



Revue éditée par les étudiants du Master 2 professionnel Droit de la Propriété Intellectuelle Appliquée,
Université Paris XII.

Directeur du Master 2 : Professeur Christophe Caron

Sommaire

Éditorial	Page 1
Chronique du mois	Pages 2/3
Arrêt du mois	Page 4
Brèves	Page 5
Article	Page 6
Article	Page 7
Interview	Page 8

L'équipe Palimpseste

Directrice de publication
Aude LAPADU-HARGUES

Rédactrices en chef
Marine-Axelle BLAISE
Olivia CARRE-PIERRAT
Laure DADI
Aude LAPADU-HARGUES

Contact:
masterpia.palimpseste@gmail.com

Association LEXPIA

Présidente
Elsa SEILLIER

Vice-Présidente
Audrey LARZUL

Chargée de communication
Eugénie BESSAULT

Trésorière
Anaïs LEGOUAREQUER

Retrouvez Palimpseste sur le
site : www.masterpia.com



Editorial

Nathalie DREYFUS

*Dreyfus & associés
Conseil en Propriété Industrielle,
Expert auprès du Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'OMPI*

En ce début d'année 2011, qui n'a pas remarqué, lors de ses quotidiennes promenades sur la toile, la multitude de logos personnalisés dont Google a affublé sa page d'accueil entre Noël et le Jour de l'An ? Ces logos, que Google appelle subtilement « doodle » (gribouillage en anglais) et qui apparaissent régulièrement depuis début 2000, sont le parfait exemple d'une nouvelle mode en marketing. Par ricochet, dans le milieu de la propriété intellectuelle, ces logos s'appellent « fluid trade marks ». Il s'agit de variantes temporaires au logo ou au branding d'une marque destinées à fidéliser les consommateurs en leur proposant des visuels innovants et le plus souvent amusants. Un certain nombre de lecteurs auront sans doute remarqué sur la table de leur soirée de Réveillon qu'Absolut pratique également cette technique en habillant ses fameuses bouteilles de vodka au fil des saisons comme le ferait un grand couturier avec ses mannequins. Les plus sages penseront davantage à la marque Perrier. L'objectif commun est de faire en sorte que le consommateur ne se lasse pas de la marque et donc continue de l'acheter.

Dès lors, les *fluid trade marks* ne sont plus seulement la fantaisie d'agences publicitaires inspirées mais deviennent de véritables signatures qu'il convient de protéger.

La première étape à une bonne protection juridique de ces *fluid trade marks* consiste à ne pas trop s'éloigner de la marque déposée. Ainsi, celle-ci pourrait être défendue par référence à la marque habituelle qui, elle, est enregistrée. Une autre raison importante de ne pas s'éloigner de l'identité de la marque est que la *fluid trade mark* doit être reconnaissable immédiatement sinon le consommateur risque de ne pas faire le lien avec la marque habituelle. Ainsi, chacun des logos de Google fait apparaître quelques-unes des 6 lettres de manière imagée pour faire passer un message précis mais sans introduire le doute dans l'esprit du consommateur.

Faut-il déposer les *fluid trade marks* à titre de marque ? En pratique, cela semble difficile puisque cela imposerait de très nombreux dépôts de marques utilisées de façon circonstancielle. Si la *fluid trade mark* est utilisée régulièrement, le dépôt est opportun. C'est ce qu'a bien compris le chocolatier Toblerone dont l'emballage à l'effigie du Père-Noël réapparaît chaque hiver. L'usage de la *fluid trade mark* suffit-il pour éviter la déchéance pour défaut d'usage ? On peut en douter. Ainsi, il est recommandé de toujours veiller à l'exploitation de la marque principale.

Les utilisateurs de *fluid trade marks* veilleront à rester vigilant et à ne pas devenir contrefacteur. Pour commémorer l'anniversaire du peintre Munch, Google avait repris Le Cri dans son logo en 2006, mais l'histoire ne dit pas si le peintre qui s'est déjà fait voler sa toile physiquement aurait apprécié de se la faire emprunter virtuellement. Toutefois, les exceptions en matière de droit d'auteur pourraient s'appliquer dans ce cas. Ainsi, si les étudiants de l'association LEXPIA veulent s'essayer aux *fluid trade marks* sur leur logo, ils prendront garde de ne pas changer le carré rouge en orange de peur qu'une célèbre marque de téléphonie mobile ne réagisse.

La chronique du mois

Réflexions autour de la saisie-contrefaçon de droit d'auteur

La saisie-contrefaçon fait partie des procédures les plus efficaces données à l'auteur pour prouver l'atteinte à son droit mais connaît-on bien chacune de ses particularités, et parfois, ses limites ?

Les particularismes de la saisie-contrefaçon de droit d'auteur

La saisie-contrefaçon est un mécanisme bien connu des praticiens de par son efficacité. Cependant, la saisie-contrefaçon du droit d'auteur reste parfois dans l'ombre de celle existant en matière de propriété industrielle, plus spectaculaire. Elle est pourtant d'une efficacité encore plus redoutable.

L'intérêt probatoire de la saisie-contrefaçon est bien connu en propriété industrielle. Le code de la propriété intellectuelle le dispose clairement dans ses articles L521-4, L615-5 et L716-7, « *toute personne ayant qualité à agir en contrefaçon, est en droit de faire procéder en tout lieu et par tous huissiers (...) soit à la description détaillée, avec ou sans prélèvement d'échantillons, soit à la saisie réelle des produits ou services prétendus contrefaisants ainsi que tout document s'y rapportant* ». Il s'agit d'ores et déjà d'une procédure très contraignante pour le saisi, qui n'étant pas prévenu (la procédure est non contradictoire) peut voir ses documents comptables, des échantillons d'exemplaires contrefaisants, voire du matériel servant à la reproduction de l'objet contrefait, faire l'objet d'une description par l'huissier ou d'une saisie réelle lorsqu'elle aura été accordée au titulaire.

Cependant, cette saisie n'a qu'un but probatoire en propriété industrielle. On ne saisit pas la masse contrefaisante mais un « échantillon » des produits, comme l'a assuré la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 4 janvier 1985. Si le propriétaire d'un dessin ou modèle, d'un brevet ou d'une marque veut faire cesser un comportement, il devra se fonder sur les articles L521-6, L615-3 ou L716-6 du CPI traitant de l'action en interdiction provisoire de contrefaçon.

L'article L332-1 du code de propriété intellectuelle dispose quant à lui, qu'il existe deux types de saisies. La « petite » saisie peut être réalisée, selon l'alinéa premier, par un commissaire de police ou les juges d'instance. Cependant, son efficacité est plus réduite, elle n'aura que pour but de faire saisir les « exemplaires constituant une reproduction illicite » ou le matériel servant à la reproduction illicite de l'œuvre. Cette saisie est peu utilisée dans la pratique. La « grande » saisie est, quant à elle, celle qui permettra à l'auteur ou ses ayants cause, de faire saisir des éléments de preuve d'une part, et de prendre des mesures provisoires d'autre part. C'est cette faculté que le juge a de faire cesser certains comportements du saisi qui caractérise le réel particularisme de la saisie-contrefaçon du droit d'auteur.

Cette saisie implique un formalisme plus lourd, justifié par les conséquences importantes qu'elle peut entraîner pour le saisi. Ainsi, elle ne peut être demandée

qu'au président du tribunal de grande instance compétent en la matière, par ordonnance rendue sur requête. Cette procédure non-contradictoire peut, comme la première, emporter la saisie d'exemplaires contrefaisants, ou de « moyens » portant atteinte au droit d'auteur. Mais le président du tribunal dispose de plus larges pouvoirs afin de protéger l'auteur de reproductions non autorisées.

Il peut tout d'abord, à la demande de ce dernier, ordonner la suspension de toute fabrication tendant à la reproduction illicite d'une œuvre, ou à la violation des mesures techniques de protection, selon l'article L332-1, 1° du CPI. Il peut par ailleurs, ordonner la saisie des exemplaires contrefaisants fabriqués et en cours de fabrication, ainsi que les matériels et instruments servant à produire ou distribuer illicitement les œuvres. L'auteur peut ainsi faire saisir les exemplaires contrefaisants, mais aussi ceux en cours de fabrication dans la limite de la compétence territoriale du tribunal de grande instance. Le saisissant devra donc saisir le président d'un tribunal différent si l'usine de fabrication, ou encore les stocks, ne sont pas dans le même ressort que celui du premier président saisi. Ce dernier peut aussi accorder la saisie des matériels, instruments voire documents, servant à la reproduction des objets. Ces possibilités font donc cesser immédiatement tout écoulement des œuvres contrefaisantes. Mais l'utilité de la saisie-contrefaçon en matière de droit d'auteur ne s'arrête pas là.

L'auteur peut encore demander la saisie des recettes issues de la vente d'œuvres de l'esprit illégalement reproduites, représentées ou diffusées. Si les documents comptables ne suffisaient pas à quantifier la masse contrefaisante et la hauteur du préjudice subi par l'auteur, cette dernière mesure vient parachever l'efficacité de notre saisie.

Le saisissant devra être particulièrement prudent dans ses actions, car cette procédure, certes très efficace, frôle parfois les limites des libertés fondamentales.

Saisie-contrefaçon de droit d'auteur et droits fondamentaux

En marge des avantages et particularismes que la saisie-contrefaçon présente en droit d'auteur, il est important de bien comprendre que cette procédure peut également engendrer des conséquences moins louables.

Concentrons notre analyse sur les atteintes que la saisie-contrefaçon peut porter à certains droits fondamentaux et plus particulièrement au principe du procès équitable et au droit de propriété.

Saisie-contrefaçon et procès équitable

En matière de saisie-contrefaçon deux logiques luttent en permanence: la défense du droit d'auteur, d'une part, et celle des droits de la défense, d'autre part. Force est de constater que les deux sont en réalité difficilement conciliables puisque la saisie-contrefaçon est une procédure non contradictoire, ce qui implique par exemple le

fait que le saisi n'est pas informé de la procédure dirigée contre lui ou encore qu'il ne peut discuter les faits qui lui sont reprochés.

Certes, l'on saisit pleinement la nécessité de ne pas informer la partie adverse. Cet aspect de la procédure est la raison même de son efficacité. L'on imagine mal en effet un contrefacteur averti de la venue d'un huissier au sein de ses locaux et conservant avec la plus grande honnêteté toutes les pièces prouvant la contrefaçon par lui réalisée. Toutefois, il n'en reste pas moins que le principe du procès équitable garanti par l'article 6§1 de la CEDH se voit fortement affecté par le caractère secret de la procédure.

La référence à l'article 6§1 de la CEDH dans le cadre de la saisie-contrefaçon de droit d'auteur n'est pas nouvelle. La jurisprudence s'y est déjà reportée, s'interrogeant sur la compatibilité de cet article avec le fait que l'expert, pouvant accompagner l'huissier, puisse être nommé par le requérant et donc être un de ses préposés. Dans un arrêt du 6 juillet 2000, la première chambre civile de la Cour de cassation a en effet précisé que « *le droit à un procès équitable, consacré par [l'article 6§1], exige que l'expert mentionné par [l'article L332-4] pour assister l'huissier instrumentaire ou le commissaire de police procédant à la saisie-contrefaçon d'un logiciel, soit indépendant des parties* ». Ainsi, sur le fondement du principe du procès équitable, la Cour de cassation a-t-elle condamné le lien de subordination existant entre le requérant et l'expert.

Saisie-contrefaçon et droit de propriété

Par un jugement rendu le 12 mars 1998, le TGI de Toulouse a eu l'occasion de définir la saisie-contrefaçon comme « *une procédure exceptionnelle permettant [au titulaire], et avant tout procès contradictoire, de pénétrer chez autrui sans son assentiment afin d'y procéder à des investigations, des constatations, voire des saisies réelles tendant à apporter la preuve d'une contrefaçon alléguée, sans que le saisi ait la faculté de s'opposer au déroulement des saisies* ».

La formule « *pénétrer chez autrui sans son assentiment* » démontre toute la violence de l'atteinte qui est portée au droit de propriété du saisi. Bien que ce droit soit un droit fondamental, consacré par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la CEDH, l'ordonnance autorisant la saisie-contrefaçon va permettre au requérant de faire saisir des biens appartenant à un tiers. La violation de ce droit est alors conséquente puisque nombre d'éléments de natures diverses vont pouvoir être saisis. L'article L332-1 vise par exemple « *la saisie [...] des exemplaires constituant une reproduction illicite de l'œuvre* »; « *la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour produire illicitement les œuvres* » ou encore « *la saisie des recettes* ».

En matière de droit d'auteur spécifiquement, et au-delà du droit de propriété, l'article L332-2 du CPI porte un coup plus global à la liberté du saisi puisque le requérant a également la possibilité de demander la suspension de certains comportements. Parmi ceux-ci figurent la suspension des « *représentations ou des exécutions publiques en cours* » ou bien encore celle « *de toute fabrication [...] tendant à la reproduction illicite de l'œuvre* ».

Ces atteintes peuvent choquer d'autant plus qu'au stade de la saisie-contrefaçon la contrefaçon n'est pas encore prouvée.

L'on remarquera toutefois que juge et législateur tentent de corriger ces déséquilibres ponctuels existant entre protection du droit d'auteur et protection des droits fondamentaux. La jurisprudence s'y attelle par le biais d'arrêts tels que celui de la première chambre civile du 6 juillet 2000 que nous avons cité; le législateur en créant des règles telles que celle obligeant le requérant à engager rapidement une procédure au fond (art. L332-3 CPI).



Eugénie BESSAULT



Anaïs LEGOUAREQUER

L'arrêt du mois

Parfum et droit d'auteur: la résistance des juges du fond

La Cour de Cassation a pourtant été claire : le parfum n'est pas une oeuvre pouvant être protégée par le droit d'auteur. C'est en tout cas le message que la première chambre civile a voulu faire passer le 22 janvier 2009 en insistant sur le fait que « *la fragrance d'un parfum qui procède de la simple mise en oeuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas une création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des oeuvres de l'esprit par le droit d'auteur* » en reprenant mot pour mot le visa retenu dans le fameux arrêt de la même chambre en date du 13 juin 2006 (n°02-44.718 *Bsiri-Barbir c/ Sté Haarmann et Reimer*)

Et pourtant, malgré cette jurisprudence bien tranchée de la haute cour de justice, les juridictions du fond tiennent tête et persévèrent pour imposer leur vision. L'arrêt de la Cour d'Appel de renvoi d'Aix-en-Provence du 10 décembre 2010 en est la preuve : les juges du fond décident de trancher en faveur de la protection du parfum par le droit d'auteur et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ils reconnaissent que l'article L112-2 du Code de la Propriété Intellectuelle, bien que ne citant pas expressément les oeuvres perceptibles par l'odorat, ne les exclut pas pour autant puisque les parfums sont des formes susceptibles d'être communiquées. De plus, l'arrêt rappelle que la fixation de l'oeuvre ne constitue pas un critère nécessaire de sa protection ce qui signifie que la fugacité n'est pas un critère pour exclure de telle forme de la protection du droit d'auteur. Enfin, il conclut en précisant que la création d'un parfum ne se limite pas à un savoir-faire : bien au contraire, elle est l'oeuvre d'un génie qui traduit la personnalité, la sensibilité et l'imagination de son auteur.

Dans cet arrêt, la Cour d'Appel de renvoi suit une voie déjà grande ouverte par les autres juges du fond (*CA Paris, 25 janvier 2006, Sté Bellure NV c/ SA L'Oréal*): le parfum peut être doté d'une originalité. Maintenant, la difficulté pour le créateur de parfum pour se voir reconnaître le sésame en vue de la protection, porte sur la preuve même de cette originalité. Le critère du caractère inédit identifiable par le consommateur semble être déterminant; encore faut-il le comparer avec les produits déjà existants au moment de la sortie du parfum dont la protection est demandée et non ceux postérieurs à celle-ci. Or, en l'espèce, ce n'était pas le cas : la fragrance était comparée avec des parfums qui certes avaient les mêmes notes mais qui avaient été créés postérieurement. L'analyse sensorielle sur la base d'un échantillonnage de personnes a permis de constater un certain nombre de confusions entre les parfums mis à l'essai. D'où il résulte que la preuve de l'originalité dudit parfum n'était en l'espèce pas apportée. Par conséquent, il s'agit à présent, non pas de reconsidérer la question de la protection du droit d'auteur en matière de parfum puisque les juges du fond continuent à résister, mais bel et bien de rechercher les preuves pour démontrer l'originalité du parfum, preuves qui s'annoncent d'ores et déjà difficiles.

Au delà de cet arrêt, la qualification du parfum en tant qu'oeuvre éligible à la protection du droit d'auteur soulève depuis toujours un débat houleux quant à son opportunité. Les partisans de cette protection soulignent la nécessité de lutter efficacement contre le fléau de la contrefaçon qui touche majoritairement des produits de l'industrie du luxe français. Or, le droit d'auteur offre une protection très forte de l'oeuvre (notamment grâce à l'action en contrefaçon) en comparaison notamment à la marque ou aux dessins et modèles. De plus, notons qu'une protection du nez permettrait à celui-ci d'être reconnu juridiquement comme un artiste-auteur à l'image du peintre dont le pinceau n'est autre que son organe olfactif.

Une partie de la doctrine et certains acteurs du milieu de la parfumerie hostiles à cette conception avancent que la protection du parfum par le droit d'auteur est inappropriée et inadaptée en pratique. En effet, si la qualification d'oeuvre était retenue pour la fragrance; d'autres interrogations surgiraient indéniablement au sujet de la place de l'auteur et de la vie économique de l'oeuvre. Quid de la nature de l'oeuvre? Est-ce une oeuvre collective? Quid de la titularité des droits patrimoniaux, de la rémunération de l'auteur? Quid de l'exercice concret du droit moral? Comment mettre en oeuvre les droits de représentation et de communication au public?

De plus, au delà de l'opportunité de cette protection, la preuve de l'originalité de la fragrance est extrêmement difficile à rapporter comme le rappelle l'arrêt de la Cour d'Appel de renvoi.

Au final, même si la qualification d'oeuvre venait à être admise à l'égard du parfum, il sera complexe de démontrer l'originalité de la fragrance, ce qui restreint considérablement le champ de la protection qu'offrirait le droit d'auteur. Reste maintenant à savoir qui du juge du fond ou de la Cour de Cassation fléchira le premier. Dorénavant, seul un arrêt de l'Assemblée Plénière permettra de trancher définitivement cette question.



Anne-Gersende JINOT



Clothilde FROMAGET

Brèves

Espagne : refus d'une loi anti piratage pour non respect des droits fondamentaux

Un projet de loi prévoyait de recueillir les plaintes de personnes physiques ou morales soutenant que leurs œuvres apparaissaient sans leur autorisation sur des sites internet permettant de télécharger ou de visualiser des contenus illégaux.

Une commission de la propriété intellectuelle, dépendante du ministère de la culture, pouvait demander le retrait de contenus litigieux et, en cas de refus, pouvait s'adresser à la justice pour ordonner la fermeture ou non de ces sites.

Ce projet a fait l'objet d'un rejet (20 voix contre 18) le 22 décembre 2010 par la commission des affaires économiques du Congrès Espagnol au motif que ce texte permettait la fermeture de sites sans l'aval de l'autorité judiciaire et ouvrait donc la voie au non respect des droits fondamentaux notamment la liberté d'expression.

La confrontation de la lutte contre le piratage et des droits fondamentaux est ainsi le problème de nombreux pays qui essayent de mettre en œuvre ces lois.

Le texte est actuellement en étude au Sénat.

Livre numérique : la TVA abaissée à 5.5%

Le 14 décembre dernier, la commission mixte paritaire députés - sénateurs a validé l'application de la TVA sur le livre numérique à 5,5 %, adoptée par le Sénat lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2011.

L'abaissement de la TVA sur le livre numérique à 5,5%, au lieu de 19,6% est justifié comme mettant fin à une inégalité de traitement fiscal entre livre numérique et livre physique. En effet, conformément aux articles 278 bis, 6° et 279, g du Code Général des Impôts, le livre physique bénéficie, lui, du taux de TVA réduit de 5,5 %.

Néanmoins, la mise en œuvre de la taxe réduite pour le livre numérique est reportée au 1^{er} janvier 2012 laissant aux politiques la possibilité de proposer une TVA réduite pour l'ensemble des services culturels en ligne, de la vidéo à la musique en passant par la presse. Ainsi, l'ancien ministre de la Culture, Jacques Toubon, est chargé de recueillir les propositions de la Commission européenne en la matière.

L'argument des acteurs des services culturels en ligne, et notamment des acteurs de plateforme de musique en ligne, est qu'en l'absence d'une telle harmonisation, se développeraient des pratiques de « dumping fiscal » aux fins d'attraction des facteurs mobiles de production ou des différences d'imposition, sources de distorsions de concurrence.

Ainsi, il semble que le terme de l'inégalité de traitement entre le livre numérique et physique soit source d'espoir pour la taxation des œuvres culturelles, bien que la quasi-totalité des autres biens soient taxés à 19.6%.

La tablette numérique : support de la rémunération pour copie privée

La Commission sur la rémunération pour copie privée a adopté mercredi 12 janvier une nouvelle « taxe » sur les tablettes numériques de type iPad.

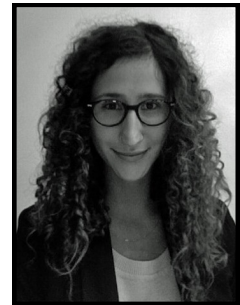
Cette « taxe » est en fait la rémunération pour copie privée. C'est une redevance forfaitaire sur les supports vierges et les mémoires ou disques durs intégrés dans des appareils qui permettent de réaliser une copie privée d'œuvres protégées. Elle s'impose alors comme la contrepartie de l'exception pour copie privée et est reversée aux sociétés de gestions collectives chargées de la distribuer aux ayants-droits.

Reste encore à déterminer les supports assujettis et le montant de la rémunération, qui varie en fonction du type de support et de la capacité d'enregistrement qu'il permet. Cette mission est accordée par le législateur à une commission spécialisée composée pour moitié, par les représentants des sociétés de gestion collective, pour un quart, par les représentants des fabricants ou importateurs des supports et pour un quart, les représentants des consommateurs.

Ainsi, la commission sur la rémunération pour copie privée a décidé de soumettre la tablette numérique à la rémunération pour copie privée. Elle s'applique sur les tablettes qui n'ont pas de système d'exploitation Windows et le prélèvement va de 0,09 euro pour une tablette avec 128 megaoctets de mémoire à 12 euros pour une tablette avec une mémoire de plus de 40 gigaoctets.



Olivia CARRE-PIERRAT



Laure DADI

Article The Nurdle War

The interesting thing about law is that you never know what you will come across. When it is sometimes really painful for some people, the convenience of the case is some other times questioned. In what category the “nurdle” case would fit in? This pending case filed in late July 2010 in the United States District Court for the Southern District of New York draws attention with its humorous subject matter. But this case concerns a very precise point of trademark law and is evidence that trademark practice can involve issues with fundamental economic importance.

The parties to the dispute are the two biggest toothpaste makers in the world: *Colgate-Palmolive Co.* (“Colgate”), the manufacturer of COLGATE brand toothpaste, and *GlaxoSmithKline PLC* (“Glaxo”), the manufacturer of AQUAFRESH brand toothpaste, and they are fighting over the use of a “nurdle”. *What is a nurdle?* There is actually no real definition of the word but it can be defined as the perfect curvy amount of toothpaste that everyone tries to put on their toothbrush. The nurdle is featured on packaging and advertisements to depict toothpaste and to inspire consumers to buy the product. “Colgate’s nurdle depiction accurately and conveniently describes for consumers the appearance of the Colgate toothpaste within the tube inside the box, without first compelling a product purchase” (See Colgate Complaint). In other words, a nurdle is a photo-styling perfection that can apparently be trademarked.

The story: at issue are two trademark registrations owned by Glaxo for marks used in connection with its AQUAFRESH toothpaste. The registrations are for the phrases TRIPLE PROTECTION and a design registration for its “nurdle” without claim to color. Glaxo introduced its nurdle around 1987. Colgate recently launched a new toothpaste in the United-States, the packaging of which features the words “Triple Action” and a nurdle depiction with “three distinct color stripes – blue, white, and green – which correspond to the striped toothpaste in the Colgate package itself”.

Colgate was the first to file the lawsuit, seeking a declaratory judgment that its packaging for its new toothpaste does not infringe the trademarks owned by Glaxo and asked the court to cancel Glaxo’s “Triple Protection” and nurdle trademark registrations. Glaxo immediately counter-sued Colgate for trademark infringement and related claims, asserting that Colgate’s use of the nurdle creates a strong likelihood of confusion among consumers. It seeks a permanent injunction against Colgate’s use of the nurdle and any phrase similar to its registered mark TRIPLE PROTECTION.

For Colgate, this move is a “blatant shot across the bow” and shows that Glaxo is trying to win exclusive rights in the nurdle design. “Glaxo wants to stifle the competition in the marketplace” by applying for “over-broad assertions of trademark rights” whereas a nurdle design should be considered generic, descriptive and functional. “If any oral care product manufacturer were to be prohibited from using nurdle images on product packaging, that manufacturer would be at a competitive dis-

advantage” says Colgate in its Complaint. But Glaxo does not want to back down as an email statement from its spokeswoman shows: “More than 20 years ago, GSK’s Aquafresh brand created the highly distinctive nurdle device to promote its range of Aquafresh oral care products. These extremely valuable trademarks are the exclusive property of GlaxoSmithKline’s world famous Aquafresh brand and GlaxoSmithKline will take all necessary steps to defend its rights.”

It seems Glaxo may have an uphill battle. As Colgate shows in its exhibits, other toothpaste brands use phrases similar to TRIPLE ACTION, including “Triple effect”, “Tartar Protection” and “Cavity Protection.” There are even representations of the so-called “nurdle.”



Léa MORAUX



Marine-Axelle BLAISE

Article

Les enfants allemands (dé)chantent

Souvenez-vous de vos premières années sur les bancs de l'école... Les visages de vos camarades s'effacent petit à petit, les moqueries, les disputes, les jeux dans la cour de récréation, tout cela semble si loin. Mais voilà que résonne dans votre tête un air familier, une comptine que vous aviez apprise aux premières années de votre vie et que vous avez chantée inlassablement pendant plusieurs mois, faisant la fierté de vos parents lors du fameux spectacle de fin d'année.

Une telle scène risque malheureusement d'avoir un coût pour nos petits voisins allemands chez qui la GEMA, l'équivalent allemand de la SACEM, a demandé à 36 000 crèches et jardins d'enfants de s'acquitter rapidement des droits d'auteur sur les chansons et comptines reproduites ou interprétées en public sans autorisation. D'une grande bonté, elle leur a proposé un tarif plutôt arrangeant : pour 500 copies de textes ou partitions, les jardins d'enfants devront verser 44,80 ou 56 euros par an selon qu'il s'agit d'un jardin d'enfants privé ou public. Mais encore faudra-t-il remplir un formulaire indiquant précisément, pour chaque chanson, le titre, le compositeur, l'éditeur de l'œuvre et la date de diffusion.

Dans un pays où l'éducation musicale des enfants est particulièrement importante, l'initiative de la GEMA choque tant la presse qui la qualifie d'« idiotie bureaucratique » que les directeurs de jardins d'enfants pour qui il s'agit d'une « bonne blague ». Certes, la société de gestion collective allemande ne fait que satisfaire aux impératifs de sa mission, c'est-à-dire défendre les intérêts de ses adhérents et collecter les redevances dues pour l'exploitation de leurs œuvres, mais une telle initiative risque de rendre la GEMA impopulaire aux yeux du public, très peu ouvert aux questions qui concernent le droit d'auteur.

Le droit d'auteur protège l'auteur contre la reproduction de son œuvre faite sans son autorisation et il est évident que le fait de photocopier des paroles de chansons pour les distribuer aux parents afin qu'ils puissent chanter avec leurs enfants lors de leurs représentations constitue un acte de reproduction pour lequel la GEMA se doit de percevoir une rémunération. Cependant, Bettina Müller, porte parole de la GEMA, rappelle que le but de la manœuvre n'est pas « d'empêcher les petits de chanter mais de trouver pour les jardins d'enfants un cadre légal sur les droits de reproduction, similaire à celui qui existe déjà, depuis une décennie, pour les écoles primaires ».

Les jardins d'enfants en question n'ont jamais signé d'accord global sur les droits d'auteur et ils sont donc tenus de payer chaque fois qu'ils photocopient des textes de chansons modernes. S'ils ne le font pas, la GEMA est parfaitement en droit de le leur réclamer. Seule solution : se contenter de chansons tombées dans le domaine public ou reprendre des airs modernes tout en composant ses propres paroles pour l'occasion. Mais, dans ce contexte, comment ouvrir les enfants à la diversité et à la culture s'ils doivent finalement se contenter de quelques airs trop souvent répétés ? Car, une chose est certaine, cette initiative va « couper l'envie de chanter à des milliers d'éducateur » de crèches ou jardins

d'enfants, ce qui n'est clairement pas le but recherché par la GEMA.

On se souvient qu'en 2006 une affaire assez similaire s'était produite et avait elle aussi scandalisé la presse. En l'espèce, les enfants d'une école primaire avaient décidé de chanter, lors du spectacle de fin d'année, la chanson d'Hugues Aufray « Adieu, Monsieur le professeur » pour fêter le départ en retraite de trois professeurs. Malheureusement, cette manifestation, relatée dans la presse, est remontée jusqu'aux oreilles de la SACEM qui a alors adressé à la directrice de l'école une mise en demeure de payer la somme de 75 euros car l'école avait utilisé une œuvre de son répertoire sans avoir demandé son autorisation préalable, formalité pourtant obligatoire. Là encore, la société de gestion collective française était parfaitement dans son droit mais on peut quand même regretter une telle rigueur juridique.

Néanmoins, il convient de rappeler que la loi du 1er août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI, a établi une exception pédagogique. Il s'agit plus précisément d'une exception relative à l'enseignement. Son cadre d'application strict et limitatif, est défini à l'article L 122-5-3° du code de propriété intellectuelle (CPI).

L'enseignement que l'on peut tirer de cet événement c'est qu'il n'est finalement jamais trop tôt pour enseigner aux enfants la valeur du droit d'auteur !



Audrey LARZUL



Aude LAPADU-HARGUES

Interview



Martin Hauser

*Avocat au barreau de Paris/
Rechtsanwalt (Munich)*

Arbitre et Médiateur

Cabinet BMH avocats

Palimpseste : Pourriez-vous nous décrire en quelques mots votre parcours universitaire et professionnel ?

Martin Hauser : Après des études juridiques en Allemagne et en Suisse, j'ai eu l'occasion d'enrichir ma formation en étudiant à l'université de New-York (NYU). Après quelques années de stages et de collaborations, nous avons décidé, avec deux autres avocats du même cabinet, de nous associer pour fonder BMH AVOCATS. Mon travail au sein de ce cabinet est principalement axé sur la propriété intellectuelle, le droit de l'informatique et le droit de la concurrence. Parallèlement à cette activité, j'ai enseigné durant dix ans à l'Ecole de Formation du Barreau au sein du département des langues et droits étrangers. Je pratique également l'arbitrage international et la médiation de façon régulière.

P : Le fait d'avoir une double culture franco-allemande est-t-il un avantage en tant que praticien du droit ?

MH : Je pense en effet que cela constitue un grand atout. Je conseille d'ailleurs aux futurs avocats ou juristes de pratiquer plusieurs langues. Il est évidemment nécessaire de pratiquer l'anglais, qui est la langue utilisée pour les affaires courantes, mais il est également très important de connaître une troisième voire une quatrième langue. Il est surtout indispensable de savoir s'exprimer en termes juridiques.

D'autre part, ma formation en Allemagne me permet d'avoir une vision différente du droit et aussi de la propriété intellectuelle et d'envisager des solutions originales dans les affaires que je traite. En effet, le droit allemand se distingue du droit français par sa nature très analytique, méthodique et détaillée.

P : Pensez-vous que la protection accordée aux titulaires de droits de propriété intellectuelle en France est plus forte qu'en Allemagne ?

MH : En effet, on remarque en pratique que la protection accordée en France aux titulaires de droits de propriété intellectuelle est plus forte qu'en Allemagne. Cela s'explique par le fait que les juges français et les juges allemands semblent avoir une approche différente de la propriété intellectuelle.

Les juges allemands auront tendance à être plus critiques concernant les monopoles d'exploitation car ceux-ci constituent des exceptions au principe de libre concurrence. Il est donc nécessaire qu'ils soient particulièrement justifiés et interprétés de façon stricte par les magistrats.

En France, le titulaire d'un titre de propriété industrielle sera souvent en position de force, contrairement à l'Allemagne où les titulaires seront plus susceptibles de voir leur titre mis en question.

P : Que pensez-vous de la procédure de saisie-contrefaçon ?

MH : En France, la saisie-contrefaçon est très pratiquée afin de se ménager des preuves en vue d'un futur procès. Mais c'est surtout un moyen de prendre des mesures efficaces afin de faire cesser rapidement les activités du contrefacteur. En pratique, cette procédure est très utilisée et est même attendue de la part des magistrats qui s'étonnent, lors de la présentation d'un dossier, lorsqu'aucune saisie-contrefaçon ne vient appuyer les demandes d'une partie.

Cependant, aujourd'hui les juges ont de plus en plus tendance à vouloir s'appuyer sur des preuves tangibles et non plus uniquement sur la bonne foi du requérant pour autoriser une saisie-contrefaçon.

Les effets de la saisie-contrefaçon peuvent se révéler très perturbateurs et gênants pour le saisi. On peut constater que peu de dommages et intérêts sont en général accordés en cas de saisie-contrefaçon révoquée voire abusive.

P : Selon vous, quelle est la place de l'arbitrage dans les litiges en matière de propriété intellectuelle ?

MH : De manière générale, on a plus souvent recours à l'arbitrage en matière de propriété industrielle qu'en droit d'auteur. Ce mécanisme de résolution des litiges a surtout pour avantage de ne pas être limitée par le principe de la territorialité et une compétence de décision limitée aux frontières nationales et de garantir en outre une certaine confidentialité par rapport aux audiences publiques et à la publication des décisions ordonnée par les juridictions judiciaires. De plus, l'arbitrage permet de bénéficier de l'expertise d'arbitres qui sont souvent spécialisés en propriété intellectuelle et qui ont donc les connaissances techniques nécessaires pour saisir toute la complexité du litige. Toutefois, il convient de s'assurer cas par cas que les aspects de propriété intellectuelle soumis à un arbitrage soient arbitrables.



Elsa SEILLIER



Laura CHARNAY