




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

Directeur du Master 2 : Professeur Christophe Caron

Sommaire	Éditorial
Éditorial p.1	 <p>Monsieur Gaëtan Cordier, Chargé d'enseignement à l'Université de Paris XII Avocat - <i>Counsel</i> Responsable du Département IP/IT Dewey & LeBoeuf</p> <p style="text-align: center;">La propriété intellectuelle, c'est le vol¹</p>
La chronique du mois p.2/3	
L'arrêt du mois p.4	
Brèves p.5	
Article p.6	
Article p.7	<p>Ce titre emprunté et volontairement provocateur peut paraître étonnant comme éditorial du numéro de transition de Palimpseste entre les promotions 2009 et 2010 du Master II professionnel Droit de la Propriété Intellectuelle Appliquée.</p>
L'interview p.8	<p>Or, c'est pourtant une conception nuancée du concept de propriété intellectuelle qu'il convient peut-être d'avoir à l'esprit. En effet, il nous semble de plus en plus réducteur d'opposer de façon catégorique les "titulaires de droits" aux "autres", les fabricants de princeps aux fabricants de génériques, les responsables d'un réseau de distribution sélective à la grande distribution, etc.</p>
Association LEXPIA	
<u>Directrices de publication</u>	
Emilie BERNA Flore COLNET	<p>Les réalités économiques sont évidemment plus nuancées que ces dichotomies réductrices : les "titulaires de droits", par exemple, se retrouvant également à devoir justifier du caractère non-contrefaisant de tel ou tel signe distinctif ou de telle ou telle technologie ; les "autres" étant également confrontés à défendre leurs actifs incorporels.</p>
<u>Membres du bureau de l'association LEXPIA</u>	
Laetitia LORY <i>Présidente</i>	<p>La propriété intellectuelle est de plus en plus au cœur de notre actualité qui, tour à tour, permet à de nombreuses critiques ou à de (trop) farouches défenseurs des monopoles de se faire entendre, sans toutefois qu'une position nuancée ne trouve sa place dans les colonnes des médias. Au sein de ce même éditorial du mois de février 2006, le Président Girardet se référait ainsi à une "crise de croissance" de notre matière. La situation n'a guère changé depuis.</p>
Marie-Marthe JOST <i>Vice-présidente</i>	<p>Le développement des nouvelles technologies, l'évolution des mentalités et de nos modèles économiques peuvent avoir transformé cette crise de croissance en un état plus pérenne.</p>
Héloïse GASSIN <i>Chargé de communication</i>	
Inès NZEDIEU <i>Trésorière</i>	<p>La formation du Master PIA permettra sans doute à la promotion 2010 d'avoir une base de réflexion complète (c'est-à-dire nuancée) dans leurs futures activités de praticiens ou d'universitaires de cette spécialité complexe tant au niveau juridique qu'économique. Nos vœux les accompagnent dans cette lourde tâche.</p>
Laura TURCAN <i>Webmaster</i>	
Retrouvez Palimpseste sur le site : www.masterpia.com	

¹ Le Monde Diplomatique, Joost Smiers, Septembre 2001

L'avocat – agent : perspectives et interrogations à l'aune du rapport Darrois

Le rapport sur les professions du droit remis en mars dernier par la Commission Darrois, du nom de son président, vise à moderniser la profession d'avocat en lui permettant notamment de se positionner sur de nouveaux marchés¹.

En particulier, la Commission relève que « *le souhait d'une majorité d'avocats de rendre compatible leur profession avec celle d'agent sportif et agent artistique est raisonnable* ». Cette préconisation, passée jusqu'alors plutôt inaperçue², aurait pour effet si elle devait être suivie d'effets de modifier profondément l'organisation et le fonctionnement de ces professions, non sans une certaine crainte des milieux concernés.

Une telle réforme profiterait surtout aux avocats en leur permettant d'exercer au grand jour une activité que les règles déontologiques contraignent à la clandestinité jusqu'à présent. L'examen de la compatibilité entre le métier d'avocat et celui d'agent requiert une approche sectorielle, ce dernier recoupant en réalité plusieurs professions dont le rapport Darrois ne se fait que partiellement l'écho.

En effet, aux côtés de l'agent sportif dont la principale tâche consiste à mettre « *en rapport les parties intéressées à la conclusion d'un contrat relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive* »³ et qui fait l'objet jusqu'à présent de la plus grande attention normative (I), l'on trouve l'agent littéraire (II) et l'agent artistique (III), ce dernier étant incontestablement soumis à la réglementation la plus stricte même si le rapport Darrois va dans le sens d'un assouplissement de ces règles ; son homologue littéraire en revanche fait figure de « parent pauvre » du droit, soumis à des règles essentiellement prétoriques. Tous deux pourtant se voient assignés la même tâche : faire fructifier au mieux les droits de propriété intellectuelle des « talents » représentés.

I. L'avocat-agent sportif, une compatibilité consacrée ?

Le 17 mars dernier, le Conseil de l'ordre des avocats a adopté un nouvel article P 6.2.03 du règlement intérieur du barreau de Paris modifié en séance du Conseil le 6 juillet 2009, énonçant que l'avocat peut être agent sportif : « *Avant d'exercer l'activité d'agent sportif, l'avocat doit en faire la déclaration au bâtonnier. Il est tenu au sein de l'Ordre un registre des avocats agents sportifs. Dans son activité d'agent sportif, l'avocat reste tenu de respecter les principes essentiels et les règles du conflit d'intérêts* ». Le Conseil a été informé, à cette occasion, du projet de loi élaboré par les services de la Chancellerie consacrant la faculté pour l'avocat d'exercer l'activité accessoire d'agent sportif, et prévoyant en

substance la soumission de l'avocat à la discipline de son Ordre et non à celle des fédérations sportives pour cette nouvelle activité, ainsi que l'obligation de plafonnement de ses honoraires à 10% de l'intérêt financier du contrat négocié pour son mandant, le joueur professionnel.

Ce projet serait donc concurrent d'une proposition de loi visant à encadrer la profession d'agent sportif, déposée au Sénat le 6 mai 2008 et qui prévoit que « *Nul ne peut obtenir ou détenir une licence d'agent sportif s'il exerce la profession d'avocat* ».

Rappelons que l'article 3 du règlement FIFA sur les agents de joueurs énonce que « *l'activité d'agent de joueurs ne peut être exercée que par des personnes physiques, licenciées à cette fin par l'association concernée* », tout en prévoyant une exemption à l'article 4 selon laquelle « *un avocat légalement habilité à exercer conformément aux règles en vigueur dans son pays de résidence peut représenter un joueur ou un club lors de la négociation d'un transfert ou d'un contrat de travail* ».

Mais le droit français diffère et prévaut sur cette règle, « *eu égard à l'absence d'effet direct dans l'ordre juridique interne de la réglementation édictée par une fédération sportive internationale* ». Il convient donc, en l'état actuel de la réglementation, d'appliquer l'article L. 222-6 du Code du sport : « *toute personne exerçant à titre occasionnel ou habituel, contre rémunération, l'activité consistant à mettre en rapport les parties intéressées à la conclusion d'un contrat relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive doit être titulaire d'une licence d'agent sportif* ». Il n'est pas question pour l'instant d'une exemption légale au profit des avocats. L'exercice illégal de la profession d'agent sportif est d'ailleurs un délit pénal sanctionné d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. La licéité du cumul avocat–agents sportif est donc sujette à une certaine précarité, et seule une loi serait à même de consolider cette compatibilité.

II. L'avocat-agent littéraire, une exclusion délibérée ?

Le texte du Rapport Darrois est muet sur la possibilité pour un avocat d'exercer conjointement la profession d'agent littéraire ; il ne se prononce qu'en faveur de l'agent sportif et de l'agent artistique. Deux explications sont envisageables : soit, pour des raisons sectorielles, la Commission n'a pas entendu étendre le cumul à cette profession, soit elle l'a incluse sous le vocable générique d' « agent artistique ».

Pourtant, en fait comme en droit, ces deux professions sont clairement distinctes. L'agent littéraire assiste et

représente son auteur selon les règles du mandat dans la recherche d'éditeurs, dans les phases de négociation/ conclusion de contrats d'édition au sens large, et en fin au cours de leurs exécutions.

Sur le plan juridique, ainsi que l'a très justement souligné un auteur, et contrairement à l'agent artistique dont l'activité est réglementée, « *les pouvoirs, droits et obligations de l'agent littéraire procéderont essentiellement de l'accord de volontés entre les parties, le cas échéant interprété, complété, voire corrigé par les juges* ». En pratique, au-delà du simple mandat, le rôle de l'agent littéraire ne se limite pas à conclure des contrats et à veiller à leur bonne exécution ; bien souvent, il sera également le premier lecteur de son auteur ; dans l'hypothèse où il serait porté atteinte aux droits et intérêts de ce dernier, l'agent, de par sa connaissance de la réglementation en vigueur, assure efficacement l'interface entre l'auteur et son avocat. Mais l'on comprend que si l'avocat était autorisé à empiéter sur les plates-bandes de l'agent, la réciproque serait beaucoup plus rare dans la mesure où la profession d'avocat est réglementée, ne serait-ce que par les diplômes requis.

Se pose également la question de la rémunération à laquelle pourrait prétendre l'avocat-agent : en pratique, le taux de commission de l'agent oscille entre 10% et 25% selon l'ampleur de ses prestations : un tel montant, s'il venait en sus de ses honoraires, ne serait-il pas contraire au principe de modération qui s'impose à tout avocat ?

Ce seul aperçu des difficultés pratiques qu'engendrerait un cumul souligne l'impérieuse nécessité de procéder à toute réforme en ce sens par la voie législative et réglementaire.

III. L'avocat-agent artistique, un traitement différencié ?

L'activité de l'agent artistique est définie à l'article L 7121-9 du Code du travail, et consiste en un « *un placement des artistes du spectacle [...] à titre onéreux* ».

Cette définition ne recouvre que partiellement la réalité dans la mesure où de plus en plus d'auteurs ont désormais recours à un tel agent (scénaristes, réalisateurs) ; l'agent artistique aura alors pour fonction de les représenter auprès d'employeurs ou de cessionnaires de leurs droits potentiels.

Cette profession fait l'objet d'une réglementation particulière dans le Code du travail (Article L 7121-9 et s.). Son exercice est subordonné à l'octroi d'une licence qui peut être délivrée à une personne physique ou morale, et la rémunération de l'agent ne peut excéder au total 10% de celle de l'artiste. De plus, elle est soumise à un certain nombre d'incompatibilités prévues à l'article L 7121-12 du Code du travail, telles que artiste du specta-

cle, producteur de film ou bien encore éditeur de musique.

Mais surtout, l'article L 7121-11 précise que cette activité « *présente un caractère commercial au sens des dispositions du Code de commerce* » ; dès lors, en l'état actuel de la réglementation, comment envisager un cumul de cette activité avec la profession d'avocat, dans la mesure où l'article 111 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat prévoit expressément que cette dernière est incompatible « *avec toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personnes interposées* » ? Ou l'on voit que ce cumul, souhaité par beaucoup, ne peut s'envisager sans une profonde refonte des règles de déontologie de l'avocat, ce qui explique sans doute également que le Conseil de l'ordre ne se soit pas encore prononcé en faveur d'une telle compatibilité.



Charles Bouffier

L'arrêt du mois

La qualification juridique du jeu vidéo : un nid d'incertitudes

Depuis les arrêts Atari, la protection par le droit d'auteur ne peut être refusée aux jeux vidéo mais se pose alors la question de la qualification juridique de ces créations : la jurisprudence majoritaire semblait opter pour une qualification logicielle ce qui est remis en cause par un arrêt de la **Première chambre civile de la Cour de Cassation en date du 25 juin 2009**.

La controverse portait ici sur la musique. La société Cryo a intégré dans ses jeux diverses compositions musicales d'auteurs adhérents à la SACEM (dont les prérogatives sont déléguées à la SESAM pour les exploitations multimédia).

La société n'a jamais demandé d'autorisations ni payé de redevances. La SESAM a donc saisi le Tribunal de grande instance. L'ancien dirigeant de la société (aujourd'hui liquidée) contestait la créance réclamée quant à son montant et dans son principe même invoquant des dispositions propres à l'audiovisuel, au logiciel et à l'œuvre collective. La Cour d'appel de Paris, le **20 septembre 2007**, rejetait la qualification d'œuvre audiovisuelle ou logicielle pour reconnaître le statut d'œuvre multimédia. Un pourvoi est formé devant la Cour de cassation pour faire reconnaître les jeux vidéo comme des logiciels.

Si le jeu vidéo dans son ensemble est considéré comme un logiciel, la société aurait bénéficié de l'**article L131-4 5° du Code de la Propriété intellectuelle** qui prévoit qu'une rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement. Cela est rejeté par la Cour de cassation qui qualifie le jeu vidéo d'œuvre complexe et soumet la musique y étant intégrée à l'autorisation de la SESAM.

La Première chambre civile confirme la qualification retenue en appel d'œuvre multimédia réfutant ainsi celle de logiciel, qui lui paraît trop réductrice, en énonçant « *qu'un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci* ».

Cette position détonne au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui estimait que les jeux vidéo sont, de façon unitaire, des logiciels : citons l'arrêt Midway de la Chambre criminelle du 21 juin 2000 ainsi qu'un arrêt de la Première chambre civile du 27 avril 2004.

D'après la Cour de cassation, « *chacune des composantes (de l'œuvre) est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature* ».

Ce raisonnement permet d'attribuer aux créations vidéoludiques une qualification composite. Ainsi, la partie programmation informatique du jeu reste soumise au régime du logiciel alors que les compositions musicales obéissent à leurs propres règles.

Pour la Cour d'appel de Paris, dans le cas d'espèce « *la musique ne se fonde pas dans l'ensemble que constitue le jeu vidéo* ». Les joueurs peuvent sélectionner l'option sans musique et elle n'est pas indispensable au déroulement du jeu : il s'agit donc d'un élément juxtaposé.

Or, si la musique est, dans les jeux du présent litige, séparable de ceux-ci, il n'en est pas toujours ainsi : dans certains jeux la musique tient une place essentielle (Guitar Hero...). La solution dégagée par la Cour de cassation pourrait-elle être applicable à

de tels jeux ou en matière de bruitages ? La situation des compositeurs musicaux semble être étendue par la Première chambre civile à toutes les personnes ayant collaboré à la réalisation du jeu vidéo par des apports originaux et non confondus avec le jeu. Se dirige-t-on vers une juxtaposition des régimes applicables à un même jeu ?

L'arrêt commenté, en allant à l'encontre de la conception unitaire, qui prévalait jusqu'à présent, accroît le rôle des sociétés de gestion collective et les incertitudes juridiques existantes dans ce secteur.

L'éditeur doit obtenir l'accord des auteurs et des sociétés de gestion collective. Les contrats passés avec les auteurs prévoyaient ici des rémunérations fixes et la réservation des droits conférés aux sociétés de gestion collective concernées. Cela n'exonérerait pas la société Cryo des obligations qu'elle avait pour la reproduction des œuvres concernées sur supports multimédia. La rémunération directe des auteurs ne suffit pas, il faut payer les redevances correspondantes à la société de gestion collective. Les créances de la SESAM résultant de la reproduction non autorisée des œuvres doivent donc être admises au passif de la liquidation judiciaire de la société.

Les effets d'une telle qualification pour les acteurs du secteur vidéoludique sont difficilement évaluables, on peut toutefois affirmer qu'elle ne sera pas neutre en matière de gestion du risque juridique. Incontestablement, le jeu vidéo est protégé par le droit d'auteur est mais son caractère complexe rend difficile la mise en œuvre de cette protection. Cet arrêt apporte sa pierre à l'édifice en retenant une qualification pluraliste, distributive où chaque élément du jeu se voit appliquer le régime qui lui est propre.

Il s'agirait alors de cumuler sur une même œuvre plusieurs régimes. L'inconvénient d'une telle solution est qu'il est souvent ardu d'identifier les diverses composantes d'un jeu et les régimes adéquats. Enfin, la superposition des régimes complique l'exploitation de l'œuvre. En effet, certains éléments (sonores, graphiques...) peuvent avoir une place et donc une qualification différentes selon les jeux voire au sein d'un même jeu vidéo.

Toutes ces incertitudes trahissent qu'il est nécessaire que la loi clarifie le régime applicable à ce nouveau loisir.



Johanna Dong

Brèves

Robinson contre Robinson ou le triomphe de David contre Goliath

Si Robinson Crusoe est le *premier roman* écrit en *anglais*, son pendant animé, Robinson Curiosité n'est pas la première victime de plagiat.

Par un jugement de 240 pages, la Cour supérieure de Montréal a condamné pour plagiat, le 26 août 2009, une dizaine de personnes dont les producteurs reconnus Christophe Izard et Christian Davin et les géants de l'audiovisuel pour enfants que sont Cinar, France Animation, Ravensburger et RTV Family Entertainment. Ceux-ci devront verser 5,2 millions de dollars canadiens (4,6 millions de dollars américains) au dessinateur québécois Claude Robinson et lui remettre tous les exemplaires de « *Robinson Sucroë* », originaux, dessins pour destruction. Dans les années 80, le demandeur avait présenté un projet de série télévisée pour enfants intitulé « *Les aventures de Robinson Curiosité* » (adaptation libre du roman de Daniel Defoe) à divers diffuseurs et producteurs dont Cinar et France Animation mais en vain. Or, en 1995, Claude Robinson reconnaît son œuvre à la télévision en voyant « *Robinson Sucroë* ». Ce dessin animé a été diffusé dans l'Hexagone ainsi que dans une centaine de pays. Par ailleurs, le générique du dessin animé annonce une idée originale de Christophe Izard, directeur artistique de France Animation et accessoirement producteur de Casimir. L'auteur intente donc une action qui aboutira 14 ans plus tard, après de multiples rebondissements, à la condamnation des intimés. En effet, la Cour, présidée par le juge Auclair, déclare que *Robinson Curiosité* est une œuvre protégée, que les droits exclusifs de son auteur ont été violés par les défendeurs. Elle reconnaît que les personnages de cette œuvre ont été repris « *substantiellement* » dans « *Robinson Sucroë* » car même si l'histoire en tant que telle ne présente pas de points communs significatifs, les principaux personnages, de multiples scènes et des dessins présentent des similitudes substantielles. La justice n'est pas indulgente à l'égard des défendeurs (Cinar entre autres) ; elle qualifie la conduite de cette société « *d'immorale et de souvent illégale* », n'éprouvant pas de scrupules à frauder les autorités. Un stratagème de prête-noms interne à cette entreprise, par lequel Christophe Izard aurait touché illégalement certains droits d'auteurs, avait notamment été mis en lumière. La BBC, incluse dans la plainte de Claude Robinson, qui n'avait fait que diffuser en toute bonne foi le dessin animé, est mise hors de cause. Christophe Izard a d'ores et déjà annoncé qu'il allait interjeter appel mais on ignore si Cinar et les autres sociétés productrices porteront ce jugement en appel. **J.D**

Google books : un projet révolutionnaire controversé

Le 7 octobre prochain, le Tribunal de New York se prononcera sur l'accord signé entre Google et les auteurs et éditeurs américains. Cet accord amiable proposé par le géant de la recherche sur Internet à la suite du procès initié par deux associations américaines, prévoit la conclusion de partenariats avec les grandes bibliothèques lesquels permettraient la numérisation avec possibilité de traduction automatique depuis le 27 août dernier, de nombreux ouvrages épuisés y compris ceux encore protégés par le droit d'auteur américain. 63% des recettes générées par la publicité, par la vente d'abonnements au service Google books ou encore par la vente de livres individuels, seront reversés aux ayants droit.

Le projet qui constituerait un véritable tournant pour le monde de l'édition ne fait pourtant pas l'unanimité. Si Sony a récemment choisi de s'allier à Google en vue de développer ses « *readers* » (lecteurs de livres électroniques) l'Open Book Alliance compte bien faire barrage au projet de la société de Mountain View. Cette coalition d'intérêts composée des trois géants des technologies, Microsoft, Yahoo ! et plus récemment Amazon, pointe

du doigt le risque que cet accord permette à Google d'outrepasser les droits d'auteurs, notamment les droits de reproduction, en proposant des services tels que des liens sponsorisés ou la vente en ligne d'ouvrages. Ces professionnels craignent également que le projet confère au moteur de recherche un avantage voire un monopole de fait sur le marché des liens sponsorisés et de la vente de livres numériques. De leur côté, les sociétés de gestion collective européennes mobilisent leurs membres en les informant que Google sera en mesure de continuer à exploiter les œuvres alors que leurs créateurs n'obtiendront plus aucun paiement.

Selon les professionnels de l'édition d'outre-Rhin, concernant les ouvrages toujours protégés par le droit d'auteur, la publication ou non d'une œuvre doit encore relever du choix de son créateur.

Quant à la France, la bibliothèque nationale François Mitterrand a choisi son camp : elle est en voie de confier d'ici quelques mois, la numérisation d'une partie de son fonds au géant américain. **L. T**

L'inter-compatibilité des « œuvres libres », la création collaborative en jeu

Aujourd'hui, un nombre croissant d'auteurs choisit de libéraliser l'accès juridique aux créations en diffusant ces dernières sous les licences dites « libres » ou « ouvertes ».

Ceci est supposé notamment encourager la création collaborative par la mise en commun des divers contenus libres. Pourtant, l'objectif trouve parfois à être compromis. La multiplication des licences libres depuis l'élaboration de la première d'entre elles – la GNU-GPL – rend en effet certains contenus incompatibles entre eux. C'est qu'il est un principe fondamental présidant au système de ces licences, le *principe du partage à l'identique*. Autrement dit, si une œuvre diffusée sous licence ouverte peut être exploitée par tout un chacun, c'est à la condition qu'elle le soit dans les termes stipulés à la licence originelle. Créer une tierce œuvre dérivée à partir de deux œuvres libres diffusées respectivement sous des licences incompatibles, devient dès lors impossible. Aussi, certaines licences s'imposent naturellement comme des modèles lorsque d'autres, parce que peu utilisées, sont oubliées.

En guise d'illustration, depuis 2001, les contenus de Wikipédia étaient diffusés sous licence *GNU Free Documentation licence* (GFDL). Cette dernière n'étant quasiment pas utilisée ailleurs, ce qui conséquemment empêchait l'incorporation d'œuvres libres extérieures au sein de l'encyclopédie, le conseil d'administration de la Fondation Wikimedia a opté pour la licence *Creative Commons paternité-partage à l'identique* (CC-BY-SA), largement plus répandue. Ainsi, depuis le 15 juin 2009, les articles de Wikipédia sont diffusés sous licence CC-BY-SA, ce qui permettra de jouer plus efficacement le jeu de la mise en commun des créations. **C. M**



Johanna Dong



Laura Turcan



Charles Masson

Le droit d'auteur dans le monde virtuel de Twitter

En pleine explosion depuis 2007, le site de réseau social Twitter est depuis quelques temps passé au crible par les spécialistes de la propriété intellectuelle. La question au cœur de tous les esprits est simple : les micro-messages (« tweets ») du site de microblogging libre peuvent-ils être protégés par le droit d'auteur ?

I. Retour sur la création d'un phénomène

Twitter a été créée en 2006 à San Francisco par Noah Glass et Evan Williams. Le concept initial était de permettre aux utilisateurs de décrire leur activité en temps réel par SMS. Toutefois, le service s'est progressivement élargi à une utilisation par ordinateur, permettant ainsi aux internautes de « bloguer » grâce à des messages courts de 140 caractères maximum. La subtilité de ce site par rapport à d'autres réseaux sociaux - et ce qui en fait également son succès - est de permettre par le mécanisme du « retweet » de copier et de publier sans autorisation les tweets d'autrui grâce à un lien avec le profil d'origine.

L'intérêt de Twitter est de faire circuler et d'avoir accès à l'information bien plus rapidement que par le biais des médias traditionnels. Il est alors devenu un vecteur de communication et de mobilisation très efficace dans des temps forts tels que la crise iranienne, ou au cours de l'élection présidentielle américaine de 2008.

Twitter est ainsi devenu celui dont tout le monde parle. Les journaux d'informations tels que CNN ou BBC l'utilisent pour envoyer des flashes d'information, les stars pour faire leurs promotions, et un écrivain américain qui n'avait trouvé aucun éditeur pour son premier roman l'a publié sur Twitter, 140 caractères par 140 caractères.

II. L'émergence d'une polémique

Au moment où l'usage de ce service explose, une discussion s'est engagée au sein des spécialistes américains afin de tenter de déterminer la protection qu'il convenait de conférer aux tweets. Que se passerait-il par exemple si un tiers décidait de reproduire un micro-message et de le diffuser ? Quelle sanction serait-elle infligée à ce dernier ?

Pour répondre à cette épineuse question, il convient dans un premier temps de se pencher sur les conditions d'utilisation du site. La lecture de la mention légale permet alors de s'apercevoir que Twitter ne revendique aucun droit de propriété intellectuelle sur les contenus produits par les utilisateurs du service. Twitter encourage cependant les utilisateurs à placer leurs productions sous licences libres afin de favoriser leur réutilisation. Le site paraît donc reconnaître qu'on peut « copyrighter » un tweet.

Partageant la même vision dans son article intitulé « *Internet et son potentiel démocratique* » publié le 21 août 2009 sur le journal *Le Monde*, Franck Louvrier, conseiller en communication du président de la République Nicolas Sarkozy, souligne que « *ce qui menace Twitter, c'est moins la censure que la contrefaçon, la copie, en somme, le faux.* ». Celui-ci ajoute même, quelques lignes plus loin, que « *l'œuvre d'art a cela de commun avec le témoignage sur Twitter qu'elle exprime le point de vue sur le monde d'une individualité originale.* ».

En employant le terme « contrefaçon », l'homme politique se place donc sur le terrain de la propriété intellectuelle. En outre, il assimile les micro-messages du site de réseau social à des œuvres de l'esprit et semble leur revendiquer une protection par le droit d'auteur.

Pour revenir à plus d'orthodoxie et parvenir à déterminer le statut juridique des tweets, le Code de la Propriété intellectuelle est, de manière sûre, le meilleur guide. Il fixe en effet un certain nombre de critères pour qu'une création puisse bénéficier de la protection du droit d'auteur.

Dans ce cadre, il semble, en premier lieu, que la brièveté des tweets ne soit pas un indice quant à leur protection. Comme le souligne le CPI, ni le genre, ni le mérite, ni la forme d'expression ou la destination ne sont pris en compte. Ainsi, un titre peut être protégé, de même qu'un bref poème par exemple.

Pour bénéficier de la protection, une création doit également remplir les conditions cumulatives de l'originalité et de la mise en forme. Et c'est là que le bas blesse !

Les tweets étant la plupart du temps de simples faits bruts, ou bien des éléments d'information, il n'est pas certain que l'on retrouve au sein de ces contenus l'empreinte personnelle de leurs auteurs. Ceux-ci se contentent bien souvent de synthétiser dans l'espace qui leur est imparti, une simple discussion non appropriable par le droit d'auteur. Néanmoins, que faire des tweets un peu plus rares mais bien présents, qui sont de véritables créations originales ? Quel statut juridique pour les micro-messages de cet écrivain qui s'essaye à la rédaction d'un livre portant bien l'empreinte de sa personnalité ?

Passé la condition d'originalité, il convient de se pencher un instant sur la mise en forme des tweets.

Le droit d'auteur ne protège pas les idées, les concepts, les créations non « concrétisées ».

Dans ce cadre, il convient de se plonger dans le site pour se rendre compte que la plupart des contenus sont de type discursif et demeurent de simples idées dont le but est d'aboutir à une communication instantanée. Mais là encore, il n'est pas possible d'être aussi péremptoire. De nombreux contenus semblent assez mis en forme pour pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur.

Pourtant, l'idée de protéger les tweets par le droit d'auteur peut choquer. Tout d'abord, comme nous l'avons vu, la plupart des micro-messages ne satisfont pas aux conditions d'application de notre CPI. En outre, reconnaître aux contenus de Twitter le statut d'œuvres protégeables pourrait s'avérer dangereux. Cela reviendrait en effet à protéger des informations qu'on ne doit pas monopoliser, des faits bruts que nous aurions pu formuler à l'oral dans une discussion alors que celle-ci ne serait pas protégeable. Cela reviendrait également à limiter la réutilisation des contenus de Twitter aux exceptions prévues par le droit d'auteur. Or, comment faire une courte citation d'un tweet de 140 caractères ? Il n'est pas sûr que le très classique droit d'auteur à la française soit réellement adaptable aux contenus d'un emblème du web 2.0 tel que Twitter.



Emilie Berna



Flore Colnet

Tableaux de concordance : une pratique commerciale rigoureusement sanctionnée en droit des marques

La chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 30 Juin 2009, est venue confirmer la décision de la Cour d'Appel de Pau statuant sur une contrefaçon de marques et de dessins et modèles à l'encontre des prévenus.

À l'aune de cette condamnation, il est fait état d'une pratique qui consiste à soumettre aux clients potentiels -dans des boutiques, des centres commerciaux ou des étals- des tableaux indiquant que tel produit identifié sous tel numéro présente les mêmes caractéristiques que le produit d'une marque connue, par définition. Cette technique, qui à l'origine à vocation à s'illustrer dans le domaine de la parfumerie tend à se répandre -comme en l'espèce- dans d'autres secteurs d'activités. Notons, que si cette hypothèse se rapproche de celle consacrée à l'article L 713-2 a/ du CPI qui prévoit que « *sont interdits, sauf autorisation du propriétaire : la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : « formule, façon, système, imitation, genre, méthode... »* » ; elle s'en distingue et doit donc s'apprécier de manière autonome.

Revenons sur les faits de l'espèce. La société Camille et Lucie, créée en 2001, revend sur le territoire français via un réseau de magasins franchisés des bijoux fantaisie en provenance de Chine. Le contrôle mené, en décembre 2004, par les agents de la DGCCRF a permis de mettre en évidence la technique de vente usitée par la société Camille et Lucie. Cette dernière avait établi des tableaux de concordance entre le numéro affiché des bijoux fantaisie et les bijoux de grandes marques de joaillerie telles que Chanel, Cartier, Hermès, Dior, Hermès... à destination des revendeurs.

À première vue, l'arrêt s'inscrit dans un courant jurisprudentiel bien établi. Toutefois, une analyse plus poussée de la décision met en évidence une protection renforcée du droit des marques.

Dans un premier temps, pour sanctionner la réalisation de tableaux de concordance, la jurisprudence, constante et unanime, se cantonnait à constater un usage illicite de la marque conformément aux dispositions de l'article L 713-2 a/ du CPI. Pour exemple, on peut citer un arrêt en date du 20 mars 1989, dans lequel la chambre criminelle de la Cour de Cassation confirme la décision de la cour d'appel qui, pour condamner la société BR Diffusion d'usage illicite de marques appartenant à la SA parfums Dior se borne à relever l'emploi de tableaux de « *généalogie* ». Ou encore, dans un arrêt en date du 2 février 1988, cette même cour va considérer de manière explicite que la cour d'appel a « *exactement retenu que l'utilisation d'un tableau de concordance pour les parfums constituait un usage illicite de marques* ». Notons que la destination des tableaux n'était pas prise en compte dans la caractérisation de l'acte de contrefaçon. Ainsi, la reconnaissance - comme en l'espèce - d'un acte de reproduction, c'est-à-dire, une apposition matérielle du signe protégée sur les tableaux n'est pas toujours automatique. Cette mainmise de la Cour de Cassation sur chacune des étapes du procédé reflète une volonté de sa part de sanctionner cette pratique et parallèlement, elle décourage d'éventuels concurrents qui seraient tentés de s'illustrer dans ce domaine.

Par ailleurs, il est intéressant de soulever qu'en présence de tableaux de concordance, ni la jurisprudence Hölterhoff qui considère que « *L'article 5, paragraphe 1, de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, doit être interprété en ce sens que le titulaire d'une marque ne peut pas invoquer son droit exclusif lorsqu'un tiers, dans le cadre de tractations commerciales, révèle que le produit provient de sa propre fabrication et n'utilise la marque en cause qu'à la seule fin de décrire les propriétés spécifiques du produit qu'il propose, si bien qu'il est exclu que la marque utilisée soit interprétée comme se référant à l'entreprise de provenance dudit produit.* » - comme l'a justement indiqué la cour d'appel -, ni le fait d'invoquer une « *tendance* » ou une « *inspiration* », ne peuvent constituer des éléments de nature à induire l'absence d'atteinte au droit des titulaires de marques.

En second lieu, la Cour de Cassation va jusqu'à reconnaître que les tableaux de concordance créent un risque de confusion dans l'esprit du public. Pour ce faire, d'une part, la Cour se fonde sur la motivation de la cour d'appel qui peut être (sur ce point) sujette à discussion quant à son sens exact. D'autre part, elle vise l'article L 713-2 a/ du CPI au soutien de sa décision. Or, cet article ne concerne que l'hypothèse de l'usage d'un signe identique à la marque pour désigner des produits ou services identiques ; où l'atteinte à la marque peut être retenue indépendamment de toute preuve de l'existence d'un risque de confusion. En effet, le constat d'un risque de confusion est nécessaire dans les cas où un signe identique à la marque est utilisé pour des produits ou services similaires, ou un signe similaire pour des produits ou services identiques ou similaires comme le prévoit l'article L 713-3 du CPI. Par conséquent, la simple constatation des actes matériels de reproduction et d'usage aurait suffi pour prononcer à l'encontre des prévenus une contrefaçon de marques. Pourtant, la Cour de Cassation, alors qu'elle n'y était pas contrainte, pour rejeter le pourvoi ajoute que « *la cour d'appel a légalement caractérisé conformément à l'article L 713-2 a/ du CPI l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public ...* ».

Enfin, un dernier point mérite notre attention. Cette pratique en principe, exclut la confusion sur l'origine puisque, les produits proposés à la clientèle sont présentés comme ne provenant pas des titulaires des marques. Dès lors, on doit considérer qu'il y a pas d'atteinte à la fonction essentielle de la marque qui n'est autre que de garantir aux consommateurs l'identité d'origine du produit. Pourtant, en l'espèce, la Cour de Cassation retient que le risque de confusion dans l'esprit du public porte atteinte « *aux fonctions* » de ces marques.

En égard au récent arrêt rendu par la CJCE, en date du 18 juin 2009, la Cour de Cassation n'a pas tardé à mettre en application les principes de primauté du droit communautaire et d'interprétation conforme.

En effet, la CJCE, saisi d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 5§1 a) 89/104 de la directive du 21 décembre 1988 et l'article 3 bis § 1 de la directive 84/450 du 10 septembre 1984 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, est venue statuer sur la licéité de la pratique des tableaux de concordance. Considérant que ces tableaux constituent une publicité comparative illicite, elle juge que le titulaire d'une marque est habilité à en interdire l'usage par un tiers, alors même que cet usage ne porte pas atteinte à la fonction essentielle de la marque (garantir l'origine du produit). Pour cela, la Cour précise que, ledit usage doit porter atteinte aux autres fonctions de la marque comme celle consistant à garantir la qualité du produit ou du service, ou celles de communication, d'investissement ou de publicité.

Force est de constater, tant au niveau national que communautaire, la force du droit des marques face à certaines pratiques commerciales douteuses.



Inès Nzedieu

L'Interview



Audrey Yayon-Dauvet

Directrice juridique propriété intellectuelle du groupe Pernod Ricard

Palimpseste : Quel est votre parcours ?

J'ai suivi un cursus universitaire classique, à Paris XII puis Paris II, où j'ai intégré le 3ème cycle de Propriété Industrielle de Georges Bonet, après un stage qui m'a convaincue de poursuivre dans cette voie, au sein d'un cabinet de CPI à Paris. Je suis par ailleurs diplômée de Sciences Po Paris. Après avoir passé le Barreau de Paris, j'ai exercé la profession d'avocat pendant 9 ans, essentiellement dans le département Propriété Intellectuelle du cabinet international Bird & Bird. Puis j'ai rejoint le Groupe Pernod Ricard en 2007 en qualité de Directeur de la Propriété Intellectuelle.

P : Quelles sont vos fonctions au sein de l'entreprise ?

Je dirige et coordonne 6 pôles régionaux de spécialistes en PI, soit une équipe de 25 personnes, représentant 10 nationalités au total. Chacun de ces pôles, présents sur plusieurs continents (USA, France, GB, Suède, Australie), gère des portefeuilles de marques -le Groupe Pernod Ricard en détient plus de 26.000- couvrant près de 180 pays, ainsi que les droits d'auteur, dessins, modèles, noms de domaine... Outre la partie administrative (dépôts, renouvellements, oppositions...), chaque pôle est en charge des contentieux et occupe la fonction de conseil interne, au quotidien, des opérationnels. Par exemple, les campagnes publicitaires sont revues et validées par l'équipe de PI, qui gère aussi les accords de licence, de sponsoring, d'endorsement... Je travaille au quotidien avec chacun, consacrant aussi une large partie de mon temps à des projets globaux (définition de chartes internes communes à tout le Groupe, lutte anti-contrefaçon en Chine par exemple) et aux dossiers sensibles, tels que ceux impliquant la marque de rhum cubain Havana Club aux USA

J'appartiens également au comité interne en charge d'assurer la bonne application des lois sur la publicité en faveur des boissons alcooliques (telles que la loi Evin) et de nos règles internes sur la consommation responsable.

P : Menace des sites communautaires comme Facebook et Myspace pour Pernod Ricard ?

Les sites de réseaux sociaux sont depuis quelques années en pleine expansion. Twitter, Facebook ou encore MySpace, tous rassemblent des millions d'utilisateurs qui,

sans en être nécessairement conscients, peuvent constituer une réelle menace pour des grands groupes tels que Pernod Ricard.

La première problématique à laquelle nous avons dû faire face est celle des comptes d'utilisateurs qui utilisent nos marques. Face à ces cas de cybersquatting de plus en plus fréquents, nous avons réagi en engageant diverses actions. De plus, les sites de partage vidéos représentent également un risque important pour nous. En effet, certains contenus mis en ligne sur ces sites par certains utilisateurs peuvent faire l'apologie d'une consommation excessive d'alcool. Nous rencontrons de ce fait des problèmes avec la Loi Evin, et essayons également de lutter contre ces phénomènes qui vont à l'encontre de la consommation responsable prônée par Pernod Ricard.

P : Quelle est la dernière jurisprudence qui vous ait marquée ?

Une décision très attendue par les juristes en droit des marques a été rendue le 18 juin dernier par la CJCE, dans une affaire L'Oréal c. /Bellure, permettant d'éclaircir la notion d'atteinte à la marque de renommée en droit communautaire. Cet arrêt est ainsi venu compléter la décision Intel/CPM du 27 novembre 2008. En l'espèce, L'Oréal et certaines de ses filiales, titulaires de marques de parfums, ont introduit une action en contrefaçon de marque et en atteinte à leurs marques de renommée à l'encontre de diverses sociétés anglaises qui commercialisaient au Royaume-Uni des imitations de ces parfums de luxe en utilisant des tableaux de concordance. Le litige a finalement été porté devant la CJCE qui a conclu que « le profit résultant de l'usage par un tiers d'un signe similaire à une marque de renommée est tiré indûment par ce tiers desdits caractères distinctif ou renommée lorsque celui-ci tente, par cet usage de se placer dans le sillage de la marque de renommée afin de bénéficier du pouvoir d'attraction, de la réputation et du prestige de cette dernière, et d'exploiter, sans compensation financière, l'effort commercial déployé par le titulaire de la marque pour créer et entretenir l'image de celle-ci ». Ainsi, alors que l'arrêt Intel avait souligné la nécessité de rapporter la preuve d'une modification du comportement économique du consommateur dans le cas d'une action fondée sur le préjudice porté à une marque de renommée, la décision L'Oréal c. / Bellure ne l'exige pas dans le cas du profit indûment tiré de la marque de renommée. Cet arrêt de la CJCE est particulièrement pertinent pour les titulaires de marques de renommée qui engagent des actions contre les « look-alikes ». Parmi eux, figure le Groupe Pernod Ricard, propriétaire de marques telles qu'Absolut, Chivas Regal, Mumm, Ricard ou encore Malibu.



Emilie Berna



Flore Colnet