

LEGIPRESSE

L'actualité du droit des médias et de la communication

Interview

Projet de loi sur le renseignement : « Il existe un risque d'autocensure de la part des éditeurs »

Etienne Drouard, avocat au Barreau de Paris, président de la Commission « Enjeux réglementaires » du Geste

Cours et tribunaux

Vie privée : confirmation de la logique tentaculaire du débat d'intérêt général au détriment du droit au prénom

CEDH (5^e sect.), 19 février 2015

Mustapha Afroukh, maître de conférences à l'Université de Montpellier

Usage d'une marque comme mot-clé et responsabilité du moteur de recherche

Cour de cassation (ch. com.), 20 janvier 2015

Yann Basire, maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, et Pierre-Marie Chapoutot, avocat au Barreau de Paris

Les logiciels de l'État seraient-ils tous open source par défaut ?

Cada, 8 janvier 2015

Matthieu Berguig et François Coupez, avocats au Barreau de Paris,

Décryptage

Loi de modernisation du secteur de la presse : une occasion manquée

Loi n° 2015-433 du 17 avril 2015

Emmanuel Derieux, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Synthèse

DROIT DE LA PUBLICITÉ

MAI 2014 – MAI 2015

Éric Andrieu, avocat au Barreau de Paris



Fendia.fr

CJUE et épuisement des droits : nouvel épisode

page 284

Commentaire de l'arrêt *Art & Allposters International BV* de la CJUE du 22 janvier 2015

par *Nathalie Blanc*, agrégée des Facultés de droit, professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité

Une presse libre après Charlie Hebdo :

Comment protéger la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis ?

Une conférence pour les spécialistes européens du droit des médias
1^{er} juin 2015, Paris

Programme

9:00 Accueil

9:30 Introduction : Basile Ader, avocat à la Cour, directeur de la rédaction de *Légipresse*

9:40 **Sommes-nous Charlie? Are We Charlie? Incitation à la haine, blasphème, impact des lois anti-terrorisme sur la presse : les défis posés à la liberté d'expression**

Modérateurs : Basile Ader – Robert Balin, avocat associé, Davis Wright Tremaine (New-York)

- Richard Malka, avocat au Barreau de Paris
- Annabelle Philippe, Vice-procureur, Chef de la section Presse et protection des libertés, Tribunal de grande instance de Paris
- Alain Jakubowicz, avocat au Barreau de Paris, président de la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA)
- Mohamed Sifaoui, journaliste et écrivain

11:10 **Liberté d'expression : le point de vue du tribunal - Débat entre magistrats français, anglais et hollandais**

Modérateur : David Heller, directeur adjoint, MLRC

- Nicolas Bonnal, ancien président de la chambre de la presse, président à la cour d'appel de Paris
- Sir Michael Tugendhat, High Court England and Wales
- Willem Korthals Altes, juge aux Pays-Bas
- Un représentant de la Cour Européenne des droits de l'Homme (à confirmer)

12:10 Déjeuner sur place

13:40 **Les fondamentaux du droit américain des médias L'influence du Premier Amendement de la Constitution sur le droit américain des médias (diffamation, vie privée et droit à la collecte de l'information)**

- George Freeman, directeur du Media Law Resource Center
- Jean-Frédéric Gaultier, avocat au Barreau de Paris, Olswang

14:40 **Le point de vue de la salle de rédaction - Paris Les défis pratiques de la collecte et du compte-rendu de l'information en Europe**

Modérateur : Adam Cannon, directeur juridique, *Telegraph Media Group*

- Suzanne Daley, *The New York Times*
- Nadia Lebrun, rédacteur en chef, *Le Parisien*
- Bernard de la Villardière, *M6*
- Adam Sage, journaliste, *The Times*

15:40 Pause

16:00 **Données personnelles et droit à l'oubli en Europe**

- Modérateur : Peter Canfield, Avocat associé, Jones Day (Atlanta)
- Yoram Elkaim, Google, Head of Legal - Europe, Middle-East & Africa
 - Bertrand de la Chapelle, Internet and Jurisdiction Program
 - Un représentant de la CNIL
 - Mark Stephens, avocat anglais

17:00 Cocktail

Informations pratiques

Lieu de la conférence :

Jones Day, 2 rue Saint-Florentin,
75001 Paris (Métro Concorde).

Frais d'inscription : 150 €,

incluant le petit-déjeuner, le déjeuner et le cocktail.

Inscriptions en ligne : www.medialaw.org/paris

Langues : les interventions se feront en français et anglais, avec traduction simultanée.

Renseignements : redaction@legipresse.com

38, rue Croix-des-Petits-Champs
CS 30 016 - 75038 Paris Cedex 01
Tél. : 01 53 45 89 14 - Fax : 01 53 45 91 85
E-mail : contact@legipresse.com
www.legipresse.com

Fondateur : Manuel MOLINA

COMITÉ DE RÉDACTION :

■ **Basile ADER**

Directeur de la rédaction
Avocat au Barreau de Paris

■ **Emmanuel DERIEUX**

Conseiller de la rédaction
Professeur à l'Université de Paris II

■ **Éric ANDRIEU**

Avocat au Barreau de Paris

■ **Christophe BIGOT**

Avocat au Barreau de Paris

■ **Charles-Henry DUBAIL**

Président de la Commission juridique et fiscale
de la FNPS

■ **Pierre-Yves GAUTIER**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

■ **Frédéric GRAS**

Avocat au Barreau de Paris

■ **Christophe HAQUET**

Direction des affaires juridiques
de France Télévisions

■ **Nathalie MALLET-POUJOL**

Directrice de recherche au CNRS

■ **Jean-Yves MONFORT**

Conseiller à la Cour de cassation

■ **Anne-Marie SAUTERAUD**

Présidente à la cour d'appel de Douai

Directeur de la publication :

Charles-Henry DUBAIL

Directrice déléguée :

Amélie BLOCMAN

Rédaction :

Claire LAMY

Révision et mise en pages :

Caroline OLLION

Conception graphique :

Laurence TOUATI

ABONNEMENT ET VENTE

Diffusion et marketing :

Tél. : 01 53 45 89 01 ou 02

Fax : 01 53 45 91 89

Abonnement annuel (11 n° + 1 hors-série

+ l'accès à la base documentaire en ligne

+ feuilletage + E-newsletter) : 470 € TTC

(France métropolitaine) Le n° : 40 € TTC

Ouvrages et revues disponibles au siège.

Horaires : 9h-13h/14h-18h (17h le vendredi)

Numéro CPPAP : 1214 T 82970

ISSN : 0751-9478

Légipresse est une publication

Victoires Éditions, SARL au cap. de 91 470 €

342 731 247 RCS Paris

Membre de



IMPRESSIION

Imprimerie Corlet

14110 Condé-sur-Noireau



Imprimé sur Eural Supersilk, 100% fibres
recyclées, papier certifié FSC Recyclé.

Papier titulaire de l'écolabel européen

(n° FR/011/003), désencré par flottation

et sans blanchiment par ArjoWiggins

Le Bourray, 72, usine certifiée Iso 14001.



Actualité

P. 263 Interview

Projet de loi sur le renseignement : « *Il existe un risque d'autocensure de la part des éditeurs* »

Etienne Drouard, avocat au Barreau de Paris, président de la Commission « Enjeux réglementaires » du Geste

P. 265 Flash Textes en préparation et parus, faits marquants, réglementation professionnelle...

P. 267 Parus au JO du 20 avril au 12 mai 2015

P. 268 Jurisprudence Sommaire des décisions sélectionnées

P. 277 Médiathèque et agenda Ouvrages, rapports officiels, thèses soutenues

Chroniques & opinions

P. 279 Internet

À la conquête du pouvoir numérique :
du contrôle de soi au contrôle de l'internet

Compte-rendu des Rencontres annuelles du droit de l'internet 2014, Cyberlex

Cours & tribunaux

P. 284 Droit d'auteur

CJUE et épuisement des droits : nouvel épisode

CJUE, 22 janvier 2015, Art & Allposters International BV c/ Stichting Pictoright

Nathalie Blanc, agrégée des Facultés de droit, professeure à l'Université Paris 13-Sorbonne Paris Cité

P. 291 Vie privée

Vie privée : confirmation de la logique tentaculaire du débat d'intérêt général au détriment du droit au prénom

CEDH (5^e sect.), 19 février 2015, Ernst August von Hannover c. Allemagne

Mustapha Afroukh, maître de conférences à l'Université de Montpellier

P. 297 Marque

Usage d'une marque comme mot-clé et responsabilité du moteur de recherche

Cour de cassation (ch. com.), 20 janvier 2015, SNCF c/ Tuto4pc

Yann Basire, maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, chargé d'enseignement au CEIPI et Pierre-Marie Chapoutot, avocat au Barreau de Paris

P. 302 Droit d'accès

Les logiciels de l'État seraient-ils tous open source par défaut ?

Cada, 8 janvier 2015, M. X c DGFIP

Matthieu Berguig, avocat au Barreau de Paris, spécialiste en droit de la propriété intellectuelle, président de Cyberlex et François Coupez, avocat au Barreau de Paris, spécialiste en droit des nouvelles technologies, membre de Cyberlex

Textes & documents

P. 306 Droit de la Presse

Loi de modernisation du secteur de la presse : une occasion manquée

Loi n° 2015-433 du 17 avril 2015 portant diverses dispositions tendant

à la modernisation du secteur de la presse

Emmanuel Derieux, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Synthèse

P. 311 Droit de la publicité (mai 2014 - mai 2015)

Éric Andrieu, avocat au Barreau de Paris

➤ *Dans le prochain numéro : Droit économique des médias, par Emmanuel Derieux*

Ce numéro comporte un encart publicitaire 4 pages concernant le n°54 de *Légicom* (jeté sous la couverture)

MODE DE RÉFÉRENCIEMENT : Légipresse, n°x, p. xxx

NOS LECTEURS PUBLIENT

Vous pouvez soumettre au comité de rédaction, pour publication dans Légipresse, vos projets de tribune, chronique ou commentaire de jurisprudence en les adressant à : contact@legipresse.com. En soumettant votre texte, vous engagez à ne pas le proposer à un autre éditeur, le temps de son examen par le comité de rédaction, celui-ci ne pouvant excéder un mois.

Index

DIFFAMATION

■ Bonne foi admise pour la publication de propos s'inscrivant dans le cadre d'un débat d'intérêt général et reposant sur une base factuelle suffisante p. 268
Cour de cassation, (ch. crim.), 17 mars 2015

■ Absence de caractère diffamatoire de propos ne pouvant faire l'objet d'un débat probatoire p. 268
Cour d'appel de Paris, (pôle 2 - ch. 7), 4 mars 2015

■ Application stricte des dispositions de l'article 35 de la loi de 1881 sur l'offre de preuve p. 268
Cour de cassation, (ch. crim.), 3 mars 2015

■ Toute attaque sur les qualités professionnelles porte atteinte à l'honneur ou à la considération de celui qui en est la cible p. 269
Tribunal de grande instance de Montpellier, (ch. correct.), 5 février 2015

DROIT À L'IMAGE

■ Diffusion licite de l'image d'une personne impliquée dans un débat d'intérêt général, peu importe la cession du droit à l'image consentie p. 269
Cour de cassation, (1^{re} ch. civ.), 9 avril 2015

DROIT D'ACCÈS

■ Pour la Cada, le code source d'un logiciel produit par la DG des finances publiques est un document administratif communicable à l'administré qui le demande p. 270
Commission d'accès aux documents administratifs, 8 janvier 2015
Commentaire de François Coupez et Matthieu Berguig p. 302

DROIT D'AUTEUR

■ CJUE et épuisement des droits : nouvel épisode p. 284
Commentaire de Nathalie Blanc sous CJUE, 22 janvier 2015

INJURE

■ Constitution du délit d'injures publiques avec absence de provocation p. 270
Tribunal de grande instance de Paris, (1^{re} ch.), 14 avril 2015

■ Diffusion d'un dessin humoristique, extrait de *Charlie Hebdo*, visant une femme politique, non constitutive d'une faute civile p. 270
Cour d'appel de Paris, (pôle 2, ch. 7), 2 avril 2015

■ Dessin humoristique d'une femme politique, présenté au cours d'une émission de divertissement, non constitutif d'injure car dénué du moindre sérieux p. 271
Cour d'appel de Paris, (pôle 2, ch. 7), 2 avril 2015

■ Les propos prononcés par un avocat lors d'une plaidoirie devant la cour peuvent être constitutifs de provocation au sens de l'article 33 alinéa 2 de la loi de 1881 p. 271
Cour de cassation, (ch. crim.), 31 mars 2015

■ Relaxe d'un comédien poursuivi pour injures publiques envers un membre du gouvernement p. 271
Tribunal de grande instance de Paris, (1^{re} ch.), 24 mars 2015

■ L'emploi du terme « *salope fascisante* » dans le cadre de la polémique politique bénéficie d'une licence particulière p. 272
Cour d'appel de Paris, (pôle 2 - ch. 7), 18 mars 2015

INTERNET

■ Projet de loi sur le renseignement : « *Il existe un risque d'autocensure de la part des éditeurs* » p. 263
Interview d'Étienne Drouard

■ La Ligue de football professionnel fait interdire la diffusion des matchs de ligues 1 et 2 sur un site de streaming, qualifié d'éditeur p. 272
Tribunal de grande instance de Paris, (5^e ch. 2^e sect.), 19 mars 2015

■ Liens commerciaux : contrôle de la Cour de cassation sur la responsabilité d'un moteur de recherche ayant fait usage d'une marque comme mot-clé p. 273
Cour de cassation, (ch. com.), 20 janvier 2015

■ À la conquête du pouvoir numérique : du contrôle de soi au contrôle de l'internet, Compte rendu des Rencontres annuelles du droit de l'internet 2014 p. 279
Chronique, par le Conseil d'administration de Cyberlex

LIBERTÉ D'EXPRESSION

■ La condamnation d'un avocat pour propos jugés diffamatoires à l'égard de juges d'instruction est déclarée contraire à l'article 10 par la Grande chambre de la Cour EDH p. 273
Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre), 23 avril 2015

MARQUE

■ Absence d'usage, dans la vie des affaires, de marques utilisées par un moteur de recherche dans des liens commerciaux p. 274
Cour de cassation, (ch. com.), 20 janvier 2015
Commentaire de Yann Basire et Pierre-Marie Chapoutot p. 297

PRESCRIPTION

■ Précisions sur la notion d'« *acte de poursuite ou d'instruction interrompant la prescription* » p. 274
Cour de cassation, (ch. crim.), 3 mars 2015

PRESSE

■ Loi de modernisation du secteur de la presse : une occasion manquée p. 306
Décryptage d'Emmanuel Derieux de la loi n° 2015-433 du 17 avril 2015 portant diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse

PRÉSUMPTION D'INNOCENCE

■ Publication d'un article traitant d'une affaire judiciaire en cours, susceptible de porter atteinte à la présomption d'innocence du prévenu p. 274
Cour de cassation, (1^{re} ch. civ.), 19 mars 2015

PUBLICITÉ

■ Droit de la publicité (mai 2014-mai 2015) p. 311
Synthèse d'Éric Andrieu

STATUT PROFESSIONNEL

■ Impossibilité de faire appel des décisions de la Commission arbitrale des journalistes, selon la Cour de cassation p. 275
Cour de cassation, (ch. soc.), 15 avril 2015

■ La saisine de la Commission arbitrale des journalistes n'est possible que si la rupture du contrat de travail est à l'initiative de l'employeur p. 275
Cour de cassation, (ch. soc.), 9 avril 2015

■ Refus d'accorder à un rédacteur graphiste le bénéfice de l'abatement forfaitaire prévu à l'article 81 1^{er} du CGI pour les journalistes p. 275
Conseil d'État, (3^e et 8^e sous-sect. réunies), 20 mars 2015

VIE PRIVÉE

■ Évocation de l'homosexualité d'un homme politique figurant dans un ouvrage portant sur un sujet d'intérêt général p. 276
Cour de cassation, (1^{re} ch. civ.), 9 avril 2015

■ Une personne ne peut revendiquer une protection au titre de la vie privée d'informations accessibles au public sur son compte Facebook p. 276
Tribunal de grande instance de Paris, (1^{re} ch. civ.), 17 décembre 2014

■ Vie privée : confirmation de la logique tentaculaire du débat d'intérêt général au détriment du droit au prénom p. 291
Commentaire de Mustapha Afroukh sous CEDH (5^e sect.), 19 février 2015



Suivez nous sur twitter : @Legipresse

La photocopie tue la presse !

Reproduction interdite sans l'autorisation de l'éditeur ou du Cfc (Centre français du droit de copie) Tél. : 01 44 07 47 70 – fax : 01 46 34 67 19
Les textes et commentaires publiés dans nos pages n'engagent que leurs auteurs.

Projet de loi sur le renseignement : « Il existe un risque d'autocensure de la part des éditeurs »

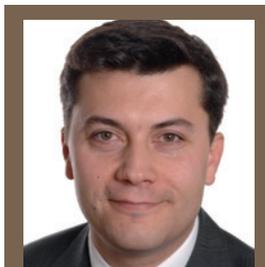
Le projet de loi sur le renseignement, présenté en procédure d'urgence par le Premier ministre, a été adopté par l'Assemblée nationale le 5 mai, malgré la vive opposition de nombreuses associations de défense des libertés, de syndicats de magistrats, d'avocats, mais également d'autorités administratives telles que la Cnil ou la CNCDH. Le Geste, représentant les éditeurs de services en ligne, a dénoncé les lourdes menaces que le texte fait peser sur la liberté d'information. Étienne Drouard, président de la Commission « Enjeux réglementaires » du Geste, nous explique quelles en sont les conséquences et quelles modifications pourraient être apportées au texte, qui doit à présent être débattu au Sénat.

Le Geste a dénoncé l'élargissement des mesures de surveillance administratives prévues par le projet de loi. Pouvez-vous les présenter et nous dire en quoi elles vous paraissent dangereuses pour les libertés et pour les éditeurs de contenus en ligne en particulier ?

Jusqu'à présent, les mesures qui pouvaient être prises pour contrôler le trafic des visites effectuées sur le site d'un éditeur étaient des mesures ponctuelles, qui consistaient à demander des données précises et techniques, concernant un seul visiteur et son identification technique : l'adresse IP de son ordinateur, une date et une heure de visite, un nom, un pseudo et éventuellement les coordonnées d'un compte qu'il aurait créé pour commenter des articles, ou ses coordonnées d'abonné. Le texte prévoit que l'on puisse demander à un éditeur, pendant une durée de quatre mois renouvelable, et ce aussi longtemps que nécessaire, de "dériver" son trafic ou de fournir en temps réel les données des visites effectuées sur son site, pour que les services de renseignement aient accès aux dates et heures de connexion des adresses IP de tous les ordinateurs qui viennent visiter le site. Précisons que ces données, dans la loi, sont réputées être anonymes au motif qu'elles sont techniques (on parle de « métadonnées ») et qu'il n'y a pas à ce stade, en temps réel, d'autres investigations pour connaître l'identité ou l'adresse email d'un abonné. Mais le fait que le projet de loi prévoit une captation en temps réel de tout ou partie du trafic des visiteurs pose problème.

Le Geste a appelé également à la « préservation du principe d'équilibre entre la liberté d'expression et ses restrictions, élément essentiel de la loi de 1881 sur la presse ». Quelle est l'incidence du texte en la matière ?

La liberté d'expression ne nécessite pas de s'exprimer de manière identifiée. Chacun doit pouvoir s'exprimer sans être surveillé, même si le fruit de cette expression est public, par définition. S'agissant de la liberté de s'informer, lorsque vous consultez un article, vous êtes dans un "quant-à-soi" entre vous et un éditeur,



Étienne Drouard
Avocat au Barreau de Paris
Président de la
Commission « Enjeux
réglementaires » du
Geste

« Il faut donner plus de pouvoirs à la Commission de contrôle pour protéger les libertés publiques. »

sans que vous ayez à vous identifier. Avec le nouveau texte, on va capter vos données de visite et pouvoir surveiller ce qui vous intéresse.

Le texte institue l'obligation, pour les intermédiaires techniques (hébergeurs, FAI), d'installer des « boîtes noires », c'est-à-dire des dispositifs de surveillance, pour filtrer les communications à l'aide d'un algorithme. Certains éditeurs pourraient-ils également être concernés par cette obligation ?

Les hébergeurs sont directement visés par l'obligation d'installer des boîtes noires, mais l'éditeur n'est pas exclu par ce dispositif, ne serait-ce que parce qu'il a rarement ce seul rôle et est souvent hébergeur des contenus de tiers qu'il diffuse. Le problème est qu'il existe un risque d'autocensure de la part des éditeurs. Par exemple, si vous publiez un article sur un sujet polémique, par exemple sur le fichage des enfants ayant un nom à consonance musulmane des enfants des écoles de la ville de Béziers, ou sur le rôle de la France en Syrie, ou encore sur les causes du djihad, certaines personnes pourront être ame-

nées à publier dans leurs commentaires des propos polémiques ou d'appel à la haine. Or, dès lors que l'éditeur se retrouve au cœur d'une polémique forte qui concerne des sujets sensibles ou dont les réactions intéressent les services de renseignement, il pourra être contraint, selon le texte, d'installer une "boîte noire" sur son site, pour y surveiller les données de trafic. Le risque est donc que l'éditeur cherche à éviter certains sujets qui, certes pouvaient entraîner des dérapages et faire l'objet de sanctions judiciaires, mais qui risquent désormais d'entraîner une surveillance de son site. Pour éviter l'installation d'une boîte noire, certains éditeurs pourraient choisir "d'être dans l'eau tiède"...

Comment le texte pourrait-il préserver efficacement la protection des sources des journalistes ?

Rien n'est prévu actuellement dans la loi sur le renseignement pour préserver le secret des sources. De plus, le projet de loi sur ce sujet, promis depuis 2012 est sans cesse reporté par le gou-

vernement... Pour préserver leur liberté d'informer, les journalistes pourraient être tentés d'avoir recours à des procédés de chiffrement, c'est-à-dire de se connecter à internet par un mécanisme qui crypte leur connexion. Ils se connecteraient par exemple par un réseau privé virtuel, pour rendre leur connexion invisible. Cela signifierait que pour exercer librement le métier de journaliste et préserver le secret des sources, il faudrait passer dans la clandestinité...

Un amendement a été intégré pour introduire des dispositions spécifiques visant à encadrer davantage la mise en œuvre des techniques de renseignements, lorsqu'elles visent des personnes exerçant certaines professions particulièrement sensibles comme les journalistes, mais également les avocats et magistrats.

Quel est son objet ? La mesure vous paraît-elle suffisante ?

L'objet de cet amendement est un héritage de la loi du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques qui faisaient l'objet d'un contrôle par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), et qui est désormais remplacée et modifiée par la loi sur le renseignement. Cet amendement peut avoir un rôle protecteur dès lors qu'on a identifié en amont la personne mise sous surveillance et qu'on sait qu'on surveille un journaliste, pour prendre cet exemple. On doit alors en faire état pour obtenir l'accord de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), nouvellement créée par le projet de loi. Cette commission a un pouvoir consultatif. Si elle souhaite émettre un avis négatif, elle en fait part au Premier ministre qui a seul le pouvoir de décision et qui est libre de suivre ou pas l'avis de la CNCTR. Dans ce dernier cas, celle-ci doit, à la majorité de cinq de ses neuf membres, décider de saisir le Conseil d'État qui jugera *a posteriori*, si la mesure de surveillance dudit journaliste était appropriée. Le Conseil d'État siège alors dans une formation spéciale, avec des magistrats habilités « secret-défense », lors de débats qui se déroulent à huis clos, sur des données techniques difficiles à analyser. On peut se poser la question de l'expertise du Conseil d'État en la matière et donc de l'effectivité d'un contrôle administratif. Il n'est pas prévu dans les faits que celui-ci pourrait ordonner l'effacement des données qui ont été recueillies s'il est jugé que la mesure était disproportionnée. À ce jour, le Conseil d'État peut dire que la mesure est illégale, mais il ne peut pas ordonner l'effacement des données recueillies. Tout l'enjeu se déroule donc en amont, sur les mesures qui ont amené à décider de surveiller un journaliste. Or, lorsque l'on met en place des boîtes noires pour contrôler les données de trafic, on peut viser une personne qui visite des sites djihadistes et parmi ces personnes il peut y avoir des journalistes qui investiguent, ce qui est le cœur de leur travail. Ils pourront être mis sous surveillance alors qu'on ne sait pas encore qu'ils sont des journalistes...

La Commission de contrôle créée par le projet de loi, la CNCTR, vous paraît-elle être un organe suffisant pour encadrer les mesures de surveillance prévues ?

Pour que cette Commission puisse jouer un rôle efficace, les mesures votées devront être déclarées conformes à la Constitution. Pour cela, il faut qu'il existe un pouvoir de contrôle indépendant et à caractère juridictionnel, ce qui est une exigence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. L'indé-

pendance passe par celle, formelle, de ses membres, ce qui est assuré depuis qu'un amendement a prévu qu'on ne peut pas être à la fois membre de la commission et membre du comité au renseignement. Sur l'effectivité d'un contrôle à caractère juridictionnel, la CJUE a déjà indiqué qu'il n'est pas impératif de recourir au juge judiciaire, et qu'un contrôle administratif suffit. C'est l'objet de la CNCTR. Seulement, cette commission n'a aucun pouvoir de décision, comme nous l'avons dit. Elle est soumise au pouvoir régalién du Premier ministre, qui peut décider de ne pas la suivre. Le vrai contrôle juridictionnel est confié au Conseil d'État et à lui seul.

Quels sont les pouvoirs dont elle devrait être dotée pour exercer un contrôle efficace ?

Pour qu'elle ait un réel pouvoir, il faudrait qu'elle puisse connaître et amender la manière dont est ciblée la surveillance. C'est la question de la mise en place des algorithmes qui filtrent des données correspondant à des comportements réputés « *anormaux* » et utiles aux services de renseignement. Par exemple, si une personne visite, à la chaîne, des sites d'appel au djihad, et présente ainsi un comportement similaire à celui d'une personne en voie de radicalisation, l'algorithme qui examine toutes les données du fournisseur d'accès, de l'hébergeur et des sites éditeurs ayant installé des boîtes noires sur leurs services, va permettre de filtrer l'information, de la dériver et justifier l'obtention des éléments d'identification de cette personne. On procède ainsi par entonnoir pour, à partir d'une multitude de données récoltées, cibler des personnes présentant des comportements à risque au regard des objectifs fixés par la loi. La manière dont ces algorithmes fonctionnent est déterminée par les services de renseignement. Mais la commission n'a pas le pouvoir de contrôler la manière dont ces algorithmes ont été constitués. Elle devrait avoir connaissance des critères retenus par les algorithmes et pouvoir les amender quand elle estime que ceux-ci ne répondent pas à la finalité du renseignement ciblée dans la loi, et qu'ils permettent éventuellement des dérives du fait d'un champ de surveillance trop large. La deuxième fonction qu'on pourrait lui attribuer serait le pouvoir d'ordonner des purges pour que, une fois que les données ont été filtrées et analysées, celles qui ne sont pas utiles pour le renseignement puissent être immédiatement supprimées. Le projet de loi actuel ne permet une telle suppression qu'au bout de cinq ans, y compris lorsque les données captées ont été jugées inutiles.

Si on donnait ces deux champs de pouvoir à la CNCTR ainsi qu'un pouvoir décisionnel à caractère juridictionnel, le texte satisfierait alors aux exigences de la Convention EDH et on progresserait dans la protection des libertés publiques. Tout l'enjeu de la saisine du Conseil constitutionnel (les parlementaires et le président de la République ont d'ores et déjà annoncé qu'ils soumettraient le texte au contrôle des Sages, NDLR) va consister à savoir si, en ayant prévu la saisine du Conseil d'État, on a suffisamment satisfait à cette exigence d'un contrôle juridictionnel rendant ce texte conforme à la Constitution, ou si le "palier" que constitue la nécessité de réunir la majorité des membres de la commission pour saisir le Conseil d'État entrave le droit au recours effectif d'un juge indépendant, qui est une des conditions fixées par la Convention EDH et le Conseil constitutionnel.

Propos recueillis par Claire Lamy

AUDIOVISUEL

Le décret précisant les modalités du régime de contribution des éditeurs de télévision à la production indépendante est paru

Le décret mettant en œuvre la réforme du régime de contribution à la production audiovisuelle indépendante résultant de la loi du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public est paru. Cette réforme a eu pour objectif d'autoriser les éditeurs de services de télévision à détenir des parts de producteurs dans les œuvres audiovisuelles dont ils ont financé une part substantielle. Le décret fixe cette part substantielle de financement à 70 % du devis de production d'une œuvre audiovisuelle et encadre la détention des droits secondaires et des mandats de commercialisation que peuvent détenir les éditeurs de services de télévision en conséquence. L'éditeur de services peut désormais détenir, directement ou indirectement, des parts de producteur, s'il a financé au moins 70 % du devis de production de l'œuvre annexé au contrat de coproduction. Dans ce cadre, il doit respecter les conditions suivantes :

- cet investissement en parts de coproduction ne peut excéder la moitié des dépenses de l'éditeur de services dans l'œuvre ;
- la détention par les éditeurs de mandats de commercialisation et droits secondaires sur les œuvres fait l'objet d'un quadruple encadrement. D'abord, ces mandats et droits doivent faire l'objet d'un contrat distinct et doivent avoir été négociés dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires, précisées par les conventions et les cahiers des charges prenant en compte les accords conclus entre les éditeurs de services et les organisations professionnelles de l'industrie audiovisuelle. Ensuite, l'éditeur ne peut détenir les mandats de commercialisation que lorsque le producteur ne dispose pour l'œuvre en cause ni d'une capacité de distribution, interne ou par l'intermédiaire d'une filiale ni d'un accord-cadre conclu avec une entreprise de distribution. Un accord conclu entre un éditeur et une ou plusieurs organisations représentatives de producteurs peut toutefois aménager ce principe. Par ailleurs, l'éditeur doit s'engager à diffuser l'œuvre dont il acquiert à nouveau les droits en France sur l'un des services de son groupe dans un délai de dix-huit mois à compter de cette acquisition, cette disposition ne s'appliquant pas aux séries dont l'éditeur de service a acquis les droits de diffusion de nouveaux épisodes. Enfin, l'éditeur doit s'engager à exploiter, lorsqu'il le détient, le mandat de commercialisation de l'œuvre en France sur un service de télévision.

Le décret procède par ailleurs à titre accessoire à une série de modifications du régime de contribution à la production audiovisuelle, la principale étant une simplification de la comptabilisation au sein de l'obligation d'investissement des éditeurs des œuvres européennes qui ne sont pas d'expression originale française, l'obligation étant dorénavant exprimée en plancher d'œuvres d'expression originale française et non plus en plafond d'œuvres européennes.

Le CSA nomme Delphine Ernotte Cunci à la présidence de France Télévisions

Réuni en assemblée plénière le 23 avril 2015, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a nommé Delphine Ernotte Cunci, actuelle directrice générale d'Orange, à la présidence de France Télévi-

sions. La loi du 15 novembre 2013 avait modifié, pour plus de transparence, l'article 47-4 de la loi du 30 septembre 1986 et rendu au CSA le pouvoir de nomination des présidents de l'audiovisuel public (France Télévisions, Radio France et la société en charge de l'audiovisuel extérieur de France) qui relevait précédemment du président de la République. Alors que le régulateur a souhaité la procédure totalement secrète, la nomination de la nouvelle présidente de France TV a essuyé de nombreuses critiques (« *procédure antidémocratique* », « *aucune transparence* » « *secret de Polichinelle* »). Ainsi, les réactions des médias, des prétendants déçus et des réseaux sociaux sont particulièrement sévères à l'égard du CSA qui a mis en ligne sa décision de nomination motivée ainsi que le projet stratégique que la nouvelle présidente a présenté pour France Télévisions.

DROIT D'AUTEUR

Le CSPLA confie à Pierre Sirinelli une nouvelle mission

Le CSPLA a confié une nouvelle mission au professeur Pierre Sirinelli, à la suite de son rapport sur la révision de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, remis le 12 janvier dernier à la ministre de la Culture Fleur Pellerin. Le CSPLA considère qu'une meilleure articulation entre les directives Société de l'information et Commerce électronique constitue un des leviers les plus importants pour favoriser un meilleur équilibre entre les droits des auteurs d'une part, et ceux des intermédiaires de l'internet et des utilisateurs d'œuvres protégées d'autre part. Le Conseil pointe les effets négatifs que les dispositions de la directive Commerce électronique sur le régime de responsabilité des prestataires techniques peuvent engendrer dans le champ de la propriété littéraire et artistique. Cette nouvelle mission, partagée avec Alexandra Bensamoun, devra proposer des modifications des dispositions du droit de l'Union européenne pour permettre une application effective des droits d'auteur et des droits voisins dans l'environnement numérique, notamment sur les plateformes de diffusion de contenus partagés. Le rapport est attendu d'ici le mois de juillet 2015.

Parution d'un décret précisant les modalités de recherche des titulaires de droits sur une œuvre orpheline

Le décret du 6 mai 2015 pris pour l'application de la loi du 20 février 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel est paru au *JO*. Il précise, d'une part, les modalités d'application des nouvelles dispositions relatives à certaines utilisations d'œuvres orphelines, notamment les sources d'informations appropriées qui doivent être consultées pour chaque catégorie d'œuvres au titre des recherches diligentes, avérées et sérieuses ainsi que les modalités suivant lesquelles un titulaire de droits sur une œuvre déclarée orpheline peut se manifester afin que son utilisation cesse et qu'une compensation équitable lui soit versée. Il définit, d'autre part, les modalités suivant lesquelles un artiste-interprète peut résilier l'autorisation d'exploitation donnée à un producteur de phonogrammes pendant la

durée supplémentaire de protection ainsi que les conditions d'agrément de la société de perception et de répartition des droits chargée de percevoir la rémunération annuelle due aux artistes-interprètes pendant cette même durée.

DROIT DE LA COMMUNICATION

Le projet de loi « Croissance et activité » a été voté par les sénateurs

Le projet de loi « Croissance et activité », adopté le 12 mai au Sénat, comporte plusieurs dispositions intéressant le droit de la communication. Les sénateurs ont tout d'abord adopté un amendement « *anti Google* » visant à imposer à tout moteur de recherche « *susceptible, compte tenu de son audience, d'avoir un effet structurant sur le fonctionnement de l'économie numérique* » de mettre sur sa page d'accueil des liens renvoyant vers « *au moins trois autres moteurs de recherche* », et de préciser « *les principes généraux de classement ou de référencement* » qu'il met en œuvre. Par ailleurs, dans le secteur de la publicité, le projet comporte une disposition tendant à faire la distinction entre l'information journalistique et la publicité sur le vin, afin de mettre fin « *à l'insécurité juridique* » résultant de l'application de la loi Evin. Ainsi, le texte prévoit que « *seuls les éléments de la publicité (...) ayant pour but de rappeler une boisson alcoolique doivent être conformes à l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique* ». Enfin, une disposition intéressant le droit de l'audiovisuel prévoit de faire passer de 5 à 20 % le taux de la taxe spécifique sur la revente des fréquences lorsqu'elle intervient dans les cinq premières années suivant la délivrance de la première autorisation par le CSA. Le texte, pour lequel le gouvernement a engagé la procédure accélérée, doit désormais être examiné en commission mixte paritaire.

INTERNET

La Commission européenne dévoile sa stratégie sur le marché unique numérique

La Commission européenne a dévoilé, le 6 mai, ses projets détaillés pour faire tomber les obstacles d'ordre réglementaire et créer ainsi un marché unique numérique. Cette stratégie repose sur trois piliers : améliorer l'accès aux biens et services numériques dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises ; créer un environnement propice et des conditions de concurrence équitables pour le développement des réseaux et services numériques innovants ; maximiser le potentiel de croissance de l'économie numérique. La stratégie définit à cette fin seize actions clés que la Commission devrait mener à bien d'ici à la fin de 2016. Parmi celles-ci, « *le souhait de donner un caractère moderne et plus européen à la législation sur le droit d'auteur* ». Des propositions législatives suivront avant la fin de 2015 en vue de réduire les disparités entre les régimes de droits d'auteur et d'élargir l'accès en ligne aux œuvres dans l'ensemble de l'UE, notamment par des mesures d'harmonisation supplémentaires. La Commission examinera le rôle des intermédiaires en ligne en ce qui concerne les œuvres protégées par le droit d'auteur et renforcera l'application des mesures prises contre les infractions aux droits de propriété intellectuelle commises à une échelle commerciale. La Commission examinera également

la directive Satellite & Câble afin de déterminer si son champ d'application doit être étendu aux transmissions en ligne des organismes de radiodiffusion et d'étudier les moyens d'améliorer l'accès transfrontière aux services de radiodiffusion en Europe. Le réexamen du cadre des médias audiovisuels, en mettant l'accent sur le rôle des différents acteurs du marché dans la promotion des œuvres européennes (chaînes de télévision, fournisseurs de services audiovisuels à la demande, etc.) est également à l'ordre du jour, de même que l'adaptation de la directive Services de médias audiovisuels aux nouveaux modèles économiques pour la distribution de contenu. La Commission procédera à une analyse détaillée du rôle des plateformes en ligne (moteurs de recherche, réseaux sociaux, boutiques d'applications, etc.) dans le marché, et examinera la manière de lutter au mieux contre les contenus illicites sur l'internet. Autre priorité : les nouvelles règles de l'UE en matière de protection des données, dont l'adoption est prévue d'ici fin 2015. Fleur Pellerin a salué les progrès que marque la réflexion de la Commission sur certains aspects du débat en matière de droit d'auteur, en particulier la volonté de clarifier le statut des intermédiaires techniques et d'améliorer le respect du droit d'auteur.

L'Assemblée nationale a adopté le projet de loi sur le renseignement

Les députés ont adopté le 5 mai le très controversé projet de loi sur le renseignement (voir notre interview page 263.). Le texte vise à renforcer et à encadrer le pouvoir des services de renseignement, qui sera soumis à des contrôles administratifs. À cet effet est créée la CNCTR, Commission de contrôle des techniques de recueil de renseignements, qui aura pour mission de contrôler les modalités d'exécution des techniques de surveillance mises en place. Les journalistes, avocats, magistrats et parlementaires, jugées professions sensibles, ne pourront faire l'objet d'une surveillance qu'après avis de la CNCTR. Par ailleurs, le texte permet d'imposer aux fournisseurs d'accès, hébergeurs et éditeurs, de mettre en place un dispositif d'analyse automatique des données, via un algorithme, aux fins de « *révéler une menace terroriste* ». Le texte sera examiné fin mai au Sénat.

PRESSE

Google annonce la création d'un fonds de soutien à la presse européenne

Google et huit éditeurs européens, dont *Les Échos*, *The Guardian*, *El País* ou *Die Zeit*, ont lancé le 28 avril 2015 un fonds doté de 150 millions d'euros sur trois ans pour « *soutenir le journalisme de qualité* » par « *la technologie et l'innovation* ». Le dispositif, baptisé *Digital News initiative* (DNI ou Initiative pour le journalisme numérique), sera mis en place dans les prochains mois. Il remplacera le fonds pour l'innovation numérique de la presse (FINP), né d'un accord entre Google et l'Association de la presse d'information politique et générale (AIPG) début 2013 pour mettre fin au conflit entre les éditeurs français et le moteur de recherche américain, accusé de profiter des contenus des médias, notamment avec Google Actualités, sans compensation suffisante. Doté de 60 millions d'euros sur trois ans, le FINP a distribué 16,1 millions d'euros à vingt-neuf projets d'innovation

en France en 2014. Il restera actif jusqu'à fin 2015 / début 2016. À son lancement, la nouvelle structure de Google s'appuiera sur huit éditeurs partenaires, la plupart quotidiens : *Les Échos* en France, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* et *Die Zeit* en Allemagne, *The Financial Times* et *The Guardian* au Royaume-Uni, *NRC Media* aux Pays-Bas, *El País* en Espagne, *La Stampa* en Italie. Cette liste de partenaires est ouverte et susceptible d'accueillir de nouveaux membres.

Le dépaysement des propos racistes dans le Code pénal fait partie du plan d'action du gouvernement de lutte contre le racisme

Manuel Valls a présenté, le 17 avril à Créteil, le plan d'action du gouvernement pour les années 2015-2017 contre le racisme et l'antisémitisme. Après le président de la République (LP n° 325 p. 135), puis la garde des Sceaux, c'est au tour du Premier ministre d'énoncer que « certaines spécificités du droit de la presse prévues par la loi de 1881 génèrent des lourdeurs procédurales ainsi que d'importants obstacles à un jugement effectif des personnes poursuivies, et sont devenues inadaptées à la poursuite de faits de provocation, d'injures ou de diffamation racistes et antisémites ». Le plan propose donc soit d'intégrer ces infractions au Code pénal, tout en ménageant certaines spécificités, soit d'écarter, pour ces infractions, les dispositions de la loi de 1881 qui ne paraissent plus adaptées (sans les nommer). Le plan d'action prévoit en outre que le racisme deviendra une circonstance aggravante pour tous les crimes et délits. Un projet d'action de groupe sera également présenté au Parlement, s'appliquant à la lutte contre les discriminations. Le recours à l'ordonnance pénale

sera rendu possible en matière d'injures racistes. S'agissant des discours tenus sur internet, le plan prévoit de créer une unité nationale de lutte contre la haine sur internet, et d'imposer aux hébergeurs de contenus destinés au public français de disposer d'une représentation juridique en France. Plusieurs syndicats de journalistes ainsi que les principaux représentants des éditeurs de presse ont exprimé aux pouvoirs publics leur attachement à la loi de 1881, qui « n'est pas l'instrument d'une impunité supposée des médias ».

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Propriété industrielle : les exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » fixées par décret

Un décret du 7 mai 2015, publié au *Journal officiel*, vient préciser les conditions de formation d'une décision implicite de rejet en cas de silence de l'administration pour les procédures suivantes : enregistrement et prorogation de l'enregistrement d'un dessin ou modèle, requête en renonciation, en limitation ou en déchéance de brevet, enregistrement et renouvellement de l'enregistrement de marque. Le décret supprime dans l'annexe du décret du 23 octobre 2014 les références à ces procédures et celles relatives à la délivrance de brevet et à l'opposition à la demande d'enregistrement de marque, l'instruction de ces demandes étant régie par des dispositions législatives spécifiques du Code de la propriété intellectuelle. Le texte entre en vigueur le lendemain de sa publication. Il est applicable aux demandes antérieures qui n'ont pas encore donné lieu à une décision expresse.

Paru au JO ce mois-ci (du 20 avril au 12 mai 2015)		 Texte ayant fait l'objet d'une présentation dans les pages flash
Matière	Intitulé	Références
Audiovisuel	 Décret n° 2015-483 du 27 avril 2015 portant modification du régime de contribution à la production d'œuvres audiovisuelles des services de télévision	JO du 29 avril 2015
	Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2015-483 du 27 avril 2015 portant modification du régime de contribution à la production d'œuvres audiovisuelles des services de télévision	JO du 29 avril 2015
Données publiques	Décret n° 2015-464 du 23 avril 2015 portant renouvellement du conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative	JO du 26 avril 2015
Droit d'auteur	Décret n° 2015-506 du 6 mai 2015 pris pour l'application des articles L. 135-7, L. 212-3-1 et L. 212-3-3 du Code de la propriété intellectuelle	JO du 7 mai 2015
Édition	Décret n° 2015-519 du 11 mai 2015 relatif aux agents habilités en matière de contrôle du prix des livres	JO du 12 mai 2015
Propriété intellectuelle	 Décret n° 2015-511 du 7 mai 2015 modifiant le Code de la propriété intellectuelle et le décret n° 2014-1280 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation » sur le fondement du II de l'article 21 de la loi n° 2000 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (ministère des Finances et des Comptes publics et ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique)	JO du 8 mai 2015

DIFFAMATION

327-01 Bonne foi admise pour la publication de propos s'inscrivant dans le cadre d'un débat d'intérêt général et reposant sur une base factuelle suffisante

Cour de cassation, (ch.crim.), 17 mars 2015 - J.-M. Le Pen

■ Un homme politique avait porté plainte et s'était constitué partie civile après la publication, dans un journal d'actualités, de plusieurs articles lui étant consacrés et comportant, selon lui, des propos portant atteinte à son honneur et sa considération. Le directeur de la publication avait été renvoyé devant le tribunal correctionnel. Les premiers juges avaient débouté la partie civile de ses demandes. La cour d'appel avait confirmé le jugement. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle approuve la cour d'appel qui a considéré que les propos « *tout à sa vengeance, J.-M. X. s'était fait tirer les oreilles pour rendre (à son épouse) ce qui lui appartenait, notamment deux appartements hérités de sa mère, situés à Paris* » n'étaient pas diffamatoires. De même, selon la Haute Juridiction, c'est à juste titre que la cour d'appel a retenu que la phrase M. X. « *a développé un sens aigu des affaires et surtout impose la fusion totale de ses intérêts personnels avec ceux du parti* » ne portait pas atteinte à l'honneur et à la considération de la partie civile. Elle a également pu considérer que les propos insinuant que la partie civile aurait raflé des dons de contributeurs du parti ne sont pas diffamatoires, pas plus que le passage relatant que l'homme aurait abusé de la générosité d'un militant (« *Jacques X. lui avait prêté six millions de francs pour la campagne présidentielle et avait eu bien du mal à les récupérer* »). La Cour de cassation précise que si l'arrêt retient que les passages « *ce qui aurait pu passer pour un héritage politique, M. X. n'hésite pas une seconde à le revendiquer à son seul profit personnel* » et « *ce sont quantité d'héritages qui, initialement destinés au Front, finirent ainsi sur les comptes de X* » sont constitutifs de diffamation, les juges ont cependant retenu le prévenu au bénéfice de la bonne foi, à juste titre. En effet, le sujet de l'article, qui avait trait aux liens pouvant exister entre le financement d'un parti politique et l'évolution de la situation de fortune de son dirigeant, répondait à un but légitime et s'inscrivait dans un débat d'intérêt général relatif au fonctionnement des partis dans un système démocratique. La cour a pu ajouter que les propos en cause s'appuyaient sur une base factuelle suffisante, résultant du témoignage de plusieurs journalistes, de plusieurs coupures de presse datant des années 1996-1997, évoquant le procès en nullité d'un testament rédigé au profit du demandeur et d'une lettre émanant de l'ancien conseiller en communication de la partie civile, affirmant qu'il est de notoriété publique que celui-ci a été bénéficiaire de plusieurs héritages provenant de citoyens souhaitant soutenir son action.

327-02 Absence de caractère diffamatoire de propos ne pouvant faire l'objet d'un débat probatoire

Cour d'appel de Paris, (pôle 2 – ch.7), 4 mars 2015 - B. Heiderscheid c/ F. Morinière et a.

■ Le directeur de publication d'un journal d'actualités sportives avait été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef de diffamation publique pour avoir reproduit les propos d'un joueur de football recueillis au cours d'une interview, indiquant

à propos de son ancien d'agent : « *Cette personne veut me pourrir la vie. Elle salit mon image. (...) Il m'a toujours mal conseillé. Il vivait sur mon dos, à tous les niveaux. Pour ma carrière, ce n'était pas la bonne personne* ». Les premiers juges avaient débouté la partie civile de ses demandes, considérant que les propos poursuivis n'étaient pas constitutifs de diffamation. La cour d'appel confirme le jugement. Elle se réfère à la motivation du tribunal, qui avait constaté que les critiques exprimées n'imputaient aucun fait précis de nature à porter atteinte à l'honneur ou la considération du requérant, susceptible d'un débat probatoire. La cour retient que pour désagréables que soient les affirmations et les sous-entendus pour l'intéressé, ceux-ci sont l'expression d'opinions subjectives. La cour rejette par ailleurs la demande fondée sur l'article 472 du Code de procédure pénale pour plainte abusive, estimant que si l'action de l'appelant est en droit manifestement erronée, celui-ci a néanmoins pu s'estimer blessé par les propos tenus. L'intimé est débouté de ses demandes.

327-03 Application stricte des dispositions de l'article 35 de la loi de 1881 sur l'offre de preuve

Cour de cassation, (ch. crim.), 3 mars 2015 - Jean X.

■ Pour produire l'effet absolu prévu par l'article 35 alinéa 7 de la loi de 1881, la preuve de la vérité des faits diffamatoires doit être parfaite, complète et corrélative aux imputations diffamatoires dans toute leur matérialité et leur portée.

En l'espèce, le président de l'association gestionnaire d'un centre de formation d'apprentis et le directeur de cet établissement avaient été cités devant le tribunal correctionnel du chef de diffamation par un enseignant du centre, reprochant aux prévenus de s'être exprimés dans la presse locale à la suite d'un incident survenu dans l'établissement et au cours duquel des apprentis avaient investi le bureau du directeur puis s'étaient mis en grève, en imputant à l'enseignant d'avoir joué un rôle dans le déclenchement des faits en manipulant les apprentis. Les prévenus avaient formulé une offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires, sur laquelle le tribunal s'était fondé pour les relaxer et débouter la partie civile de ses demandes. Un appel avait été formé. La cour d'appel avait confirmé le jugement. Pour déclarer établie la preuve que, d'une part, au-delà de son action syndicale, l'enseignant avait toujours cherché à servir ses intérêts personnels et qu'il posait problème au sein du centre de formation, d'autre part, qu'il avait manipulé les jeunes, et enfin avait organisé et dirigé le mouvement de rébellion de ces derniers, la cour avait retenu que cette preuve résultait des pièces produites, d'un procès-verbal d'huissier et des témoignages recueillis en cours d'audience. La partie civile s'était pourvue en cassation. Pour casser et annuler l'arrêt, la Cour de cassation retient qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans démontrer, par une analyse précise de la teneur des pièces et témoignages en cause, que, d'une part, ces éléments relataient des faits antérieurs à la publication des propos diffamatoires, et, d'autre part, qu'ils rapportaient la preuve proposée au regard tant de la matérialité des imputations formulées que de leur portée et de leur signification, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision.

327-04 Toute attaque sur les qualités professionnelles porte atteinte à l'honneur ou à la considération de celui qui en est la cible

Tribunal de grande instance de Montpellier, (ch. correct.), 5 février 2015 – Emmanuel P. c/ Gérard J.

■ Le président de l'Académie des arts et des sciences de la ville de Carcassonne avait été poursuivi pour avoir mis en ligne sur internet une lettre ouverte dans laquelle il reprochait à un jeune conservateur d'avoir jeté à la décharge publique des milliers d'ouvrages et d'avoir ainsi effectué un véritable « *bibliocauste* », tout en demandant aux autorités tutélaires d'enquêter sur ses compétences professionnelles. Il avait été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef de diffamation envers un fonctionnaire public. Le prévenu était également poursuivi en qualité de directeur de publication du blog, en raison d'un commentaire d'un internaute, comparant le procédé aux « *autodafés d'Allemagne* ». Le tribunal considère que si cette référence à la période nazie présente un caractère diffamatoire, le prévenu peut néanmoins s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'informé du message, il a agi promptement pour retirer ces propos du blog. Bien que déclarant avoir exercé le contrôle qui lui incombait sur les messages postés, le commentaire litigieux lui ayant échappé, il est établi que dès qu'il a été saisi de la partie civile de retirer le contenu, il en a modifié les termes en retirant le mot « *Allemagne* », l'expression maintenue « *...ce procédé rappelle l'autodafé* » ne comportant aucune imputation de faits susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la partie civile. S'agissant des faits qui étaient reprochés au prévenu en qualité d'auteur de la lettre ouverte, le tribunal note que le terme « *bibliocauste* » associé à la période nazie a pour racine le mot « *causte* » signifiant en grec destruction par le feu. Or, pour les juges, évoquer la destruction par le feu des livres est le simple constat de ce qui s'est passé lorsque la partie civile a jeté les livres à la décharge publique. Il s'agit donc d'un fait objectif ne comportant aucune allégation diffamatoire. Par ailleurs, le tribunal considère que les termes « *acte barbare* » ne sont pas en soi diffamatoires, la « *barbarie* » signifiant « *ce qui n'est pas civilisé* », ce qui ne porte pas atteinte à l'honneur ou à la considération. S'agissant du passage reprochant à la partie civile d'avoir agi « *sans aucun discernement avec un manque de rigueur* » d'avoir « *menti sur la portée de sa décision inculte* » ainsi que s'agissant du passage faisant état de sa « *dangerosité* », le tribunal note que toute attaque sur les qualités professionnelles porte atteinte à l'honneur et à la considération. Néanmoins, il retient que le prévenu poursuivait un but légitime en diffusant ces écrits, qu'aucune animosité personnelle n'est établie à l'encontre de la partie civile, et qu'il est resté mesuré dans ses propos. Si les termes employés sont vifs et motivés par le ressentiment de tels actes chez un homme lettré qui, en outre, a été à l'origine de la création de la bibliothèque municipale, ils n'en sont pas moins nuancés par la fin du propos. Le tribunal considère que la bonne foi du prévenu est suffisamment établie. La partie civile est déboutée de ses demandes.

DROIT À L'IMAGE

327-05 Diffusion licite de l'image d'une personne impliquée dans un débat d'intérêt général, peu importe la cession du droit à l'image consentie

Cour de cassation, (1^{re} ch. civ.), 9 avril 2015 - M. X c/ Arte France et Doc en Stock

■ Le directeur d'une revue avait accordé un entretien filmé à la réalisatrice d'un documentaire intitulé « *La vérité est ailleurs ou la véritable histoire des protocoles des sages de Sion* », coproduit et diffusé sur la chaîne Arte. L'objet de cet entretien était de connaître sa position sur l'ouvrage intitulé *Protocoles des sages de Sion*, publié dans la revue. Or, l'intéressé avait signé une « *lettre d'autorisation d'utilisation d'image* » prévoyant qu'aucune prise de vue de l'entretien ne pouvait être diffusée sans qu'il ait au préalable visionné les séquences retenues lors du montage de l'émission. Le documentaire ayant été diffusé sans que cela fût fait, l'homme a donc assigné les sociétés de production en réparation du préjudice subi du fait du non-respect de son droit à l'image. Il demandait à ce titre 10 000 euros de dommages-intérêts. La cour d'appel de Versailles l'avait débouté en 2012 de sa demande, jugeant qu'aucune atteinte n'avait été portée à son image, dès lors que l'intervention de l'intéressé dans le débat d'idées faisant l'objet du documentaire litigieux était d'intérêt général. À l'appui de son pourvoi devant la Cour de cassation, le demandeur reprochait à la cour d'appel d'avoir statué ainsi, tout en constatant qu'il n'avait pu visionner les séquences dans lesquelles il apparaissait avant la diffusion du documentaire (d'une durée totale d'une minute sur les cinquante-deux minutes d'émission) et qu'il n'avait donc pas consenti à la diffusion de son image. Il demandait à la Cour de cassation de juger que la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations et avait violé son droit à l'image et à ce titre l'article 9 du Code civil. Mais la Cour suprême française rappelle que, comme l'a retenu la cour d'appel, le demandeur n'avait pas été filmé à son insu, qu'il avait accepté de répondre aux questions de la réalisatrice et que cet entretien s'inscrivait dans un débat d'idées d'intérêt général sur le retentissement actuel de l'ouvrage en cause, ainsi que sur la remise en cause par les milieux négationnistes de l'inauthenticité de ce document. Elle estime que la cour d'appel a ainsi exactement déduit que l'implication de l'intéressé dans ce débat justifiait d'illustrer son témoignage par la diffusion de son image, qui n'avait pas été détournée du contexte dans lequel elle avait été fixée, sans qu'il y ait lieu de recueillir son autorisation. Il était dès lors peu important que les stipulations de la « *lettre d'autorisation d'utilisation d'image* » aient été méconnues. Le pourvoi est donc rejeté.

LP Cet arrêt sera commenté dans un prochain numéro

DROIT D'ACCÈS

327-06 Pour la Cada, le code source d'un logiciel produit par la DG des finances publiques est un document administratif communicable à l'administré qui le demande

Commission d'accès aux documents administratifs, 8 janvier

2015 - M. X c/ Direction générale des finances publiques

■ Un chercheur avait saisi la Commission d'accès aux documents administratifs, à la suite du refus opposé par le directeur général des finances publiques à sa demande de communication du code source du logiciel simulant le calcul de l'impôt sur les revenus des personnes physiques, afin de pouvoir le réutiliser pour ses travaux de recherche universitaire.

La Cada rappelle que le code source d'un logiciel est un ensemble de fichiers informatiques qui contient les instructions devant être exécutées par un microprocesseur. Elle estime que les fichiers informatiques constituant le code source sollicité, produits par la direction générale des finances publiques dans le cadre de sa mission de service public, revêtent le caractère de documents administratifs, au sens de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978. Ce code est, de ce fait, communicable à toute personne qui le demande, conformément à l'article 2 de la même loi, dès lors, compte tenu des dispositions du g du 2° du I de l'article 6 de cette loi, que sa communication ne paraît pas porter atteinte à la recherche des infractions fiscales. En application de l'article 4, il doit être communiqué, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration, par la délivrance d'une copie sur un support compatible avec celui qu'elle utilise, aux frais du demandeur, ou par courrier électronique et sans frais. En vertu de l'article 10 relatif à la réutilisation des informations publiques, et à moins que des tiers à l'administration détiennent des droits de propriété intellectuelle sur ce code, il peut être utilisé par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public de l'administration fiscale, notamment pour les besoins de la recherche en économie, telle celle à laquelle le demandeur consacre ses travaux. La commission émet un avis favorable à la communication du code source sollicité, sous la forme sous laquelle l'administration le détient. Le demandeur est libre de le réutiliser dans les conditions fixées à l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978, en l'absence de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers à l'administration, dont le directeur général des finances publiques ne fait pas état.

👁 Voir texte et commentaire, p. 302

INJURE

327-07 Constitution du délit d'injures publiques avec absence de provocation

Tribunal de grande instance de Paris, (17^e ch.), 14 avril 2015 - B. de La Villardière c. M. Campion

■ Sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers entraverait la contribution de la presse aux débats d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raison particulièrement sérieuse.

En l'espèce, une chaîne de télévision avait diffusé un reportage télévisé consacré aux marchés de Noël, dénonçant leur caractère mercantile, leurs « produits douteux et arnaques », et présentant le dirigeant du marché de Noël de Paris, installé sur

les Champs Élysées, comme un personnage sulfureux. À la suite de ce reportage, de vifs échanges avaient été exprimés entre ledit dirigeant et le journaliste producteur de cette émission. Un site d'informations consacré au secteur des médias avait fait état de ce différend, relayant les propos tenus par le dirigeant du marché lors d'une interview radiophonique : « *B.V. travaille dans la merde. Pendant la guerre, il aurait dénoncé les Juifs !* ». Le journaliste avait fait citer ce dernier devant le tribunal correctionnel du chef d'injures publiques envers un particulier. Le tribunal retient que les diverses expressions employées à partir du mot « merde » (« *il travaille dans la merde* ») associé au patronyme de la partie civile (« *Monsieur de la Merdière* ») et l'accusation qui lui est faite d'être un « *délateur* », tout en expliquant que les « *abrutis qui font de la délation, c'est dommage, ils sont dans une mauvaise époque, ils auraient dû être là en 1940, ils auraient eu des grades* », constituent autant d'expressions outrageantes visant le requérant, de termes de mépris exprimés de façon violente et grossière, et non des propos susceptibles d'être requalifiés en diffamation ou d'être absorbés par des allégations diffamatoires. En revanche, le tribunal considère que les propos « *à un gamin, on lui met un coup de pied dans le cul ou on lui tire l'oreille* », aussi déplaisants qu'ils soient, ne revêtent aucun caractère injurieux. Celui-ci écarte l'excuse de provocation invoquée par le prévenu pour s'exonérer de sa responsabilité. En effet, il constate que ces propos sont intervenus après que, le lendemain de la diffusion de l'émission, il a fait publier un communiqué de presse faisant part de son profond désaccord avec le reportage, et après qu'il a adressé une lettre recommandée au journaliste. Dès lors, celui-ci ne saurait invoquer le fait qu'il était « *piqué au vif* » pour expliquer les propos tenus, lesquels étaient manifestement disproportionnés dès lors qu'ils qualifiaient l'animateur de « *délateur* » ayant recours à des pratiques contraires aux valeurs républicaines. Celui-ci est déclaré coupable d'injures publiques et condamné à une peine d'amende de 300 euros ainsi qu'à verser 2 000 euros de dommages-intérêts au journaliste. En revanche, l'éditeur du site d'informations ayant relayé ses propos est renvoyé des fins de la poursuite, puisque l'article mis en ligne s'est borné à reproduire les propos exprimés par le prévenu lors d'une interview sans les déformer ni les reprendre à son compte, tout en mentionnant en fin d'article que ces propos, « *d'une rare violence* », « *devraient sans doute faire l'objet de poursuites* ».

Un appel a été formé

327-08 Diffusion d'un dessin humoristique, extrait de *Charlie Hebdo*, visant une femme politique, non constitutive d'une faute civile

Cour d'appel de Paris, (pôle 2, ch. 7), 2 avril 2015 - M. Le Pen c/ R. Pflimlin, L. Ruquier

■ La cour était saisie par la partie civile d'un jugement de relaxe définitif, le Ministère public n'ayant pas fait appel, qui avait débouté Marine Le Pen de ses poursuites pour injure, à la suite de la présentation, dans une émission de divertissement, des différentes affiches des candidats à l'élection présidentielle imaginées et publiées dans l'édition de la semaine de *Charlie Hebdo*. L'intéressée était comparée sur son affiche à « *un énorme étron fumant* », avec la mention « *Le Pen la candidate qui vous ressemble* ». Elle sollicitait la réformation du jugement pour qu'il soit jugé que l'utilisation du dessin litigieux était constitutive d'une faute civile, qui devait être réparée. La cour d'appel estime

que l'appelante ne peut considérer qu'il s'agit d'une attaque personnelle destinée à porter atteinte à sa dignité en tant que femme, alors que le téléspectateur comprend nécessairement qu'elle est visée en tant que candidate à l'élection présidentielle. Elle confirme que le dessin en cause se situe dans le registre d'une forme d'humour particulièrement débridée, propre à *Charlie Hebdo*, n'hésitant pas à user d'images scatologiques et que l'expression humoristique doit être d'autant plus permise et acceptée lorsqu'elle vise, comme en l'espèce, une personnalité politique. La cour relève en outre que l'animateur a pris le soin de préciser le registre satirique dans lequel devaient être compris les dessins présentés. Il a ainsi manifesté clairement l'intention, non pas de présenter une image injurieuse ou dégradante de la partie civile, mais de provoquer le rire de l'auditoire et de faire réagir son invité à ces pseudo-affiches électorales. La cour confirme ainsi que la diffusion du dessin litigieux ne revêt aucun caractère fautif. Le jugement est confirmé en ses dispositions civiles.

Un pourvoi a été formé

327-09 Dessin humoristique d'une femme politique, présenté au cours d'une émission de divertissement, non constitutif d'injure car dénué du moindre sérieux

Cour d'appel de Paris, (pôle 2, ch. 7), 2 avril 2015 - R. Pflimlin, L. Ruquier et France Télévisions c/ M. Le Pen

■ L'appréciation du caractère injurieux relève du pouvoir du juge et doit s'effectuer en fonction du contexte, et de manière objective, c'est-à-dire sans se fonder sur la perception personnelle des victimes, le genre du mode d'expression en cause devant également être pris en considération.

En l'espèce, le directeur de la publication de France Télévisions ainsi que le présentateur d'une l'émission de divertissement faisaient appel de leur condamnation pour injure, en raison de la présentation à l'antenne d'un dessin satirique de la présidente du Front national. L'image litigieuse représentait « *l'arbre généalogique de Marine Le Pen* » et comportait la photographie de celle-ci au centre, formant, par quatre branches principales, une croix gammée. Elle était présentée à l'occasion de la parution d'un ouvrage portant sur la généalogie des personnalités publiques, dans une séquence à visée humoristique montrant les arbres généalogiques de François Hollande, Nicolas Sarkozy, Christine Boutin et Dominique Strauss-Kahn, représentés respectivement par un rosier, un bonsaï, une croix et un phallus. Ainsi, chaque image faisait référence à une caractéristique propre, si ce n'est réelle, prêtée au personnage. Le tribunal avait estimé que l'humour, en l'occurrence, ne suffisait pas à mettre une distance susceptible de faire perdre au dessin tout caractère sérieux par l'outrage ou la dérision et que le rapprochement ainsi opéré par le nom et l'image de Marine Le Pen avec une croix gammée, emblème des nazis, revêtait un caractère manifestement outrageant qui par son excès avait dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression, et ce même dans le contexte en cause. La cour d'appel rappelle le contexte, à savoir que l'émission en cause est une émission de divertissement et que la séquence litigieuse était destinée à faire rire l'auditoire. La cour était donc appelée à apprécier si le dessin litigieux, censé exprimer, pour chacune des personnalités présentées, les idées qui les animeraient, a pu conserver une part de sérieux. La cour recherche si la présentation qui est faite de l'image de Marine Le Pen ne revient pas à

la qualifier elle-même de « nazie », ce qu'elle considère comme outrageant à son égard. Mais elle observe que le registre de la satire et de la bouffonnerie propre à la séquence en cause, a pour but de faire rire, certes en se moquant des personnalités qui y sont présentées, mais sans délivrer pour autant un message de mépris à leur égard. Il ne permet pas d'interpréter le dessin litigieux, en raison de son caractère manifestement outrancier et dénué du moindre sérieux, comme donnant de M^{me} Le Pen une image reflétant un tant soit peu la réalité de son positionnement politique et de l'idéologie qui l'animerait. Le jugement est donc infirmé et les prévenus sont renvoyés des fins de la poursuite. Marine Le Pen, du fait de la relaxe, est déboutée de ses demandes de réparation au titre du préjudice subi.

Un pourvoi a été formé

327-10 Les propos prononcés par un avocat lors d'une plaidoirie devant la cour peuvent être constitutifs de provocation au sens de l'article 33 alinéa 2 de la loi de 1881

Cour de cassation, (ch. crim.), 31 mars 2015 - M. Gilles C.

■ Lors d'une audience devant le tribunal correctionnel, une femme qui accompagnait son mari, gérant de la librairie « Résistances » et partie civile dans la poursuite exercée contre les auteurs du saccage de son établissement, s'était adressée à l'avocat des prévenus, en lui disant « *Vous êtes un salaud!* », alors que celui-ci venait, dans sa plaidoirie, d'établir un parallèle entre les actions de boycott des produits israéliens, que celle-ci prônait, et l'ostracisme des commerces juifs orchestré par le régime nazi. L'avocat concerné avait porté plainte et s'était constitué partie civile du chef d'injure publique envers un particulier. L'intéressée avait été renvoyée devant le tribunal correctionnel. Les premiers juges avaient retenu le caractère injurieux de l'expression incriminée, mais avaient relaxé la prévenue au bénéfice de l'excuse de provocation. Un appel avait été formé. La cour d'appel avait confirmé le jugement. L'avocat s'était pourvu en cassation. La Cour rejette le pourvoi. Elle retient, à l'instar de la cour d'appel, que l'injure spontanément proférée par la prévenue, qui était personnellement visée par la comparaison établie par le conseil des prévenus, répondait directement à des propos qui, eu égard aux circonstances dans lesquels ils avaient été tenus, étaient de nature à porter gravement atteinte à son honneur et à ses intérêts moraux, et dès lors que l'immunité dont bénéficient les discours prononcés devant les tribunaux, en vertu de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, n'interdisait pas de leur attribuer, le cas échéant, le caractère d'une provocation au sens de l'article 33 alinéa 2 de la même loi.

327-11 Relaxe d'un comédien poursuivi pour injures publiques envers un membre du gouvernement

Tribunal de grande instance de Paris, (17^e ch.), 24 mars 2015 -

M. Valls c/ D. Mbala Mbala

■ Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier. En l'espèce, un homme politique, ancien ministre de l'Intérieur, avait déposé plainte pour injure publique envers un membre du gouvernement après avoir découvert la diffusion sur internet, par un polémiste, d'une vidéo intitulée « *Dieudonné répond à Valls!!!* ». L'auteur de la vidéo avait été cité directement devant

le tribunal correctionnel. Celui-ci relève tout d'abord que la vidéo en cause s'inscrit dans un contexte particulier, à savoir le débat sur l'interdiction des spectacles du prévenu. Ainsi, la vidéo comporte un extrait d'un discours du ministre, repris d'une chaîne d'information, dans lequel ce dernier fait référence au comédien, et à la nécessité de combattre certaines idées diffusées sur internet. La vidéo comporte ensuite une série d'expressions vives et critiques à l'encontre de la partie civile. Le tribunal relève que le prévenu emploie le terme « *brèle* » pour qualifier le ministre, mot désignant de manière argotique une personne stupide et incompétente. Puis il déclare que celui-ci va « *dégager (...) avec l'eau des chiottes* » pour signifier que la partie civile est sans avenir politique, comme étant vouée à disparaître. Pour les juges, si ces propos présentent un caractère outrageant, il est également établi que ces propos interviennent dans le cadre d'une polémique politique, relative à la récente interdiction des spectacles du prévenu. Ces propos, malgré le ton employé, sont l'expression d'une opinion politique visant un personnage public, dont les choix l'amènent tant à solliciter les suffrages qu'à se soumettre à la critique. Par conséquent, le prévenu n'a pas dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression. Par ailleurs, le tribunal note qu'une partie des propos poursuivis se réfère à des faits précis. Il en va ainsi des expressions, certes polémiques, « *mauvaise qualité de son jeu d'acteur* », « *air de Mussolini* », « *moitié trisomique...* » qui sont des imputations relatives à la gestuelle et à la façon de s'exprimer du ministre lors de son discours visant le prévenu. De même, les termes « *petit soldat israélien veule et docile* », qui imputent à la partie civile de favoriser la politique d'un État étranger, constituent l'allégation d'un fait précis ; ces propos ne sont donc pas constitutifs d'injures. Enfin, le tribunal retient que les dernières expressions poursuivies n'incluent aucune expression outrageante, termes de mépris ou invectives, s'agissant de considérations relatives à un homme politique qui, selon le prévenu, ne servirait « *que ses propres intérêts* », ou n'aurait « *aucune consistance* ». Le prévenu est renvoyé des fins de la poursuite.

327-12 L'emploi du terme « *salope fascisante* » dans le cadre de la polémique politique bénéficie d'une licence particulière

Cour d'appel de Paris, (pôle 2 - ch. 7), 18 mars 2015 - M. Le Pen c/ N. Bedos et a.

■ L'idée que se fait l'auteur d'une injure de son sens ou de sa portée est indifférente à son appréciation. En effet, doit seule être prise en compte sa perception par son destinataire et plus encore par un auditoire ou un lectorat, la publicité étant un élément constitutif non seulement de l'infraction, lorsqu'elle est poursuivie, mais encore du préjudice qu'elle a pu causer. En l'espèce, un journal hebdomadaire avait publié le « *billet d'humeur* » d'un journaliste et polémiste dans lequel il qualifiait une femme politique de « *salope fascisante* ». Celle-ci avait poursuivi le directeur de la publication et le journaliste du chef d'injures publiques. Les premiers juges avaient relaxé les prévenus. La partie civile avait fait appel. La cour relève tout d'abord que les intimés ne contestent pas le caractère intrinsèquement injurieux du terme « *salope* ». Elle note ensuite que l'appelante est bien fondée à se sentir outragée par le terme « *salope* ». Néanmoins, elle estime que sa plainte a artificiellement isolé ce mot d'une locution qui lui donne un autre sens soit « *salope*

fascisante ». Pour la cour, cette expression doit être resituée dans le contexte d'un billet d'humeur de nature politique qui ne vise pas l'appelante à titre principal. Elle considère que l'injure alléguée intervient dans le cadre d'une polémique politique qui justifie une licence particulière. Le propos de la chronique est l'expression cohérente d'une opinion politique visant des personnages publics dont les choix amènent tant à solliciter les suffrages qu'à se soumettre à la critique. En conséquence, le jugement est confirmé.

INTERNET

327-13 La Ligue de football professionnel fait interdire la diffusion des matchs de ligues 1 et 2 sur un site de streaming, qualifié d'éditeur

Tribunal de grande instance de Paris, (5^e ch. 2^e sect.), 19 mars 2015 - Ligue de football professionnel c/ Puerto 80 Project

■ L'article 6-1-2 de la loi LCEN du 21 juin 2004 donne la définition de l'hébergeur, dont il se déduit a *contrario* celle de l'éditeur le quel, par référence à la définition d'éditeur de service de médias audiovisuels, se définit par une maîtrise éditoriale sur les contenus, et la mise à disposition d'un contenu original. La Ligue de football professionnel (LFP) avait concédé, à titre exclusif, les droits d'exploitation audiovisuelle en direct des championnats de ligues 1 et 2 aux chaînes payantes Canal Plus et beIN sport, ainsi qu'en différé sur les sites internet Youtube, Dailymotion et l'Équipe. Constatant qu'un site internet espagnol permettait d'accéder à la diffusion gratuite de compétitions sportives et proposait un agenda avec des séries de liens hypertextes permettant de visionner en direct ou léger différé des matchs, dont ceux organisés par elle, la LFP lui a adressé un courrier lui demandant de supprimer les liens litigieux et de prendre toute mesure pour prévenir leur mise en ligne. Faute de réaction de la part dudit site, la LFP l'a assigné en justice. Elle estimait à titre principal que l'exploitant du site avait la qualité d'éditeur ayant un rôle actif en fournissant aux internautes les moyens de visionner des contenus protégés en fraude des ayants droit et en ce qu'il utilisait la technique de la « *transclusion* » qui donne aux internautes l'impression que la vidéo est diffusée depuis son propre site. En défense, l'exploitant se retranchait derrière sa prétendue qualité de simple hébergeur, soumis au régime de responsabilité limitée de l'article 6 de la LCEN, arguant que les internautes y postaient des liens hypertextes permettant de visionner les matchs dont il ne serait pas responsable. Il concluait à l'absence de faute au titre de l'article 1382 du Code civil. Mais le tribunal juge que la ligue détient un droit à agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en ce qu'elle a un intérêt pécuniaire important à préserver l'exclusivité de la vente de ses droits à prix élevé à ses partenaires commerciaux, sans concurrence déloyale ni diffusions gratuites. Après avoir précisé qu'un même site peut relever de deux qualifications distinctes, le tribunal observe que techniquement la société défenderesse se présente certes sous l'apparence d'un hébergeur, dont relève accessoirement son « *forum* » qui se borne à répertorier des liens renvoyant à des vidéos de courte durée (résumés de matchs) adressées par des internautes. Mais, au-delà de cet aspect technique, la société exploitant le site litigieux organise en fait sciemment, intentionnellement et à titre principal une sélection, un choix éditorial sur un thème précis, à savoir des

compétitions sportives d'actualité dans des domaines ciblés mis à jour en permanence, avec un agenda horaire et un moteur de recherche adéquat, permettant à tout public d'accéder facilement et gratuitement à des contenus protégés (en l'espèce les compétitions de la LFP en cours, en direct et en intégralité), réservés à un public restreint d'abonnés. De ce fait, elle n'est pas fondée à prétendre bénéficier du régime de responsabilité allégée accordé aux hébergeurs par la LCEN. Le tribunal fait donc droit à la demande de la LFP tendant à voir supprimer et interdire sous astreinte la mise en ligne sur son site de liens hypertextes permettant de visionner les matchs de compétitions organisées par la LFP en direct ou léger différé (à l'exclusion de liens permettant d'accéder à des matchs passés précédemment diffusés) et de toute rubrique répertoriant ces liens. Le tribunal ordonne également l'information des internautes, via un encart lisible lors de la connexion et pendant quinze jours, de l'interdiction de la publication de compétitions organisées par LFP en direct ou léger différé. Sur le préjudice, alors que la LFP se prévalait d'un préjudice de plus de 8 millions d'euros pour les six matchs diffusés en direct en 2014 par le site litigieux, le tribunal relève qu'elle n'établit aucunement avoir subi une perte sur le montant de la cession des droits de diffusion en direct à ses partenaires commerciaux, à la suite de la mise en ligne de liens permettant de voir gratuitement certains matchs. Elle n'établit pas plus de plainte adressée par ces partenaires en raison d'une diminution des abonnés payants consécutive aux mises en ligne critiquées. Le tribunal lui alloue 100 000 euros à titre de préjudice moral, consistant en une perte de crédibilité à l'égard de ses partenaires.

327-14 Liens commerciaux : contrôle de la Cour de cassation sur la responsabilité d'un moteur de recherche ayant fait usage d'une marque comme mot-clé

Cour de cassation, (ch. com.), 20 janvier 2015 - SNCF c/ Sté Tuto4PC.com

■ La SNCF, titulaire de huit marques semi-figuratives et verbales « SNCF », « TGV », « Transilien », « Voyages-sncf.com » et « Voyages-sncf », constatant qu'un moteur de recherche utilisait ses marques à titre de mots-clés afin de diriger, par l'affichage de liens commerciaux, le consommateur vers des sites concurrents proposant des produits et services identiques aux siens, assigna la société locataire des serveurs sur lesquels étaient hébergés le site en question ainsi que l'éditeur du site pour atteinte à la renommée de ses marques et pratiques commerciales trompeuses. Confirmant en cela la décision de première instance, la cour d'appel refusa de reconnaître la qualité d'hébergeur au moteur de recherche défendeur qui soutenait être intervenu comme tel dans le cadre du programme *AdSense* de Google et, partant, de lui appliquer le régime de responsabilité limitée instauré par l'article 6, I-2 de la LCEN. Mais la Cour de cassation juge qu'en constatant que les liens commerciaux affichés ne sont pas nécessairement issus du moteur de recherche Google et que la société défenderesse est à l'origine de ces modifications pour en déduire que celle-ci a mis en place son propre système d'annonces commerciales, la cour s'est déterminée par des motifs impropres à caractériser le rôle actif de cette dernière, de nature à lui confier la connaissance ou le contrôle des données stockées par les annonceurs et a privé sa décision de base légale. De même la cour avait relevé que la société ne

s'était pas bornée à stocker des informations de nature publicitaire mais qu'elle avait inséré, de façon délibérée, dans sa page d'accueil, le mot-clé « SNCF », lequel dirigeait l'internaute vers des liens concurrents, et a retenu qu'elle avait la maîtrise des mots-clés dans la mesure où elle a pu supprimer cette mention en exécution de la décision de première instance. Mais la Cour de cassation juge qu'en se déterminant ainsi, sans définir en quoi l'insertion, à titre de raccourci, d'un mot-clé renvoyant l'internaute à une page de résultats affichés par le moteur de recherche, puis sa suppression, caractériseraient un rôle actif de la société défenderesse, de nature à lui confier la connaissance et le contrôle des données stockées par les annonceurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

👁 Sur cette affaire, voir également **MARQUE**

👁 Voir commentaire, p. 297

LIBERTÉ D'EXPRESSION

327-15 La condamnation d'un avocat pour propos jugés diffamatoires à l'égard de juges d'instruction est déclarée contraire à l'article 10 par la Grande chambre de la Cour EDH

Cour européenne des droits de l'homme, (Grande chambre),

23 avril 2015 - *Morice c/ France*

■ La Grande chambre de la Cour EDH était saisie de la condamnation pénale d'un avocat, en raison de propos relatés dans la presse, pour complicité de diffamation des juges d'instruction qui venaient d'être dessaisis de l'information relative au décès du juge Borrel. Le requérant avait en effet demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre après que la Cour EDH a conclu à la violation de l'article 6 par. 1 et à la non-violation de l'article 10.

Le requérant invoquait le droit des avocats à intervenir dans la presse pour défendre leurs clients. La Cour rappelle à ce sujet la distinction dans sa jurisprudence entre les propos tenus par l'avocat dans le prétoire et en dehors. Les premiers restent dans la salle d'audience et appellent une grande tolérance face aux propos critiques. Pour les seconds, il convient de s'assurer qu'ils ne constituent pas une attaque gratuite sans lien direct avec les faits de l'espèce. Cela étant, en l'occurrence, la Cour ne décèle pas dans quelle mesure les déclarations litigieuses de l'intéressé participaient directement à sa mission de défense de M^{me} Borrel, puisque l'instruction se poursuivait devant un autre juge qui n'était pas mis en cause. Le requérant invoque également son droit de contribuer à un débat d'intérêt général. La Cour estime en effet que ses propos, qui concernaient le fonctionnement de la justice et le déroulement de l'affaire en cause, s'inscrivaient ainsi dans le cadre d'un débat d'intérêt général, étant rappelé que le public a un intérêt légitime à être informé des procédures en matière pénale. Dans ce contexte, les autorités avaient une marge d'appréciation particulièrement réduite quant aux restrictions susceptibles d'être apportées à la liberté d'expression. La Cour souligne néanmoins que l'avocat ne saurait être assimilé à un journaliste : si sa position particulière dans l'administration de la justice le place dans une situation de témoin privilégié pour en dénoncer les éventuels dysfonctionnements, il ne saurait de ce fait être assimilé à un témoin extérieur chargé d'informer le public, étant par ailleurs directement impliqué dans la défense d'une partie. Concernant la base factuelle des propos litigieux et

Le contexte de l'affaire, la Cour estime que les propos de l'avocat requérant constituaient des jugements de valeur, lesquels ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude, mais exigent cependant l'existence d'une « base factuelle » suffisante. En l'occurrence, la Cour est d'avis que tel était bien le cas, et que les propos litigieux avaient un lien étroit avec les faits et n'étaient ni trompeurs ni gratuits. La Cour rappelle que le contexte de l'affaire doit toujours être dûment pris en compte dans des affaires portant sur l'article 10; celui-ci se caractérisait non seulement par le comportement des juges d'instruction et par les relations du requérant avec l'un d'eux, mais également par un historique très spécifique, la dimension interétatique en découlant, ainsi que par son important retentissement médiatique. Alors que ce contexte particulier revêtait une grande importance, la cour d'appel a donné une portée très générale à certains termes que M^e Morice avait utilisés. En outre, les propos du requérant, s'ils faisaient montre d'une certaine hostilité, concernaient d'éventuels dysfonctionnements judiciaires, sur lesquels un avocat doit pouvoir attirer l'attention du public. La Cour estime que, s'il peut s'avérer nécessaire de protéger les autorités judiciaires des attaques gravement préjudiciables et sans fondement, cela ne saurait avoir pour effet d'interdire aux individus de s'exprimer, par des jugements de valeur reposant sur une base factuelle suffisante, sur des sujets d'intérêt général liés au fonctionnement de la justice. En l'espèce, les limites de la critique admissible à l'égard de magistrats appartenant aux institutions fondamentales de l'État étaient plus larges que pour les simples particuliers; et les magistrats en question pouvaient ainsi faire l'objet des commentaires litigieux. La Cour relève que le requérant n'a pas seulement été condamné au pénal: il a fait l'objet d'une sanction importante, sa qualité d'avocat ayant même été retenue pour justifier une plus grande sévérité. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que sa condamnation pénale s'analyse en une ingérence disproportionnée dans son droit à la liberté d'expression et elle conclut par conséquent à la violation de l'article 10.

LP Cette décision sera commentée dans un prochain numéro

MARQUE

327-16 Absence d'usage, dans la vie des affaires, de marques utilisées par un moteur de recherche dans des liens commerciaux

Cour de cassation, (ch. com.), 20 janvier 2015 - SNCF c/ Sté Tuto4pc.com

■ La CJUE par arrêt du 23 mars 2010 (*Google France*) a dit pour droit que le prestataire d'un service de référencement sur internet, qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe « dans la vie des affaires », au sens de l'article 5, par.1 et 2 de la directive Marques 89/104/CE. La SNCF, titulaire de huit marques semi-figuratives et verbales « SNCF », « TGV », « Transilien », « Voyages-sncf.com » et « Voyages-sncf », constatant qu'un moteur de recherche utilisait ses marques à titre de mots-clés afin de diriger, par l'affichage de liens commerciaux, le consommateur vers des sites concurrents proposant des produits et services identiques aux siens, assigna la société locataire des serveurs sur lesquels étaient hébergés le site en question ainsi que l'éditeur du site pour atteinte à la renommée de ses marques et pratiques commerciales trompeuses. La cour

d'appel a engagé la responsabilité de la société en charge du moteur de recherche dans les conditions du droit commun et sanctionné au titre de l'article L. 713-5 du CPI et de l'atteinte à la marque renommée, mais aussi de l'article L. 121-1 du Code de la consommation et des pratiques commerciales trompeuses. La Cour de cassation juge que, après avoir relevé que l'usage, à l'identique ou par imitation, des marques de la SNCF comme mots-clés par le moteur de recherche en cause générait l'affichage de liens commerciaux dirigeant les internautes en priorité vers des sites concurrents de ceux de la SNCF qui proposaient, à l'exception d'un site de rencontres, des prestations identiques ou similaires à prix réduits, retient que la société défenderesse, en faisant en toute connaissance de cause bénéficier les internautes du pouvoir attractif de ces marques, tire indûment profit de la notoriété de celles-ci et lèse ainsi les intérêts de leur titulaire, la cour a violé les dispositions susvisées. La Cour de cassation juge que la cour d'appel a également eu recours à des motifs impropres pour caractériser une publicité fautive ou de nature à induire en erreur portant sur un ou plusieurs éléments énumérés par l'article L.121-1 du Code de la consommation.

👁 Sur cette affaire, voir également INTERNET

👁 Voir texte et commentaire, p. 297

PRESCRIPTION

327-17 Précisions sur la notion d'« acte de poursuite ou d'instruction interrompant la prescription »

Cour de cassation, (ch. crim.), 3 mars 2015 - M. Jamil X.

■ Un particulier avait porté plainte pour diffamation publique. Le juge d'instruction, qui avait constaté la prescription de l'action publique, avait rendu une ordonnance de non-lieu, qui avait été confirmée en appel par la chambre de l'instruction. La partie civile s'était pourvue en cassation. La Cour rejette le pourvoi. Elle relève que la chambre de l'instruction a retenu que le courrier du 27 juin 2012 par lequel le magistrat de liaison français en Allemagne a communiqué la commission rogatoire internationale au ministre de la Justice du Land de Berlin est un acte d'administration de la justice ne pouvant être considéré comme un acte de poursuite ou d'instruction interrompant la prescription. La cour d'appel avait précisé qu'à compter du 20 juin 2012, aucun acte n'étant venu interrompre la prescription avant le 20 septembre suivant, celle-ci était acquise. Elle avait ajouté qu'aux termes de l'article 84 du Code de procédure pénale, tout juge d'instruction, en cas d'urgence, pouvant suppléer un autre magistrat instructeur, la partie civile, qui ne justifie pas avoir interrompu la prescription par le dépôt d'une demande à laquelle il n'aurait pas été répondu, ne peut invoquer la suspension de la prescription en raison d'un obstacle de droit.

PRÉSUMPTION D'INNOCENCE

327-18 Publication d'un article traitant d'une affaire judiciaire en cours, susceptible de porter atteinte à la présomption d'innocence du prévenu

Cour de cassation, (1^{re} ch. civ.), 19 mars 2015 - M.X. c/ Sté La Provence

■ S'estimant victime d'une atteinte à la présomption d'innocence à la suite de la publication d'un article intitulé « Marseille: le procès d'un laboratoire clandestin de médicaments », un homme avait assigné l'éditeur du journal, sur le fondement de

l'article 9-1 du Code civil, pour obtenir le paiement de dommages-intérêts ainsi que la diffusion d'un communiqué rectificatif. Les juges du fond avaient rejeté ses demandes. Celui-ci s'était pourvu en cassation. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle approuve la cour d'appel qui a relevé, d'une part, qu'il ne pouvait s'inférer des termes du paragraphe incriminé, selon lesquels « deux pharmaciens lyonnais, M.X., gérant d'une société employant cinq pharmaciens et deux préparateurs, ainsi que M. Y., transformaient les composants importés de Belgique en soluté, crème, comprimés, suppositoires. Les colis étaient expédiés à plusieurs centaines de clients sur tout le territoire national. M.Y. assure s'être laissé convaincre de l'innocuité de ces fabrications et avoir réclamé de meilleures conditions d'asepsie pour les campagnes de production », que M. X. ait pu savoir qu'il fabriquait des produits illégaux et nocifs, d'autre part, que la tonalité générale de l'article présentait l'association Choisis la vie comme étant à l'origine de cette fabrication et de la mise sur le marché sans autorisation, dans le cadre « d'une forme de médecine compassionnelle » dont le journaliste ajoutait qu'elle devrait donner lieu à débat. Pour la Haute Juridiction, la cour d'appel en a exactement conclu, sans compromettre la dénaturation alléguée, que l'article litigieux ne manifestait pas, de la part du journaliste rédacteur, un préjugé tenant pour acquise la culpabilité du requérant, de sorte que l'atteinte à la présomption d'innocence n'était pas constituée.

STATUT PROFESSIONNEL

327-19 Impossibilité de faire appel des décisions de la Commission arbitrale des journalistes, selon la Cour de cassation

Cour de cassation, (ch. soc.), 15 avril 2015 - Christine J. c/ Sté Les Echos et a.

■ Il résulte de l'article L. 7112-4 du Code du travail que la décision de la Commission arbitrale des journalistes ne peut être frappée d'appel.

En l'espèce, une journaliste qui avait été licenciée par son employeur, avait relevé appel de la décision par laquelle la Commission arbitrale des journalistes, constatant qu'elle n'avait pas une ancienneté supérieure à quinze ans, l'avait déboutée de sa demande de complément d'indemnité de licenciement fondée sur l'ancienneté. L'ordonnance du conseiller de la mise en état avait constaté la caducité de la déclaration de recours faute de conclusion dans le délai de trois mois prévu par l'article 908 du Code de procédure civile, décision confirmée en appel. La journaliste s'était pourvue en cassation. La Haute Juridiction rejette le pourvoi. Elle précise que l'impossibilité de faire appel des décisions de la Commission arbitrale des journalistes résulte de l'article L. 7112-4 du Code du travail, et que ces dispositions ne méconnaissent pas le droit à un recours juridictionnel effectif puisque la décision de la Commission d'arbitrage des journalistes peut faire l'objet, devant la cour d'appel, d'un recours en annulation formé selon les règles applicables en matière d'arbitrage et que l'arrêt de la cour d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation. La Cour considère que c'est à juste titre que la cour d'appel, ayant constaté que l'intéressée à qui il incombait d'accomplir les actes nécessaires à la régularité de la procédure avec représentation obligatoire applicable en la matière, n'avait pas conclu dans le délai de trois mois à compter de la déclaration de recours, et a pu décider, sans méconnaître

les exigences de l'article 6 par. 1 de la Convention EDH, que le non-respect des prescriptions légales justifiait la sanction édictée par l'article 908 du Code de procédure civile.

327-20 La saisine de la Commission arbitrale des journalistes n'est possible que si la rupture du contrat de travail est à l'initiative de l'employeur

Cour de cassation, (ch. soc.), 9 avril 2015 - MM. X c/ Sté France Médias Monde

■ Il résulte des dispositions des articles L. 7112-3 et L. 7112-4 du Code du travail que la saisine de la Commission arbitrale suppose, outre la condition d'une ancienneté excédant quinze années, une rupture à l'initiative de l'employeur.

En l'espèce, une société audiovisuelle publique avait, dans le cadre d'un plan global de modernisation imposant la mise en œuvre d'un licenciement collectif pour motif économique, élaboré un projet de plan de sauvegarde de l'emploi en permettant aux salariés potentiellement concernés par la suppression de leur poste de se porter volontaires au départ. Quatre salariés avaient ainsi conclu avec leur employeur une convention de rupture amiable pour motif économique. Ils avaient saisi la Commission arbitrale des journalistes pour voir fixer leur indemnité de congédiement. Ladite commission s'était prononcée, mais la cour d'appel avait annulé les décisions rendues. Les journalistes s'étaient pourvus en cassation. La Cour rejette le pourvoi. Elle approuve la cour d'appel qui a noté que la rupture du contrat de travail pour motif économique pouvant résulter non seulement d'un licenciement, mais aussi d'un départ volontaire dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, qui a constaté que le départ décidé par les salariés entrait dans le champ d'application de ce plan, et qui en a exactement déduit que leur contrat avait fait l'objet d'une résiliation amiable, ce qui excluait une rupture à l'initiative de l'employeur.

327-21 Refus d'accorder à un rédacteur graphiste le bénéfice de l'abattement forfaitaire prévu à l'article 81 1° du CGI pour les journalistes

Conseil d'État, (3^e et 8^e sous-sect. réunies), 20 mars 2015 - M. A.

■ Un homme exerçant les fonctions de rédacteur graphiste auprès de la rédaction du journal hebdomadaire *TV Hebdo* avait été assujéti à des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu après que l'administration fiscale eut remis en cause l'abattement forfaitaire de 7 650 euros qu'il avait pratiqué dans ses déclarations de revenus sur le fondement de l'article 81 1° du Code général des impôts. Il avait saisi le tribunal administratif d'une demande tendant à la décharge de ces cotisations supplémentaires. Le tribunal avait rejeté ses demandes, décision confirmée en appel. L'intéressé avait saisi le Conseil d'État. Celui-ci rejette le pourvoi. Les Hauts Magistrats approuvent la cour administrative d'appel qui a relevé, en se référant à une attestation de la directrice des ressources humaines de la société, que le salarié était chargé, sous l'autorité de son rédacteur en chef, de concevoir, préparer, réaliser ou exécuter la présentation graphique des textes, des photos, des dessins et, d'une manière générale, de tous les éléments visuels du journal. Il avait également été relevé que si le requérant assistait aux réunions de la rédaction, travaillait en interaction avec les journalistes, notamment sur le choix des sujets et des photos, et rédigeait des légendes et des intertitres, ses fonctions, bien que s'insérant dans la chaîne

des travaux nécessaires à l'élaboration du journal, n'incluaient, par elles-mêmes, ni la rédaction d'articles ni la recherche iconographique, de sorte que l'on pouvait déduire que l'intéressé ne participait pas ainsi directement à l'élaboration de l'information. Pour le Conseil d'État, la cour a justement retenu que les fonctions exercées par celui-ci ne pouvaient être regardées comme étant au nombre de celles mentionnées au 1° de l'article 81 du CGI et elle n'a pas méconnu la portée de ces dispositions, qui impliquent une collaboration intellectuelle à l'élaboration du contenu de l'information des lecteurs et non la seule mise en valeur de ce contenu.

VIE PRIVÉE

327-22 Évocation de l'homosexualité d'un homme politique figurant dans un ouvrage portant sur un sujet d'intérêt général

Cour de cassation, (1^{re} ch. civ.), 9 avril 2015 - M. X. et a. c/ Sté Editions Jacob-Duverniet

■ Deux cadres d'un parti politique avaient assigné une société d'édition devant le juge des référés en vue d'obtenir l'interdiction de la diffusion à venir et la saisie du livre intitulé *Le Front national des villes et le Front national des champs* au motif que la diffusion de ce livre, qui rapportait que les requérants, respectivement secrétaire général du Front national et membre du conseil régional du Nord-Pas-de-Calais étaient homosexuels et vivaient ensemble, porterait atteinte à l'intimité de leur vie privée. Le juge des référés avait constaté que les informations révélées portaient effectivement atteinte à la vie privée des demandeurs et avait ordonné la suppression de plusieurs passages du livre. La cour d'appel avait partiellement infirmé la décision. Elle avait retenu que la révélation de l'homosexualité du secrétaire général du parti relevait du débat d'intérêt général, à la différence de la révélation concernant son compagnon, lequel ne connaissait pas la même notoriété, et pour qui l'information publiée était attentatoire à la vie privée, de même que le passage indiquant que les deux hommes vivaient ensemble, la mesure d'interdiction prononcée en référé étant ainsi justifiée. Le premier requérant, ainsi débouté, s'était pourvu en cassation. La Cour rejette le pourvoi. Elle approuve la cour d'appel qui a retenu que l'évocation de l'orientation sexuelle du secrétaire général du parti politique figure dans un ouvrage portant sur un sujet d'intérêt général, dès lors qu'il se rapporte à l'évolution d'un parti politique qui a montré des signes d'ouverture à l'égard des homosexuels à l'occasion de l'adoption de la loi relative au mariage des personnes de même sexe. Ayant ainsi apprécié le rapport raisonnable de proportionnalité existant entre le but légitime poursuivi par l'auteur, libre de s'exprimer et de faire état de l'information critiquée, et la protection de la vie privée du demandeur, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

LP Cet arrêt sera commenté dans un prochain numéro.

327-23 Une personne ne peut revendiquer une protection au titre de la vie privée d'informations accessibles au public sur son compte Facebook

Tribunal de grande instance de Paris, (17^e ch. civ.), 17 décembre 2014 - J. P. c/ Edwy Plenel et a.

■ En dehors des cas où la loi impose l'obligation de révéler sa véritable identité, chacun dispose de la liberté d'utiliser un pseudonyme pour masquer au public sa personnalité dans des activités particulières; le fait de dévoiler la véritable identité d'une personne utilisant un pseudonyme peut ainsi constituer une atteinte à sa vie privée dès lors qu'au-delà de cette révélation c'est une partie de sa personnalité qui est, contre son gré, rendue publique.

En l'espèce, une jeune femme avait saisi le tribunal de grande instance à la suite de la mise en ligne sur un site d'informations en ligne d'un article dans lequel elle était visée, intitulé « Le CV d'extrême droite de l'assistante parlementaire d'H.M. », sur le fondement du droit au respect de sa vie privée. Elle faisait valoir que de nombreuses informations révélées dans l'article poursuivi provenaient d'éléments diffusés sur son compte Facebook, sur lequel elle ne s'était pas identifiée avec son patronyme mais avec ses seules initiales afin de conserver son anonymat. Le tribunal rejette ses demandes. Il relève que bien que la requérante ait modifié son patronyme, son compte Facebook a été créé de façon relativement transparente puisqu'elle a fait état de diverses informations permettant de l'identifier telles que sa date de naissance, son activité professionnelle, une photographie la représentant ou encore le nom de sa sœur qui est le même que le sien. Le tribunal note que si la demanderesse avait souhaité que les informations publiées restent privées, il lui était loisible de ne les rendre consultables que par les personnes qu'elle déterminait. Ainsi, pour les juges, ces circonstances ne permettent pas de retenir qu'en publiant des éléments tirés de la partie publique du compte Facebook de l'intéressée, les auteurs de l'article auraient porté atteinte au respect dû à sa vie privée. De même, s'agissant de l'évocation de la relation sentimentale de la jeune femme, le tribunal constate que des clichés photographiques figuraient sur son compte Facebook, la représentant avec son compagnon dans des moments de complicité dépourvus d'équivoque. En outre, la demanderesse ne conteste pas avoir accepté de s'entretenir avec la journaliste à propos de son compagnon. Ainsi la mention de cette relation sentimentale ne porte pas atteinte au respect dû à sa vie privée dès lors que l'existence de cette relation est sortie de la sphère protégée par les dispositions de l'article 9 du Code civil. La requérante est déboutée de ses demandes.

Correspondant

Informatique et Libertés : bien plus qu'un métier

Bruno Rasle (sous la direction de)

À l'occasion du dixième anniversaire de la création du métier de Correspondant



Informatique et Libertés, l'association qui les regroupe et les représente a demandé à ses membres de publier un texte qui, chacun, montre une facette de cette

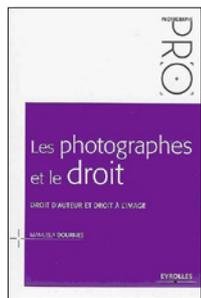
profession. Cet ouvrage aborde donc, du point de vue du praticien, des sujets très variés, qui vont du *Big Data* aux transferts internationaux de données, en passant par les labels de la Cnil, l'évolution du CIL en DPO (*Data protection officer*), la maîtrise des cookies, la validité des consentements ou les évolutions du cadre juridique en matière de e-santé, illustrant ainsi des questions qui font largement débat, tant au plan national qu'euro-péen avec la perspective fin 2015 d'une nouvelle réglementation en matière de protection des données. Ont notamment contribué à cet ouvrage : Pascal Alix, Philippe Bouchet, Éric Caprioli, Emmanuel Cauvin, Isabelle Charpentier, Garance Mathias, Bruno Rasle, sur une proposition et la direction de ce dernier.

AFCDP, mars 2015, 578 pages, 24 euros

Les photographes et le droit - Droit d'auteur et droit à l'image

Manuela Dournes

Peut-on tout photographier ? Comment protéger ses photographies et



faire respecter ses droits ? Quels sont les droits d'un photographe salarié ou journaliste ? Quelles sont les limites à la liberté d'expression ? Tous les photographes, amateurs ou professionnels, se

posent ces questions et bien d'autres. Cet ouvrage apporte des réponses

claires et concrètes aux questions de droit soulevées aussi bien lors de prises de vue (dans la rue ou dans d'autres lieux publics ou privés, images de personnes, de bâtiments, d'œuvres d'art...) que lors de la diffusion des images (sur internet, dans la presse, dans un livre...) ou de la négociation d'un contrat (commande, cession de droits, autorisation de reproduction...). De nombreux exemples de jurisprudence et des modèles de contrats sont en outre proposés et commentés. L'auteur, juriste spécialisée en droit de l'édition est l'auteur de *L'image et le droit*, paru en 2010 dans la collection « Asford », dont le présent ouvrage constitue une refonte complète consacrée aux photographes.

Eyrolles, avril 2015, 328 pages, 24 euros

Les objets connectés – Sécurité juridique et technique

Thierry Piette-Coudol

Le déferlement des objets connectés sur le marché et l'intérêt croissant des consommateurs pour ces nou-



veaux produits électroniques interrogent sur la manière dont le droit considère ces innovations et surtout comment il nous en protège. Ces objets connectés constituent en

effet une matière nouvelle, qui n'est pas encore régie par un ensemble de règles spécifiques. Cet ouvrage, destiné aux utilisateurs d'objets connectés ainsi qu'à tous les juristes, rend compte des récentes innovations et répond aux multiples questions suscitées par celles-

Les **Rendez vous de 5 heures**, organisés par l'IP Assas, se tiendront sur le thème de **l'Étude critique des réformes récentes et textes à venir en propriété intellectuelle**. Sous-thèmes :

- Le contrat d'édition refondu pour le numérique ;
 - Les singulières réformes de la durée des droits voisins et le statut des œuvres "orphelines" ;
 - Les réformes souhaitées ou redoutées en propriété industrielle.
- Avec la participation, notamment, de

AGENDA

Mai

26, 27 et 28 mai, Paris

Étude critique des réformes récentes et textes à venir en propriété intellectuelle

Les RV de 5 heures

• Le contrat d'édition refondu pour le numérique, le 26 mai 2015, de 17h à 19h.

• Les singulières réformes de la durée des droits voisins et le statut des œuvres "orphelines", le 27 mai 2015, de 17h à 19h.

• Les réformes souhaitées ou redoutées en propriété industrielle, le 28 mai 2015, de 17h à 19h.

IP Assas

www.asso.ipassas@gmail.com

Juin

1^{er} juin, Paris

Comment protéger la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis ?

Legipresse et Media Law Resource Center (MLRC)

Programme et inscription :

www.medialaw.org/paris

Renseignements :

redaction@legipresse.com

24 juin, Paris

Actualité de la propriété intellectuelle

Colloque du Master 2 de propriété

intellectuelle de l'Université

Panthéon-Sorbonne (Paris 1) et

APIA Association des étudiants

du M2 Propriétés industrielle et

artistique de Paris 1

www.master2apia.com

Marie Courboulay et Camille Lignièrès (3^e chambre du tribunal de grande instance de Paris), Alexandre Entraygues et Pauline Debré (avocats, Linklaters), Cécile Boyer-Runge (président éditions Robert Laffont), Annick de Chaunac (directrice Legal Affairs, Hermès)...

Les 26, 27 et 28 mai 2015, de 17h à 19h, au Centre Vaugirard, 391, rue de Vaugirard, 75015 Paris (asso.ipassas@gmail.com).

À l'issue de chaque après-midi : synthèse improvisée par le professeur Pierre-Yves Gautier

ci : -Que sont les objets connectés ? Quel est leur régime juridique ? Comment seront exploitées nos données personnelles, techniques, confidentielles, géolocalisées ou médicales ? Quel est le statut de ces données au regard de la loi Informatique et Libertés ? Existe-t-il une réglementation pénale spécifique ? À toutes ces interrogations viennent s'ajouter des réflexions éthiques relatives au risque de la collecte systématique des données au regard du respect des droits fondamentaux, et notamment du droit à l'oubli. À la fois technique et juridique, cet ouvrage est un outil indispensable pour tous ceux qui souhaitent comprendre l'environnement juridique global de ces nouvelles technologies.

Lexis Nexis, avril 2015, 126 pages, 29 euros

Contrats du monde de l'art - Photographe

Véronique Chambaud

Contrats du monde de l'art rassemble les contrats et accords les plus utilisés par un photographe, professionnel ou amateur : contrat d'exposition, contrat de commande, d'illustration, accord avec un modèle, autorisation de reproduction, accord de dépôt-vente,

mandat d'agent d'art, contrat de gestion de droits d'auteur droits gérés, contrat de cession de droits de reproduction, etc. Après avoir défini la notion de photographie d'art, précisé le régime des droits d'auteur du photographe sur ses créations, donné les règles essentielles de rédaction et négociation des contrats, l'ouvrage propose vingt-six modèles de contrats expliqués et adaptés aux exigences actuelles des arts photographiques. Pour chaque contrat, l'auteur, docteur en droit spécialisée en fiscalité et droit de l'art, explique son objet, clarifie les problèmes juridiques soulevés, étudie le contexte légal et jurisprudentiel, donne un commentaire pratique sur le modèle et les différentes clauses proposées, fournit des conseils pour savoir le négocier, le rédiger et pouvoir l'adapter. Avec cette troisième



édition augmentée, devenue référence dans les pratiques contractuelles du monde de l'art, l'ouvrage offre aux photographes, professionnels de l'art et leurs conseils un support de réflexion, des solutions claires et une aide à la rédaction des contrats indispensables à la sécurisation des relations sur le marché de l'art et à la défense des créations artistiques.

Art Vivens, 224 pages, 70 euros

CSA - Rapport annuel 2014

Organisé en sept parties (responsabilité des médias audiovisuels à l'égard du public ; développement économique du secteur audiovisuel ; mesure de l'impact des décisions d'autorisation délivrées par le CSA en



2014 ; indépendance et performance de l'audiovisuel public ; coopération européenne et internationale ; relations institutionnelles et communication ; moyens et ressources), le rapport public du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour l'année 2014 rend compte d'une activité marquée, notamment, par la mise en œuvre de la loi du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, qui a renforcé les responsabilités du Conseil à l'égard du service public, développé la dimension économique de sa régulation et accru son devoir de compte rendu aux pouvoirs publics. Alors que l'environnement numérique transforme

autant le modèle économique que la résonance sociale des médias audiovisuels, le CSA, par la voix de son président Olivier Schramek, rappelle qu'il entend promouvoir l'indépendance et la performance du service public, le dynamisme et le pluralisme des éditeurs privés, le rayonnement et la richesse de la création.

CSA, avril 2015, 208 pages

Commission nationale de l'informatique et des libertés - Protéger les données personnelles, accompagner l'innovation, préserver les libertés individuelles

Droit au déréférencement, cookies, drones et vie privée, données per-



sonnelles et concurrence : la première partie du bilan annuel de la CNIL rend compte des « analyses juridiques » de la Commission en 2014. Puis, après avoir

présenté son bilan d'activité (informer le grand public et les professionnels, conseiller et réglementer, accompagner la conformité, contrôler et sanctionner...), la CNIL dévoile à titre prospectif les sujets de réflexion, parmi lesquels la place des données personnelles dans la consommation de contenus culturels et ludiques, les nouvelles frontières de l'identité numérique, l'encadrement des dispositifs de caméras mobiles.

La Documentation française, avril 2015, 94 pages

DANS LES AUTRES REVUES

- Nicolas Binctin, « Droit de la propriété intellectuelle », chronique, *JCP G* 2015, p. 484.
- Elsa Costa, « Droit d'expression et liberté d'expression : les deux faces d'une même monnaie », *Conclusions, AJDA* n° 8 – 2015, p. 455.
- Pascal Mbongo, « L'apologie du terrorisme : un cas limite », act. sous TGI Paris, 16^e ch., 18 mars 2015, *JCP G* 2015, p. 363.
- Serge Regourd (sous la direction de), « Droit des médias », chronique, *JCP G* 2015, p. 515.
- Agnès Lucas-Schloetter, « Les éditeurs peuvent-ils percevoir la rémunération pour copie privée ? » Chronique, *RIDA*, 243, janv. 2015, p. 3-101.
- Jean-Paul Sudre, « Liberté d'expression et droit au respect de la vie privée d'un homme politique », *Conclusions sous Cass. civ. 1*, 9 avril 2015, *Gaz. Pal.* n° 112 à 113, 22-23 avril 2015, p. 5.

À la conquête du pouvoir numérique : du contrôle de soi au contrôle de l'internet

Compte-rendu des Rencontres annuelles du droit de l'internet 2014

Après les scandales qui ont émaillé l'internet durant ces deux dernières années, en particulier l'affaire Prism, la question de la conquête du pouvoir numérique se pose aujourd'hui avec une réelle acuité. Au plan individuel, la maîtrise de ses données numériques pose la question de la balance des intérêts entre les différents droits fondamentaux en présence. Elle met également en exergue la question des jeux de pouvoir sous-jacents au plan mondial relativement à la gouvernance de l'internet. L'association Cyberlex** a, dès 2014, initié des travaux sur ces problématiques, dont le point d'orgue a été la tenue, le 4 décembre 2014 au sein de l'auditorium de Google, des Rencontres annuelles intitulées : « À la conquête du pouvoir numérique : du contrôle de soi au contrôle de l'internet ».

Ce colloque avait pour objet, autour de deux tables rondes, de tenter d'apporter des réponses aux nombreuses interrogations soulevées par ce que l'on nomme désormais "Big Data". La première table ronde, intitulée « Le contrôle de soi au détriment du contrôle de ses données ? », a traité de la problématique du contrôle par l'individu de ses données personnelles. Le public semble averti et conscient de la nécessité de contrôler les informations le concernant. Pour autant, malgré cet éveil des consciences numériques, les outils permettant de contrôler son image et sa réputation rencontrent en pratique de nombreuses limites, de sorte que l'individu tend à perdre la maîtrise de son environnement informationnel, surtout dans le contexte du développement des objets dits « connectés ». La seconde table ronde, intitulée « Le contrôle de l'internet au cœur de jeux de pouvoir », visait quant à elle à prendre la pleine mesure du monopole exercé par les infrastructures privées américaines telles que l'Icann et des enjeux géopolitiques qui découlent du contrôle de la gouvernance mondiale de l'internet. L'enjeu majeur était de tenter de définir la place de chaque acteur (États, acteurs économiques privés, société civile) dans le contrôle de la production de la norme, qui peine à se définir clairement.

* Remerciements aux étudiants de la promotion 2015 du Master 2 Droit du multimédia et de l'informatique, Cejem (Université Paris II Panthéon Assas) et du Master 2 Droit du commerce électronique et de l'économie numérique (Université Paris I Panthéon Sorbonne).

** www.cyberlex.org. Depuis 2006, l'association Cyberlex, association du droit et des nouvelles technologies regroupant des techniciens, des juristes d'entreprises, des avocats, des professeurs de droit, des magistrats, ainsi que des professionnels du marché et des technologies numériques, organise chaque année ses « Rencontres annuelles du droit de l'internet ».



Conseil d'administration de Cyberlex

Matthieu Berguig,
Bruno Anatrella,
Corinne Thiérache,
Benoît Tabaka,
Jean-Christophe Le Toquin,
David-Irving Tayer,
Emmanuelle Cornet-Ricquebourg,
Thomas Lange

TABLE RONDE N° 1 « LE CONTRÔLE DE SOI AU DÉTRIMENT DU CONTRÔLE DE SES DONNÉES »

Modérateur : Gilles Rouvier, avocat, Lawways Avocats

La maîtrise de nos informations personnelles à l'ère du numérique est devenue indispensable, en particulier en raison de l'essor massif et récent des objets connectés, dont le but poursuivi est, pour l'essentiel, de permettre un meilleur contrôle de soi. Alors que la connaissance du fonctionnement de notre corps s'améliore par l'usage de ces objets, nous subissons dans le même temps une perte corrélatrice de contrôle sur ces informations personnelles, qui se retrouvent dupliquées et disséminées sur internet, parfois à notre insu. La collecte massive de nos données via les objets connectés façonne déjà notre quotidien. Balance, bracelet traçant la qualité de notre sommeil, montre GPS pour enregistrer nos performances quand nous courons, lunettes (voire brosse à dents et soutien-gorge que l'on peut désormais acheter !), ces objets connectés à internet collectent et transmettent en permanence des informations sur nous-mêmes et sur notre intimité. Tous les objets qui, auparavant étaient inertes, deviennent désormais des dispositifs intelligents, captant nos données personnelles pour ensuite les envoyer dans le Cloud, où elles s'accumulent massivement et constituent la matière première du "Big Data". En cherchant à améliorer le contrôle de soi, l'individu est de plus en plus analysé et « profilé ». Ce phénomène intitulé *quantified self* (ou automesure) nous permet, certes, de mieux nous connaître, mais il permet également à des tiers d'accéder à nos données les plus intimes, à commencer par les fabricants de ces objets qui mesurent en permanence nos activités... Est-ce un progrès pour l'homme ou bien basculons-nous dans un monde orwellien, totalement surveillé ?

Chroniques Compte rendu

Le contrôle de soi ne consiste pas seulement à analyser les données sur nous-mêmes, mais également à savoir ce que deviennent ces données nous concernant. À qui appartiennent-elles ? Qui a le droit de les utiliser ? Quels sont les droits des pouvoirs publics sur ces données ? La maîtrise de ces données intimes est-elle encore possible ? Ce débat a été animé par Gilles Rouvier, avocat en droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies au sein du cabinet Lawways et membre de Cyberlex. Afin d'apporter un éclairage sur les problématiques juridiques que soulève le « *contrôle de soi et le contrôle de ses données* », Cyberlex a choisi de donner la parole à des experts : Céline Castets-Renard, professeur de droit privé à l'Université Toulouse 1 Capitole ; Boris Paulin, responsable juridique chez Withings ; Anne-Sophie Bordry, fondatrice et présidente de Medicisweb, également présidente du *Think Tank* « Objets connectés et intelligents de France » ; Daniel Kaplan, cofondateur et directeur général de la Fédération internet nouvelle génération (FING) et membre du Conseil national du numérique (CNN) ainsi que François Coupez, avocat et membre de Cyberlex et Judith Rochfeld, professeur de Droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Comme Céline Castets-Renard l'a rappelé en introduisant cette table ronde, des mouvements contradictoires émergent lorsqu'il s'agit d'évaluer le pouvoir numérique de l'individu. Il existe certes des moyens de contrôler son image et sa réputation sur internet, mais ils trouvent des limites en pratique. Le droit à l'oubli, par exemple, ne se traduit concrètement que par un déréférencement de l'information sur les moteurs de recherche. Ce dispositif n'est pas satisfaisant, car l'information est toujours présente sur la toile. L'État, quant à lui, est tenté d'instaurer un contrôle, comme l'illustre la loi de programmation militaire n° 2013-1168 du 18 décembre 2013, mais il doit coopérer avec les acteurs économiques du secteur et la tutelle du juge judiciaire. Si le problème du contrôle de soi n'est pas nouveau, l'ampleur des moyens techniques et technologiques mis en œuvre permettant la collecte et la fourniture des données intimes sur la vie des individus, ainsi que la place importante qu'ont pris des acteurs économiques privés dans le contrôle de ces informations, changent les perspectives.

Boris Paulin a repris la définition du *quantified self* telle qu'élaborée par la CNIL¹ et selon laquelle il serait « *un procédé d'automesure de soi* ». Les bracelets connectés, par exemple, ont permis de constituer en seulement trois ans la plus grande base de données sur le sommeil jamais conçue. Mais le *quantified self* ne constitue qu'une partie du phénomène : désormais, les objets connectés sont aussi bien portés sur soi (*wearable technology*) que placés à l'intérieur de nos habitats. Or, on note une réelle différence d'approche entre les États-Unis et l'Europe. Outre-Atlantique, on n'assimile pas le Big Data à un risque, mais plutôt à un moyen de mieux satisfaire les consommateurs. La vision consumériste l'emporte. En Europe, au contraire, la donnée demeure attachée à la personne, un attribut de la person-

nalité qu'il faut protéger, car il n'est pas librement accessible dans le commerce. On souhaite avant tout protéger les libertés fondamentales des individus. Si, prise isolément, la donnée semble anodine, une quantité de données analysées collectivement peuvent permettre de déduire de nombreuses informations sur un individu et sur son style de vie, à son insu. C'est précisément ici que se situe le danger. Selon Boris Paulin, le cœur du problème est de savoir quelle est la qualification juridique de la donnée collectée via les objets connectés. Par ailleurs, il est difficile de délimiter la frontière entre la donnée de santé, sensible, juridiquement encadrée, et la simple donnée de bien-être, notion émergente.

Le consentement de l'utilisateur sur la collecte et l'utilisation de ses données est également au centre des interrogations sur les objets connectés. Pouvons-nous être dépossédés de nos données sans notre consentement ? L'accès à nos données par des applications suffit-il à en conserver la maîtrise ? Qu'en adient-il lorsque nous les partageons ? Autant de questions qui restent aujourd'hui juridiquement et techniquement en suspens. Il a pu être avancé lors des débats que c'est l'usage de la donnée qui doit définir son régime juridique. Les entreprises privées ne sont pas les seuls acteurs intéressés par nos données personnelles collectées par le biais des objets connectés. L'État pourrait aussi avoir vocation à s'y intéresser. Il importe donc de se donner les moyens de maîtriser nos données collectées et exploitées grâce aux objets connectés.

Pour Anne-Sophie Bordry, il n'existe pas de droit d'ingérence de l'État sur certaines données, mais les pouvoirs publics sont naturellement enclins à se poser des questions sur l'usage d'internet. La question de savoir si l'État peut avoir accès aux données collectées par les objets connectés est cruciale au regard de certains enjeux économiques et sociétaux. Si l'on prend l'exemple des données de santé pour les pandémies, elles pourraient être utilement utilisées en amont, pour préserver la santé publique. L'État pourrait également choisir d'utiliser des services connectés afin d'échanger avec d'autres services et définir une politique de santé. L'essor des objets connectés constitue donc un enjeu majeur pour l'État et la conduite des politiques publiques.

Le G29² est quant à lui inquiet de la prolifération des objets connectés. Il a rappelé que le droit pour les hommes de décider de leur vie est un droit inaliénable et que le développement personnel ne doit pas être défini par ce que les entreprises et les gouvernements connaissent de nous. Afin de ne pas remettre en cause ce principe en Europe, un accompagnement des services publics serait impératif pour éviter les ingérences ou les limiter strictement. Les réflexions relatives au rôle et à l'implication de l'État demeurent complexes et prendront nécessairement du temps. Dans ce contexte encore flou sur le plan

« Le cœur du problème est de savoir quelle est la qualification juridique de la donnée collectée via les objets connectés. »

1. Commission nationale de l'informatique et des libertés.

2. L'article 29 de la directive du 24 octobre 1995 sur la protection des données et leur libre circulation a institué un groupe de travail rassemblant les représentants de chaque autorité indépendante de protection des données nationales. Cette organisation réunit l'ensemble des CNIL européennes.

juridique, la France est-elle prête à la révolution des objets connectés ?

Daniel Kaplan a présenté une vision nouvelle du sujet. Son analyse est en effet à rebours de ce qui est communément admis depuis une quarantaine d'années. Selon lui, cela fait des décennies que le consommateur fournit volontairement ses données personnelles aux entreprises pour qu'elles les analysent. C'est un phénomène établi et contre lequel il est impossible de lutter. Il propose donc qu'en tant que consommateurs, nous modifions, corrigions voire améliorions les données que les entreprises possèdent sur nous.

Selon Daniel Kaplan, les entreprises exploitent les données de leurs clients à leurs fins et non dans l'intérêt des individus. L'idée émerge donc d'une intervention des individus pour exploiter eux-mêmes leurs propres données, à leurs propres fins, notamment dans le but d'en tirer un profit direct en les commercialisant auprès des entreprises. Il faudrait toutefois responsabiliser les individus sur la collecte des données. Aux États-Unis, à côté des logiciels désormais classiques de gestion de la relation client (*Customer relationship management*) sont apparus des logiciels de gestion de la relation vendeur (*Vendor relationship management*). Il s'agit de renverser la tendance liée au "CRM" pour aboutir à du "VRM" et ainsi, à la maîtrise par l'individu de la commercialisation et l'utilisation de ses données par l'entreprise.

« Le monde du travail n'est pas épargné par cette révolution des objets connectés », a affirmé François Coupez. La gestion des données dans l'entreprise, dans les rapports entre employés et employeurs, est devenue centrale. François Coupez a illustré cela par la possibilité pour les salariés de venir sur leur lieu de travail avec leurs téléphones portables ou leurs ordinateurs personnels et de se connecter au système d'information de l'employeur. Cette tendance est intitulée « *Bring your own digital life* » (ou "BYODL"). La frontière entre la vie professionnelle et la vie privée est donc devenue délicate à tracer dans ce contexte et une question revient systématiquement : celle de la nature et du régime juridique des données collectées. Quel droit couvre ce que constitue la donnée ? Est-ce un droit réel ? Un droit personnel ? Peut-on accorder une licence sur ses données ? S'agit-il de biens dans le commerce ou en dehors ?

Madame Isabelle Falque-Pierrotin, Présidente de la CNIL et du G29, a récemment affirmé que ceux qui pensent être propriétaires de leurs données se trompent. De son côté, Madame le professeur Judith Rochfeld a présenté plusieurs thèses. Selon une thèse dite « réaliste », la donnée serait un « bien », au sens du droit des biens. Mais si la donnée pouvait être l'objet d'un droit de propriété, encore faudrait-il savoir qui en serait propriétaire... À rebours, selon une thèse « personnaliste », la donnée serait une émanation de la personne et à ce titre, l'individu aurait ainsi droit au respect de ses droits fondamentaux. La qualification de bien engendre naturellement l'idée de protection, mais encourager tout un chacun à défendre ses données est une idée très individualiste. Si l'on considère que

les opérateurs économiques sont propriétaires de nos données, alors les données sont des *res nullius*³ qui ont été captées par les opérateurs.

La thèse du droit d'auteur protégeant la donnée, n'est quant à elle pas admissible, car il n'est ici question d'aucune création originale (au sens du Code de la propriété intellectuelle français) de la part de la personne concernée. Judith Rochfeld se prononce en définitive en faveur d'un droit à « l'autonomie informationnelle » dans le but de lutter contre la manipulation des données de l'individu à son insu.

En conclusion de ces débats, les intervenants se sont accordés sur la question du consentement relatif à la collecte et à l'utilisation de ses données personnelles qui conserve une place centrale. Afin d'éclairer ce consentement, il convient de clarifier les conditions générales et autres chartes de confidentialité qui ne doivent pas servir uniquement à protéger l'entreprise en cas de litige. Elles doivent être un document pédagogique permettant un consentement libre et éclairé. Par ailleurs, les solutions à toutes ces questions ne passeront-elles pas nécessairement par un traité international sur le statut juridique des données ? Si le nombre de données explose, celles-ci sont souvent partagées en ligne par leur propriétaire et donc rendues disponibles sur internet, ouvrant de nouvelles perspectives, mais posant aussi nombre de questions sur leur usage et sur leur contrôle. Cette question hautement politique et polémique est au centre des débats de la seconde table ronde.

TABLE RONDE N° 2 « LE CONTRÔLE DE L'INTERNET AU CŒUR DE JEUX DE POUVOIR »

Modérateur : Blandine Poidevin, avocat, Jurisexpert

Porté à l'origine par le monde de la recherche, le projet de créer un réseau internet mondial a rapidement été accaparé par les intérêts militaires et commerciaux américains. C'est dans ces conditions qu'en 1998, l'Icann (Internet corporation for assigned names and numbers) a été créée avec pour mission de réguler l'attribution des noms de domaine sur internet et de gérer le fichier racine du système des noms de domaine, auquel contribue la société américaine VeriSign. La compétence de l'Icann étant mondiale, ses décisions s'imposent de fait aux États. Cependant, l'Icann est une société de droit californien qui se trouve soumise au procureur général de Californie. Dans ces conditions, le réseau internet mondial est pour le moins influencé par le droit de ce seul État.

Le principe d'une gouvernance de l'internet assurée exclusivement par les États-Unis est contesté de longue date. Nombre d'instances au niveau mondial reprochent en effet à l'Icann d'être en proie aux conflits d'intérêts et de fonctionner de manière trop opaque, sans offrir de droit de recours satisfaisant. La création de nouvelles extensions génériques, avec les importantes

3. Choses sans maître, sans propriétaire, susceptibles d'appropriation par tout un chacun.

conséquences économiques, voire politiques, que ce projet véhicule, comme en témoigne le cas du « .vin » et du « .wine », a ravivé le débat. Plus récemment, les révélations d'Edward Snowden sur la surveillance de masse exercée en ligne par les services de renseignement américains avec la collaboration des grandes entreprises du net ont rappelé l'omnipotence des États-Unis sur internet.

La volonté de trouver un système alternatif à la gouvernance américaine de l'internet est devenue de plus en plus prégnante. Pour traiter de cette question, Blandine Poidevin, avocat en droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies au sein du cabinet JurisExpert, et membre de Cyberlex, a réuni autour d'elle Magali Bouvier, magistrat au tribunal de grande instance de Paris, Chantal Lebrument, directrice d'Open-Root et présidente de l'association Eurolinc, Benoît Louvet, avocat et membre de Cyberlex, Louis Pouzin, informaticien, président d'Open-Root et Laurent Cytermann, membre du Conseil d'État, rapporteur général adjoind de l'étude sur le numérique et les droits fondamentaux

Selon Louis Pouzin, une solution alternative est proposée par le système Open-Root, dont il est le fondateur. Louis Pouzin a rappelé qu'il existe une cinquantaine de racines connues, dont une dizaine seulement se trouve sous le contrôle de l'Icann. D'autres racines, une majorité, sont contrôlées par NameSpace qui gère plus de 189 extensions dont .art, .chat, .film, .music, .press, .shop, .video, .green, .inc, etc., UnifiedRoot qui propose un navigateur spécifique à ses clients, ou encore OpenNIC, qui gère quelques dizaines d'extensions dont les .free et .geek. Depuis 2012, Open-Root propose un modèle en rupture avec celui du monopole de l'Icann. Lorsque l'Icann exerce un monopole sous contrôle du gouvernement américain, Open-Root entend être une association sous le seul contrôle des internautes. Lorsque l'Icann impose principalement l'alphabet latin américanisé, Open-Root propose le support de l'ensemble des alphabets et idéogrammes employés sur la planète. Enfin, lorsque l'Icann propose la location des noms de domaine, Open-Root opte pour la vente définitive du nom de domaine à un prix minimale. Ce réseau, sécurisé par DNSSEC, est maintenu et développé en Allemagne, en dehors de celui de l'Icann. Il intègre les racines de l'Icann, chinoises, russes, et permet une navigation transparente. Il présente l'avantage, selon Louis Pouzin, de rester en dehors de la mainmise et de la surveillance américaine.

Si des systèmes alternatifs voient le jour, n'existe-t-il pas un risque qu'internet ne devienne un lieu de non-droit ? L'enjeu consiste donc à définir le droit applicable et la juridiction compétente en cas de litige.

Laurent Cytermann a rappelé, pour sa part, que l'idée selon laquelle internet serait un espace « *a-territorial* », où le droit des États ne pourrait que très difficilement s'appliquer, est encore très présente dans les esprits, mais infondée. Sur internet, des relations de droit se nouent en permanence entre un internaute et l'exploitant d'un site internet, qui sont chacun localisés sur un territoire. Les questions de la loi applicable et de la juridiction compétente pour connaître de cette relation

sont des questions classiques de droit international privé. La principale originalité d'internet est qu'elles s'y posent plus fréquemment que dans la vie "hors ligne". De manière schématique, les entreprises d'internet cherchent à rendre applicable partout dans le monde le droit de leur État et prévoient l'application de ce droit dans leurs conditions générales d'utilisation, ce que le droit international privé autorise. Les États, quant à eux, cherchent à appliquer leur loi nationale aux internautes situés sur leur territoire. Internet est donc le lieu d'un rapport de force entre les grandes entreprises, souvent américaines, et les États des internautes.

Le Conseil d'État français n'a pas proposé de rendre systématiquement applicable le principe du pays de l'internaute. Ceci exposerait les entreprises à devoir respecter en permanence les lois de l'ensemble des pays où leurs services sont utilisés. En outre, cela reviendrait implicitement à admettre que la France sera toujours en situation de "consommation" et non de "production" d'internet, alors qu'elle cherche à développer ses entreprises qui ont une activité en ligne. Seules certaines règles du droit national ou européen, lorsqu'elles ont une importance particulière, doivent prévaloir sur les clauses contractuelles renvoyant à la loi d'un pays tiers ; ce sont des « *lois de police* » au sens du droit international privé. Le Conseil d'État considère notamment que l'ensemble de la législation sur les données personnelles devrait être considéré comme une loi de police, au vu de son importance pour la protection des droits fondamentaux dans une société numérique.

Or, de nombreux acteurs de l'internet, opérateurs de sites internet, hébergeurs ou responsables de moteurs de recherche, sont domiciliés hors de France, comme l'a rappelé Magali Bouvier.

La première question qui se pose à ceux qui souhaitent saisir le juge d'une demande à leur encontre concerne donc les modalités de leur mise en cause. Les règles relatives à l'assignation au sein de l'Union européenne sont fixées par le Règlement CE 1393/2007. En dehors de l'Union européenne, une assignation doit être signifiée selon les modalités fixées par la convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 et celle du 15 novembre 1965, en suivant la voie consulaire. Les difficultés sont nombreuses, le temps d'acheminement des actes est très variable et, dans certains cas, l'assignation est quasiment impossible à délivrer. Dans ces conditions, ne doit-on pas reposer la question des modalités d'assignation des acteurs de l'internet, partenaires commerciaux de l'ensemble des usagers sur la toile, mais qui sont difficilement mis en cause par les moyens procéduraires existants ? Ne doit-on pas envisager de les attirer par tout moyen approprié ?

S'agissant des grands acteurs ayant une activité en France, mais qui, sans chercher à éviter le débat judiciaire, sont domiciliés hors de France – souvent aux États-Unis – ne serait-il pas opportun qu'ils aient l'obligation de désigner un représentant en France apte à recevoir les assignations, comme le législateur l'a prévu pour administrer leur relation avec la CNIL ?

Magali Bouvier s'est interrogée avec les professionnels présents lors de la table ronde afin de savoir si les procédures de référé sont ou non pertinentes pour ce contentieux particulier. Les procédures prévues par le législateur – référé, en la forme des référés – sont certes rapides, elles sont également orales et sans représentation obligatoire par avocat, donc se déroulent de manière insatisfaisante sur le plan procédural. Par exemple, si le juge assure le respect du principe du contradictoire, et, conformément aux dispositions de l'article 446-2 du Code de procédure civile, « fixe les délais et les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces », il ne peut le faire qu'à l'audience et non de manière dématérialisée, quel que soit le nombre d'avocats et leur origine. De leur côté, les parties en cause, souvent nombreuses, dont certaines sont domiciliées hors de France, ne peuvent – en l'état – communiquer entre elles et avec la juridiction leurs écritures et leurs pièces par la voie dématérialisée via un système sécurisé, en l'absence de communication électronique prévue pour les procédures orales. Si une évolution rapide de l'application informatique de communication des juridictions ou son remplacement n'est pas possible, ne conviendrait-il pas de rechercher une solution par convention entre les juridictions et les barreaux concernés ? Au-delà de la question du respect du contradictoire, se pose la question de l'exécution de la décision rendue. Magali Bouvier a souligné en effet que la décision en tant que telle est inutile si elle n'est pas exécutée. Or chacun sait, par exemple, que dans la seconde suivant une décision ordonnant l'arrêt de l'accès à un site, des mesures de contournement peuvent être prises par les opérateurs concernés... quelle que soit la durée des débats et de la procédure préalable.

Il ne peut y avoir de justice efficiente tant que le législateur ne donnera pas les moyens au juge de suivre – ou de faire suivre – sa décision, en contrôler son exécution et si nécessaire l'adapter, y compris par l'intermédiaire d'une application informatique adéquate. À ce propos, Benoît Louvet a rappelé le régime spécifique applicable aux hébergeurs et plaidé pour un accord international portant sur des valeurs communes. La loi française du 21 juin 2004 invite en effet les hébergeurs à retirer les contenus manifestement illégaux dont ils ont connaissance, sous peine de voir leur responsabilité engagée. Certains estiment que les hébergeurs sont ainsi placés en position de censeurs. D'autres estiment qu'ils sont insuffisamment diligents. Alors qu'une évolution de la loi pour la confiance dans l'économie numérique est actuellement à l'étude, ne faudrait-il pas encadrer plus précisément les conditions dans lesquelles les hébergeurs sont amenés à décider ou pas du retrait d'un contenu ? Il semble effectivement nécessaire que la loi instaure un dialogue contradictoire devant l'hébergeur, entre l'internaute à l'origine de la notification et l'éditeur du contenu incriminé, préalablement à sa décision de retirer ou pas ledit contenu. Le recours ultérieur au juge par les parties devrait être également facilité, en particulier par l'instauration d'une saisine et de significations par voie électronique. Enfin, la médiation, si elle ne peut être imposée, devrait être fortement encouragée auprès des hébergeurs et des grands réseaux sociaux.

CLÔTURE

par Maître **Élise Dufour**, cabinet **Alain Bensoussan**

L'édition 2014 des Rencontres annuelles du droit de l'internet 2014 a été placée sous le thème du contrôle. Les deux tables rondes ont porté sur deux interrogations qui pouvaient, de prime abord, sembler différentes et inconciliables, mais qui se rejoignent en réalité, car celui qui contrôle internet contrôle également les données qui y circulent. Si l'innovation technologique permet, par la réduction des coûts, la miniaturisation des capteurs et le *Cloud Computing*, de rendre désormais des outils jusqu'à présent hors de portée du grand public accessibles à tous, elle facilite par ailleurs une collecte presque infinie de ses données à son insu.

L'accumulation de données relatives à un individu peut-être problématique, celle-ci permettant de définir le profil d'un individu, en d'autres termes son identité numérique.

Avec l'avènement des réseaux sociaux favorisant une tendance forte de mise en scène de soi par l'espace de liberté d'expression qu'ils offrent, les individus ne se sont jamais autant exposés, offrant ainsi un gisement presque infini de données : le Big Data. Ce Big Data inquiète, car, au-delà du contrôle de soi, se pose la question du contrôle du vecteur utilisé pour assurer la communication des objets entre eux dans le cadre de l'internet des objets.

Comme le souligne le commissaire européen aux droits de l'homme, Nils Muižnieks, la difficulté tient au fait que « l'infrastructure internet est en grande partie sous le contrôle de sociétés privées, qui ne sont pas directement soumises à la législation internationale sur les droits de l'homme ». Le gouvernement américain, qui détient actuellement les clés du réseau, réfléchit certes à une gouvernance multilatérale de l'Icann, mais le modèle choisi n'est pas encore arrêté. Il faut cependant rappeler que l'activité générée sur internet n'échappe en rien au contrôle du juge.

Plusieurs difficultés pratiques, non résolues à ce jour, se posent cependant, au nombre desquelles figurent :

- l'identification de la personne à attirer en justice ;
- le coût de la procédure en cas d'adversaire situé à l'étranger ;
- les délais d'exécution en cas d'adversaire situé à l'étranger ;
- l'efficacité de la mesure ordonnée.

Pour gérer ces différentes difficultés, une solution pourrait être de tenter de s'inspirer des solutions alternatives de règlement des litiges mises en place en matière de noms de domaine en instituant une juridiction alternative en cas de litige sur internet. En d'autres termes, il reste à inventer le « juge 3.0 » de l'internet qui, en accord avec les hébergeurs et fournisseurs d'accès à internet, prendrait des mesures efficaces, rapides et à moindre coût.

À n'en pas douter, toutes ces réflexions et interrogations au cœur de la société d'aujourd'hui et de demain risquent d'être encore d'actualité pendant de nombreuses années. ■

CJUE et épuisement des droits : nouvel épisode

MOTS-CLÉS : Droit d'auteur, droit de distribution, épuisement des droits, droit de reproduction

Cour de Justice de l'Union européenne

22 janvier 2015

Art & Allposters International BV
c/ Stichting Pictoright

324-06

L'article 4 par. 2 de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société d'information dispose : « *le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement* ». Cette disposition doit être interprétée en ce sens que la règle d'épuisement du droit de distribution ne s'applique pas dans une situation où une reproduction d'une œuvre protégée, après avoir été commercialisée dans l'Union européenne avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi un remplacement de son support, tel que le transfert sur une toile de cette reproduction figurant sur une affiche en papier, et est à nouveau mise sur le marché sous sa nouvelle forme.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

14. Pictoright est une société néerlandaise de gestion collective de droits d'auteur qui défend les intérêts des titulaires de droits d'auteur affiliés auprès d'elle. Elle défend également, aux Pays-Bas, les intérêts d'artistes étrangers et de leurs héritiers en vertu de conventions conclues avec des entités étrangères ayant le même objet. Pictoright est mandatée pour exploiter les droits d'auteur au nom de leurs titulaires notamment en octroyant des licences et en agissant contre les violations de ces droits.

15. Allposters commercialise, sur ses sites internet, des affiches et d'autres types de reproductions d'œuvres des peintres célèbres, sur lesquelles portent les droits d'auteur exploités par Pictoright. Allposters propose notamment à ses clients des reproductions sous les formes d'affiches, d'affiches encadrées, d'affiches sur bois ou de toiles de peintre. Pour réaliser ce dernier produit, il est tout d'abord appliqué sur une affiche en papier représentant l'œuvre choisie une couche de matière synthétique (laminé). Ensuite, l'image figurant sur l'affiche est transférée du papier à une toile de peintre au moyen d'un procédé chimique. Enfin, cette toile est tendue sur un cadre en bois. Après cette opération, l'image de l'œuvre a disparu du support en papier. Allposters qualifie ce procédé et son résultat de « *transfert sur toile* ».

16. Pictoright s'est opposée à la vente des transferts sur toile

reproduisant des œuvres protégées par les droits d'auteur sans le consentement de ses clients, titulaires de ces droits d'auteur, et a demandé à Allposters de cesser cette activité en la menaçant de poursuites judiciaires.

17. Allposters ayant refusé de faire suite à cette demande, Pictoright l'a assignée devant le *Rechtbank* Roermond (tribunal de Roermond) en vue d'obtenir la cessation de toute atteinte, directe ou indirecte, aux droits d'auteur et aux droits moraux des titulaires de ces droits.

18. Par un jugement du 22 septembre 2010, le *Rechtbank* Roermond a rejeté ce recours. Pictoright a alors interjeté appel de ce jugement devant le *Gerechtshof te's-Hertogenbosch* (cour d'appel de Bois-le-Duc) qui, par arrêt du 3 janvier 2012, a annulé ledit jugement et a fait droit, en grande partie, aux demandes de Pictoright.

19. Selon cette dernière juridiction, la vente d'une affiche ou d'une toile qui reproduit une œuvre artistique constitue une divulgation au sens du droit néerlandais. En effet, il résulterait de l'arrêt du *Hoge Raad der Nederlanden*, du 19 janvier 1979 (NJ 1979/412, *Poortvliet*), qu'il y a une nouvelle divulgation, au sens de l'article 12 de la loi sur le droit d'auteur, lorsque l'exemplaire d'une œuvre mis dans le commerce par le titulaire du droit est distribué au public sous une autre forme, dans la mesure où celui qui commercialise cette nouvelle forme de cet exemplaire dispose de nouvelles possibilités d'exploitation (ci-après la « *jurisprudence Poortvliet* »). Constatant que l'affiche en papier, commercialisée avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi une profonde modification offrant à Allposters de nouvelles possibilités d'exploitation, dans la mesure où cette modification lui permet de pratiquer des prix plus élevés et de viser un groupe cible différent, le *Gerechtshof te's-Hertogenbosch* a considéré que la commercialisation des transferts sur toile constitue une divulgation qui, en vertu du droit national, est interdite et a rejeté l'argument d'Allposters tiré de l'épuisement du droit de distribution.

20. Allposters s'est pourvue en cassation devant la juridiction de renvoi. Elle conteste notamment la pertinence de la jurisprudence *Poortvliet* ainsi que l'interprétation donnée aux notions d'« *épuisement* » et de « *divulgation* », qui, selon elle, sont harmonisées au sein de l'Union. Allposters estime qu'il y a épuisement du droit de distribution, au sens de l'article 4, § 2, de la Directive 2001/29, lors de la distribution d'une œuvre qui est incorporée dans un objet tangible si celui-ci a été mis en vente par le titulaire du droit d'auteur ou avec son consentement. Une modification ultérieure éventuelle de cet objet n'aurait aucune conséquence sur l'épuisement du droit de distribution. Pictoright soutient, en revanche, que faute d'harmonisation du droit d'adaptation dans le droit de l'Union en matière de droit d'auteur, la jurisprudence *Poortvliet* reste valable ou est au moins conforme au droit de l'Union.

21. Dans ces conditions, le *Hoge Raad der Nederlanden* a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) *L'article 4 de la Directive 2001/29 régit-il la question de savoir si le droit de distribution du titulaire du droit d'auteur peut être exercé sur une reproduction d'une œuvre protégée par le droit d'auteur qui a été vendue et livrée dans l'EEE par le titulaire du droit ou avec son consentement, lorsque cette reproduction a ensuite subi une modification quant à sa forme et est à nouveau*

mise dans le commerce sous cette forme ? 2) a) En cas de réponse affirmative à la première question, la circonstance qu'il existe une modification telle que visée à la première question a-t-elle une incidence sur la réponse à la question de savoir si l'épuisement, au sens de l'article 4, § 2, de la Directive 2001/29, est empêché ou interrompu ? b) En cas de réponse affirmative à la seconde question, sous a), quels sont les critères permettant de déterminer qu'il s'agit d'une modification de la forme d'une reproduction qui empêche ou interrompt l'épuisement au sens de l'article 4, § 2, de la Directive 2001/29 ? c) Ces critères permettent-ils l'application du critère développé en droit national néerlandais, selon lequel il n'y a plus d'épuisement du seul fait que le revendeur a donné une autre forme aux reproductions et les a distribuées au public sous cette forme (Hoge Raad, 19 janvier 1979, NJ 1979/412, Poortvliet) ? »

Sur les questions préjudicielles

22. La compétence de la Cour, dans le cadre de la procédure prévue à l'article 267 TFUE, est limitée à l'examen des seules dispositions du droit de l'Union sans que la Cour ait vocation à statuer sur la compatibilité du droit national, y compris la jurisprudence des États membres, avec le droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts *Triveneta Zuccheri e.a./Commission*, C-347/87, EU :C :1990 :129, point 16, ainsi que *Schwarz*, C-321/07, EU :C :2009 :104, point 48).

23. Dans ces conditions, les questions posées, qu'il convient d'examiner ensemble, doivent être comprises en ce sens que la juridiction de renvoi demande, en substance, si la règle d'épuisement du droit de distribution prévue à l'article 4, § 2, de la Directive 2001/29 s'applique dans une situation où une reproduction d'une œuvre protégée, après avoir été commercialisée dans l'Union avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi une modification de son support, telle que le transfert sur une toile de cette reproduction figurant sur une affiche en papier, et est à nouveau mise sur le marché sous sa nouvelle forme.

24. À titre liminaire, il convient d'observer que Pictoright estime que, en raison des modifications substantielles subies par les affiches au cours du processus de transfert sur les toiles des reproductions des œuvres protégées, ces toiles sont les adaptations de ces œuvres, auxquelles le droit de distribution ne s'applique pas. Elle fait valoir que le droit d'adaptation en matière de droit d'auteur n'est pas harmonisé en droit de l'Union, mais est régi par l'article 12 de la Convention de Berne.

25. Dès lors, il convient de vérifier si les circonstances en cause au principal relèvent du champ d'application de la Directive 2001/29.

26. S'agissant du droit d'adaptation, il est vrai que l'article 12 de la Convention de Berne confère aux auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques un droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres et qu'aucune disposition équivalente ne figure dans ladite directive.

27. Toutefois, sans qu'il soit nécessaire d'interpréter la notion d'« adaptation », au sens de cet article 12, il suffit de constater que tant l'affiche en papier que le transfert sur toile contiennent l'image d'une œuvre artistique protégée et relèvent donc du champ d'application de l'article 4, § 1, de la Directive 2001/29 en tant que copies d'une œuvre protégée commercialisées dans l'Union. Or, cette disposition consacre le droit exclusif des

auteurs d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.

28. Il convient donc de constater que les circonstances en cause au principal relèvent du champ d'application de l'article 4 de ladite directive.

29. S'agissant des conditions d'application de la règle d'épuisement, il ressort de l'article 4, § 2, de la même directive que le droit de distribution relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou de premier autre transfert de propriété dans l'Union de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement.

30. En outre, selon la jurisprudence de la Cour, ledit article 4, § 2, ne laisse pas aux États membres la faculté de prévoir une règle d'épuisement autre que celle prévue par cette disposition, dans la mesure où, ainsi qu'il ressort du considérant 31 de la Directive 2001/29, la divergence des législations nationales en matière d'épuisement du droit de distribution est susceptible d'affecter directement le bon fonctionnement du marché intérieur (voir, en ce sens, arrêt *Laserdisken*, C-479/04, EU :C :2006 :549, points 24 et 56).

31. En se fondant sur le libellé du même article 4, § 2, la Cour a jugé que l'épuisement du droit de distribution est subordonné à une double condition, à savoir, d'une part, que l'original d'une œuvre ou les copies de celle-ci aient été mis dans le commerce par le titulaire du droit ou avec son consentement et, d'autre part, que cette commercialisation ait eu lieu dans l'Union (voir arrêt *Laserdisken*, EU :C :2006 :549, point 21).

32. Dans l'affaire au principal, il est constant que les affiches reproduisant des œuvres des peintres célèbres, sur lesquelles portent les droits d'auteur dont les titulaires sont représentés par Pictoright, ont été mises sur le marché dans l'EEE avec le consentement desdits titulaires.

33. Les parties au principal sont néanmoins en désaccord, d'une part, sur la question de savoir si l'épuisement du droit de distribution couvre l'objet tangible dans lequel une œuvre ou sa copie est incorporée ou la création intellectuelle propre à l'auteur et d'autre part, sur la question de savoir si la modification du support, telle qu'effectuée par Allposters, a une incidence sur l'épuisement du droit exclusif de distribution.

34. En ce qui concerne, en premier lieu, l'objet du droit de distribution, l'article 4, § 2, de la Directive 2001/29 se réfère à la première vente ou au premier autre transfert de propriété de « cet objet ».

35. En outre, aux termes du considérant 28 de cette directive, la « protection du droit d'auteur en application de (ladite) directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel ». Conformément à ce même considérant, la « première vente dans (l'Union) de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet dans (l'Union) ».

36. De même, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que les œuvres littéraires et artistiques peuvent faire l'objet d'une exploitation commerciale soit par voie de représentations publiques, soit par voie de reproduction et de mise en circulation des supports matériels qui en sont issus (arrêt *FDV*, C-61/97, EU :C :1998 :422, point 14 et jurisprudence citée).

37. Il résulte des considérations qui précèdent que le législateur

de l'Union, en utilisant les termes « *bien matériel* » et « *cet objet* », voulait donner aux auteurs le contrôle de la première mise sur le marché de l'Union de chaque objet tangible qui incorpore leur création intellectuelle.

38. Ainsi que le relève à juste titre la Commission européenne, cette conclusion est corroborée par le droit international, et notamment par le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, à la lumière duquel la Directive 2001/29 doit être interprétée dans la mesure du possible (voir, en ce sens, arrêts *Laserdisken*, EU :C:2006 :549, points 39 et 40 ; *Peek & Cloppenburg*, C-456/06, EU :C:2008 :232, points 30 et 31 ; *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 et C-429/08, EU :C :2011 :631, point 189, ainsi que *Donner*, C-5/11, EU :C :2012 :370, point 23).

39. En effet, l'article 6, § 1, dudit traité dispose que les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété. À cet égard, la signification du terme « *exemplaire* » a été explicitée par les parties contractantes par une déclaration commune portant sur les articles 6 et 7 du même traité, adoptée lors de la conférence diplomatique du 20 décembre 1996, au cours de laquelle a été adopté ledit traité. Aux termes de cette déclaration, « *les expressions "exemplaires" et "original et exemplaires", dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles* ».

40. Il convient, dès lors, de constater que l'épuisement du droit de distribution s'applique à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée si celui-ci a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit d'auteur.

41. En second lieu, il importe de vérifier si le fait que l'objet, qui a été commercialisé avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi par la suite des modifications de son support matériel a une incidence sur l'épuisement du droit de distribution au sens de l'article 4, § 2, de la Directive 2001/29.

42. Dans l'affaire au principal, la modification effectuée consiste en un transfert sur une toile de peintre de l'image d'une œuvre artistique figurant sur une affiche en papier, au moyen du procédé décrit au point 15 du présent arrêt, aboutissant au remplacement du support en papier par une toile. Il ressort des observations des parties au principal que cette technique permet d'augmenter la durabilité de la reproduction, d'améliorer la qualité de l'image par rapport à l'affiche et de rendre le résultat plus proche de l'original de l'œuvre.

43. À cet égard, force est de constater, ainsi que le fait valoir à juste titre le gouvernement français, qu'un remplacement du support, tel qu'effectué dans l'affaire au principal, a pour conséquence la création d'un nouvel objet incorporant l'image de l'œuvre protégée, tandis que l'affiche, en tant que telle, cesse d'exister. Une telle modification de la copie de l'œuvre protégée qui rend le résultat plus proche de l'original est de nature à pouvoir constituer en réalité une nouvelle reproduction de cette œuvre, au sens de l'article 2, sous a), de la Directive 2001/29, qui relève du droit exclusif de l'auteur et nécessite son autorisation.

44. Allposters soutient toutefois que le transfert sur toile ne saurait être qualifié de reproduction au motif qu'il n'y a pas de

multiplication des copies de l'œuvre protégée dans la mesure où l'image est transférée et ne figure plus sur l'affiche en papier. Elle explique que l'encre qui reproduit l'œuvre n'est pas modifiée et que l'œuvre elle-même n'est en rien affectée.

45. Cette argumentation ne saurait être retenue. En effet, la circonstance que l'encre est préservée lors de l'opération de transfert n'est pas de nature à affecter la constatation que le support de l'image a été changé. Ce qui importe est de savoir si l'objet modifié, apprécié dans son ensemble, est, en soi, matériellement l'objet qui a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit. Tel ne semble pas être le cas dans l'affaire au principal.

46. Par conséquent, le consentement du titulaire du droit d'auteur ne porte pas sur la distribution d'un objet incorporant son œuvre si cet objet a été modifié après sa première commercialisation de manière à ce qu'il constitue une nouvelle reproduction de cette œuvre. Dans une telle hypothèse, le droit de distribution d'un tel objet n'est épuisé qu'à la suite de la première vente ou du premier transfert de propriété de ce nouvel objet avec le consentement du titulaire de ce droit.

47. Cette interprétation est confortée par l'objectif principal de la Directive 2001/29 qui, conformément aux considérants 9 et 10 de cette directive, est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, entre autres, des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres (voir arrêts *SGAE*, C-306/05, EU :C :2006 :764, point 36 ; *Peek & Cloppenburg*, EU :C :2008 :232, point 37, ainsi que *Football Association Premier League e.a.*, EU :C :2011 :631, point 186).

48. Or, il ressort des arguments des parties au principal présentés devant la Cour que les titulaires de droits d'auteur n'ont pas consenti, au moins explicitement, à la distribution des transferts sur toile. Par conséquent, appliquer la règle de l'épuisement du droit de distribution priverait ces titulaires de la possibilité d'interdire la distribution de ces objets ou, en cas de distribution, d'exiger une rémunération appropriée pour l'exploitation commerciale de leurs œuvres. À cet égard, la Cour a déjà jugé que, pour être appropriée, une telle rémunération doit être en rapport raisonnable avec la valeur économique de l'exploitation de l'objet protégé (voir, par analogie, arrêt *Football Association Premier League e.a.*, EU :C :2011 :631, points 107 à 109). S'agissant des transferts sur toile, il est admis par les parties au principal que leur valeur économique dépasse de manière significative celle des affiches.

49. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées que l'article 4, § 2, de la Directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que la règle d'épuisement du droit de distribution ne s'applique pas dans une situation où une reproduction d'une œuvre protégée, après avoir été commercialisée dans l'Union avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi un remplacement de son support, tel que le transfert sur une toile de cette reproduction figurant sur une affiche en papier, et est à nouveau mise sur le marché sous sa nouvelle forme.

Sur les dépens

50. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais expo-

sés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux des dites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR (QUATRIÈME CHAMBRE) DIT POUR DROIT :

L'article 4, § 2, 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 d'information, doit être interprété en ce sens que la règle d'épuisement du droit de distribution ne s'applique pas dans une situation où une reproduction d'une œuvre protégée, après avoir été commercialisée dans l'Union européenne avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi un remplacement de son support, tel que le transfert sur une toile de cette reproduction figurant sur une affiche en papier, et est à nouveau mise sur le marché sous sa nouvelle forme.

Prés. : M. L. Bay Larsen, Juges : M. K. Lenaerts, M^{me} K. Jürimäe, M. M. Safjan et M^{me} A. Prechal, Av. gén. : M. P. Cruz Villalón - Av. : M^{es} T. Cohen Jehoram et P. N. A. M. Claassen, M^{es} M. van Heezik, A. M. van Aerde et E. J. Hengeveld

COMMENTAIRE



Nathalie Blanc

Agrégée des Facultés de droit, professeur à l'Université Paris 13-Sorbonne Paris Cité

1. Par un arrêt rendu le 22 janvier 2015, la Cour de justice de l'Union européenne précise les conditions de l'épuisement du droit de distribution en matière de propriété littéraire et artistique¹. Une fois encore, elle était saisie d'un renvoi préjudiciel visant la directive du 22 mai 2001 sur la société de l'information². Mais, cette fois-ci – et l'hypothèse est suffisamment rare pour être soulignée – la Cour de justice rend une décision favorable au droit d'auteur³.

2. En l'espèce, le litige met aux prises Stichting Pictoright (ci-après Pictoright), société néerlandaise de gestion collective de droits d'auteur, et Art & Allposters International BV (ci-après

Allposters), société qui commercialise par le biais de ses sites internet des affiches et d'autres types de reproductions d'œuvres de peintres célèbres, parmi lesquels des auteurs affiliés à la société Pictoright. Allposters propose notamment à ses clients des toiles de peintre réalisées par le biais d'un « *transfert sur toile* »⁴. Grâce à un procédé chimique, l'image figurant sur une affiche papier est transférée sur une toile de peintre, toile ensuite tendue sur un cadre en bois. Estimant que ces transferts sur toile n'ont pas été autorisés par les auteurs dont elle défend les droits et qu'ils portent donc atteinte à leur monopole d'exploitation, Pictoright s'est opposée à leur commercialisation et a assigné Allposters devant les juridictions néerlandaises. Alors que les premiers juges ont rejeté ses demandes, les juges d'appel y ont fait droit. Ces derniers ont considéré que les titulaires de droit d'auteur n'ont consenti qu'à la vente d'affiches reproduisant les œuvres. Dès lors, la vente de transferts sur toile, qui constituent des modifications profondes des affiches, nécessite une nouvelle autorisation. Ce faisant, les juges d'appel ont rejeté l'argument tiré de l'épuisement du droit de distribution invoqué par la société Allposters. La *Hoge Raad de Nederlanden*, Cour suprême des Pays-Bas, a été saisie d'un pourvoi en cassation. Elle a sursis à statuer et a posé à la CJUE deux questions préjudicielles que l'on peut résumer ainsi : le droit de distribution est-il en cause lorsque la reproduction d'une œuvre protégée, commercialisée avec le consentement de son auteur, a subi une modification quant à sa forme et qu'elle est mise dans le commerce sous cette nouvelle forme ? Si la réponse est positive, cette modification a-t-elle une incidence, et à quelles conditions, sur la règle de l'épuisement du droit ? En somme, il est demandé si le titulaire des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit qui a consenti à ce que des reproductions soient commercialisées sous une certaine forme peut ou non s'opposer à leur distribution sous une forme modifiée consistant, en l'occurrence, en un changement de support.

3. La Cour de justice y répond de la manière suivante : « *l'article 4, § 2, 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 d'information, doit être interprété en ce sens que la règle d'épuisement du droit de distribution ne s'applique pas dans une situation où une reproduction d'une œuvre protégée, après avoir été commercialisée dans l'Union européenne avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi un remplacement de son support, tel que le transfert sur une toile de cette reproduction figurant sur une affiche en papier, et est à nouveau mise sur le marché sous sa nouvelle forme* ». C'est dire que le droit de distribution est bien concerné par le présent litige, mais que l'épuisement de ce droit ne peut pas être invoqué lorsque la reproduction d'une œuvre de l'esprit, commercialisée avec le consentement du titulaire des droits d'auteur, a fait l'objet d'un changement de support. Une telle modification fait en effet renaître le droit exclusif. Ainsi, il résulte de cette décision que la règle de l'épuisement est cantonnée (I) et le droit d'auteur préservé (II).

1. Sur cette décision, v. Ch. Caron, « Gare à une approche extensive de l'épuisement du droit ! », *Com. com. élec.*, 2015, comm. 15 ; A. Lebois, « L'épuisement est limité à la distribution de l'objet tangible », *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, 2015, p. 1 ; C. Maréchal, « Épuisement du droit de distribution et reproduction de l'œuvre », *D.*, 2015, p. 776 ; F. Picod, « De l'affiche à la toile », *JCP éd. G.*, 2015, p. 133.

2. Pour un précédent récent portant sur l'interprétation de la directive de 2001, v. CJUE, 3 sept. 2011 Aff. C-201/13, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW / Helena Vandersteen e.a.*, à propos de l'exception de parodie prévue par l'article 5 § 3, k de la directive de 2001.

3. La plupart des arrêts récents rendus par la Cour de Luxembourg tranchent en faveur de la liberté (liberté d'expression, liberté de communication sur internet, liberté de circulation) au détriment du droit d'auteur et du droit de la propriété intellectuelle plus généralement. Sur cet « écrasement » de la propriété intellectuelle par l'Union européenne, notamment par la CJUE, v. P.-Y. Gautier, « Le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *RDA*, 2015, n° 10, numéro spécial sur le changement du droit, p. 156 et s. *Adde*, dans le même sens, Ph. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur « dans la société de l'information » », *RTD com.*, 2003, p. 87 et s., 285 et s. et 503 et s.

4. Terme utilisé par Allposters pour désigner à la fois le procédé utilisé et son résultat.

I. LA RÈGLE DE L'ÉPUISEMENT CANTONNÉE

La Cour de justice de l'Union européenne procède par étapes : elle s'attache tout d'abord à déterminer les droits objets du litige (A) puis revient sur les conditions de l'épuisement (B).

A. Les droits objets du litige

4. Le droit de distribution est-il en cause dans le présent litige ? C'est à cette première question que répond la Cour de justice.

Les sociétés Allposters et Pictoright étaient en désaccord sur ce point⁵. Trois droits étaient potentiellement concernés : le droit d'adaptation, le droit de reproduction et le droit de distribution. On examinera successivement ces trois prérogatives.

5. Le droit d'adaptation était principalement invoqué par Pictoright qui soutenait qu'en raison des modifications substantielles subies par les affiches lors du transfert, les toiles constituaient en réalité des adaptations des œuvres. La question était importante en ce qu'elle conditionnait l'application de la directive de 2001 et de la règle de l'épuisement des droits. En effet, le droit d'adaptation ne fait pas l'objet d'une harmonisation en droit de l'Union européenne et demeure régi par l'article 12 de la Convention de Berne⁶. Par ailleurs, ce droit n'est pas soumis à la règle de l'épuisement. La Cour de justice ne s'embarrasse pas de cette question. Elle estime que « tant l'affiche en papier que le transfert sur toile contiennent l'image d'une œuvre artistique protégée et relèvent donc du champ d'application de l'article 4, § 1, de la Directive 2001/29 en tant que copies d'une œuvre protégée commercialisées dans l'Union. Or, cette disposition consacre le droit exclusif des auteurs d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci »⁷. Autrement dit, parce que des copies d'une œuvre de l'esprit sont concernées, le droit de distribution l'est aussi, peu important que ces copies soient des adaptations de l'œuvre. La motivation laisse perplexe et révèle la volonté de la Cour de justice d'élargir sans cesse le champ de sa compétence⁸. Quoi qu'il en soit, on ajoutera, comme l'avait d'ailleurs relevé l'Avocat général⁹, que les copies en présence n'intéressaient pas le droit d'adaptation. Ce droit n'est pas défini par le Code de la propriété intellectuelle, mais il est constant qu'adapter une œuvre « consiste à faire usage d'une œuvre première afin d'en tirer une seconde »¹⁰. L'adaptation suppose donc la création d'une œuvre nouvelle dite composite. Or, il est certain qu'en l'espèce, le simple fait de transférer une œuvre d'une affiche sur une toile

« Le droit de l'Union encadre les prérogatives des créateurs et leur reconnaît seulement un droit de distribution lors de la première mise en vente des marchandises incorporant leur création. »

n'aboutit pas à un tel résultat puisque « le mérite du transfert réside en ce que l'image originale est exactement reproduite sur la toile »¹¹. Dès lors, n'était-ce pas justement le droit de reproduction des auteurs qui était concerné au premier chef ?

6. Le droit de reproduction est défini par l'article 2 de la directive de 2001 comme « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie : a) pour

les auteurs, de leurs œuvres ». L'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle français en donne une définition un peu plus précise : il s'agit de « la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». En l'espèce, le transfert de l'œuvre sur toile constitue une nouvelle reproduction de l'œuvre qui devait donc être autorisée par les titulaires de droits. L'Avocat général l'affirme expressément dans ses conclusions et estime qu'« il conviendrait de se demander si un problème relatif au droit de reproduction pourrait s'être posé ou, en

d'autres termes, si Allposters avait ou non légitimement acquis le droit de reproduire les œuvres susmentionnées sur toile »¹². Et la Cour de justice le reconnaît elle aussi¹³. Mais, ce n'est pas en ces termes que les questions lui sont posées : c'est en effet sous l'angle du droit de distribution que se sont placées les parties. Cela explique que l'atteinte au droit de reproduction ne soit envisagée que de manière indirecte par la Cour, lors de l'examen de l'épuisement du droit de distribution, alors pourtant que le droit de reproduction était au cœur du présent litige¹⁴.

7. Le droit de distribution est consacré par l'article 4§ 1 de la directive du 22 mai 2001. Selon ce texte, « les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci ». Le droit de distribution n'est pas mentionné en tant que tel dans le Code de la propriété intellectuelle. On peut s'en étonner dans la mesure où la directive du 22 mai 2001 a été transposée en droit français. La raison de ce silence est simple : le législateur a estimé, à tort ou à raison¹⁵, que le droit de distribution existait déjà. Il se déduirait de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. Selon le premier alinéa de ce texte, « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». La doctrine estime ainsi que la référence à la destination des droits cédés implique l'existence d'un droit de distribution. Ce dernier droit a nécessairement une portée plus réduite que le

5. À cet égard, on soulignera qu'au-delà des deux parties au litige, des observations ont été présentées par le gouvernement français, le gouvernement du Royaume-Uni ainsi que par la Commission européenne.

6. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 signée à Bern et modifiée depuis lors à plusieurs reprises. 7. Point 27.

8. Critiquant cette méthode qui permet à la Cour de « viser textuellement des directives européennes portant sur des sujets très précis et ponctuels pour en tirer le prétexte de se prononcer sur des questions de droit infiniment plus générales », P.-Y. Gautier, « Le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, n° 3 et note de bas de page 5, p. 157 où l'auteur envisage le cas de la directive de 2001.

9. Conclusions, points 56 à 61.

10. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2015, n° 585.

11. Conclusions, point 59.

12. Conclusions, point 51. *Adde* sur la question du droit de reproduction, points 49 à 53.

13. Points 43 à 46. Sur cette partie de la motivation, v. *infra* n° 9.

14. En ce sens, v. les observations de l'Avocat général, points 53 et 54 ; A. Lebois, *op. cit.*

15. Sur cette question, v. not. A. Lucas, « Le droit de distribution et son épuisement », *Com. com. élec.*, 2006, Étude 25 ; J. Passa, « Droit de destination et droit de distribution », *LPA*, 2007, n° 244, p. 32 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989.

premier et signifie seulement que le titulaire des droits d'auteur contrôle la circulation des exemplaires de l'œuvre. En l'espèce, le droit de distribution est bien en cause puisque le litige pose justement la question du sort des copies d'une œuvre de l'esprit et du contrôle pouvant être exercé par le titulaire des droits d'auteur. C'est ce qu'admet la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶. Elle s'attache ensuite aux conditions de l'épuisement du droit de distribution.

B. Les conditions de l'épuisement

8. Le droit de distribution est soumis à la règle de l'épuisement comme l'énonce l'article 4§ 2 de la directive de 2001. Ainsi, en vertu de cette disposition, « le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement ». Alors que le Code de la propriété intellectuelle français, on l'a dit, ne mentionne pas le droit de distribution, il prévoit son épuisement en son article L. 122-3-1¹⁷. La règle a pour objectif de permettre la libre circulation des marchandises. En effet, il est certain que la plupart des marchandises sont couvertes par un ou plusieurs droits de propriété intellectuelle. Dès lors, le droit de l'Union encadre les prérogatives des créateurs et leur reconnaît seulement un droit de distribution lors de la première mise en vente des marchandises incorporant leur création. Après cela, le titulaire de droits ne peut plus s'opposer à la circulation des exemplaires : son droit de distribution est épuisé. Cette règle conduit à limiter considérablement la teneur du droit de distribution qui consiste seulement en « un monopole de première mise en circulation du ou des exemplaires de l'œuvre »¹⁸.

9. La Cour de justice rappelle ainsi que « l'épuisement du droit de distribution est subordonné à une double condition, à savoir, d'une part, que l'original d'une œuvre ou les copies de celle-ci aient été mis dans le commerce par le titulaire du droit ou avec son consentement et, d'autre part, que cette commercialisation ait eu lieu dans l'Union »¹⁹. En l'espèce, ces deux conditions étaient réunies : les copies des œuvres – les affiches – avaient bien été mises en circulation avec le consentement des titulaires de droit dans l'Union européenne²⁰. *A priori*, le droit de distribution s'était exercé et s'était par là même épuisé. Mais, et là était la question centrale posée à la Cour de justice, l'épuisement valait-il seulement pour les affiches reproduisant les œuvres ou également pour les transferts sur toile réalisés à partir des affiches ? La Cour de justice

opte, heureusement, pour la première branche de l'alternative. Elle raisonne en deux temps. Elle souligne d'une part que « l'épuisement des droits s'applique à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée »²¹. Pour ce faire, elle se livre à une lecture stricte des textes dont il conviendra de mesurer la portée²². Elle ajoute d'autre part que « le consentement du titulaire du droit d'auteur ne porte pas sur la distribution d'un objet incorporant son œuvre si cet objet a été modifié après sa première commercialisation de manière à ce qu'il constitue une nouvelle reproduction de l'œuvre »²³. Elle en déduit qu'en l'espèce, le changement de support de l'exemplaire de l'œuvre fait obstacle au jeu de l'épuisement. La conclusion s'impose parce que cette modification implique une nouvelle fixation matérielle, donc une reproduction de l'œuvre. Partant, il n'est pas question de l'utilisation d'un exemplaire, mais de l'utilisation de l'œuvre elle-même. Dès lors, évidemment, un tel usage doit être spécialement autorisé, parce qu'il ressortit au monopole de l'auteur et précisément de son droit de reproduction. La Cour de justice l'admet d'ailleurs prudemment puisqu'elle souligne qu'« une telle modification de la copie de l'œuvre protégée qui rend le résultat plus proche de l'original est de nature à pouvoir constituer en réalité une nouvelle reproduction de cette œuvre, au sens de l'article 2, sous a), de la Directive 2001/29, qui relève du droit exclusif de l'auteur et nécessite son autorisation »²⁴. Or, le droit de reproduction, à la différence du droit de distribution, ne s'épuise pas. Aussi aurait-il été plus simple de se fonder sur ce point pour exclure le jeu de l'épuisement des droits²⁵. La Cour de justice a préféré respecter les termes de la question qui lui était posée. Il n'en reste pas moins que la présente décision vient cantonner la règle de l'épuisement. Corrélativement, le droit d'auteur s'en trouve préservé.

II. LE DROIT D'AUTEUR PRÉSERVÉ

10. L'arrêt rendu le 22 janvier 2015 constitue un exemple rare dans lequel la Cour de justice choisit de privilégier la propriété intellectuelle et non la liberté des acteurs du marché ou des consommateurs²⁶. En la circonstance, c'est la liberté de circulation des marchandises – fondement de la règle de l'épuisement des droits – qui était invoquée pour faire obstacle au jeu du droit exclusif. Si l'arrêt tranche en faveur du droit d'auteur, sa portée exacte n'en doit pas moins être mesurée. La lecture des deux conclusions auxquelles parvient la Cour de justice conduit à s'interroger sur deux points : qu'en est-il en l'absence d'exemplaire tangible ? Qu'en est-il en présence d'autres modifications de l'exemplaire ?

16. Points 27 et 28.

17. Aux termes de ce texte, « dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté européenne et les États parties à l'accord sur l'espace économique européen ». La disposition est issue de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI, qui a notamment transposé la directive de 2001 en droit français. Sur le caractère surprenant du choix effectué par le législateur français, v. A. Lucas, « Le droit de distribution et son épuisement », préc.

18. J. Passa, *op. cit.*, n° 13.

19. Point 31, rappel de la solution de la décision CJUE, 12 sept. 2006, Aff. C-479/04, *Laserdiskens ApS c/ Kulturministeriet*, point 21.

20. Point 32.

21. Point 40.

22. V. *infra*, n° 11 et 12.

23. Point 46.

24. Point 43. Elle l'admet plus franchement par la suite, point 46.

25. En ce sens, v. A. Lebois, *op. cit.* ; C. Maréchal, *op. cit.*, *loc. cit.*

26. Sur la tendance de la Cour à privilégier la liberté notamment celle du consommateur au détriment du droit d'auteur, v. P.-Y. Gautier, « Le déclin du droit de la propriété intellectuelle », préc., spéc. n° 3 et 4.

A. Quid en l'absence d'exemplaire tangible ?

11. La décision en présence vient-elle borner la solution retenue dans l'arrêt *Usedsoft*²⁷ du 3 juillet 2012 ? Dans cette dernière affaire, la CJUE avait admis l'épuisement du droit de distribution pour les logiciels téléchargés sur internet, validant ainsi la revente d'occasion de licences d'utilisation. Il y avait là une assimilation des copies matérielles et immatérielles des programmes d'ordinateurs. Même si la Cour avait pris soin, dans ses motifs, de souligner la spécificité des règles applicables aux logiciels résultant de la directive du 23 avril 2009²⁸, la pratique et la doctrine étaient inquiètes et craignaient une extension de la solution à l'ensemble des créations²⁹. Serait ainsi admise la revente d'un fichier numérique contenant une œuvre licitement téléchargé sur internet – une chanson, un livre numérique – sans aucun contrôle et sans aucune rémunération pour l'auteur.

12. Sur ce point, l'arrêt rendu le 22 janvier 2015 rassure. En effet, la Cour admet expressément que « l'épuisement du droit de distribution s'applique à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée si celui-ci a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit d'auteur »³⁰. La référence à l'objet tangible exclut donc toute application de la règle de l'épuisement aux exemplaires dématérialisés d'une œuvre de l'esprit. Il en résulte un traitement différencié des créations et donc des auteurs. Les exemplaires d'un logiciel sont sans distinction, qu'ils soient matériels ou immatériels, soumis à la règle de l'épuisement des droits. Au contraire, les exemplaires des autres œuvres de l'esprit ne sont soumis à la règle de l'épuisement que s'ils sont tangibles ; la circulation des exemplaires dématérialisés reste sous le contrôle de l'auteur. Ainsi, les auteurs de logiciels sont moins bien protégés que les autres... Juridiquement, on peine à comprendre ces différences de traitement même si l'on sait que le régime applicable aux logiciels, en raison du caractère très technique de ces œuvres, constitue « un îlot spécifique dans le droit d'auteur »³¹ bien peu favorable à ses créateurs.

B. Quid en présence d'autres modifications de l'exemplaire ?

13. S'agissant des autres modifications – autres qu'un changement de support – pouvant affecter l'exemplaire d'une œuvre de l'esprit commercialisé avec l'accord de l'auteur, la décision est plus incertaine. En effet, tant les motifs que le dispositif de l'arrêt paraissent très circonscrits. Dans sa motivation, la Cour de justice énonce que la règle de l'épuisement ne peut pas être invoquée « si cet objet a été modifié après sa première commercialisation de manière à ce qu'il constitue une nouvelle reproduction de l'œuvre »³². Dans

le dispositif, elle est plus précise puisqu'elle répond exactement à la question posée par le présent litige et estime que « la règle d'épuisement du droit de distribution ne s'applique pas dans une situation où une reproduction d'une œuvre protégée, après avoir été commercialisée dans l'Union européenne avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi un remplacement de son support, tel que le transfert sur une toile de cette reproduction figurant sur une affiche en papier, et est à nouveau mise sur le marché sous sa nouvelle forme ». Il s'infère de cette décision que le droit de distribution n'est pas épuisé lorsque l'exemplaire commercialisé a fait l'objet d'un changement de support. En réalité, la paralysie de la règle de l'épuisement provient de ce que l'exemplaire initial n'existe plus et laisse place à une nouvelle reproduction, non autorisée et donc non rémunérée, de la création. La Cour précise bien qu'il convient de se demander « si l'objet modifié, apprécié dans son ensemble, est, en soi, matériellement l'objet qui a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit »³³. Elle vise donc une modification substantielle de la copie³⁴. La solution aurait-elle été la même en présence d'un changement de moindre ampleur de la reproduction commercialisée avec l'accord de l'auteur ? Cela n'est pas certain. Du moins la Cour ne l'admet pas dans la présente décision. Deux pistes peuvent être envisagées pour faire obstacle au jeu de l'épuisement dans une telle hypothèse.

14. La première réside dans l'application, par analogie, des règles du droit des marques. La société Pictoright avait d'ailleurs procédé ainsi. En effet, en la matière, existe également un principe d'épuisement du droit qui résulte de l'article 7§ 2 de la directive de 2008 sur les marques³⁵ ainsi que de l'article 13 du règlement de 2009 sur la marque communautaire³⁶. En droit français, la règle est énoncée par l'article L. 713-4 du Code de la propriété intellectuelle. L'épuisement des droits n'est toutefois pas sans limites et ces textes prévoient tous que le titulaire de la marque peut s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation s'il justifie de motifs légitimes, tenant notamment à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits. Cette solution pourrait donc être transposée en droit d'auteur, la modification de la copie empêchant l'application de la règle de l'épuisement.

La deuxième piste consiste en l'invocation, par l'auteur, de son droit moral et plus précisément du droit au respect qui interdit toute atteinte à l'intégrité physique, matérielle de la création. Mais on est alors loin des considérations financières justifiant, en l'espèce aux yeux de la Cour, la paralysie de l'épuisement du droit³⁷...

Reste à savoir si la Cour de justice admettra ces nouveaux moyens de cantonnement de la règle de l'épuisement constitutifs d'autant de limites au dogme de la libre circulation des marchandises.

N.B.

27. CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.* : D., 2012, p. 2142 note A. Mendoza-Caminade ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 106, Ch. Caron ; D. 2012, p. 2101, note J. Huet ; *RLDI*, 2012, p. 86 et s., obs. S. Leriche et J. Ruelle ; *Propri. intell.* 2012, n° 44, p. 333, note A. Lucas ; *RTD com.*, 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian et p. 790 obs. Ph. Gaudrat ; *RIDA*, juill. 2012, p. 231, chr. P. Sirinelli ; *RTD eur.*, 2012, p. 947, obs. E. Treppoz. *Adde* A. Lucas-Schloetter, « La revente d'occasion des fichiers numériques comportant des œuvres protégées par le droit d'auteur », *Mélanges André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 573 et s.

28. Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. V. les points 55 et s. de la décision *UsedSoft*.

29. Sur ces inquiétudes, v. les notes préc.

30. Point 40.

31. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc., n° 124.

32. Point 46.

33. Point 45.

34. V. les conclusions de l'Avocat général, n° 77 qui évoque une modification « substantielle » ou encore « suffisante ».

35. Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

36. Règlement 207/2009/CE du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire

37. Points 47 et 48.



Vie privée : confirmation de la logique tentaculaire du débat d'intérêt général au détriment du droit au prénom

MOTS-CLÉS : Vie privée, publicité, prénom, débat d'intérêt général

Cour européenne des droits de l'homme (5^e sect.)
19 février 2015

Ernst August von Hannover c. Allemagne 325-15

Dans le même sens : Cour EDH, 19 février 2015,
Bohlen c/ Allemagne, n° 53495/09

La Cour européenne des droits de l'homme juge non attentatoire à la vie privée de deux personnalités l'utilisation non consentie de leurs prénoms dans deux publicités satiriques pour une marque de cigarettes.

[...]

A. La genèse de l'affaire

7. En 1998, le requérant eut, devant sa propriété de Gut Calenberg, une altercation avec un cameraman, au cours de laquelle il frappa celui-ci avec un parapluie. En janvier 2000, la presse se fit l'écho d'une autre empoignade du requérant avec le gérant d'une discothèque sur l'île de Lamu, au large des côtes kenyanes, pour laquelle le requérant fut condamné par la suite pour coups et blessures.

8. Le 27 mars 2000, la société British-American Tobacco (Germany) GmbH (« la société ») lança une campagne publicitaire qui montra pendant dix jours, en pleine page dans des magazines et sur des affiches apposées à des arrêts de bus et à des endroits fortement fréquentés, une publicité qui montrait dans sa partie inférieure un paquet de cigarettes Lucky Strike, couché sur son côté le plus long et tout cabossé. Sur la partie supérieure, il était écrit en grandes lettres : « *Était-ce Ernst ? Ou August ?* » Tout en bas de la publicité se trouvait la phrase « *Lucky Strike. Sinon rien.* » (« *Lucky Strike. Sonst nichts.* »). Cette campagne fut menée dans 18 villes et sur 6 364 lieux d'affichage, si bien qu'elle toucha environ 2,97 millions de personnes. Les médias en rendirent compte.

9. Le requérant demanda à la société commanditaire et à l'agence de communication ayant conçu la publicité de mettre fin à la campagne en question. L'agence s'y engagea par écrit, la société s'y refusa. Le requérant saisit dès lors le tribunal régional de Hambourg d'une demande en référé.

10. Le 31 mars 2000, le tribunal régional interdit provisoirement toute nouvelle diffusion de la publicité en cause et confirma cette interdiction le 14 avril 2000. Par la suite, la société déclara mettre un terme à cette publicité, mais refusa de rembourser les frais de mise en demeure du requérant.

11. Le 8 mars 2001, le requérant demanda à la société de lui

payer 250 000 euros à titre de dommages et intérêts. La société ne fit aucune réponse à cette demande.
[...]

En droit

1. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention

30. Le requérant allègue que le refus de la Cour fédérale de justice de lui accorder une licence fictive en compensation de l'utilisation non autorisée de ses prénoms dans la publicité litigieuse a emporté violation de son droit au respect de sa vie privée tel que prévu par l'article 8 de la Convention, dont la partie pertinente est ainsi libellée :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection des droits et libertés d'autrui. »

31. Le gouvernement s'oppose à cette thèse
[...]

3. L'appréciation de la Cour

44. La Cour rappelle que la notion de « *vie privée* » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, tels le nom y compris le prénom (voir § 34 ci-dessus). Cette notion comprend les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées ou utilisées sans son consentement (*Flinkkilä et autres c. Finlande*, no 25576/04, § 75, 6 avril 2010 ; *Saaristo et autres c. Finlande*, no 184/06, § 61, 12 octobre 2010). La Cour estime que si la diffusion d'informations sur une personne en mentionnant le nom complet de celle-ci constitue régulièrement une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de cette personne, l'utilisation non consentie du seul prénom d'une personne peut, dans certains cas, aussi interférer avec la vie privée de celle-ci. Tel est le cas, comme dans la présente affaire, lorsque les prénoms sont mentionnés, dans un contexte qui permet d'identifier la personne visée et lorsqu'ils sont utilisés à des fins publicitaires.

45. La Cour observe que le requérant ne se plaint pas d'une action de l'État, mais du manquement de celui-ci à le protéger contre l'utilisation non consentie de ses prénoms par la société. La présente requête appelle un examen du juste équilibre à ménager entre le droit du requérant au respect de sa vie privée sous l'angle des obligations positives qui incombent à l'État au regard de l'article 8 de la Convention, et la liberté d'expression de la société, garantie par l'article 10 de la Convention qui s'applique aussi à des déclarations faites dans le domaine commercial (*markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 26, série A n° 165) puisqu'il garantit la liberté d'expression à « *toute personne* », sans distinguer selon que le but poursuivi est ou non lucratif (*Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède* (déc.), n° 40397/12, 19 février 2013).

46. Le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels

relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants, que les obligations à la charge de l'État soient positives ou négatives. Cette marge d'appréciation est en principe la même que celle dont les États disposent sur le terrain de l'article 10 de la Convention pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression protégée par cet article (*Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), nos 40660/08 et 60 641/08, § 106, 7 février 2012 précité, § 106 ; et *Axel Springer AG* précité, § 87). La Cour rappelle que dans le domaine commercial, la marge d'appréciation des États contractants est particulièrement large (*Mouvement raëlien suisse c. Suisse* [GC], n° 16354/06, § 61, CEDH 2012 (extraits) ; *Ashby Donald et autres c. France*, n° 36769/08, § 39, 10 janvier 2013).

47. Cette marge va toutefois de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention. Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par sa jurisprudence, il faut des raisons sérieuses pour qu'elle substitue son avis à celui des juridictions internes (*MGN Limited c. Royaume-Uni*, n° 39401/04, § § 150 et 155, 18 janvier 2011 ; *Von Hannover* (n° 2), précité, § 107 ; *Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, n° 13258/09, § § 33 et 44, 16 janvier 2014).

48. Dans ses arrêts *Von Hannover* (n° 2) et *Axel Springer AG* précités, la Cour a résumé les critères pertinents pour la mise en balance du droit au respect de la vie privée et du droit à la liberté d'expression : la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, et le contenu, la forme et les répercussions de la publication (*Von Hannover* (n° 2), précité, § § 108-113 ; *Axel Springer AG*, précité, § § 89-95 ; voir également *Tănăsoaica c. Roumanie*, no 3490/03, § 41, 19 juin 2012).

49. En ce qui concerne l'existence d'un débat d'intérêt général, la Cour note que les juridictions allemandes ont relevé que la publicité litigieuse avait trait à un thème d'intérêt public dans la mesure où elle reprenait, sur un mode humoristique, les empoignades récentes du requérant dont la presse avait rendu compte et dont celle survenue en 2000 a abouti à une condamnation pénale du requérant. La Cour peut admettre que la publicité, considérée dans ce contexte et en tant que satire – laquelle est une forme d'expression artistique et de commentaire social reconnue dans sa jurisprudence (voir *Alves da Silva c. Portugal*, n° 41665/07, § 27, 20 octobre 2009 ; *Eon c. France*, n° 26118/10, § 60, 14 mars 2013) –, a contribué, au moins dans une certaine mesure, à un débat d'intérêt général (voir, *mutatis mutandis*, *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, no 53678/00, § 45, CEDH 2004-X ; *Von Hannover c. Allemagne* (n° 3), n° 8772/10, § 52, 19 septembre 2013).

50. Pour ce qui est de la notoriété du requérant, la Cour note que les juridictions allemandes ont notamment relevé que, du fait de sa liaison avec la fille aînée du prince Rainier III de Monaco et de ses altercations commentées par la presse, le

requérant était connu d'un large public. Par ailleurs, force est de constater que la société n'aurait manifestement pas utilisé ses prénoms si le requérant n'avait pas été suffisamment connu du public. La Cour en conclut que le requérant faisait partie des personnages publics qui ne peuvent pas prétendre de la même manière à une protection de leur droit au respect de leur vie privée que des personnes privées inconnues du public (*Von Hannover* (n° 2), précité, § 110 ; *Axel Springer AG*, précité, § 91).

51. Quant à l'objet de la publicité en cause, la Cour note que celle-ci faisait allusion aux empoignades du requérant, c'est-à-dire à des événements qui avaient été commentés dans la presse et pour lequel, concernant l'altercation de 2000, le requérant avait été condamné pénalement. Elle relève que la publicité litigieuse s'est limitée à rappeler l'existence de ces événements, sans rapporter un quelconque détail de la vie privée du requérant.

52. En ce qui concerne le comportement antérieur du requérant, la Cour considère, prenant en compte, comme l'ont relevé les juridictions allemandes, la notoriété du requérant et ses altercations dont les médias s'étaient fait l'écho, que l'« *espérance légitime* » du requérant de voir sa vie privée effectivement protégée n'était plus que limitée (voir, *mutatis mutandis*, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, n° 12268/03, § 53, 23 juillet 2009 ; *Axel Springer AG* précité, § 101).

53. Pour ce qui est du contenu, de la forme et des répercussions de la publicité, la Cour observe que les juridictions allemandes ont relevé que la publicité ne contenait pas d'éléments offensants ou dégradants à l'égard du requérant (cf. *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)*, précité, § 54), n'était pas dévalorisante du seul fait qu'elle promouvait une marque de cigarettes, et ne suggérait pas non plus que le requérant s'identifiât d'une manière quelconque avec le produit présenté. Le gouvernement précise à cet égard que la publicité n'aurait nullement suggéré que le requérant fasse personnellement la publicité pour les cigarettes ou ait un lien avec celles-ci.

54. La Cour relève que le fait de mettre le nom d'une personnalité en relation avec un produit commercialisé sans le consentement de celle-ci peut soulever des questions au regard de l'article 8 de la Convention, notamment lorsque le produit présenté n'est pas accepté socialement ou qu'il donne lieu à des interrogations éthiques ou morales sérieuses. Dans la présente affaire, elle peut cependant souscrire aux conclusions des juridictions nationales, eu notamment égard au caractère satirique de la publicité en cause. Celle-ci s'inscrivait d'ailleurs dans une campagne publicitaire de la société qui cherchait à faire un lien humoristique entre la représentation d'un paquet de sa marque de cigarettes et un événement d'actualité impliquant une personne connue du public (voir, p. ex., *Bohlen c. Allemagne*, n° 53495/09, 19 février 2015). Par ailleurs, comme l'a relevé la Cour fédérale de justice, il n'y avait qu'un nombre restreint de personnes qui avaient été en mesure de faire le lien entre la publicité et le requérant, à savoir les personnes qui avaient entendu parler des bagarres du requérant, d'autant que celles-ci n'étaient pas mentionnées dans la publicité litigieuse mais suggérées d'une manière astucieuse.

55. Le requérant affirme en particulier que la Cour fédérale de justice l'a débouté de sa demande avant tout parce que la

liberté d'expression de la société jouissait d'une protection juridique plus élevée que son droit au respect de la vie privée. La Haute Juridiction n'aurait de ce fait pas procédé à une véritable mise en balance digne de ce nom. Le gouvernement soutient que la Cour fédérale de justice a procédé à une mise en balance lorsqu'elle s'est penchée sur la question de savoir s'il y avait lieu d'octroyer au requérant la licence réclamée.

56. La Cour note que certains passages de l'arrêt de la Cour fédérale de justice semblent suggérer que, du seul fait de son ancrage dans le droit constitutionnel, la liberté d'expression de la société revêtait dans la présente affaire plus de poids que le droit à la protection de la personnalité et le droit au nom du requérant qui n'étaient protégés que par une loi ordinaire. Elle observe que la Cour fédérale de justice semble avoir opposé ce principe de protection échelonné aux conclusions de la cour d'appel qui, elle, avait soutenu que le droit à la protection de la personnalité l'emportait toujours sur le droit à la liberté d'expression du publicitaire dans de tels cas (voir paragraphe 24 ci-dessus).

57. La Cour rappelle qu'elle n'a pas pour tâche d'examiner la législation interne ou la pratique nationale pertinente dans l'abstrait, mais doit se pencher sur la manière dont celles-ci ont été appliquées au requérant dans le cas d'espèce (voir *Von Hannover* (n° 2), précité, § 116; *Karhuvaara et Iltalehti* précité, § 49; et, *mutatis mutandis*, *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 59, CEDH 2000-VIII). À cet égard, elle note d'emblée que la Cour fédérale de justice a précisé que seules les composantes patrimoniales du droit à la personnalité jouissaient d'une protection par la loi ordinaire alors que les droits à la protection de la personnalité faisaient partie des droits fondamentaux garantis par le droit constitutionnel dans la mesure où ils protégeaient des intérêts moraux. La Cour relève en outre que la Cour fédérale de justice a pris en considération les circonstances de l'affaire, à savoir la nature à la fois commerciale et humoristique de la publicité en cause, la notoriété du requérant du fait notamment de sa liaison avec la princesse Caroline von Hannover, et l'absence d'éléments dégradants ou offensants à l'égard du requérant ou son image de marque.

58. Aux yeux de la Cour, la Cour fédérale de justice a donc procédé à une mise en balance circonstanciée des droits concurrents en jeu et a conclu que, dans les circonstances de l'affaire devant elle, il y avait lieu d'accorder la priorité à la liberté d'expression de la société et de refuser d'octroyer une licence fictive au requérant qui avait déjà obtenu l'injonction du tribunal régional obligeant la société à ne plus diffuser la publicité litigieuse.

59. Dans ces conditions, et eu égard à l'ample marge d'appréciation dont les juridictions nationales disposent en la matière (paragraphe 46 ci-dessus) lorsqu'elles mettent en balance des intérêts divergents, la Cour conclut que la Cour fédérale de justice n'a pas manqué à ses obligations positives à l'égard du requérant au titre de l'article 8 de la Convention. Partant il n'y a pas eu violation de cette disposition.

II. Sur la violation alléguée de l'article 1 du protocole n° 1

60. Le requérant estime que le refus de la Cour fédérale de justice de lui accorder la licence fictive réclamée constitue aussi une violation de son droit à la propriété, au sens de

l'article 1 du Protocole n° 1 ainsi libellé : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

61. Le gouvernement soutient que le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 n'est pas ouvert car la publicité n'a fait que créer un lien entre deux prénoms répandus et communs et des événements dont le requérant était lui-même responsable. Un tel lien indirect ne saurait être reconnu comme un droit patrimonial. Le gouvernement poursuit que la licence fictive réclamée par le requérant ne constitue pas un droit patrimonial protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 car la Cour fédérale de justice en tant que juridiction civile suprême a précisément constaté que cette créance ne revenait pas au requérant. Il ajoute qu'à supposer même qu'il y ait eu ingérence dans un droit du requérant reconnu par l'article 1 du Protocole n° 1, cette ingérence était justifiée pour les raisons exposées dans les observations concernant l'article 8 de la Convention.

62. Le requérant soutient notamment que les composants patrimoniaux du droit à la personnalité sont protégés par l'article 1 du Protocole n° 1 car ils permettraient d'exploiter financièrement le droit à la personnalité en autorisant l'ingérence dans ce droit contre paiement d'une rémunération. D'après lui, chaque personne doit pouvoir décider si oui ou non elle souhaite permettre à un tiers de se servir d'elle à des fins publicitaires, compte tenu notamment de l'importance économique considérable que revêtent les publicités qui utilisaient des noms ou des images, comparables aux valeurs des marques. Le requérant conclut que permettre à des tiers de se servir de sa personne à des fins publicitaires sans avoir obtenu son accord et sans lui payer une compensation s'analyserait en une ingérence massive dans son droit à la propriété.

63. La tierce partie estime que, contrairement à la propriété intellectuelle (*Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* [GC], n° 73049/01, § § 66-72, CEDH 2007-I), les aspects patrimoniaux du droit à la vie privée ne constituent pas un droit protégé par l'article 1 du Protocole n° 1. De toute manière, à supposer même l'existence d'une ingérence dans cette disposition, celle-ci serait justifiée pour les mêmes raisons exposées concernant l'article 8 de la Convention.

64. La Cour relève qu'elle n'est pas appelée à trancher la question de savoir si le requérant pouvait prétendre à une licence fictive au regard du droit interne, tel qu'interprété par les tribunaux allemands, et notamment par la Cour fédérale de justice. Elle considère en effet qu'à supposer même qu'une ingérence dans un droit à la propriété du requérant existait, elle aurait de toute manière été justifiée pour les raisons exposées concernant l'article 8 de la Convention.

65. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 § 3 a) et 4 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. DÉCLARE, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief tiré de l'article 8 de la Convention et, à la majorité, le restant de la requête irrecevable;

2. DIT, par six voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Prés. : Mark Villiger - Juges : Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Ganna Yudkivska, André Potocki, Helena Jäderblom, Aleš Pejchal.

COMMENTAIRE



Mustapha Afroukh

Maître de conférences à l'Université de Montpellier (IDEDH-EA 3976)

L'arrêt *Ernst August von Hannover c. Allemagne* rendu le 19 février 2015 fera certainement date dans la jurisprudence de la Cour. À l'instar de l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne n° 2*¹ auquel il fait fidèlement écho et qu'il confirme très largement, l'affaire *Ernst August von Hannover* met en lumière la récurrence des conflits de droits entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence européenne. Mais alors que les différentes affaires *Von Hannover* puisaient leur origine dans la contestation quasi systématique des décisions des juridictions allemandes refusant d'interdire la publication par la presse dite *people* de photos représentant la princesse Caroline de Monaco (épouse von Hannover), l'arrêt annoté met en cause l'utilisation non consentie du prénom de son époux dans une publicité humoristique montrant un paquet de cigarettes froissé et cabossé par référence à des empoignades dans lesquelles il était impliqué². C'est peu dire que le conflit de droits à juger n'est pas strictement identique. Dans un contexte marqué par un usage tous azimuts des noms, prénoms, photos des personnes publiques, la prise de position de la juridiction européenne des droits de l'homme n'en présente que plus d'intérêt.

En l'occurrence, n'ayant obtenu des tribunaux internes qu'une injonction obligeant la société à ne plus diffuser la publicité litigieuse, le requérant faisait valoir que le refus de la Cour fédérale de justice de lui octroyer une licence fictive à titre de compensation emporte une violation de l'article 8 de la Convention. Contrairement au tribunal régional de Hambourg et à la cour d'appel qui avaient surtout retenu le caractère strictement commercial et lucratif de la publicité, la Cour fédérale de justice a préféré souligner sa contribution à un débat d'intérêt public ainsi que son caractère humoristique. Il n'est nullement fortuit que la prééminence ait été donnée au droit à la liberté d'expression de la compagnie de tabac compte tenu du statut juridique des deux droits en conflit dans l'ordre juridique allemand. La

protection des composantes patrimoniales du droit à la protection de la personnalité ne bénéficie pas, à l'image de la liberté d'expression (art. 5 de la loi fondamentale), d'un ancrage constitutionnel. Elle relève d'une simple loi ordinaire. À l'évidence, ce déséquilibre normatif a pesé dans la solution retenue par la Cour fédérale de justice. À titre comparatif, relevons que dans le cadre du droit français, la défense du prénom peut être recherchée sur le fondement de l'article 9 du Code civil³ ou de l'article 8 de la Convention européenne; le prénom compris comme « *moyen d'identification au sein de la famille et de la société* » relevant de la vie privée et familiale de l'individu depuis l'arrêt *Guillot c. France*⁴. Cette jurisprudence a d'ailleurs échappé à l'État défendeur qui plaçait *in specie* l'inapplicabilité de l'article 8 (!). L'argument n'a pas prospéré. Tout en reconnaissant que « *l'article 8 de la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de prénom* »⁵, le juge européen oppose en réponse, à tout le moins implicitement, son interprétation constructive de l'article 8. Aussi bien, le droit au nom⁶ et le droit au prénom procèdent de ce travail de réécriture de la norme conventionnelle. La difficulté tient à ce que les prénoms du requérant (« *Ernst* » et « *August* »), comme la plupart des prénoms d'ailleurs, sont utilisés par plusieurs personnes, ce qui rend difficile l'identification de la personne visée. Pour établir l'applicabilité de l'article 8, la Cour s'appuie sur le lien entre la publicité et le requérant : « *les deux prénoms étaient mentionnés au-dessus du paquet de cigarettes cabossé et (...) la publicité apparaissait peu après la deuxième altercation du requérant qui avait été largement commentée dans la presse* »⁷.

Restait encore à savoir si l'État défendeur avait manqué à ses obligations au titre de l'article 8 de la Convention. Considérant que l'affaire devait être examinée sous l'angle des obligations positives, le juge européen estime que la question principale qui se pose est celle du juste équilibre à ménager entre le droit du requérant au respect de sa vie privée et la liberté d'expression de la société⁸. S'agissant de l'étendue de la marge d'appréciation allouée à l'État, l'arrêt tente de combiner deux logiques pourtant contradictoires. En effet, dans un premier temps, l'arrêt évoque une large marge nationale d'appréciation applicable dans le domaine commercial. Puis, dans un second temps, il rappelle que le juge européen exerce, en vertu de la jurisprudence *Von Hannover c. Allemagne n° 2* un certain droit de contrôle sur les

1. Cour EDH, GC, 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne n° 2*, n° 40660 et n° 60641, *Légipresse* 2012, n° 290, p. 243, note G. Loiseau ; *RTDCiv.*, 2012, p. 279, chron. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2012, 650, note M. Afroukh.

2. V. également l'arrêt rendu le même jour : Cour EDH, 19 févr. 2015, *Bohlen c. Allemagne*, n° 53495/09 : publicité reprenant d'une manière humoristique la publication par Diter Bohlen, musicien, de son livre. La publicité montrait un texte biffé à l'encre noire faisant référence à des décisions de justice ayant ordonné la suppression de passages d'un livre publié par le requérant.

3. « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé* ». Sur cette question, V. F. Casorla et J. Pailhes, « *Atteinte au nom et liberté d'expression. Le porteur légitime d'un nom de famille est-il vraiment protégé contre un usage abusif ?* », *Dalloz*, 2009, p. 735. Certaines des analyses développées sont transposables à la problématique de l'usage abusif du prénom d'une personnalité publique.

4. CEDH, 24 oct. 1996, *Guillot c. France*, § 21, n° 22500/93, Rec. CEDH, 1996-V.

5. § 34 de l'arrêt.

6. Cour EDH, 22 févr. 1994, *Burghartz c. Suisse*, § 24, n° 16213/90, A280B ; Cour EDH, 25 nov. 1994, *Stjerna c. Finlande*, § 37, n° 18131/91, A299-B ; Cour EDH, 16 nov. 2004, *Unal Tekeli c. Turquie*, § 42, n° 29865/96.

7. § 34 de l'arrêt commenté.

8. § 45 de l'arrêt commenté.

conditions de mise en balance des droits en conflit⁹. Comme l'indique la Cour, « dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, (...) il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention. Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par sa jurisprudence, il faut des raisons sérieuses pour qu'elle substitue son avis à celui des juridictions internes »¹⁰. La malléabilité d'une telle formulation a déjà été soulignée en ce qu'elle permet de justifier tant un contrôle entier qu'un contrôle minimum respectueux du principe de subsidiarité. C'est donc à la lumière des critères *Von Hannover n° 2* que le juge appréhende le conflit de droits "liberté d'expression vs droit au prénom" (I). Si cette amplification de la portée de cette jurisprudence nous paraît pleinement convaincante, il en va autrement du contrôle prudent opéré en l'espèce qui procède d'une application discutable desdits critères orientée vers la seule préservation de la liberté d'expression (II).

I. L'EXTENSION ATTENDUE DU VADE-MECUM VON HANNOVER N° 2

L'importance accordée à la dimension conflictuelle mérite de retenir l'attention en ce qu'elle justifie l'extension du vade-mecum *Von Hannover n° 2* (A). Elle conduit, chemin faisant, la Cour à reléguer au second plan le contexte commercial de l'affaire (B).

A. La dimension conflictuelle de l'affaire valorisée

Par une formulation désormais classique, la Cour précise que « la présente requête appelle un examen du juste équilibre à ménager entre le droit du requérant au respect de sa vie privée sous l'angle des obligations positives qui incombent à l'État au regard de l'article 8 de la Convention, et la liberté d'expression de la société »¹¹. Ce n'est certes pas la première fois que cette question est posée devant le prétoire de la Cour de Strasbourg. La réécriture continue du droit au respect de la vie privée constitue un terreau propice au développement de ces conflits. Bref, l'article 8 est porteur d'un droit général au droit au respect de la vie privée qui se décline lui-même en de multiples droits subjectifs. Si l'on s'en tient aux exemples les plus significatifs, ces conflits concernent, au premier chef, le droit à la réputation¹² et le droit à l'image¹³. Mais jusqu'à présent, la Cour européenne n'avait pas

encore été amenée à se pencher sur un conflit de droits mettant en cause le droit au prénom, relevant de l'article 8. C'est désormais chose faite avec l'arrêt *Ernst August von Hannover c. Allemagne* qui précise, en des termes très limpides, que « l'utilisation non consentie du seul prénom d'une personne peut, dans certains cas, aussi interférer avec la vie privée de celle-ci. Tel est le cas, comme dans la présente affaire, lorsque les prénoms sont mentionnés, dans un contexte qui permet d'identifier la personne visée et lorsqu'ils sont utilisés à des fins publicitaires »¹⁴. Un parallèle peut ici être utilement dressé avec la position du tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire *Zoe c. Renault*. Dans un jugement du 10 novembre 2010, celui-ci a affirmé que « le prénom n'est pas susceptible de la protection accordée aux droits de la personnalité (sur le fondement de l'article 9 du Code civil), sauf conditions exceptionnelles résultant d'une renommée personnelle et d'une confusion possible »¹⁵.

Dès lors que les principes posés par *Von Hannover n° 2* valent pour tous les conflits entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression, il est somme toute assez logique que le juge européen s'y réfère en l'espèce. L'on sait que l'apport de cet arrêt a été élaboré, de façon pédagogique, un mode d'emploi de résolution de ces conflits pour aider le juge national à faire face à ces situations. Il lui revient plus précisément de prendre en compte la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne et l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne mise en cause, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, ainsi que le mode d'obtention des informations, leur véracité et la gravité des sanctions infligées aux journalistes. Contrairement à ce qui est parfois soutenu, la résolution du conflit ne s'opère pas à partir du seul critère de la contribution à un débat d'intérêt général, « aussi attractif soit-il »¹⁶. Là encore, l'approche du juge français n'est pas si éloignée puisque si le débat d'intérêt général est un élément central du contrôle de proportionnalité, il est dans la plupart des cas combiné avec d'autres critères¹⁷.

Il résulte alors de cette valorisation de la dimension conflictuelle de l'affaire une certaine relativisation de sa dimension commerciale.

B. La dimension commerciale de l'affaire éclipsée

Certes, le juge européen n'ignore pas que la présente affaire concerne un aspect particulier de la liberté d'expression, le discours commercial. Les prénoms du requérant ont été utilisés dans une publicité pour des cigarettes. Il observe, en ce sens, que « la liberté d'expression de la société, garanti par l'article 10 de la Convention (...) s'applique aussi à des déclarations faites dans

9.V. à cet égard le document récent publié par la Cour intitulé « Subsidiarité : une médaille à deux faces » (http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_FRA.pdf) qui précise que lorsque les juridictions nationales « sont confrontées à une question relevant de la Convention, elles doivent appliquer celle-ci à la lumière de la jurisprudence établie de la Cour, en tenant compte de la marge d'appréciation dont elles disposent. On présume que si (elles) se conforment à cette démarche, la Cour ne répètera pas le test de proportionnalité qui a été mené au niveau national » (p. 12).

10. § 47 de l'arrêt commenté.

11. On notera avec intérêt que la société s'est vu accorder l'autorisation de présenter des observations (par le recours à la tierce intervention prévue à l'article 44 du règlement de la Cour).

12. Parmi d'autres, Cour EDH, 15 novembre 2007, *Pfeifer c. Autriche*, § 35, n° 12556/03 et Cour EDH, 14 octobre 2008, *Petrina c. Roumanie*, § 29, n° 78060/01.

13. Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, § 57, Rec. 2004-VI.

14. § 44 de l'arrêt commenté.

15. TGI Paris, ord. réf., 10 nov. 2010, *Association pour la défense de nos prénoms c. Sas Renault* : *Légipresse* 2010, n° 278, p. 405.

16. P. Dourneau-Josette, « La notion de débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Légipresse*, 2015, n° 323, p. 31.

17. C. Bigot, « L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan », *Légipresse*, 2015, n° 323, p. 35.

le domaine commercial »¹⁸ et que « dans le domaine commercial, la marge d'appréciation des États contractants est particulièrement large »¹⁹. Toutefois, désireuse d'arrimer sa démarche aux principes formulés dans son arrêt *Von Hannover* n° 2, la Cour élude très rapidement ce contexte commercial pour se focaliser sur le respect par le juge national des critères de résolution, en particulier la contribution de la publicité à un débat d'intérêt général. Par le passé déjà, elle n'hésitait pas à dépasser le contexte commercial du litige en rattachant la publication litigieuse à un débat d'intérêt général. La jurisprudence en fournit plusieurs illustrations. On se bornera à l'évocation d'un seul, particulièrement significatif. Il s'agit de l'affaire *Barthold c. Allemagne* où était en cause l'interdiction faite à un vétérinaire de répéter certaines de ses déclarations sur les dysfonctionnements du service de nuit des vétérinaires à Hambourg. Alors que le gouvernement allemand soutenait que les restrictions en cause avaient été prises sur la base d'une loi contre la concurrence déloyale – « domaine dans lequel les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation étendue »²⁰ – la Cour préfère considérer l'article litigieux dans sa substance. Affirmant cela, elle considère que le requérant « poursuivait un but précis : éclairer le public sur la situation régnant en la matière à Hambourg, à un moment où (...) le législateur envisageait d'élaborer une nouvelle loi sur les vétérinaires »²¹. C'est bien à cela que procède notre arrêt. Le juge européen relativise fortement la dimension commerciale du litige pour se concentrer sur la résolution du conflit de droits.

Les principes constitutifs de son contrôle posés, la Cour peut se pencher sur l'examen des critères de résolution afin de savoir s'ils ont été correctement appliqués par le juge national. Or, ce contrôle semble uniquement tourné vers la préservation de la liberté d'expression.

II. UNE APPLICATION DISCUTABLE DU VADE-MECUM VON HANNOVER N° 2

Appliquant le vade-mecum *Von Hannover* n° 2 à l'espèce, l'arrêt conclut à un constat de non-violation de l'article 8. Le raisonnement suivi est très discutable, car il se fonde sur une approche excessive du débat d'intérêt général (A) de sorte qu'il devient malaisé d'établir une frontière entre la vie privée et la vie publique des personnalités publiques (B).

A. Une approche galvaudée du débat d'intérêt général

C'est évidemment sur ce premier critère que l'arrêt *Ernst August von Hannover* était le plus attendu. Existe-t-il des limites au critère

« L'arrêt conclut à un constat de non-violation de l'article 8. Le raisonnement suivi est très discutable, car il se fonde sur une approche excessive du débat d'intérêt général. »

du débat d'intérêt général ? Non si l'on s'en tient à l'examen par la Cour de cette question dans l'arrêt annoté. Reprenant le raisonnement suivi par la Cour fédérale de justice, la Cour est d'avis que « la publicité litigieuse avait trait à un thème d'intérêt public dans la mesure où elle reprenait, sur un mode humoristique, les empoignades récentes du requérant dont la presse avait rendu compte et dont celle survenue en 2000 a abouti à une condamnation pénale du requérant »²². Consciente qu'il y avait peut-être place pour une interprétation moins généreuse de ce critère, la Cour se retranche derrière la dimension satirique de la publicité²³. Mais la justification reste fragile. L'on peine à comprendre de quel débat d'intérêt général il s'agit. D'autant qu'en statuant ainsi, elle fait l'impasse sur

les fins purement commerciales d'une publicité pour le tabac (!). Le juge européen aurait été bien inspiré de se souvenir de son arrêt *Ashby c. France* où il été jugé que la publication sans autorisation de photographies prises lors de défilés de mode procédait d'une logique avant tout commerciale incompatible avec la reconnaissance d'un débat d'intérêt général²⁴. Au cas d'espèce, l'arrêt n'en dit mot. Comme en témoigne l'opinion dissidente du juge Zupancic, c'est ce point du raisonnement qui prête le plus le flanc à la critique : « il n'y a dans ce message de marchand de tabac aucune vertu rédemptrice. Ce n'est pas un message qui aurait une quelconque finalité sociale, sauf à considérer que fumer des cigarettes soit cette vertu sociale rédemptrice ». Au vu de cette solution, les commentateurs ne manqueront pas d'observer une différence avec l'approche « plus objective »²⁵ des juridictions françaises sur ce critère de la contribution à un débat d'intérêt général. On en veut déjà pour preuve l'affaire *Couderc* relative à la publication par l'hebdomadaire *Paris Match* d'un article révélant l'existence d'un enfant naturel d'Albert de Monaco²⁶. Dans une autre affaire, se rapprochant davantage des faits de l'espèce, le tribunal de grande instance de Paris a jugé que « l'utilisation (de l'image du couple présidentiel) pour une opération publicitaire ne permet pas à la société *Ryanair*, qui a reconnu avoir agi sans autorisation, de se prévaloir de l'exercice de la liberté de communication »²⁷. En d'autres termes, une telle campagne publicitaire n'est pas susceptible de participer à un débat d'intérêt général sur lequel le public devrait être légitimement informé.

22. § 49 de l'arrêt commenté.

23. Ibid., « la Cour peut admettre que la publicité, considérée dans ce contexte et en tant que satire – laquelle est une forme d'expression artistique et de commentaire social reconnue dans sa jurisprudence ». À notre connaissance, la dimension satirique d'une œuvre intervient rarement pour évaluer sa contribution à un débat d'intérêt général (v. Cour EDH, 14 mars 2013, *Eon c. France*).

24. Cour EDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, § 39, n° 36769/08. Adde Cour EDH, 23 juill. 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c/ France*, n° 12268/03, § 43 : « l'article litigieux et les photos l'accompagnant, qui se concentrent sur les difficultés financières supposées du chanteur et sur la façon dont il exploitait son nom et son image, ne peuvent être considérés comme ayant participé ou contribué à un "débat d'intérêt général" pour la collectivité, au sens donné par la jurisprudence de la Cour ».

25. G. Loiseau, « Droits de la personnalité », *Légipresse*, 2015, n° 323, p. 68.

26. Cour EDH, 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, § 59, n° 40454/07.

27. TGI Paris, réf., 5 févr. 2008, n° 08/50939, *Nicolas Sarkozy c/ Ryanair* : *JurisData* n° 2008-353115 ; TGI Paris, réf., 5 févr. 2008, n° 08/50947, *Carla Bruni-Tedeschi c/ Ryanair* : *JurisData* n° 2008-353114 : publicité composée d'une photographie du couple Sarkozy-Bruni et du slogan suivant « Avec *Ryanair*, toute ma famille peut venir assister à mon mariage ».

18. § 45 de l'arrêt commenté. Depuis l'arrêt *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann/Mark intervelag c. Autriche* (20 nov. 1989, A/165), la Cour juge que « (les informations de caractère commercial) ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10 § 1, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression » (§ 26). La Cour de cassation reconnaît également l'applicabilité de l'article 10 en ce domaine, Cass. 2^e ch. civ. 19 octobre 2006, n° 05-13489, *Bull.* 2006 II, n° 282, p. 262 (campagne de lutte contre le tabagisme).

19. § 46 de l'arrêt commenté.

20. Cour EDH, 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, § 52, A/90.

21. Ibid.

L'examen des autres critères se révèle également favorable à la liberté d'expression mettant alors en exergue la porosité de la frontière entre vie privée et vie publique des personnes publiques.

B. Vie publique/vie privée des personnes publiques : quelle frontière ?

Le second critère met en cause la notoriété du requérant et l'objet de la publicité. La Cour se fonde sur une jurisprudence bien établie en vertu de laquelle il faut distinguer entre des personnes privées et des personnes agissant dans un contexte public, en tant que personnalités politiques ou personnes publiques. Aussi, note-t-elle sans surprise, que M. Ernst Von Hannover « du fait de sa liaison avec la fille aînée du prince Rainier III de Monaco et de ses altercations commentées par la presse, (...) était connu d'un large public »²⁸. En outre, à ses yeux, la publicité s'est contentée de rappeler des faits déjà connus du public qui ne se rapportaient à aucun détail de la vie privée du requérant²⁹. L'élément déterminant nous semble être l'examen du troisième critère relatif au comportement antérieur de la personne. Tout comme la Cour a admis dans son arrêt *Hachette Filipacchi Associés c. France* du 23 juin 2009 que la révélation par J. Hallyday d'informations sur sa vie privée ne lui permettait plus de revendiquer le même degré de protection, elle juge ici que les altercations médiatisées du requérant ont eu pour résultat de neutraliser son « *espérance légitime* » à voir sa vie privée protégée. Tout se passe comme si l'arrêt se plaçait sur le terrain de la renonciation au droit au respect de la vie privée. Il n'est toutefois pas précisé que dans l'affaire française la personne avait spontanément révélé des informations relatives à sa vie privée. Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'insistance de la Cour fédérale de justice sur le caractère belliqueux du requérant n'est peut-être pas étrangère à ce raisonnement. Autant dire que la distinction entre vie publique et vie privée des personnes publiques se trouve, à nouveau, au cœur de confusions importantes. Il ressort de l'arrêt qu'une personne publique impliquée dans un fait divers médiatisé ne peut plus prétendre au droit au respect de sa vie privée. On peut légitimement regretter que l'examen de ce critère n'ait pas donné lieu à des développements plus importants. Ainsi donc, la résolution du conflit en faveur de la liberté d'expression ne faisait plus aucun doute. L'examen des derniers critères paraît même surabondant, l'arrêt insistant sur le fait que la publicité ne comportait pas de messages offensants (!) ainsi que sur ses répercussions minimales. Aussi, à l'argument du requérant affirmant que les droits en jeu n'auraient pas le même statut en droit allemand, la Cour oppose sèchement le refus du contrôle *in abstracto* et la « *mise en balance circonstanciée* »³⁰ opérée par la Cour fédérale de justice. À six voix contre une, la Cour ne fait pas droit aux prétentions du requérant et conclut donc à la non-violation de l'article 8. Comment nier alors que le principe de subsidiarité irradie l'arrêt *Ernst August von Hannover*, même s'il n'en porte pas la trace ?

Le résultat auquel parvient la Cour apparaît profondément insatisfaisant. S'il est bien protégé au titre de l'article 8, le droit au prénom fait l'objet d'une protection très limitée lorsqu'il est confronté à la liberté d'expression. En dépit de formules pru-

dent, l'usage qui est fait ici des critères *Von Hannover* n° 2 donne l'impression que la résolution du conflit a emprunté la voie de la hiérarchisation des droits. Or, le juge européen ne doit pas perdre de vue que « *les forces qui s'affrontent dans (ces conflits) sont également légitimes, également armées en raison* »³¹. Souhaitons que soient posées des limites à l'extension continue de la notion de débat d'intérêt général.

M. A.

31. Albert Camus, conférence prononcée à Athènes sur l'avenir de la tragédie, Théâtre-Récits-Nouvelles, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1962, p. 1705. Il est piquant de constater que la formule selon laquelle les droits en conflit « *méritent a priori un égal respect* » n'a pas été reprise par la Cour dans l'arrêt annoté.

Usage d'une marque comme mot-clé et responsabilité du moteur de recherche

MOTS-CLÉS : Marque, internet, moteur de recherche

.....
Cour de cassation (ch. com.)

20 janvier 2015

SNCF c/ Tuto4pc

327-14

327-16
.....

Le constat de l'insertion d'un mot-clé, à titre de raccourci, renvoyant l'internaute à des liens commerciaux concurrents au titulaire de la marque ne suffit pas à démontrer le rôle actif du moteur de recherche.

Le prestataire d'un service de référencement sur internet, qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe « dans la vie des affaires ».

- Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que la Société nationale des chemins de fer français (la SNCF), qui a pour mission principale le transport ferroviaire de personnes et de marchandises, a adopté en 1937 le sigle « SNCF » et est titulaire, notamment, de huit marques semi-figuratives et verbales « SNCF », « TGV », « Transilien », « Voyages-sncf.com » et « Voyages-sncf » ; qu'ayant fait constater que le site accessible à l'adresse « <http://www.lo.st> » utilisait ses marques à titre de mots-clés afin de diriger, par l'affichage de liens commerciaux, le consommateur vers des sites concurrents proposant des produits et services identiques ou similaires aux siens, la SNCF a assigné la société Tuto4pc.com, anciennement dénommée Eorezo, locataire des serveurs sur lesquels est hébergé le site Lo.st, et la société holding Tuto4pc.com group, anciennement dénommée Eorezo group, ainsi que M. X., président du directoire de la société Tuto4pc.com et réservataire du nom de domaine, pour atteintes aux marques notoires et pratique commerciale trompeuse ;

28. § 50 de l'arrêt commenté.

29. § 51 de l'arrêt commenté.

30. § 58 de l'arrêt commenté.

Sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu les art. 1382 du Code civil et 6, I-2, de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ; Attendu que pour dire que la société Tuto4pc.com, qui soutenait être intervenue comme moteur de recherche dans le cadre du programme AdSense de la société Google, la société Tuto4pc.com group et M. X. ne peuvent bénéficier du régime de responsabilité limitée instauré par le second de ces textes, l'arrêt relève que la différence, établie par les constats, de résultats obtenus, selon qu'une requête identique est adressée au moteur de recherche Google et au moteur de recherche Lo.st, démontre que les liens commerciaux affichés ne sont pas nécessairement issus du moteur de recherche Google et que la société Tuto4pc.com est à l'origine de ces modifications et en déduit que celle-ci a mis en place son propre système d'annonces commerciales ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser un rôle actif de la société Tuto4pc.com, ainsi que de la société Tuto4pc.com group et de M. X., de nature à leur confier la connaissance ou le contrôle des données stockées par les annonceurs, a privé sa décision de base légale ;

Sur le même moyen, pris en sa sixième branche :

Vu l'art. 6, I-2, de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ; Attendu que pour retenir que les sociétés Tuto4pc.com et Tuto4pc.com group et M. X. ne peuvent bénéficier du régime de responsabilité limitée instauré par ce texte, l'arrêt relève que la société Tuto4pc.com ne s'est pas bornée à stocker des informations de nature publicitaire mais qu'elle a inséré, de façon délibérée, dans sa page d'accueil, le mot-clé SNCF, lequel dirigeait l'internaute vers des liens concurrents, et retient qu'elle avait l'accès et la maîtrise des mots-clés dans la mesure où elle a pu supprimer cette mention en exécution de la décision de première instance ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans définir en quoi l'insertion, à titre de raccourci, d'un mot-clé renvoyant l'internaute à une page de résultats affichée par le moteur de recherche, puis sa suppression, caractérisaient un rôle actif de la société Tuto4pc.com, ainsi que de la société Tuto4pc.com group et de M. X., de nature à leur confier la connaissance et le contrôle des données stockées par les annonceurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles 5, § 1 et 2, de la Directive 89/ 104/ CE, du 21 décembre 1988, et L.713-5 du Code de la propriété intellectuelle ; Attendu que pour condamner les sociétés Tuto4pc.com et Tuto4pc.com group et M. X. pour atteinte aux marques notoires, l'arrêt, après avoir relevé que l'usage, à l'identique ou par imitation, des marques de la SNCF comme mots-clés par le moteur de recherche Lo.st générerait l'affichage de liens commerciaux dirigeant les internautes en priorité vers des sites concurrents de ceux de la SNCF qui proposaient, à l'exception d'un site de rencontres, des prestations identiques ou similaires à prix réduits, retient que la société Tuto4pc.com, en faisant en toute connaissance de cause bénéficier les internautes du pouvoir attractif de ces marques, tire indûment profit de la notoriété de celles-ci et lèse ainsi les intérêts de leur titulaire ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la Cour de justice de l'Union européenne (23 mars 2010, *Google France*, C-236/ 08 à C-238/ 08) a dit pour droit que le prestataire d'un service de référencement sur internet, qui

stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'art. 5, § 1 et 2, de la Directive 89/ 104/ CE, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le troisième moyen, pris en sa première branche, qui est recevable :

Vu l'art. L.121-1 du Code de la consommation ; Attendu que pour décider que les sociétés Tuto4pc.com et Tuto4pc.com group et M. X. se sont rendus coupables d'une pratique commerciale trompeuse, l'arrêt, après avoir relevé que le site Lo.st présente, sous la rubrique « annonces Google », lorsque la marque « Voyages-SNCF » est mentionnée, des sites commerciaux parmi lesquels un site de rencontres et six sites de voyagistes, retient qu'une telle information constitue une offre de services publicitaires et qu'elle est destinée à abuser le consommateur en lui faisant croire qu'il va être mis en relation avec les sites commerciaux de la SNCF en partenariat avec les moteurs de recherche Lo.st et Google ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une publicité fautive ou de nature à induire en erreur portant sur un ou plusieurs des éléments énumérés par l'art. L.121-1 du Code de la consommation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il ordonne le retrait de la procédure de la pièce n° A2 versée aux débats par les sociétés Tuto4pc.com et Tuto4pc.com group et M. X., rejette la demande de retrait des pièces adverses n° 32, 33 et 34 formée par la Société nationale des chemins de fer français et rejette les demandes formées par les sociétés Tuto4pc.com et Tuto4pc.com group et M. X. tendant à voir prononcer la nullité du procès-verbal de constat dressé le 22 octobre 2008 par l'Agence pour la protection des programmes et celle de l'ordonnance sur requête du 5 décembre 2008, l'arrêt rendu le 28 octobre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Prés. : M^{me} Mouillard - Av. : SCP Boutet-Hourdeaux, SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor

COMMENTAIRE



Yann Basire

Maitre de conférences à l'Université de Haute-Alsace
Chargé d'enseignement au CEIPI



Pierre-Marie Chapoutot

Avocat au Barreau de Paris

Saisie par voie de questions préjudicielles à propos de la réservation par des annonceurs de marques comme mots-clés en vue d'apparaître en bonne position dans la liste des liens commerciaux,

la Cour de justice appporta en 2010 et 2011¹ de nombreuses précisions permettant une résolution des litiges conforme à l'interprétation qu'elle fait de la directive Marque², mais aussi de la directive sur le commerce électronique³. En effet, outre la responsabilité des annonceurs, recherchée sur le terrain du droit des marques, était également recherchée la responsabilité du moteur de recherche Google. Ces décisions, favorables aux annonceurs et aux hébergeurs, ont obligé les juridictions françaises à revoir leur position et à constater, le plus souvent, l'irresponsabilité des annonceurs et des moteurs de recherche⁴. S'agissant plus particulièrement des moteurs de recherche, la plupart des arrêts rendus concernaient Google. Il n'en demeure pas moins que d'autres outils similaires ont également subi l'ire de titulaires de droit. Tel était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 janvier 2015. La société nationale des chemins de fer français (ci-après la SNCF), titulaire de huit marques semi-figuratives et verbales « SNCF », « TGV », « Transilien », « Voyages-sncf.com » et « Voyages-sncf », constata que l'utilisation de ses marques comme mots-clés sur le site <http://www.lo.st> entraînait l'affichage de liens commerciaux de sites concurrents proposant des produits et services identiques aux siens. Sans surprise, la SNCF assigna la société Tuto4pc.com, anciennement Eorezo, locataire des serveurs sur lesquels étaient hébergés le site [lo.st](http://www.lo.st), ainsi que la société holding Tuto4pc.com group (ci-après les sociétés Tuto4pc.com) pour atteinte à la renommée de ses marques et pratiques commerciales trompeuses.

La cour d'appel de Paris⁵, confirmant en cela la décision de première instance⁶, refusa de reconnaître la qualité d'hébergeur au moteur de recherche [lo.st](http://www.lo.st) et, partant, de lui appliquer le régime de responsabilité limitée instauré par l'art. 6, I-2 de la loi de confiance dans l'économie numérique (LCEN). Dès lors, la responsabilité de la société en charge du moteur de recherche devait être engagée dans les conditions du droit commun, raison pour laquelle elle fut sanctionnée non seulement au titre de l'art. L. 713-5 du Code

de la propriété intellectuelle et de l'atteinte à la marque renommée, mais aussi de l'art. L. 121-1 du Code de la consommation et des pratiques commerciales trompeuses.

Interrogée sur l'application de ces différents textes et, notamment, sur l'application des préceptes dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne à propos de la notion de « rôle actif et d'usage dans la vie des affaires », la Cour de cassation censure sur ces points la décision d'appel. La chambre commerciale affirme que les juges du fond ont retenu des motifs impropres pour caractériser le rôle actif du moteur de recherche. En outre, le comportement litigieux reproché à ce dernier ne constitue pas un usage, au sens de l'art. 5, § 1 et 2, de la directive Marque, permettant de mettre en œuvre l'art. L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle. Enfin, les juges du fond ont également eu recours à des motifs impropres pour caractériser une publicité fautive ou de nature à induire en erreur portant sur un ou plusieurs des éléments énumérés par l'art. L. 121-1 du Code de la consommation.

Si la solution retenue par la Cour de cassation à propos de la qualité du prestataire technique a de quoi surprendre (I), il en va différemment des reproches formulés à la Cour d'appel s'agissant de l'atteinte à la marque renommée et des pratiques commerciales trompeuses (II)

I. SUR LA QUALITÉ DU MOTEUR DE RECHERCHE

L'art. 6, I-2 de la LCEN, transposant la Directive n° 2000/31 sur le commerce électronique, prévoit un régime de responsabilité atténuée pour les intermédiaires techniques pouvant se prévaloir de la qualité d'hébergeur. *Quid* de Google et des autres prestataires de service de référencement de ce type ?

La réponse aujourd'hui ne fait plus de doute : les moteurs de recherche sont des hébergeurs. La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée dans ce sens dans l'arrêt du 23 mars 2010 en retenant que l'activité de ce prestataire était purement technique. Pour autant, ce statut privilégié doit être écarté s'il est démontré que le prestataire a joué un rôle actif de nature à lui attribuer une connaissance ou un contrôle des données qu'il stocke⁷. Dès lors, la société Google ne semble plus devoir être inquiétée à propos de son service *Adwords*. La cour d'appel de Paris l'a encore affirmé récemment⁸, en insistant sur le fait qu'elle jouait un rôle « passif », notamment au motif que le processus de sélection des mots-clés automatisé est le fait, non de Google, mais des annonceurs. C'est donc tout naturellement que le moteur de recherche [lo.st](http://www.lo.st) invoqua son statut d'intermédiaire technique neutre. Plus encore, les sociétés Tuto4pc.com invoquaient le fait qu'elles ne proposaient aucun service de référencement auprès des annonceurs. Elles admettaient utiliser le système *AdSense* mis en place par Google permettant aux éditeurs internet de diffuser des annonces référencées par Google sur leur site web dans le but de percevoir des revenus provenant de la publicité. Les défenderesses prétendaient ainsi diffuser sur leur site, dans le cadre de ce programme *AdSense*, des liens

1. CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google France et Google, Propr. ind.* 2010, n° 5, comm. n° 31, obs. P. Tréfigny-Goy ; *Propr. ind.* 2010, n° 6, comm. n° 38, note A. Folliard-Monguiral ; *Comm. com. élect.* 2010, n° 7, comm. n° 70, note C. Caron ; *Légipresse* 2010, n° 274, p. 166, note C. Maréchal ; *RLDA* 2010, n° 50, p. 23 ; *JCPG* 2010, n° 23, 642, note L. Marino ; G. Bonet, « Publicité sur internet et référencement selon la Cour de justice : contrefaçon de marque ou Directive n° 2000/31/CE », *Comm. com. élect.* 2010, n° 6, étude n° 12 ; CJUE, 25 mars 2010, aff. C-278/08, *BergSpechte, Propr. ind.* 2010, n° 6, comm. n° 39, note A. Folliard-Monguiral ; *Comm. com. élect.* 2010, n° 7, comm. n° 70, note C. Caron ; CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora e.a.*, Europe 2011, n° 11, comm. n° 32, obs. L. Idot.

2. Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

3. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

4. V. par exemple, CA Paris, Pôle 5, Ch. 1, 30 nov. 2011, *JurisData* n° 2011-027618 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 1 févr. 2012, *JurisData* n° 2012-003393 ; *Propr. ind.* 2012, n° 4, comm. n° 31, obs. P. Tréfigny ; Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110 ; CA Lyon, 22 mars 2012, *JurisData* n° 2012-006284 ; CA Lyon, 1^{re} ch. civ. A, 19 janv. 2012, *PIBD* 2012, n° 958, III, p. 205 ; Cass. com., 29 janv. 2013, *JurisData* n° 2013-001148 ; CA Bordeaux, 5^e ch. civ., 14 mars 2013, n° 12/1160, SA *Coline Diffusion c. SARL Crea Mode Distribution* ; CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 24 mai 2013, n° 11/22319, *SARL LT Services c. SARL ComOnline* ; TGI Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 15 janv. 2013, *Erco & Gener c. Sphinx Connect France*, www.legalis.net.

5. CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 28 oct. 2011, www.legalis.net.

6. TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 11 juin 2010, RG 09/03244, *Propr. ind.* 2010, n° 9, comm. 59, obs. P. Tréfigny.

7. CJUE, 23 mars 2010, préc., pt. 120.

8. CA Paris, 9 avril 2014, *Légipresse* 2014, n° 318, p. 413, note M. Berquig.

commerciaux, sans pour autant avoir la possibilité d'ajouter, de supprimer, ni même de modifier le rang ou la fréquence desdits liens commerciaux.

L'argument n'emporta pas la conviction de la cour d'appel qui releva, conformément au pouvoir souverain reconnu aux juges du fond en la matière⁹, qu'elles avaient installé leur propre système d'annonces commerciales. Il est apparu que les résultats issus d'une requête identique adressée aux deux moteurs de recherches, Google et Lo.st, différaient. De ce fait, les sociétés Tuto4pc.com avaient joué un rôle actif, en ayant la connaissance, mais aussi le contrôle des données stockées, et ne pouvaient revendiquer la seule qualité d'hébergeur. Les juges du fond avaient également relevé que l'insertion, « de façon délibérée », du mot-clé « SNCF » dans la page d'accueil du site lo.st, permettant de rediriger l'internaute vers des liens concurrents, suffisait à démontrer que les défenderesses avaient l'accès et la maîtrise des mots-clés en sorte que la revendication de la qualité d'hébergeur ne pouvait effectivement pas prospérer.

La SNCF se présentait devant la chambre commerciale dans une position relativement confortable eu égard aux éléments ayant permis de mettre en lumière le rôle actif du prestataire de service de référencement. La solution avait d'ailleurs emporté l'assentiment de la doctrine¹⁰. Pourtant, se révélant d'une particulière sévérité, la Cour de cassation décide de casser l'arrêt d'appel au motif que les juges du fond se sont déterminés par des « motifs impropres » pour caractériser le rôle actif de la société. C'est ainsi que la chambre commerciale de la Cour de cassation retient que le constat de l'insertion d'un mot-clé, à titre de raccourci, renvoyant l'internaute à des liens commerciaux concurrents au titulaire de la marque ne suffit pas à déterminer le rôle actif du prestataire technique. On peut s'étonner d'une telle décision, et ceci, à plus d'un titre.

On sait depuis 2010 que la Cour de cassation¹¹ exige des juges du fond une motivation suffisante pour caractériser le rôle actif de l'annonceur. Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation s'est refusée à qualifier la notion de « rôle actif » en laissant aux juges du fond le soin de l'apprécier au cas par cas. Si ce choix de la Cour de cassation est critiqué¹², il répond pourtant aux recommandations de la Cour de justice.

Or, à la lecture des décisions de première et seconde instance, il apparaît nettement que les juges du fond ont pris soin de constater et de démontrer précisément les faits de nature à qualifier les sociétés Tuto4pc.com d'éditeur. Ainsi, tel qu'il a été relevé ci-avant, la cour d'appel de Paris¹³ a récemment considéré, pour refuser la qualité d'éditeur à Google dans le cadre de son activité de référencement, que le « processus de sélection des mot-clés » mis en place « était automatisé », de sorte que son activité était « purement technique, automatique et passive ». A contrario, relever que l'insertion de mots-clés, à titre de raccourci, dans sa page d'accueil, par le prestataire de référencement serait un indice particulièrement probant de l'absence de neutralité de ce même prestataire. Un comportement, que l'on pourrait qualifier de similaire, avait été reproché à la société eBay. La cour d'appel avait retenu la responsabilité de la célèbre plateforme d'enchères en ligne, sur la base du rôle actif, en constatant que son rôle ne se limitait pas à classer et à faciliter la lisibilité des offres et des demandes, mais consistait également « à les promouvoir activement et à les orienter pour optimiser les chances qu'elles aboutissent à des transactions effectives »¹⁴. L'utilisation d'un mot-clé à titre de raccourci sur une page d'accueil ne constitue-t-elle pas une forme d'optimisation ? Cet argument est pourtant apparu insuffisant aux yeux de la chambre commerciale.

Plus encore, le fait que les liens commerciaux affichés sur le site lo.st différaient de ceux affichés dans la liste de Google laissait légitimement croire à une intervention de la part du prestataire technique. Comment expliquer qu'un prestataire technique affirmant ne fournir aucun service de référencement, du fait de son adhésion au service AdSense, puisse offrir une liste de liens commerciaux différente de celle de Google, sans être intervenu et avoir eu connaissance du contenu édité ? C'est pourquoi la décision de la Cour de cassation semble quelque peu excessive. Faut-il y voir une volonté de sa part d'assimiler la notion de moteur de recherche à celle d'hébergeur ? Difficile d'y croire. Celle-ci a peut-être souhaité mettre en exergue les carences du raisonnement de la cour d'appel de Paris, en lui reprochant de ne pas avoir tiré avec exactitude toutes les conséquences de ses différentes constatations. Il appartiendra à la cour de renvoi d'être sans doute plus précise en expliquant, par exemple, en quoi l'insertion d'un mot-clé à titre de raccourci participe d'un rôle actif.

II. SUR LA RESPONSABILITÉ DU MOTEUR DE RECHERCHE

A. Sur l'atteinte à la marque renommée

Dans la présente affaire, un double reproche doit être formulé à l'encontre de l'arrêt d'appel s'agissant de l'application de l'art. L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle relatif à la marque renommée qui, faut-il le rappeler, a instauré au profit du titulaire d'une marque renommée une action en responsabilité civile spécifique lorsqu'est constatée une reproduction ou une imitation de celle-ci pour désigner des produits ou services identiques, similaires, mais aussi différents.

9. Cass. civ., 1^{re} ch., 14 janv. 2010, n° 06-18855 *Sté Télécom Italia (Tiscali) c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics*, JurisData n° 2010-051043. V. aussi, Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10508, *eBay Inc., eBay International c/ LVMH et a.*, *Comm. com. élect.* 2012, n° 7, comm. n° 74, obs. C. Caron ; *JCPE* 2012, 1458, note A. Debet ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 214 et 215, p. 16, obs. L. Marino ; *RLDI* 2012, n° 83, p. 44, note O. Roux ; *D.* 2012, n° 26, p. 1684, note L. Mauger-Vielpeau – Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-505, *eBay c/ Louis Vuitton Malletier* – Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10508, *eBay c/ Christian Dior Couture*.

10. V. P. Tréfigny, obs. sous TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 11 juin 2010, préc.

11. Cass. Com., 13 juill. 2010, n° 08-13944 (*Google c/ GIFAM*), n° 06-20230 (*Google c/ Vuitton*), n° 06-15136 (*Google c/ CNRRH*), n° 05-14331 (*Google c/ SA Viaticum*).

12. L. Marino, « eBay n'est pas un hébergeur (et demain ?) », *Gaz. Pal.* 2012, n° 214 à 215, p. 16 ; O. Roux, « Pas de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification d'hébergeur ! », *RLDI* 2012, n° 83, p. 44. V. également le communiqué du 15 mai 2012 de l'Association des services Internet communautaires, http://www.lasic.fr/wp-content/uploads/2012/05/asic_cp-ebay-LVMH.15052012.pdf

13. CA Paris, 9 avril 2014, préc.

14. CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 3 sept. 2010, préc.

Le premier grief – qui s'apparente plus à une approximation – concerne la terminologie employée. Il est question dans l'arrêt en cause de marques notoires et non de marques renommées. S'il s'agit effectivement de notions voisines¹⁵ dans la mesure où elles sont toutes deux connues par une partie significative du public concerné, il est important de rappeler que la marque renommée est enregistrée tandis que la marque notoire ne l'est pas. En outre, la cour d'appel¹⁶ a cru bon de considérer que l'usage, par mots-clés, des marques renommées de la demanderesse par le moteur de recherche Lo.st, en vue de générer l'affichage de liens commerciaux dirigeant les internautes prioritairement vers des sites concurrents et non concurrents de ceux du titulaire des droits, suffisait à caractériser un fait dommageable qui consistait essentiellement à tirer indûment profit de la notoriété des marques du titulaire.

Si la renommée des marques en cause n'est pas contestable, des résultats de sondages produits aux débats par la demanderesse ayant permis de mesurer l'ampleur de celles-ci (100 % des personnes interrogées affirmaient connaître la marque SNCF, 99 % pour la marque TGV...), les juges du fond ont néanmoins omis d'envisager les autres conditions de mise en œuvre de l'art. L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, celle d'usage dans la vie des affaires.

Pour mémoire, la CJUE a posé pour principe qu'un prestataire de service de référencement ne peut, dans le cadre de cette activité, être sanctionné au titre de la contrefaçon de marques dans la mesure où « *le stockage, la sélection et l'affichage de mot-clés* » ne constitue pas un usage de marque dans la vie des affaires tel que défini par l'art. 5 § 1 de la directive Marque¹⁷. La Cour a pris soin de mettre l'accent sur une nuance essentielle : Google agit bel et bien dans le domaine de la vie des affaires, en permettant notamment la réservation de marques comme mots-clés au profit d'annonceurs. Pour autant, le prestataire de référencement ne fait pas lui-même un usage de ces marques au sens de l'art. 5 de la directive Marque, au motif qu'il n'est pas réalisé dans le cadre de sa propre communication commerciale¹⁸. De surcroît, et même si cette notion n'apparaît pas dans le texte français, la démonstration d'un usage dans la vie des affaires s'impose pour faire application du régime particulier des marques renommées visé à l'art. 5, § 2 de la directive Marque.

Force est de relever que les sociétés en cause dans la présente affaire n'utilisaient pas les marques d'autrui « *dans le cadre de leur propre communication commerciale* » et donc n'en faisaient pas usage dans la vie des affaires. Sans surprise, et en faisant expressément référence à la jurisprudence *Google Adwords*, la chambre commerciale censure sur ce point l'arrêt d'appel, en précisant de manière lapidaire que les sociétés défenderesses n'ont pas fait un usage des marques renommées de la SNCF au sens de l'art. 5 § 1 et 2 de la Directive 89/104/CE.

B. Sur les pratiques commerciales trompeuses

Afin d'engager la responsabilité des sociétés Tuto4pc.com, la cour d'appel a également relevé – de façon surprenante – que

les défenderesses s'étaient rendues coupables de pratiques commerciales trompeuses au motif que lorsque la marque de la demanderesse « *Voyages-SNCF* » était mentionnée sous la rubrique « *annonces Google* », des sites commerciaux pour certains concurrents apparaissaient. Un tel constat a poussé les juges du fond à considérer que cette offre de services publicitaires constituait une publicité trompeuse « *destinée à abuser le consommateur en lui faisant croire qu'il serait mis en relation avec les sites commerciaux de la SNCF en partenariat avec les moteurs de recherches Lo.st et Google* ». La cour

d'appel laisse donc entendre que le moteur de recherche pouvait être à la source d'une confusion dans l'esprit de l'internaute entre les services fournis par le titulaire de la marque utilisée comme mot-clé et ceux des annonceurs.

S'il est vrai qu'au terme de l'art. L.121-1 du Code de la consommation une pratique commerciale est trompeuse « *lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent* »¹⁹, l'application de ce texte dans ce cadre ne convainc pas. Dès lors que l'utilisation de la marque d'autrui par un annonceur comme mot-clé en vue d'assurer la promotion de ses propres produits et services n'entraîne pas *ipso facto* dans l'esprit de l'internaute moyen un risque de confusion²⁰ permettant de constater une atteinte à la fonction essentielle de la marque, un acte de concurrence déloyale²¹ ou bien une pratique commerciale trompeuse²², il apparaît, *a fortiori*, particulièrement délicat de démontrer l'existence d'un tel risque de confusion lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité du prestataire de référencement. Là encore, la chambre commerciale de la Cour de cassation censure en toute logique²³ le raisonnement de la cour d'appel en lui reprochant de ne pas avoir caractérisé la pratique commerciale trompeuse, les juges du fond n'ayant pas démontré en quoi une confusion était envisageable.

Y. B. et P. -M. C.

« La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir caractérisé la pratique commerciale trompeuse, les juges du fond n'ayant pas démontré en quoi une confusion était envisageable. »

15. CJCE, 22 novembre 2007, aff. C-328/06, *Nieto Nuño*, pt. 17 ; *Propriété intellectuelle*, 2009, n° 30, p. 91, obs. G. Bonet ; CCE 2008, n° 2, comm. n° 19, obs. C. Caron ; *Propriété intellectuelle*, 2008, n° 1, comm. n° 2, obs. A. Folliard-Monguiral.

16. CA Paris, 28 oct. 2011, préc.

17. CJUE, 23 mars 2010, préc., pt. 58. La Cour de justice a défini dans l'arrêt *Arsenal Football Club* la notion « *d'usage d'une marque dans la vie des affaires* », qui s'apprécie notamment « *dans le contexte d'une activité commerciale visant un avantage économique et non dans le domaine privé* », CJCE, 12 nov. 2002, C-206/01, *Arsenal*, pt. 40.

18. Pt. 56.

19. V. sur les pratiques commerciales trompeuses, N. Eréséo, « *Pratiques commerciales trompeuses* », *J.-Cl. Communication*, Fasc. 3480, 2009.

20. CJUE, 23 mars 2010, préc., pt. 90. V. également Y. Basire, « *Synthèse – Droit des marques* », *Légipresse* 2012, n° 299, p. 654.

21. V. par exemple, CA Aix en Provence, 2^e ch., 3 avr. 2014, *Delko Développement c. Oscaro.com*, www.legalis.net

22. V. par exemple, TGI Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 15 janv. 2013, *Légipresse* 2013, n° 310, p. 634, obs. Y. Basire.

23. V. pour une motivation identique, Cass. com., 29 janv. 2013, *JurisData* n° 2013-001148.

Les logiciels de l'État seraient-ils tous *open source* par défaut ?

MOTS-CLÉS : Droit d'accès, documents administratifs, logiciels, code source, Cada

Commission d'accès aux documents administratifs

8 janvier 2015

M. X c/ Direction générale des finances publiques

(DGFIP)

327-06

Le code source d'un logiciel est un ensemble de fichiers informatiques qui contient les instructions devant être exécutées par un microprocesseur. La Commission d'accès aux documents administratifs (Cada) estime que les fichiers informatiques constituant le code source sollicité, produits par la direction générale des finances publiques dans le cadre de sa mission de service public, revêtent le caractère de documents administratifs, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978. Ce code est, de ce fait, communicable à toute personne qui le demande, conformément à l'article 2 de la même loi, dès lors, compte tenu des dispositions du g du 2^o du I de l'article 6 de cette loi, que sa communication ne paraît pas porter atteinte à la recherche des infractions fiscales.

Monsieur X a saisi la Commission d'accès aux documents administratifs, par courrier enregistré à son secrétariat le 24 novembre 2014, à la suite du refus opposé par le directeur général des finances publiques à sa demande de communication du code source du logiciel simulant le calcul de l'impôt sur les revenus des personnes physiques, afin de pouvoir le réutiliser pour ses travaux de recherche universitaire.

La commission rappelle que le code source d'un logiciel est un ensemble de fichiers informatiques qui contient les instructions devant être exécutées par un microprocesseur. Elle estime que les fichiers informatiques constituant le code source sollicité, produits par la direction générale des finances publiques dans le cadre de sa mission de service public, revêtent le caractère de documents administratifs, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978. Ce code est, de ce fait, communicable à toute personne qui le demande, conformément à l'article 2 de la même loi, dès lors, compte tenu des dispositions du g du 2^o du I de l'article 6 de cette loi, que sa communication ne paraît pas porter atteinte à la recherche des infractions fiscales. En application de l'article 4, il doit être communiqué, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration, par la délivrance d'une copie sur un support compatible avec celui qu'elle utilise, aux frais du demandeur, ou par courrier électronique et sans frais. En vertu de l'article 10 relatif à la réutilisation des informations publiques, et à moins que des tiers à l'administration détiennent des droits de propriété intellectuelle sur ce code, il peut être utilisé par toute personne qui le souhaite

à d'autres fins que celles de la mission de service public de l'administration fiscale, notamment pour les besoins de la recherche en économie, telle celle à laquelle le demandeur consacre ses travaux.

En réponse à la demande qui lui a été adressée, le directeur général des finances publiques a indiqué à la commission que le code source de l'application de calcul de l'impôt sur le revenu des personnes physiques se composait de nombreux fichiers nécessitant un lourd traitement pour être rendus exploitables, de sorte que le document sollicité devait être regardé comme inexistant, en l'absence de traitement automatisé d'usage courant susceptible d'en produire une version compréhensible.

La commission rappelle que si toute personne est en principe fondée à obtenir communication d'un document administratif, en vue de la réutilisation des informations publiques qu'il comporte, dans le format le plus propre à cette réutilisation, lorsque l'administration le détient dans différents formats ou peut obtenir par un traitement automatisé d'usage courant le format souhaité, la loi du 17 juillet 1978 ne fait pas obligation à l'administration d'élaborer un nouveau document, notamment un document qui n'existerait pas en l'état et ne pourrait être obtenu que par une opération excédant un simple traitement automatisé d'usage courant.

La commission considère, en revanche, que l'appréciation de l'administration selon laquelle la réutilisation envisagée se heurterait à des difficultés techniques, voire à une impossibilité matérielle, ne saurait fonder le refus de communiquer le document sollicité dans l'état où l'administration le détient. La commission émet donc un avis favorable à la communication à Monsieur X du code source sollicité, sous la forme sous laquelle l'administration le détient. Le demandeur est libre de le réutiliser dans les conditions fixées à l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978, en l'absence de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers à l'administration, dont le directeur général des finances publiques ne fait pas état.

COMMENTAIRE



Matthieu Berguig

Avocat au Barreau de Paris

Spécialiste en droit de la propriété intellectuelle

Président de Cyberlex



François Coupeuz

Avocat au Barreau de Paris,

Associé du cabinet ATIPIC Avocat

Spécialiste en droit des nouvelles technologies

Membre de Cyberlex

Un récent avis¹ de la Commission d'accès aux documents administratifs (la Cada) est venu semer le trouble en ce qui concerne le régime juridique des logiciels développés par l'État. Par cet avis, l'autorité administrative indépendante considère en effet que le code source de ces logiciels pourrait être communiqué à tout intéressé qui en fait la demande.

1. Avis 20144578 du 8 janvier 2015 reproduit ci-dessus et disponible sur le site : <http://www.cada.fr>

Cette affaire a pris son origine dans la demande d'un chercheur tendant à obtenir la communication du code source du logiciel de simulation du calcul de l'impôt sur le revenu. Le demandeur souhaitait réutiliser ce logiciel à des fins de recherche. Face au refus de l'administration de lui communiquer ce code source, le chercheur a saisi la Cada, qui est chargée de veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs et aux archives publiques, et de permettre la réutilisation, sous condition, des informations publiques. Elle émet à ce titre des avis lorsqu'elle est saisie par une personne à qui est opposé un refus de communication d'un document administratif².

La Cada a émis un avis favorable à la demande du chercheur et a considéré dans cet avis du 8 janvier 2015 que le code source d'un logiciel revêt le caractère d'un « document » administratif au sens de l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 relative à la communication des documents administratifs.

Pour mémoire, ce texte s'applique aux « documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. » Selon la loi, ces documents sont, « notamment », des dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions. La Cada a eu par ailleurs l'occasion de décider que des budgets, comptes administratifs ou encore des organigrammes des agents entraient également³ dans cette catégorie.

Si le texte ne vise pas expressément le code source des logiciels dans la liste des documents administratifs qui peuvent faire l'objet d'une communication aux administrés, l'utilisation de l'adverbe « notamment » prive cette liste de tout caractère limitatif. La Cada considère donc que le code source d'un logiciel serait un tel « document » administratif, qui pourrait donc faire l'objet d'une communication et d'une réexploitation à d'autres fins que la mission de service public pour l'exécution de laquelle il a été établi. Éventuellement, à des fins commerciales...

Que penser de cet avis qui paraît révolutionnaire à bien des égards et qui semble se placer dans le sillage de la grande mode de l'*open data* ? Non seulement la notion de « document » paraît discutable en l'espèce (I), mais l'avis semble avoir été rendu au mépris d'un contexte juridique prégnant (II). Serait-ce une nouvelle illustration de la règle selon laquelle, lorsque l'on pose mal la question, on est rarement satisfait de la réponse (III) ?

I. LE CODE SOURCE D'UN LOGICIEL EST-IL UN « DOCUMENT » ADMINISTRATIF AU SENS DE LA LOI DE 1978 ?

Le code source d'un logiciel est un ensemble d'instructions destinées à être soumises à un ordinateur. Ces instructions sont contenues au sein du programme informatique qui, une fois compilé et exécuté par la machine, apparaît à l'écran sous la forme d'un logiciel.

Ne bénéficiant d'aucune définition au sein du vocabulaire officiel de l'informatique et de l'internet⁴, le code source n'est pas non plus défini par l'arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication, qui, pourtant, y fait une référence expresse. Aucun texte de droit privé ne vient non plus apporter une définition du code source. Seuls quelques textes épars uti-

lisent le terme sans le définir⁵, alors même que la protection par le droit d'auteur se fonde essentiellement sur l'étude technique de celui-ci pour démontrer l'existence d'une contrefaçon.

Si le droit ne définit pas le code source en tant que tel, il apparaît que la notion de document au sens de la loi de 1978 est également bien floue. Le texte n'indique pas expressément ce qu'il faut entendre par ce terme. La loi dresse des exemples de documents et ne donne qu'une définition tautologique de la notion de document administratif, qui serait... un document produit par une personne publique. La Directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public n'en précise guère plus, quant à elle, puisqu'elle énonce dans son article 2 § 3) qu'il faut entendre par document « a) tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel); b) toute partie de ce contenu ».

En somme, en l'absence de définition précise du « code source » et du « document », il était relativement aisé pour la Cada de rendre cet avis. Si les mots n'ont aucun sens, on peut leur faire dire ce que l'on veut.

Cela étant, en retenant des définitions rigoureuses, la pertinence de l'avis de la Cada doit être fortement relativisée. Ainsi, selon le dictionnaire Larousse, un document est « une unité d'information correspondant à un contenu singulier ». S'il est certain qu'un code source comporte bien un contenu singulier, il est délicat d'y voir une unité d'information. La définition ajoutant que le document peut également être une « pièce écrite servant d'information, de preuve », le biais possiblement utilisé par la Cada dans son raisonnement se dessine, le code source ayant indéniablement une telle utilité en matière juridique (cf. les contentieux en contrefaçon précédemment évoqués).

« La Cada considère que le code source d'un logiciel serait un « document » administratif, qui pourrait donc faire l'objet d'une communication et d'une réexploitation à d'autres fins que la mission de service public pour l'exécution de laquelle il a été établi. »

2. Art. 20 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

3. Conseil de la Cada 20063038.

4. JORF n° 0001 du 1^{er} janvier 2013.

5. Cf. art. R. 132-8 et 132-10 du Code de la propriété intellectuelle concernant le nantissement du droit d'exploitation des logiciels.

Mais tout de même, en soi, un code source n'est pas censé contenir d'information dans le sens d'un message destiné à un être humain, à l'exception peut-être des commentaires qui peuvent être insérés par les programmeurs pour se guider dans l'analyse de celui-ci. Comme indiqué ci-dessus, un code source est un ensemble d'instructions dont le destinataire n'est pas un être humain, mais une machine. De la sorte, il nous semble pour le moins osé de déclarer, sans même développer un raisonnement particulier sur ce point, que le code source d'un logiciel est un « document » au sens de la loi du 17 juillet 1978.

« Il semble pour le moins osé de déclarer que le code source d'un logiciel est un « document » au sens de la loi du 17 juillet 1978. »

D'ailleurs, dans le considérant 9 de la Directive 2003/98 précitée, il était explicitement indiqué que « la définition du terme "document" ne couvre pas les programmes informatiques », donc le logiciel. Certes, cette précision ne figure plus dans les considérants de la Directive 2013/37/UE qui remplace la directive de 2003 (texte toujours en attente de transposition en droit français). Mais déduire de cette absence que les programmes informatiques seraient désormais des documents administratifs communicables nous paraîtrait excessif. D'ailleurs, la Cada ne fait jamais référence à ces éléments textuels, affirmant, dans l'avis ici commenté, ce qui semble une évidence sans jamais l'argumenter.

Si l'air du temps pousse vers le "tout open data" et peut expliquer cette prise de position novatrice de la Commission, on peut également remarquer que le rapport sénatorial d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques du 5 juin 2014⁶ mentionnait quant à lui, en page 66, les « logiciels utilisés par les administrations ». Le paragraphe concerne l'exception de communication du fait de la préservation du droit des tiers, mais semble opposer les logiciels produits par des tiers, non communicables dans nombre d'hypothèses, et ceux conçus par les agents publics qui, dans le silence du texte et par opposition aux logiciels produits par des tiers, auraient implicitement vocation à l'être...

Il n'en reste pas moins que l'avis de la Cada est contestable sur le seul plan sémiologique. Il l'est surtout sur le plan juridique.

II. LA COMMUNICATION DU CODE SOURCE AU MÉPRIS DU DROIT

Selon l'avis de la Cada, le code source d'un logiciel doit pouvoir être communiqué à tout intéressé qui en fait la demande, en l'absence de tout contrat. Le tiers qui obtient communication du code source doit alors pouvoir réutiliser ce code comme bon lui semble en vertu des articles 10 et suivants de la loi de 1978 relative à la réutilisation des informations publiques.

Cette communication et cette possibilité d'exploitation du code source entrent en totale contradiction avec plusieurs dispositions juridiques essentielles en la matière.

À l'évidence, cette communication et la réexploitation du code source ne peuvent pas être réalisées au mépris des droits de propriété intellectuelle. Il s'agit d'ailleurs d'une limite expresse apportée du bout des lèvres par la Cada à la règle qu'elle a elle-même posée. Or, la directive 2013/37/UE précitée, rappelle elle aussi avec force le principe d'exclusion de communication des documents à l'égard desquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle.

Selon l'avis, qui ne s'étend guère sur la question, l'utilisation du code source peut être réalisée « à moins que des tiers à l'administration détiennent des droits de propriété intellectuelle sur ce code ». Il s'agit d'une limite fondamentale à cette prétendue liberté de réexploitation. Il est bien évident que le droit d'auteur s'applique sur les logiciels et que ces droits d'auteur, qui confèrent au titulaire des droits sur le logiciel un monopole d'exploitation, s'opposent à toute reproduction et/ou représentation et/ou adaptation du code source.

Mais cette communication doit également prendre en considération les droits de propriété intellectuelle de l'administration, pas seulement des tiers. Le droit de communication et de réexploitation se heurte ainsi aux dispositions du décret n° 96-858 du 2 octobre 1996 relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses établissements publics ayant participé directement à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale ou à des travaux valorisés.

La lecture de ce décret nous apprend que les fonctionnaires ayant participé au développement de ces logiciels sont intéressés financièrement, par le biais d'une prime d'intéressement, aux produits tirés de la valorisation de ces logiciels. Or la réexploitation envisagée par la Cada omet totalement le principe de cette prime. Les développeurs fonctionnaires en seraient ainsi totalement spoliés alors même qu'un tiers qui a obtenu la communication du code source du logiciel pourrait l'exploiter à sa guise, sans contrepartie.

Par ailleurs, l'article 1^{er} du décret prévoyant cette règle ajoute que : « Lorsque la personne publique décide de ne pas procéder à la valorisation de la création, de la découverte ou des travaux, les agents mentionnés à l'alinéa précédent peuvent en disposer librement, dans les conditions prévues par une convention conclue avec ladite personne publique. » Cela signifie que le décret impose aux développeurs fonctionnaires de conclure un contrat avec la personne publique dont ils dépendent afin de pouvoir exploiter le logiciel qu'ils ont contribué à créer. En d'autres termes, le tiers qui n'a pas participé au développement du logiciel serait dans une meilleure situation que les fonctionnaires !

Au demeurant, le considérant 12 de la Directive 2003/98/CE précitée (dont, cette fois, le contenu est conservé par la Directive 2013/37 qui la modifie) énonce que « la Directive 2003/98/CE devrait s'entendre sans préjudice des droits, y compris les droits économiques et moraux, dont les employés des organismes du secteur public peuvent bénéficier en vertu des dispositions nationales. »

6. <http://www.senat.fr/rap/r13-589-1/r13-589-11.pdf>

La question qui se pose alors est la suivante : peut-on considérer que le code source du logiciel objet de la demande d'accès (et donc du présent avis) est protégé par le droit de la propriété intellectuelle ? Ce qui revient à se poser la question suivante, compte tenu des règles de droit applicables : le logiciel simulant le calcul de l'impôt sur les revenus des personnes physiques est-il original ?

Sur ce point, la réponse n'est pas forcément évidente. Si la protection du droit d'auteur est accordée au logiciel indépendamment de son caractère utilitaire ou des fonctionnalités qu'il permet d'effectuer, le critère à prendre en compte est celui posé par la Cour de cassation à l'occasion de trois arrêts du 7 mars 1986⁷, et notamment l'arrêt *Babolat contre Pachot*. La jurisprudence considère ainsi que le critère de protection est « l'activité créatrice » de l'auteur, s'exprimant notamment sous la forme de remarques dans l'articulation des constituants élémentaires ou dans la logique exercée pour articuler ces composants. Est-ce le cas ici ? En réalité, la question qu'il faut plutôt se poser est : qui est juge de cette originalité, et donc, partant, de la reconnaissance de cette protection ?

En l'occurrence, c'est le juge civil qui serait amené à nous l'indiquer dans cette affaire, après analyse par un expert du code source, et en aucun cas la Cada qui n'a pas de compétence particulière en ces matières.

III. LA CADA VICTIME DE LA QUESTION POSÉE ?

Dans cette affaire, n'oublions tout de même pas qu'en réponse à la demande de communication qui lui a été adressée, « le directeur général des finances publiques a indiqué à la commission que le code source de l'application de calcul de l'impôt sur le revenu des

personnes physiques se composait de nombreux fichiers nécessitant un lourd traitement pour être rendus exploitables, de sorte que le document sollicité devait être regardé comme inexistant, en l'absence de traitement automatisé d'usage courant susceptible d'en produire une version compréhensible ».

« Loin d'avoir excipé de l'argument du droit d'auteur, c'est sur une défense technique, discutable, que l'administration a refusé l'accès à son code source. »

Ainsi, loin d'avoir excipé de l'argument du droit d'auteur, c'est sur une défense technique, et il est vrai discutable, que l'administration a refusé l'accès à son code source : refuser de communiquer un élément sous prétexte que la personne à qui on la communique ne saura pas l'utiliser serait vain à l'heure actuelle, lorsque l'on constate l'ingéniosité et la richesse des résultats tirés par les chercheurs d'informations rendues accessibles via l'*open data* sous les auspices de la mission Etalab⁸.

Fort logiquement, c'est exactement ce que la Cada répond à l'administration : le fait de se heurter à « des difficultés techniques, voire à une impossibilité matérielle ne saurait fonder le refus de communiquer le document sollicité dans l'état où l'administration le détient ».

En somme, l'avis de la Cada est à tout le moins très discutable. En réalité, les conclusions de l'avis auraient pu être fort différentes. Pour cela, la Cada aurait pu être guidée par un refus plus sérieusement motivé.

Il n'en reste pas moins que l'avis de la Cada n'étant pas contraignant, on ne peut qu'espérer que le directeur général des finances publiques n'en tienne pas compte et que, si le juge administratif est saisi, il fasse référence à ces principes pour solidement étayer son argumentation.

F. C. et M. B.

7. D 1986, p. 405 ; JCP 1986, éd E, II, 14173.

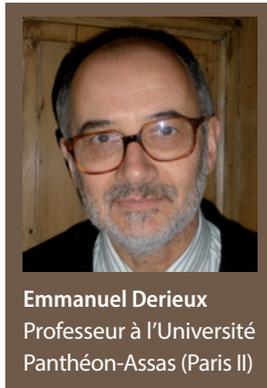
8. www.etalab.gouv.fr

Loi de modernisation du secteur de la presse : une occasion manquée

Loi n° 2015-433 du 17 avril 2015 portant diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse

Par les modifications qu'elle apporte à différentes lois relatives aux entreprises de presse ou connexes, la loi du 17 avril 2015, prétendant, selon son titre, contribuer à la « modernisation du secteur de la presse », introduit quelques mesures nouvelles très partielles ou ne fait que corriger, sur des points de détail, des formulations anciennes. Dans leur rédaction actuelle, celles-ci risquent d'être, dans leur objet comme dans leur expression, bien insuffisantes ou assez vite dépassées.

Le 17 avril 2015 a été promulguée la loi n° 2015-433 « portant diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse ». Composée de vingt articles, elle introduit ou modifie, de manière plus ou moins importante, une trentaine d'articles de différentes législations préexistantes. Supposée contribuer ainsi, selon le titre qui lui a été donné, à la « modernisation du secteur de la presse », pareille loi, telle qu'élaborée, promulguée et publiée, n'assure pas la simplification, la clarification, la stabilité et la modernisation du droit applicable. Elle-même et les dispositions qu'elle introduit ou modifie sont bien loin de satisfaire aux exigences de lisibilité et d'accessibilité de la règle de droit et de tenir les promesses répétées de simplification du droit¹. Compte tenu des différentes lois concernées, touchant au statut des entreprises de presse, des agences, des messageries, et, pour ce qui est des aides de l'État, à certains éléments de la fiscalité du secteur... et à défaut de parvenir à l'élaboration d'un Code des médias ou de la communication², touchant à bien d'autres éléments de ce droit (audiovisuel, statut professionnel, régime de responsabilité, droit d'auteur...), n'aurait-il pas été préférable de refondre l'ensemble de ces dispositions constitutives du



Emmanuel Derieux
Professeur à l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

statut des entreprises ou du droit économique du secteur de la presse, au lieu d'apporter des modifications partielles et sans doute temporaires à des textes épar³ ?

Compte tenu des modes d'intervention du législateur et d'élaboration des textes, un bref et bien nécessaire décryptage de certaines au moins des dispositions nouvelles et de celles qui se trouvent ainsi modifiées conduit à faire état d'adaptations nécessaires (I) et d'apports innovants (II), mais qui peuvent ne pas être suffisants ni totalement satisfaisants.

I. ADAPTATIONS NÉCESSAIRES

Aux quelques adaptations du droit ainsi réalisées (A), il peut être permis d'opposer celles, tout aussi nécessaires, qui ne sont pourtant pas d'actualité, et qui paraissent constituer ainsi des occasions manquées (B).

A. Adaptations réalisées

Quinze articles de la loi n° 47-585 de 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques (messageries de presse) se trouvent remplacés ou modifiés de manière plus ou moins importante. Onze des seize articles de la loi n° 57-32 du 10 janvier 1957 portant statut de l'Agence France Presse sont modifiés par la loi nouvelle. Un nouvel article est introduit dans la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse (en réalité et seulement relatif au statut des entreprises de presse, éditrices de publications périodiques et de services de presse en ligne). Sur des éléments exclusivement rédactionnels, sans véri-

1. Comme il arrive trop souvent et contrairement à ce qui peut être annoncé : Derieux, E. et Gras, F., « L'abus de lois est dangereux pour le droit », *Légipresse*, juillet 2011, n° 285, pp. 391-392 ; « Loi dite Warsmann du 22 mars 2012 : simplification supposée du droit des médias », *Légipresse*, mars 2012, n° 294, pp. 322-329.

2. « Projet de loi portant Code de la communication (partie législative) », *Doc. AN*, 7 avril 1993, n° 3 ; « Projet de loi portant Code de la communication et du cinéma (partie législative) », *Doc. Sénat*, 1996-1997, n° 54 ; Conseil d'État, *Inventaire méthodique et codification du droit de la communication*, La documentation française, 2006, 240 p. ; Albertini, J.-P., « Vers un Code de la communication », *Légipresse*, juin 1993, n° 102.II.45-56 ; Derieux, E., « Le projet de loi portant Code de la communication et du cinéma », *JCP* 1997.I.4007 ; « Le Code de la communication et du cinéma », *Légipresse*, janvier 1997, n° 138.II.15-16 ; « Diversité des sources et codification du droit de la communication », *Forum Légipresse, Le droit de la presse de l'an 2000*, Victoires Editions, 2000, pp. 85-90 ; « Perspectives d'une codification du droit de la communication », *RLDI*/15, avril 2006, n° 457, pp. 67-75.

3. Derieux, E., « Droit économique des médias », synthèse annuelle dans les numéros de juillet de *Légipresse* ; Derieux, E. et Granchet, A., « Droit économique », *Droit des médias. Droit français, européen et international*, Lextensoéditions-LGDJ, 6^e éd. 2010, pp. 69-374.

table impact sur le fond des dispositions, différentes modifications sont apportées à la loi n° 55-4 du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales. Des dispositions nouvelles sont introduites dans le Code général des impôts (CGI) pour inciter, par des déductions fiscales, à des investissements et à des dons au profit d'entreprises de presse.

Abondantes, les adaptations ou modifications apportées aux dispositions existantes ne sont pourtant que partielles. Elles ne concernent pas l'essentiel du statut de l'ensemble du secteur de la presse, dans ce qu'il comporte de contraintes et d'avantages. Il pourrait pourtant être bien nécessaire de le reconsidérer dans sa formulation, mais, beaucoup plus utilement encore, dans ses objectifs, sa justification et la réalité, sans doute assez limitée, de son application ou de sa portée⁴. Mais cela nécessiterait un travail plus approfondi et une plus grande ambition politique et législative, avec les risques d'oppositions que comporte toute tentative de remise en cause des situations acquises, causes de bien des renoncements.

B. Adaptations manquées

D'incessantes modifications partielles de dispositions législatives parfois très récemment révisées, dans la forme dans laquelle elles sont adoptées, avant consolidation des textes, permettent-elles au législateur, d'abord, et à ceux qui en prennent connaissance, ensuite, d'en apprécier pleinement et exactement la signification et la portée ?

Du point de vue de la forme et de la méthode, au moins, doit-on se satisfaire de formules telles que : « *Au 1^{er} alinéa, les mots (...) sont remplacés par les mots (...) Après le 3^o, il est inséré un 4^o ainsi rédigé (...) La seconde phrase (...) est remplacée par deux phrases ainsi rédigées (...) Après le sixième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé (...) Est ajoutée une phrase ainsi rédigée (...) le mot "deux" est remplacé par le mot "trois" (...) les mots (...) sont remplacés par les mots* ». C'est à un véritable jeu de piste que l'on doit parfois se livrer, avec tous les risques d'erreurs, dans le décompte des alinéas, découlant d'additions ou de suppressions, à raison de formules telles que : « *le b) est abrogé ; au début du dernier alinéa du c), les mots "le sixième" sont remplacés par les mots "l'avant-dernier" ou « après le septième alinéa, il est inséré un 5^o »*... Et l'on pourrait multiplier encore les exemples.

Dans la loi du 2 avril 1947 modifiée, est-il très essentiel de remplacer le titre « Conseil supérieur des messageries de presse et Autorité de régulation de la distribution de la presse » par « L'Autorité de régulation de la distribution de la presse et le Conseil supérieur des messageries de presse » ?

Correspondant à une dénomination en vigueur à un moment donné, certains des termes retenus risquent d'être assez vite dépassés par les évolutions à venir et d'obliger alors à nouveau à de bien inutiles révisions législatives partielles. Il en est ainsi,

dans le statut de l'AFP, du remplacement (bien tardif !) fait des « *représentants de la radiodiffusion-télévision française* » (la RTF ayant, en 1964, laissé place à l'ORTF, qui a lui-même éclaté, en 1974, en différentes entreprises publiques de radio et de télévision, elles-mêmes remplacées depuis, du fait de nouveaux regroupements, par Radio-France et France Télévisions...) par ceux des « *sociétés nationales de programme* ». Bien qu'il ne soit pas justifié de réserver ces sièges aux représentants du secteur public, n'est-ce pas une dénomination de ce type qu'il conviendrait d'utiliser ? Il en est de même de la mention qui était encore faite du « *président du conseil* » pour désigner le chef du gouvernement ou des changements de dénomination des différents ministères...

Ces adaptations nécessaires, sinon toujours réussies, ne constituent évidemment pas les apports les plus importants des dispositions nouvelles.

II. APPORTS INNOVANTS

Aux quelques apports appréciables (A), tels qu'introduits par les dispositions nouvelles, peuvent être opposés ceux qui, dans leur forme ou le moyen de faire au moins, peuvent apparaître plus contestables (B).

A. Apports appréciables

Différents apports de plus grande importance concernent le régime de la distribution de la presse, le statut de l'Agence France Presse, celui des entreprises de presse, certains éléments d'un régime fiscal de faveur et le régime des annonces judiciaires et légales.

1. Distribution de la presse

Parmi les apports essentiels de la loi du 17 avril 2015, susceptibles cependant d'être diversement appréciés, doit, s'agissant du régime de distribution de la presse, être mentionnée la modification de l'article 12 de la loi du 2 avril 1947, relatif aux « *barèmes des tarifs* », établissant le principe de « *solidarité entre coopératives et au sein d'une coopérative* », prenant notamment en considération les « *surcoûts spécifiques induits par la distribution des quotidiens* ».

Le principe coopératif, qui constitue la spécificité de tout le système de distribution de la presse, est cependant assoupli sinon remis en cause par la disposition introduite à l'article 18-6 de la loi d'avril 1947 qui prévoit la possibilité que les entreprises de presse soient, « *dans des zones géographiques déterminées* », autorisées, par le Conseil supérieur des messageries, à « *recourir à des réseaux locaux de distribution* », sans avoir à adhérer « *à une société coopérative de messageries de presse commune* ».

Une autre des modifications principales concerne l'article 17 de la loi d'avril 1947 (celui-ci a pourtant été révisé récemment par la loi du 20 juillet 2011, comme tous ceux qui le suivent) ; elle traite des responsabilités communes (concourantes et concurrentes, dans des conditions qui peuvent apparaître bien complexes et inutilement lourdes) de l'Autorité de régulation de la distribution de la presse et du Conseil supérieur des messageries de presse quant au « *bon fonctionnement du système*

⁴. Pour justifier la présente intervention législative, l'exposé des motifs de la proposition de loi mentionnait que « *la presse est aujourd'hui confrontée non pas à une crise conjoncturelle mais à une mutation structurelle d'ensemble de la filière* » et que « *le passage à l'ère numérique modifie les modèles économiques des titres de presse mais aussi et surtout les usages des lecteurs de la presse* ».

coopératif de distribution », au « *respect de la concurrence et des principes de liberté et d'impartialité de la distribution (...) de solidarité coopérative et des équilibres économiques du système collectif de distribution de la presse* ».

2. Agence France Presse

Parmi les modifications introduites dans la loi du 10 janvier 1957 portant statut de l'Agence France Presse, mérite d'être relevée celle, de son nouvel article 3, détaillant les missions et les modes d'action de son Conseil supérieur, même si on peut douter de la nécessité de fixer et de figer tout cela dans un texte de loi. Il en est de même de la détermination de sa composition. Semble-t-il appelé à être plus actif, ledit Conseil supérieur ne risque-t-il pas désormais de venir bien inutilement concurrencer le conseil d'administration dans l'exercice de ses pouvoirs ? Même si cela pourrait ne pas faire l'objet de dispositions législatives, mais plus simplement du statut déterminé, par lui-même, par cet « *organisme autonome* », certaines des modifications introduites quant à la composition du conseil d'administration de l'AFP sont moins anecdotiques. Il en est ainsi notamment de celle du nombre de « *représentants des directeurs d'entreprises françaises de publication de journaux quotidiens* » qui, passant de « *huit* » à « *cing* », les prive de la majorité.

Même si elle n'est pas fondamentale, heureuse est, dans l'article 1^{er} de la loi de 1957, la suppression enfin réalisée de la mention qui était encore faite à « *l'Union française* ». Depuis l'accès à l'indépendance, au début des années 1960, des anciennes colonies, elle n'avait plus de raison d'être.

3. Entreprises de presse

Dans la loi du 1^{er} août 1986, relative au statut des entreprises de presse, a été introduit un article 2-1 concernant la possibilité, pour « *une entreprise éditant une ou plusieurs publications de presse ou services de presse en ligne* », d'adopter le statut, assez étrangement dénommé, « *d'entreprise solidaire de presse d'information* ». Deux conditions sont posées pour cela. Une telle entreprise doit avoir pour objet « *d'éditer une ou plusieurs publications de presse ou services de presse en ligne consacrés pour une large part à l'information politique et générale* » et, selon des termes que les experts en comptabilité et en fiscalité comprendront, affecter « *une fraction au moins égale à 20 %* » de ses bénéfices « *à la constitution d'une réserve (...) consacrée au maintien ou au développement* » de ses activités « *et une fraction au moins égale à 50 % (...) au report bénéficiaire et à la réserve obligatoire* ».

Ces seuls éléments comptables suffisent-ils à faire d'une telle entreprise de presse une institution à part ? L'appartenance à cette catégorie permettra pourtant à ceux qui y font des investissements de bénéficier, de manière particulière, d'un régime fiscal de faveur.

4. Régime fiscal

Par la même loi d'avril 2015, sont introduites ou modifiées des dispositions du Code général des impôts permettant à ceux qui investissent dans des entreprises éditrices de presse ou de services de presse en ligne ou ceux qui, par l'intermédiaire d'associations, leur font des dons, de bénéficier d'un régime fiscal de faveur.

Pour cela, est introduit, dans ledit Code, un nouvel article 199 *terdecies* 0 C aux termes duquel, pour des investissements effectués avant le 31 décembre 2018, les contribuables « *bénéficiaire d'une réduction d'impôt sur le revenu égale à 30 %* » de leurs investissements. Ce taux est porté à « *50 % lorsque la société bénéficiaire (...) a le statut d'entreprise solidaire de presse d'information* ». Un plafonnement est fixé par les mêmes dispositions.

L'article 200 du même CGI est modifié pour permettre à des personnes faisant des dons à une entreprise éditrice de presse ou de service de presse en ligne, par l'intermédiaire « *d'associations d'intérêt général exerçant des actions concrètes en faveur du pluralisme de la presse* », de bénéficier d'« *une réduction d'impôt sur le revenu égale à 66 %* » du montant de leur don, « *dans la limite de 20 %* » de leur revenu imposable.

5. Publications d'annonces judiciaires et légales

Par la loi d'avril 2015, sont encore apportées, à la loi du 4 janvier 1955, quelques modifications relatives aux modalités de détermination des publications d'annonces judiciaires et légales. N'est cependant pas réglée la question controversée, illustrée par quelques affaires récentes⁵, de la signification à donner à la formulation du 2^o de l'article 2 de ladite loi posant que, pour être ainsi considérés dans un département, les périodiques doivent notamment « *être publiés dans le département ou comporter pour le département une édition au moins hebdomadaire* ».

B. Apports contestables

Bien des dispositions en cause et des modifications qui y sont apportées apparaissent contestables en ce que, au lieu de se contenter de poser des principes fondamentaux et en tant que tels durables, la loi intervient jusque dans le moindre détail de mesures qui devraient plutôt relever du pouvoir réglementaire et peut-être même de l'organisation interne et autonome des institutions en question.

Est-il si important de décider, par la loi, de faire passer de « *trois* » à « *quatre* » le nombre des membres de l'Autorité de régulation de la distribution de la presse pour y faire entrer « *une personnalité qualifiée* » ; d'y préciser que leur mandat « *est renouvelable une fois* » ; de prévoir qu'elle « *est renouvelée par moitié tous les deux ans* »... ?

S'agissant des représentants de la presse au sein du conseil d'administration de l'AFP, est-il justifié de ne le prévoir qu'au profit des « *journaux quotidiens* », à l'exclusion de tout autre type de publications périodiques ? De même, s'agissant de l'audiovisuel, est-il satisfaisant de n'assurer la représentation que du seul secteur public, alors que, depuis l'abandon du monopole d'État en la matière (loi du 29 juillet 1982), les stations de radio et les chaînes de télévision privées et leurs auditeurs et téléspectateurs sont désormais plus nombreux et leur contribution au financement de l'agence, par la souscription d'abonnements, probablement plus importante ?

5. Derieux, E., « Publications d'annonces judiciaires et légales », *Légipresse*, mai 2015, n° 326, pp. 240.

Osera-t-on contester la disposition nouvelle prévoyant, au nom de la parité, que le conseil d'administration de l'AFP « est composé de telle sorte que l'écart entre le nombre des hommes (...) et des femmes (...) ne soit pas supérieur à un » ?

Par un alinéa nouveau introduit à l'article 719 du Code de procédure pénale (CPP), il est posé, d'une manière qui n'a pas grand-chose à voir avec la « modernisation du secteur de la presse » (selon le titre de la loi), que les parlementaires en visite dans différents lieux de rétention pourront être accompagnés par des « journalistes titulaires de la carte d'identité professionnelle ». En dehors des dispositions du Code du travail relatives aux conditions d'attribution d'une telle carte⁶, c'est, semble-t-il, la seule référence que l'on y trouve dans des textes législatifs et réglementaires. La qualité de « journaliste professionnel »⁷ peut être contestée, par un employeur ou par l'administration fiscale, s'agissant d'une personne à qui elle aurait pourtant été attribuée. Cela limite l'intérêt et l'utilité de sa détention ! L'on comprend que certains journalistes (parmi les

plus renommés et auxquels elle était donc probablement moins nécessaire) aient, prétendant protester ainsi contre certaines décisions ou enquêtes de la Commission de la carte, de manière un peu théâtrale, découpé leur carte de journaliste (mais ne s'agissait-il pas de celle de l'année précédente et dès lors périmée ?). L'évolution des techniques ; la confusion des genres ; l'intervention, dans la collecte et la diffusion de l'information, d'amateurs ou de non professionnels de toutes sortes... ne devraient-elles pas conduire à élaborer une nouvelle définition plus précise et rigoureuse du « journaliste professionnel » ?

CONCLUSION

Intervenant sous forme de multiples modifications partielles – apportées sur des points pas toujours essentiels à des dispositions législatives elles-mêmes disparates – la loi du 17 avril 2015 est bien loin, contrairement à ce que prétend son titre, d'être une loi de « modernisation du secteur de la presse », et encore moins de son droit. Dès lors qu'une spécificité de ce droit est considérée comme justifiée, pour tenir compte du rôle d'une partie au moins de la presse dans une société démocratique, cette loi nouvelle, qui n'est en rien une loi de clarification et de simplification du droit, constitue assurément, et une fois encore, une occasion manquée...
E. D.

6. Da Lage, O., Obtenir sa carte de presse et la conserver, Victoires Editions, 2e éd., 2011, 110 p.

7. Derieux, E. et Granchet, A., *Droit professionnel », Droit des médias. Droit français, européen et international*, Lextensoéditions-LGDJ, 6^e éd. 2010, pp. 374-450 ; Derieux, E. et Gras, F., « Statut des journalistes », Synthèse annuelle dans les numéros d'octobre de *Légipresse*.

Modifications introduites par la loi n° 2015-433 du 17 avril 2015 portant diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse (extraits)

Les modifications introduites apparaissent en caractères **gras**.
Dans leur intégralité, les textes consolidés sont disponibles dans Derieux, E. et Granchet, A., *Droit de la communication. Lois et règlements*, Victoires éditions.

LOI N° 47-585 DU 2 AVRIL 1947

RELATIVE AU STATUT DES ENTREPRISES DE GROUPE ET DE DISTRIBUTION DES JOURNAUX ET PUBLICATIONS PÉRIODIQUES

(...)

Article 12 (Loi du 17 avril 2015). - Les barèmes des tarifs de chaque société coopérative de messageries de presse sont soumis à l'approbation de son assemblée générale. Ils sont fixés dans le respect des principes de solidarité entre coopératives et au sein d'une coopérative et de préservation des équilibres économiques du système collectif de distribution de la presse. Ces principes permettent d'assurer l'égalité des éditeurs face au système de distribution grâce à une gestion démocratique, efficiente et désintéressée des moyens mis en commun. Ils permettent également de répartir entre toutes les entreprises de presse adhérant aux coopératives, de façon objective, transparente et non discriminatoire, la couverture des coûts de la distribution, y compris des surcoûts spécifiques induits par la distribution des quotidiens et qui ne peuvent être évités.

(...)

Article 17 (Loi du 17 avril 2015). - L'Autorité de régulation de la distribution de la presse, autorité administrative indépendante, et le Conseil supérieur des messageries de presse, personne morale de droit privé, assurent, chacun dans son domaine de compétence, le bon fonctionnement du système coopératif de distribution de la presse et de son réseau et prennent toute mesure d'intérêt général en matière de distribution de la presse, dans les conditions définies par la présente loi.

Ils veillent au respect de la concurrence et des principes de liberté et d'impartialité de la distribution et sont garants du respect du principe de solidarité coopérative et des équilibres économiques du système collectif de distribution de la presse.

(...)

Article 18-6 (Loi du 17 avril 2015). - Pour l'exécution de ses missions, le Conseil supérieur des messageries de presse :
1° détermine les conditions et les moyens propres à garantir

une distribution optimale de la presse d'information politique et générale, dans le respect des articles 1^{er} et 2 ;

2° fixe pour les autres catégories de presse, selon des critères objectifs et non discriminatoires définis dans un cahier des charges, les conditions d'assortiment des titres et de plafonnement des quantités servies aux points de vente ;

3° définit les conditions d'une distribution non exclusive par une messagerie de presse, dans le respect des principes de solidarité coopérative et des équilibres économiques des sociétés coopératives de messageries de presse, et les conditions d'une distribution directe par le réseau des dépositaires centraux de presse sans adhésion à une société coopérative de messageries de presse ;

3° bis définit les conditions dans lesquelles les entreprises de presse relevant de l'article 2 peuvent, dans des zones géographiques déterminées, sans adhésion à une société coopérative de messageries de presse commune, recourir à des réseaux locaux de distribution aux points de vente et homologue les contrats de distribution conclus dans ces conditions, au regard des principes de la présente loi ;

(...)

LOI N° 86-897 DU 1^{ER} AOÛT 1986

PORTANT RÉFORME DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA PRESSE

(...)

Article 2-1 (Loi du 17 avril 2015). - Une entreprise éditant une ou plusieurs publications de presse ou services de presse en ligne peut adopter le statut d'entreprise solidaire de presse d'information.

Deux conditions sont nécessaires pour se voir reconnaître un tel statut :

1° l'objet social d'une entreprise solidaire de presse d'information est d'éditer une ou plusieurs publications de presse ou services de presse en ligne consacrés pour une large part à l'information politique et générale, au sens de l'article 39 bis A du Code général des impôts ;

2° pour la gestion de l'entreprise solidaire de presse d'information, une fraction au moins égale à 20 % des bénéfices de l'exercice est affectée à la constitution d'une réserve statutaire obligatoire consacrée au maintien ou au développement de l'activité de l'entreprise et une fraction au moins égale à 50 % des bénéfices de l'exercice est affectée au report bénéficiaire et à la réserve obligatoire.

(...)

CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS

Régime économique et fiscal. Aides de l'État à la presse

15° ter : Réduction d'impôt accordée au titre des souscriptions en numéraire au capital d'entreprises de presse.

Article 199 terdecies 0 C (Loi du 17 avril 2015).- 1. Les contribuables domiciliés fiscalement en France, au sens de l'article 4 B, bénéficient d'une réduction d'impôt sur le revenu égale à 30 % des versements effectués jusqu'au 31 décembre 2018 au titre de souscriptions en numéraire réalisées au capital de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun et définies au 1 de l'article 39 bis A.

Le taux mentionné au premier alinéa du présent 1 est porté à 50 % lorsque la société bénéficiaire de la souscription a le statut d'entreprise solidaire de presse d'information, au sens de l'article 2-1 de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse.

2. Les versements ouvrant droit à la réduction d'impôt mentionnée au 1 sont retenus dans la limite annuelle de 1 000 € pour les contribuables célibataires, veufs ou divorcés, et de 2 000 € pour les contribuables soumis à imposition commune.

(...)

20° : Réduction d'impôt accordée au titre des dons faits par les particuliers

Article 200 (Loi du 17 avril 2015).- 1. Ouvrent droit à une réduction d'impôt sur le revenu égale à 66 % de leur montant les sommes prises dans la limite de 20 % du revenu imposable qui correspondent à des dons et versements, y compris l'abandon exprès de revenus ou produits, effectués par les contribuables domiciliés en France au sens de l'article 4 B, au profit :

(...)

f bis) d'associations d'intérêt général exerçant des actions concrètes en faveur du pluralisme de la presse, par la prise de participations minoritaires, l'octroi de subventions ou encore de prêts bonifiés à des entreprises de presse, au sens du 1 de l'article 39 bis A.

Les donateurs peuvent affecter leurs dons au financement d'une entreprise de presse ou d'un service de presse en ligne en particulier, à condition qu'il n'existe aucun lien économique et financier, direct ou indirect, entre le donateur et le bénéficiaire.

Droit de la publicité

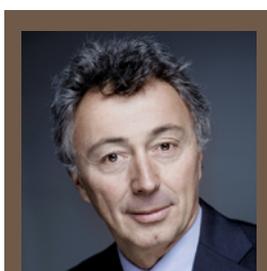
Mai 2014 - mai 2015

L'actualité judiciaire en droit de la publicité a été relativement fournie, sans donner lieu à des décisions particulièrement novatrices ou de portée majeure. On peut relever que le champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales continue de s'étendre et que son application aux offres de réduction est maintenant admise. Les décisions ont été nombreuses, comme chaque année, dans le domaine de l'alcool et du tabac, mais aussi dans ceux du parasitisme et – grâce particulièrement aux distributeurs – de la publicité comparative.

I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE

1.1. Pratiques commerciales déloyales

1.1.1. – Après les ventes avec primes et les jeux de loterie, après la revente à perte, la CJUE a eu à se pencher sur l'application de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales en matière d'offres de réduction. Saisie par une juridiction belge, la Cour de justice a estimé que les réductions de prix constituaient des pratiques commerciales rentrant dans le champ d'application de la directive¹. Par voie de conséquence, une réglementation nationale interdisant de façon générale toute offre de réduction ne se rapportant pas à un prix de référence n'est pas conforme à la directive. Le mode de raisonnement est maintenant classique. Si une pratique commerciale ne fait pas partie des trente et une pratiques réputées déloyales en toutes circonstances par la directive, elle ne peut être systématiquement interdite par un législateur



Éric Andrieu
Avocat au Barreau de
Paris

national et il convient de rechercher, au moyen d'une appréciation *in concreto*, au travers des critères définis aux articles 5 à 9 de la directive s'il s'agit ou non d'une pratique déloyale. La question qui se posait était donc essentiellement de savoir si une annonce de réduction de prix pouvait être considérée comme une pratique commerciale, ce à quoi la Cour répond par l'affirmative.

1.1.2. – La Cour de cassation était saisie d'un pourvoi formé par la société Cdiscount à l'encontre d'un arrêt l'ayant condamnée à 132 amendes de 75 € en raison d'infractions aux dispositions de l'arrêté du 31 décembre 2008 sur des annonces

de réduction de prix, à la suite de l'absence de justificatifs de prix de référence pour 97 produits et de l'omission de la mention « Prix conseillé » accompagnée de l'année à laquelle ce prix se rapportait pour 35 autres produits. Cdiscount faisait notamment valoir que l'arrêté du 31 décembre 2008 n'était pas conforme aux dispositions de la directive du 11 mai 2005. La Cour de cassation², estimant que cette question méritait d'être interprétée par la CJUE, l'a saisie de la question préjudicielle suivante : « *Les dispositions des articles 5 à 9 de la Directive 2005-29-CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur font-elles obstacle à ce que soient interdites en toutes circonstances, quelle que soit leur incidence possible sur la décision du consommateur moyen, des réductions de prix qui ne seraient pas calculées par rapport à un prix de référence fixé par voie réglementaire ?* ».

Il semble que la CJUE ait déjà répondu à cette question préjudicielle dans sa décision du 10 juillet rapportée ci-dessus, mais si l'arrêt de la Cour de cassation lui est postérieur, les débats s'y étaient tenus le 11 juin 2014.

1.1.3. – Le Conseil National des Barreaux (CNB) poursuivait la société Jurisystème qui exploite un site à l'adresse www.avocat.net. Le CNB reprochait notamment des pratiques commerciales trompeuses dans la mesure où certaines des prestations réali-

¹ CJUE, 10 juillet 2014, C-421/12, *Commission européenne c/ Royaume de Belgique*.

² Cass. Crim, 9 septembre 2014, n° 13-85927.

Sommaire

P. 311 I. La réglementation générale

- 1.1 Pratiques commerciales déloyales
- 1.2 Droits d'auteur
- 1.3 Concurrence déloyale et parasitisme
- 1.4 Publicité trompeuse
- 1.5 Publicité comparative
- 1.6 Jury de déontologie publicitaire (JDP)

P. 316 II. Les réglementations spécifiques

- 2.1 Alcool
- 2.2 Tabac
- 2.3 Loteries
- 2.4 Divers

Le signe  indique que le document est accessible in extenso sur www.legipresse.com

sées sur le site n'émanaient pas d'avocats et que la mention « *le comparateur d'avocats n° 1 en France* » apparaissait à plusieurs reprises sur le site. Le tribunal de grande instance de Paris³ sanctionne Jurisystème sur ces deux points en retenant d'une part que l'usage de la dénomination « *avocat.net* » était de nature à créer une confusion dans l'esprit du public et d'autre part, que la comparaison annoncée ne portait que sur les avocats inscrits sur le site et n'était fondée en pratique que sur les prix. Notons que le tribunal ne vérifie pas si les critères de l'article L.120-1 du Code de la consommation (altération substantielle du comportement économique des consommateurs et non-respect des exigences de la diligence professionnelle) étaient ou non réunis.

1.1.4. – Nouvel épisode dans l'affaire opposant UFC Que Choisir à Darty depuis 2008 sur le sujet des ordinateurs vendus avec des logiciels préinstallés et de l'éventuelle infraction de vente subordonnée qui en découlerait⁴. L'affaire revenait après cassation devant la cour d'appel de Versailles⁵. La cour estime qu'il n'y a pas de vente subordonnée à défaut de tout manquement de Darty aux exigences de la diligence professionnelle puisque, d'une part, Darty ne peut obtenir de renseignements sur ce point de la part des fabricants et, d'autre part, cette pratique est générale dans la grande distribution de ces produits. La cour ajoute, en précisant que c'est de manière surabondante, qu'il n'est pas établi non plus que le comportement économique du consommateur moyen ait pu être affecté, les courriers de consommateurs produits par UFC montrant qu'il s'agit d'amateurs éclairés, voire de professionnels de l'informatique et qu'il ne s'agit donc pas de consommateurs moyens. En revanche, la cour sanctionne Darty au titre d'un manquement à son obligation d'information sur les produits mis en vente, la seule invitation faite à l'acquéreur potentiel de se documenter par lui-même sur les caractéristiques principales des logiciels et les droits conférés par leurs licences d'utilisation étant insuffisante.

1.2. Droits d'auteur

1.2.1. – Une infographiste, licenciée par son employeur ayant une activité de conception et de développement de sites internet, l'a poursuivi pour se voir reconnaître la qualité d'auteur sur les éléments graphiques des sites qu'elle avait créés. La cour d'appel de Rennes a rejeté ses demandes en constatant que si ses travaux témoignaient d'une technicité graphique et d'un savoir-faire certains, cette technicité fonctionnelle ne pouvait se confondre avec la créativité et l'originalité qu'implique la création d'une œuvre de l'esprit. La cour a notamment relevé que le travail de la demanderesse avait essentiellement consisté à illustrer les sites en fonction de l'activité des clients dans des cadres colorés et dynamiques qui ont été jugés non suffisamment originaux pour être protégés. Parallèlement, l'employeur présentait une demande reconventionnelle en concurrence déloyale qui est admise par la cour, notamment parce que l'ex-salariée présentait sur son propre site internet des prestations réalisées pour le compte de son employeur dont elle s'attribuait la paternité.

1.2.2. – La société Louis Vuitton Malletier poursuivait H & M du fait de la diffusion d'une publicité dans laquelle un mannequin portait des chaussures Louis Vuitton. La Cour de cassation⁶ reprend les constatations de la cour d'appel selon lesquelles, et contrairement à l'affirmation de H & M, les chaussures en cause n'étaient pas un accessoire de la photographie, mais que ces souliers, très visibles, « *étaient destinés à mettre en valeur la robe et mis en évidence par le port de jambières et les différentes positions adoptées par le mannequin qui met ainsi en avant les chaussures qu'il porte* », le tout participant « *indéniablement à une mise en scène destinée à mettre en valeur les vêtements commercialisés* » par H & M. S'agissant de constatations souveraines des juges du fond, le pourvoi est rejeté.

1.3. Concurrence déloyale et parasitisme

1.3.1. – Dans l'affaire opposant Christian Dior à Ferragamo sur le terrain du parasitisme du parfum Miss Dior par le parfum Signorina⁷, la Cour de cassation⁸ a rendu un arrêt de cassation sur l'une des astreintes prononcées par la cour d'appel ayant interdit à Ferragamo « *de distribuer, commercialiser et faire la promotion de ce parfum sur le territoire français sous quelque forme, de quelque manière et à quelque titre que ce soit directement ou indirectement* », ce qui était une interdiction générale non limitée aux produits et publicités revêtus des caractéristiques jugées parasitaires. Cependant, sur le fond, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au moyen d'une conception très extensive du parasitisme : « *Mais attendu qu'à la différence de la concurrence déloyale, qui ne saurait résulter d'un faisceau de présomptions, le parasitisme, qui consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment des investissements consentis ou de sa notoriété, résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité* ».

On retiendra que cette décision fait une différence entre la concurrence déloyale et le parasitisme, qui résultent tous deux de l'application de l'article 1382 du Code civil, seul le parasitisme pouvant être fondé sur un faisceau de présomptions.

1.3.2. – Le tribunal de commerce de Paris était saisi d'une action engagée par la société Ethycal Coffee Company à l'encontre de Nespresso du fait de la présence sur le site internet du Club Nespresso de diverses interventions d'internautes faisant état de la non-compatibilité des capsules ECC dans les machines Nespresso, de la mauvaise qualité des capsules ECC, de la détérioration systématique des machines Nespresso par ces capsules et de leur dangerosité pour la santé des utilisateurs. Au terme d'une motivation particulièrement succincte, le tribunal⁹ constate que : « *Ce club est l'interlocuteur naturel des consommateurs, de sorte que toute réponse fournie sur le fonctionnement des machines et des capsules a une crédibilité très forte, ce qui suffirait à engager la responsabilité de Nespresso* ».

³ TGI Paris, 3^e Ch., 3^e Section, 30 janvier 2015, n° 13/00332, LP n° 326-24.

⁴ Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2011-mai 2012 », LP n° 294, page 330.

⁵ CA Versailles, 3^e Ch. 22 janvier 2015, RG n° 11/07687.

⁶ Cass. Com. 6 mai 2014, n° de pourvoi 11-22.108, LP n° 319, sept 2014, comm. Y. Basire p. 487.

⁷ Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2012-mai 2013 », LP n° 305, page 320.

⁸ Cass. Com. 4 février 2014, n° de pourvoi 13-11.044.

⁹ TCom Paris, 15^e chambre, 6 juin 2014, RG n° 2012077904, LP n° 318, p. 392.

Quant au préjudice, le tribunal constate que la demanderesse ne fournit aucun élément, se retranchant derrière le secret des affaires, et qu'elle se contente de solliciter la désignation d'un expert pour chiffrer son préjudice. Le tribunal rejette cette demande d'expertise puis écrit : « *Attendu qu'un préjudice ayant néanmoins été subi, le tribunal usant de son pouvoir d'appréciation condamnera Nespresso à verser la somme de 500 000 € à Ethycal Coffee au titre des actes de dénigrement effectués eu égard au préjudice d'image immanquablement subi, déboutant des demandes au titre du préjudice commercial en l'absence de tout élément justificatif* ». Il est possible d'estimer que cette motivation est quelque peu surprenante.

1.3.3. – La Fédération française de rugby (FFR) poursuivait Fiat, son agence et ses concessionnaires, du fait de la diffusion d'une publicité présentant, au lendemain d'un match du tournoi des six nations, une Fiat 500 aux côtés d'un texte reprenant le score du match de la veille « *France 13 / Angleterre 24* » puis « *La Fiat 500 félicite l'Angleterre pour sa victoire et donne rendez-vous à l'équipe de France le 9 mars pour France / Italie* ». La FFR avait attaqué sur le fondement d'une part des droits reconnus par l'article L.333-1 du Code du sport et d'autre part, du parasitisme. Après avoir été déboutée par la cour d'appel¹⁰, la FFR avait formé un **pourvoi en cassation qui a été rejeté**¹¹, la Cour de cassation estimant que les faits relevés par la cour d'appel justifiaient le rejet des demandes. Sur l'exploitation du résultat du match, elle avait relevé qu'il s'agissait d'un résultat sportif d'actualité sans qu'il en résulte la captation injustifiée d'un flux économique résultant de l'événement sportif. Sur le parasitisme, la Cour rappelle que la FFR s'était « *bornée à soutenir que les agissements parasitaires résultaient en l'espèce de ce que les mis en cause avaient créé dans l'esprit des lecteurs du journal un risque de confusion sur la qualité de la société Fiat et de ses concessionnaires à son égard* », risque dont la cour d'appel a estimé qu'il n'était pas avéré.

Peut-être la décision eut-elle été différente si la FFR avait placé son action de façon plus générale sur le fait pour Fiat de se placer dans son sillage et de bénéficier à la fois de ses investissements et de sa notoriété, même si aucun risque de confusion n'était créé.

1.3.4. – Le tribunal de grande instance de Paris était saisi par la Fédération française de tennis (FFT) d'une action contre le fabricant de raquettes Prince du fait de l'organisation d'une animation promotionnelle intitulée « Prince Paris Tour » se déroulant pendant la première semaine du tournoi de Roland-Garros. Le tribunal¹² fait droit aux demandes de la FFT avec, pour l'essentiel, la motivation suivante :

- il se réfère à l'article L.333-1 du Code du sport en précisant qu'il « *ne se limite nullement aux droits de retransmission télévisuelle* » et en y intégrant « *toutes formes d'activités économiques ayant pour finalité de générer un profit et qui n'auraient pas d'existence si la manifestation sportive dont elle a eu le prétexte ou le support nécessaire n'existait pas* » ;

- il constate que le « Prince Paris Tour » s'est déroulé exclusi-

vement pendant la première semaine des Internationaux de France et que le bus stationnait à proximité immédiate de l'entrée principale de Roland-Garros aux heures de passage des spectateurs ;

- il en déduit que ces animations promotionnelles étaient directement liées à cette manifestation et a permis au public de créer un lien entre Prince et Roland-Garros ;

- il a jugé qu'« *il est incontestable que l'opération "Prince Paris Tour" n'aurait pas été organisée si le tournoi de Roland-Garros ne s'était pas déroulé au stade de la porte d'Auteuil pendant la même période, et que la volonté de la société Prince était de profiter de l'audience considérable de cette manifestation sportive pour effectuer la promotion de ses produits, en attirant vers son bus les amateurs de tennis se rendant à ce tournoi, profitant ainsi gratuitement des efforts et des investissements de la Fédération française de tennis* » ;

- il conclut que Prince s'était placée dans son sillage « *afin de tirer profit, sans dépenser les frais d'un partenariat, de la notoriété de cet événement sportif internationalement connu* », puis que « *de tels agissements parasitaires sont fautifs, nonobstant le fait que la société Prince ne se soit jamais présentée comme un partenaire officiel de la Fédération française de tennis, ce qui ne lui est pas reproché, et sans qu'il soit besoin de constater un détournement de clientèle, qui n'est pas une condition du parasitisme* ».

Notons que le tribunal a pris le soin de relever que la demande, contrairement à celle de la FFR, n'était pas fondée sur le fait que la société Prince se serait présentée comme un partenaire officiel de la FFT.

1.3.5. – Le tribunal de grande instance de Paris¹³ semble d'ailleurs aller également dans ce sens en sanctionnant la société Energizer pour une publicité en faveur du rasoir Wilkinson, se rattachant également au rugby et à l'équipe de France ainsi qu'à son sélectionneur. Wilkinson avait fait diffuser une annonce à la veille de la finale de la Coupe du Monde de Rugby 2011, disputée par l'équipe de France contre les All Blacks, dont le symbole est la fougère. La publicité représentait une moustache (portée à ce moment par Marc Lièvremont, entraîneur de l'équipe de France) en forme de fougère avec la mention « *Wilkinson encourage Marc Lièvremont et le XV de France pour la finale* ». Après avoir constaté que la seule utilisation de la dénomination « *XV de France* » n'était pas fautive, la publicité en question, qui n'avait aucune visée informative, révélait « *une volonté manifeste de rattacher directement la marque Wilkinson à l'équipe de France de Rugby sans s'acquitter des frais de partenariat nécessaires pour se prévaloir d'un tel lien* ». Le tribunal évoque même « *un coup médiatique* » en rappelant les efforts fournis par la FFR en termes d'investissement, de promotion et de médiatisation permettant à l'équipe de France de bénéficier de sa notoriété. Par ailleurs, la référence au nom de Marc Lièvremont constitue également une faute, même en dehors de tout dénigrement. En conséquence Wilkinson et son agence sont condamnées.

1.4. Publicité trompeuse

1.4.1. – Le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) poursuivait Speedy devant le tribunal de commerce de

¹⁰ CA Paris, 12 décembre 2012, n° 10/10996.

¹¹ Cass. Com. 20 mai 2014, n° de pourvoi 13-12.102, LP n° 318, p. 398.

¹² TGI Paris, 5^e Ch., 2^e Section, 2 octobre 2014, RG n° 13/10861 définitif, LP n° 321, p. 590.

¹³ TGI Paris, 3^e Ch., 3^e section, 27 juin 2014, RG n° 12/12555.

Nanterre du fait de la diffusion d'un message radio dont la teneur était pour l'essentiel la suivante : « *Pour la révision de ma voiture, ça devient de plus en plus dur. Mon concessionnaire est trop cher et je ne sais plus comment faire. Va donc chez Speedy. Chez Speedy, tu trouveras ton bonheur, la révision constructeur. C'est la révision vraiment moins chère. Ce sont des pros, tu n'as pas à t'en faire* ». Le tribunal¹⁴ accueille ces demandes sur les terrains :

- de la publicité comparative en considérant d'une part que les termes « *mon concessionnaire* » permettent d'identifier les concurrents visés par la publicité et d'autre part que celle-ci visant « *la révision constructeur* », ce qui est une notion générale et imprécise, ne compare pas des services dont les caractéristiques essentielles sont vérifiables ;
 - de la publicité trompeuse puisqu'après avoir redit l'imprécision du terme « *révision constructeur* », le tribunal écrit « *que de plus il revient à Speedy de démontrer que le service qu'il propose à sa clientèle "est vraiment moins cher", ce qu'il ne fait pas dans le message en cause puisqu'il procède par une affirmation* ». Il semble résulter de cette rédaction que le reproche fait à Speedy est de ne pas avoir justifié de la vérité de son affirmation dans son message publicitaire lui-même, ce qui serait manifestement un grief excessif ;
 - du dénigrement, le message ayant pour objet d'amener le consommateur moyennement averti à porter une opinion négative sur la profession de concessionnaire.
- En conséquence, Speedy est condamnée à 20 000 € de dommages et intérêts.

1.5. Publicité comparative

1.5.1. – Le Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF) et l'EPIC Eau de Paris poursuivaient les personnes morales et leurs dirigeants à l'origine de la publicité diffusée pour la marque d'eau de source Cristaline du fait principalement de l'utilisation de trois visuels présentant une bouteille de Cristaline aux côtés :

- de la formule « *Qui prétend que l'eau du robinet a toujours bon goût ne doit pas en boire souvent !* »,
- du visuel d'un robinet avec trois flèches rouges pointées en direction de l'eau en coulant et indiquant respectivement « *Plomb* », « *Nitrates* » et « *Chlore* », le slogan étant « *Je ne fais pas d'économie sur l'eau que je bois. Pour 5 €/mois, je choisis Cristaline* »,
- d'une cuvette de WC barrée d'une croix rouge avec le message « *Je ne bois pas l'eau que j'utilise. Je choisis Cristaline* ».

Après avoir retenu que la notion de « *pratique commerciale* » est plus claire que celle de « *publicité* » et qu'elle vise « *toute démarche visant à populariser un produit* » le tribunal¹⁵ rejette les demandes fondées sur la notion de pratique commerciale trompeuse pour les raisons suivantes :

- la référence aux termes « *plomb, nitrates et chlore* » dans l'eau du robinet pouvait laisser penser que Cristaline ne comportait aucun de ces éléments alors qu'il apparaît qu'elle contient des traces de nitrates : le tribunal estime cependant que du fait que ces traces sont mentionnées sur l'étiquette de Cristaline et que la publicité n'indique pas que cette eau n'en contient pas, il n'y a pas de pratique commerciale trompeuse ;

- Quant à la référence au coût de 5 € par mois, même si celui-ci n'est pas justifié sur la publicité, il a pu l'être lors de la procédure au moyen d'un « *mode de calcul qui n'apparaît pas déraisonnable* ».

En revanche, le tribunal sanctionne les prévenus sur le terrain de la publicité comparative en retenant tout d'abord qu'il s'agit dans les deux cas d'une eau destinée (au moins en partie) à être bue et qu'il s'agit donc d'un même bien répondant aux mêmes besoins au sens de l'article L.121-8 du Code de la consommation.

Il estime que n'est pas objective la question du coût dès lors qu'aucun coût moyen n'est indiqué pour la consommation d'eau du robinet, ni celle du goût qui repose par nature sur un élément subjectif non vérifiable.

Il estime surtout que relève clairement du dénigrement et du discrédit le fait de laisser entendre :

- que l'eau du robinet serait plus dangereuse pour la santé publique que l'eau de source alors qu'elle fait l'objet de contrôles et ne présente aucun danger réel pour la santé,
- que l'eau du robinet a généralement mauvais goût,
- que l'usager de l'eau du robinet boirait l'eau des toilettes, étant observé que toutes les eaux utilisées (sauf celles provenant des nappes aquifères dites profondes) ont déjà été retraitées, soit naturellement, soit artificiellement. Le tribunal ajoute qu'il s'agit de l'utilisation de l'une des images les plus dégradantes possible pour caractériser l'usage antérieur supposé et que la publicité comparative illicite est parfaitement caractérisée.

Le tribunal insiste sur l'importance des peines d'amende qu'il prononce en raison du caractère « *particulièrement inacceptable* » de cette publicité qui « *ne porte pas simplement atteinte à l'exercice normal de la libre concurrence* », mais nuit également au fonctionnement régulier d'un service public et à la santé publique.

Au total, des amendes de 265 000 € sont prononcées à l'encontre des sociétés du Groupe Cristaline, de leur agence de publicité et de leurs dirigeants, outre 100 000 € de dommages et intérêts.

1.5.2. – La société Pin, se présentant comme le « *libérateur des grandes fragrances* », a mis en place un site internet permettant aux consommateurs d'entrer le nom d'un parfum de grande marque et d'être renvoyés vers un parfum dont les caractéristiques essentielles seraient identiques. Des parfumeurs ayant attaqué ce site, le tribunal de grande instance de Paris¹⁶ sanctionne la société Pin en retenant qu'il s'agit d'une publicité comparative illicite au sens de l'article L.121-9, 1° et 4° du Code de la consommation puisque la défenderesse a tiré indûment profit de la notoriété attachée à des marques et a présenté ses propres parfums comme des imitations de parfums couverts par des marques.

On peut se demander si cette pratique constituait bien une publicité comparative et l'on observera que le tribunal livre une argumentation évoquant directement le parasitisme : « *La défenderesse tire indûment profit de la notoriété des dites marques* ».

¹⁴ T. Com Nanterre, 1^{re} chambre, 7 mai 2014, dossier 2013F03762 (appel a été interjeté par Speedy).

¹⁵ TGI Paris, 31^e Chambre, 16 avril 2015 (décision non définitive).

¹⁶ TGI Paris, 3^e Ch. 3^e Section, 11 avril 2014, RG 12/02594.

lesquelles sont connues comme identifiant des parfums associés à un univers de prestige qui ont fait l'objet d'investissements marketing massifs qu'elle a pu s'épargner tout en en bénéficiant par le système d'accès aux produits qu'elle a mis en place, qui s'insère dans leurs sillages. En effet, son système de vente par internet, qui exclut que le consommateur puisse sentir le parfum, repose sur la prétendue ressemblance avec les jus des parfums vendus sous les marques des demanderesse »¹⁷.

1.5.3. – Plusieurs procédures ont opposé Carrefour à Intermarché. Dans une première affaire, Carrefour reprochait à Intermarché la diffusion d'une campagne sous le slogan « *Intermarché crée le mois le moins cher de l'année* ». Carrefour estimait que cette publicité était à la fois comparative et trompeuse. Pour la cour d'appel de Paris¹⁸, il ne s'agit pas d'une publicité comparative, le slogan renvoyant aux prix pratiqués par Intermarché en octobre 2011 par rapport à ceux des autres mois. Sur le terrain de la publicité trompeuse, la cour, après avoir rappelé l'un des critères de l'article L.120-1 du Code de la consommation (« *Considérant que le caractère trompeur d'une publicité doit être apprécié au regard du comportement économique du consommateur moyen, en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* »), rejette l'argument de Carrefour selon lequel certains des produits mis en avant par Intermarché dans sa communication étaient vendus à un prix inférieur à d'autres périodes de l'année (en dehors de la période de promotion). La cour retient en effet que ceci ne serait vrai que pour 10 produits au regard des 600 faisant l'objet de la promotion, ce qui ne permet pas de retenir qu'il s'agirait d'une publicité trompeuse. Relevons que la cour rappelle que c'est au demandeur de rapporter la preuve du caractère mensonger de la publicité.

1.5.4. – Carrefour poursuivait également une campagne « *Intermarché moins cher sur vos produits de grandes marques* » et « *Votre fidélité rapporte plus chez Intermarché* ». Cette fois, ses demandes sont accueillies par le **tribunal de commerce de Paris**¹⁹. Le premier slogan est sanctionné dans la mesure où Intermarché n'a pu fournir aucune donnée chiffrée pour justifier de son affirmation. De surcroît, il semble que cette publicité ne portait que sur le prix du jambon des marques distributeurs Carrefour et Intermarché, ce qui est également sanctionné par le tribunal pour lequel un tel « *slogan générique laisse supposer, pour un consommateur d'attention moyenne normalement avisé, que l'ensemble des magasins ITM sont vraiment moins chers sur plusieurs produits par rapport à ses concurrents* ». Quant aux griefs relatifs à la carte de fidélité, il est relevé que le slogan ne s'appuierait que sur six affirmations relatives aux conditions d'utilisation de cette carte et qu'il n'y a pas d'« *astérix* » (sic) « *pour permettre aux consommateurs d'être suffisamment informés* ». En conséquence, Intermarché est condamnée à payer une somme de 300 000 €.

¹⁷ Cette décision peut être rapprochée du jugement du TGI de Paris, 3^e Ch. 2^e Section du 31 janvier 2014, RG 2013/04861 cité in « Synthèse droit des marques » (LP n° 321, novembre 2014) dans lequel a été jugé qu'un tableau comparatif présentant face à face les caractéristiques essentielles de deux services proposés par des sociétés différentes, reproduisant le nom et le logo d'un concurrent, ne constitue pas une contrefaçon puisqu'il n'y a pas de reproduction à titre de marque mais une simple citation nécessaire d'une marque concurrente dans le seul but d'informer le consommateur.

¹⁸ CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 22 octobre 2014, n° 13/16378.

¹⁹ T. Com Paris, 15^e Ch., 28 novembre 2014, RG 2012052561, LP n° 325, p. 144.

1.5.5. – Parallèlement, Intermarché poursuivait Carrefour pour une campagne « *Garantie prix le plus bas Carrefour* » qui comportait à la fois une offre de remboursement de la différence de prix pour un consommateur trouvant un produit moins cher ailleurs et comparait 500 produits avec ceux d'autres enseignes. Pour ce qui concerne la publicité comparative, le **tribunal de commerce de Paris**²⁰, considérant que la loi impose à l'annonceur de prouver l'exactitude de ses énonciations, l'oblige non seulement à mettre à disposition les données de base qu'il a relevées, mais également les éléments de synthèse et plus particulièrement les prix moyens et la somme des prix moyens pour chacune des enseignes considérées.

Le tribunal reproche également à Carrefour des comparaisons sur la base de constats de prix réalisés plusieurs mois avant la diffusion de ces publicités et ce d'autant que les dates de relevés « *n'apparaissent pas clairement compte tenu de la vitesse excessive de défilement des caractères pour informer le consommateur moyen* ». En revanche, le tribunal ne reproche pas à Carrefour d'avoir procédé librement à la sélection des produits comparés, ni même d'avoir choisi des produits non représentatifs de la consommation courante, les termes de la publicité n'induisant pas autre chose.

La sélection des points de vente de comparaison par Carrefour est également critiquée dans la mesure où étaient comparés des magasins de taille différente (des hypers Carrefour face à des supers Intermarché). Par voie de conséquence, Carrefour est condamnée au paiement d'une somme de 800 000 € du fait de la dépréciation de l'image de l'enseigne Intermarché.

1.5.6. Darty poursuivait Saturn pour une publicité comparative diffusée dans la presse. S'agissant d'une comparaison de prix, Darty soutenait qu'il était nécessaire, au titre de l'objectivité, de faire connaître l'ensemble des éléments d'une offre (garantie, service après-vente, hotline, reprise, livraison gratuite... par exemple). Pour la cour d'appel de Paris²¹, l'objectivité est suffisamment assurée par les caractéristiques propres des produits qui sont ici clairement déterminées. L'argumentation de Darty est également rejetée par la cour qui constate que les publicités litigieuses portaient chaque fois sur un seul produit et ne pouvaient être extrapolées à l'ensemble des produits vendus dans les deux points de vente, le fait qu'il s'agisse de sept annonces successives sur sept produits différents étant sans effet à cet égard. La cour considère également que la durée de validité des prix pratiqués telle qu'indiquée sur les publicités était suffisamment claire, même si dans cinq des annonces elle était en petits caractères et ce au motif que « *les messages restent visibles pour la cible visée, en l'espèce le lecteur du journal dans lequel elle est insérée qui a le temps de lire le message dans son intégralité* ».

Darty établissait qu'une Sony Playstation annoncée au prix de 227 € était en réalité vendue 247 € par Saturn. Cette dernière invoquait un problème informatique très rapidement résolu. Pour la cour, une « *pratique commerciale trompeuse est appréciée en*

²⁰ T. Com Paris, 1^{re} Chambre A, 31 décembre 2014, RG 2013062760, LP n° 325, p. 144.

²¹ CA Paris, Pôle 5, Ch. 4, 3 septembre 2014, RG 10/23880.

fonction de l'effet qu'elle a pu avoir sur le comportement économique du consommateur d'une attention moyenne et qu'en l'espèce il n'est pas démontré par Darty que la diffusion de cette publicité ait eu un caractère trompeur de nature à altérer de façon substantielle le comportement du consommateur en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». Notons que dans cette affaire, Saturn critiquait reconventionnellement le « contrat de confiance » Darty et que ses demandes sont elles aussi rejetées.

1.5.7. – L'affaire opposant la société Concurrence à la société Kelkoo a connu de nombreux rebondissements. Au-delà des décisions de fond²², plusieurs procédures de liquidation d'astreinte ont été mises en œuvre, le tout ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Lyon²³ que l'on peut qualifier de touffu. Rappelons que le sujet portait sur la nature publicitaire ou non du site Kelkoo et les conditions de sa présentation aux consommateurs, la chambre commerciale de la Cour de cassation ayant, le 29 novembre 2011, cassé l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble en estimant que la pratique commerciale de Kelkoo n'était pas trompeuse et déloyale. Retenons pour l'essentiel que selon la cour, « le caractère publicitaire des tableaux comparatifs (publiés par Kelkoo) n'induit pas nécessairement une qualification de publicité comparative, la présentation des résultats ne pouvant pas être retenue comme partielle et ne mettant pas en avant l'un des marchands ou l'un des produits en dehors des critères de filtrage qui sont choisis par l'internaute ». Sur la publicité trompeuse, la cour rappelle que c'est à la demanderesse de rapporter les éléments de preuve, ce qui implique notamment d'établir que les pratiques visées altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Sur ce point, la Cour relève que les éléments tels que les décalages dans la mise à jour des prix ou sur la période de validité des offres ne pouvaient être sanctionnés puisque le consommateur avait nécessairement connaissance des véritables périodes des offres lorsqu'il se rendait sur le site marchand (que n'est pas Kelkoo) et qu'en conséquence, son comportement économique ne pouvait être altéré.

1.6. Jury de déontologie publicitaire (JDP)

1.6.1. – La Smerep a été l'objet d'une décision du JDP en date du 6 septembre 2013 ayant considéré que sa publicité utilisait les stéréotypes sociaux les plus dévalorisants et insultants pour les femmes et les personnes de couleur noire, tout en donnant des jeunes générations une idée d'ensemble réductrice et négative. La Smerep a saisi le **tribunal de grande instance de Paris** d'une action en diffamation du fait de la publication de cette décision sur le site du JDP.

Le tribunal a fait droit à cette demande et condamné l'ARPP (dont le JDP est une émanation) ainsi que son président et son directeur général pour diffamation²⁴. Le tribunal retient le

caractère diffamatoire des propos incriminés qui, en imputant à la Smerep d'avoir dirigé la conception et la diffusion d'une campagne publicitaire sexiste, dévalorisante et insultante à l'égard des jeunes, des femmes et des personnes de couleur noire, a porté atteinte à son honneur et à sa considération. L'exception de bonne foi soulevée par l'ARPP est rejetée, le tribunal retenant :
- que le but de la diffusion de la décision est précisément de porter atteinte à la réputation de la Smerep,
- que cette décision manque de prudence dans l'expression et que le caractère péremptoire de ses propos, qui sont exprimés dans une forme qui n'est pas celle d'un simple avis, mais qui prend les apparences d'une décision juridictionnelle, sans mesure, réserve et prudence, est excessif au regard de la réelle nature de cette décision et des vidéos litigieuses.

II. LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

2.1. Alcool

2.1.1. – Par ordonnance prononcée le 21 octobre 2014, le président du tribunal de grande instance de Paris²⁵ a sanctionné les Brasseries Kronenbourg qui étaient poursuivies par l'ANPAA du fait de la diffusion de conditionnements Carlsberg faisant état des relations entre la marque et la Barclays Premier League qui est la dénomination du championnat de football anglais de première division. Le juge ne répond pas véritablement à l'argumentation soulevée par Kronenbourg sur le statut du conditionnement. En effet, la marque mettait en avant le fait que, par application *a contrario* de l'article L.3323-4, 3^e alinéa du Code de la santé publique, le conditionnement n'a pas à être conforme aux dispositions de la loi Evin s'il n'est pas reproduit.

Le juge se contente d'indiquer que « si le conditionnement d'une boisson alcoolique constitue une forte incitation à la consommation, il relève alors (de la loi Evin) ». Il est difficile de se satisfaire de cette motivation, la notion de « forte incitation à la consommation » n'étant à aucun moment prévue dans les textes et celle d'« incitation » ne devant pas en principe être retenue par un tribunal puisqu'elle est consubstantielle à la notion de publicité. Au demeurant, cette notion de « forte incitation » a un caractère éminemment subjectif et l'on peut se demander si son appréciation était bien de la compétence du juge de l'évidence qu'est le juge des référés. Celui-ci indique par ailleurs que « les mentions figurant sur les cannettes et les packs comportent des références visuelles totalement étrangères aux autres indications énumérées par l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique et visent à promouvoir une image de convivialité associant le sport de compétition et la bière de nature à inciter le consommateur à absorber cette boisson alcoolique », ce qui constitue une publicité illicite. Il est vrai que la question du parrainage d'un championnat de football par une marque d'alcool pouvait se poser.

Il n'en reste pas moins que la réponse qui est ainsi donnée par le juge des référés semble juridiquement insuffisante puisqu'il n'y a pas de réponse sur l'interprétation *a contrario* du dernier alinéa de l'article L.3323-4 sur le statut du conditionnement et que là encore, le caractère incitatif de la campagne n'aurait pas

²² Cf. nos synthèses « Droit de la publicité – mai 2010-mai 2011 » – LP n° 283, page 318 et « Droit de la publicité – mai 2011-mai 2012 » – LP n° 294, page 330.

²³ CA Lyon, 37^e Ch. A, 24 juillet 2014, RG 11/08322.

²⁴ TGI Paris, 17^e Ch. Civile, 7 mai 2014, RG 13/16669, LP n° 319, p. 491, com.

F. Gras.

²⁵ TGI Paris (ord. réf.), 21 octobre 2014, RG 14/58106.

dû être reproché. Notons pour le reste que le juge admet qu'un jeu pouvait se dérouler sur Facebook dès lors qu'il ne constituait pas « *un mode de publicité intrusif puisque c'est l'utilisateur qui doit cliquer sur les icônes adéquates, ni interstitiel puisque le jeu n'apparaît pas de manière intempestive* ». Il estime cependant que le jeu est irrégulier dès lors qu'il permet de faire une association entre la bière Carlsberg et la compétition de football, mais la décision d'en ordonner le retrait est sans objet puisque Kronenbourg avait désactivé ce jeu avant l'audience de référé.

2.1.2. – Heineken était poursuivie pour différentes actions de communication lors de la Coupe du Monde de Rugby 2007. Certaines d'entre elles ont été condamnées²⁶. Il s'agit d'une décision assez étrange, le tribunal étant parfois d'une sévérité excessive, parfois relativement laxiste. Les juges sanctionnent tout d'abord une bannière et une affiche qui se trouvaient exposées sur les vitres de brasseries parisiennes et reproduisaient simplement la mention Heineken avec une étoile rouge à cinq branches et dans un cas, un verre de bière. Pour le tribunal, il s'agirait de supports publicitaires illicites, la bannière se trouvant « *sur la voie publique, lieu non autorisé* » et l'affiche dépassant « *amplement les dimensions autorisées* ». On ne voit pas au nom de quoi la voie publique ne pourrait constituer un espace autorisé pour la publicité des alcools, dès lors que l'affichage est permis. Quant à la dimension des affiches, le tribunal se réfère au décret de 1993 relatif à la publicité dans les lieux de vente à caractère spécialisé, ce qui aurait pu être sérieusement contesté. Ce décret avait été publié à l'époque où l'affichage était autorisé uniquement sur les zones de production afin de donner plus de liberté pour la publicité à l'intérieur des points de vente. Dès lors que l'affichage a ensuite été autorisé de manière générale, il n'y a pas de raison de prévoir une restriction plus forte pour les points de vente, et ce d'autant plus s'agissant d'une affiche placée à l'extérieur dudit point de vente. Le tribunal a aussi sanctionné des annonces presse représentant des verres et des bouteilles de bière dans des créations qui pouvaient faire référence à des phases d'un match de rugby.

Quoiqu'on pense sur le fond, la motivation du tribunal sur cette partie du jugement reproche quatre fois à ces annonces leur caractère incitatif, ce qui est juridiquement inacceptable. Le tribunal va d'ailleurs plus loin en écrivant que les dispositions de l'article L.3323-4 du Code de la santé publique « *ne visent qu'à permettre la description du produit et non de l'acte ou des effets de la consommation, seules les indications objectives et non subjectives devant être délivrées à des fins informatives et non incitatives* ». Il est difficile d'aller davantage au-delà de la loi.

Le tribunal sanctionne également la présence sur les affiches du slogan « *For a fresher world* » là encore en raison de son caractère incitatif. Il condamne aussi la référence au site www.2340.fr malgré la vocation de modération de ce site au motif que cette référence serait « *de nature à créer une confusion sur une éventuelle validation par les pouvoirs publics tant de l'affiche concernée que du site en question, la mention pouvant être perçue comme une certification ou comme une mention sanitaire obligatoire* ». Cette motivation est pour le moins obscure.

Le site www.heineken.fr est en revanche validé dans la mesure où les rubriques « *Toucher* », « *Déguster* », « *Regarder* », « *Sentir* » ou « *Écouter* » renvoyant à divers jeux et animations se réfèrent aux caractéristiques et modes de consommation des produits « *sans que les visuels et les bandes sonores ne présentent de mise en scène subjective de nature à valoriser une consommation festive ou excessive du produit* ». Ce type d'appréciation est de nature à rendre encore plus aléatoires les procédures judiciaires dans ce domaine puisqu'elles ne relèveraient plus que de la subjectivité des juges.

La présence de capsules de bière Heineken sur une carte des grandes villes présentant des bars où l'on peut boire cette bière et regarder les matches de rugby figurant dans un supplément de *l'Équipe* n'est pas sanctionnée dans la mesure où le tribunal considère qu'il s'agit d'un simple choix éditorial du journal sans qu'il apparaisse que Heineken ait été responsable de cette intervention. L'ANPAA reprochait également à Heineken un parrainage illicite de la Coupe du Monde du fait notamment de sa présence sur le site www.rugbyworldcup.com. Cette demande est rejetée dans la mesure où l'organisation du site ainsi que son contenu montrent qu'il s'agit d'une version anglaise non destinée au public français.

Quant à la version française, elle ne comportait qu'un logo dit « *Rugby World* » que le tribunal accepte : « *En dépit des similitudes dans la forme des logos et de la présence de l'étoile rouge sur fond vert dans les deux logos, il n'apparaît pas que les éléments constitutifs du logo "Rugby World" rappellent de façon suffisamment caractérisée la marque "Heineken" pour qu'une assimilation ou une confusion réelle puisse se créer dans l'esprit du public.* » Il en va de même sur le parrainage de la Coupe d'Europe de Rugby, dite *H Cup*, dont le logo qui comportait à la fois un « H » évoquant des poteaux de rugby puis l'étoile rouge et la couleur verte, a lui aussi été estimé suffisamment neutre et détaché de la marque Heineken pour ne pas constituer une publicité indirecte. En revanche, le tribunal sanctionne la référence à Heineken sur le site de l'organisateur de la Coupe d'Europe www.ercrugby.com au motif que, même si ses pages sont rédigées en anglais, elles renvoient au site français de la marque.

2.1.3. – L'ANPAA poursuivait une campagne des vins des Côtes-du-Rhône qui utilisait deux visuels représentant l'un un jeune cadre s'envolant grâce à un ballon rouge tenu dans sa main, l'autre un homme repeignant en rouge la façade de sa maison, chacun sous le slogan « *Au goût de la vie* ». **Le président du tribunal de grande instance de Paris, statuant en référé** ²⁷, a admis certaines des critiques de l'ANPAA. Le juge sanctionne le slogan qui ne se rattache à aucun des éléments de l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique, et qui créerait une association entre le vin et la vie, ce qui tendrait à faire admettre que le vin est un élément nécessaire à la vie. En revanche, le juge estime que les visuels ne sont pas critiquables en considérant que :
- « *Les dessins présentent des personnages de fiction dans des postures que le spectateur ne peut assimiler à la réalité* » ;
- « *Le personnage tenant un attaché-case sorti d'un univers gris*

²⁶ TGI Paris, 4^e Chambre, 2^e Section, 18 déc. 2014 ; RG 09/03254.

²⁷ TGI Paris, réf., 7 janvier 2015, RG 14/60929, LP n° 325, p. 145.

soulevé par un ballon donne l'image d'une consommation possible à l'issue d'une journée de travail » (sic),

- « Celui qui peint en rouge une maison ne fournit pas d'autre indication que celle de la coloration en rouge d'un décor urbain » ;

- « La coloration du gris en rouge se rattache en premier lieu à la nature du vin proposé par les professionnels regroupés dans l'association Inter-Rhône lesquels produisent principalement du vin rouge et la campagne tend à associer dans l'esprit du public cette particularité à la région des Côtes du Rhône et à celle de la Vallée du Rhône ».

2.2. Tabac

2.2.1. – Une longue procédure a opposé Philip Morris à Coty au titre de la dénomination « Manhattan ». Coty était titulaire de marques « Manhattan » dont la première avait été enregistrée en 1954. Philip Morris était également titulaire de marques identiques, la première ayant été déposée en 1965 pour le tabac et des produits annexes. Aucune de ces marques n'avait jamais été exploitée en France. Philip Morris, souhaitant avoir recours à cette marque, a assigné Coty en déchéance de ses droits sur la marque pour défaut d'exploitation. Coty se défendait en justifiant cette absence d'exploitation par les marques de Philip Morris et les règles de la loi Evin qui lui auraient fait courir un risque de sanction pénale en cas d'utilisation de sa propre marque. La cour d'appel de Paris²⁸, statuant sur renvoi après cassation, rejette cette argumentation en jugeant que le seul dépôt de la marque « Manhattan » par Philip Morris ne correspond pas à une exploitation effective et ne pouvait donc affecter l'exploitation de la marque de Coty qui se trouve donc déchue de ses droits. Coty sollicitait pour sa part la déchéance des marques de Philip Morris pour le même motif d'une absence d'usage. La société Philip Morris évoquait elle aussi un juste motif de non-exploitation du fait des marques antérieures de Coty et de la loi Evin, la cour jugeant que cette exploitation aurait pu donner lieu à des poursuites de la part de Coty, ce qui constituait bien un juste motif. Décision très subtile.

2.2.2. – Le tribunal correctionnel de Nanterre avait relaxé des sociétés du Groupe BAT poursuivies pour publicité illicite en faveur du tabac pour avoir diffusé, à l'occasion du lancement des nouvelles Lucky Strike Convertibles, des affichettes publicitaires dans les débits de tabac et placé des vignettes à l'intérieur des paquets. Par arrêt du 22 mai 2014, la cour d'appel de Versailles²⁹ :
- sanctionne BAT, la présence des vignettes portant la mention « Pour changer le goût, pressez sur le filtre » accompagnée d'un schéma : deux flèches pressant le terme « on », constituant une publicité illicite. Elle retient le caractère ludique de la vignette qui, non descriptive, contient un message incitatif s'apparentant à un slogan publicitaire « pour changer le goût » et non à une simple notice d'utilisation, le schéma invitant le consommateur à essayer et découvrir le produit ;
- rejette la demande concernant les affichettes, malgré leur présentation jugée « esthétique et attractive ».

La cour considère que les mentions « Nouveau par Lucky Strike » et « Cliquez ici pour changer le goût » sont destinées à informer le consommateur de l'utilisation alternative du produit (normal ou menthol), ce qui porte sur les caractéristiques et conditions de vente sans caractère valorisant ou incitatif. De même, la présence de capsules de couleur bleue formant le nom « goût » est également admise comme reproduisant les capsules de menthol insérées dans le filtre des cigarettes.

À noter que la cour refuse de sanctionner un prospectus d'informations remis aux buralistes contenant des mentions telles que « le geste qui change le goût... l'innovation du siècle... » dès lors qu'il s'agissait d'une fiche commerciale réservée exclusivement aux débiteurs de tabac.

2.2.3. – Le sujet des cigarettes électroniques commence à donner lieu à des décisions de justice. On sait que le tribunal de commerce de Toulouse³⁰ a interdit à une entreprise de distribuer ce type de produits considérant qu'il ressortait du monopole des débiteurs de tabac. La cour d'appel de Paris³¹, saisie par la Confédération nationale des buralistes de France ainsi que par deux débiteurs, a statué en sens inverse dans le cadre d'une action en référé. L'argumentation des demandeurs reposait sur les dispositions du Code général des impôts dont l'article 564 réserve à l'État la vente au détail des tabacs manufacturés, l'État déléguant cette activité aux débits de tabac.

Selon l'article 564, sont assimilés aux tabacs manufacturés :
« 1°) les produits destinés à être fumés, prisés ou mâchés même s'ils ne sont que partiellement constitués de tabac,
2°) les cigarettes et produits à fumer même s'ils ne contiennent pas de tabac... ».

En l'espèce, les cigarettes électroniques commercialisées par la défenderesse contenaient une quantité (apparemment faible) de nicotine. Relevant que la Direction générale des douanes avait écrit que « la cigarette électronique ne constitue pas un produit du tabac au sens fiscal » et que l'Office français contre le tabagisme écrivait qu'« aucun pays européen ne place les e-cigarettes comme produits du tabac et ne pourrait le faire car la définition européenne commune précise que ces produits doivent contenir du tabac, ce qui n'est pas le cas » puis relevant que la Directive 2014/40/CE de l'Union européenne n'a pas classé les cigarettes électroniques automatiquement en produits du tabac ou dérivés, laissant aux États le soin de légiférer, la cour estime qu'il existe des contradictions et que la qualification de produits du tabac pour les cigarettes électroniques n'est pas établie avec l'évidence requise en référé.

2.2.4. – Le CNCT poursuivait une débitante de tabac dans l'établissement duquel des publicités en faveur de diverses marques de cigarettes avaient été diffusées sur un terminal d'ordinateur. La débitante soutenait que ces supports pouvaient être compris comme des affichettes et donc être autorisés conformément aux dispositions de la loi Evin. Le tribunal³² fait droit à cette argumentation en jugeant : « Ainsi le terme "affichette" renvoie à une affiche

²⁸ CA Paris, Pôle 5, Chambre 2, 10 janvier 2014 (PIBD n° 1000.III.144).

²⁹ CA Versailles, 22 mai 2014, 9° Ch., RG 13/02585.

³⁰ T.Com. Toulouse, 9 septembre 2012, n° 201351206.

³¹ CA Paris, Pôle 1, Chambre 3, 24 juin 2014, RG 13/19019.

³² TGI Créteil, 3 septembre 2014. Décision frappée d'appel.

ou un placard publicitaire de petite taille sans qu'il ne soit précisé le type de support sur lequel elle doit reposer (support matérialisé ou dématérialisé). Par conséquent, les affiches publicitaires diffusées sur un terminal d'ordinateur sont des affichettes au sens de la loi dès lors qu'elles ne dépassent pas la taille maximale exigée reposant sur un support en version informatique ».

2.2.5. – En sens inverse, le tribunal de grande instance de Paris a considéré, dans cinq décisions rendues le même jour³³, que les publicités sur écran n'étaient pas conformes à l'arrêté du 31 décembre 1992, et ce pour les motifs suivants :

- L'arrêté ne prévoit pas cette modalité d'affichage (qui, il est vrai, n'existait pas lors de sa publication) et il n'y a pas lieu d'en adapter l'interprétation à l'évolution des technologies, le texte ayant été modifié pour la dernière fois en 2005 sans que ce point y ait été ajouté.

- l'affichage sur écran permettrait au producteur de tabac et aux débitants de diffuser sur un même espace un plus grand nombre de publicités, ce qui serait contraire à l'intention du législateur (cette motivation semblant discutable dès lors qu'il est habituel de diffuser des affichettes papier sur des panneaux déroulants où celles-ci se succèdent, ce qui à cet égard revient absolument au même).

2.2.6. – Le CNCT poursuivait également la Fédération française de tennis ainsi que plusieurs industriels du tabac en estimant que les conventions passées par la FFT avec ces derniers à l'occasion des tournois de Roland-Garros et de Bercy constituaient des faits de propagande, publicité et parrainage illicites en faveur du tabac. Plus précisément, il était soutenu que la mise à disposition de loges ou d'espaces de réception dans l'enceinte des stades constituait un délit de parrainage illicite d'une compétition sportive par des fabricants de tabac, ayant pour objet ou pour effet la propagande en faveur du tabac.

Le CNCT soutenait également que la présence d'un panneau portant la mention « Philip Morris France » à l'entrée de la loge louée par cette dernière était constitutive d'une publicité en faveur du tabac. Le tribunal correctionnel de Paris³⁴ a débouté le CNCT. Il a relevé qu'il n'y avait aucune opération de parrainage, mais de simples contrats de prestations de services ayant une véritable contrepartie et ne mettant pas en avant les marques de tabac. Quant au panneau Philip Morris, identique à ceux de toutes les autres loges, il avait un but purement informatif et ne pouvait être considéré comme une publicité.

2.2.7. – Ainsi qu'elle l'avait fait en 2012, l'Association Les droits des non-fumeurs a poursuivi *L'Amateur de Cigare* considérant qu'un certain nombre de ses contenus étaient constitutifs de publicité illicite en faveur du tabac. Comme en 2012³⁵, le tribunal correctionnel de Paris relaxe les personnes poursuivies³⁶. Le tribunal relève que l'ensemble des articles s'adresse à un cercle restreint d'amateurs intéressés par la connaissance, la compréhension

et la culture du produit, la finalité de la revue étant « d'informer la communauté des amateurs de cigares en leur offrant à lire des témoignages et expériences sur le cigare et son environnement. En cela, elle ne tient pas un discours d'ordre général sur un produit ayant pour seul but d'inciter à consommer ». Le tribunal retient notamment que les étuis à cigares ne sont pas le seul apanage du fumeur, que la publicité pour des briquets jetables n'est pas illicite, que les opinions et expériences de personnalités appréciant le cigare n'ont pas la volonté de vanter de manière générale et collective le produit et que le classement des meilleurs cigares faisant l'objet de commentaires très similaires à ceux des œnologues pour le vin ne peut intéresser que les lecteurs ayant déjà une fine connaissance de ces produits.

2.2.8. – Dans le même sens, la cour d'appel de Paris³⁷ a rejeté les poursuites de l'Association DNF en retenant que la revue *L'Amateur de Cigare* ayant un tirage limité, diffusée principalement sur abonnement auprès d'amateurs de cigares déjà convaincus, avait pour finalité « le partage d'expériences entre amateurs éclairés et leur information autour de la culture du cigare sans que soient tenus des discours visant directement ou indirectement à inciter à consommer du tabac ou que n'apparaissent de publicités pour des produits du tabac ». La cour conclut « que la revue *L'Amateur de Cigare* s'analyse ainsi comme une publication rédactionnelle dont le but est l'information d'un public restreint déjà amateur de cigares, et dont le contenu ne présente, dès lors, pas d'impact sur la consommation de tabac telle que visée par les objectifs de protection de la santé publique ».

2.2.9. – Le CNCT poursuivait, devant les juridictions correctionnelles, les sociétés Oettinger Imex et Davidoff & Cie du fait de la diffusion par les chaînes Eurosport et Sport+ du tournoi de Tennis de Bâle en 2008 et 2009 à l'occasion de laquelle la marque Davidoff, présente sur le court de tennis, apparaissait sur les écrans de télévision français sur lesquels la publicité en faveur du tabac est interdite. La cour d'appel de Paris avait rejeté les demandes du CNCT. La chambre criminelle³⁸ rejette le pourvoi en retenant que si les sociétés poursuivies avaient passé des accords de partenariat avec l'organisateur du tournoi, ces accords ne portaient pas sur la retransmission du tournoi en France, ce qui ne permettait pas d'engager leur responsabilité à ce titre.

2.3. Loteries

2.3.1. – La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur les modalités financières de participation à un jeu de loterie. Une association organisait dans des bars des championnats se déroulant sur des machines automatiques de jeux. Des affiches annonçaient lesdits championnats. Chacun pouvait jouer trois parties gratuitement. Il était ensuite possible d'effectuer d'autres parties payantes. La cour d'appel avait estimé que la pratique était régulière dès lors que chacun avait la possibilité de jouer gratuitement. La Cour de cassation³⁹ casse l'arrêt d'appel aux termes de la motivation suivante : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrits qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain acquis par voie de

³³ TGI Paris, 31^e Ch., 2, 16 janvier 2015 (cinq jugements).

³⁴ TGI Paris, 31^e Ch. 2^e Section, 12 septembre 2014, n° 13275000174 Décision non définitive.

³⁵ Voir notre Synthèse « Droit de la publicité – mai 2012-mai 2013 », LP n° 305, page 319.

³⁶ TGI Paris, 31^e Ch. 1, 17 septembre 2014, n° 13284000288.

³⁷ CA Paris, Pôle 4, Chambre 11, 16 janvier 2015, RG 13/00423, LP n° 324, p. 83.

³⁸ Cass. Crim. 24 février 2015, n° 13-87970.

³⁹ Cass. Com. 20 janvier 2015, pourvoi n° 13-28521.

tirage au sort ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Manifestement, la Cour de cassation considère que la présence d'affiches faisait de ce jeu une « opération publicitaire réalisée par voie d'écrits », ce qui semble relativement contestable, l'opération elle-même se faisant via des machines automatiques et donc pas par voie d'écrits. Relevons également que l'arrêt est rendu notamment au visa des articles « L.121-36, alinéa 1 du Code de la consommation et 1^{er} de la loi du 21 mai 1836 alors en vigueur. » Ce point mérite d'être évoqué car l'article L.121-36 du Code de la consommation a été modifié par la loi du 20 décembre 2014. La nouvelle rédaction est plus douce que l'ancienne et n'interdit pas nécessairement les loteries liées à un achat. Devant les juridictions pénales, c'est la nouvelle rédaction du texte qui aurait dû être retenue. Cependant devant la juridiction civile, la question n'était pas celle de la responsabilité de l'organisateur du jeu, mais celle d'une éventuelle faute de l'administration lorsque celle-ci a procédé à la saisie. Dès lors, c'est la loi applicable à cette date (même plus sévère) qui devait être appliquée.

2.4. Divers

2.4.1. – Le groupement de pharmaciens Giphar avait diffusé une campagne de communication en médias sur le thème « *Mon conseil santé Giphar* » qui véhiculait l'idée que les membres du

groupement étaient à même de délivrer un conseil personnalisé pour la santé des patients. L'article R. 5125-29 du Code de la santé publique énonce : « *Un groupement ou un réseau constitué entre pharmacies ne peut faire de la publicité en faveur des officines qui le constituent. Aucune publicité ne peut être faite auprès du public pour un groupement ou un réseau constitué entre officines.* » Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a engagé une procédure et a obtenu la condamnation de Giphar qui a formé un **pourvoi en cassation rejeté le 4 juin 2014** par la 1^{re} chambre civile⁴⁰. Pour la Cour de cassation, cette interdiction de publicité n'est pas contradictoire avec la loi du 21 juillet 2009 ayant confié aux pharmaciens d'officine de nouvelles missions, notamment en termes d'éducation thérapeutique ou de conseils et prestations destinés à favoriser l'amélioration ou le maintien de l'état de santé des personnes. Par ailleurs, l'interdiction de toute publicité auprès du public est justifiée par un objectif de protection de la santé publique (la conservation d'une répartition géographique équilibrée des officines sur le territoire national pour protéger celles qui n'appartiennent pas à un réseau fort susceptible d'investir dans des campagnes publicitaires). Par conséquent, l'atteinte portée à la liberté d'expression est nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis. Elle n'est donc pas contraire à l'article 10 de la Conv. EDH. **E. A**

⁴⁰ Cass. Civ.1, 4 juin 2014, pourvoi n° 13-16794, LP n° 319, sept 2014, p. 491.

Pratique du droit de la presse

Presse écrite - Audiovisuel - Internet

À jour de l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 février 2013.

Un manuel pratique et pédagogique destiné aux professionnels des médias et à tous les praticiens du droit.

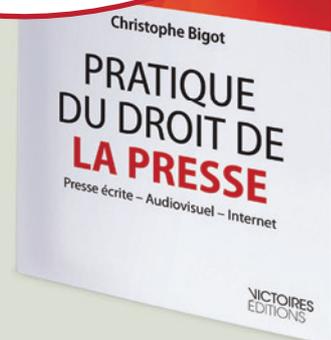
Considérablement enrichi et augmenté par un volet sur les mécanismes procéduraux prévus par la loi de 1881.

Bien plus qu'une seconde édition !

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est emblématique. Son principe de liberté, encadré d'incriminations précises (la diffamation, l'injure, l'offense, la publication de fausses nouvelles, les interdictions d'informer...) et ses mécanismes de régulation de l'information, tels que les droits de réponse et de rectification, restent une référence. Ce texte pourtant ancien est placé sous le sceau de la modernité, car il s'applique non seulement à la presse, mais aussi à tous les médias qu'ils soient écrits, audiovisuels ou numériques. En outre, la mise en œuvre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales contraint le juge français à renouveler ses pratiques. Tous ces aspects sont traités et abondamment illustrés dans ce livre.

Christophe Bigot est avocat au barreau de Paris, membre des comités éditoriaux des revues *Légipresse* et *Légicom*, et auteur de nombreux articles consacrés au droit de la presse dans des revues de référence.

Couronné par l'Académie des sciences morales et politiques



42 € (Hors frais de port de 5 €)

En savoir plus : www.victoires-editions.fr

ISBN : 978-2-35113-210-4 / 360 pages / Format : 15,5 x 24 cm

Disponible en librairie



Vient de paraître

Y a-t-il des abus licites de la liberté d'expression ?

Actes du Forum Légipresse du 2 octobre 2014

- La tradition française de protection des caricatures
- Les lois du genre du discours humoristique
- La parodie, le pastiche et la caricature en propriété intellectuelle
- Racisme et humour
- Liberté d'opinion et droits de l'histoire : perspectives récentes
- Répression du négationnisme : la voix dissonante
- Le racisme, le sexisme et l'homophobie ne sont pas des « opinions »
- La protection de la vie privée des hommes politiques dans la jurisprudence de la CEDH
- L'évolution de la jurisprudence française sur la vie privée des personnalités publiques
- Fiction et vie privée
- Les enregistrements clandestins, le délit d'atteinte à la vie privée et l'investigation journalistique
- La consécration par la CJUE d'un droit de déréférencement par les moteurs de recherche

Ont participé à ce numéro : B. Ader, C. Bigot, N. Blanc, B. Jouanneau, C. Giro, Y. Elkaim, F. Gras, G. Loiseau, R. Malka, N. Mallet-Poujol, L. Marino, T. Massis, J.-Y. Monfort, E. Plenel, A.-M. Sauteraud, A. Tricoire

40€

(frais de port offerts)

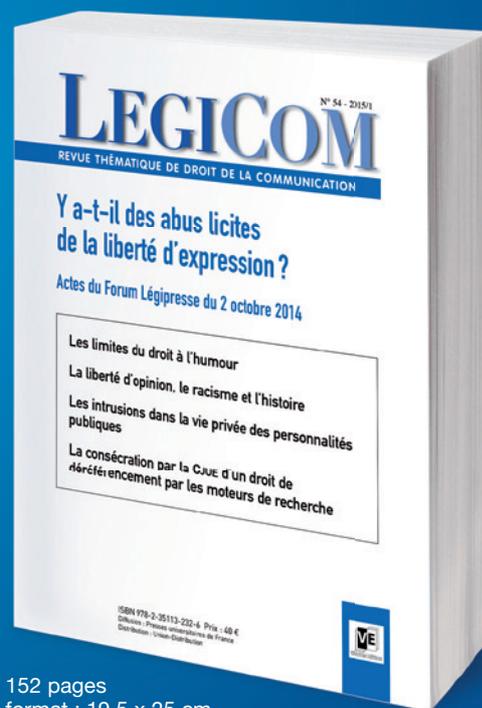


Photo non contractuelle

152 pages
format : 19,5 x 25 cm
Disponible en librairie

BON DE COMMANDE

à adresser à : Victoires Éditions - 38, rue Croix-des-Petits-Champs, CS 30016, 75038 Paris Cedex 01
Tél. : 01 53 45 89 04 - Fax : 01 53 45 91 89 - E-mail : vente@victoires-editions.fr

Je souhaite recevoir "Y a-t-il des abus licites de la liberté d'expression ?"
LEGICOM Numéro 54, au prix de **40 € TTC*** (frais de port offerts) :

_____ exemplaire(s) x 40 €, soit un total de : _____ €

Mode de règlement:

- Chèque ci-joint (à l'ordre de Victoires Éditions)
- Carte bleue / Visa n° : _____
- Date d'expiration : _____ Cryptogramme : _____

Date, signature, cachet obligatoires

• **Vente/abonnement** : Linh Yvonet au 01 53 45 89 04 - l.yvonet@victoires-editions.fr

• **Rédaction** : Amélie Blocman au 01 53 45 89 14 - a.blocman@victoires-editions.fr - www.legipresse.com

*T.V.A. : 5,5 % - Tarifs 2015

Conformément à loi Informatique et liberté, nous vous informons que les données recueillies servent à la gestion de votre commande. Elles servent aussi à vous informer sur nos produits ou services, et éventuellement sur ceux de nos partenaires. Si vous ne le souhaitez pas, cochez cette case . Par ailleurs, vous conservez un droit de rectification en nous écrivant.

Remplir le formulaire ci-dessous ou joindre votre carte de visite

Nom, prénom

Fonction

Secteur d'activité

Code NAF

Organisme, société

Adresse

.....

Code postal-Ville

Tél. :

Fax :

E-mail :

(Afin d'améliorer l'ensemble des services liés à la gestion de votre commande, merci de nous indiquer votre courriel)