Edité par l'association

Lex Πια

Palimpseste

Imprimé et diffusé par

LexisNexis®

REVUE COMMUNICATION COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Revue des étudiants du Master 2 Droit de la Propriété Intellectuelle Appliquée, Université Paris Est
Direction du Master 2 : Professeur Christophe Caron

Sommaire

Chronique du mois **:** Quel avenir pour le filtrage et le blocage dans la protection du droit d'auteur sur Internet ? p.2

Décision du mois **:** Le portrait de Natascha Kampusch : entre protection par le droit d'auteur et exigence de sécurité publique (CJUE, 1er décembre 2011) p.4

Brèves **:** p.5
> 1er janvier 2012 : Entrée en vigueur de la 10e édition de la Classification de Nice
> 12 janvier 2012 : Top départ du dépôt des candidatures pour les extensions libres
> Le brevet unitaire européen : vers le bout du tunnel ?

Article **:** Copie privée : la nouvelle législation p.6

Focus **:** An Ominous Law for Britain's Modern and Contemporary Art Market? p.7

Interview **:** Sophie CANAS, Conseiller référendaire à la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation p.8

L'équipe Palimpseste

Rédactrice en chef
Fanny CONY

Responsables de rubriques
Floriane CHARTIER
Mathilde DAUMAS-CONDOMINES
Amélie LE BRETON DE VANNOISE
Julie GEMPTEL

L'association LEXPIA

Présidente
Diane PELLET

Vice-présidente
Sophie DE MAREZ OYENS

Pôle communication
Julie GEMPTEL
Lucille JUMEL
Laurène LABORDE
Eva NAUDON
Marion PERRUCHE

Secrétaire
Pierre-Emmanuel MEYNARD

Trésorière
Najma BICHARA

Webmaster
Coralie BENARD
Alexandra CHARNOIS

Retrouvez Palimpseste
sur : **www.masterpia.com**

Editorial

Marie-Elodie ANCEL

Professeur agrégé à la Faculté de Droit Paris Est (UPEC) au sein du Master 2 Droit de la propriété intellectuelle appliquée

Y a-t-il une matière juridique plus chargée en intensité politique que la propriété intellectuelle ? En tout cas, si quelqu'un pensait ne voir dans la propriété intellectuelle qu'un ensemble de règles techniques, historiquement déconnectées, l'actualité sortirait cet ingénu de sa douce torpeur. En ce moment, dans la propriété intellectuelle, tout paraît politique : il en va ainsi du succès du Parti des pirates lors des élections au Parlement du Land de Berlin jusqu'aux spéculations sur le sort de la loi Hadopi en fonction du résultat de la présidentielle française, en passant par l'avènement laborieux du brevet européen à effet unitaire et par le regain d'intérêt manifesté par l'Italie de Mario Monti pour le dispositif. Même la localisation de la division centrale prévue dans le cadre du futur système juridictionnel unifié en matière de brevets est devenue un objet de lobbying intensif de la part de l'Allemagne et de la France, tandis que Londres paraît éliminée pour cause de trop faible engagement européen de la part du gouvernement anglais.

Culture, identité linguistique, accès à la connaissance, incitation à l'innovation, conflit de valeurs, lutte de pouvoirs, enjeux économiques, la propriété intellectuelle brasse beaucoup d'intérêts, grands et petits, publics ou privés. Un vrai spécialiste de la matière ne doit pas seulement être maître dans la connaissance et le maniement des textes ; c'est aussi un décrypteur lucide de l'action et du discours politique dans le domaine.

Compétence et sagacité, c'est ce que je souhaite en 2012 à la promotion du Master 2 de Droit de la propriété intellectuelle appliquée.

Quel avenir pour le filtrage et le blocage dans la protection du droit d'auteur sur Internet ?

Le rapport parlementaire sur la neutralité de l'Internet et des réseaux (AN, 13 avril 2011, n°3336, p. 64) souligne l'importance, pour le développement de l'économie numérique, de limiter l'intervention des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) à la seule assurance d'une égalité d'acheminement des contenus.

L'article 6 I) 8 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (LCEN) permet cependant à l'autorité judiciaire de prescrire en référé ou sur requête aux FAI toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser un dommage occasionné sur leur réseau par un tiers. Sont souvent alors invoqués le filtrage et le blocage des communications. Le blocage implique de bloquer totalement l'accès à un site, tandis que le filtrage suppose l'identification préalable du contenu qui sera ensuite bloqué.

La conciliation entre protection des intérêts des ayants droit et respect de la neutralité de l'Internet conduit cependant à discuter le caractère adéquat de ces mesures pour lutter contre les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle sur l'Internet.

L'obtention d'injonctions ordonnant filtrage ou blocage

Sur le modèle du régime de responsabilité allégée de l'intermédiaire de transport, le FAI bénéficie d'une exonération de responsabilité, sauf s'il est à l'origine des données transmises ou les modifie (article 12§3 de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 transposée par la LCEN). Néanmoins, afin de voir cesser tout dommage, l'article 8§3 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 envisage la possibilité d'obtenir du juge judiciaire une injonction contre un FAI sans que soit engagée sa responsabilité lorsqu'un tiers utilise ses services en portant, par exemple, atteinte aux droits d'auteur et droits voisins.

Il existe trois principales méthodes de blocage d'un contenu sur l'Internet : le blocage par adresse IP, le blocage par URL et le blocage DNS. Ces techniques présentent l'inconvénient de ne pas toujours permettre un blocage assez fin et de créer des risques de surblocage. Par ailleurs, elles peuvent être aisément contournées (sites miroirs, changement d'adresse IP), limitant ainsi grandement l'utilité des systèmes de blocage. Il est possible de combiner ces différentes techniques, d'une part, pour répondre aux risques de surblocage et garantir le caractère proportionné de la mesure, d'autre part, pour lui assurer un effet utile maximal.

En dépit des arguments soutenant l'inefficacité technique des dispositifs de blocage et de filtrage, de telles injonctions sont couramment réclamées dans de nombreux domaines, que ce soit pour ordonner en référé le blocage d'un site de jeu sur l'Internet non agréé par l'Autorité de régulation des jeux en ligne (TGI Paris référé, 6 août 2010), ou pour voir bloqué un site négationniste (Cass. 1re civ., 19 juin 2008).

La question de la mise en œuvre de ces mesures aux seules fins de protéger les droits de propriété intellectuelle est autrement plus délicate.

La jurisprudence est stricte : le Tribunal de Grande Instance de Paris a ainsi rappelé que l'ordonnance sur requête ordonnant un blocage n'est possible que dans le cas où l'urgence et la nécessité de déroger au principe du contradictoire sont démontrées (TGI Paris, 28 juin 2011, Gallimard). De plus, afin de parvenir à un équilibre entre la liberté de contenu et la protection des droits de propriété intellectuelle, les juges veillent à leur proportionnalité et à leur effectivité (CJUE, Gr. ch., 12 juillet 2011, L'Oréal c/ eBay).

Le frein de la CJUE

Surtout, la Cour de justice de l'Union européenne vient, par un arrêt du 24 novembre 2011, de tarir les espoirs des partisans d'une application étendue de ces dispositifs techniques. Dans une affaire Scarlet Extended SA c/ Sabam (C-70/10), les juges européens ont en effet décidé que le contenu de l'injonction ne saurait faire peser sur le FAI une obligation de surveillance généralisée.

La Sabam, société belge de gestion des droits d'auteurs, compositeurs et éditeurs faisait valoir que, en sa qualité de FAI, Scarlet était idéalement placée pour faire cesser les atteintes au droit d'auteur sur les œuvres musicales de son répertoire, qui résultaient en l'espèce de l'échange non autorisé de fichiers réalisé au moyen de logiciels de pair à pair. Néanmoins, la CJUE se positionne fermement contre le prononcé d'injonctions qui imposeraient aux FAI la mise en place d'un système de filtrage voire de blocage afin de prévenir les téléchargements illégaux de fichiers.

Ainsi, la CJUE souligne tout d'abord que si les modalités des injonctions relèvent du Droit national, elles doivent respecter les limitations découlant du Droit de l'Union. Constatant que les mesures demandées concerneraient toutes les communications électroniques transitant par les services du FAI et s'appliqueraient indistinctement à l'égard de toute sa clientèle, à titre préventif, à ses frais exclusifs, et sans limitation de temps, elle en conclut que l'injonction ordonnant un tel dispositif aux FAI leur imposerait une obligation de surveillance active généralisée, ce que prohibe la directive 2000/31 sur le commerce électronique (article 15§1).

Ensuite, la Cour insiste sur la nécessité de parvenir à une solution respectueuse de tous droits fondamentaux protégés par l'Union. Or, elle constate que l'injonction irait non seulement à l'encontre de la liberté d'entreprise du FAI (en ce que les mesures mises à sa charge seraient complexes, permanentes et coûteuses), mais aussi au droit à la protection des données à caractère personnel de ses clients en impliquant la collecte et l'identification de leurs adresses IP. Elle note enfin qu'il en résulterait une entrave à la liberté d'information, car un tel système risquerait de ne pas suffisamment distinguer les contenus licites de ceux qui ne le sont pas, et pourrait ainsi entraîner des blocages

infondés.

L'idée forte de l'arrêt est que le droit de la propriété intellectuelle ne saurait être intangible ni sa protection absolue. En ce sens, la décision n'est pas sans rappeler l'affaire Promusicae (CJUE, 29 janvier 2008, C-275/06) : la Cour y annonçait déjà qu'un juste équilibre devait être trouvé entre la protection du droit de propriété intellectuelle et celle d'autres droits fondamentaux. Toutefois, on notera que l'arrêt Promusicae se prononçait sur la demande faite à un FAI de révéler dans le cadre d'une procédure judiciaire des données concernant des utilisateurs, une fois l'atteinte aux droits constatée, tandis que la Sabam exigeait au contraire du FAI une intervention *a priori*, en vue d'éviter toute atteinte future.

Des modalités à éclaircir en Droit interne

On s'interroge encore sur les potentialités de l'article L.336-2 du Code de la propriété intellectuelle (instauré par la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet et transposant l'article 8§3 de la directive 2001/29) selon lequel le TGI, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible d'y remédier (ce qui démontre bien par ailleurs que l'action fondée sur l'article L.336-2 n'est pas une action en contrefaçon).

En prévoyant que non seulement les ayants droit mais aussi les organismes de défense professionnelle peuvent agir, le texte va au-delà de la directive qui n'octroie cette faculté qu'aux titulaires de droits. Les modalités de sa mise en œuvre ont déjà été précisées par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 3 mai 2011 portant sur le service *Google suggest* (Pôle 1, Ch. 3, n°10/19845, SNEP c/ Google), par ailleurs l'une des rares décisions à avoir statué sur l'application de la disposition, encore peu invoquée. Selon cet arrêt, les pouvoirs conférés par l'article L.336-2 ne peuvent être mis en œuvre que s'il existe une atteinte incontestable au droit d'auteur ou aux droits voisins. De plus, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation en exigeant que les mesures prises soient « *strictement nécessaires à la préservation* » des droits (Déc. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC), en somme qu'elles soient proportionnées à l'atteinte. Enfin, la mesure de filtrage ou de blocage prononcée doit être en mesure de prévenir ou de faire cesser la contrefaçon, autrement dit elle doit s'avérer utile à cet objectif.

La résonance actuelle de la question : la lutte contre le *streaming*

Actuellement, ces problématiques revêtent un intérêt particulier dans le cadre de la lutte contre le *streaming* et de la potentielle application de la solution de l'arrêt Sabam à celui-ci.

Le *streaming* permet la lecture d'un flux audio ou vidéo à mesure qu'il est diffusé. Il implique un téléchargement temporaire et met en cause le droit de reproduction et de représentation de l'auteur. Le *streaming* apparaît ainsi comme une alternative au téléchargement des contenus protégés par des droits d'auteur.

Une assignation en date du 30 novembre 2011 devant le TGI de Paris statuant en la forme des référés, formée par trois syndicats professionnels de l'industrie cinématographique contre plusieurs FAI, se fonde précisément sur l'article L.336-2 et conduira la jurisprudence à se prononcer sur l'adéquation de l'arsenal législatif actuel à la lutte contre le *streaming*.

Cette thématique revêt également une dimension politique suite à l'annonce par le Président de la République de l'élaboration d'une éventuelle loi Hadopi 3 qui viserait précisément le *streaming*, à l'occasion du Forum d'Avignon et du Sommet Culturel sur la création à l'ère du numérique en novembre 2011. Le chef de l'Etat a ainsi énoncé sa volonté de mettre en place un mécanisme permettant d'imposer aux FAI le blocage du *streaming* illégal.

En outre, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi) a publié un communiqué de presse le 25 novembre 2011, dans lequel elle expose son action à venir relative au *streaming*. Celle-ci se divisera en trois phases. D'abord, les phénomènes visés seront clairement évalués, dans leurs dimensions technique et économique, ainsi que les moyens de luttes juridiques existants et leurs limites. Le dialogue sera ensuite ouvert avec les sites et plateformes concernés ainsi que tous les intermédiaires contribuant à leur fonctionnement. Enfin, suivant le constat obtenu, des propositions d'adaptation des outils juridiques existants seront formulées.

Si les éclaircissements apportés par les arrêts *Google suggest* et Sabam sont les bienvenus, toutes les questions posées par le blocage et le filtrage sur internet dans le cadre de la protection du droit d'auteur sont loin d'être résolues et les précisions que la jurisprudence ne manquera pas d'apporter ne pourront que clarifier ces problématiques plus que jamais d'actualité.

Floriane CHARTIER **Julie GEMPTEL** **Pierre-Emmanuel MEYNARD**

Le portrait de Natascha Kampusch : entre protection par le droit d'auteur et exigence de sécurité publique

Le portrait de la petite Natascha Kampusch a fait le tour du monde à l'annonce de la fuite de la jeune fille du domicile de son ravisseur en 2006, après huit ans de séquestration. Au-delà de l'émotion suscitée par ce fait divers, les photographies de la victime ont fait parler d'elles dans un tout autre domaine. En effet, ces clichés sont le fruit du travail de Mme Painer, photographe indépendante qui a réalisé plusieurs portraits de la fillette. Ces photographies ont été utilisées à la fois par la police autrichienne à la suite de l'enlèvement, et par cinq éditeurs de presse allemands et autrichiens dans divers journaux et sites internet. Ces derniers ont élaboré un portrait–robot à partir des clichés afin de simuler l'évolution des traits de la victime en huit années. Or, lors de ces diffusions publiques, le nom de Mme Painer n'a pas été mentionné. En conséquence, cette dernière a demandé au Tribunal de commerce de Vienne, le Handelsgericht Wien, la cessation de la reproduction et de la distribution de ses photographies, faites sans son consentement et sans indication de son nom, ainsi qu'une indemnisation du préjudice subi.

Diverses questions préjudicielles ont été posées à la Cour de Justice de l'Union Européenne, auxquelles elle a répondu fin 2011 (CJUE, 1er décembre 2011, C-145/10, Eva Maria Painer c/ Standard Verlags GmbH). Outre la question de la compétence judiciaire liée aux délits complexes en matière de Droit international privé (absence de risque de décisions inconciliables malgré la divergence des Droits nationaux), étaient posées les questions suivantes : faut-il considérer qu'une « photographie réaliste » peut être protégée par le droit d'auteur ? Dans l'affirmative, dans quelles conditions peuvent-elles être utilisées par les médias, sans le consentement de leur auteur, dans le cadre d'une enquête criminelle ?

Les éditeurs de presse invoquaient l'absence de choix créatifs de la part de la photographe, lui déniant ainsi la qualité d'auteur au sens du Droit de l'Union. Ce n'est cependant pas l'interprétation retenue par la Cour de justice. En vertu de l'article 6 de la directive 93/98 du 12 décembre 2006 applicable aux faits de l'espèce, une création intellectuelle n'est susceptible de protection par le droit d'auteur que lorsqu'elle est originale, en ce sens qu'elle reflète la personnalité de l'auteur. Or, selon la Cour plusieurs éléments dans la prise d'une photographie permettent de déceler l'empreinte de cette personnalité : le choix de la mise en scène, la pose du sujet, l'éclairage, le cadrage et l'angle de prise de vue. Il résulte de ces constatations que l'auteur d'un portrait est en mesure d'imprimer sa « *touche personnelle* » à l'œuvre créée, lui conférant ainsi une protection par le droit d'auteur. De surcroît, une telle protection ne saurait être inférieure à celle dont bénéficie toute autre œuvre intellectuelle.

Néanmoins, le Droit de l'Union prévoit, dans des circonstances particulières, la limitation de la protection conférée par le droit d'auteur. L'article 5§3 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 envisage notamment une exception de sécurité publique, permettant une utilisation plus libre des œuvres protégées. Afin d'interpréter cette disposition la Cour rappelle, entre autres, que les autorités nationales sont tenues de respecter un principe de proportionnalité : les mesures prises par les Etats membres doivent permettre la réalisation d'un objectif précis et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

De plus, l'article 5§5 prévoit une triple condition à l'invocation des exceptions au droit d'auteur : il est nécessaire que celle-ci ne soit applicable que dans certains cas, qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits. Cette solution s'inscrit en conformité avec la jurisprudence de la Cour (CJUE, 29 avril 2004, C-476/01, Kapper) qui pose le principe d'une interprétation stricte des exceptions au droit d'auteur. Il en résulte qu'une entreprise de presse ne peut, de sa propre initiative, invoquer l'exception de sécurité publique pour publier une photographie dans le cadre d'une enquête criminelle. La Cour rend ainsi inopérant l'argument tiré de la liberté de la presse. En revanche, l'éditeur peut contribuer ponctuellement à l'accomplissement d'un objectif de sécurité publique en publiant le portrait d'une personne recherchée lorsque cette intervention s'insère dans le contexte d'une décision prise par les autorités nationales compétentes. La publication doit alors faire l'objet d'une coordination avec elles. Il n'est pas pour autant nécessaire qu'un accord concret, actuel et exprès soit donné par lesdites autorités.

La Cour s'efforce ainsi de trouver un équilibre entre impératif de sécurité publique et sécurité juridique bénéficiant à l'auteur, nécessaire à la création intellectuelle.

Eva NAUDON

Laurène LABORDE

Amélie LE BRETON DE VANNOISE

Brèves

1er janvier 2012 : Entrée en vigueur de la 10e édition de la Classification de Nice

La Classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques ou classification de Nice, instituée par l'arrangement du même nom conclu le 15 juin 1957, déjà maintes fois révisée, fait peau neuve avec l'entrée en vigueur le 1er janvier 2012 de sa dixième édition, mettant ainsi à jour la neuvième, adoptée en 2006.

L'application de la nouvelle édition est fonction de la date d'enregistrement : les produits et services désignés par une marque déposée avant le 1er janvier 2012 mais enregistrée après cette date doivent être classés d'après la dixième édition de la classification de Nice. *A fortiori*, les offices d'enregistrement des marques (OMPI, OHMI et offices nationaux des pays concernés) appliqueront cette nouvelle édition à toutes les demandes de marque déposées à partir du 1er janvier 2012 inclus. D'une part, les demandes de marque en suspens au 1er janvier 2012, d'autre part, les marques déposées avant cette même date et dont le renouvellement est demandé, ne seront pas reclassifiées, même à la demande du demandeur ou du titulaire de la marque en question.

Les changements notables concernent, en premier lieu, la classe 9 dont les appareils et instruments électriques sont à présent dans la même classe que leurs équivalents non-électriques, permettant ainsi de regrouper ces produits d'après leur fonction ou leur destination. En outre, désormais les jeux vidéo sont tous répartis en classe 28. Par ailleurs, les compléments nutritionnels sont dorénavant tous rangés en classe 5, indépendamment de leur destination médicale ou non. Enfin, les services de franchisage sont présents dans les classes prévues pour les services mêmes (ex : prestation de conseils aux entreprises en matière de franchisage ; prestation de conseils juridiques en matière de franchisage (classe 45)).

12 janvier 2012 : Top départ du dépôt des candidatures pour les extensions libres

Le Conseil d'administration de l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), chargé de gérer le système des noms de domaine sur Internet, avait validé le 20 juin 2011 l'ouverture de la racine d'Internet, en autorisant la création de nouvelles extensions libres (*New Generic Top-Level Domains*).

Cette ouverture permet à des entreprises publiques ou privées, à des titulaires de marques, à des institutions ainsi qu'à des communautés d'intérêt de devenir « registre » et ainsi d'assurer la gestion, la sécurité et la maintenance de l'extension choisie.

En réalité, la création et la gestion de sa propre extension n'est pas accessible à tous, puisque le candidat devra s'acquitter de la somme conséquente de 185 000 dollars (environ 143 165 euros) pour constituer son dossier auprès de l'ICANN mais devra aussi verser la somme annuelle de 25 000 dollars (19 346 euros) pour sa conservation. Vraisemblablement, seules les grandes entreprises ou institutions solides pourront concourir.

Nous aurons la réponse très vite, puisque les candidatures ouvrent le 12 janvier 2012 pour une durée de 90 jours. Un examen minutieux des candidatures et des garanties apportées par le candidat sera effectué par l'ICANN et les premiers résultats devraient être publiés courant novembre 2012. Les procédures d'opposition au dépôt d'une nouvelle extension ainsi que celles relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle réservées aux titulaires de marque pourront toutefois retarder le calendrier fixé.

Le brevet unitaire européen : vers le bout du tunnel ?

Une nouvelle progression est intervenue pour l'adoption d'un brevet unitaire en Europe le 20 décembre 2011. La Commission des affaires juridiques du Parlement européen a en effet approuvé l'accord conclu entre le Parlement et le Conseil de l'Union européenne sur la mise en place de ce système. Cet accord se décompose en trois volets, à savoir deux règlements traitant respectivement de la mise en œuvre du brevet unitaire et de son régime linguistique, et un accord de Droit international classique instaurant un système juridictionnel pour les litiges en matière de brevets.

Cette procédure de coopération renforcée entre vingt-cinq Etats membres (l'Espagne et l'Italie étant en désaccord sur le régime linguistique) a pour prochaine étape le vote du Parlement dans son ensemble courant février 2012. L'actuel projet a pour objectif la réduction des coûts de protection pour les PME et l'amélioration de leur compétitivité.

Cependant, l'adoption de ce projet tant attendu ne sera sans doute pas un long fleuve tranquille. En effet, certaines questions sensibles doivent encore être résolues. Aucun accord n'a, pour le moment, été trouvé quant au choix de la ville qui accueillera la division centrale du Tribunal de première instance de la future Cour Européenne des Brevets (CEB). De plus, la compatibilité de cette juridiction spéciale avec le Droit de l'Union reste incertaine au regard de l'avis négatif rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 8 mars 2011, à propos d'un précédent projet de CEB, néanmoins pris en compte dans l'accord actuel.

Coralie BENARD

Najma BICHARA

Fanny CONY

Copie privée : la nouvelle législation en vigueur

La loi n°2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée, modifiant les articles L.311-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle (CPI), reçoit un accueil mitigé, plus particulièrement ses articles 1 et 4. En effet, ils mettent en danger l'existence de l'exception de copie privée et favorisent la fuite des achats de supports vers les autres territoires de l'Union européenne.

Exigence d'une source licite à la réalisation d'une copie privée

Le nouvel article L.311-1 du CPI vient compléter la rédaction antérieure en précisant dorénavant, aux alinéas 1 et 2, que la reproduction des œuvres doit être réalisée « à partir d'une source licite ». Le Parlement tire ici les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dans un arrêt Simavelec du 11 juillet 2008 (CE, Section du contentieux, 10e et 9e sous-sections réunies), puis à nouveau en 2010, il a annulé une décision de la Commission de la copie privée, au motif qu'elle avait tenu compte du préjudice subi du fait des copies licites et illicites de vidéogrammes ou phonogrammes. Par cette distinction, il a considéré alors qu'elle méconnaissait les dispositions du CPI. De son côté, la Cour de cassation n'est pas restée indifférente à ce sujet. Dans un arrêt de la Chambre criminelle du 30 mai 2006, elle a montré, sans pour autant se prononcer clairement, qu'elle se souciait des circonstances de la réalisation de la copie privée, en reprochant notamment aux juges de ne pas avoir répondu aux conclusions des parties civiles quant à la licéité de la source.

Ainsi, seules les copies désormais réalisées à partir d'une source licite ouvrent droit à rémunération au profit des titulaires de droits. De façon évidente, rémunérer la pratique du copiage illicite serait problématique, car cela reviendrait notamment à légitimer le téléchargement illégal !

Toutefois, cette modification est contestable sur deux points. D'une part, en caractérisant la reproduction qui doit être faite, elle vient réduire le champ d'application de l'exception de copie privée. D'autre part, elle porte atteinte à l'intérêt même du consommateur. L'exigence ainsi posée pourrait sous-entendre la nécessité pour chaque individu de s'assurer lui-même de la licéité de la source de la copie. Devant la difficulté de la tâche, deux possibilités se présentent alors au consommateur : celui-ci peut ne pas procéder à une vérification et donc courir le risque de réaliser une copie illicite, ou bien, découragé, de ne réaliser aucun acte de copie. Ce qui, *in fine*, pourrait entraîner non pas une limitation mais une disparition effective de l'exception. Et perturber l'équilibre (déjà fragile) entre monopole d'exploitation et protection des libertés.

Exemption des acquéreurs professionnels de support

L'ancien article L.311-8 du CPI posait déjà une exception à la rémunération pour copie privée. Un remboursement était possible pour certains acquéreurs limitativement énumérés. La Commission de la copie privée, depuis 1986, avait élargi l'exception en prévoyant une possibilité d'exonération exclusivement pour les usages professionnels.

La Cour de justice a ensuite précisé dans l'arrêt Padawan du 21 octobre 2010 (C-467/08) que l'assujettissement des supports acquis notamment à des fins professionnelles n'était pas conforme au Droit de l'Union européenne, dans l'hypothèse où l'usage n'était donc pas celui de la copie privée. Dans l'arrêt Canal + Distribution rendu le 17 juin 2011 (CE, Section du contentieux, 10e et 9e sous-sections réunies, Nos 324816, 325439, 325463, 325468, 325469), le Conseil d'Etat s'est conformé à cette décision. Dès lors, l'article 4 de la loi précitée tient compte de cette jurisprudence qui différencie les acquéreurs. Il substitue à la liste limitative du CPI, un principe général de non assujettissement des acquéreurs professionnels et en prévoit les modalités.

Cependant, cette modification peut paraître critiquable à deux niveaux. En effet, le nouveau mécanisme qui permet l'exonération des fabricants ou à défaut le remboursement des acquéreurs a été critiqué par le rapporteur de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication du Sénat, André Gallotin, en ce qu'il était trop lourd et complexe. Cependant, le texte n'a pas été modifié sur ce point. Il peut donc être reproché au nouveau dispositif législatif, en exonérant les acquéreurs professionnels, d'amplifier le marché gris. En outre, le principe même de cette exception est critiqué notamment par les fabricants et les distributeurs de supports numériques. Ils déplorent le fait que l'exonération conduirait à une explosion des prix des supports pour les acquéreurs particuliers. On peut rapprocher cette critique de celles adressées aux barèmes de rémunération appliqués en France qui sont en moyenne quatre fois plus élevés que dans d'autres pays européens. Il en résulte donc un prix de vente élevé des produits et le développement d'un marché gris. Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre dans un jugement du 2 décembre 2011 (TGI Nanterre, 6e Chambre, Rue du Commerce c/ Sorecop, Copie France, qui fait l'objet d'une procédure d'appel) a pris en compte l'existence de ce marché gris en condamnant des sociétés de collecte de la redevance qui n'avaient pas mené d'actions contre les sites commerçants étrangers afin de favoriser l'harmonisation des rémunérations au niveau européen.

Diane PELLET

Marion PERRUCHE

An Ominous Law for Britain's Modern and Contemporary Art Market?

As Great Britain is about to implement part two of the Resale Right Directive, apprehension keeps rising, lest it should harm the competitive health of the country's art trade. Much ado about nothing?

Droit de suite or Artist's Resale Right (ARR) regulates the royalty paid to a qualifying artist or his heirs each time a work of his is resold through the art trade during his lifetime and for a period of 70 years following his death. Created as a social program in France, its history begins at the end of World War I, quickly affecting the fortunes of artists and their heirs, some of whom had been living in extreme poverty; such was the case of the heirs of Jean-François Millet for example, whose paintings were fast rising in value on the secondary market.

Consequently, ARR was adopted in various other countries. Nevertheless, after European integration, six countries still lacked such a law. In the interest of harmonization, specifically in the art market, the European Union decided to issue the Resale Royalty Directive on October 13th, 2001. By 2006, living artists across the EU were entitled to ARR payments, but as to the rights of their heirs an exemption was granted to countries without previous legislation on the matter, until January 1st, 2010, with an additional exemption of two years if deemed necessary (article 8).

According to the Directive, qualifying artists are nationals of a European Economic Area country. Qualification also requires that the artist originally created the work in question at his own initiative and not at the behest or on commission of a client. Royalties are calculated as a percentage of the price realized, according to a sliding scale as the value increases. The resale price is defined as the hammer price at auction or the affixed gallery price, both net of commission and applicable taxes. The price must, however, exceed €1000 and the amount of royalty paid on a single transaction is capped at €12.500.

The seller and his agent are jointly liable, but the parties may agree by contract that the purchaser is responsible for paying the Right.

The Directive thoroughly changed legislation in countries like France, where the conditions of the previous ARR had been less restrictive, with no price threshold. It also caused great concern in Britain for a very different reason, as the new law forced upon it is predicted to upset a thriving but highly competitive market in post-World War II art. London is the modern and contemporary artmarket capital of Europe and the British Government argued successfully for the exemptions on heirs' rights in 2006.

The second part of Europe's *droit de suite* is now about to come into effect and to be applied equally in Britain. As ARR will be levied on works by such important artists as Picasso, Matisse and Bacon, the tax could apply to almost half the value of London's huge annual total of fineart sales. In the meantime, a lively debate amongst the actors and bystanders in the art world has ensued.

Opponents of ARR claim that the EU directive puts London at a competitive disadvantage, causing top works of art to be sold in rival markets, where no such tax exists. They also express concern that the tax practically enriches a few wealthy artists and their families, whereas the primary goal was to benefit poor artists or their heirs. The levy in fact discourages art dealers from selling and gallery owners from exhibiting works of emerging or unknown artists and deters buying by modest collectors. Identifying and tracking down rightful heirs can involve considerable administrative costs, which in some cases appear out of all reasonable proportion to the minute sums of money collected and distributed.

Supporters of ARR, on the other hand, argue that since the royalty is capped not many buyers are likely to be deterred from acquiring the most expensive art. According to them, the cost of consigning and shipping a work of art to a foreign country without ARR is often higher than the levy itself. Most of all, to them it seems unfair that sellers should make enormous profits on works by artists who were barely recognized at the time of first sale. A royalty on resale aims to reset the profit balance somewhat, in the same way that licensing the works of writers, composers and performers does.

The issue continues to be disputed. Indeed, the British Art Market Federation has been, and still is, lobbying Her Majesty's Government to put pressure on the European Commission to re-evaluate its position. The latter acknowledges concerns about the negative effects of the tax and has promised to carry out research into possible changes in Britain's art market share over the next two years. Across the Atlantic, meanwhile, the United States Congress has introduced its own bill of *droit de suite*. If it passes, this new step towards a global ARR could mean a fairer playing field for all concerned.

Mathilde DAUMAS CONDOMINES

Sophie DE MAREZ OYENS

Interview

Sophie CANAS

Conseiller référendaire à la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation

Palimpseste : Pouvez-vous nous décrire brièvement votre parcours tant universitaire que professionnel ?

Sophie Canas : Je suis un pur produit universitaire : après une Maîtrise mention « Carrières judiciaires » à Paris I (je me destinais déjà à la magistrature), j'ai suivi un DEA de Philosophie du Droit, l'année même où j'ai préparé le concours de l'ENM. Installée comme magistrat en septembre 2002, j'ai eu la chance de choisir ma première affectation comme juge d'instance à Montreuil, l'intérêt principal de ces fonctions étant la proximité avec le justiciable et la variété du contentieux. Par la suite, j'ai exercé un second poste de juge d'instance au Raincy. Puis, en janvier 2007, j'ai rejoint la 3e Chambre civile du TGI de Paris. C'est alors que j'ai découvert la propriété intellectuelle, ce qui a nécessité de gros investissements car il s'agit d'une matière complexe et variée, mais passionnante, qui présente en outre l'avantage, à Paris, d'avoir un barreau spécialisé. Finalement, j'ai rejoint la Cour de cassation en mars 2011 en tant que conseiller référendaire. J'ai eu la joie de pouvoir poursuivre la propriété intellectuelle car j'ai été affectée à la 1ère Chambre civile qui traite un contentieux large, lequel comprend le droit d'auteur.

P : Ayant exercé au sein du TGI de Paris plusieurs années, que pensez-vous de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit donnant compétence exclusive aux TGI en matière de propriété littéraire et artistique ?

SC : Sur le fond, je suis favorable à la spécialisation car on ne peut avoir un bon niveau de jugement que si les magistrats sont spécialisés. Néanmoins, le Tribunal de commerce avait une vision économique des choses que le TGI n'a pas forcément, en particulier le Tribunal de commerce de Paris qui disposait d'une chambre spécialisée en propriété intellectuelle. En somme, cela me paraît positif notamment pour les justiciables qui sont en attente de magistrats spécialisés donc compétents pour connaître de l'affaire, et cela semble aussi être l'avis du législateur compte tenu des projets de réformes qui vont dans ce sens.

P : A l'aune de cette nouvelle année, quel est le bilan qui peut être dressé pour 2011 en matière de propriété intellectuelle ?

SC : Il y a d'une part ce mouvement de spécialisation des juridictions qui va dans le sens d'un meilleur traitement des affaires. D'autre part, il y a le bilan effectué en 2011 de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon, positif même si quelques ajustements seront nécessaires. Je pense qu'on peut considérer qu'il y a une prise en compte croissante, ces dernières années, des enjeux liés à la propriété intellectuelle non seulement par les acteurs du secteur, mais aussi plus largement par l'ensemble des acteurs économiques et politiques, qui est de nature à faire de la France un vrai pôle de la matière afin qu'elle garde ou retrouve le rang qu'elle doit avoir au niveau européen et international. Enfin, ce qui marque beaucoup la matière en ce moment, c'est l'influence des décisions de la CJUE sur la jurisprudence française : de plus en plus souvent, le juge national est en attente par rapport à ces décisions. Beaucoup sont à citer comme les très marquantes affaires Google ou L'Oréal c/ eBay (CJUE, Gr. ch., 12 juillet 2011).

P : A votre avis, quels seront les enjeux majeurs auxquels la Cour de cassation risque d'être confrontée en 2012 ?

SC : Plusieurs affaires en cours sont particulièrement attendues en 2012. Sans qu'il me soit possible d'entrer dans le détail de chacune d'entre elles, je peux vous indiquer que la Cour de cassation sera amenée à trancher des questions, liées à l'introduction de nouvelles technologies, qui ont fait l'actualité du droit d'auteur ces dernières années, mais aussi des questions plus classiques dont l'intérêt théorique et pratique reste toutefois essentiel pour la construction du Droit de la propriété intellectuelle.

Alexandra CHARNOIS

Lucille JUMEL