

Une publication de LEXPIA, l'association des étudiants du Master II professionnel Droit de la Propriété Intellectuelle Appliquée, Université Paris XII, avec le soutien de LexisNexis JurisClasseur et de la revue Communication Commerce Électronique.

Sommaire

Éditorial	p.1
La chronique du mois	p.2/3
L'interview	p.4
Brèves et Jurisprudences	p.5
L'arrêt du mois	p.6
Le colloque	p.7/8

Association LEXPIA

Directrice de publication

Myriam Rak

Membres du bureau de l'association LEXPIA

Louis Lozouet - *Président*

Myriam Rak - *Vice-présidente*

Anaïs Gimbert - *Secrétaire*

Marie Golfier - *Trésorière*

Mise en page

Myriam Rak

Contact

lexpia@hotmail.fr

Retrouvez Palimpseste sur le site : www.masterpia.com

Éditorial

Les nouvelles confessions



On ne compte plus les émissions de télévision, les articles de journaux, les ouvrages rendant publics des témoignages relevant de l'intimité de la vie privée (malheur, souffrance, secret honteux, sexualité, handicap, etc.). A chaque fois, il s'agit pour une personne de se dévoiler, de faire son introspection en public. La quête de soi se fait au grand jour.

Ces œuvres ne sont pas que des divertissements créés pour capter l'assentiment du public en flattant ses côtés les plus pervers (obscénité, indécence, voyeurisme, etc.), mais répondent à une attente sociale d'un débat, d'une délibération publique dans laquelle l'intérêt général et les intérêts particuliers sont imbriqués. Les témoins révélant leur expérience personnelle ne sont que le vecteur d'un message qui trouve un écho dans les représentations collectives de son public. L'œuvre n'est que l'instrument permettant l'éclosion d'une psychanalyse collective. Le propos est personnel, ressemble à celui qui pourrait être tenu dans un groupe de paroles, mais pose des questions sociales: la condamnation des discriminations, des préjugés, des tabous, des hontes, de l'intolérance et la condamnation de l'insuffisance des politiques publiques. Le procédé est connu par nous juristes, il consiste à poser à travers un exemple une question générale ou de principe. Le médiateur, le transformateur, l'alchimiste du discours est le psy. L'expert n'est plus un spécialiste ou un acteur des sciences sociales. La fonction du psy est de donner une portée générale à une expérience personnelle et non d'expliquer les comportements sociaux. C'est un accompagnateur. Le succès contemporain de ces œuvres n'est que le révélateur d'un besoin social de converser, d'échanger et de communiquer autour de questions intimes. Le succès s'explique. L'individualisme conduit la personne à opérer ses propres choix. A cette fin, il s'inspire de sources et d'exemples divers. L'identité se forge en glanant des messages multiples. Dans ce contexte, la confession publique devient l'une des ressources essentielles de la construction du moi. Une expérience dont on peut tirer des leçons.

Mais si plus aucune question privée n'est à l'abri de l'indiscrétion publique faut-il en conclure que la protection de la vie privée s'est dissoute?

En réalité, l'intimité s'est métamorphosée et se définit de façon individuelle et subjective. L'intimité n'a plus le même sens pour chaque personne. Chacun place les bornes de la pudeur là où ses propres valeurs le lui dictent. La distinction entre vie privée et vie publique n'est pas abolie, mais son critère de définition n'est plus social et commun à tous. C'est devenu une question personnelle et individuelle. Le critère de distinction a désormais sa source dans l'autonomie de la volonté. La protection de la vie privée est devenue une question mettant en jeu les techniques les plus fondamentales du droit privé.

Georges DECOCQ

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Paris - Val de Marne (Paris XII)

La chronique du mois

Validité et opposabilité des licences de logiciels libres en France

Les logiciels libres sont de plus en plus utilisés aussi bien dans les entreprises que dans les administrations publiques. Pourtant, les incertitudes juridiques entourant le régime des licences libres sont nombreuses. C'est dans ce contexte qu'un jugement du TGI (1) de Paris a reconnu pour la première fois en France l'opposabilité de la principale licence libre du marché, la licence GNU GPL.

Les principes et règles d'usage du logiciel libre

Est dit « libre », le logiciel qui respecte les quatre libertés « fondamentales » suivantes :

- 1/ La liberté d'exécuter le programme pour tous les usages ;
- 2/ La liberté d'étudier le fonctionnement du programme ;
- 3/ La liberté de redistribuer des copies du programme ;
- 4/ La liberté de modifier le programme afin de l'améliorer et de redistribuer la version modifiée.

On oppose ce type de logiciels à ceux dits « propriétaires », les plus vendus dans le commerce, qui sont distribués en version « exécutable », donc sans leur code source. De même, le logiciel libre ne doit pas être confondu avec les logiciels de type « freeware » (gratuit) ou « shareware » (disponible gratuitement pour une période limitée) qui ne sont pas libres, leur code source n'étant pas accessible. Enfin le logiciel libre n'est pas un logiciel du domaine public, ce dernier une fois modifié, pouvant devenir un logiciel propriétaire. Soulignons à ce titre que l'expression logiciel « libre » ne signifie pas libre de droits, un tel logiciel restant une œuvre de l'esprit protégée dès lors qu'il est original.

Le fondateur du mouvement du logiciel libre, Richard Stallman, est l'auteur de la licence GNU GPL (General Public Licence), la plus répandue y compris dans la sphère publique, qui a pour objet d'empêcher la réappropriation ultérieure du logiciel libre par un tiers dans une logique propriétaire. Cette licence met en œuvre le concept de « copyleft », qui utilise le droit d'auteur pour imposer la liberté totale de modifier tout logiciel couvert par la GPL en garantissant l'entière disponibilité du code source aux utilisateurs. Une condition s'avère fondamentale : la rediffusion du code source, modifié ou non, doit aussi être libre, afin de protéger les apports des différents programmeurs contre toute appropriation privative.

Si ces licences peuvent constituer une véritable solution pour les entreprises et l'administration, elles présentent néanmoins des risques juridiques certains.

Les incertitudes juridiques des licences libres

Généralement, ces licences ne précisent pas de loi applicable (la licence GPL par exemple), ou désignent un droit étranger. Il s'agit d'un premier facteur de risque pour l'utilisateur qui n'a pas connaissance des règles de droits qui pourraient lui être opposées en cas de litige.

La langue de la licence peut aussi poser problème au regard du droit français. Certaines licences sont en effet exclusivement rédigées en langue étrangère. Or, la loi Toubon fait interdiction aux personnes morales de droit public de passer un contrat en langue étrangère (article 5 de la loi n° 94-665 du 4 août 1994).

Du point de vue du droit d'auteur, il faut souligner que les licences libres manquent cruellement de précision. On est souvent loin des conditions de forme posées par l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) s'appliquant aux transmissions de droits d'auteur. Cette disposition impose d'une part, la mention de chacun des droits cédés et, d'autre part, que le domaine d'exploitation des droits cédés soit clairement délimité quant à son étendue et sa destination, quant au lieu et quant à la durée. En cas de non-respect de cette règle, l'auteur du logiciel pourrait parfaitement invoquer la nullité de la licence sauf dans ses rapports avec les sous-exploitants. La GPL dispose également que le licencié modifiant le logiciel original, et qui a reçu l'autorisation de le faire en vertu de la licence, renonce à ses droits patrimoniaux sur l'œuvre dérivée créée. Imposer une telle renonciation à l'exploitation de droits futurs rend la validité de cette clause sujette à caution.

Autre incertitude majeure entourant la licence libre : la question de la responsabilité (3). En effet, si un incident survient du fait du logiciel utilisé, en raison par exemple d'une faille dans sa conception, vers qui exercer un recours en garantie en l'absence d'éditeur propriétaire ? La licence GPL contient en effet une clause qui exonère de toute responsabilité l'auteur du logiciel, ce qui semble d'ailleurs contraire au Code de la consommation français quand le licencié est un consommateur. Une telle clause contredit aussi le régime de responsabilité du fait des produits défectueux (articles 1386-1 et s. du Code civil) qui pose le principe d'un régime de responsabilité des fabricants et distributeurs. L'application de ce régime aux logiciels est cependant limitée car il ne visera que les cas dans lesquels le logiciel est à l'origine d'une atteinte à la sécurité des personnes ou des biens.

Le logiciel libre : une alternative sérieuse pour les entreprises et les administrations

Malgré des incertitudes juridiques certaines, le logiciel libre constitue une alternative sérieuse aux logiciels propriétaires et ce pour différentes raisons.

Tout d'abord, certains avantages sont communément reconnus au logiciel libre. Il est librement reproductible et généralement gratuit, permet la correction plus rapide des erreurs, assure une souplesse offrant une meilleure adaptation à ses besoins, etc.

Au-delà de ces avantages, les risques juridiques qu'il présente peuvent être tempérés. L'absence de choix d'une loi applicable dans les licences, qui sont le plus souvent des contrats internationaux, sera réglée par l'application des conventions internationales qui sont là pour se charger d'en désigner une, et notamment la Convention de Rome du 19 juin 1980. La loi applicable sera d'ailleurs vraisemblablement celle du licencié car « plus la licence de logiciel libre mettra des obligations à la charge du bénéficiaire de la licence, plus la prestation caractéristique aura des chances d'être de son côté »(4). Malgré tout, il est vrai que la détermination de la prestation caractéristique, et donc de la loi applicable, dans le cadre des licences de logiciel libre demeure particulièrement délicate.

Concernant les clauses d'exonération de responsabilité présentes dans les licences libres, on peut remarquer qu'elles ne s'éloignent que peu de celles des licences propriétaires qui écartent quasiment toute garantie. Et lorsque cette dernière peut jouer, le dommage indemnifiable équivaudra souvent au prix du logiciel. Certes, la licence libre ne prévoit pas un tel remboursement mais le logiciel a généralement été distribué gratuitement. Pour autant, l'avantage dont bénéficiera l'utilisateur d'un logiciel propriétaire se trouve dans l'existence d'un interlocuteur défini en la personne de l'éditeur.

Une alternative conforme au droit français : la licence CeCILL

La licence CeCILL, mise au point en 2004 par le CEA, le CNRS et l'INRIA, a été conçue pour être compatible avec la licence GPL et répondre aux obligations du droit français en matière de droit d'auteur et de responsabilité civile. Ecrite en français, elle est conforme aux obligations de la loi Toubon. La licence se réfère d'ailleurs expressément au droit français. CeCILL permet aussi de répondre aux obligations relatives à la responsabilité civile (art. 8 et 9 de la licence) à la différence de la licence GPL écartant toute responsabilité de l'auteur du logiciel.

CeCILL s'avère également conforme aux obligations découlant du droit d'auteur français qui impose notamment que les noms des auteurs soient mentionnés (c'est aussi le cas de la licence GPL). CeCILL, qui donne des détails sur l'étendue des droits concédés (art. 5 de la licence), répond ainsi aux obligations du CPI qui exige, comme nous l'avons préalablement précisé, que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité de manière précise.

Le jugement du TGI de Paris du 28 mars 2007

Dans cette affaire, le TGI de Paris a été amené à se prononcer pour la première fois, en France, sur l'opposabilité de la licence GNU GPL. En l'espèce, un contrat de cession fut conclu pour permettre à la société Educaffix de développer un logiciel *Educaxion*, et ce au moyen d'un logiciel *Baghera*, objet de la cession. Mais pour fonctionner, le logiciel cédé nécessitait lui-même un logiciel sous licence GPL dénommé *JATLite*, dont les droits appartenaient à l'Université de Stanford. Le tribunal le précise clairement : « le programme avait la particularité de dépendre de la licence GNU qui permet une utilisation libre du logiciel mais requiert une licence si le travail basé sur le programme ne peut être identifié comme raisonnablement indépendant et doit être considéré comme dérivé du programme *JATLite* ». Le tribunal a en conséquence ordonné la résolution du contrat en disposant que les parties, informées que *Baghera* requerrait le programme *JATLite* pour fonctionner, « auraient dû solliciter une licence spéciale auprès de l'Université de Stanford ou remplacer le programme *JATLite* ». Les juges reconnaissent donc ici l'opposabilité de la licence GNU GPL.

Cette décision, qui intervient avec l'arrivée de la 3^{ème} version de la licence, fait suite à l'adoption de solutions similaires dans plusieurs Etats, dont l'Allemagne. Pour autant, il pourrait ne s'agir que d'une décision liée aux faits de l'espèce. La validité de la licence GPL au regard du droit français demeure incertaine.

Bibliographie

- (1) TGI de Paris, 3^{ème} ch., 1^{ère} section, 28 mars 2007, Expertise, juin 2007, jurisprudence p. 226.
- (2) Christophe Caron, *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Dalloz 2003, p. 1556.
- (3) E. Caprioli et A. Cantéro, *Les incertitudes juridiques du logiciel libre*, publié sur le site www.caprioli-avocats.com.
- (4) C. Rojinsky et V. Grynbaum, *Les licences libres et le droit français*, Prop. Intell., n°4, juillet 2002, p. 28



Sylvain SUETY

L'interview

Monsieur Hubert TILLIER

Adjoint au Directeur Juridique de la SACEM

Palimpseste : Pouvez-vous nous décrire brièvement votre parcours ?

Hubert Tillier: Après mes études (Sciences-Po Paris et Droit) j'ai commencé à travailler pour les éditeurs de livres comme responsable des affaires juridiques et sociales du Syndicat National de l'Édition. Cette fonction impliquait des aspects très divers : conseil aux éditeurs, par exemple sur la rédaction des contrats d'édition, intervention en France et au niveau européen sur la préparation des directives relatives au droit d'auteur et à leur transposition en droit interne, négociation des codes des usages (avec les traducteurs, les photographes, les auteurs d'art graphique et plastique). C'était très intéressant. Ce qu'il est convenu d'appeler le « multimédia » émergeait à l'époque, et on ne parlait pas encore vraiment d'Internet.

Après ce passage d'environ dix ans dans l'édition, j'ai été pendant deux ans directeur des Affaires juridiques et internationales de l'ADAMI. J'ai donc découvert les droits voisins et – surtout – un univers très différent, tant sur le plan humain que sur celui des pratiques professionnelles. Cela m'a montré que les différents secteurs qui bénéficient de la protection par la propriété littéraire et artistique sont très différents et se connaissent (trop) peu.

Je travaille à la SACEM depuis la fin de l'année 2001.

P: Pourquoi avoir choisi de vous spécialiser en droit de la propriété intellectuelle ?

HT: Je n'ai pas fait ce choix *a priori* mais il est venu de lui-même. J'ai abordé la propriété intellectuelle à partir de sa pratique et non à partir de la théorie, comme on le fait généralement.

P: Quel est votre rôle au sein de la SACEM ?

Je m'occupe plus particulièrement des aspects juridiques liés au droit de reproduction mécanique (production phonographique et vidéo), aux médias audiovisuels (radios et télévisions), aux questions internationales et européennes et à Internet.

P: Pour vous quel avenir a la SACEM ? (problèmes posés par les décisions de la CJCE et problème posés par le *Peer to Peer*, baisse du montant des rémunérations réparties et ainsi diminution des recettes de la SACEM).

La SACEM a un grand avenir car il n'y a pas d'autres

moyens de gérer les droits des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique que la gestion collective. La gestion individuelle est un leurre, y compris sur Internet. Cela ne pourrait que nuire aux auteurs qui négocieraient tous seuls avec les exploitants. En outre on ne voit pas comment ces derniers feraient pour obtenir une multiplicité d'autorisations pour une exploitation unique. Les coûts de la gestion individuelle seraient à l'évidence trop élevés. Pour tout le monde.

Il faut bien entendu que la SACEM s'adapte aux nouvelles formes d'exploitation et aussi – hélas – aux nouvelles formes de la contrefaçon. C'est ce qu'elle fait tant sur le plan juridique et contractuel que sur le plan technique (système informatique, règles de répartition, etc.).

Quand au contexte européen, il impose que la gestion collective tienne compte des règles de la concurrence et du souhait des instances européennes d'encourager l'émergence d'un marché unique dans le domaine de la gestion de droits. Cela a conduit à diverses initiatives, comme par exemple un rapprochement entre les sociétés d'auteurs espagnoles, italiennes et françaises pour gérer leur répertoire en commun au titre des exploitations en ligne.

Ceci étant, il ne faut pas perdre de vue le fait que le droit de la concurrence ne peut pas toujours s'appliquer tel quel à des biens culturels, que demeurent fondamentalement les œuvres musicales.

P: Que pouvez-vous conseiller aux étudiants en droit de la propriété intellectuelle ?

HT: D'élargir au maximum leur horizon aux questions techniques (qui sont centrales sur Internet) et aux nouveaux modèles économiques sur les réseaux, parce qu'il n'y a pas de raisonnement juridique opératoire qui ne prenne appui sur une connaissance aussi fine que possible de la réalité. Ce n'est pas toujours simple, car la technique et l'économie évoluent en permanence, mais c'est indispensable.



Annabelle TILLETTE
DE MAUTORT

Brèves et jurisprudence

Vista vs Windows Vista : l'animateur français Philippe Gildas s'attaque au géant Microsoft

Philippe Gildas, ancien présentateur de l'émission « Nulle part ailleurs » sur Canal +, a récemment attaqué Microsoft au motif que l'animateur estime détenir l'antériorité du nom "Vista" sur l'américain. Il estime en être le premier dépositaire et accuse l'éditeur de lui avoir purement et simplement volé son nom. « *J'ai déposé la marque (Vista, Télévista) à l'automne 2003 dans tous les domaines de la propriété intellectuelle de l'entertainment et des médias : en presse, en télé, sur le Web, etc.* », a déclaré ce dernier. L'animateur réserverait ce nom à une nouvelle chaîne de télévision (TéléVista) qu'il envisagerait de lancer prochainement et dédiée aux "seniors". Selon le droit français, Microsoft a effectivement de quoi s'inquiéter quant à l'usage du nom "Vista" sur le territoire hexagonal. Le dépôt du nom par Philippe Gildas est en effet intervenu deux ans avant que Microsoft ne révèle publiquement le nom de son système d'exploitation (connu à l'origine sous son nom de code Longhorn). Les dépôts enregistrés par l'INPI en apportent la preuve. Or, P. Gildas a effectué son premier dépôt en 2003, lorsqu'il avait tenté de lancer cette nouvelle chaîne mais le projet avait été reporté. Le problème est d'autant plus sérieux que Televista a également une vocation Web. En effet, l'idée du présentateur était de favoriser l'interaction avec le téléspectateur par ce biais. D'après P. Gildas, cette proximité est un sérieux problème et c'est pour cette raison qu'il assigne Microsoft en justice sur le motif de « violation de la propriété intellectuelle et préjudice ». Il y a fort à parier pour que Microsoft tente de négocier à l'amiable avec Philippe Gildas car il est peu probable que le groupe envisage de changer de nom après une campagne publicitaire estimée à plus de 500 millions de dollars. Quoiqu'il en soit, si Philippe Gildas l'emporte, il devrait disposer d'une jolie somme pour lancer sa petite entreprise... Reste à savoir, comme le soulignent certains, si le réveil tardif de l'animateur n'est pas motivé par des considérations publicitaires. Car une chose est sûre : l'homme aura généré une très belle publicité autour de son projet. A moindre frais.

Lafesse met les sites d'hébergement vidéo en danger

Ordonnance de référé du 22 juin 2007, Tribunal de Grande Instance de Paris

Depuis quelques mois, l'humoriste Jean-Yves Lafesse travaille à faire condamner les sites qui diffusent ses vidéos sans autorisation. Ses efforts viennent de se révéler payants puisque le site MySpace.com vient d'être condamné par le Tribunal de Grande Instance de Paris. En effet, dans une ordonnance de référé du 22 juin 2007, le TGI de Paris a attribué au site Myspace la qualification d'éditeur. Il en a tiré les conséquences en termes de responsabilité et a condamné le portail communautaire pour avoir mis en ligne des sketches de l'humoriste Jean-Yves Lafesse sans son autorisation, diffusion à ce titre assimilée à une contrefaçon. À titre provisionnel, ce dernier obtient 50 000 euros de dommages et intérêts pour la réparation de son préjudice matériel, 3 000 euros pour le préjudice moral et 5 000 euros pour le dommage lié à

l'atteinte à son image. Le site devra également fermer l'accès aux vidéos litigieuses sous astreinte de 1000 euros par jour de retard. Jean-Yves Lafesse avait déjà auparavant assigné un particulier qui diffusait ses sketches et avait obtenu 20 000 euros de dommages et intérêts. L'humoriste, qui ne compte pas s'arrêter en si bon chemin, a également décidé d'assigner DailyMotion et YouTube : il réclame en effet 8 millions d'euros à YouTube et 1,5 million d'euros à DailyMotion. Les plaintes devraient être étudiées en automne et janvier prochain. Suite à cela, d'autres poursuites vont être enclenchées envers Dailymotion, notamment par TF1, M6 ou Canal + pour « utilisation non autorisée de contenus sous droits d'auteurs » et « complicité de contrefaçon par fourniture de moyens ».

Constat d'huissier et monde virtuel...

Tribunal de Grande Instance de Paris, 2 juillet 2007

L'association Familles de France avait saisi le Tribunal estimant que le jeu "Second Life" était susceptible de constituer une atteinte aux bonnes mœurs et une menace pour les mineurs, en ce que les personnages virtuels créés par les utilisateurs peuvent commettre, dans le monde virtuel dans lequel le jeu les fait évoluer, des infractions. L'audience avait eu lieu le 18 juin 2007 et la décision a été rendue le 2 juillet 2007. Dans cette décision, le TGI de Paris se prononce en faveur de "Second Life" puisque pour le juge, les demandeurs n'ont rapporté aucune preuve tangible de ce qui était avancé. La saisie était appuyée par un constat d'huissier : un faux avatar avait été créé pour commettre des infractions (vente de drogue, viols...). Pourtant le juge déclare que « *Les associations demanderesse ne sont pas en mesure de justifier de la réalisation effective d'un trouble grave à caractère manifestement illicite et d'un risque de dommage imminent pouvant affecter les mineurs* ». L'entreprise s'est réjouie de cette décision qui affirme clairement que les constats d'huissier même s'ils sont réalisés dans un univers virtuel, doivent se plier aux règles d'objectivité et de loyauté de la vie réelle. Pour l'heure, les mineurs ont donc toujours accès à "Second Life". L'éditeur américain du jeu a tout de même promis d'installer prochainement un contrôle renforcé pour l'accès aux contenus réservés aux adultes par un organisme tiers.



Myriam RAK



Sophie WEINBERG

L'arrêt du mois

Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 juin

La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 12 juin 2007 particulièrement intéressant concernant une affaire de contrefaçon et de concurrence déloyale.

Cette affaire oppose les sociétés Bollé Protection et Bushnell Performance Optics Europe qui ont agité à l'encontre de la société Euro Protection en contrefaçon d'une dizaine de modèles de lunettes de protection ainsi qu'en concurrence déloyale.

La cour d'appel de Lyon a rejeté leurs demandes, ainsi que la demande de réclamation indemnitaire de la société Euro Protection pour procédure abusive dans un arrêt rendu le 4 mai 2005.

La cour d'appel de Lyon n'avait pas reconnu l'originalité des modèles de lunettes argués de contrefaçon et avait de même rejeté l'action en concurrence déloyale en invoquant le fait que *« cette action repose sur les mêmes faits que ceux invoqués pour les incriminer de contrefaçon, à savoir l'imitation de modèles qui ne présentent aucune originalité »*.

Insatisfaites, les sociétés Bollé Protection et Bushnell Performance Optics Europe forment un pourvoi principal en cassation et la société Euro Protection forme un pourvoi incident.

Les sociétés Bollé Protection et Bushnell Performance reprochent à la cour d'appel d'avoir statué par un motif général et d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article L.112-1 du Code de la propriété intellectuelle.

La chambre commerciale de la Cour de cassation se prononce tout d'abord sur le pourvoi incident pour procédure abusive formé par la société Euro Protection qu'elle rejette, puis se prononce sur les deux moyens du pourvoi principal. La Cour casse et annule l'arrêt du 4 mai 2005, sauf en ce qu'il a rejeté l'action en contrefaçon, et renvoie les parties devant la cour d'appel de Paris.

Statuant sur le premier moyen du pourvoi principal, la Cour de cassation affirme tout d'abord que la cour

d'appel n'a pas procédé à un « examen global », ni statué par un moyen général.

Les dispositions du second moyen sur la concurrence déloyale méritent quelques développements. Ainsi, la Cour de cassation indique dans cet arrêt de cassation que l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale. Par conséquent, il n'est pas possible de rejeter une action en concurrence déloyale, au seul motif de l'absence d'originalité des objets copiés.

En effet, l'action en concurrence déloyale se fonde sur l'article 1382 du Code civil et impose une faute. Le seul fait de reproduire ou d'imiter l'objet protégé caractérise une contrefaçon constituée par l'atteinte objective au droit privatif. Tel n'est pas le cas en matière de concurrence déloyale, l'imitation et la reproduction ne suffisent pas à engager la responsabilité civile de leur auteur ; il est indispensable qu'elles soient fautives, puisqu'il n'existe pas de droit exclusif et par tant aucune interdiction de copie.

Il est alors nécessaire d'examiner s'il existe un risque de confusion ou une captation parasitaire eu égard à divers facteurs, tels que l'ancienneté d'usage de l'objet copié, le caractère original ou encore le caractère répétitif de la copie. Cette liste n'est pas limitative, il convient d'une manière générale d'apprécier une atteinte fautive et dommageable portant atteinte à un commerce paisible.

La Cour de cassation énonce que l'action en concurrence déloyale doit être appréciée en fonction des faits du litige propres à justifier une faute créant un risque de confusion et non point par référence à des principes généraux comme l'originalité. En effet, l'originalité n'est pas une des conditions d'engagement de la responsabilité pour faute, mais une condition permettant d'obtenir un droit privatif.



Vanessa SANTOS.

Colloque du 4 juin 2007: L'évaluation du préjudice de la contrefaçon

Le 4 juin dernier, le Master de droit de la Propriété Intellectuelle Appliquée de l'Université Paris XII, dirigé par le professeur Christophe CARON, organisa, dans la salle Colbert du Palais Bourbon, un colloque sur le thème de « *l'évaluation du préjudice de la contrefaçon* ». Le professeur Jean-Louis GOUTAL présidait celui-ci.

Les méthodes d'évaluation pour déterminer le préjudice, par Georges DECOCQ

Après avoir rappelé la nature polysémique du vocable « *évaluation* » et par conséquent, l'existence de plusieurs méthodes d'évaluation du préjudice, un contrôle procédural de celles-ci fût préconisé, ainsi que la fixation de concepts. Ceux-ci permettraient de mettre en place un système synthétique de l'évaluation du préjudice. Enfin, le professeur Georges DECOCQ s'interrogea sur le véritable objet de ces recherches : recherche t-on un coût ou l'utilité de celui-ci ?

L'apport du droit civil pour évaluer le préjudice, par Marc BILLIAU

Le professeur Marc BILLIAU présenta ensuite les éventuels apports du droit civil lors de l'appréciation du préjudice de la contrefaçon. Un constat plutôt négatif a été fait. En effet, l'apport du droit civil est inexistant. C'est la jurisprudence qui précise tout un ensemble de règles pour combler les lacunes de la loi. Il s'agit des règles de droit commun, « *qui relèvent plus de l'arbitraire que de la méthode scientifique* ». Les conséquences de ces règles sont les suivantes : le juge ne peut délibérément accorder plus de dommages et intérêts que le préjudice subi, d'où une inadéquation entre le montant et le dommage éprouvé. Le juge ne peut indemniser plusieurs fois le même dommage subi par la victime, qui par conséquent s'enrichirait. Or, l'enrichissement sans cause est interdit en droit français. Par ailleurs, le juge ne peut constater l'existence du dommage et ne pas le réparer. Il s'agirait dans ce cas d'un déni de justice. Enfin, en vertu du principe de la réparation intégrale, le juge ne peut se servir des règles d'évaluation pour accorder des dommages et intérêts punitifs.

Dès lors, en vertu de son pouvoir souverain le juge applique la méthode qu'il estime la plus appropriée. L'article 6-1 de la CEDH imposant aux juges de motiver leur jugement ne s'applique pas aux dommages et intérêts. Le juge n'a alors, pas à préciser les éléments lui ayant servi à déterminer le montant de ceux-ci. Cependant, cette liberté ne peut s'entendre de l'abdication de son pouvoir souverain d'appréciation au profit d'un expert.

L'expérience du juge, par Alain GIRARDET

Alain GIRARDET, Premier vice-président du Tribunal de Grande Instance de Créteil, précisa l'existence, en matière d'évaluation du préjudice de la contrefaçon, « *d'une évolution des esprits, qui est heureuse* ». En effet, des barèmes, des échelles sont progressivement mises en place : « *un mouvement est en cours* ». Par ailleurs, la voie civile de réparation du préjudice est préférée à la voie pénale. La tendance jurisprudentielle selon laquelle la réparation du préjudice se fait en fonction de l'équation « *gain manqué (préjudice commercial) perte subie* » et en prenant en compte les éléments,

tel que l'atteinte à l'image, à l'investissement et les gains réalisés par le contrefacteur, est confirmée par les différentes juridictions.

Dans la pratique judiciaire, la pénalisation de la contrefaçon par les dommages et intérêts est supérieure à l'évaluation stricte du préjudice. Nous ne serions donc plus dans un mécanisme de réparation puisque la jurisprudence essaye toujours d'augmenter le taux du préjudice. Les dommages et intérêts punitifs sont donc « *dans l'air* », comme en témoigne le considérant de la directive, sur les dommages et intérêts punitifs, et l'ambivalence des termes employés à l'article 13 de cette même directive. Un effet de rapprochement sur le plan communautaire des montants accordés se fait également sentir.

En outre, c'est à la victime qu'il appartient de rapporter la preuve de son préjudice. Or, le préjudice est souvent implicite. Ainsi, le préjudice du titulaire de marque qui n'exploite pas ses marques sera réparé en fonction du montant des licences qui auraient éventuellement été accordées. La victime doit alors, si elle souhaite obtenir les dommages et intérêts demandés, préciser et apporter des pièces justificatives de son préjudice.

L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? par Nicolas BINCTIN

Suite à cet exposé de la pratique des tribunaux, Monsieur Nicolas BINCTIN mis en avant le fait que la connaissance précise de la valeur des actifs d'une entreprise permet à celle-ci de demander une réparation plus juste du préjudice. A cet effet, il serait donc important de rendre plus populaire en France la pratique des tableaux de bord relatifs au montant des actifs immatériels. Se pose alors la question de l'évaluation des biens intellectuels qui est bien entendue différente de celle du préjudice. En effet, la valeur d'un bien intellectuel n'est pas absolue, et peut résulter de plusieurs méthodes d'évaluation. L'intérêt d'évaluer la valeur du bien intellectuel est important. Nicolas BINCTIN distingue à ce titre deux situations, celle dans laquelle la contrefaçon est sans impact sur la valeur de la marque renommée, et constitue une sorte de « *rançon du succès* », de celle dans laquelle la contrefaçon est traduite par une perte de valeur structurelle durable du bien. Dans la seconde hypothèse, il existe un lien direct entre la valeur du bien intellectuel et les revenus générés par la contrefaçon. Cependant, la prise en compte de la valeur des biens intellectuels lors de l'évaluation du préjudice de la contrefaçon n'est pas encore véritablement d'actualité dans le quotidien des praticiens, experts et tribunaux.

Les dommages et intérêts punitifs existent-ils en droit français ? par Pascal KAMINA

Pascal KAMINA pose la question de savoir si les dommages et intérêts punitifs étaient sur le point d'arriver en France. Après avoir rappelé qu'il s'agit d'une spécificité des pays anglo-américains, il fut précisé l'existence, en France, de solutions permettant d'aller au-delà du strict préjudice subi. Il s'agit de l'article 700 du NCPC, de l'article L.442-6 du Code de commerce qui accorde un maximum de 2 000 000 € lors de la violation d'une règle de concurrence. Le droit d'auteur, malgré l'inexistence de jurisprudence, en donne un excellent exemple au sein de son article L. 335-6 du Code de la propriété intellectuelle. Il existe également, le mécanisme des astreintes qui constituent en quelques sortes des peines privées ayant pour fonction

de vaincre la résistance dans l'exécution d'une décision. Des dommages et intérêts punitifs existeraient donc en France. Cependant, ceux-ci existent de manière « déguisée » et malheureusement, les dommages et intérêts restent encore inférieurs au bénéfice du contrefacteur. Enfin, la dernière solution est celle posée par le projet de loi, qui, cependant, n'établit pas de critères pour évaluer le montant du préjudice.

L'évaluation du préjudice dans le domaine des dessins et modèles, par Muriel ANTOINE-LALANCE

Maître Muriel ANTOINE-LALANCE présenta son expérience en droit des dessins et modèles. Deux critères de l'évaluation du préjudice furent dégagés de la récente jurisprudence. Le premier critère est relatif à une évaluation réparatrice. Le second critère est relatif à une approche de l'évaluation du préjudice comme une sanction. Concernant la directive, celle-ci apporterait beaucoup dans la mesure où elle formalise quelques critères d'évaluation (bénéfices injustement réalisés, perte de chance...) et mentionne de nouveaux moyens permettant d'apporter la preuve d'un préjudice. La part de subjectivité du juge serait ainsi légèrement atténuée.

L'évaluation du préjudice de la contrefaçon en matière de logiciel, par Yves BIZMUTH

Ce fût ensuite au tour de Maître Yves BISMUTH de présenter les aspects de l'évaluation du préjudice de la contrefaçon de logiciels. L'interprétation de l'article L.331-2 CPI comme forme d'instruction du préjudice fut rappelée, ainsi que le rôle primordial que jouent les experts. Il a été conseillé d'inventer de nouveaux préjudices, tant en matière de logiciel il est difficile les déterminer par des méthodes classiques. En effet, quelle est la valeur marchande d'un logiciel nouveau qui n'a pas encore envahi le marché ? La jurisprudence retient parfois des éléments intéressants, tels que la désorientation de la clientèle. Enfin, l'importance de l'institution d'une « Charte du préjudice équitable » fut mise en avant. Celle-ci empêcherait, tant le contrefacteur, que le contrefait de tirer un quelconque profit de la contrefaçon.

La prise en considération de l'atteinte à l'image de marque pour évaluer le préjudice, par Gaëtan CORDIER

Maître Gaëtan CORDIER exposa ensuite l'importance, dans la jurisprudence, de la prise en compte de l'atteinte à l'image de marque (qu'il s'agisse de celle du titulaire, celle de la marque ou celle d'un produit), c'est-à-dire de la notoriété/renommée, dans l'évaluation du préjudice, et ce indépendamment des faits de contrefaçon : il s'agit d'une notion autonome. En outre, des éléments pour évaluer l'image de marque furent donnés, tels que, les investissements promotionnels et les sondages, ces derniers permettant de mesurer le degré de dégradation, de dépréciation de l'image de marque. Gaëtan. CORDIER conclut en posant la question de savoir si la notion de « Brand » signifie-t-elle la même chose que la notion d'image de marque ?

L'évaluation du préjudice de la contrefaçon internationale, par Marie-Elodie ANCEL

Sur le plan international, le professeur Marie-Elodie ANCEL présenta quelques éléments de droit international privé pris en compte lors de l'évaluation du préjudice de la contrefaçon internationale. La question que les praticiens se posent est

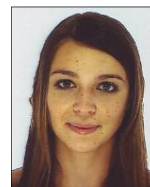
celle de savoir si le préjudice de la contrefaçon réalisée à l'étranger est évalué selon la loi étrangère. Selon les règles de droit international privé françaises, le juge français doit évaluer au regard de ses propres règles. Dans un tel cas de figure, des dommages-intérêts punitifs pourraient être appliqués à un brevet français contrefait aux Etats-Unis. Or l'ordre public international pourrait être soulevé pour refuser l'application d'une telle loi étrangère. Cependant, le futur règlement Rome II, relatif aux obligations non contractuelles, prévoit que les dommages-intérêts compensatoires ne soient plus automatiquement considérés comme contraires à l'ordre public international.

Evaluation du préjudice : l'exemple du droit allemand, par Lou GERSTNER

Enfin, Maître Lou GERSTNER termina cette étude par l'exposé de l'exemple allemand de l'évaluation du préjudice. Fut exposé les différentes possibilités offertes par la loi, les usages et la jurisprudence ancienne aux juges allemand, afin d'évaluer le préjudice. Y figurait notamment la détermination des gains manqués par la victime, mais encore la prise en compte des bénéfices illicites effectué par le contrefacteur.

L'apport du projet de loi relatif à la lutte contre la contrefaçon par Christophe CARON

En conclusion, le professeur Christophe CARON rappela la « Terra Incognita » que représente l'évaluation du préjudice de la contrefaçon. Il s'agit d'un oubli dans les textes. Le droit commun de la responsabilité civile ne dit pas comment évaluer, pour cela il faut regarder la jurisprudence. Des solutions, des méthodes d'évaluation, notamment pour l'évaluation du préjudice moral (redevances indemnitaires), sont alors proposées, mais aucune ne constitue véritablement une solution miracle. Il en est de même pour la notion d'évaluation. Plusieurs sortes d'évaluation coexistent, telles que l'évaluation réparation, l'évaluation préventive et dissuasive. S'agissant des solutions apportées par la Directive du 29 avril 2004, son article 13 est décevant. Quant au projet de loi, celui-ci s'intéresse enfin au manque à gagner et aux redevances indemnitaires visant à réparer le préjudice moral. Finalement, ce serait en procédant à une véritable analyse économique du droit que les praticiens et les tribunaux arriveraient à une évaluation satisfaisante du préjudice de la contrefaçon. Cela est d'autant plus réalisable, que la notion d'évaluation est considérée, par certains auteurs, comme étant l'un des mécanismes les plus généraux du droit.



Anaïs GIMBERT



Louis LOZOUET

Votre cabinet ou votre société peut parrainer notre association . Pour plus d'informations, merci de nous contacter à l'adresse suivante : lexpia@hotmail.fr