit là d'indices ou de présomptions simples, qui n'en excluent pas d'autres, tels que la langue utilisée dans l'offre en cause ou encore la reproduction de symboles, drapeaux ou autres éléments caractéristiques d'un pays, permettant aux consommateurs de comprendre que l'annonce en cause s'adresse à eux.

9

Pour conclure

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'« AdWords » et d'usage de la marque d'autrui dans le cadre d'un système de référencement sur internet laisse perplexes bien des spécialistes du droit des marques. Si on peut se réjouir qu'à l'occasion de ses arrêts, la Cour ait formellement reconnu les fonctions économiques et publicitaires de la marque, on constate que dans le même temps, elle les a allégrement sacrifiées au nom du libre jeu de la concurrence sur l'internet.

Quand on considère que même s'agissant de l'usage d'un signe identique à la marque pour des produits identiques, l'enseignement de la Cour revient à exiger que soit établie la possibilité d'accréditer l'existence d'un lien matériel entre l'usage reproché et le titulaire de la marque invoquée, soit la même exigence selon la Cour que lorsqu'un risque de confusion doit être établi, on peut penser que l'on a tiré le droit des marques très loin. Trop loin selon nous. Au-delà de ce que prévoit le texte de la directive sur les marques ou le règlement sur la marque communautaire; au-delà également de la volonté déclarée du législateur de l'Union⁷⁷, mais surtout au-delà de ce que permettent les engagements internationaux liant l'Union européenne⁷⁸.

Emmanuel CORNU

Avocat,
rédacteur en chef de la Revue de droit
intellectuel - l'ingénieur - conseil

(76) *Ibidem*, points 63 à 67.

(77) Voy. onzième considérant de la directive 2008/95/CE.

(78) Voy. la contrariété au regard de l'article 16 de l'Accord A.D.P.I.C., dénoncée ci-avant au point 3.C.

L'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur : récents développements jurisprudentiels et législatifs

INTERNET, ON LE SAIT, est une formidable machine qui a permis de multiplier les copies d'œuvres et de les rendre accessibles dans le monde entier. Au profit des usagers, très certainement. De nombreux intermédiaires en ont aussi profité. Pas toujours les créateurs et éditeurs.

La gratuité (apparente) des usages en ligne a très souvent été bénéfique pour les usagers. Même si le gratuit a un prix pour l'utilisateur, par exemple l'insertion de publicités dans les contenus et le moissonnage de données personnelles, ce coût a pu être plus que compensé par une facilité d'accès à des contenus toujours plus variés. Souvent, des intermédiaires commerciaux (les agrégateurs d'actualité, les moteurs de recherche, les fournisseurs d'accès, les sociétés de paiement en ligne, etc.) ou des sites opérant dans l'illégalité (on se rappelle la saga MegaUpload) ont tiré des avantages et revenus de ces nouvelles offres de contenus. Des avantages sans commune mesure avec ceux, souvent beaucoup plus modestes, recueillis par les auteurs et éditeurs de contenus.

Ces déséquilibres ont suscité des réactions et des litiges, sur lesquels on reviendra. Trois types d'offres de contenus que des intermédiaires en ligne promeuvent ou facilitent seront distingués : les « revues de presse » offertes par des agrégateurs d'actualités, les bibliothèques en ligne et, enfin, les plates-formes d'échange de fichiers musicaux ou audiovisuels rendus possibles par les fournisseurs d'accès internet. Ces nouvelles offres qui affectent respectivement la presse, les éditeurs de livres et l'industrie du divertissement permettent de nouveaux usages au profit des internautes, ce dont il faut se réjouir, mais ne tiennent pas toujours compte des investissements dans la création que réalisent auteurs et producteurs.

1

Les agrégateurs et autres réutilisateurs d'actualités : affaires Copiepresse (Belgique), Infopaq (Danemark c. C.J.U.E.), Meltwater (UK c. US)

Le secteur de la presse n'a toujours pas trouvé le moyen de bénéficier à plein du numérique, alors qu'internet offre *a priori* un support optimal pour la diffusion immédiate d'informations fraîches. Mais la concurrence avec les réseaux de blogs citoyens, les fermes de contenus et les agrégateurs en ligne est rude pour les médias

qui franchissent le pas vers le numérique¹. Certaines expériences sont concluantes², mais ne peuvent être reproduites par tous. Au même moment, de nouveaux services apparaissent qui réutilisent de diverses manières les articles d'actualité.

Google Actualités offre un premier exemple : « Google Actualités est, explique Google, un site d'actualités généré (*sic*) par ordinateur qui recueille les grands titres provenant de plus de cinq cents sources d'actualités en langue française dans le monde entier, regroupe les articles par thème et les affiche en fonction des intérêts de chaque utilisateur. En règle générale, les lecteurs choisissent d'abord une publication, puis recherchent les titres qui les intéressent. Google Actualités procède de façon légèrement différente. En effet, notre objectif est d'offrir à nos lecteurs un plus grand éventail de choix et des options plus personnalisées. Sur Google Actualités, nous proposons des liens vers plusieurs articles relatifs au même sujet. Vous pouvez donc choisir d'abord le sujet qui vous intéresse, puis sélectionner l'éditeur de votre choix »³. Inversion de perspective : on n'achète plus le titre de la presse (la marque d'un éditeur) pour ensuite trouver les pages sur les sujets d'intérêt (politique, international, etc.), mais on voit d'abord les actualités classées par rubriques, puis on clique sur le titre retenu avant d'être conduit par l'effet du lien hypertexte vers la page de l'éditeur où l'article se trouve posté. Selon les médias traditionnels, Google News est un site d'information ou un portail qui propose des revues de presse. Toutefois, la revue de presse est en l'espèce produite par un algorithme qui évalue l'importance des nouvelles en fonction du nombre de titres qui parlent d'un sujet donné et les classe en conséquence sur la page de Google News; on est donc loin d'un processus

(1) Selon *Le Monde* (1^{er} novembre 2011), « le modèle économique de l'information sur internet reste à trouver, comme le démontrent, en France, les difficultés de Owndi, Atlantico ou Slate.fr. Seul MédiaPart... s'en sort... Rue 89... a du mal à parvenir à l'équilibre ». Début 2012, Rue89 décidait d'abandonner le modèle de *reverse publishing*, d'abord sur le web, ensuite sur le papier, au profit d'une version sur tablette. Par ailleurs, des nouveaux médias d'information voient le jour, comme Newsring, qui vise à organiser le débat autour de questions d'actualité. Quoi.fr qui veut expliquer l'information, etc. De multiples tâtonnements qui montrent la difficulté de la presse dans l'univers numérique.

(2) Ainsi, le modèle de l'abonnement semble rentable avec l'accroissement du marché des tablettes, en tout cas pour de grands quotidiens anglo-saxons comme le *Financial Times*, qui a à peu près autant d'abonnés numériques que d'exemplaires papier, ou le *New York Times* (voy. MédiaTIC : « Le bout du tunnel en vue pour la presse écrite ? », 5 juin 2012, disponible sur www.rtf.be). Cela dit, les analyses (voy. par exemple le rapport de mars 2012 du Pew Research Center sur www.journalism.org) confirment que la presse américaine peine à trouver un nouveau modèle d'affaires rentable, même en investissant dans le web.

(3) Voy. http://news.google.be/intl/fr_be/about_google_news.html.



d'édition classique qui va de pair avec une certaine responsabilité éditoriale. Le service automatisé de Google News, plutôt qu'un agrégateur d'actualités, est un agrégateur de flux (c'est le trafic vers les pages qui dicte la sélection et le placement des nouvelles). Ce service offre des fonctionnalités nouvelles pour les usagers, lesquelles engendrent assurément de la valeur ajoutée : l'utilisateur peut choisir de configurer sa page afin d'afficher les actualités qui l'intéressent (actualités personnalisées), il peut souscrire à un service d'alerte pour recevoir des courriels à intervalles réguliers sur ses sujets de prédilection ou il peut s'abonner à des flux RSS (encore appelés « fils ») permettant d'obtenir les mises à jour dès qu'elles sont mises en ligne. Toutes ces améliorations résultent directement de l'usage de la technologie numérique, pas d'un travail intellectuel sur les contenus en ligne, qui sont repris à l'identique, mais de manière partielle (seuls les titres et premières lignes sont visibles, pas l'ensemble de l'article). Quand il y a un travail éditorial, il émane des internautes. Ainsi, Google Actualités propose à chacun « de jouer les rédacteurs en chef en choisissant ses sujets de prédilection pour composer sa une ».

En Belgique, le conflit entre les médias traditionnels et Google a pris très tôt un tour juridique : c'est en 2006 que les éditeurs de la presse francophone belge, regroupés au sein de la société de gestion Copiepresse et épaulés par des sociétés de gestion des droits des photographes et des journalistes, ont décidé d'agir en justice pour violation du droit d'auteur (la loi belge sur le droit d'auteur du 30 juin 1994, ou L.D.A.). Le 5 mai 2011, la cour d'appel de Bruxelles⁴, confirmant la décision en première instance du 13 février 2007, a pleinement donné raison aux arguments des éditeurs dans le cadre de l'action en cessation. Google, en tant que fournisseur du service Google Actualités, a été condamné pour atteinte au droit d'auteur. Résultat : Google a retiré les titres de la presse francophone de ses pages Google Actualités Belgique, ce qui réduit bien entendu le nombre de visites sur les pages des journaux en ligne. Victoire à la Pyrrhus en attendant les dommages-intérêts⁵?

Pour la cour d'appel, les pages de Google Actualités constituent des reproductions et communications au public non autorisées du contenu original mis en ligne par les journaux. Or Google Actualités ne reprend que les titres et les premières lignes (*snippets*) des articles en ligne, parfois avec des photographies, tout en mentionnant la source. Le titre est un hyperlien qui renvoie au site du média où l'article peut être consulté dans son intégralité. Dans son arrêt, la cour d'appel a estimé que Google ne pouvait reproduire, ni communiquer au public les titres et extraits d'articles sans autorisation préalable des éditeurs.

Cette application rigoureuse des règles du droit d'auteur pouvait s'appuyer sur un important arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, l'arrêt *Infopaq*⁶, que la cour d'appel cite

d'ailleurs à plusieurs reprises dans l'arrêt *Copiepresse*. L'affaire *Infopaq* concernait une autre forme de réutilisation d'articles de presse. Après avoir sélectionné des articles de la presse danoise, Infopaq procédait à une numérisation de ceux-ci pour en tirer des suites de onze mots organisées autour de mots clés⁷. Les utilisateurs du service payant d'Infopaq pouvaient recevoir ces séquences de mots par courriel. Saisie sur recours préjudiciel, la Cour de justice va juger que des portions d'articles sont protégés s'ils « contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre » (§ 39 cité dans l'arrêt *Copiepresse*). « Le choix, la disposition et la combinaison » (§ 45) de quelques mots peuvent révéler une telle originalité et être protégés.

Une fois tranchée la question de savoir si des extraits sont protégés, la cour d'appel dans *Copiepresse* devait encore vérifier si la reprise bénéficie ou non des exceptions, notamment de l'exception de citation et pour compte rendu d'actualité. Le régime de la citation est à juste titre écarté par la cour, car l'indexation automatique n'est pas à confondre avec l'insertion d'un extrait réalisée « dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques » (article 21, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.D.A.). Sur Google Actualités, les extraits ne sont pas reproduits pour illustrer un propos ou défendre une position. En outre, la citation doit rester accessoire pour illustrer un commentaire « dans la mesure justifiée par le but poursuivi ». De même, Google ne peut invoquer l'exception de compte rendu d'actualité (article 22, § 1^{er}, 1^o, de la L.D.A.) qui est une exception motivée par la nécessité pour la presse de réagir vite à l'information, ce qui l'empêche d'obtenir une autorisation préalable. En fait, Google n'est pas dans l'impossibilité matérielle d'obtenir les autorisations, puisque les sociétés de gestion des droits des éditeurs et des auteurs proposent des contrats généraux autorisant la reproduction d'extraits. En outre, l'exception est subordonnée à l'existence d'un commentaire ou compte rendu qui doit demeurer le principal.

L'arrêt *Copiepresse* met en lumière une autre limite juridique à l'agrégation de contenus journalistiques, les droits moraux de l'auteur tels qu'on les connaît dans le système européen du droit d'auteur. En ne reprenant pas le nom de l'auteur des articles, Google Actualités porte atteinte, selon la cour d'appel, au droit moral de paternité ou d'attribution, c'est-à-dire au droit à ce que le nom de l'auteur soit associé à son œuvre. En estimant que le droit moral d'intégrité, c'est-à-dire le droit pour l'auteur à ce que son œuvre ne soit pas modifiée est violé parce que l'auteur n'a pas autorisé la reproduction en extraits⁸, l'arrêt adopte ici aussi une interprétation assez stricte du droit moral, qui est conforme à la doctrine classique du droit d'auteur.

Les difficultés que connaît la presse, et la nécessité de préserver le pluralisme des médias écrits, expliquent peut-être une certaine ten-

dance de la jurisprudence à se montrer assez rigoureuse dans son application du droit d'auteur face aux nouveaux usages numériques. En témoigne également les affaires *Meltwater* au Royaume-Uni et aux États-Unis. Meltwater, qui occupe plusieurs centaines de personnes, vend des abonnements pour divers services utilisant des contenus de presse, notamment Global Media Monitoring, un service qui référence plus de 162.000 sources de nouvelles en ligne et envoie à ses abonnés des courriels avec des extraits d'articles répondant aux mots clés choisis par ceux-ci. Au Royaume-Uni, l'organisation de gestion des droits des éditeurs (*the Newspaper Licensing Agency*) a agi contre Meltwater pour atteinte au droit d'auteur. En première instance et en appel, les juges ont conclu que les éléments repris (notamment les *headlines*) étaient protégés et qu'il y avait violation, ce qui a permis à une autre juridiction anglaise, le Copyright Tribunal, de fixer le niveau des royalties⁹. Ailleurs aussi, les organisations représentant les éditeurs de presse ont jugé que l'octroi de licences pour diverses réutilisations des contenus de presse constituait une nouvelle source potentielle de revenus, ce qui a débouché, par exemple en Belgique, sur la nouvelle politique de licence menée par Copiepresse et Reprocopy (en place depuis mai 2012). En Allemagne, on songe, pour protéger les revenus des éditeurs face aux agrégateurs et autres réutilisations commerciales, à modifier la loi sur le droit d'auteur en créant un droit voisin pour les éditeurs de presse leur permettant plus clairement de s'opposer à la reprise, notamment, des titres et extraits¹⁰. Plusieurs réponses au défi numérique sont donc mises en place par les juges et législateurs; elles visent toutes à assurer des revenus à la presse face aux nouveaux usages numériques.

2

Les bibliothèques en ligne : affaires Google Books (États-Unis et France)

Le secteur du livre est resté longtemps à l'abri des défis posés par le numérique. Le monde de l'édition a toutefois été bousculé fin 2004, lorsque Google annonce un partenariat avec cinq grandes bibliothèques anglo-saxonnes (celles de Harvard, Michigan, Stanford, la New York

(9) *Meltwater Holding BV c. Newspaper Licensing Agency Ltd*, [2011] EWHC Civ. 890 et [2010] EWHC 3099 (ch). La décision du Copyright Tribunal (CT 114/09) du 14 février 2012 détermine le montant (modeste) de la rémunération due pour ces usages. De l'autre côté de l'Atlantique, l'agence de presse (Associated Press) a, en février 2012, lancé un procès pour atteinte au droit d'auteur et *misappropriation* de contenus à l'encontre de Meltwater. Notons qu'Associated Press, après avoir diligemment une action en justice contre Google, a conclu un accord par lequel elle octroie une licence à Google News pour son service d'agrégation. Google a donc accepté de payer pour réutiliser les dépêches d'agence, mais pas (encore) pour la réutilisation des articles de journaux.

(10) Ce projet de loi visant à créer un droit voisin protégeant pendant un an la prestation des éditeurs (*Leistungsschutzrecht*) a été adopté par la coalition au pouvoir et a commencé à être examiné en juin 2012 par le Bundestag (voy. le texte du projet : <http://www.irights.info/userfiles/RefE%20LSR.pdf>).

(4) Bruxelles, 5 mai 2011, *R.T.D.I.*, 2011/44, p. 35; *I.C.I.P.-Ing-cons.*, 2011/1, p. 56 (en première instance : Civ. Bruxelles, 13 février 2007, *A&M*, 2007/1-2, p. 107).

(5) Par ailleurs Copiepresse a introduit en 2008 une action en dommages-intérêts, réclamant une somme évaluée à titre provisionnel entre 32.793.366 EUR et 49.190.049 EUR. La décision sur les dommages-intérêts est attendue.

(6) C.J.U.E., 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq*.

(7) La Cour donne l'exemple de la séquence suivante engendrée à partir du mot clé TDC : « prochaine cession du groupe de TDC, qui devrait être racheté par ».

(8) En première instance, le juge avait en outre estimé que Google Actualités viole le droit moral d'intégrité, parce qu'il opère un regroupement thématique d'extraits d'articles, de telle sorte que la ligne éditoriale ou philosophique à laquelle l'auteur a adhéré peut être altérée.



Public Library et la Bodleian Library d'Oxford afin de numériser leurs riches fonds de livres. Depuis 2004, le Projet Bibliothèque, l'un des volets de Google Books/Livres, s'est étoffé : plus d'une quarantaine de bibliothèques, y compris en Europe (Lyon, Gand, Barcelone, Madrid, etc.), participent. Les établissements signataires ont autorisé Google à emprunter leurs livres pour les numériser afin de les rendre ensuite disponibles en ligne. La numérisation par scannage produit une « copie » du livre sous la forme d'un fichier numérique; c'est une « reproduction » au sens du droit d'auteur, qui nécessite en principe une autorisation préalable des titulaires du droit d'auteur. Cette autorisation ne peut être donnée par la bibliothèque qui est seulement propriétaire d'exemplaires de l'œuvre et non titulaire des droits d'auteur. Par contre, pour des ouvrages libres de droit (tombés dans le domaine public 70 ans après le décès de l'auteur), aucune autorisation des ayants droit, c'est-à-dire des éditeurs et auteurs, n'est nécessaire. Les bibliothèques américaines précédemment citées ont accepté la numérisation de livres « sous droits » (encore protégés par le droit d'auteur), mais rien n'a été négocié avec les ayants droit. Par ailleurs, la mise en ligne d'extraits (on parle ici aussi des *snippets*) sur les pages Google Livres pourrait être considérée comme une communication au public.

Rien d'étonnant à ce que ce projet ait débouché sur plusieurs litiges. À la suite de la numérisation sans autorisation de livres sous droits, une association d'auteurs (The Authors Guild) et une association d'éditeurs (American Association of Publishers) ont, en 2005, assigné Google pour atteinte au droit d'auteur. Google a plaidé que la numérisation était exemptée, car elle tombait sous l'exception dite de *fair use* ou « usage loyal », connue en droit américain du *copyright* (article 107 de la loi américaine sur le *copyright*). Une incertitude subsistait toutefois quant à la possibilité d'appliquer cette exception en l'espèce. Google a donc préféré négocier une transaction, ce qui arrangeait par ailleurs les auteurs et éditeurs américains mis sous pression par les considérables frais de justice engendrés par leur action. L'accord de transaction conclu dans le cadre d'une *class action* visait à régler le sort de toutes les personnes parties à la cause, mais aussi de tous les auteurs et éditeurs se trouvant dans la même situation que les parties au litige. De très nombreux auteurs vivants ou morts et des milliers d'éditeurs établis aux États-Unis ou hors des États-Unis allaient donc être affectés par le contenu de l'accord, dès lors que leurs livres sont dans les bibliothèques partenaires et ont été numérisés par Google. Pour s'appliquer à l'ensemble des « classes » représentées, cet accord transactionnel devait encore recevoir l'aval d'un juge. Le 22 mars 2011, le juge Chin de New York¹¹ a rejeté, en des termes très clairs, cet accord transactionnel, au motif qu'il va « simplement trop loin »¹². Le juge refuse de permettre aux auteurs et éditeurs américains de représenter les éditeurs du monde entier ainsi que les auteurs morts de livres orphelins, c'est-à-dire ceux dont les « parents » (titulaires de

droit) sont difficiles à identifier. Depuis lors, les parties ont négocié. Les éditeurs ont, le 4 octobre 2012, signé un accord de transaction avec Google mettant fin à sept ans de contentieux. Les auteurs, eux, continuent le procès. La transaction ne vaut qu'entre parties.

L'affaire américaine a eu un pendant en France, puisque les éditions La Martinière, rejoints par le Syndicat national de l'édition et la Société des gens de Lettres, ont assigné Google en juin 2006¹³. Début juin 2012, les éditeurs français et Google annonçaient avoir conclu un accord-cadre mettant fin au procès que les éditeurs avaient gagné en première instance. Selon cet accord, Google pourra proposer des ouvrages numérisés sur sa plate-forme, à partir du moment où ces derniers, encore sous droits, ne sont plus commercialisés (livres indisponibles) et à condition que l'éditeur ait donné son consentement. Une solution contractuelle permettant de faciliter la mise à la disposition des livres indisponibles a donc été trouvée en France, ce qui devrait élargir l'offre de livres en ligne (et assurer l'essor de Google Play, le magasin numérique de la société de Mountain View, désormais rebaptisé pour plaire à un plus large public : des livres aux *games*...). Au même moment, la directive européenne sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines¹⁴ vient d'être adoptée par le Parlement et le Conseil. Après le temps des procès, voici venu, en matière de livres, celui des contrats et des lois.

3

**Les interdictions judiciaires
à l'encontre des intermédiaires
en ligne : affaires *Scarlet*
(Belgique c. C.J.E.U.), *Newzbin2*
(Royaume-Uni), *The Pirate Bay*
(Belgique c. Royaume-Uni)**

Il est ici plutôt question du secteur de la musique, du cinéma et des jeux. Depuis l'apparition de l'internet, l'industrie du divertissement est confrontée à la prolifération des usages illicites en ligne, car ses produits sont distribués depuis longtemps sous un format numérique, du CD audio au *blue-ray* en passant par les CD-ROM, DVD, MP3, etc. Depuis l'irruption de Napster à la fin des années 1990, on a vu se développer de nombreux réseaux d'échange de fichiers en pair à pair (P2P), notamment ceux fondés sur le protocole BitTorrent. Aujourd'hui, les internautes ont aussi recours aux « casiers numériques » (ou *digital lockers*, comme MegaUpload ou Rapidshare) qui permettent de faire du téléchargement massif (au sens à la fois d'*upload* et *download*). Mais les sites illicites de *streaming*, avec communication des œuvres sans transfert per-

manent du fichier numérique, comme MegaVideo ou VideoBB, se sont aussi multipliés. C'est à ces diverses formes d'usages illicites de contenus protégés favorisés par des plates-formes et intermédiaires que l'on tente de répondre. Les réponses juridiques sont multiples. On peut à tout le moins distinguer trois grands types de réponse. Première approche : les ayants droit et les intermédiaires de l'internet parviennent, comme aux États-Unis en juillet 2011¹⁵, à conclure des accords de coopération visant à encadrer les pratiques et à policer les réseaux, ce qui *a priori* est souhaitable. Mais cette évolution est aussi problématique : quelle légitimité accorder à cette forme de régulation par les acteurs privés? comment s'assurer que l'intérêt du public soit adéquatement pris en compte? Une seconde solution passe par l'adoption de nouveaux dispositifs législatifs, ce qui a été réalisé en France (lois dites Hadopi de 2009) et au Royaume-Uni (Digital Economy Act de 2010) qui ont prévu des systèmes de réponse dite graduée (graduation dans les notifications avec, en finale, la possibilité pour un juge d'ordonner une suspension temporaire de l'accès). Toutefois, leur mise en œuvre fait parfois problème ou se fait tout simplement attendre (au Royaume-Uni). Le plus souvent, on doit se rabattre sur une troisième solution : ce sont les juges qui se trouvent saisis pour donner des réponses immédiates.

Depuis peu, la principale réponse juridique au téléchargement et au *streaming* illicite vient des tribunaux que les ayants droit sollicitent afin d'obtenir des injonctions à l'encontre des intermédiaires sur le fondement de l'article 8(3) de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Une disposition dont le texte mérite d'être rappelé : « [L]es États membres veillent 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 ». Cet article ou des dispositions nationales équivalentes ont été utilisés par des juges en Autriche, en Belgique, au Danemark, aux Pays-Bas, etc., pour ordonner des mesures d'injonction à l'encontre de divers intermédiaires, impliquant l'usage de moyens techniques. C'est tout particulièrement au Royaume-Uni que plusieurs décisions dans les affaires *Newzbin2* et *The Pirate Bay* ont abouti à de telles injonctions à l'égard des intermédiaires. Ces décisions éclairent par ailleurs la portée de plusieurs décisions récentes de la Cour de justice de l'Union européenne (notamment les arrêts *Scarlet*, aff. C-70/10 et *Netlog*, aff. C-360/10 de la C.J.U.E.) qui ont défini la limite que de telles injonctions ne doivent pas dépasser.

(15) Signé en juillet 2011, le *Memorandum of Understanding* entre de grands intermédiaires de l'internet (que l'on nomme les ISPs pour *Internet Service Providers*) et les ayants droit devait être opérationnel pour juillet 2012, mais le Centre for Copyright Information, créé par le MOU, vient d'annoncer que la date serait reportée pour permettre aux F.A.I. de mettre en places les logiciels et alertes nécessaires. Comme l'écrit M. LAMBRECHT (voy. « Riposte graduée : accord américain sur un régime de « six strikes » » sur www.ipdigit.eu), l'accord met en place un régime d'« alertes » éventuellement suivies de sanctions, ou *mitigations measures*. Le processus est très graduel, avec six niveaux d'avertissements prévus au total (à tel point que l'appellation *six strikes* commence à s'imposer chez les commentateurs), et les sanctions envisagées en bout de course, du bridage de la connexion à la restriction d'accès, sont toujours temporaires.

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

(12) Voy. à ce propos A. STROWEL, « Le rejet de l'accord transactionnel sur Google Books - Halte à l'enrôlement des morts et des étrangers par litige et contrats interposés », *J.T.*, 2011, pp. 313-314.

(13) Voy. la décision du T.G.I. Paris, 3^e ch., 18 décembre 2009 (*éditions Du Seuil et autres c. Google Inc et Google France*), disponible en ligne sur www.legalis.net.

(14) Directive 2012/28/EU, J.O., L-295/5 du 27 octobre 2012. La France a, elle, déjà adopté le 29 mai 2011 une loi sur le prix unique du livre numérique qui prévoit également un mécanisme de gestion collective pour l'exploitation numérique des livres publiés avant le 31 décembre 2000 qui sont devenus introuvables dans le commerce.



A. L'affaire *Newzbin2* à la lumière de l'arrêt *Scarlet* de la C.J.U.E.

Dans une affaire connue sous le nom de *Newzbin2*, un juge anglais a rendu une décision en juillet 2011 (suivie d'une seconde en octobre 2011)¹⁶ qui ouvre la voie à des mesures d'interdiction à l'égard des intermédiaires et permet d'envisager la coopération de ceux-ci dans la lutte contre le téléchargement et les échanges de fichiers illicites.

Dans *Newzbin2*, British Telecom (BT) avait été assigné par divers studios de cinéma (Twentieth Century Fox, Universal, etc.) qui entendaient obtenir une injonction imposant à BT de bloquer ou au moins d'empêcher les abonnés de BT d'accéder à un site, le site *Newzbin2*, et aux films protégés qu'il offrait. La société *Newzbin Ltd* avait déjà été condamnée pour avoir contrefait à grande échelle, à travers un site similaire (*Newzbin1*), les droits d'auteur des producteurs de films. À la suite de cette condamnation, le site *Newzbin1* avait cessé de fonctionner, mais ses responsables avaient apparemment décidé de déplacer les opérations afin que le site soit hébergé en un endroit qui échappe à la compétence des juridictions anglaises. Il n'était donc plus possible pour les ayants droit d'agir directement au Royaume-Uni contre l'opérateur de *Newzbin2*. Par ailleurs, le site visait clairement les internautes anglais (possibilité de devenir membre en payant en livres sterling, références au droit anglais dans les conditions en ligne, etc.). L'action des studios était essentiellement fondée sur l'article 97A du Copyright Design and Patent Act (CDPA) de 1988 qui transpose l'article 8(3) de la directive 2001/29.

BT arguait notamment que l'article 97A du UK Copyright Act était contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷. S'agissant de la pondération à opérer entre la liberté d'expression et de recevoir des informations, d'un côté, et le droit de propriété de l'article 1^{er} du Premier Protocole à la Convention, de l'autre, le juge anglais, M. Arnold, rappelle l'approche définie dans d'autres précédents : i) ni l'une, ni l'autre de ces dispositions ne prédomine sur l'autre; ii) en cas de conflit, une analyse approfondie de l'importance respective des deux droits dans le cas d'espèce doit être menée; iii) les justifications pour une interférence avec chaque droit doivent être prises en compte; iv) enfin, le test de proportionnalité doit être appliqué (§ 164).

Dans son analyse, le juge Arnold se réfère longuement à l'affaire *Scarlet*¹⁸ qui, au moment où la décision *Newzbin2* était rendue, n'avait pas encore abouti à l'arrêt de la C.J.U.E., lequel est survenu le 24 novembre 2011. Mais les conclusions de l'avocat général étaient déjà disponi-

bles. Dans *Scarlet*, la cour d'appel de Bruxelles avait demandé à la Cour de justice si le droit européen, en ce compris les droits fondamentaux des articles 8 et 10 de la Convention, autorisait un juge national « à ordonner à un F.A.I. de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, *in abstracto* et à titre préventif, aux frais exclusifs de ce F.A.I. et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels *peer-to-peer*, en vue d'identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre [...] sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et ensuite de bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête soit à l'occasion de l'envoi ». La mesure d'injonction apparemment sollicitée par la société de gestion (la Sabam) à l'encontre du F.A.I. (*Scarlet*) était formulée de manière très large, et il n'est donc pas étonnant que la Cour de justice ait jugé qu'une telle mesure était incompatible avec diverses directives communautaires et avec les articles 8 et 10 de la Convention. Une telle injonction imposerait notamment au F.A.I. « une surveillance généralisée qui est interdite par l'article 15(1) de la directive 2000/31 » (§ 40). En outre, ladite injonction est « susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux de ce F.A.I. » et notamment à la liberté d'information « puisque ce système risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite. En effet, il n'est pas contesté que la réponse à la question de la licéité d'une transmission dépende également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un État membre à l'autre. En outre, certaines œuvres peuvent relever, dans certains États membres, du domaine public ou elles peuvent faire l'objet d'une mise en ligne à titre gratuit de la part des auteurs concernés » (§ 52).

La décision *Scarlet* n'interdit pas à un juge d'ordonner une cessation à l'encontre d'un intermédiaire, elle fixe certaines conditions pour de telles injonctions. Dans *Newzbin2*, le juge Arnold met bien en évidence que, contrairement à ce qui était demandé par la Sabam dans *Scarlet*, l'injonction recherchée est « claire et précise » (les films mis à la disposition des internautes à travers *Newzbin2* étaient clairement identifiés et protégés). Le juge ajoute que l'injonction impose simplement à BT de mettre en œuvre « une solution technique existante que BT utilise déjà à d'autres fins », que mettre en œuvre cette solution est considéré par BT comme « techniquement faisable », que le coût de mise en œuvre n'est pas jugé « excessif » par BT, que l'injonction est susceptible d'être modifiée et levée en fonction de l'évolution des circonstances (voy. § 177 de la décision *Newzbin2*). L'injonction peut donc être considérée comme « prescrite par la loi » au sens de l'article 10(2) de la Convention; elle est en outre proportionnée, car elle est « ciblée ». Qui plus est, les intérêts liés à la protection de la propriété d'import sur les droits que les usagers de *Newzbin2* peuvent tirer de l'article 10 de la Convention et « plus clairement encore » sur les droits que les opérateurs de *Newzbin2* peuvent revendiquer sur le fondement de l'article 10, car le coût de mise en œuvre de la mesure sera « modeste et mesuré » (voy. § 199).

B. L'affaire *The Pirate Bay* à la lumière de la jurisprudence de la C.J.U.E. sur le droit de communication au public et la proportionnalité

L'affaire *The Pirate Bay*, qui a donné lieu à deux autres décisions¹⁹ bien motivées de M. Arnold au Royaume-Uni, oppose divers producteurs de disques (Dramatico Entertainment, EMI Records, etc.) aux principaux F.A.I. anglais (British Sky Broadcasting, BT, etc.). *The Pirate Bay* est un site très populaire : fin 2011, plus de 30 millions d'internautes l'utilisaient, c'était le 43^e site le plus visité au Royaume-Uni. Il est financé par de la publicité qui produit, selon l'expert entendu par le tribunal, entre 1,7 et 3 millions de dollars par mois. *The Pirate Bay* fonctionne comme le plus grand *tracker* (répertoire) de contenus. Après avoir identifié le contenu recherché sur *The Pirate Bay*, l'utilisateur peut télécharger les fichiers rédigés dans le protocole BitTorrent (il ne s'agit pas de fichiers contenant des œuvres, ou même des parties d'œuvres). Le logiciel BitTorrent qu'il aura préalablement installé sur son ordinateur lui permettra d'utiliser l'information des fichiers BitTorrent pour ensuite *downloader*, à partir de multiples noeuds du réseau, les « pièces » des fichiers de contenu qui seront alors intégralement recomposés sur son ordinateur. Dans ce système de P2P très décentralisé, aucune atteinte directe au droit d'auteur n'est commise par l'opérateur de *The Pirate Bay* qui n'offre en définitive qu'un répertoire et des liens.

Contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire *Newzbin*, les demandeurs n'avaient pas introduit d'action préalable contre les opérateurs des sites *The Pirate Bay* (lesquels avaient toutefois été poursuivis et condamnés devant d'autres juridictions). Le juge anglais estime qu'un ordre de cessation peut être ordonné à l'égard des intermédiaires sans qu'il faille nécessairement une procédure en deux temps. L'un des arguments des défendeurs consistait à dire que l'action n'était pas valable dès lors que ni les opérateurs de *The Pirate Bay*, ni les usagers n'étaient à la cause. Interprétant l'article 8(3) de la directive 2001/29 et la disposition anglaise le transposant (article 97A), le juge Arnold estime que la présence de ces tiers n'est pas requise, car cette disposition intéresse essentiellement les intermédiaires; en outre, exiger la présence à la cause de ces tiers est impossible et en tout cas disproportionnée (les individus ayant opéré et contrôlé *The Pirate Bay* ont disparu dans la nature après leur condamnation par les juges suédois) (§ 12). Après avoir conclu que les usagers de *The Pirate Bay* réalisent des reproductions et des actes de communication au public au sens du droit d'auteur — et, de manière très fine, le juge Arnold le fait à la lumière d'une analyse détaillée des décisions de la C.J.U.E. dans *Hotel Raffles* (aff. C-306/05), *Premier League* (aff. C-403/08 et aff. C-429/08) et *Airfield* (aff. C-431/09 et aff. C-432/09) — le juge britannique conclut dans sa décision du 20 février 2012 que les opérateurs de *The Pirate Bay* sont indirectement responsables (par application des doctrines anglaises de l'*authorisation* et de la *joint tortfeasance*). Ce n'est que dans sa seconde décision *The Pirate*

(16) Twentieth Century Fox Film Corp. c. British Telecommunications Plc, EWHC 1981 (ch.) du 28 juillet 2011 et EWHC 2714 (ch.) du 26 octobre 2011, disponibles sur : <http://www.bailii.org>.

(17) BT prétendait aussi que les articles 12(3) et 15 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique (voy. *supra*) étaient violés, mais le juge estime, à bon droit, qu'une injonction imposant à un fournisseur d'accès de restreindre l'accès à des informations illicites est permise par l'article 12(3) et que l'article 15(1) n'interdit pas l'existence d'une obligation de surveillance survenant dans un cas particulier.

(18) C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended C. Sabam* (disponible sur le site de la Cour de justice).

(19) *Dramatico Entertainment Ltd and alii c. British Sky Broadcasting Ltd et alii* [2012] EWHC 268 (ch.) du 20 février 2012 et [2012] EWHC 1152 (ch.) du 2 mai 2012, disponibles sur : <http://www.bailii.org>.



Bay (2 mai 2012) qu'il ordonne aux intermédiaires de cesser de donner accès à The Pirate Bay. En effet, les trois conditions de l'article 8(3) sont à ses yeux remplies : premièrement, personne ne conteste que Sky, BT, etc. sont des intermédiaires ou *service providers*; ensuite, tant les usagers que les opérateurs de The Pirate Bay utilisent les services des F.A.I. pour commettre des atteintes, respectivement directes et indirectes, au droit d'auteur; enfin, les F.A.I. ont connaissance de ces violations à la suite notamment des notifications des parties demandereses (et au constat des atteintes réalisé par le juge dans la première décision *The Pirate Bay*). Enfin, la décision du 2 mai examine si l'injonction à l'égard des F.A.I. est proportionnée. Toute mesure civile de mise en œuvre doit en effet être « proportionnelle », comme l'exige l'article 3(2) de la directive 2004/48 sur la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle. Du reste, la C.J.U.E. l'avait rappelé dans l'affaire *L'Oréal c. eBay* (aff. C-324/09). De même, la Cour de justice a insisté sur la nécessité de mettre en balance la protection des droits intellectuels et celle d'autres droits pouvant être affectés par ces mesures de protection (la décision se réfère ici aux arrêts de la C.J.U.E. dans *Promusicae* [aff. C-275/06] et *Scarlet* [aff. C-70/10]). L'ordre de cessation apparaît proportionné au juge, non seulement du point de vue des parties qui en ont négocié les termes, mais aussi vis-à-vis des tiers qui utilisent The Pirate Bay. Des décisions pour partie similaires ont été rendues ailleurs, par exemple en Belgique, où Telenet et d'autres F.A.I. ont été amenés à bloquer l'accès à des sites gravitant autour de The Pirate Bay²⁰.

Ces affaires mettent en lumière l'élaboration d'un standard juridique pour les injonctions à l'égard des intermédiaires. Ce standard s'appuie directement sur la jurisprudence communautaire récente en matière de droit d'auteur.

La Cour de justice, en tandem avec des juges nationaux, est en train de faire une œuvre d'harmonisation significative quant aux conditions des injonctions à l'égard des F.A.I., comme elle l'a déjà fait en matière de conditions de protection par le droit d'auteur²¹. Un droit d'auteur harmonisé se met ainsi doucement en place par l'entremise des juges.

Alain STROWEL

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis,
à l'université de Liège, à l'U.C.L.
et au Munich i.p. Law Center, avocat à Bruxelles

La protection des bases de données

ENTRE 2004 ET 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a délivré des enseignements fondamentaux sur les conditions et l'étendue de la protection juridique des bases de données en vertu de la directive 96/9¹ et de la loi qui transpose celle-ci en droit belge².

La directive³, suivie à la lettre par la L.B.D.⁴, définit la base de données comme un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière.

La Cour observe que cette définition, fort large, n'exige pas que la base revête une forme électronique, ni qu'elle contienne un nombre important de données, ni que les données proviennent de la personne qui constitue la base⁵. En revanche il est indispensable que les données soient indépendantes, c'est-à-dire qu'elles soient séparables les unes des autres sans que la valeur de leur contenu s'en trouve affectée, ce qui exclut la fixation d'œuvres audiovisuelles, littéraires ou musicales⁶. De surcroît, il faut que la base comporte un système ou une méthode permettant de retrouver chaque donnée individuelle. Ce système ou cette méthode peut consister dans un procédé électronique ou un autre moyen, tel un index, une table des matières, un plan ou un mode de classement particulier⁷. Il s'ensuit qu'un calendrier de matchs de football constitue une base de données au sens de la loi⁸.

Conformément à la directive, la L.B.D. protège les bases de données, d'une part, par le droit d'auteur⁹, d'autre part, par un droit *sui generis*¹⁰, pour autant que les conditions soient réunies.

La Cour souligne que le droit d'auteur et le droit *sui generis* constituent deux droits indépendants dont l'objet et les conditions d'application sont différents¹¹. Selon les cas, il se peut que l'un s'applique et pas l'autre¹², ou que les

deux s'appliquent cumulativement, ou qu'aucun des deux ne s'applique.

Le droit d'auteur protège la « structure » de la base de données et non son contenu, ni, par conséquent, ses éléments constitutifs¹³. Il récompense le choix — c'est-à-dire la sélection — ou la disposition — c'est-à-dire l'agencement — des données¹⁴, mais non les efforts intellectuels ni le savoir-faire consacrés à la création des données^{15 16}.

Encore faut-il, pour qu'il soit protégé aux termes de la directive, que le choix ou la disposition des données « constitue une création intellectuelle propre à son auteur »¹⁷. La Cour relève que cette dernière notion renvoie au critère de l'originalité¹⁸. Le critère est rempli si l'auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et imprime ainsi sa « touche personnelle »¹⁹, ce qui n'est pas le cas lorsque la constitution de la base est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative²⁰. Aucun autre critère que celui de l'originalité ne s'applique. Il n'est donc pas requis que le choix ou la disposition comporte un ajout significatif aux données²¹. Quant au travail et au savoir-faire consacrés à la constitution de la base, quand bien même ils seraient significatifs et indépendants de la création des données, ils ne sauraient, comme tels, justifier une protection par le droit d'auteur, s'ils n'expriment aucune originalité dans le choix ou la disposition des données²².

Par opposition au droit d'auteur qui se rapporte à la forme de la base de données, le droit *sui generis* se rapporte au contenu de celle-ci, en ce sens qu'il permet d'en empêcher l'appropriation. Comme le signale la directive, le droit *sui generis* ne crée pas un nouveau droit sur les données elles-mêmes²³, mais il accorde la possibilité d'empêcher l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base, voire, à certaines conditions, de parties non substantielles, lorsqu'il est porté atteinte à l'investissement qui a été consacré à la constitution de la base protégée²⁴.

Sur le plan des conditions de la protection, la directive et la L.B.D. indiquent que le droit *sui generis* suppose un investissement substantiel, du point de vue qualitatif ou quantitatif, pour

(1) Directive 96/9 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, ci-après « la directive », J.O.C.E. L-77/20 du 27 mars 1996.

(2) Loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, ci-après « la L.B.D. », M.B., 14 novembre 1998, 36914.

(3) Article 1^{er}, § 2.

(4) Article 2, 1^o.

(5) C.J.C.E., 9 novembre 2004, *Football Fixtures*, C-444/02, points 21 à 25.

(6) C.J.C.E., *Football Fixtures*, C-444/02, précité, point 29.

(7) C.J.C.E., *Football Fixtures*, C-444/02, précité, points 30 à 32.

(8) C.J.C.E., *Football Fixtures*, C-444/02, précité, point 36.

(9) Chapitre III de la L.B.D., transposant les articles 3 à 6 de la directive, qui apporte un certain nombre de modifications à la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

(10) Chapitre II de la L.B.D., transposant les articles 7 à 11 de la directive.

(11) C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, C-604/10, point 27.

(12) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, point 28.

(13) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, point 30.

(14) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, points 29 et 32.

(15) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, point 33.

(16) Les efforts consacrés à la création des données ne sont pas davantage pertinents pour le droit *sui generis*, *cf. infra*.

(17) Article 3, § 1^{er}, de la directive.

(18) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, point 37, avec référence, notamment, à C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International*, C-5/08, points 35, 37 et 38.

(19) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, point 38 avec référence à C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, C-145/10, 92.

(20) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, point 39.

(21) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, point 41.

(22) C.J.U.E., *Football Dataco*, précité, point 42.

(23) Directive, considérant 46.

(24) Directive, considérants 41 et 42.

(20) Anvers, 26 septembre 2011 (*BAF c. Telenet et Bel-gacom*) disponible en ligne : <http://www.edri.org/edri-gram/number9.19/belgium-isp-blocking-pirate-bay>.

(21) Voy. *supra* l'affaire *Infopaq*.

