



HAL
open science

Le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle

Quentin Amat

► **To cite this version:**

Quentin Amat. Le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Droit. Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne - Paris 12, 2022. Français. NNT : 2022PA120001 . tel-03662401

HAL Id: tel-03662401

<https://theses.hal.science/tel-03662401v1>

Submitted on 9 May 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE « ORGANISATIONS, MARCHÉS, INSTITUTIONS »

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Est Créteil

Droit

Quentin AMAT

**LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ
EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Soutenue le 21 janvier 2022

Président du Jury :

Monsieur Christophe CARON, Professeur à l'Université Paris-Est-Créteil

Directrices de recherche :

Madame Marie-Élodie ANCEL, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Madame Maïté GUILLEMAIN, Maître de conférences à l'Université Paris-Est-Créteil

Rapporteurs :

Madame Alexandra BENSAMOUN, Professeure à l'Université Paris-Saclay (Évry)

Monsieur Alexandre ZOLLINGER, Maître de conférences HDR à l'Université de Poitiers

Suffragants :

Madame Peggy DUCOULOMBIER, Professeur à l'Université de Strasbourg

Monsieur Alain GIRARDET, Conseiller honoraire à la Cour de cassation

L'Université Paris-Est-Créteil n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	11
§ 1 : Un principe dépendant de son contexte, aux sources et applications diverses	12
§ 2 : Un principe au cœur du débat juridique et du droit de la propriété intellectuelle	25
§ 3 : Un principe donnant lieu à une application propre au droit de la propriété intellectuelle	29
PARTIE I : LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ, INSTRUMENT DE RÉOLUTION DES CONFLITS FONDAMENTAUX.....	33
TITRE I : PERTINENCE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EN CAS DE CONFLIT FONDAMENTAL.....	35
Chapitre 1 : L'existence relative d'une hiérarchie des droits fondamentaux	36
Chapitre 2 : L'insuffisance d'une proportionnalité légale	65
Chapitre 3 : La nécessité d'une résolution par le principe de proportionnalité	119
TITRE II : APPLICATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EN CAS DE CONFLIT FONDAMENTAL.....	144
Chapitre 1 : Application par les cours européennes	145
Chapitre 2 : Application par les juridictions nationales	209
PARTIE II : LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ, INSTRUMENT DE PONDÉRATION DES SANCTIONS	278
TITRE 1 : EXISTENCE D'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS	280
Chapitre 1 : Un contrôle inhérent à un conflit fondamental	281
Chapitre 2 : Un contrôle indépendant d'un conflit fondamental	304
TITRE 2 : APPLICATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS	333
Chapitre 1 : L'exercice juridictionnel du contrôle de proportionnalité des sanctions	334
Chapitre 2 : La nécessité de l'application du contrôle de proportionnalité des sanctions	350
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	365

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma gratitude envers mes directrices de recherche, Madame la Professeure Marie-Élodie ANCEL et Madame Maïté GUILLEMAIN, pour leur soutien infini, leur disponibilité continue, leur rigueur et leur bienveillance ;

J'adresse mes remerciements les plus sincères à chaque membre du jury pour avoir accepté d'évaluer mes travaux ;

Je souhaite particulièrement remercier Madame Violette GARNIER et Monsieur Ignace MASELIS pour leur précieuse aide à la relecture de ma thèse.

Ma famille, mes amis, votre affection et vos encouragements ont nourri ma volonté de toujours me surpasser.

LISTE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
ALAI	Association littéraire et artistique internationale
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation française
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation française
CBE	Convention de Munich sur le brevet européen
CDE	Cahier de droit de l'entreprise
CE	Conseil d'État (France)
CEIPI	Centre d'études internationale de la propriété intellectuelle
Cf.	Confer (se reporter à)
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes (devenue CJUE)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (anciennement CJCE)
Coll.	Collection
Comm.	Communication
Comm. com. électr.	Communication - Commerce électronique
Contrats, conc. consom.	Contrats – Concurrence – Consommation
Cons. Const.	Conseil constitutionnel (France)
CUP	Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle
D.	Recueil-Dalloz

Doc. fr.	Documentation française
EUIPO	Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (anciennement OHMI)
<i>Ibid.</i> ,	Au même endroit
<i>Infra</i>	Plus bas dans le document
INPI	Institut national de la propriété industrielle (France).
IRPI	Institut de recherche sur la propriété intellectuelle
J.-Cl.	Juris-classeur
JCP	Juris-classeur périodique (La semaine juridique)
JCP E	Juris-classeur périodique (La semaine juridique Entreprise)
JCP G	Juris-classeur périodique (La semaine juridique Générale)
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
J.T.	Journal des tribunaux
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
Obs.	Observations
OEB	Organisation européenne du brevet
OHMI	Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (devenu EUIPO)
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
P.	Page.
PCT	Patent cooperation treaty
PLA	Propriété littéraire et artistique
Préc.	Précité

Préf.	Préface
Propr. Indust.	Revue Propriété industrielle.
Propr. Intell.	Revue Propriété intellectuelle.
PUA	Presses universitaires d'Afrique
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJA	Revue Justice actualités
RLDA	Revue Lamy, droit des affaires
RLDI	Revue Lamy, droit de l'immatériel
RJC	Revue de Jurisprudence Commerciale
RRJ	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
Ss. la dir.	Sous la direction scientifique de
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Plus haut
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
V.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. — Le 15 mai 2015, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un des arrêts les plus importants de la jurisprudence récente du droit français de la propriété intellectuelle¹. Dans le cadre d'une classique affaire de photographies contrefaites pour des besoins artistiques (et hors des exceptions légales), la haute juridiction a reconnu que quand un droit fondamental est invoqué en défense d'une action en contrefaçon, les juges du fond doivent effectuer un contrôle de proportionnalité pour démontrer *in concreto* en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux en présence commandait la condamnation prononcée. La stupeur a alors gagné une grande partie de la doctrine². Alors que, jusqu'ici, la loi permettait de condamner la contrefaçon dès lors que les exceptions légales prévues ne pouvaient s'appliquer, la Cour de cassation aurait remis en cause cette jurisprudence. Au-delà de ces protestations, ce qui semble être le fondement de cette révolution est visé : le principe de proportionnalité. Mais ces critiques sont-elles réellement justifiées ? Qu'est-ce que signifie ce principe de proportionnalité et quel champ d'application recouvre-t-il exactement ? Est-il réellement si nouveau et révolutionnaire en droit de la propriété intellectuelle ? Ceci n'est qu'un échantillon des nombreuses interrogations suscitées par ce principe, qui nous pousse, à partir de cet arrêt, à explorer son influence en droit de la propriété intellectuelle et tenter de le clarifier. La tâche n'est pas aisée, tant le principe de proportionnalité influe sur l'ensemble des droits, publics comme privés, tel que le prouve la multiplicité des thèses à son sujet ces dernières années³. Il convient donc, dans un premier temps, de faire preuve de rigueur et de définir

¹ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 55, Ch. Caron ; *JCP G* 2015, 967, note Ch. Geiger ; *D.* 2015. Actu. 1094, obs. A. Tricoire ; *D.* 2014. 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; *Prop. Intell.* 2015, n° 56, p. 281, obs. A. Lucas et p. 285, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD Com.* 2015. 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Légipresse* 2015, n° 330, p. 474, note V. Varet.

² P. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », *JCP G* 2016, n° 12, p. 318 ; P.-Y. Gautier, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189 ; H. Croze, « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 101 ; F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; A. Benabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016 p. 137 ; P. Puig, « L'excès de proportionnalité. À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes », *RTD civ.* 2016, p. 70.

³ P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005 ; B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, 2009 ; V. Vannes, *Le droit de grève : Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Larcier, 2013 ; A. Marzal-Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité, essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2014 ; G. Chetard, *La proportionnalité de la*

précisément ce principe en rappelant ses origines et applications diverses, puis de définir la notion même de droit de propriété intellectuelle qui suscite également des débats intenses du fait de sa grande généralité (§ 1). Après ce rappel, il semble nécessaire de démontrer l'intérêt du principe de proportionnalité pour le droit de la propriété intellectuelle et de tenter d'appréhender les débats qu'il suscite dans le monde juridique (§ 2). Enfin, cela tend à nous interroger sur l'existence d'une application spécifique du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle et de sa potentielle influence sur les décisions rendues en la matière, posant ainsi les fondements des axes d'analyse de cette étude (§ 3).

§ 1 : Un principe dépendant de son contexte, aux sources et applications diverses

2. — **Étymologie et définition de proportionnalité.** Avant d'envisager le principe, il est nécessaire de définir précisément ce que recouvre la notion de « *proportionnalité* ». L'étymologie étant un outil indispensable à l'appréciation de la valeur des mots et de leur sens à travers le temps, il est donc utile de rappeler que le mot « *proportionnalité* » est emprunté au latin *proportionalitas*, dérivant lui-même de *proportio* (qui signifie « *rapport, analogie* ») composé de la particule *pro* qui se traduit par « *en avant, devant* » et de *portio* qui renvoie à la « *part, portion* »⁴. En français, le mot « *proportion* » est présent dans la première édition du dictionnaire de l'Académie française de 1694 qui en fait remonter l'usage au XIII^e siècle. Elle était alors définie comme la « *convenance & rapport des parties entre elles & avec leur tout* » auquel l'édition actuelle a ajouté « *équilibre, combinaison harmonieuse de ces différents éléments* ». Le mot « *proportionnalité* » n'apparaît qu'à partir de la cinquième édition de 1798 et désigne aujourd'hui un « *rapport qui unit des grandeurs, des quantités proportionnelles entre elles* ». Le mot « *proportionnel* », attaché dans ce même dictionnaire jusqu'à sa huitième édition (1935) à un « *terme de mathématique* », est défini ainsi dans l'édition actuelle : « *Se dit de grandeurs, de quantités qui varient selon un même rapport* »⁵.

En suivant ces définitions, la proportionnalité doit être distinguée des notions d'« *égalité* »

répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français, LGDJ, 2020 ; S. Rosselet *Les contre-mesures à travers le prisme du principe de proportionnalité : étude en droit de la paix et en droit international humanitaire*, Éditions romandes, 2020.

⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., *sub verbo* « *proportionnalité* » et « *proportion* » [disponible en ligne].

⁵ *Ibid*, *sub verbo* « *proportionnel* ».

et d' « *équivalence* ». L'égalité renvoie à un équilibre absolu et parfait puisqu'il s'agit de parvenir à une stricte identité, tandis que l'équivalence correspond à une égalité en valeur (ce qui ressort de son étymologie, le mot venant du latin médiéval *aequivalentia* signifiant « *quantité, valeur égale* »). La proportionnalité ne recherche ni l'une ni l'autre, mais renvoie à la recherche d'un équilibre entre différents éléments⁶.

La lecture des définitions courantes de la proportionnalité et son étymologie révèlent que la notion de proportionnalité prend ses racines dans les mathématiques avec l'idée d'un « *rapport* » de plusieurs éléments liés entre eux aboutissant à un équilibre. Ce rapport mathématique constant a inspiré, dans un premier temps, la philosophie antique qui y a vu, au-delà de l'aspect scientifique, la potentialité d'aboutir à un modèle de justice fondé sur le juste équilibre.

3. — Origine de la proportionnalité en philosophie du droit. La paternité de l'idée philosophique de la proportionnalité en droit est communément attribuée à Aristote⁷. Dans son traité *Éthique à Nicomaque*, le philosophe grec du IV^e siècle avant Jésus-Christ, développe en dix parties sa philosophie morale censée aboutir au souverain bien (ou bonheur), sens de la vie humaine. Au Livre V, il évoque la justice en tant que vertu en distinguant la « *justice correctrice* », basée sur une égalité arithmétique dans les rapports contractés entre les hommes⁸, et la « *justice distributive* », fondée sur une exigence de proportionnalité dans la distribution des honneurs, des biens et des autres avantages entre les membres de la communauté. La notion de proportionnalité est ainsi au centre de la justice distributive : Aristote l'associe même au « *juste* »⁹. Ce n'est pas un hasard que la justice soit représentée symboliquement par l'image de

⁶ Sur ces distinctions terminologiques. Cf. S. Le Gac-Pech, « Retour sur la proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2012, p. 473.

⁷ G. Xynopoulos, « proportionnalité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir de D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, p. 1251 ; E. Boddington, « Introduction », *RJA* 2020, n° 24, p. 5 ; M.-C. Sordino, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, LexisNexis 2012, p. 725 ; A. Guilmain, « Sur les Traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal* 2015, Vol. 61, n° 1 ; E. Engle, « The General Principle of Proportionality and Aristotle » in *Aristotle and The Philosophy of Law : Theory Practice and Justice*, ss. la dir. de L. Huppès-Cluysenaer et N. Coelho, Dordrecht, Springer, 2013, p. 265.

⁸ Les « rapports contractés » correspondant à toutes les sortes d'échange qu'on rencontre parmi les hommes. Qu'ils soient consentis au sens d'un achat, d'un prêt, d'une caution... Ou qu'ils soient non consentis au sens d'un vol par exemple. La justice correctrice veut ainsi réparer le dommage si une des parties a été lésée.

⁹ Aristote, *Sur la justice, Éthique à Nicomaque, Livre V* (trad. R. Bodéüs), GF Flammarion, éd. 2008, p. 53 : « *Ce qui est juste dans la distribution des biens communs traduit toujours l'exigence de proportionnalité [...] puisque si l'on envisage le partage de richesses communes, celui-ci doit exprimer le même rapport que celui qu'ont entre elles les contributions de chacun à la communauté. Et ce qui est injuste, à l'opposé du juste ainsi entendu, c'est ce qui déroge à l'exigence du proportionnel* ».

la balance et du glaive : Aristote les associe aux deux manières d'envisager la justice¹⁰. Le glaive représente la puissance distributive et la balance la mission équilibrante¹¹. La proportionnalité est plus souvent associée à la seconde, mais elle est autant la balance que le glaive : une pesée d'intérêts divergents, avant de trancher dans un sens ou l'autre (la proportionnalité n'apparaît pas dans la définition philosophique comme un compromis).

Cicéron, le célèbre homme d'État et avocat romain, va plus loin et lie la proportionnalité à « *l'ordre cosmique* »¹². Selon lui, la proportionnalité devrait être systématiquement prise en compte lors de la détermination des sanctions et dans la décision de mener une guerre¹³.

4. — Origine de la proportionnalité en droit. Ces approches philosophiques et symboliques de la proportionnalité n'éclipsent pas les applications normatives de ce concept, notamment celles antérieures aux Antiquités grecque et romaine. En ce sens, une manifestation de la proportionnalité est contenue dans le texte juridique le plus ancien retrouvé : le Code de Hammourabi, rédigé aux alentours de 1750 avant Jésus-Christ au royaume de Babylone. Parmi les plus de deux cents décisions de justice qui le constituent, certaines impliquent l'idée de proportionnalité à travers la loi dite du « *talion* »¹⁴, qui impose une réciprocité stricte entre le délit et la peine. À titre d'exemple, certaines décisions sont à souligner : « § 196 : *Si quelqu'un a crevé un œil à un notable, on lui crevera un œil.* § 197 : *S'il a brisé un os à un notable, on lui brisera un os.* [...] § 200 : *Si quelqu'un a fait tomber une dent à un homme de son rang, on lui fera tomber une dent* »¹⁵. Le Code de Hammourabi applique une double proportionnalité : celle de la peine au délit et au rang de la victime. Cette loi du talion est reprise par certains grands monothéismes : le Judaïsme dans la Torah (ou Pentateuque pour les chrétiens)¹⁶ et l'Islam dans

¹⁰ J. Chevalier, A. Gheerbrant, *Dictionnaire des symboles*, Robert Laffont, Bouquins, 1969 (éd. 2012), p. 635.

¹¹ Ce symbolisme ne date d'ailleurs pas d'Aristote et se retrouve de manière millénaire et interculturelle. *Ibid*, p. 114 : « *Dans l'Égypte ancienne, Osiris pesait les âmes des morts ; dans l'iconographie chrétienne, la balance est tenue par Saint Michel, l'Archange du Jugement ; la balance du jugement est aussi évoquée dans le Coran ; au Tibet, les plateaux de la balance destinée à la pesée des bonnes et des mauvaises des hommes sont respectivement chargés de cailloux blancs et de cailloux noirs. En Perse, l'ange Rashnu, placé près de Mithra, pèse les esprits sur le pont du destin* ».

¹² T. Poole, « Proportionality in Perspective », *LSE Legal Studies*, 2010, n° 16/2010, p. 4.

¹³ A. E. Ienilieieva, « Basic approaches to the history of the principle of proportionality », Notes scientifiques de l'Université Vernadsky Taurida, 2013, Vol. 26 (65), spec. p. 12.

¹⁴ Mot tiré du latin « *talis* » qui signifie « *semblable* », « *tel* », ou « *pareil* ».

¹⁵ M.-J. Seux, *Lois de l'Ancien Orient*, Le Cerf, coll. « Cahiers Évangile », 1986, p. 59.

¹⁶ Lévitique, 24, 17-22 (trad. Société biblique française & Éditions du Cerf, 1988, 2004) : « *Si un homme frappe à mort un être humain, quel qu'il soit, il sera mis à mort. S'il frappe à mort un animal, il le remplacera — vie pour vie. Si un homme provoque une infirmité chez un compatriote, on lui fera ce qu'il a fait : fracture*

le Coran¹⁷.

L'idée de proportionnalité se retrouve également, de manière normative, dans le droit romain et son principe de légitime défense¹⁸. En outre, le Code Justinien définit la justice comme « *une volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son dû* »¹⁹. Mille ans après, la *Magna Carta* affirme la proportionnalité normative de manière plus impressionnante. En effet, ce texte adopté sous la contrainte du baronnage anglais par le roi d'Angleterre, Jean sans Terre, en 1215, est un des premiers textes à définir les limites du pouvoir étatique. Dans la continuité de la loi du talion, son article 20 dispose qu'« *Un homme libre ne sera mis à l'amende pour une infraction mineure que suivant le mode d'infraction ; et pour une infraction grave, proportionnellement à son importance, mais sans être privé de ses moyens de subsistance. Et un marchand, de la même manière, ne peut être privé de sa marchandise ; et un vilain sera mis à l'amende de la même manière, sans être privé de ses instruments de travail, au cas où ils seraient à notre merci. Aucune de ces amendes ne sera infligée que sur le serment d'hommes honnêtes du voisinage* »²⁰. Ce texte annonce le principe de proportionnalité appliqué aux sanctions et illustre l'idée que la proportionnalité constitue une des valeurs les plus importantes et fondamentales du droit.

5. — Définition d'un « principe » en droit. Pour autant, peut-on attribuer le statut de « *principe* » à la proportionnalité ? Pour arriver à une telle formulation, qui donne son titre à cette thèse, il apparaît indispensable de définir ce qu'est un « *principe* » en droit. Étymologiquement, le terme principe vient du latin *principium* qui signifie « *commencement* », lui-même dérivé de *princeps*, « *qui occupe la première place* »²¹. La troisième définition donnée

pour fracture, œil pour œil, dent pour dent ; on provoquera chez lui la même infirmité qu'il a provoquée chez l'autre. Qui frappe un animal doit rembourser ; qui frappe un homme est mis à mort. Vous aurez une seule législation : la même pour l'émigré et pour l'indigène ».

¹⁷ Coran, Sourate II, verset 178 (trad. M. Chebel, Librairie Arthème Fayard, 2009) : « *Ô vous qui croyez ! Il vous est prescrit, selon l'usage, la loi du talion en cas de meurtre : l'homme libre pour l'homme libre, l'esclave pour l'esclave, la femme pour la femme. Si quelqu'un se voit pardonner une peine quelconque par son frère, il est recommandé de lui témoigner de l'indulgence en sachant que celui-ci s'acquittera de sa dette selon les usages en vigueur. Tout cela en guise d'allègement et de miséricorde de la part de votre Seigneur, à charge d'être plus strict avec le récidiviste ».*

¹⁸ A. Guilmain, « Sur les Traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal* 2015, Vol. 61, n° 1, spéc. p. 103.

¹⁹ G. Xynopoulos, « Proportionnalité » in, *Dictionnaire de la culture juridique* (ss. la dir. de D. Alland et S. Rials), PUF, 2003, p. 1251.

²⁰ Trad. J.-P. Maury, Digithèque de matériaux juridiques et politiques, Université de Perpignan [disponible en ligne]

²¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., *sub verbo* « principe » [disponible en ligne].

par le Dictionnaire de l'Académie française le désigne comme un « *Motif qui commande l'action et sert de norme pour le jugement pratique ; maxime, règle de conduite qui constitue un modèle* », ce à quoi la définition juridique ajoute : « *Loi morale de caractère non juridique, mais dont peuvent être déduites des normes juridiques* » et par extension : « *Règle juridique établie par un texte, ou parfois non écrite, mais d'application obligatoire* »²².

Le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu complète ces dernières définitions en désignant un « *principe* » soit comme « *une règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques* » ou comme « *une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »²³. Le principe doit donc être une norme, écrite ou non écrite, implicite ou explicite, mais doit surtout être respecté en droit.

Jean Boulanger est un des premiers auteurs à tenter une analyse de cette notion et lui attribue deux composantes : le principe est choisi pour annoncer « *un effort doctrinal de synthèse* » et « *traduit un effort de construction* »²⁴. Sur le plan juridique, l'auteur précise que les principes « *règnent sur le droit positif ; ils en dirigent le développement* » et les « *règles juridiques sont des applications des principes* »²⁵. Il reste ainsi à déterminer si la proportionnalité peut couvrir un tel spectre et ainsi s'appliquer à plusieurs branches du droit. Le but de cette introduction n'est pas de présenter de manière exhaustive l'ensemble des applications de la proportionnalité, mais d'en dresser les étapes ayant permis l'émergence du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle.

6. — Affirmation d'un principe de proportionnalité : les origines allemandes. Si la proportionnalité n'est, jusqu'au XVIIIe siècle, qu'une idée philosophique, le siècle des Lumières bouleverse cette appréciation. En France, Madame de Staël²⁶, Rousseau²⁷ ou

²² *Ibid.*

²³ G. Cornu (ss la dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd., 2011, v° Principe, p. 797.

²⁴ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 51.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ G. de Staël, *De l'influence des passions sur le bonheur des individus et des nations* (1796), FV Éditions, 2018, p. 92 : « *les extrêmes sont dans la tête des hommes, mais point dans la nature des choses* ».

²⁷ J.J. Rousseau, *Émile ou De l'éducation* (1762), GF Flammarion, 1966, p. 306 : « *C'est moins la force des bras que la modération des cœurs qui rend les hommes indépendants et libres* ».

Montesquieu²⁸ sont les représentants d'un principe de modération qui tend à s'appliquer aux affaires politiques. En Italie, Cesare Beccaria devient le défenseur d'un principe de proportionnalité appliqué aux délits et aux peines²⁹. C'est pourtant en Allemagne que se développe véritablement la proportionnalité en tant que principe juridique. Les fondations sont posées par le juriste Carl Gottlieb Svarez, rédacteur du Code civil prussien de 1794 et ministre de la Justice auprès du roi Frédéric Guillaume III³⁰. Dans sa partie II, ce Code expose qu'« *il est du devoir de la police de prendre les mesures nécessaires pour maintenir la paix, la sécurité et l'ordre public et pour éviter tout danger pour le public ou ses membres* »³¹. Si la proportionnalité n'est pas encore mentionnée, la notion apparaît implicitement en ce que l'action policière doit être limitée par la nécessité plutôt que par l'atteinte faite aux individus. Dans la seconde moitié du XIXe siècle, sous l'influence des travaux de Svarez, se formalise explicitement la notion de proportionnalité (*Verhältnismäßigkeit*) en droit administratif allemand, dans le domaine des interventions policières. La doctrine s'en empare³² avant que la Cour administrative de Prusse (*Oberverwaltungsgericht*), la plus haute instance administrative, en fasse une application jurisprudentielle. Son arrêt *Kreuzberg*³³ est considéré comme la décision fondatrice du principe de proportionnalité, dans lequel elle adjoint à l'impératif de « *mesures nécessaires* » un test *sui generis* : la conduite policière est considérée illégale si elle est disproportionnée³⁴. En 1929, Fleiner résume l'essence du principe de proportionnalité allemand en une formule devenue célèbre « *la police ne doit pas tirer sur les moineaux à coup*

²⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre vingt-neuvième, chapitre 1 : « *Je le dis, et il me semble que je n'ai fait cet ouvrage que pour le prouver : l'esprit de modération doit être celui du législateur ; le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites* ».

²⁹ C. Beccaria, *Des délits et des Peines* (1764), trad. C. de Plancy, Éditions du Boucher, 2002, p. 51 : « *Parmi les peines, et dans la manière de les appliquer en proportion des délits, il faut donc choisir les moyens qui feront sur l'esprit du peuple l'impression la plus efficace et la plus durable, et, en même temps, la moins cruelle sur le corps du coupable* ».

³⁰ Lors de conférences données à Frédéric-Guillaume III, alors prince héritier, Svarez pouvait déjà déclarer : « *L'État a le droit de restreindre les droits d'un individu uniquement que dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger la liberté et la sécurité de tous les autres* » (A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press., 2012, p. 2)

³¹ *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* Partie II, paragraphe 17, sous-paragraphe 10 : « *Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey* ».

³² La première utilisation du terme est attribuée à Gunther Heinrich von Berg (cf. M. Cohen-Eliya, I. Porat, « *American balancing and German proportionality: The historical origins* », *International Journal of Constitutional Law* 2010, vol. 8, issue 2, p. 263, spéc. p. 273).

³³ Cour administrative suprême de Prusse, 14 juin 1882, *Kreuzberg* (cité par J. Schwarze in *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e éd., 2009, p. 731).

³⁴ A. Barak, *op. cit.*, p. 179.

de canon »³⁵. Enfin, au milieu du XXe siècle, le principe de proportionnalité s'impose dans le droit constitutionnel allemand (notamment aux actes législatifs). Si la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) de 1949 ne s'y réfère pas expressément, la proportionnalité est largement perçue par la doctrine comme un véritable principe constitutionnel³⁶. Les articles 19 et 20 de la Loi fondamentale sont réputés reconnaître implicitement le principe de proportionnalité³⁷, en ce que l'article 19 garantit la protection des droits fondamentaux³⁸ et l'article 20 la défense de l'État de droit³⁹. Dès lors, l'application du principe de proportionnalité est fondée sur un examen « *en trois étapes* »⁴⁰ permettant d'apprécier la légalité d'un acte : l'adéquation (*Geeignetheit*), la nécessité (*Erforderlichkeit*) et la proportionnalité *stricto sensu* (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Pour résumer l'adoption du principe de proportionnalité en droit allemand, il convient de partir du concept philosophique puis de la prohibition de la disproportionnalité pour aboutir à un principe administratif et constitutionnel contraignant. Son champ d'application est donc étroitement lié aux droits fondamentaux, et aujourd'hui, à l'ensemble des sanctions du droit administratif (et plus uniquement aux mesures de police), ainsi qu'en droit pénal.

7. — Exportation du principe de proportionnalité : Reconnaissance explicite en droit public européen. Cependant, le principe de proportionnalité ne s'est pas cantonné aux

³⁵ F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, p. 404.

³⁶ A. Barak, *op. cit.*, p. 179 et s. ; J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », *Les Cahiers Portalis* 2018, n° 5, p. 9 ; G. Xynopoulos, « Proportionnalité » in, *Dictionnaire de la culture juridique* (ss. la dir. de D. Alland et S. Rials), PUF, 2003, p. 1251 ; D.-U. Galetta, « Le principe de proportionnalité » in *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 2e éd., 2014, p. 501.

³⁷ J.-M. Sauvé, *op. cit.*, p. 9 ; G. Xynopoulos, *op. cit.*, p. 1251.

³⁸ Article 19 [Restrictions apportées aux droits fondamentaux] : « (1) Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné. (2) Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental. (3) Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet. (4) Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire. L'article 10, al. 2, 2e phrase n'est pas affecté » [trad. C. Autexier, M. Fromont, C. Grewe, O. Jouanjan].

³⁹ Article 20 [Fondements de l'ordre étatique, droit de résistance] : « (1) La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social. (2) Tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. (3) Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. (4) Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible » [trad. C. Autexier, M. Fromont, C. Grewe, O. Jouanjan].

⁴⁰ D.-U. Galetta, *op. cit.*, spéc. p. 502.

frontières allemandes. Cette exportation se traduit par les écrits déterminants de Robert Alexy, qui ont eu un impact mondial sur la doctrine concernant les droits fondamentaux et sur la mise en œuvre du principe de proportionnalité. Selon lui, les droits fondamentaux sont des principes auxquels, en cas de conflit, s'applique un critère de prééminence d'un principe sur un autre pour une situation concrète : le principe de proportionnalité, notamment fondé sur la mise en balance des normes, auquel Robert Alexy applique une logique mathématique⁴¹.

L'application concrète de ce principe se fait particulièrement au sein des juridictions européennes. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Affaire linguistique belge*⁴² du 23 juillet 1968, a utilisé la première le principe de proportionnalité pour interpréter la Convention européenne des droits de l'homme en ce que celle-ci implique « *un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers* »⁴³. Le principe de proportionnalité est également suggéré dans plusieurs articles de la Convention, notamment à travers les clauses d'ordre public des paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention, qui exigent que les restrictions aux droits fondamentaux soient « *nécessaires dans une société démocratique* »⁴⁴. Constatant l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le principe de proportionnalité, M. Dubout déclare, de manière révélatrice : « *la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a compté parmi les principaux vecteurs de diffusion de la culture de la proportionnalité en Europe* »⁴⁵.

En parallèle, le principe de proportionnalité est consacré par l'Union européenne à l'article 5, paragraphe 4 du Traité sur l'Union européenne qui dispose que : « *En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* ». Le principe de proportionnalité est donc en lien avec le principe de subsidiarité mais doit en être distingué. Ce dernier vise surtout à privilégier le

⁴¹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985. V. traduction anglaise: R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2010, p. 100.

⁴² CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, n° 1474/62 et a.

⁴³ *Ibid*, §5.

⁴⁴ M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La CEDH, commentaire article par article*, ss. la dir. de L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, LGDJ, 1995, p. 65.

⁴⁵ É. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018.

niveau inférieur d'un pouvoir de décision aussi longtemps que le niveau supérieur ne peut agir plus efficacement⁴⁶. Leur point de convergence est leur capacité à caractériser le processus de décision au sein de l'Union européenne et à réguler l'exercice des compétences de l'Union. Le principe de proportionnalité est également mentionné à l'article 52, alinéa 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne concernant la portée et l'interprétation des droits et des principes qu'elle contient : « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ». Ces articles et la doctrine montrent que dans le droit de l'Union européenne, le principe de proportionnalité s'applique à plusieurs niveaux distincts⁴⁷ : lors de la mise en œuvre des compétences de l'Union au regard de celle des États membres ; lors de la mise en œuvre du droit de l'Union par les institutions et de son articulation avec les droits fondamentaux et lors de l'analyse de la manière dont les actes nationaux portent atteinte aux droits que les ressortissants de l'Union tirent du droit de l'Union. Ce dernier niveau impose donc aux États membres de respecter le principe de proportionnalité quand ils appliquent le droit de l'Union⁴⁸.

De facto, l'adoption du principe de proportionnalité par les cours européennes aboutit à son adoption par les juridictions des États membres. De plus, la diversité dans l'application du principe souligne une idée essentielle : il n'aura pas qu'une forme d'expression ou une méthode, ce qui implique l'existence de plusieurs contrôles de proportionnalité.

8. — Principe de proportionnalité et droit privé : de la reconnaissance implicite au début d'une reconnaissance explicite. Si, en droit public, la proportionnalité tient une place déterminante et incontournable, qu'en est-il en droit privé ? La question est complexe et a donné lieu à un important colloque en 1998 à ce sujet⁴⁹. Les participants ont constaté que le principe de proportionnalité se manifestait implicitement de nombreuses façons différentes : un principe

⁴⁶ V. à ce sujet : J.-L. Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, 1997.

⁴⁷ D. Szymczak, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens* (ss. la dir. de L. Potvin-Solis), Bruylant, 2012, p. 445

⁴⁸ V. notamment : CJCE, 27 oct. 1993, *Dr. Pamela Mary Enderby c. Frenchay Helath Authority et Secretary of State for Health*, aff. C-127/92 ; CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral AG [Cassis de Dijon]*, aff. 120-78.

⁴⁹ « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, Colloque du 20 mars 1998, *LPA* 1998, n° 117, dossier spécial.

modérateur ou correcteur, un principe subsidiaire, une exception de proportionnalité ou un contrôle de proportionnalité⁵⁰. Tout cela dans des branches du droit privé telles que le droit des contrats⁵¹, le droit des sociétés⁵², le droit social⁵³ ou le droit de la concurrence⁵⁴. Plus qu'en droit public, la proportionnalité relève, en droit privé, d'une pratique beaucoup plus implicite⁵⁵. Depuis quelques années, le principe de proportionnalité émerge cependant de manière quasi explicite dans les textes⁵⁶ et étend son influence de manière exponentielle⁵⁷.

9. — Extension du principe de proportionnalité en France. Si elle ne bénéficie encore aujourd'hui d'aucune reconnaissance explicite en droit français, la proportionnalité exerce bien son influence en France. Contrairement à l'Allemagne qui reconnaît la proportionnalité comme un principe général du droit, elle n'est en droit français qu'un mécanisme de contrôle juridictionnel⁵⁸. La proportionnalité tient pourtant un rôle déterminant en droit administratif, que la doctrine⁵⁹ fait remonter à 1933 avec l'arrêt *Benjamin*,⁶⁰ mais son application n'est copiée sur le modèle allemand (et son test en trois étapes) qu'en 2011 avec la décision *Association pour la promotion de l'image*⁶¹. La proportionnalité sert essentiellement selon M. Xynopoulos

⁵⁰ M. Behar-Touchais, « Conclusion », *LPA* 1998, n° 117, p. 68.

⁵¹ D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 12 ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 21 ; H. Lécuyer, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 31 ; D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *LPA* 1998, n° 117, p. 38.

⁵² R. Vatinet, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés », *LPA* 1998, n° 117, p. 58.

⁵³ A. Mazeaud, « Proportionnalité en droit social », *LPA* 1998, n° 117, p. 64.

⁵⁴ M.-C. Boutard-Labarde, « Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence », *LPA* 1998, n° 117, p. 44.

⁵⁵ S. Le Gac-Pech, « Retour sur la proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2012, p. 473.

⁵⁶ S. Le Gac-Pech, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, doct. 991.

⁵⁷ D. Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in *The Foundations of European Private Law* (ss. la dir. de R. Brownsword, H.W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill), Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 185, spec. p. 216.

⁵⁸ L. Xenou, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, thèse de doctorat en droit administratif, Université Paris II Panthéon-Assas, Décembre 2014, p. 430.

⁵⁹ G. Braibant, « Le Principe de proportionnalité. Le juge et le droit public », in *Mélanges offert à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, t. 1, p. 297 ; G. Xynopoulos, *op. cit.*, p. 1251 ; J-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434.

⁶⁰ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. 541 : « Considérant que, s'il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907 ».

⁶¹ CE Ass., 16 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827.

à « la protection des droits et libertés par le canal d'une pondération des intérêts privés ainsi protégés avec les intérêts publics qui auraient pu motiver leur limitation, et de l'interdiction des atteintes excessives qui en résulte »⁶². De même, le Conseil constitutionnel utilise la proportionnalité⁶³ pour apprécier le caractère nécessaire ou non des peines⁶⁴, lorsqu'il contrôle des dispositions législatives qui restreignent l'exercice d'un droit ou d'une liberté au nom de la sauvegarde de l'ordre public⁶⁵ ou lorsqu'il doit concilier plusieurs droits fondamentaux entre eux⁶⁶. Enfin, dans le contexte de l'extension du principe de proportionnalité en droit privé, la Cour de cassation a également adopté cette méthode de raisonnement. D'abord implicitement en 1992 dans les arrêts *Shell* et *Total*⁶⁷ puis de manière beaucoup plus visible dans un arrêt du 4 décembre 2013⁶⁸ dans lequel elle a conditionné l'application de la règle de droit nationale à l'absence d'atteinte disproportionnée portée à un droit protégé au niveau supranational.

10. — Résumé : Existence d'un principe de proportionnalité et d'une multiplicité de contrôles. Eu égard aux définitions d'un « *principe* », de la « *proportionnalité* » et de ses applications, tant en droit privé qu'en droit public dans de nombreux pays, il semble évident qu'il existe désormais un principe de proportionnalité à proprement parler. Il constitue même un principe général de droit⁶⁹, visant à déterminer si l'exercice d'un droit est équilibré au regard

⁶² G. Xynopoulos, *op. cit.*, p. 1251.

⁶³ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, ; J.-B. Duclercq, « Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, oct. 2015, p. 121.

⁶⁴ Cons. Const., 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*, n° 2001-455 DC, pt. 85 ; Cons. Const., 23 juill. 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, n° 96-378 DC, pts. 13 à 18.

⁶⁵ Cons. Const., 10 févr. 2017, *Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes*, n° 2016-611 QPC.

⁶⁶ Cons. Const., 1er juill. 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC, pt. 20.

⁶⁷ Cass. com., 26 mai 1992, *Shell*, n° 90-13.499 ; Cass. com., 18 févr. 1992, *Total*, n° 87-12.844 : *D.* 1992, som. p. 395, obs. D. Ferrier ; *D.* 1993, jur. p. 57, note C. Hannoun ; *JCP G* 1992, 21897, note M. Béhar-Touchais ; *RTD civ.* 1992, p. 759, obs. J. Mestre ; Cf. S. Le Gac-Pech, « Retour sur la proportionnalité », in *Mél. Fr. Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2012, p. 473.

⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, Bull. 2013, I, n° 234 : *JCP G* 2014, 93, note M. Lamarche ; *Dr. famille* 2014, comm. 1, obs. J.-R. Binet ; *D.* 2014, p. 179, note F. Chénéde ; *D.* 2014, p. 153, point de vue H. Fulchiron ; *D.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret ; *AJ fam.* 2013, p. 663, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2014, p. 307, obs. J.-P. Marguénaud.

⁶⁹ V. jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne et du Tribunal de l'Union européenne : TUE, 28 mars 2014, *Italie / Commission*, T-117/10, pts. 108, 115, 116 ; CJUE, 8 mai 2019, *Landeskreditbank Baden-Württemberg / BCE*, C-450/17, pt. 53 ;

de l'exercice d'un autre droit⁷⁰. De ce principe, émane une variété de contrôles aux critères variables afin de le mettre en œuvre. Il convient de citer, notamment, le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux (que nous abrègerons par souci de clarté dans le cadre de nos travaux en « contrôle de proportionnalité en cas de conflit fondamental »), le contrôle de proportionnalité d'origine légale⁷¹ ou le contrôle de proportionnalité de la sanction⁷². Ces contrôles de proportionnalité varieront selon les droits concernés ou la juridiction (nationale ou internationale) qui les applique. Même si la proportionnalité semble ainsi, pour reprendre les mots de Mme Le Gac-Pech comme « *unitaire, impérieuse et essentielle* »⁷³, la multiplicité des contrôles permet au principe de proportionnalité des applications diverses qui ne peuvent être qu'en fonction de la discipline judiciaire concernée.

11. — Définition du droit de la propriété intellectuelle et enjeu pour le principe de proportionnalité. Qu'en est-il ainsi pour le droit de la propriété intellectuelle et d'ailleurs que recouvre exactement cette matière ? Si le « *droit* » est défini comme l'« *ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État, propre à des groupes sociaux ou portant sur des domaines particuliers de la vie économique et sociale* »⁷⁴, le domaine particulier de la vie économique et sociale qui nous intéresse est « *la propriété intellectuelle* ». Elle désigne de manière très large l'ensemble des droits exclusifs accordés sur des créations intellectuelles et est traditionnellement entendue comme englobant la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle⁷⁵. La première est l'« *expression employée pour désigner le monopole temporaire d'exploitation pécuniaire appartenant à l'artiste ou l'écrivain sur son œuvre et aussi, dans un sens plus large, l'ensemble des droits patrimoniaux ou non, reconnus au créateur d'une œuvre de l'esprit* »⁷⁶ regroupant ainsi le droit d'auteur et les droits voisins. La seconde désigne l'« *expression employée pour désigner soit un monopole d'exploitation (brevet d'invention,*

⁷⁰ V. en ce sens : A. Guilmain, *op. cit.*, p. 123 ; V. Vannes, *Le droit de grève, Concilier le droit de grève et les autres droits fondamentaux : recours au principe de proportionnalité ?*, Larcier, 2e éd, 2014, p. 38.

⁷¹ V. à ce sujet : M.-C. Sordino, « Le contrôle de proportionnalité d'origine légale en droit pénal à la lumière des faits justificatifs », *RJA* 2020, n° 24, p. 81 ; S. Cabrillac, « L'identification légale du cautionnement disproportionnée », *RJA* 2020, n° 24, p. 87.

⁷² Cf. Dossier « Le contrôle de proportionnalité », *RJA* 2020, n° 24.

⁷³ S. Le Gac-Pech, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, doct. 991.

⁷⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., *sub verbo* « droit » [disponible en ligne].

⁷⁵ G. Cornu (ss la dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd., 2011, v° Intellectuelle (propriété), p. 557.

⁷⁶ *Ibid*, v° propriété artistique et littéraire, p. 813.

dessin ou modèle), soit le droit exclusif à l'usage d'un nom commercial, d'une marque ou de tout autre signe permettant l'identification d'un commerçant ou industriel »⁷⁷.

Nous aborderons, dans le cadre de nos développements concernant le conflit de droits fondamentaux, le débat qui a agité la doctrine sur la question du rattachement de la propriété intellectuelle au droit de propriété⁷⁸. À ce stade introductif, il convient de souligner que la propriété intellectuelle est une propriété spéciale. Elle l'est par son caractère, puisque temporelle (d'une durée variable selon les types de propriétés intellectuelles) et incorporelle, mais surtout par son régime de protection⁷⁹. Toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle en droit français est qualifiée de *contrefaçon* (et non pas de *vol*) avec une définition quasi commune pour tous ces droits⁸⁰, une action et un mode de preuve (saisie-contrefaçon) spécifique. En plus de la possibilité de cumuler plusieurs propriétés intellectuelles sur un même objet immatériel, la propriété intellectuelle traduit la volonté du législateur, depuis les premières lois du 7 janvier 1791 (pour le droit des brevets) et du 13 janvier 1791 (pour le droit d'auteur), d'aménager un système équilibré d'appropriation privée des créations dans le respect de l'intérêt général. Cette volonté se manifeste par la présence de limitations et d'exceptions aux différents types de propriété intellectuelle⁸¹.

Un des objectifs de cette étude est de démontrer l'existence du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle et d'examiner ses applications législatives et surtout jurisprudentielles. En effet, comme nous le verrons, le principe se manifeste en propriété intellectuelle principalement dans les différents contrôles opérés par les juges européens et nationaux. Le choix de traiter la propriété intellectuelle en tant que telle et non une de ses composantes est délibéré afin d'observer s'il peut exister, comme pour ses régimes, une approche globale du principe de proportionnalité à l'ensemble des droits exclusifs accordés sur les créations intellectuelles, s'il faut nécessairement examiner chacune de ses composantes de manière individuelle ou si des points de convergence peuvent exister.

⁷⁷ *Ibid*, v° propriété industrielle, p. 813.

⁷⁸ *Infra*, n° 22.

⁷⁹ L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 15 et s.

⁸⁰ Le droit d'auteur fait exception avec une formulation différente mais très semblable sur le fond (Cf. article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle).

⁸¹ Sur la question de l'équilibre interne : *infra*, n° 51 et suiv.

§ 2 : Un principe au cœur du débat juridique et du droit de la propriété intellectuelle

12. — Des réponses aux interrogations sur le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Le principal intérêt du présent travail est de rechercher plusieurs éclaircissements sur le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, qui fait l'objet de nombreuses critiques ou d'espoirs démesurés. Les critiques se focalisent bien souvent sur le caractère « *flou* »⁸² du principe, porte ouverte au « *gouvernement des juges* »⁸³, à « *l'équité* »⁸⁴ ou à la transposition du « *fair use* » en droit français de la propriété intellectuelle⁸⁵. Les espoirs se concentrent sur la modernisation de la méthode juridique⁸⁶, ou une nouvelle façon d'encourager le législateur à intervenir sur les points jugés grâce au principe de proportionnalité⁸⁷. Qu'en est-il vraiment ?

Si le contrôle de proportionnalité de la sanction provoque peu de débats idéologiques (mais conserve un grand intérêt juridique et pratique), les critiques et les espoirs les plus vifs se focalisent essentiellement sur le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental. Ce contrôle remettrait en cause la méthode d'interprétation syllogistique traditionnelle, donnerait davantage de pouvoir aux juges et entraînerait des décisions potentiellement arbitraires. Traiter ce sujet depuis l'angle de la propriété intellectuelle permet de l'éclaircir et de répondre à certaines interrogations. Néanmoins, il convient d'apporter une précision déterminante sur l'aspect politique de la question.

13. — Mise au point sur l'aspect politique de la proportionnalité. Ce travail ne constitue nullement un essai politique mais tend à envisager l'impact du principe de proportionnalité en

⁸² J. Lesueur, *Conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, spéc. p. 328.

⁸³ R. Libchaber, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, p. 1088.

⁸⁴ A. Lassale, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », in dossier n° 7, *La reconfiguration de l'office du juge de la conventionnalité de la loi*, *RDLF* 2018, chron. n° 18 ; H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, p. 1473.

⁸⁵ A. Lucas, « Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre ? », in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, ss. la dir. de A. Bensamoun, Marc & Martin, 2018, p. 31. V. sur ce point : *infra*, n° 69 et suiv.

⁸⁶ M. Vivant, « La balance des intérêts... enfin », *Comm. com. électr.* 2015, étude 17 ; Ch. Geiger, « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité », in *Droits de la propriété intellectuelle, Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, Paris 2010, p. 249.

⁸⁷ A. Zollinger, « Comment procéder à la balance des intérêts *in concreto* ? », *Comm. com. électr.* 2017, étude 7.

droit de la propriété intellectuelle, d'un point de vue strictement juridique. Cette précision est impérative car le débat sur le principe de proportionnalité dépasse souvent le cadre juridique pour une visée politique dans laquelle nous n'entrerons pas. Cependant, l'analyser ici d'une manière distanciée est nécessaire à la compréhension de cette situation. L'aspect politique du principe de proportionnalité, et surtout de son contrôle lors d'un conflit fondamental, est inhérent à la problématique des droits fondamentaux ainsi qu'à leur place dans le droit européen. Les droits fondamentaux ont indéniablement un aspect politique⁸⁸. Ils peuvent alimenter un discours idéologique dans la mesure où ils impliquent, selon M. de Senarclens, « *une représentation de l'homme, de la société et de l'histoire, représentation qui reste marquée par l'humanisme de la Renaissance et le paradigme rationaliste des Lumières* »⁸⁹. De plus, leur inclusion dans le droit positif européen contraint les États membres de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme à les respecter⁹⁰ ainsi qu'à appliquer les méthodes de résolution des conflits fondamentaux. Ceci tend vers l'harmonisation de la résolution de ces conflits induisant une certaine uniformisation du raisonnement juridique. La vraie crainte politique émerge ici puisque, par exemple, la remise en question du syllogisme⁹¹, même de manière sporadique, par les cours européennes, reviendrait à interroger la souveraineté juridique des États membres⁹². Il ne nous appartient pas de juger la véracité d'un tel constat, simplement de rappeler que la France, au même titre que d'autres États européens, a signé plusieurs traités désormais intégrés à son système juridique. Il appartient donc à ses juridictions de les appliquer et de les faire respecter conformément au droit positif. Le principe de proportionnalité ne sera apprécié que du point de vue positiviste dans notre étude, afin de dépassionner ce sujet et d'en faire une analyse sereine et non manichéenne pour les différents acteurs du monde juridique.

14. — Proportionnalité et efficience économique. Un autre intérêt de ce sujet est le lien entre le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle et les sciences

⁸⁸ P. de Senarclens, « La mondialisation et les droits de l'homme: une perspective politique », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme. Les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Bruylant, 2001, p. 19.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ V. sur la critique de cette reconnaissance : D. Cohen, « Le droit à... », in *Mélanges à François Terré*, PUF 1999, p. 393.

⁹¹ *Infra*, n° 115.

⁹² Ceci conduit Pierre de Senarclens à juger que les droits de l'homme ne peuvent être appréhendés « *sans référence à la problématique de la souveraineté* ». Cf. P. de Senarclens, *op. cit.*, spéc. p. 31.

économiques notamment à travers le principe d'efficacité économique. Le terme d'efficacité économique renvoie au rapport calculé entre le résultat d'un processus et les ressources utilisées pour l'atteindre⁹³, avec pour finalité la recherche d'un équilibre optimal entre les coûts et les bénéfices⁹⁴. Cette notion d'efficacité a fait l'objet de nombreuses études et interprétations depuis le début du XXe siècle⁹⁵. Dans sa thèse, M. Portuese a démontré que le principe de proportionnalité est une manifestation juridique du principe d'efficacité économique⁹⁶. Selon lui, les éléments du principe de proportionnalité sont mieux expliqués dès qu'une analyse économique du principe est entreprise⁹⁷, tel que prouvé par l'analyse des conséquences juridiques d'un ratio coût-bénéfice et par la présence du principe de proportionnalité dans les traités européens⁹⁸. La prise en compte de critères économiques pourrait ainsi être déterminante dans le contrôle du respect du principe de proportionnalité. Au-delà de l'aspect juridique, cette prise en compte pourrait également aboutir à des décisions de justice plus économiquement cohérentes pour les différents acteurs de la propriété intellectuelle. Cet enjeu est primordial pour une industrie qui génère, à elle seule, 45% du PIB de l'Union européenne par an et représente 29% des emplois de l'Union⁹⁹, et qui nourrit légitimement de grandes inquiétudes concernant l'indemnisation des violations de ces droits¹⁰⁰. Il ne s'agit pas de voir le principe de proportionnalité comme impliquant uniquement des conséquences sociales (avec la prise en compte des droits et des intérêts d'autrui). Il a également des conséquences économiques, avec une fonction d'efficacité.

⁹³ E. Chantrel, « Efficacité économique » in *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. n° 86411.

⁹⁴ A. Portuese, *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Université Panthéon-Assas, 2012, p. 32.

⁹⁵ *Ibid*, p. 34 et s.

⁹⁶ *Ibid*, p. 162 et s.

⁹⁷ Ce qui est en lien avec la motivation des sanctions. V. à ce sujet : A.-L. Sibony, « Peut-il y avoir des fondements économiques à la motivation des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2, La motivation des sanctions prononcées en justice* (ss. la dir. de C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin), Dalloz, 2013, p. 49.

⁹⁸ *Ibid*.

⁹⁹ European Patent Office & European Union Intellectual Property Office, « Intellectual property rights intensive industries and economic performance in the European Union », Industry-Level Analysis Report, September 2019, Third edition.

¹⁰⁰ B. May, « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Prop. indu.* 2008, étude 4 ; « Étude comparée sur les dommages et intérêts alloués dans le cadre des actions en contrefaçon en France, au Royaume-Uni et en Allemagne », Ministère du redressement productif, janvier 2014.

15. — Proportionnalité et convergence juridique. Le principe de proportionnalité participe également de la convergence des systèmes juridiques et tend à une certaine harmonisation de l'application de la propriété intellectuelle. Au niveau européen, si les législations et la jurisprudence européennes imposent l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, il appartient aux États membres de le faire, dans leur droit national. Comme nous le verrons, plusieurs législations ont incorporé, en droit de la propriété intellectuelle, des dispositions impliquant le principe de proportionnalité¹⁰¹. De même, lors d'un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne quant à l'interprétation ou la validité d'une de ces législations européennes, la décision de la Cour a autorité de la chose jugée et s'impose à la juridiction nationale qui est à l'initiative du renvoi préjudiciel, ainsi qu'à toutes les juridictions nationales (des États membres) qui seraient confrontées à une question identique ou similaire. Ainsi, une décision de la Cour de justice impliquant le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle rendue concernant une question préjudicielle allemande s'imposerait aux juridictions irlandaises.

S'il rapproche les modèles romains de ceux de *common law*, le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle a également pour conséquence de rapprocher le droit privé et le droit public jusqu'à troubler la *summa divisio*. En effet, le principe de proportionnalité, d'abord appliqué en droit public, tend, par son application en droit de la propriété intellectuelle (matière traditionnellement privatiste)¹⁰², à rapprocher les deux pôles du droit. C'est d'autant plus tangible aujourd'hui grâce à l'utilisation du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle tant par la Cour de cassation¹⁰³ que par le Conseil d'État¹⁰⁴.

Enfin, une dernière convergence grâce à la proportionnalité peut être décelée dans le droit de la propriété intellectuelle lui-même. En effet, la propriété intellectuelle est souvent présentée comme une appellation artificielle¹⁰⁵, qui regroupe en son sein la propriété littéraire et artistique

¹⁰¹ *Infra*, n° 51 et suiv.

¹⁰² Principalement par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental (les droits fondamentaux étant traditionnellement rattachés au droit public).

¹⁰³ *Infra*, n° 206 et suiv.

¹⁰⁴ Certes de façon plus rare pour ce dernier. Il convient de citer en ce sens concernant le détachement et la vente par les héritiers de Brancusi de sa statue « le Baiser » attachée à une tombe du cimetière du Montparnasse : CE, 21 juill. 2021, décision n° 447967 : « *il appartient au juge, pour apprécier la conformité aux stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'une décision individuelle prise sur la base d'une telle réglementation, d'une part, de tenir compte de l'ensemble de ses effets juridiques, d'autre part, et en fonction des circonstances concrètes de l'espèce, d'apprécier s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les limitations constatées à l'exercice du droit de propriété et les exigences d'intérêt général qui sont à l'origine de cette décision* ».

¹⁰⁵ P. Gaudrat, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011, p. 562.

et la propriété industrielle. Ces deux catégories devraient être séparées et ne sauraient avoir de points communs autres que la protection d'un bien immatériel. Si évidemment, la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique ont des points de divergence, elles ont un point commun capital : ce sont des droits de propriété¹⁰⁶. Cette qualification est décisive puisqu'ainsi des points de convergence pourront exister dans l'application du principe de proportionnalité entre les droits de propriété littéraire et artistique et les droits de propriété industrielle. Comme nous le verrons, la spécificité de ces droits est néanmoins bien prise en compte par les juges.

§ 3 : Un principe donnant lieu à une application propre au droit de la propriété intellectuelle

16. — Une analyse approfondie des jurisprudences européennes et nationales : l'importance de la motivation. Si l'intérêt du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle n'est plus à démontrer, il convient désormais de déterminer l'approche que notre travail doit adopter. Comme le dit Mme Le Gac-Pech : « *Plus qu'elle ne se mesure, la proportionnalité s'apprécie* »¹⁰⁷. Cette vision de la proportionnalité intègre des missions et des prérogatives des juges étendues et renvoie ainsi directement à la question de l'office du juge. Il n'est donc pas surprenant qu'un rapport de 2020 de la Cour de cassation portant sur « *le contrôle de conventionnalité* »¹⁰⁸ comporte un préambule qui rappelle certains principes gouvernant l'office du juge tels que l'interprétation du sens ou la portée de la loi¹⁰⁹ ainsi que la nouvelle fonction créatrice du juge à la suite de l'émergence, parmi les normes de droit applicables, des traités européens qui ont, aux termes de l'article 55 de la Constitution, « *force de loi en France* »¹¹⁰. Ce même rapport insiste sur le fait qu'un des instruments permettant une telle application est le contrôle de proportionnalité qui se déclinerait en deux formes : un contrôle *in concreto*, pour lequel le juge apprécierait la conventionnalité de l'application de la

¹⁰⁶ Pour de plus amples développements, v. *infra*, n° 22.

¹⁰⁷ S. Le Gac-Pech, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, doct. 991.

¹⁰⁸ Cour de cassation, « Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité », 2020 ; v. également son résumé par : A. Lacabarats, « La réflexion de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité », *RJA* 2020, n° 24, p. 76.

¹⁰⁹ Déduite de l'article 4 du Code civil disposant que : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

¹¹⁰ Cass. Crim., 30 juin 1976, n° 75-93.296, Bull. crim. 1976, n° 236.

loi au cas d'espèce, et un contrôle *in abstracto*, dans le cadre duquel il serait demandé au juge de dire une disposition légale directement contraire à un droit ou une liberté fondamentale. Cependant, comme le souligne M. Chauvet¹¹¹, cette distinction semble superflue, dans la mesure où le contrôle de proportionnalité n'a jamais eu vocation à être purement abstrait¹¹². L'impression de l'exercice d'un contrôle *in abstracto* découle très probablement, selon M. Chauvet, de la récurrence des faits constatés dans l'application de la loi et des solutions des juges pour pallier l'inconventionnalité¹¹³. Le seul cas de figure où la référence au contrôle de proportionnalité *in abstracto* pourrait être admise serait dans le cas où la simple lecture de la loi ferait apparaître une inconventionnalité manifeste.

Derrière le contrôle de proportionnalité et sa méthode se cachent, avant tout, l'obligation de motivation des décisions de justice¹¹⁴, qui contribue, selon M. Texier, à « conforter l'indispensable consensus unissant les citoyens et leur système juridique »¹¹⁵ : c'est une garantie fondamentale de justice contre l'arbitraire et l'erreur du juge¹¹⁶. En droit de la propriété intellectuelle, il est impératif de souligner que l'arrêt *Klasen*, à l'origine de l'émergence du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, a été cassé pour défaut de base légale¹¹⁷. Ce motif de cassation implique une carence dans la motivation¹¹⁸ et n'annonce en aucun cas une violation des droits fondamentaux. Ainsi, l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle semble constituer une évolution dans la motivation des décisions plus qu'un bouleversement des équilibres internes du droit de la propriété intellectuelle. Ce travail ne prétend donc pas offrir de solutions préétablies aux potentiels conflits fondamentaux. Il s'agit plutôt de présenter les différents critères du principe de proportionnalité que peuvent utiliser les juges dans la motivation de leurs décisions pour résoudre ces conflits. Il semble alors logique que ce travail se concentre sur la jurisprudence et

¹¹¹ A. Chauvet, « Le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge judiciaire à la lumière du droit constitutionnel », *RJA* 2021, n° 24, p. 30.

¹¹² Il suffit pour s'en convaincre de lire la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment l'affaire *Pascaud c/ France* (CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08, pt. 67-69) qui est à l'origine de l'évolution de la motivation de la Cour de cassation.

¹¹³ Notamment la technique de l'interprétation conforme. V. à ce sujet : A. Chauvet, *op. cit.*, spéc. p. 33.

¹¹⁴ Dédite de l'article 455, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile : « *Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé* ». V. sur les fondements de l'obligation de motiver : E. Faye, *La Cour de cassation*, éd. Duchemin, réédition 1970, n° 82 et s.

¹¹⁵ P. Texier, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation*, LGDJ, 2000, p. 5.

¹¹⁶ J. Normand, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, LGDJ, 2000, p. 17.

¹¹⁷ *Infra*, n° 207 et suiv.

¹¹⁸ Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997, n° 32 et s.

la motivation des décisions. Une attention particulière sera évidemment portée à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'elles influencent indéniablement les jurisprudences nationales. La diversité des arrêts présentés et l'analyse détaillée des espèces permettront de vérifier si le principe de proportionnalité s'adapte à toutes les situations juridiques de la propriété intellectuelle tout en assurant une logique et une continuité dans la méthodologie des contrôles. Néanmoins, l'analyse jurisprudentielle du sujet sera complétée par une analyse législative afin de déceler les potentielles expressions du principe de proportionnalité dans les règles du droit de la propriété intellectuelle.

17. — Une approche globale de la propriété intellectuelle. Comme évoqué, le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental est la manifestation du principe de proportionnalité qui provoque le plus de débats doctrinaux. Pour autant, la nature des différents types de propriétés intellectuelles et leurs limites n'induisent pas systématiquement un conflit avec les autres droits fondamentaux. Il semble donc logique que l'analyse approfondie de la jurisprudence du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle puisse recenser plus de décisions impliquant un type de propriété intellectuelle plutôt que d'autres. Pour autant, il est essentiel de traiter ces différents types de propriété intellectuelle au regard du principe de proportionnalité. En effet, les textes fondamentalisant ces droits sont les mêmes, et les sanctions qui y sont rattachées ont des formes similaires. Ainsi, même si le sujet pourrait présenter une pertinence minime pour la propriété industrielle, celle-ci ne saurait être délaissée et pourrait constituer une branche indispensable à la compréhension du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle.

18. — Problématique et présentation des deux axes d'étude. Comme déjà évoqué, le principe de proportionnalité se manifeste à travers plusieurs contrôles de proportionnalité qui dépendent de la matière, du pays et de l'époque vis-à-vis desquels ils sont effectués. La problématique principale de notre sujet sera donc de savoir en quoi le principe de proportionnalité opère une évolution de l'interprétation judiciaire en droit de la propriété intellectuelle. Le principe de proportionnalité s'exprime spécifiquement en droit de la propriété intellectuelle à travers deux contrôles : le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental (Partie 1) et le contrôle de proportionnalité de la sanction (Partie 2). Le premier est au cœur de nombreuses décisions, de débats et incertitudes et il occupera une grande partie de notre analyse. Le second est cependant essentiel dans la décision judiciaire et certains de ses

éléments pourraient s'immiscer dans le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental. Il ne convient pas d'envisager les deux contrôles séparément, mais comme découlant du même principe, fondant leurs similarités. Leur conjonction conduira à une application concrète et raisonnée du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle.

PARTIE I :

LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ, INSTRUMENT DE RÉOLUTION DES CONFLITS FONDAMENTAUX

19. — Enjeu d'un conflit de droits fondamentaux. Parmi les définitions du terme « *Conflit* » proposées par Gérard Cornu, celle qui le décrit comme « *une concurrence, virtuelle ou déclarée, de plusieurs règles ou ordres juridiques, ou de plusieurs autorités dans la solution d'une question de droit* »¹¹⁹ prend tout son sens dans le cadre de notre sujet. En effet, les droits fondamentaux, loin d'être seulement des principes à valeur générale, sont de plus en plus utilisés comme fondements juridiques lors de litiges entre particuliers et peuvent être amenés à entrer en conflit les uns avec les autres. Le droit de la propriété intellectuelle, en tant que droit fondamental, fait partie intégrante de ce contexte juridique. Comme le souligne la précédente définition, de ce conflit doit pourtant émerger une solution. Or, pour y arriver, encore faut-il choisir un chemin, une ligne directrice, qui permettrait de résoudre ledit conflit. Celle choisie par les juridictions européennes et plus récemment nationales est la conciliation entre droits fondamentaux incarnée par le principe de proportionnalité. Objet de nombreux regards, tantôt hostiles, tantôt bienveillants, un tel principe doit être interrogé quant à sa pertinence en droit de la propriété intellectuelle (Titre 1). Il ne faut cependant pas perdre de vue que ce principe, au-delà de cette pertinence, obéit à des codes et à une méthode complexe qui doivent être analysés pour en faire un usage approprié. Il en va de la sécurité juridique (Titre 2).

¹¹⁹ G. Cornu (ss. la dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd, 2014, v^o Conflit, p. 232.

TITRE I : PERTINENCE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EN CAS DE CONFLIT FONDAMENTAL

20. — Conciliation des droits fondamentaux. La protection des droits fondamentaux prend, ces dernières années, une ampleur inédite tant au niveau européen qu’au niveau national. Dans cet univers cohabitent des droits aussi différents que ceux concernant le droit à la vie, le droit à un procès équitable, le droit à la protection de la santé, le droit à la liberté d’expression, ou (ce qui va nous intéresser directement) le droit de la propriété intellectuelle. Cette cohabitation ne se fait pas toujours sans heurts et il arrive que plusieurs de ces droits entrent en conflit lors du processus législatif ou à l’occasion d’une action en justice. Cela étant posé, la question de savoir comment résoudre ce conflit se pose, d’autant que le discours des juridictions européennes est de refuser, en théorie, de hiérarchiser ces droits si différents. L’analyse des textes et la jurisprudence révèle que ce discours est loin d’être parfaitement fondé : une certaine hiérarchisation des droits fondamentaux peut s’observer. Elle ne permet cependant pas de résoudre un conflit fondamental (Chapitre 1). Pour une partie de la doctrine, un tel conflit est résolu, pour le droit de la propriété intellectuelle, par l’existence d’exceptions et limites légales, sans nécessaire questionnement ou démonstration d’un équilibre avec les droits fondamentaux *a posteriori* (Chapitre 2). Nous démontrerons qu’une telle approche, partiellement juste, est toutefois insuffisante dans le cadre des droits fondamentaux. L’utilisation du principe de proportionnalité est donc nécessaire à la résolution d’un conflit fondamental *ante et post legem* (Chapitre 3).

Chapitre 1 :

L'existence relative d'une hiérarchie des droits fondamentaux

21. — Enjeu de la « fondamentalisation »¹²⁰ des droits. Avant qu'un quelconque conflit de droits fondamentaux puisse exister, encore faut-il que nous soyons bien en présence de droits fondamentaux. La formule peut faire sourire par son évidence. Cependant, dans le cas du droit de la propriété intellectuelle, sa qualification comme droit fondamental n'est pas allée de soi jusqu'à récemment. Les conséquences d'une telle qualification sont souvent incomprises, notamment du point de vue de la relation que peut entretenir le droit fondamental de propriété intellectuelle avec les autres droits fondamentaux (Section 1). En ce sens, d'un point de vue formel, il est admis que tous les droits fondamentaux sont égaux entre eux. Pour résoudre un éventuel conflit, le juge constitutionnel ou judiciaire, du fait de cette égalité, doit utiliser un mécanisme de conciliation incarné par le principe de proportionnalité. Cependant, plusieurs voix discordantes, se fondant sur la pratique juridique, affirment au contraire qu'il existe bien une hiérarchisation entre les droits fondamentaux. Leurs arguments ne semblent pas suffisants à remettre en cause la pertinence d'un principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle (Section 2).

¹²⁰ G. Loiseau, « La fondamentalisation du droit des personnes », *Revue de droit d'Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 37 : « *Entreprise qui consiste à créer un corps d'élite de droits et de principes en les dotant d'une valeur supérieure dans l'ordonnement juridique* ».

Section 1 : Le droit de la propriété intellectuelle comme droit fondamental de propriété

22. — Qualification en droit de propriété. Une longue querelle doctrinale a porté sur l'assimilation des droits de propriété intellectuelle au droit de propriété, au sens moderne des articles 544 du Code civil et 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹²¹. Loin de nous l'idée de relancer ici ce débat, il nous paraît néanmoins crucial, pour notre sujet, d'en évoquer les contours en ce qu'il pourrait participer à la compréhension de la nature du droit fondamental de la propriété intellectuelle. À l'origine de ce débat, l'article 544 du Code civil dispose : « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi et les règlements* ». L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen donne la portée juridique de la propriété : un droit naturel et imprescriptible de l'Homme. À partir de ces textes, une définition moderne de la propriété l'établit en tant qu'un droit réel immédiat qui donne un pouvoir matériel, physique, de l'homme sur la chose et implique un pouvoir absolu ne souffrant d'aucune concurrence¹²². Mais qu'en est-il de la propriété intellectuelle ? Deux camps s'affrontent.

Le premier rejette la théorie d'une propriété sur les biens intellectuels. Selon ce camp, une telle possibilité remettrait en cause les deux principes classiques de la propriété : la conception d'une propriété matière s'exerçant par l'emprise matérielle d'une personne sur une chose (*corpus*)¹²³ et le caractère « *naturel* » du droit de propriété (s'il ne se manifeste plus par une emprise matérielle et directe sur le *corpus* d'une chose, ce droit ne peut plus s'imposer « *naturellement* », faisant donc de la propriété une création du droit)¹²⁴. Ainsi, pour une partie de ce camp, il faudrait créer un régime spécial d'appropriation de ces biens (appelé par certains « *mode de réservation* »)¹²⁵ ou simplement renvoyer le régime de ces biens au droit commun, en se contentant notamment du régime de la responsabilité civile¹²⁶.

Le second camp voit le droit de propriété comme comprenant la propriété intellectuelle. Une adaptation doit cependant intervenir : l'emprise matérielle (*corpus*) ne serait pas de l'essence de la propriété, mais uniquement la possibilité de réserver l'exclusivité sur les utilisés et la

¹²¹ P. Gaudrat, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011, p. 562.

¹²² J. Rochfeld, « La propriété », in *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 277, spéc. p. 282.

¹²³ D. Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », *APD* 1999, p. 75.

¹²⁴ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 311.

¹²⁵ *Ibid*, p. 312.

¹²⁶ J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 135.

valeur d'un bien et d'exercer « *un pouvoir d'interdire exclusif et absolu* » à l'égard des tiers¹²⁷. Une partie de ce camp voit ainsi la propriété des biens intellectuels comme une propriété de droit commun, soumise au régime ordinaire, qui prendrait pour assise la valeur et non le *corpus*¹²⁸. Cependant une autre partie de ce camp ne va pas jusqu'à cette rigueur et tient une position intermédiaire, en reconnaissant la propriété des biens intellectuels, soumise à un régime spécifique et des adaptations appropriées à sa nature particulière (proclamation et enregistrement pour la reconnaissance de propriété, définition des contours de la propriété selon la nature du bien corporel [marque, brevet ou œuvre de l'esprit] et différenciation des modes de sanction par rapport à la propriété)¹²⁹.

Dans le cadre de notre sujet, nous nous placerons du point de vue du droit positif, qui se place davantage dans le second camp puisqu'il reconnaît l'idée générale de la propriété des biens intellectuels, et de renvoyer son application à des régimes spéciaux au droit de propriété classique (existence d'exceptions légales, de limites définies par la loi...). Au-delà de ce débat théorique, il s'agit plutôt ici de se pencher sur ce qu'implique le rattachement des droits de propriété intellectuelle au droit de propriété en tant que droit fondamental et leur considération en tant que tels. Il est d'abord nécessaire de rappeler les étapes de cette fondamentalisation (I), avant d'en étudier les conséquences juridiques (II).

I - Fondamentalisation de la propriété intellectuelle

23. — Définition des droits fondamentaux. Définir le terme de « *droit fondamental* » est un exercice périlleux, risquant de conduire à une impasse tant les avis divergent¹³⁰. Il convient plutôt de s'attacher à comprendre la logique inhérente à la définition d'un droit fondamental. En suivant cette approche, nous pouvons caractériser les droits fondamentaux, par principe, comme des droits subjectifs, imprescriptibles, inaliénables et universels, inscrits au plus haut niveau dans les textes constitutionnels internes et internationaux. Cette notion importée

¹²⁷ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 312.

¹²⁸ F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 ; J.-M. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s.

¹²⁹ C. Atias, « Destins du droit de propriété », *Droits* 1985, p. 5 ; E. Mackaay, « La propriété intellectuelle et l'innovation. Analyse économique du droit », *Droit et patrimoine*, n° 119, oct. 2003, p. 61 ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, p. 29 et s.

¹³⁰ E. Picard, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, p. 544.

d'Allemagne trouve ses origines dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, quand les droits de l'homme ont vu leur protection juridique prise en charge par la norme constitutionnelle¹³¹. Auparavant, notamment en France, cette protection était assurée directement par le législateur par l'entremise de la loi au titre de ce qu'on appelait « *les libertés publiques* ». Toutefois, la Seconde Guerre mondiale a révélé les dérives du législateur et son échec à assurer la protection efficace de ces droits. Cela a conduit les États, dont la France, à les sanctuariser en les inscrivant dans leur Constitution¹³², texte au sommet de la hiérarchie des normes auquel les lois (d'un rang inférieur dans cette hiérarchie) doivent se soumettre¹³³.

24. — Reconnaissance internationale et variété des droits fondamentaux. Au-delà de la Constitution, les droits fondamentaux ont également été reconnus dans nombre de textes internationaux, plus particulièrement et à titre d'illustration, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974. Puisque l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 reconnaît aux traités et accords, du fait de leur seule ratification, une intégration directe dans l'ordre juridique national et leur primauté sur la loi nationale, qu'elle soit antérieure ou postérieure au traité¹³⁴, le juge judiciaire, peu importe la matière, doit incorporer dans son raisonnement la Convention européenne des droits de l'homme si une partie vient à l'invoquer durant l'instance. La Convention et d'autres textes reconnaissant les droits fondamentaux (comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) engendrent une pluralité de droits fondamentaux que le législateur comme le juge doivent respecter, malgré leurs natures et objectifs très différents. Il est toutefois possible de les diviser en trois catégories : les droits individuels (droit de la personne, droit à la vie privée, liberté d'opinion, liberté de religion...), les droits collectifs (droit de manifester, liberté de la presse, liberté d'association...) et les droits sociaux (droit à l'emploi, droit à la sécurité, droit au logement...). Mais où se situe le droit de la propriété intellectuelle dans cette profusion de droits ?

¹³¹ A. Viala, « Droits fondamentaux (Notion) », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, ss. la dir. de D. Chagnollaud et G. Drago, Dalloz, 2010, p. 303.

¹³² Notamment dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel la décision 71-44 DC du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle, avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 27 août 1789.

¹³³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, LGDJ, 1999, p. 209 et s.

¹³⁴ Cass. 1^{re} civ., 24 mai 1975, *Sté des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13.556 : D. 1975. 497, concl. A. Touffait. ; CE, ass., 20 oct. 1989, Nicolo : RTD eur. 1989. 771, concl. P. Frydman.

25. — Première qualification comme droit naturel. La reconnaissance du droit de la propriété intellectuelle en tant que droit fondamental s'est faite de façon fragmentée et n'a trouvé à s'appliquer en droit positif que très récemment. S'agissant de sa composante du droit d'auteur et des brevets, la propriété intellectuelle ne nécessitait pas la reconnaissance des droits fondamentaux pour affirmer sa légitimité tant sa qualification comme droit naturel paraissait évidente, comme le montrent les rapports Le Chapelier¹³⁵ et Lakanal¹³⁶ pour évoquer les droits du génie¹³⁷. Cependant, pour autant que la notion de droit naturel existe, ce qui est loin d'être évident¹³⁸, il faut considérer cette qualification avec précaution ; d'autant qu'on pouvait, dès la publication des rapports susmentionnés, affirmer l'existence d'autres droits naturels, tel le droit à la vie ou à la dignité.

26. — Fondamentatisation préalable du droit d'auteur. Néanmoins, si la propriété intellectuelle, potentiel droit naturel, venait à être placée au sommet de la hiérarchie des normes, ce statut doit être reconnu par les textes. Le droit d'auteur fut le premier des droits de propriété intellectuelle à être reconnu en tant que droit fondamental à l'article 27, alinéa 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, disposant que : « *Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* »¹³⁹. Cependant, diverses incertitudes demeurent quant à la signification réelle de la disposition et il convient de souligner que la déclaration n'a pas la valeur de traité international, ce qui exclut l'application effective de ce droit fondamental en cas de

¹³⁵ I.-R.-G. Le Chapelier, « Rapport de M. Le Chapelier, au nom du comité de Constitution, sur la pétition faite à l'Assemblée nationale, le 26 avril 1791, par les administrateurs du département de Paris, lors de la séance du 9 mai 1791 », in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XXV - Du 13 avril 1791 au 11 mai 1791*, Librairie Administrative P. Dupont, 1886, p. 678.

¹³⁶ « Rapport du représentant Lakanal sur le manuscrit remis par la veuve de J.-J. Rousseau, lors de la séance du 6 vendémiaire an III (27 septembre 1794) », in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XCVIII - Du 3 vendémiaire au 17 vendémiaire an III (24 septembre au 8 octobre 1794)*, CNRS éditions, 1994, p. 94.

¹³⁷ A. Lucas, « Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre ? », in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, ss. la dir. de A. Bensamoun, Mare & Martin, Presse Universitaire de Sceaux, 2018, p. 31 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 5e éd., 2017, p. 9 ; A. Ciampi, « Droit d'auteur, droit naturel », *RIDA*, 1957, n° 14, p. 3 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, p. 51.

¹³⁸ M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, rééd. 2002, p. 139 ; A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 1999.

¹³⁹ R. Cassin, « L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits de créateurs des œuvres de l'esprit », in *Mél. M. Plaisant*, Sirey, 1960, p. 225.

manquement d'un État ou d'un tiers à ce droit¹⁴⁰. L'article 15, alinéa 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par la même Assemblée générale des Nations unies, le 16 décembre 1966 précise : « *Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit (...) de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». Cependant, cette disposition souffre des mêmes critiques que la précédente et continue d'exclure les autres droits de propriété intellectuelle, notamment le droit des marques.

27. — Fondamentatisation du droit de la propriété intellectuelle dans le droit de l'Union européenne. Il faut attendre le nouveau millénaire et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 pour que l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle soit considéré comme un droit fondamental. En effet, l'article 17, alinéa 2, de la Charte dispose sommairement que « *La propriété intellectuelle est protégée* ». S'il s'agit d'une reconnaissance *a minima*, c'est une reconnaissance réelle qui protège le droit de propriété intellectuelle directement. En outre, le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, en son article 6, paragraphe 1, reconnaît à la Charte la qualité de traité, lui donnant ainsi une pleine force contraignante (même si aux termes de l'article 51§1 de cette même Charte, elle ne s'adresse aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union). La disposition constitue un changement important, car en offrant une plus grande place aux droits fondamentaux, la Charte souligne que l'Union européenne est bien plus qu'un simple marché économique : elle est une réelle « Union des valeurs » à laquelle tous les États membres ont accepté d'adhérer¹⁴¹.

28. — Reconnaissance indirecte par le droit fondamental de propriété. C'est principalement par l'intermédiaire du droit fondamental de propriété qu'est reconnu le droit de la propriété intellectuelle en tant que droit fondamental. Quant à l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux, il est utile de rappeler que son titre est « *le droit de propriété* ». Si la propriété intellectuelle est reconnue directement dans son paragraphe 2, il apparaît que, pour l'Union européenne, ce droit fondamental se rattache au droit fondamental de propriété. Ce

¹⁴⁰ A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, p. 90 et s.

¹⁴¹ CJUE, 10 déc. 2018, *Wightman and Others*, aff. C-621/18, pt. 63 : « (...) l'Union regroupe des États qui ont librement et volontairement adhéré à ces valeurs, le droit de l'Union reposant ainsi sur la prémisses fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, lesdites valeurs ».

rattachement est confirmé par les « *Explications* » relatives à la Charte¹⁴² en présentant la propriété intellectuelle comme « *un des aspects du droit de propriété* ». Cette logique suit le raisonnement opéré par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴³ qui rattache la protection de la propriété intellectuelle à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme disposant que « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* » et dont elle garantit le respect par les États signataires. Elle l'a fait progressivement et assez récemment pour les principaux droits de propriété intellectuelle¹⁴⁴ : d'abord pour le droit des brevets par sa Commission¹⁴⁵, puis pour le droit des marques en Grande chambre¹⁴⁶, avant de reconnaître ce rattachement au droit d'auteur¹⁴⁷.

Il est toutefois regrettable qu'un tel rattachement unilatéral au droit de propriété fasse totalement abstraction des liens que peuvent entretenir certains droits de propriété intellectuelle avec d'autres droits fondamentaux comme, par exemple, les droits moraux de l'auteur avec la protection de la personne et de la vie privée et la liberté d'expression ou le droit des marques en tant que garant d'une concurrence loyale et vecteur d'information pour les consommateurs pouvant se rattacher à la liberté d'entreprise et à la protection des consommateurs. Ces liens

¹⁴² Publiées au Journal officiel de l'Union européenne et établies sous la responsabilité du praesidium de la Convention qui a élaboré ladite Charte. V. Journal officiel de l'Union européenne, C-303/17, 14.12.2007. L'article 52§7 de la Charte des droits fondamentaux précisant que : « *Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres* ».

¹⁴³ La Cour de justice de l'Union européenne s'inspire, de manière générale, grandement des raisonnements de la Cour européenne des droits de l'homme comme le lui impose l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux. V. aussi : CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger c/ Autriche*, aff. C-112/00, pt. 72 : « *Les principes dégagés par cette jurisprudence ont été réaffirmés par le préambule de l'Acte unique européen, puis par l'article F, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne (arrêt Bosman, précité, point 79). Aux termes de cette disposition, '[l'] Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* ».

¹⁴⁴ L.R. Helfer, « The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, ss. la dir. de P.L.C. Torremans, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 27.

¹⁴⁵ Comm. EDH, 4 oct. 1990, *Smith Kline et French Lab. c/ Pays-Bas*, n° 12633/87 : « *La Commission relève qu'en droit néerlandais, le titulaire d'un brevet est désigné comme le propriétaire du brevet et que, sous réserve des dispositions de la loi y afférente, les brevets sont réputés être des biens personnels cessibles et transférables. Elle estime, dès lors, qu'un brevet relève effectivement du terme 'biens' figurant à l'article 1 du Protocole additionnel* ».

¹⁴⁶ CEDH, Gr. ch., 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, n° 73049/01 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 67, obs. Ch. Caron ; *JCP E* 2007, 1409, note A. Zollinger. v. § 72 : « *Au vu de la jurisprudence susmentionnée, la Cour fait sienne la conclusion de la chambre selon laquelle l'article 1 du Protocole no 1 s'applique à la propriété intellectuelle en tant que telle* ».

¹⁴⁷ CEDH (4e sect.), 29 janv. 2008, *Balan c/ Moldavie*, n° 19247/03, *Comm. com. électr.* 2008, comm. 76, obs. Ch. Caron ; *Légipresse* 2008, n° 250, III, p. 61, note J. Lesueur ; *RTD com.* 2008, p. 732, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Prop. intell.* 2008, n° 28, p. 338, obs. J.-M. Bruguière. v. § 34 : « *The Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 is applicable to intellectual property* » [pas de traduction officielle].

amènent M. Vivant à penser, à raison, que le droit de propriété intellectuelle est, du point de vue des droits fondamentaux, bien plus qu'un simple droit de propriété¹⁴⁸. Cette qualification aurait dû être prise en compte dans ces traités. De plus, si l'Union européenne n'a toujours pas expressément ratifié la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁹, l'ensemble des États membres de l'Union y a adhéré.

29. — Une approche globale de la matière ? À ce stade, deux interrogations peuvent être formulées. La première est de savoir à quels droits de propriété intellectuelle précisément une telle reconnaissance peut être appliquée. Cette question est d'autant plus pertinente que le périmètre de la propriété intellectuelle n'a jamais été délimité clairement par les textes nationaux, européens et internationaux, qui ont préféré les diviser entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme précédemment cités nous conduisent à penser qu'une telle reconnaissance s'applique à ces deux branches : par le biais de l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux, elles sont également protégées par le droit de l'Union européenne. Toutefois, une protection reconnue à l'ensemble des branches du droit de la propriété intellectuelle n'inclut pas nécessairement la possibilité de toutes les invoquer. La question de l'invocation du droit fondamental de brevets par le biais de la Charte des droits fondamentaux permet cette compréhension. En effet si, à la lecture de son article 51§1, il ne fait aucun doute qu'un tel droit peut être invoqué devant les institutions, organes et organismes de l'Union, il apparaît aussi qu'il s'appliquerait aux États membres « *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». Or, le brevet « *européen* » délivré par l'Office européen des Brevets (OBE) n'est rien de plus qu'un titre national particulier, ce qui l'exclurait du « *droit de l'Union* ». Cela a amené la Cour de justice de l'Union européenne à juger, en 2007, que : « *La Communauté n'a pas encore exercé ses compétences dans le domaine des brevets ou, à tout le moins, que, sur le plan interne, cet exercice est, à ce jour, resté insuffisamment important pour pouvoir considérer que, en l'état actuel, ce domaine relève du droit communautaire* »¹⁵⁰. Un raisonnement par analogie, tel que celui de M. Boisson sur l'effet direct de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce - dit ADPIC - (et comprenant de nombreuses

¹⁴⁸ M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Prop Intell.* 2007, n° 23, p. 193.

¹⁴⁹ Malgré l'article 6§2 du TUE qui prévoit l'adhésion de l'Union à cette Convention, le projet d'accord d'adhésion a été déclaré incompatible avec les traités par la Cour de justice. Cf. avis 2/13, du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454. L'article 6§2 du TUE n'a donc pas encore été mis en œuvre.

¹⁵⁰ CJUE, GC, 11 sept. 2007, *Merck Genéricos*, aff. C-431/05, pt. 46.

dispositions importantes en droit des brevets) dans l'Union¹⁵¹, pourrait peut-être justifier l'application de la Charte¹⁵². L'auteur souligne, à raison, que l'institution du brevet unitaire européen et de la juridiction unifiée du brevet ne peut dissiper ce doute puisque l'Union n'a pas apporté de régime substantiel au droit des brevets¹⁵³.

La même problématique se pose quant à la composante morale du droit d'auteur qui, malgré son intégration dans l'objet spécifique du droit d'auteur par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵⁴, reste au centre d'un débat doctrinal important afin de déterminer si cette composante morale peut bien se fonder sur le droit de propriété¹⁵⁵.

La seconde question à poser est celle de savoir si, l'ensemble des droits de propriété intellectuelle se rattachant au droit fondamental de propriété, une analyse globale de la matière à l'aune des droits fondamentaux pourrait être opérée. Si nous adoptons le point de vue de la Charte des droits fondamentaux, celle-ci donne la même intensité d'application à chaque droit et entérine l'absence de différence au niveau constitutionnel entre la protection de la propriété intellectuelle et celle visant les biens en général¹⁵⁶. Ainsi, aucune différence constitutionnelle n'est faite entre les différents droits de propriété intellectuelle eux-mêmes. Cela reviendrait pourtant à oublier la spécificité des différentes composantes de la propriété intellectuelle et leurs objectifs très différents¹⁵⁷. Pour M. Zollinger, les différents droits de propriété intellectuelle « *n'ont ni la même nature ni le même fondement, et qu'on ne peut donc raisonnablement opérer de confusion entre eux ; la qualité de droit de l'homme de la propriété intellectuelle ne peut être abordée de manière globale et indistincte* »¹⁵⁸. Pourtant, nous ne saurions occulter, d'un point de vue positiviste, que les textes suscités en matière de droits

¹⁵¹ V. CJUE, 18 juill. 2013, *Daiichi Sankyo*, aff. C-414/11, pt. 55-56 : « *Par ailleurs, en prévoyant, à l'article 207, paragraphe 1, TFUE, que les 'aspects commerciaux de la propriété intellectuelle' relèvent désormais pleinement de la politique commerciale commune, les auteurs du traité FUE n'ont pas pu ignorer que les termes ainsi insérés dans ladite disposition correspondent quasi littéralement au titre même de l'accord ADPIC. L'existence d'un lien spécifique entre l'accord ADPIC et les échanges internationaux justifiant de conclure que cet accord relève du domaine de la politique commerciale commune* ».

¹⁵² A. Boisson, « La « Fondamentalisation » des contentieux relatifs à la propriété intellectuelle, L'apport de la charte des droits fondamentaux de l'UE », *RAE* 2018, n° 2, p. 259.

¹⁵³ V. également V. Ruzek, *Communautarisation et mondialisation du droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2016, n° 917 et s., p. 546.

¹⁵⁴ CJCE, 20 oct. 1993, *Phil Collins e.a.*, aff. C-92/92 et C-326/92.

¹⁵⁵ A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, p. 150.

¹⁵⁶ J. Malenovsky, « La contribution de la Cour de justice à l'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union Européenne », *ERA Forum: scripta iuris Europaei; journal of the Academy of European Law (Europäische Rechtsakademie Trier)*, nov. 2012, volume 13, number 3, p. 411.

¹⁵⁷ V. à ce sujet : J.-C. Galloux, « Propriété intellectuelle (Droit de la) », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, ss. la dir. de D. Chagnollaud et G. Drago, Dalloz, 2010, p. 632.

¹⁵⁸ A. Zollinger, *op. cit.*, p. 152.

fondamentaux seront systématiquement les mêmes, quel que soit le droit de propriété intellectuelle en cause¹⁵⁹. Ce point montre, dès lors, toute l'importance de l'interprétation des droits fondamentaux à la lumière de leur objet (et non uniquement du texte qui leur est attaché) et pose directement la question des conséquences juridiques que peut impliquer la reconnaissance du droit de propriété intellectuelle comme droit fondamental.

II - Conséquences de la fondamentalisation

30. — Conséquences sur la hiérarchie des normes. La première conséquence de la fondamentalisation du droit de la propriété intellectuelle sera d'attribuer et de garantir une position suprême à la matière dans la hiérarchie des normes. Toutes les normes inférieures (règlements, directives, lois, décrets...) devront alors respecter le droit de propriété intellectuelle, qui sera opposable aux tiers et à la puissance publique. L'État ne pourrait donc pas édicter des normes qui iraient à l'encontre de la protection du droit de la propriété intellectuelle¹⁶⁰. Les tiers ne pourraient en aucune circonstance le menacer par leurs actions. Une quelconque méconnaissance du droit de propriété intellectuelle en tant que droit fondamental entraînerait une sanction du juge constitutionnel ou international. Un surcroît de légitimité serait ainsi apporté à la lutte contre la contrefaçon¹⁶¹ au moment même où le droit de la propriété intellectuelle est critiqué par certains, sur le fondement d'autres droits fondamentaux¹⁶² ou de l'équité¹⁶³.

De ce point de vue, une telle reconnaissance en tant que droit fondamental paraît assez profitable au droit de propriété intellectuelle. Certains y voient même une restitution de la pureté

¹⁵⁹ Abstraction faite des textes émanant de l'Assemblée des Nations Unies qui, comme vu précédemment, sont sans aucune application juridique. V. sur ce point : *supra*, n° 26.

¹⁶⁰ V. Considérant 32 de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle disposant que : « la présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes, qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à assurer le plein respect de la propriété intellectuelle, conformément à l'article 17, paragraphe 2, de cette Charte », même si bien évidemment l'usage de ce droit pourra être réglementé par l'intérêt général.

¹⁶¹ L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, Thémis, 2013, p. 148.

¹⁶² C'est le cas politiquement avec l'émergence de « *partis pirates* » dans certains pays de l'UE : J. Phillips, « It's my party and I'll cry if I want to », *Journal of Intellectual Property Law & Practice (JIPLP)* 2009, vol. 4, n° 7, p. 451 ; D. Cohen, « La propriété intellectuelle c'est le vol », *Le Monde*, 8-9 avril 2001.

¹⁶³ A. Lassale, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », in dossier n° 7, *La reconfiguration de l'office du juge de la conventionnalité de la loi*, *RDLF* 2018, chron. n° 18 ; M. Buydens, *La propriété intellectuelle, évolutions historique et philosophique*, Bruylant, Bruxelles 2012, p. 423 et s.

originelle de la matière grâce au caractère abstrait et général de la norme tendant à écarter les dénaturations infligées par le législateur, sous la pression de certains acteurs économiques¹⁶⁴. Néanmoins, il ne s'agit que de la face immergée de l'iceberg. Il n'est pas question d'occulter, par cette reconnaissance, la place du droit de la propriété intellectuelle parmi d'autres droits fondamentaux.

31. — Interaction avec les autres droits fondamentaux. La conséquence la plus importante de la reconnaissance du droit de la propriété intellectuelle en tant que droit fondamental est certainement son intégration dans un système au sein duquel il doit interagir avec d'autres droits fondamentaux. Le droit de la propriété intellectuelle n'est pas une exception puisqu'en principe tous les droits fondamentaux interagissent. La Cour de justice de l'Union européenne l'a rappelé à plusieurs reprises et notamment par sa décision *Scarlet*, dans laquelle les juges européens ont affirmé que « *La protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cela étant, il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue.* »¹⁶⁵.

Cette approche inquiétait déjà la doctrine avant même que le droit de la propriété intellectuelle ne soit reconnu explicitement en tant que droit fondamental¹⁶⁶. En effet, s'il est reconnu que le droit de la propriété intellectuelle peut interagir avec d'autres droits fondamentaux, il n'est confronté à eux qu'en certaines occasions et peut parfois leur céder. Cette observation a ainsi conduit Villey à penser que : « *chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme* »¹⁶⁷. Une telle inquiétude s'explique par le fait que ce système de droits fondamentaux remet en cause une certaine vision de la propriété intellectuelle (et plus particulièrement du droit d'auteur), qualifiée par M. Galloux « *d'auctorique* »¹⁶⁸, où la personne de l'auteur et ses intérêts doivent primer sur ceux des

¹⁶⁴ Ch. Geiger, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, n° 29, p. 150 ; J.-C. Galloux, *op. cit.*, p. 632.

¹⁶⁵ CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended (Sté) c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeur SCRL*, aff. C-70/10, pt. 42, *D.* 2011, 2925, obs. C. Manara ; *Comm. com. électr.* 2012. Étude 3, par A. Neri ; *Europe Actualité Droit de l'Union européenne* 2012, comm. 44, note L. Idot.

¹⁶⁶ Ch. Caron, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *Comm. com. électr.*, oct. 1999, n° 1, p. 9.

¹⁶⁷ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1990, p. 13.

¹⁶⁸ J.-C. Galloux, « Propriété intellectuelle (Droit de la) », *op. cit.*, spéc. p. 636.

tiers¹⁶⁹. Cette vision, issue de la loi du 11 mars 1957, s'accommode mal au système des droits fondamentaux.

32. — Perspective de confrontation avec d'autres droits fondamentaux. Dès lors, si confrontation il y a, quels seraient les droits fondamentaux opposés au droit de la propriété intellectuelle ? En théorie, n'importe quel droit fondamental pourrait être opposé au droit de la propriété intellectuelle, mais, en pratique, seuls certains droits auront une réelle portée¹⁷⁰. En effet, il est difficile, par exemple, d'imaginer une confrontation entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit au mariage. De même, du fait de la spécificité des différents droits de propriété intellectuelle, certaines de ses composantes n'entreront très certainement jamais en conflit avec certains droits fondamentaux alors que d'autres oui. Par exemple, le droit d'auteur pourrait être confronté à la liberté d'expression, de création, au droit du public à l'information, tandis que le droit des brevets pourrait l'être au droit à la dignité des personnes ou à la protection de la santé. Nous aborderons la confrontation de ces droits et surtout la résolution de ce conflit plus tard dans nos raisonnements¹⁷¹.

Il convient en outre de souligner que cette confrontation n'est pas nécessairement génératrice de conflits et il peut arriver que la rencontre entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux se passe de façon plus pacifique. C'est notamment et surtout le cas lors de sa rencontre avec les grands principes procéduraux. En effet, dans nombre de conventions internationales, ont été reconnus des principes importants qui garantissent une relative stabilité à la matière. Par exemple, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît le droit à un procès équitable et l'article 13 de la même convention garantit le droit à un recours effectif. Ces principes sont également rappelés au niveau mondial à l'article 41 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Ainsi, la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle bénéficie d'une protection juridictionnelle effective dans tous les États signataires de ces conventions. De même, ces droits procéduraux influent sur différentes mesures de la propriété intellectuelle

¹⁶⁹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2014, p. 73 : « *Le droit d'auteur, pris dans son ensemble, est un droit naturel et individualiste. Il est destiné à protéger l'auteur et son œuvre. Son régime n'est donc pas guidé par la recherche d'un autre intérêt que celui de l'auteur, par exemple par l'intérêt collectif ou public* ».

¹⁷⁰ G. Minero, « Intellectual Property Rights and Human Rights: Coinciding and Cooperating », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, ss. la dir. de P.L.C. Torremans, Wolters Kluwer Law & Business, 3e éd., 2015, p. 163.

¹⁷¹ *Infra*, n° 119 et suiv.

comme la saisie-contrefaçon¹⁷² ou, comme nous le verrons dans notre deuxième partie, sur l'établissement de la sanction de la contrefaçon¹⁷³.

Néanmoins, une question demeure, celle de l'articulation des droits fondamentaux. Certes, ils ont vocation à interagir, mais, en cas de conflit, il sera nécessaire de trancher, ce qui permet à certains auteurs d'envisager une hiérarchisation des différents droits fondamentaux.

Section 2 : La perspective d'une hiérarchisation des droits fondamentaux

33. — Définition et enjeu de la hiérarchie. La hiérarchie est définie selon Mme Saint-James comme « *un rapport entre les composantes d'un système juridique selon lequel une norme doit respecter une norme d'un degré supérieur* »¹⁷⁴. Appliquée aux droits fondamentaux, cette idée est très controversée donc très débattue au sein de la doctrine. En effet, s'il est reconnu traditionnellement que les droits fondamentaux sont « *universels et indivisibles* » (I), la lecture des textes les reconnaissant révèle que certains droits semblent avoir une valeur bien supérieure à d'autres. L'établissement de prémices d'une hiérarchie pourrait, sans résoudre *ex ante* les possibles conflits de droits fondamentaux, apporter des éclaircissements quant à l'intensité du contrôle qu'il convient d'exercer (II).

I - Le principe d'égale valeur entre les droits fondamentaux

34. — Une reconnaissance légale limitée. Le principe d'égale valeur des droits fondamentaux a été affirmé à de multiples reprises dans plusieurs textes internationaux. Par exemple, la proclamation de Téhéran de 1968 dispose que : « *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales étant indivisibles, la jouissance complète des droits civils et politiques est impossible sans celle des droits économiques, sociaux et culturels* ». Surtout, la déclaration de Vienne de 1993 précise : « *Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables,*

¹⁷² Sur indépendance de l'expert qui assiste l'huissier à la saisie-contrefaçon : Cass. com., 28 avr. 2004, *Sté Biomérieux c/ Sté Bio Rad Pasteur et a.*, n° 02-20.330 : *JCP G* 2004, II, 10171, note Ch. Caron ; *Procédures* 2004, comm. 162, H. Croze ; *Propr. industr.* 2005, comm. 45, J. Raynard.

¹⁷³ *Infra*, n° 222 et suiv.

¹⁷⁴ V. Saint-James, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, ss. la dir. de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials, F. Sudre, PUF, 2008, p. 477.

interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance »¹⁷⁵. Cette égalité semble justifiée par le fait que les droits fondamentaux auraient des valeurs identiques et liées : si un des droits est attaqué, tous les autres sont fragilisés. Cependant, rien n'est explicitement dit à ce sujet, ni dans la Convention européenne des droits de l'homme ni dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷⁶. Cela devrait donc apparaître dans la jurisprudence des cours de Strasbourg et de Luxembourg. Et, de fait, notre attention est attirée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Airey c/ Irlande*, précisant, à l'instar de la Proclamation de Téhéran, qu'il n'y a pas de cloison étanche entre la sphère des droits civils et politiques et celles des droits économiques et sociaux¹⁷⁷. Néanmoins, déclarer que les catégories de droits fondamentaux ne peuvent être dissociées, ne veut pas forcément dire qu'ils ont nécessairement la même valeur. Ainsi, dans leurs raisonnements respectifs sur les droits fondamentaux, les deux cours européennes ne se sont jamais directement et clairement prononcées sur l'existence ou non d'une hiérarchie entre ces différents droits. On pourrait simplement le déduire de la conciliation qu'exercent ces cours entre les droits fondamentaux fondée sur l'idée traditionnelle que la balance des intérêts est nécessairement opposée à toute idée de hiérarchie¹⁷⁸.

35. — Une opposition doctrinale contre la hiérarchie des droits fondamentaux. Le principe d'égalité de valeur des droits fondamentaux a été, à l'inverse, affirmé très tôt par la doctrine¹⁷⁹. En lisant attentivement celle-ci, c'est une approche plus philosophique que

¹⁷⁵ Même si leur nature juridique, donc leur applicabilité dans le droit positif français pose question. v. D. Momtaz, « La proclamation de Téhéran », *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009.

¹⁷⁶ Même si le principe d'indivisibilité pourrait être déduit selon certains du fait que la Charte des droits fondamentaux réunit dans un même texte les droits civils et politiques ainsi que les droits économiques et sociaux (V. M. Benlolo-Carabot, Chapitre 2. Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne : *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 1/2012, p. 92 s.) et que le préambule de la Charte rappelle que : « *L'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité* » n'incluant donc pas tous les droits fondamentaux.

¹⁷⁷ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, n° 6289/73, § 26 : « (...) si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention »

¹⁷⁸ P. Ducoulombier, « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, ss. la dir. de L. Potvin-Solis, Bruylant, 2012, p. 319

¹⁷⁹ J. Rivero, G. Vedel, *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Librairie sociale et économique, coll. Droit social, 1947, p. 31 et s.

juridique qui se dégage. Ainsi, pour Mme Saint-James : « *Si on lie les droits de l'homme à un système de droit naturel, l'universalité et l'homogénéité des droits qui émanent des mêmes conceptions et revêtent donc la même valeur doit être soulignée et ruine l'établissement des hiérarchies* »¹⁸⁰. En raisonnant selon le critère de la hiérarchie des normes, il apparaît, en effet, que tous les droits fondamentaux sont au sommet de cette hiérarchie¹⁸¹ et il serait potentiellement dangereux de figer, dans une hiérarchie des droits fondamentaux, des valeurs plus dignes de protection que les autres alors que les textes reconnaissant ces droits sont considérés comme des « *instruments vivants à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle* »¹⁸². D'un point de vue méthodologique, la hiérarchie peut poser également de nombreuses questions.

36. — Une reconnaissance de l'absence de hiérarchie par l'existence d'une conciliation des droits fondamentaux ? En effet, il est également pertinent de penser qu'une hiérarchie des droits fondamentaux ne peut exister si les juges ont pour mission de les concilier, notamment à travers le principe de proportionnalité. Celui-ci, par son utilisation, serait la preuve que la hiérarchie entre les droits fondamentaux n'existe pas, sinon quel serait l'intérêt d'utiliser un instrument pour les concilier ? Il s'agirait simplement de confronter les droits fondamentaux en présence et de trancher dans le sens du droit le plus haut dans la hiérarchie. Cette approche est bien trop simpliste, car, comme nous le verrons, une potentielle hiérarchie des droits fondamentaux ne donne pas nécessairement le résultat d'un litige, mais pourrait simplement servir de point de départ à l'application du principe de proportionnalité. La conciliation des droits peut être définie dans ce contexte d'après Mme Saint-James comme « *l'ensemble des techniques développées par le système juridique pour permettre la mise en œuvre conjointe de deux droits antinomiques. La conciliation des droits peut être réalisée par un texte ou réalisée par le juge de manière pragmatique* »¹⁸³. En suivant cette définition, nous comprenons très vite que, si une quelconque hiérarchie formelle existait entre les différents droits fondamentaux, il n'y aurait nul besoin de concilier ces droits. En effet, le juge ou le législateur n'aurait qu'à confronter les droits en conflit et à faire prévaloir le plus haut dans la hiérarchie. Pourtant, c'est cet effort de conciliation qui ressort tant des décisions de la Cour européenne des droits de

¹⁸⁰ V. Saint-James, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 479

¹⁸¹ G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, p. 265.

¹⁸² CEDH, 3 déc. 2009, *Zaunegger c/ Allemagne*, n° 22028/04, § 60 : « *A cet égard, elle [la Cour] rappelle que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* ».

¹⁸³ V. Saint-James, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 479.

l'homme¹⁸⁴ que de celles de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸⁵ et du Conseil constitutionnel français¹⁸⁶. En droit de la propriété intellectuelle, plusieurs auteurs ont également reconnu une telle égalité entre les droits fondamentaux à travers l'existence d'une conciliation impérative entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux comme Mme Marino¹⁸⁷ ou M. Geiger¹⁸⁸.

Malgré cela, la doctrine défendant l'absence de hiérarchie de droits fondamentaux se fonde surtout sur une approche philosophique d'égalité de ces droits et une approche méthodologique du fait de la négation d'une hiérarchie figée dans le temps et préalable à tout conflit de droit, excluant tout besoin de conciliation. Or, cette hiérarchisation pourrait prendre d'autres formes plus subtiles, qui ne serait pas exclusive d'une conciliation entre droits fondamentaux voire qui en serait l'accompagnatrice indispensable.

II - La hiérarchisation des droits fondamentaux : une vision doctrinale controversée

37. — Enjeu de l'existence d'une hiérarchie. Les développements concernant une possible hiérarchisation des droits fondamentaux mériteraient à eux seuls la rédaction d'une autre thèse tant le sujet est vaste et complexe¹⁸⁹. Nous ne pourrions ici que tracer les grandes lignes de ce débat doctrinal, fondamental pour notre sujet, qui peut se diviser en deux approches, l'une

¹⁸⁴ V. par ex. : CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, n° 59320/00, § 79 : « *Eu égard à tous ces éléments, et malgré la marge d'appréciation dont l'État dispose en la matière, la Cour estime que les juridictions allemandes n'ont pas établi un juste équilibre entre les intérêts en présence* ».

¹⁸⁵ V. par ex. : CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger c/ Autriche*, aff. C-112/00, pt. 77 : « *La présente affaire soulève ainsi la question de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité* ».

¹⁸⁶ V. par ex. : Cons. Const., 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, n° 2004-499 DC, § 13 « *compte tenu de l'ensemble de ces garanties et eu égard à l'objectif poursuivi, la disposition contestée est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et les autres droits et libertés, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* ».

¹⁸⁷ L. Marino, « La lutte contre le piratage en Europe... dans le tourbillon des droits fondamentaux », in *Technique et droits humains*, ss. la dir. du RERDH, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2011, p. 306 : « *La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont ici une méthode commune : elles n'établissent pas de hiérarchie entre les droits fondamentaux et appliquent le principe de proportionnalité* ».

¹⁸⁸ Ch. Geiger, « De la propriété intellectuelle dans l'ordre des droits fondamentaux », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, ss. la dir. de M. Vivant, Dalloz, 2015, 2e éd., p. 16 : « *L'idée d'une mise en balance des différents droits en cause semble incompatible avec l'idée d'une quelconque hiérarchie de principe* ».

¹⁸⁹ V. concernant la hiérarchie spécifique aux droits reconnus par la CEDH : M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011.

fondée sur la supériorité des droits subjectifs et sur la lecture des textes de loi (A) et l'autre sur le raisonnement même des cours européennes et leurs textes fondamentaux (B). Les deux approches sont cependant insuffisantes pour aboutir à une méthode viable pour la résolution des conflits de droits fondamentaux.

A) Supériorité des droits subjectifs face aux libertés et hiérarchisation implicite dans la loi

38. — La primauté des droits subjectifs. La première théorie concernant une hiérarchie des droits fondamentaux est celle menée par M. Gautier. Selon cette approche, le droit subjectif reconnu par la Cité à une catégorie d'individus pour préserver des prérogatives particulières prime, sauf preuve contraire, sur les libertés publiques accordées par principe à une population entière et qui ne serait pas un droit subjectif¹⁹⁰. En suivant ce raisonnement, le droit de la propriété intellectuelle, reconnu par le législateur pour préserver des prérogatives particulières doit, en cas de conflit, systématiquement primer sur les libertés fondamentales reconnues à l'ensemble de la population. Cette théorie est également soutenue par Mme Lesueur qui, dans sa thèse, développe l'idée selon laquelle il existe une hiérarchie des normes, mais également une hiérarchie substantielle des droits en tant que prérogatives de « *nature différente (...) certains pouvoirs prim[a]nt d'autres en raison de leur nature* »¹⁹¹. Elle reconnaît tout de même l'existence de droits subjectifs fondamentaux en excluant les droits fondamentaux du public, simples « *droits collectifs* »¹⁹².

39. — Définition des droits subjectifs et lien avec les droits fondamentaux. Il paraît nécessaire, à ce stade, de rappeler qu'un droit subjectif, par opposition au droit objectif, est un droit qui existe sur la tête d'une personne, qui lui appartient¹⁹³. Saleilles donne très tôt la définition qu'un droit subjectif ; il s'agit d'un pouvoir déterminé ayant pour objet un intérêt social (matériel ou moral) exercé par une volonté autonome et protégé par une action en

¹⁹⁰ P.-Y. Gautier, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.

¹⁹¹ J. Lesueur, *Conflits de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses univ. Aix-Marseille, 2009, p. 305.

¹⁹² J. Lesueur, « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *Comm. com. électr.* 2008, n° 7-8, étude 15.

¹⁹³ G. Cornu, *op. cit.*, p. 990.

justice¹⁹⁴. Motulsky précise, quelques décennies plus tard, qu'il n'existe pas, sous réserve d'un contentieux purement objectif, d'actions en justice indépendantes d'un droit¹⁹⁵. Le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que : « *Cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés* », suivi, dans la même idée, par l'article 47 de la Charte de l'Union européenne déclarant que : « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal* ». Il apparaît, à la lecture de ces textes et au regard de la définition de Saleilles, que les libertés fondamentales, partie des droits fondamentaux, sont des pouvoirs déterminés qui portent sur des intérêts moraux et sont opposables aux tiers. Cette position est acceptée de façon courante par une grande partie de la doctrine qui qualifie ces droits fondamentaux (dont la liberté d'expression et d'information) de droits subjectifs¹⁹⁶ et va même, pour M. Cohen, jusqu'à trouver « *vain de prétendre tracer une frontière autre que d'appellation entre les droits subjectifs et les libertés fondamentales* »¹⁹⁷.

L'analyse fondée sur le fait que les libertés fondamentales ne sont pas des droits subjectifs par leur démarche collective et doivent donc se soumettre au droit de propriété, fruit d'un intérêt particulier, va à rebours de l'esprit même des droits fondamentaux qui est de protéger les intérêts de la communauté et de l'individu contre les dérives de l'État¹⁹⁸. D'une manière plus positiviste, cela va contre l'état actuel de l'action en justice qui accepte, tant au niveau national¹⁹⁹ qu'euro péen, la prise en compte de ces droits dits « collectifs », ce qui, en suivant la thèse de Motulsky, démontre leur subjectivité. Néanmoins, d'autres analyses ont tenté de démontrer l'existence d'une potentielle hiérarchisation des droits fondamentaux.

40. — Une hiérarchie implicite des droits fondamentaux au sein de la loi française. Loin d'une analyse de la subjectivité des droits ou de l'appréciation des droits fondamentaux par les juridictions européennes et constitutionnelles, la façon dont le législateur français considère l'importance du droit de la propriété intellectuelle peut également éclairer une potentielle

¹⁹⁴ R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, La mémoire du droit, réimpression éd. 1910, 2003, p. 536.

¹⁹⁵ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Ecrits, tome 1, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 85.

¹⁹⁶ J. Cavallini, « L'invocabilité des principes de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JCP soc.* 2014, n° 23, p. 1232 ; P. Cassia, « L'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G* 2012, n° 10, p. 298 ; L. Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2010, n° 30-34, p. 829.

¹⁹⁷ D. Cohen, « Le droit à... », in *Mélanges F. Terré*, PUF, 1999, p. 393 et s.

¹⁹⁸ *Supra*, n° 23.

¹⁹⁹ V. en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-16.273 : *JCP G* 2015, 1385, note P. Ducoulombier.

hiérarchie implicite des droits fondamentaux et plus particulièrement la place prioritaire que peuvent occuper ces derniers dans son esprit. En ce sens, il convient d'analyser l'article 6.I.7 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui prévoit une obligation pour les intermédiaires techniques « *d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et, d'autre part, de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites* ». Ces activités illicites, limitativement énumérées, tenant compte au sens de la loi de « *l'intérêt général* », rassemblent « *l'apologie des crimes contre l'humanité* », « *la provocation à la commission d'actes de terrorisme et leur apologie* », « *l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap* » ainsi que « *la pornographie infantine* », « *l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, ainsi que [les] atteintes à la dignité humaine* ». La répression de ces infractions est justifiée, du point de vue des droits fondamentaux, par la protection du droit à la dignité humaine, du droit à la vie, du droit à l'intégrité de la personne et du droit à la liberté et à la sûreté. Il convient dès lors de souligner l'absence frappante de toute mention du droit de la propriété intellectuelle, pourtant qualifié de droit fondamental au même titre que les droits précédents. Cependant, et comme nous le verrons postérieurement, le droit de propriété est souvent opposé à l'intérêt général²⁰⁰ et ne va pas, au sens de cette loi, nécessiter de contraindre les intermédiaires techniques à dénoncer toutes activités de contrefaçon sur internet par une simple signalisation. Il faut attendre le 12 juin 2009 et la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet pour qu'une telle mesure soit imposée aux intermédiaires techniques, mais elle ne peut l'être que par l'intermédiaire de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) saisie à la demande des ayants droit et ne peut concerner qu'une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur. Déjà à l'époque de la promulgation de la loi sur la confiance numérique en 2004, une partie de la doctrine s'était émue de l'absence du droit de la propriété intellectuelle dans le texte²⁰¹, sans toutefois mettre le doigt sur la différence d'appréciation opérée entre le droit de propriété et d'autres impératifs fondamentaux justifiés par l'intérêt général. Ceci est, selon

²⁰⁰ *Infra*, n° 86 et suiv.

²⁰¹ Ch. Caron, « LCEN. Aspects de propriété intellectuelle : analyse d'un saupoudrage discret », *Comm. com. électr.* 2004, n° 9, étude 23 ; T. Verbiest, « Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique », *Comm. com. électr.* 2003, n° 2, chron. 4 ; L. Marino, « La non-responsabilité des prestataires de l'Internet », *RCA* 2004, n° 9, alerte 2.

nous, le premier signe d'une hiérarchisation implicite des droits fondamentaux réalisée par le législateur.

B) Une hiérarchie fondée sur les textes fondamentaux et la jurisprudence européenne

41. — Une troisième théorie, plus positiviste, essaye de démontrer l'existence d'une hiérarchie entre les droits fondamentaux à travers la lecture directe des textes les reconnaissant (1) et de la jurisprudence qui en découle notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1) Une hiérarchie textuelle

42. — **Hiérarchie textuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme.** Le principe d'indivisibilité des droits fondamentaux précédemment développé relève plus de la symbolique que de la réalité du droit positif, du moins pour certains d'entre eux²⁰². À l'appui d'une hiérarchie effective des droits fondamentaux, la lettre des textes européens, reconnaissant lesdits droits, établit l'hypothèse d'une « *hiérarchie textuelle* ». Ainsi, l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que : « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ». Son deuxième paragraphe poursuit : « *La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7* ». À l'issue de cette lecture, il est possible d'affirmer, à l'instar de plusieurs auteurs²⁰³, que le droit à la vie (reconnu à l'article 2), l'interdiction de la torture (reconnue à l'article 3), l'interdiction de l'esclavage (reconnue à l'article 4§1), et le principe de légalité (reconnu à l'article 7) occupent une place privilégiée par rapport aux autres droits reconnus par cette convention, en ce qu'ils sont absolus. Cela fait également dire à M. Sudre qu'une : « *première*

²⁰² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, n° 128.

²⁰³ D. Breillat, « La hiérarchie des droits de l'homme », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 353 ; J.F. Flauss, « Propos conclusifs sous forme d'opinion séparée », in *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, ss. la dir. de G. Cohen-Jonathan et J.F. Flauss, Bruylant, 2005, p. 180.

hiérarchie entre les droits protégés par la Convention est donc établie par le texte conventionnel lui-même [...] sur la base de la différenciation du régime juridique de ces droits. »²⁰⁴.

43. — Hiérarchie textuelle dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À l'inverse, si le texte même de la Charte des droits fondamentaux ne fait pas apparaître de hiérarchie entre les droits fondamentaux²⁰⁵, il en est autrement à la lecture des « *Explications* » de celle-ci²⁰⁶. En effet, dès les premières lignes, les « *Explications* » de l'article 1 précisent que « *La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux* ». Une affirmation explicite que confirme indirectement l'arrêt *Brüstle* de la Cour de justice de l'Union européenne concernant le droit des brevets²⁰⁷. En effet, si cet arrêt ne cite pas directement la Charte (à l'inverse des conclusions de l'avocat général), la décision se veut profondément ancrée dans le respect des droits fondamentaux puisqu'elle exclut fermement la brevetabilité des inventions impliquant l'utilisation d'embryons humains. Aux termes de la directive 98/44 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, il paraît, pour la Cour, inenvisageable de mettre en balance la dignité humaine avec d'autres droits fondamentaux de la Charte tels que le droit de propriété intellectuelle ou la liberté des sciences et d'entreprendre, excluant ainsi toute mise en balance de ces droits²⁰⁸.

Il convient de remarquer que, hormis cette qualification spéciale pour la dignité humaine, le reste des « *Explications* » de la Charte ne reconnaissent pas, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, d'autres droits fondamentaux absolus. Cela pourrait impliquer l'établissement d'une hiérarchie textuelle propre à chaque traité. Celle de la Convention européenne des droits de l'homme ne pourrait en aucun cas être transposée à celle de la Charte

²⁰⁴ F. Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 381.

²⁰⁵ Hormis celle pouvant être déduite de l'article 52§5 de la Charte des droits fondamentaux entre les principes et les droits fondamentaux. Pour les premiers, « *leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes* ». La question n'a jamais été explicitement tranchée par la CJUE mais a été analysée par un avocat général. V. Pedro Cruz Villalón *concl.* 18 juill. 2013, aff. C-176/12, Association de médiation sociale c/ CGT.

²⁰⁶ Journal officiel de l'Union européenne, C-303/17, 14.12.2007.

²⁰⁷ CJUE, 18 oct. 2011, *Olivier Brüstle c/ Greenpeace*, aff. n° C-34/10 : D. 2012, p. 412, note J.-C. Galloux

²⁰⁸ Suivant cette idée : R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007, p. 355 et s. ; M. Hottelier, « le noyau intangible des libertés », in *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Actes du VIIe colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, ss. la dir de P. Meyer-Bisch, Editions universitaires de Fribourg, 1991, p. 67 et s., spéc. p. 70.

des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or, ce n'est pas le cas. L'article 52§3 de la Charte dispose que : « *Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* ». Ainsi, la portée des droits fondamentaux jugés absolus par la Convention européenne des droits de l'homme ne pourrait être qualifiée autrement en interprétant la Charte des droits fondamentaux. Cette reconnaissance partagée des droits fondamentaux absolus se place dans la lignée du droit constitutionnel allemand, dont la *Grundgesetz* ou Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne reconnaît à la dignité de l'être humain, dès son article 1, un caractère « intangible ». Son article 23 sur l'Union européenne imposant même l'application par les institutions et les bases conventionnelles de l'Union (donc de la Charte) de l'article 79§3 du même texte, la fameuse *Ewigkeitsklausel* ou « clause d'éternité », qui précise que toute modification de l'article 1, donc *in extenso* du caractère intangible propre à la dignité de l'être humain, est interdite.

44. — Portée de la hiérarchie textuelle pour le droit fondamental de propriété intellectuelle. En pratique, et dans l'éventualité d'une confrontation entre droits fondamentaux hors des cas similaires à celui évoqué précédemment devant la Cour de justice de l'Union européenne, la reconnaissance de la supériorité des droits absolus n'aura qu'une application limitée pour les droits de propriété intellectuelle puisque cela ne concernera qu'un nombre très marginal d'affaires. Cependant, il faut souligner qu'en reconnaissant que certains droits fondamentaux sont absolus, les autres droits fondamentaux, dont l'exercice pourra être soumis à certaines limites, auront *de facto* une position plus fragile et moins importante²⁰⁹. Le droit fondamental de propriété ne faisant pas partie des droits absolus, il ne semble pas indispensable de le protéger en toute situation. Ainsi, ce n'est peut-être pas un hasard si, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, ce droit ne faisait pas partie du premier texte de la Convention du 4 novembre 1950, mais a été ajouté par la suite à l'article 1^{er} du protocole

²⁰⁹ Certains auteurs à l'image de Mme Ducoulombier (V. « Interaction between human rights: are all human rights equal? », in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, ss. la dir. de Ch. Geiger, EE Elgar, 2015, p. 39) parle ainsi d'une opposition droits indérogeables/dérogeables. Si la première qualification est proche de celle d'« *absolus* », nous sommes plus réservés quant à l'emploi du terme « *dérogeable* » pour qualifier les autres droits fondamentaux qui sous-entendrait qu'on pourrait s'en écarter, s'opposant ainsi à l'idée même de la protection des droits fondamentaux. Nous préférons ainsi la qualification de droits fondamentaux « dont l'exercice peut être soumis à certaines limites » ou « *qualifiables* ».

additionnel n° 1 du 20 mars 1952. Il a fallu attendre l'arrêt *Marckx* en 1979 pour que la Cour européenne des droits de l'homme affirme qu'« *En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 (P1-1) garantit en substance le droit de propriété* »²¹⁰. De même, en lisant cet article parallèlement à l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les deux textes prévoient des limitations possibles à ce droit pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi, et limitant son usage dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. Tout cela conduit certains auteurs à remarquer que le droit de propriété ne serait qu'un « *droit fondamental de second rang* »²¹¹ ou, pire, qu'il ne serait même pas un droit fondamental²¹². Sans en arriver à un tel extrême, qui est d'ailleurs en contradiction avec le droit positif de la Charte, nous ne pouvons, à ce stade, que reconnaître le caractère « secondaire » du droit fondamental de propriété face à des impératifs primordiaux tel que le droit à la dignité humaine. Il n'est pas le seul. En effet, au niveau constitutionnel français ou européen, la liberté d'expression²¹³ et la liberté d'opinion²¹⁴, au même titre que le droit de propriété²¹⁵, sont sujettes à restriction au sein des textes²¹⁶ bien qu'un conflit entre droits fondamentaux constitutionnels et européens, certes improbable dans le cadre de notre sujet, ne

²¹⁰ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74, § 63.

²¹¹ A.-F. Zattara, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, 2001, p. 128. Contra : L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2018, p. 931 : selon l'auteur, la distinction entre libertés de « premier rang » et de « second rang » ne marquerait pas « *l'existence d'une hiérarchie entre ces droits car être au premier rang ne signifie pas être au-dessus. Il n'y aurait hiérarchie entre les droits et libertés fondamentaux que si le juge faisait prévaloir ceux appartenant à telle catégorie sur ceux relevant d'une autre* ».

²¹² J.-F. Lachaume, H. Pauliat, « Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 373.

²¹³ Article 11 de la DDHC : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.* » et article 10 de la CEDH : « *Toute personne a droit à la liberté d'expression (...) L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi* ».

²¹⁴ Article 10 de la DDHC : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.* » et article 9 de la CEDH : « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires* ».

²¹⁵ Article 17 de la DDHC : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* » et article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la CEDH : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* ».

²¹⁶ V. sur la hiérarchie basée sur la faculté de limitations des droits fondamentaux : F. Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 381.

saurait être exclu. Cependant, une fois ces droits fondamentaux absolus et ceux pouvant être soumis à certaines limites caractérisés dans les textes, nous ne pouvons nier que ces derniers seront beaucoup plus fréquemment opposés au droit de la propriété intellectuelle. Une hiérarchie textuelle n'existant pas entre ces autres droits fondamentaux, serait-il possible d'établir une hiérarchie matérielle entre eux ?

2) Une hiérarchie matérielle

45. — Hiérarchie matérielle devant la Cour européenne des droits de l'homme : hypothèse sémantique. Une autre approche de la hiérarchie entre droits fondamentaux a les faveurs de la doctrine : l'approche « *matérielle* ». Celle-ci ne se base plus sur le texte, mais sur la valeur de celui-ci dans la société. Il existe plusieurs tentatives de démonstration d'une telle hiérarchie matérielle dans la doctrine²¹⁷, dont la majorité relève plus de constructions doctrinales que d'une véritable analyse positiviste. Pour qu'une telle hiérarchie soit effective et juridiquement sérieuse, il faut isoler ses critères, sans quoi elle ne serait qu'une abstraction dangereuse justifiant des solutions opportunistes pour lesquelles le juge ferait prévaloir tel droit fondamental plutôt qu'un autre²¹⁸. En ce sens, une potentielle hiérarchie matérielle attire notre attention, celle se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'affirmation peut surprendre. En effet, comme précédemment évoqué, l'arrêt *Airey c/ Irlande*, s'il ne reconnaissait pas clairement une égalité des droits fondamentaux, du moins n'opérait pas de divisions entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux²¹⁹. Pourtant, l'arrêt *N. c/ Royaume-Uni* du 27 mai 2008 sème le doute dans la doctrine en citant partiellement l'arrêt *Airey c/ Irlande* et en y enlevant la partie soulignant l'absence de cloison étanche entre les droits des différentes catégories, laissant ainsi entendre que la Convention protégerait avant tout les droits civils et politiques²²⁰. Cette division est, selon nous, assez critiquable en ce qu'elle minimise l'importance des droits économiques et sociaux dans la société. Néanmoins, elle fournit déjà, à défaut d'une hiérarchie claire au sein de ces deux catégories, un premier indice d'une hiérarchie matérielle des droits fondamentaux établie par

²¹⁷ Pour une analyse critique de ces différentes hypothèses : S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2008, p. 541 et s.

²¹⁸ S. Platon, *op. cit.*, spec. p. 542.

²¹⁹ *Supra*, n° 34.

²²⁰ CEDH, GC, 27 mai 2008, *N. c/ Royaume-Uni*, n° 26565/05, § 44 : « *Même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques (Airey c/ Irlande, arrêt du 9 octobre 1979, série A n°32, § 26)* ».

la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ce n'est pas le seul indice. En effet, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg peut faire apparaître, pour la doctrine, une dissociation entre le terme de droit de l'homme et celui de droits fondamentaux, désignant, dans ce sens précis, les droits reconnus par la jurisprudence comme les droits constitutifs de la société démocratique au sens de la Cour de Strasbourg. Cette approche est notamment défendue par M. Sudre²²¹ et Mme Ducoulombier²²² qui voient dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg la reconnaissance comme droit « *fondamental* », en plus des droits absolus cités plus haut²²³, le droit à la liberté d'expression²²⁴, le droit de se marier²²⁵, le droit à l'instruction²²⁶, l'interdiction de discrimination²²⁷, le droit à la liberté²²⁸ et le droit à un procès équitable²²⁹. Tout cela permet à Mme Ducoulombier de supposer qu'une hiérarchie en trois niveaux existe avec au sommet les droits « absolus », au niveau intermédiaire les droits « fondamentaux » pour la Cour de Strasbourg et enfin, au niveau inférieur, les autres droits reconnus par la Convention, notamment les droits soumis à une marge d'appréciation importante, notamment le droit de propriété²³⁰.

Cet inventaire à la Prévert des droits « *fondamentaux* » reconnus par la Cour de Strasbourg laisse perplexe par sa diversité dans l'établissement d'une potentielle hiérarchie. Si une grande partie des droits conventionnels sont reconnus comme « *fondamentaux* », il n'est plus envisageable de construire une hiérarchie. *Quid* également quand des droits censés se situer au même niveau entrent en conflit ? Comme le souligne M. Platon, cette hiérarchie se fonde

²²¹ F. Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 381.

²²² P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011 ; « Interaction between human rights: are all human rights equal? » in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, ss. la dir. de Ch. Geiger, EE Elgar, 2015, p. 39.

²²³ Pour le droit à la vie : CEDH, GC, 12 mai 2005, *Öcalan c/ Turquie*, n° 46221/99, § 166 ; pour l'interdiction de l'esclavage : CEDH, 26 juil. 2005, *Siliadin c/ France*, n° 73316/01, § 82 et § 112 ; pour l'interdiction de la torture : CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 49.

²²⁴ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49. V. également sur la place spéciale de ce droit, primordial pour notre sujet : G. Cohen-Jonatan, « Commentaire de l'article 10 », in *La convention européenne des droits de l'homme*, ss. la dir. de L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Economica, 1999, 2^e éd., p. 366 : la liberté d'expression constituerait une « *super liberté* » pour l'auteur.

²²⁵ CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 98.

²²⁶ CEDH, 7 déc. 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, § 50.

²²⁷ CEDH, GC, 13 fév. 2003, *Refah Partisi (parti de la prospérité) c/ Turquie*, n° 41340/98 et a., § 70.

²²⁸ CEDH, GC, 29 janv. 2008, *Saadi c/ Royaume-Uni*, n° 13229/03, § 67.

²²⁹ CEDH, 4 déc. 2007, *Volkov c/ Russie*, n° 64056/00, § 25.

²³⁰ P. Ducoulombier, « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, ss. la dir. de L. Potvin-Solis, Bruylant, 2012, p. 319.

uniquement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et semble difficile à étendre, notamment à celle de la Cour de justice de l'Union européenne²³¹. Il est même, selon lui, difficile d'utiliser n'importe quelle hiérarchie matérielle pour résoudre des conflits : « ces hiérarchies serviraient davantage à identifier une différence d'importance ou de traitement entre droits fondamentaux qu'une véritable règle de prévalence »²³². Il conviendrait d'ajouter que le caractère très mouvant de la jurisprudence pourrait, certes, faire apparaître, dans certaines décisions, l'existence de droits plus importants que d'autres, mais ne pourrait jamais véritablement figer ce droit comme supérieur²³³. Ceci laisse supposer que, dans une espèce différente et selon les évolutions de la société, ce droit supérieur n'aura peut-être plus la même place dans cette hiérarchie instable et profondément évolutive.

46. — Place du droit de propriété et du droit de propriété intellectuelle dans la hiérarchie matérielle. Pour s'en convaincre, il convient d'analyser la valeur fluctuante que peut avoir le droit fondamental de propriété dans les sources du droit. En effet, sa qualification tantôt comme droit « *civil ou politique* » tantôt comme droit « *économique et social* » selon les constitutions nationales, est déjà un indice de la place instable qu'occupe ce droit²³⁴. La Cour de justice a connu la même hésitation, avant de voir, en se fondant sur ces constitutions, le droit de propriété comme un droit social²³⁵. La qualification par ladite Cour du droit de propriété comme principe général du droit communautaire²³⁶, puis comme droit fondamental par la Charte, indépendamment de sa qualification comme droit civil ou économique, n'a pas pour autant garanti une assise suprême au droit de propriété dans la jurisprudence, à la différence des droits absolus. En ce sens, la Cour de justice rappelle à de très nombreuses reprises que le droit

²³¹ Même si cette dernière, elle aussi, semble commencer à développer sa propre hiérarchie matérielle, à l'image de l'arrêt *La Quadrature du Net* (CJUE, GC, 6 oct. 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, aff. C-511/18) qui semble accorder implicitement une importance plus lourde à la liberté d'expression qu'aux autres droits fondamentaux. Cf. pt. 114 : « *Ainsi, l'interprétation de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 doit tenir compte de l'importance tant du droit au respect de la vie privée, garanti à l'article 7 de la Charte, que du droit à la protection des données à caractère personnel, garanti à l'article 8 de celle-ci, telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour, ainsi que du droit à la liberté d'expression, ce droit fondamental, garanti à l'article 11 de la Charte, constituant l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et pluraliste et faisant partie des valeurs sur lesquelles est, conformément à l'article 2 TUE, fondée l'Union* ».

²³² S. Platon, *op. cit.*, spéc. p. 553.

²³³ F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la CEDH », *JCP G* 2001, doctr. 335.

²³⁴ Si dans la constitution italienne (art. 42, al. 2), allemande (art. 14), espagnole (art. 33), ou irlandaise (art. 43, 2), la fonction sociale du droit de propriété s'affirme, la constitution portugaise le classe parmi les « droits et devoirs économiques » (art. 62).

²³⁵ CJCE, 13 déc. 1979, *Hauer*, aff. 44/79, pt. 20.

²³⁶ CJCE, 12 juill. 2005, *Alliance for Natural Health E.A.*, aff. jtes C-154/04 et C-155/04, pt. 125.

de propriété ne consacre pas une prérogative absolue « *mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société* »²³⁷, et que son exercice peut faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général²³⁸, confirmant ainsi l'apport du texte de la Charte, de la Convention et des constitutions sur le caractère limitatif et évolutif d'un tel droit. Cet exercice restreint est confirmé pour le droit de la propriété intellectuelle dans l'arrêt *Scarlet* : « *il ne ressort nullement de [l'article 17§2 de la Charte], ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit [de propriété intellectuelle] serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue* »²³⁹.

De son côté, la Cour de Strasbourg, à défaut d'être aussi explicite dans ses arrêts²⁴⁰, va donner une valeur particulière au droit de propriété à travers son utilisation au sein du contrôle de proportionnalité²⁴¹. La question de la valeur du droit fondamental de propriété intellectuelle est intimement liée à celle du droit fondamental de propriété.

Cependant, il est pertinent de souligner, d'un point de vue plus philosophique, que si la valeur du droit de propriété a été si juridiquement hésitante, rien ne dit que celle-ci pourrait à nouveau évoluer²⁴². Les écrits de Ayn Rand illustrent le virage absolutiste que pourrait prendre le droit de propriété sous couvert des droits fondamentaux²⁴³, tandis qu'à l'opposé et en invoquant ces mêmes droits, un démantèlement partiel ou total du droit de propriété et notamment des droits de propriété intellectuelle est à craindre²⁴⁴. Ainsi, il semble utile de garder à l'esprit que, si une hiérarchie matérielle existe pour le droit de propriété, elle ne reflète que la

²³⁷ CJCE, 11 juill. 1989, *Schröder HS Kraftfutter*, aff. 265/87, pt. 15 ; CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, pt. 18 ; CJCE, 29 avril 1999, *Standley e.a.*, aff. C-293/97, pt. 54 ; CJUE, GC, 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, pt. 355 ; CJUE, GC, 9 mars 2010, *ENI SpA et ERG*, aff. jtes. C-379/08 et 380/08, pt. 80.

²³⁸ CJCE, 30 juill. 1996, *Bosphorus*, aff. C-84/95, pt. 21 ; CJCE, 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA*, aff. C-347/03, pt. 119.

²³⁹ CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended SA*, aff. C-70/10, pt. 43 ; CJUE, 16 fév. 2012, *SABAM*, C-360/10, pt. 41.

²⁴⁰ Même si elle rappelle dans sa jurisprudence le caractère « *absolu* » de certains droits, disant explicitement que certains ne le sont pas. Cf. sur l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants : CEDH, GC, 1^{er} juin 2008, *Gäfgen c/ Allemagne*, n° 22978/05, § 176 : « *Ce droit étant absolu, il ne saurait être mis en balance avec d'autres intérêts tels que la gravité de l'infraction [...] ou l'intérêt général* », § 178 : « *il reste que, contrairement à l'article 3, l'article 6 ne consacre pas un droit absolu* ».

²⁴¹ *Infra*, n° 121 et suiv.

²⁴² Sur la valeur fluctuante du droit de propriété à travers l'histoire : V. *Pensée politique et propriété*, Actes du XXVI^e Colloque international de l'AFHIP, PUAM, 2019.

²⁴³ A. Rand, *La vertu d'égoïsme*, Les belles lettres, 2011 (éd. or. 1964), p. 109 : « *Le droit à la vie est la source de tous les droits, et le droit de propriété est le seul moyen qui en permette la réalisation. Sans droits de propriété, aucun autre droit n'est possible. Puisque l'homme doit maintenir sa vie par son propre effort, l'homme qui n'a aucun droit au produit de son effort n'a aucun moyen de maintenir sa vie. L'homme qui produit alors que d'autres disposent du fruit de son effort est un esclave* ».

²⁴⁴ V. note *supra*, n° 162 sur les « *partis pirates* ».

valeur qu'on lui accorde aujourd'hui, dans un espace géographique et temporel déterminé²⁴⁵. On ne peut dès lors qu'approuver la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'elle déclare qu'« *Il est solidement ancré dans la jurisprudence de la Cour que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles [...]. Il s'ensuit que ses dispositions ne sauraient s'interpréter uniquement en conformité avec les intentions de leurs auteurs telles qu'elles furent exprimées voici plus de quarante ans* »²⁴⁶. Les indices sur cette valeur, notamment pour le droit de la propriété intellectuelle, devraient se concentrer sur la fonction plus ou moins importante que celui-ci peut avoir dans la société à un moment et un lieu donnés²⁴⁷, délivrant ainsi des indications sur la place de ce droit parmi les autres droits fondamentaux. En effet, il est impossible de dire que le droit de propriété intellectuelle comme droit fondamental peut être abordé de la même manière qu'il l'était il y a 30 ans, à une époque où le concept même d'œuvre dématérialisée était totalement étranger, et où les intérêts des usagers et de la collectivité prenaient une place bien moindre qu'aujourd'hui, une vision confirmée par les nombreuses réformes législatives intervenues depuis²⁴⁸. Plus que l'établissement d'une hiérarchie de valeurs entre les droits fondamentaux, il nous paraît primordial d'envisager sérieusement une interprétation évolutive de ces droits dans ce nouveau monde « *digitalisé* ».

47. — Portée de la hiérarchie matérielle en droit de la propriété intellectuelle : un préalable à la conciliation des droits fondamentaux. Une théorie, notamment portée par Mme Ducoulombier, qui envisage l'idée selon laquelle hiérarchie et conciliation des droits fondamentaux ne seraient pas incompatibles. En effet, la localisation du rang des droits en conflit dans la hiérarchie serait la première étape de l'exercice d'une balance des intérêts qui,

²⁴⁵ Cette appréciation spatiale pour certains droits fondamentaux est d'ailleurs confirmée en partie par la CJUE en matière de droit au respect de la vie privée et de protection des données à caractère personnel. V. CJUE, GC, 24 sept. 2019, *Google c/ CNIL*, aff. C-507/17, pt. 60 : « *À cela s'ajoute le fait que l'équilibre entre le droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, d'un côté, et la liberté d'information des internautes, de l'autre côté, est susceptible de varier de manière importante à travers le monde* ».

²⁴⁶ CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, n° 15318/89, exceptions préliminaires, série A, n° 310 ; F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 7, Thémis, 2005 ; D. 1996. Somm. 2, obs. S. Perez.

²⁴⁷ M. Vivant, « Intellectual property rights and their functions: determining their legitimate 'enclosure' », in *Kritika: essays on intellectual property*, ss. la dir de G. Ghidini, H. Ullrich, P. Drahos, Edward Elgar Publishing, Vol. 2, 2017, p. 44.

²⁴⁸ Il est intéressant à ce sujet de constater l'évolution de l'opinion du public sur le droit de la propriété intellectuelle qui est désormais souvent perçu comme un droit interdisant plus qu'il ne protège, du fait de ces évolutions environnementales, technologiques et temporelles. V. à ce sujet : Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004.

comme nous le verrons, est utilisée pour résoudre les conflits entre les droits fondamentaux. Si la hiérarchie ne peut pas être la méthode utilisée pour résoudre directement les problèmes résultants des conflits entre droits fondamentaux, elle pourrait devenir le point de départ de toute réflexion sur ce point et indiquer *a minima* l'intensité du contrôle qui sera exercé en fonction du droit fondamental atteint par la mesure ou le fait d'espèce²⁴⁹, participant *de facto* à l'interprétation évolutive susmentionnée. Apparaissent d'emblée les avantages méthodologiques qu'une telle approche pourrait avoir pour apprécier un conflit de droits fondamentaux, ainsi que les risques sur l'appréciation des droits fondamentaux si l'on présupposait, par exemple, que le droit à la liberté d'expression était supérieur au droit de la propriété intellectuelle ou inversement.

48. — Conclusion du chapitre. Une hiérarchie existe entre les droits fondamentaux, à laquelle le droit de la propriété intellectuelle appartient. Tout d'abord, il existe une hiérarchie textuelle entre les droits fondamentaux absolus (droit à la vie, dignité humaine) et les droits fondamentaux dont l'exercice peut être soumis à certaines limites (droit à la liberté d'expression, droit à la vie privée, droit de propriété...) en ce que les premiers ne sauraient voir leur exercice limité par les seconds. Cette hiérarchie textuelle n'aura cependant qu'un impact limité en droit de la propriété intellectuelle dans le cas d'un conflit avec le droit à la vie, notamment concernant la brevetabilité du vivant humain, jugé inenvisageable par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Brüstle*. Il existe également une hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux dont l'exercice peut être soumis à certaines limites, mais celle-ci ne peut être envisagée comme suffisamment solide et intemporelle pour être utilisée en tant que méthode de résolution des conflits de droits fondamentaux. Elle pourra cependant indiquer *a minima* l'intensité du contrôle qui sera exercée par le juge selon le droit fondamental atteint par la mesure ou le fait d'espèce. Néanmoins, avant de se lancer dans la résolution d'un tel conflit judiciairement, celui-ci pourrait déjà être résolu par l'existence même d'une proportionnalité dans la loi.

²⁴⁹ P. Ducoulombier, « Interaction between human rights: are all human rights equal? » in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, ss. la dir. de Ch. Geiger, EE Elgar, 2015, spec. p. 49.

Chapitre 2 :

L'insuffisance d'une proportionnalité légale

49. — Rôle du législateur en matière de droits fondamentaux. Le législateur, en tant que représentant de la volonté du peuple, doit considérer, au moment de l'élaboration de la loi, la conciliation des droits fondamentaux. Cependant, concilier des droits fondamentaux si variés paraît ardu. La tâche est d'autant plus complexe en droit de la propriété intellectuelle qu'il faut protéger les intérêts des ayants droit tout en assurant ceux des tiers qui, comme nous l'avons vu, bénéficient de la protection des droits fondamentaux. Le principe de proportionnalité dans l'Union européenne et le principe de « *balancing* » outre-Atlantique sont les outils privilégiés de conciliation. Ils interviennent sous différentes formes dès l'élaboration de la loi. Leur rôle est confirmé par les juridictions (Section 1). Néanmoins, le principe de proportionnalité appliqué à la loi prend tout son ampleur lors du contrôle de constitutionnalité (Section 2). Seulement appliqué à la loi, ce principe semble pourtant, comme la hiérarchie des droits fondamentaux, insuffisant à résoudre tous les conflits de droits fondamentaux.

Section 1 : La conciliation des droits fondamentaux par la loi

50. — Conciliation et législation. Antérieurement à l'avènement du concept de droit fondamental ou du principe de proportionnalité, l'idée de conciliation de différents intérêts contradictoires existait dans l'esprit du législateur, et notamment en droit de la propriété intellectuelle. Droit difficile à qualifier, comme le montre le débat sur son statut de droit de propriété²⁵⁰, il est donc de construction complexe afin de respecter tant les intérêts des créateurs que ceux des distributeurs ou du public. Pourtant, le législateur a su opérer cette balance. La doctrine en a déduit une théorie de l'équilibre interne des droits de propriété intellectuelle (I). Cependant, cette théorie purement doctrinale et abstraite a dû être adaptée, dans le droit de l'Union européenne, au nouvel enjeu que représente l'avènement des droits fondamentaux (II). Elle est présente sous une forme semblable outre-Atlantique à travers la notion de « *balancing* » (III).

²⁵⁰ *Supra*, n° 22.

I - La théorie de l'équilibre interne en droit français

51. — Théorie de l'équilibre interne en droit français. Il n'est pas question, à travers cette thèse, d'effectuer une analyse profonde des équilibres internes du droit de la propriété intellectuelle. Un tel travail mériterait un ouvrage entier. Cependant, il nous paraît indispensable, pour aborder le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, d'évoquer la théorie des équilibres internes puisqu'elle révèle que le droit de la propriété intellectuelle a toujours été un droit issu d'une conciliation entre des intérêts divergents. Le principe de proportionnalité n'en est que le prolongement. Il est ainsi nécessaire d'évoquer les origines de cet équilibre au sein de la propriété intellectuelle (A), avant d'envisager de souligner leur traduction dans les aménagements législatifs successifs (B).

A) Un équilibre à l'origine du droit de la propriété intellectuelle

52. — Le domaine public : premier vecteur commun d'un équilibre du droit de la propriété intellectuelle. Il est possible d'établir un équilibre commun à l'ensemble de la propriété intellectuelle dès ses origines, démontrant une proportionnalité au sein de la loi. En effet, le législateur, notamment à la fin du XVIII^e siècle et au cours du XIX^e siècle²⁵¹, a voulu une protection des biens intellectuels temporaire par l'établissement d'un domaine public. Celui-ci est défini par M. Binctin comme « *le régime de libre et gratuite exploitation qui devient applicable aux œuvres littéraires et artistiques, inventions brevetées, dessins et modèles, et marques, à l'expiration du délai pendant lequel leur auteur jouissait du droit exclusif de les exploiter* »²⁵². L'idée d'un droit limité dans le temps est, selon le même auteur, le premier élément qui rapproche tous les droits de propriété intellectuelle en dépit des variations de durée de protection d'un régime à l'autre²⁵³. Un élément fédérateur, mais également commun aux premières lois de la matière qui leur accordent une place particulièrement importante.

Cette idée ressort de façon significative à la lecture de la première loi sur le droit d'auteur, dite Le Chapelier, du 13 janvier 1791. Le domaine public est primordial pour le législateur révolutionnaire : son article 2 dispose ainsi : « *les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans*

²⁵¹ R. Kopp « De Diderot à Hadopi : La longue querelle du droit d'auteur », L'Histoire, mars 2019, n° 457, p. 12.

²⁵² N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^e éd., 2018, p. 621.

²⁵³ *Ibid.*, p. 621.

et plus sont une propriété publique », avant de reconnaître un droit aux auteurs ou à leurs ayants droit. De même, le droit des brevets a été pensé dès l'origine comme un droit limité dans le temps : la loi du 7 janvier 1791, votée par l'Assemblée constituante, garantissait à l'inventeur le monopole de la fabrication de son invention pendant quinze ans²⁵⁴. Enfin, le droit des marques, par la loi du 23 juin 1857, a prévu une protection pour une durée de quinze années, indéfiniment renouvelable, ce qui pourrait amener à penser que ce dernier droit serait perpétuel. Néanmoins, l'hypothèse d'un non-renouvellement de la marque ne doit pas être exclue.

Cette question de la perpétuité du fait du rattachement du droit de la propriété intellectuelle au droit de propriété a longtemps fait débat. En effet, si le droit de propriété est par principe perpétuel, pourquoi la propriété propre aux biens intellectuels ne l'est-elle pas ? Du point de vue du droit d'auteur, cette idée d'un droit perpétuel a longtemps été revendiquée²⁵⁵ mais n'a jusqu'à présent pas abouti²⁵⁶. L'idée d'une première conciliation opérée par le législateur apparaît ici puisque le concept d'un droit temporaire est à l'origine même du contrat social liant les détenteurs des droits de propriété intellectuelle et la société.

53. — L'existence d'un contrat social à l'origine du droit de la propriété intellectuelle.

Du fait de l'existence d'un domaine public propre au droit de la propriété intellectuelle, à rebours du droit de propriété, il est assez tentant d'y voir une volonté du législateur d'instaurer un contrat social propre au droit de la propriété intellectuelle, ne serait-ce que pour le légitimer. Un tel contrat se caractériserait par le fait que la société accorde un monopole au détenteur du droit de propriété intellectuelle parce qu'il a opéré un acte de création (pour le droit d'auteur), qu'il contribue au bon fonctionnement du commerce et de la concurrence (pour le droit des marques), à un enrichissement de l'état de la technique ou à une innovation (pour le droit des brevets). Cette analyse fait le lien entre tous les droits de propriété intellectuelle et la société selon M. Pollaud-Dulian²⁵⁷. Elle s'inscrit avant même l'établissement des droits fondamentaux,

²⁵⁴ G. Emptoz, V. Marchal, *Aux sources de la propriété industrielle*, INPI, 2002, p. 207.

²⁵⁵ Sur cette question et dans le sens d'un droit d'auteur perpétuel V. : H. de Balzac, *Notes à Messieurs les députés composant la commission de la loi sur la propriété littéraire*, Paris, Hetzel éd., 1841 ; P.A. Caron de Beaumarchais, « Pétition à l'Assemblée nationale contre l'usurpation des auteurs par des directeurs de spectacles », in *Œuvres complètes de Beaumarchais*, Paris, 1829, tome VI, p. 188.

²⁵⁶ Même si, en droit français, pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, la durée de protection a eu tendance à s'allonger considérablement ces dernières décennies. Ainsi pour le droit d'auteur, la protection a été allongée à soixante-dix ans à compter du 1^{er} janvier suivant la mort de l'auteur, et pour le droit des brevets elle est désormais de vingt ans à compter du dépôt mais potentiellement renouvelable pour cinq années supplémentaires sous certaines conditions.

²⁵⁷ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 56.

dans la théorie du droit de la propriété intellectuelle vu comme un droit naturel²⁵⁸.

L'idée d'un équilibre à trouver va ainsi animer l'ensemble du travail législatif réalisé pour chaque régime du droit de propriété intellectuelle. En droit d'auteur, bon nombre de juristes insistent bien sur le fait que la loi est le résultat d'un équilibre opéré entre les intérêts des différents acteurs concernés²⁵⁹. Ainsi Renouard déclare dans son *Traité des droits d'auteur* : « Une loi sur cette matière ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public ni le droit du public à celui des auteurs »²⁶⁰. Même Desbois, qui aura une position bien différente en 1980²⁶¹, a affirmé en 1939 que : « Le droit d'auteur doit, non pas séparer l'artiste créateur du peuple dans lequel et avec lequel il vit, mais tout au contraire le lier organiquement avec le peuple ; le droit d'auteur d'après sa vraie nature, n'est pas individualiste et absolu mais relatif, en liaison avec la société » et définit l'œuvre comme « le fruit d'une collaboration du peuple, qui fournit les données, avec l'auteur, qui imprime sa marque personnelle »²⁶². Cette même logique d'établissement d'un contrat social en droit des brevets entre l'inventeur et la société²⁶³ infuse les premières lois sur la matière²⁶⁴ mais surtout les motifs de la loi du 10 janvier 1843 : « L'inventeur ne peut exploiter sa découverte sans la société ; la société ne peut en jouir sans la volonté de l'inventeur ; la loi intervient : elle garantit à l'un une jouissance exclusive, temporaire ; à l'autre une jouissance différée, mais perpétuelle. Cette solution, transaction entre les principes et les intérêts, constitue le droit des inventeurs »²⁶⁵. Tout ceci confirme le caractère non absolu des droits de la propriété

²⁵⁸ *Supra*, n° 25.

²⁵⁹ L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, Thémis, 2013, p. 149 : « On enseigne traditionnellement que le droit d'auteur est un droit équilibré. On veut dire par là qu'il a été pensé dès l'origine pour être équilibré » ; D.J. Gervais, « How intellectual Property and Human Rights: Can Live Together: An updated Perspective », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, ss. la dir. de PLC Torremans, Wolters Kluwer Law & Business, 3e éd., 2015, p. 3.

²⁶⁰ A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard et cie, tome 1, 1838, p. 437.

²⁶¹ H. Desbois, *Traité*, n° 4 : « les droits de propriété littéraire et artistique ne sont pas considérés, dans la législation française, comme des instruments d'une politique, inspirée par des considérations d'opportunité, par le souci de stimuler la création intellectuelle ; ils constituent les modes d'expression du respect qui est dû aux œuvres de l'esprit et à leurs créateurs ».

²⁶² H. Desbois, « L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique », *RTD civ.* 1939, p. 1.

²⁶³ V. sur la question du contrat social en droit des brevets : C. Nozaradan, « Brevet et intérêt général », in *Brevet, Innovation et intérêt général?*, ss. la dir. de B. Remiche, Larcier, 2012, p. 445.

²⁶⁴ M. Plaisant, *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Sirey, 1949, p. 4.

²⁶⁵ *Exposé des motifs du projet de loi sur les brevets d'invention*, présenté à la Chambre des pairs en France, par M. Cunin-Gridaine, le 10 janvier 1843, cité par Th. Tillière, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Bruxelles, Vanderauwera, 1854, p. 38.

intellectuelle, mais également sa commune compréhension qui pourrait se focaliser sur cette notion d'intérêts divergents²⁶⁶.

Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que cette recherche d'équilibre n'est pas propre au droit de la propriété intellectuelle. Elle est également inhérente au droit de propriété en général. En effet, les lois régissant la propriété immobilière, et plus particulièrement les règles de copropriété ou d'urbanisme, soulignent que le législateur n'envisage en aucune façon ce droit comme un droit absolu, mais comme une matière évolutive s'adaptant aux transformations de la société. N'est-ce pas après tout le rôle du législateur, peu importe le domaine du droit envisagé, d'aboutir à des lois justes conciliant au mieux les intérêts de chacun²⁶⁷ ?

Ces lois semblent exprimer, en toile de fond, la préoccupation d'une conciliation entre les droits fondamentaux et, pour certains d'entre eux, même avant leur reconnaissance en tant que tels. Si les lois originelles du droit de la propriété intellectuelle étaient aujourd'hui analysées au regard des droits fondamentaux, nous pourrions analyser, par exemple dans l'existence du domaine public, une manifestation du droit du public à l'information se conciliant avec le droit fondamental de propriété. Cependant, même si le débat s'est déplacé vers des questions plus techniques du droit de la propriété intellectuelle, la quête d'aboutir à des lois conciliant les différents intérêts n'en demeure pas moins un objectif primordial²⁶⁸. La solution privilégiée par le législateur français consiste à construire un droit de la propriété intellectuelle fondé sur un monopole devant inclure des aménagements ou exceptions en faveur du public.

B) Une traduction de la théorie de l'équilibre interne par les aménagements législatifs

54. — Les exceptions en droit d'auteur. La théorie de l'équilibre interne de la propriété intellectuelle s'inscrit indéniablement dans l'établissement législatif d'exceptions ou d'aménagements aux différents monopoles²⁶⁹. L'établissement des exceptions au droit d'auteur constitue une tentative supplémentaire pour placer ce droit en équilibre entre différents intérêts contradictoires. Ces exceptions peuvent être définies selon M. Caron comme : « *une situation*

²⁶⁶ V. sur cette question : M. Vivant, *op. cit.*, p. 44.

²⁶⁷ V. sur cette question : B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant, 2007.

²⁶⁸ Il suffit, pour s'en convaincre, de suivre les débats passionnés portant sur l'adoption de la directive 2019/789 du 17 avril 2019 où se sont opposés les intérêts des créateurs à ceux du public désireux d'un contenu le plus libre possible sur internet. V. à ce sujet : P. Escande, *Droit d'auteur : « Un combat plus philosophique qu'économique »*, *Le Monde*, 26 mars 2019.

²⁶⁹ Certains auteurs allant jusqu'à dire que ces exceptions ont pour origine la contrepartie nécessaire que doit le créateur à la société. V. à ce sujet en droit des brevets : C. Nozaradan, *op. cit.*, spéc. p. 455.

où le droit d'auteur aurait pu s'appliquer s'il n'y avait pas eu un texte législatif pour en paralyser l'application »²⁷⁰. Si c'est souvent oublié dans l'histoire du droit d'auteur, l'établissement des exceptions ne s'est pas fait en un jour. Elles sont l'aboutissement d'un long travail jurisprudentiel. En effet, durant plus d'un siècle, les juges français, se fondant sur des textes très laconiques, ont reconnu un certain nombre d'exceptions avant même que celles-ci soient figées par la loi du 11 mars 1957 qui a codifié les solutions antérieures²⁷¹. C'est le cas notamment du droit de citation²⁷² ou du droit à la copie privée²⁷³, alors que leur reconnaissance suscitait déjà de nombreuses critiques au moment de leur adoption²⁷⁴.

L'article 41 de la loi du 11 mars 1957 définit les quatre premières exceptions au droit d'auteur : le droit de courte citation, le droit de parodie, la représentation dans le cercle de famille et le droit à la copie privée. Leur établissement dans la loi a une conséquence directe : la fixation dans le marbre des possibilités d'utilisation des œuvres de l'esprit hors du monopole reconnu à l'auteur. Hors des exceptions, point d'utilisation possible pour le public²⁷⁵. La méthode a l'avantage d'assurer une certaine sécurité juridique tout en permettant la conciliation des différents intérêts. En effet, comme évoqué précédemment, avant même que les droits fondamentaux ne soient applicables en France, existait déjà dans les exceptions de courte citation et de parodie, une conciliation du droit d'auteur avec le droit à la liberté d'expression. Néanmoins, le législateur se considère alors comme seul titulaire de la faculté d'opérer cette conciliation d'intérêts²⁷⁶. Le droit d'auteur tel que voulu par la loi de 1957 apparaît donc au moment de son adoption comme un droit équilibré qui veut réconcilier deux tendances

²⁷⁰ Ch. Caron, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », in *Les exceptions au droit d'auteur*, ss. la dir. de A. Bensamoun, A. Lucas, P. Sirinelli, Dalloz, 2012, p. 19.

²⁷¹ E. Dreyer, « L'information par l'image et le droit d'auteur », *Comm. com. électr.* 2004, n° 3, p. 6.

²⁷² Cass. crim., 24 mai 1845, S., 1845.I.765 : « Des emprunts faits à l'ouvrage d'autrui ne constituent le délit de contrefaçon qu'autant qu'ils sont assez considérables pour porter réellement atteinte à la propriété de l'auteur ».

²⁷³ Cass. civ., 24 janv. 1893, D.P., 1893.I.144, S., 1893.I.368 : « le délit de contrefaçon ne peut exister que lorsqu'il y a édition, c'est-à-dire vente ou distribution au public de copies exécutées sans autorisation de l'auteur ou de son cessionnaire et faisant une concurrence illicite à l'édition originale ».

²⁷⁴ V. à ce sujet : D. Piatek, *La crise des exceptions en droit d'auteur : Étude paradigmatique*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 190 et s.

²⁷⁵ Le juge n'est néanmoins pas dépossédé de son pouvoir d'interprétation puisqu'il sera toujours de son office d'interpréter les termes que la loi n'a pas défini (« cercle de famille », « usage privé », « courte citation »).

²⁷⁶ A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, PUAM, 2002, p. 640 : « Ce n'est pas à dire que les intérêts de la collectivité soient négligés ou que ceux de l'auteur leur soient en toute circonstances supérieures. Mais ils ont été pris en compte une fois pour toutes, au moment de l'énoncé des prérogatives de l'auteur, par le législateur lui-même dans des dispositions telles que celles relatives à la limitation de la durée du droit d'auteur, à l'organisation du régime de la copie privée ou aux exceptions concernant les reproductions à usage public. Ces dernières en particulier sont énumérées de façon limitative et doivent donc être interprétées strictement par le juge ».

extrêmes, celle des auteurs voulant jouir exclusivement du fruit de leur travail, et celle des utilisateurs souhaitant le reproduire dans certaines conditions²⁷⁷.

Cependant, si la loi a l'avantage d'assurer une certaine sécurité juridique, elle n'en demeure pas moins l'expression d'une volonté politique à un moment donné et peut souffrir rapidement des évolutions économiques, sociales et technologiques. Pour s'en rendre compte, il convient de lire ce qu'est devenu l'article 41 de la loi du 11 mars 1957 dans sa version transposée à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. De quatre exceptions, il en existe aujourd'hui quinze, démontrant l'effort constant du législateur d'adaptation de la loi aux situations qu'il n'avait pas initialement prévues.

55. — Les licences autoritaires. En droit des brevets, le législateur a également tenu à équilibrer ce droit entre l'intérêt de l'inventeur de tirer une juste rémunération de sa création et celui de la société d'accéder au libre usage des inventions. Il l'a permis grâce à l'adoption de plusieurs licences autoritaires qui sont des instruments juridiques permettant l'utilisation d'un brevet sans le consentement du titulaire du droit à son exploitation. Ces licences, créées aux articles 32 et suivant de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, aujourd'hui codifiées aux articles L. 613-11 et suivants du Code de la propriété intellectuelle²⁷⁸, peuvent être divisées en deux catégories. Les licences judiciaires qui sont des licences obligatoires délivrées par le Tribunal judiciaire de Paris pour défaut d'exploitation du brevet ou pour perfectionnement d'un brevet postérieur, et les licences administratives délivrées par une autorité administrative aux fins de « *la satisfaction d'un besoin déterminé relevant de l'intérêt général, jugé supérieur au souci de préservation du monopole du titulaire* »²⁷⁹ et impliquant notamment la santé publique, la défense nationale ou l'économie. Derrière ces licences autoritaires, peu importe leur nature, émerge l'idée de conciliation des intérêts particuliers avec les intérêts de la société. Aucune d'elles n'est délivrée dans l'intérêt privé d'un demandeur²⁸⁰. Elles le sont pour permettre, dans le cas des licences administratives, d'envisager l'attribution d'office par l'État de l'exploitation d'un brevet qui aurait un intérêt particulier pour la société et dans le cas des licences judiciaires, l'exploitation d'un brevet qui n'aurait pas pu bénéficier au public du fait de sa non-exploitation. Cette solution est salvatrice puisqu'elle venait

²⁷⁷ Ch. Caron, *op. cit.*, spéc. p. 21.

²⁷⁸ M. Sabatier, « Mesures autoritaires sur brevet d'invention (licences autoritaires) », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4780.

²⁷⁹ J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, Tome 2, LGDJ, 2013, p. 438.

²⁸⁰ M. Sabatier, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Litec, 1976, p. 201.

remplacer, au moment de son adoption, la déchéance du brevet à la suite de sa non-exploitation qui s'avérait inadaptée pour sanctionner une exploitation non conforme à l'intérêt de la société²⁸¹.

Si le système est vertueux et semble prendre en considération l'intérêt des tiers, une grande partie de la doctrine souligne cependant, particulièrement lors de la pandémie de Covid-19²⁸², son inefficacité dans la mesure où ces licences ne sont presque jamais effectivement délivrées²⁸³. Elles ont néanmoins, pour certains, un intérêt dissuasif en ce qu'elles incitent le titulaire du brevet à trouver des solutions amiables avec les tiers²⁸⁴.

56. — Une théorie de l'équilibre interne à la méthode hésitante. Malgré tout, face à ces aménagements législatifs et à cette théorie des équilibres internes en droit de la propriété intellectuelle, l'absence d'une méthodologie construite est regrettable. Tout repose sur le fait, jusqu'à récemment, que le législateur a, de son bon gré et sans la pression d'une censure de sa loi, procédé à des aménagements de la matière. Le fait que ces choix traduisent l'expression d'une volonté politique à un moment donné doit être souligné. L'équilibre pourrait tout autant être atteint par une loi faisant pencher la balance davantage du côté des créateurs ou du côté du public²⁸⁵. La loi n'apparaît finalement que comme l'expression d'un équilibre du droit de la propriété intellectuelle à un moment donné ; condamnée à être en constante mutation pour préserver ce fragile équilibre. Ceci conduit à une obsolescence progressive des dispositions d'origine sur le droit de la propriété intellectuelle, accélérée par l'émergence des nouvelles technologies, qui modifie profondément les rapports entre la société et les biens intellectuels. Ce contexte, conjugué avec une place toujours plus grande laissée au droit européen, a amené

²⁸¹ *Ibid.* p. 142.

²⁸² Notamment concernant les critiques à l'égard des pouvoirs publics et leur non-adoption de licences autoritaires sur les brevets des vaccins anti-Covid-19 afin d'accélérer leur production. V. à ce sujet : M. Dhenne, « Covid-19 : fabrication des vaccins et licence d'office », *D.* 2021, p. 416 ; A. Lemarchand, « Le vaccin contre le SARS-CoV-2 comme bien public mondial : compatibilité avec les droits de propriété intellectuelle », *Prop. indu.* 2021, étude 7 ; J. Littauer, « Brevets, Vaccinons-nous contre le secret », *Charlie Hebdo*, 17 février 2021, n° 1491, p. 5 ; F. Pierru, F. Stambach, J. Vernaudo, « Les brevets, obstacle aux vaccins pour tous », *Le Monde Diplomatique*, mars 2021, n° 804.

²⁸³ L. Marino, *op. cit.*, p. 150 ; M. Sabatier, « Mesures autoritaires sur brevet d'invention (licences autoritaires) », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4780.

²⁸⁴ M. Trommetter, « Propriétés intellectuelles et intérêt général : que peut dire un économiste ? », in *Brevet, Innovation et intérêt général*, ss la dir de B. Rémiche, Larcier, 2012, p. 499, spéc. p. 506 ; M. Sabatier, *op. cit.*, fasc. 4780.

²⁸⁵ À ce sujet, il est intéressant de se remémorer le projet de loi Zay de 1936 qui aurait pu donner un tout autre équilibre au droit d'auteur, montrant la grande flexibilité d'une quelconque théorie d'un équilibre interne : C. Rojinsky, « Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », *Prop. Intell.*, 2018, n° 27, p. 160.

l'Union européenne à intervenir et à développer sa propre idée de l'équilibre interne de la propriété intellectuelle en la rationalisant, notamment par l'intermédiaire des droits fondamentaux.

II - Une rationalisation de l'équilibre interne en droit européen

57. — Importance du droit de l'Union européenne. La fondamentalisation du droit de la propriété intellectuelle, tout en légitimant sa qualification en tant que droit naturel a profondément rationalisé l'œuvre législative en lui imposant d'opérer une conciliation directe entre les droits fondamentaux. Ceci est dû à l'Union européenne qui, par l'intermédiaire de sa législation, a européanisé les équilibres internes au droit de la propriété intellectuelle (A), tout en œuvrant, dans sa jurisprudence, à imposer la notion de proportionnalité au sein de la loi (B).

A) Une européanisation des équilibres à respecter

58. — Une harmonisation des équilibres. Ces vingt dernières années, le droit de la propriété intellectuelle a vu son environnement changer du fait de l'importance croissante du droit européen, qui influe directement sur le droit français, notamment grâce à l'adoption de plusieurs directives. L'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne rappelle, à ce titre, que : « *La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Ainsi, chaque directive adoptée par le législateur européen devra être transposée dans la législation nationale et aboutir ainsi à une vision cohérente entre la France et l'Union européenne, au sens institutionnel du terme, et également entre l'ensemble des autres États membres de l'Union européenne. De ce fait, les équilibres dégagés par le législateur européen seront sensiblement les mêmes partout au sein de l'Union.

59. — Directive sur le droit d'auteur. La première réelle tentative d'opérer un équilibre au sein de la législation européenne en matière de droit de la propriété intellectuelle se trouve au sein de la directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Son considérant 31 annonce d'emblée cette intention en disposant que « *Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les*

utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique ». Ainsi, tout au long de cette directive, de nouvelles dispositions et exceptions (notamment en son article 5) permettent de concilier les intérêts des créateurs et du public. Cependant, en matière d'exceptions, leur transposition est facultative pour les États membres, qui ne peuvent en prévoir d'autres. Ainsi, par la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), la France a choisi de transposer, entre autres, les exceptions de représentation ou de reproduction dans le cadre de l'enseignement et de la recherche ou pour des personnes handicapées et de reproduction par voie de presse, partielle ou totale, d'une œuvre d'art...

60. — Triple test et équilibre. Mais l'apport le plus spectaculaire de la directive²⁸⁶ et de sa transposition dans la Loi DAVSI est l'inclusion du test des trois étapes ou triple test. La disposition transposée à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « (...) *les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». Ainsi, il faut dans un premier temps (même si le législateur n'a pas jugé opportun de l'inclure dans l'article) que toutes les exceptions prévues au droit d'auteur soient des cas spéciaux, c'est-à-dire qu'elles soient clairement définies et aient une finalité précise (ce qui est présupposé du fait de leur inclusion au sein de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle). Dans un deuxième temps, il est nécessaire, dans leur mise en œuvre, que les exceptions ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, c'est-à-dire qu'elles ne la paralysent pas. Enfin, il faut que les exceptions ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur²⁸⁷. Ce triple test révèle la volonté du législateur de concilier les intérêts antagonistes du public et des auteurs se rapprochant grandement de la nécessaire conciliation des droits fondamentaux. Ceci fait dire à M. Geiger à propos de la dernière étape du test : « *Cette formule met en place une sorte de contrôle de proportionnalité qui n'est pas sans rappeler la méthode utilisée pour résoudre les conflits entre différents droits*

²⁸⁶ Article 5.5 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur dans la société de l'information : « *Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ».

²⁸⁷ Il apparaît que cette dernière étape se place dans le prolongement de la deuxième étape du test, en ce que la perturbation de l'exploitation normale ne peut que causer un préjudice aux titulaires des droits. Cependant, il est envisageable qu'une parodie exagérée puisse causer un préjudice sans perturber l'exploitation normale. V. CJUE, 3 sept. 2014, *Deckmyn c/ Vandersteen*, aff. C-201/13.

fondamentaux. D'ailleurs, une application rigoureuse de cette étape devrait conduire le juge à prendre en compte la justification qui se trouve derrière l'exception en cause et arriver à une analyse différenciée à la lumière des droits fondamentaux en question »²⁸⁸. Tout en étant réservé sur cette dernière affirmation du fait de l'incorporation du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence française²⁸⁹, l'esprit d'un tel triple test confirme la dynamique impulsée par l'Union européenne pour procéder concrètement à une balance des différents intérêts en présence.

61. — Une directive équilibrée ? Cependant, des réserves quant à la directive de 2001 et sa transposition dans la loi de 2006 doivent être exprimées, car elles ne peuvent correspondre au moment de leur adoption qu'à une bonne photographie des exceptions en adéquation avec les technologies et les évolutions de ce temps²⁹⁰. Finalement, nous ne pouvons que constater leur inefficacité à prendre en compte tous les nouveaux cas induits par l'émergence de nouvelles technologies. Ces nouveaux cas ont amené le législateur européen à créer de nouvelles exceptions avec la directive 2019/789 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9 et 2001/29. Il convient de noter au niveau de l'Union européenne que six États membres s'étaient opposés au contenu de cette directive et que trois États s'étaient abstenus lors du vote. L'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne et la Finlande, dans une déclaration commune, ont indiqué les raisons pour lesquelles ils avaient rejeté la proposition et ont insisté sur le fait que « *la directive ne permet [...] pas d'établir un juste équilibre entre la protection des titulaires de droits et les intérêts des citoyens et des entreprises de l'UE* »²⁹¹. Cela souligne la permanente recherche d'équilibre qui anime le législateur européen entre les différents droits, sans qu'une réponse politique consensuelle puisse être apportée.

²⁸⁸ Ch. Geiger, « La copie privée, un espace de liberté menacé dans l'environnement numérique ? », *JCP G* 2014, n° 38, p. 10135.

²⁸⁹ *Infra*, n° 198 et suiv.

²⁹⁰ V. à ce sujet : E. Dreyer, « La liberté d'expression comme 'droit' concurrent », *RLDI* 2009, suppl. 49, n° 1635.

²⁹¹ « Résultat du vote, directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/6/CE et 2001/29/CE (première lecture) », document 8612/19 du 16 avril 2019, disponible à la page : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612-2019-INIT/fr/pdf>

62. — Brevetabilité des inventions et licences obligatoires. En droit des brevets, la situation est particulière puisqu'aucune directive ou règlement ne régit la délivrance des brevets au sein de l'Union européenne²⁹². C'est l'Office européen des brevets (OEB), créé par la Convention sur la délivrance de brevets européens (CBE), dont les différents États membres de l'Union européenne sont membres individuellement, qui va imposer sa propre notion d'équilibre principalement au regard de l'objectif de protection de la santé, notamment reconnu à l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux. L'OEB le fait par l'article 53 c) de la CBE qui écarte la brevetabilité - pour défaut d'application industrielle - des « *méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal* » et des « *méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal* », l'exclusion ne s'appliquant pas toutefois « *aux produits, notamment aux substances ou compositions, pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes* », s'alignant ainsi sur l'article 27 de l'accord sur les ADPIC²⁹³. Cependant, l'Union européenne, à rebours de ces règles, a admis la brevetabilité d'éléments isolés du corps humain, y compris de séquences du génome, dans la directive 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques²⁹⁴, mais pas des embryons humains comme précédemment évoqué avec l'arrêt *Brüstle*²⁹⁵.

De plus, le règlement 816/2006 du 17 mai 2006, une des autres rares législations de l'Union européenne concernant le droit des brevets, régit l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique. Il met en place un mécanisme de licences

²⁹² Même si en décembre 2012, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen ont arrêté d'un commun accord deux règlements jetant les bases de la protection unitaire par brevet dans l'Union européenne, à savoir : le règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet (JO OEB 2013, 111), et le règlement (UE) n° 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction (JO OEB 2013, 132). V. aussi : *Le guide du brevet unitaire : obtention, maintien en vigueur et gestion des brevets unitaires*, OEB, 2017 1^{er} éd. [Publication en ligne].

²⁹³ Article 27.2 de l'accord sur les ADPIC : « *Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation* ».

²⁹⁴ V. plus particulièrement pour la brevetabilité des séquences du génome, l'art. 5§1 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (J.O.C.E., L 213, 30 juillet 1998). On soulignera également qu'un rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 7 octobre 2002 (COM 2002, 545 final) imposé par l'art. 16 c) de la précédente directive vient mettre en évidence la volonté du législateur de concilier les intérêts divergents de la société dans ce domaine (V. sur ce rapport : H. Gaumont-Prat, « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain – Inventions biotechnologiques et contexte socio-juridique », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4240, § 56).

²⁹⁵ *Supra*, n° 43.

obligatoires en vue de la distribution de médicaments dans le tiers monde à prix réduit et harmonise les conditions de concurrence entre les opérateurs concernés²⁹⁶, afin de déterminer un juste équilibre entre l'objectif de protection de la santé et le droit de brevets. Ceci confirme l'équilibre interne permis par les licences autoritaires, mais leur application concrète demeure tout aussi limitée.

63. — L'usage dans la vie des affaires. C'est enfin en droit des marques que l'Union européenne tend à imposer un tout nouvel équilibre, avec la notion de l'usage dans la vie des affaires. Si ce terme avait déjà été utilisé par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Arsenal*²⁹⁷, il faut attendre la directive 2008/95 du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques, pour que ce concept soit formellement reconnu par le législateur européen. Ainsi, selon l'article 5 de la présente directive, « *La marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif. Le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires, d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée* ». Une telle disposition suppose *a contrario* que l'usage de la marque est autorisé en dehors de la vie des affaires. Ceci a un impact direct sur l'équilibre entre les titulaires de marques et le public, limitant le caractère absolutiste de la marque. Le public peut ainsi reprendre le signe distinctif, par exemple, pour critiquer les agissements de l'entreprise auquel il est attaché ou en faire un usage public, se conformant ainsi au droit à la liberté d'expression²⁹⁸. Une telle approche est également confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui rappelle au législateur la place primordiale de la conciliation des intérêts.

²⁹⁶ Règlement (CE) 816/2006 du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, J.O.C.E., L 157, 9 juin 2006.

²⁹⁷ CJCE, 12 nov. 2002, *Arsenal Football Club*, aff. C-206/01, pt. 40 : « *Dans ces circonstances, ainsi que l'a relevé la juridiction de renvoi, l'usage du signe identique à la marque a bien lieu dans la vie des affaires, dès lors qu'il se situe dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé* ».

²⁹⁸ *Infra*, n° 205 sur les arrêts *Areva* et *ESSO*.

B) Un équilibre législatif recherché par la Cour de justice de l'Union européenne

64. — Rôle central de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne voit sa compétence principale décrite à l'article 19 du Traité de l'Union européenne aux termes duquel « elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». À cet effet, la Cour peut interpréter la législation de l'Union européenne à travers ses décisions préjudicielles²⁹⁹, examiner la validité d'un acte de l'Union, veiller à la bonne application de la législation de l'Union européenne dans le cadre de recours en manquement, mais également annuler des actes législatifs européens lors d'un recours en annulation. Ce rappel montre le pouvoir et la grande influence qu'exerce une telle institution sur le droit européen et par extension sur les différents droits nationaux. Comme nous l'avons évoqué dans notre premier chapitre, les droits fondamentaux, notamment celui du droit de propriété intellectuelle, sont reconnus par l'Union européenne à travers la Charte des droits fondamentaux³⁰⁰. Ainsi la Cour de justice de l'Union européenne doit faire respecter ce texte aux institutions, organes et organismes de l'Union mais aussi aux États membres lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union »³⁰¹. Ceux-ci se voient enjoindre de veiller, lors de l'élaboration de leurs législations mettant en œuvre le droit de l'Union, de respecter l'ensemble des droits fondamentaux.

65. — Arrêt *Promusicae*. Cette approche est spectaculairement illustrée en droit d'auteur avec l'arrêt *Promusicae* du 29 janvier 2008³⁰². Dans cette affaire, l'association représentant l'industrie du disque et les intérêts des auteurs-compositeurs en Espagne demandait à son juge national d'ordonner aux fournisseurs d'accès internet de lui transmettre les coordonnées de personnes soupçonnées de téléchargement illégal. Une telle procédure n'était pas prévue dans la législation nationale espagnole, à l'exclusion d'une procédure pénale. Se posait ainsi la question de savoir si le droit fondamental de propriété intellectuelle pouvait justifier une atteinte au droit fondamental à la vie privée, plus particulièrement sur la protection des données

²⁹⁹ V. par exemple pour la validité de la directive 2001/29 : CJCE, 12 sept. 2006, *Laserdisken c/ Kulturministeriet*, aff. C-479/04.

³⁰⁰ *Supra*, n° 27.

³⁰¹ Article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁰² CJCE, GC, 29 janv. 2008, *Promusicae c/ Telefonica de Espana SAU*, aff. C-275/06 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 32, Ch. Caron.

personnelles, au sein d'une législation nationale³⁰³. La Cour de justice rappelle d'abord que les dispositions des directives 2000/31, 2001/29 et 2004/48 « *sont d'une nature relativement générale, puisqu'elles doivent s'appliquer à un grand nombre de situations variées qui peuvent se présenter dans l'ensemble des États membres. Elles comportent dès lors logiquement des règles qui laissent aux États membres une nécessaire marge d'appréciation pour définir des mesures de transposition qui puissent être adaptées aux différentes situations envisageables* »³⁰⁴. Ainsi, il est rappelé que les États membres disposent d'une grande marge d'appréciation en matière de transposition de directives et, en l'espèce, dans le cadre de la transposition des exceptions au droit d'auteur dans leur droit national³⁰⁵. Dans le cas présent, l'Espagne aurait ainsi très bien pu prévoir une loi permettant aux juges d'enjoindre aux fournisseurs d'accès internet de transmettre les coordonnées de personnes téléchargeant illégalement des contenus protégés par le droit d'auteur, tout en étant en conformité avec les directives européennes. Mais la Cour ajoute une condition primordiale puisque, selon elle, « *Il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire* »³⁰⁶. La marge d'appréciation des États n'est donc pas illimitée quand il s'agit de résoudre un conflit entre deux droits fondamentaux, et ils se doivent de procéder à la conciliation de ces droits au moment de la transposition de ces directives. La Cour impose donc aux États membres la même hiérarchie des droits fondamentaux qu'elle s'impose à elle-même³⁰⁷. Cet apport était connu depuis 2003 et l'arrêt *Schmidberger*³⁰⁸ qui est le premier à imposer la recherche d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux (en l'espèce entre la liberté de circulation et la liberté d'expression) mais se voit appliquer à la propriété intellectuelle pour la première fois avec l'arrêt *Promusicae*³⁰⁹.

Cependant, l'apport de cet arrêt ne s'arrête pas là, et dans le même point 68 il est dit que :

³⁰³ M. Guillemain, « Propriété intellectuelle et données personnelles », *Comm. com. électr.* 2019, n° 11, étude 18.

³⁰⁴ *Ibid*, pt. 67

³⁰⁵ Sur cette question V. : K. Lenaerts, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in *20 ans de nouveau droit d'auteur*, ss. la dir. de J. Cabay, V. Delforge, V. Fossoul, M. Lambrecht, Anthemis, 2015, p. 243.

³⁰⁶ Arrêt *Promusicae*, pt. 68

³⁰⁷ J.-P. Jacque, « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'UE », *Mélanges en l'Honneur de Jean Charpentier. La France, l'Europe, Le Monde*, Pedone, 2008, p. 345, spéc. p. 360.

³⁰⁸ CJCE, 12 juin 2003, *E. Schmidberger*, aff. C-112/00, pt. 77-82.

³⁰⁹ J. Malenovsky, « La contribution de la Cour de justice à l'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union Européenne », *op. cit.*, p. 411.

« lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité ». Ce paragraphe laisse entendre que la Cour ne compte pas uniquement sur le législateur pour opérer la conciliation des droits fondamentaux. Elle assigne également aux juges cette mission délicate. Se retrouve ici l'idée d'un nécessaire dialogue entre le législateur et le juge en droit de la propriété intellectuelle³¹⁰. En effet, le travail législatif accompagne et nourrit la réflexion jurisprudentielle d'une conciliation des droits fondamentaux sans la figer dans un schéma préétabli au sein duquel la loi aurait déjà prévu toutes les situations impliquant cette conciliation.

66. — Arrêt *Renckhoff* : affirmation de la théorie de l'équilibre interne. En 2018, l'arrêt *Renckhoff* affirme l'application de la théorie des équilibres internes en droit de la propriété intellectuelle³¹¹. En l'espèce, une école allemande a mis en ligne sur son site internet l'exposé d'une de ses élèves dans lequel une photographie, protégée par le droit d'auteur, avait été utilisée en guise d'illustration. La question préjudicielle posée par le tribunal allemand concerne principalement l'interprétation de la notion de « *communication au public* » sur internet. Cependant, la Cour de justice juge dans son considérant 41 qu' « *autoriser une telle mise en ligne, sans que le titulaire du droit d'auteur puisse se prévaloir des droits prévus à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, méconnaîtrait le juste équilibre, visé aux considérants 3 et 31 de cette directive, qu'il y a lieu de maintenir, dans l'environnement numérique, entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la charte des droits fondamentaux, ainsi que de l'intérêt général* »³¹². La Cour de justice de l'Union européenne, dans le prolongement de l'arrêt

³¹⁰ A. Bensamoun, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, coll. IDA, 2008.

³¹¹ CJUE, 7 août 2018, *Renckhoff*, aff. C-161/17.

³¹² *Ibid*, pt. 41.

Promusicae mais surtout de l'arrêt *Painer*³¹³, vient ainsi, en se fondant sur la directive 2001/29, donner pour la première fois une force contraignante au caractère équilibré maintenu par cette directive en matière de droits d'auteurs vis-à-vis des droits fondamentaux reconnus par la Charte.

67. — Arrêts *Funke Medien*, *Spiegel Online* et *Pelham* : confirmation de la théorie de l'équilibre interne. Cependant, trois arrêts de 2019 rendus par la Grande Chambre le même jour³¹⁴ affirment avec davantage de vigueur l'existence préalable d'un équilibre au sein des textes législatifs. Ces trois arrêts sont très différents dans leurs cas d'espèce mais ont pour point commun répondre à une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 5, paragraphe 3 de la directive 2001/29, renvoyant aux exceptions aux droits d'auteurs et aux droits voisins. Sans entrer dans les détails de ces arrêts, qui nous occuperont en temps utile beaucoup plus longuement³¹⁵, la Cour va, dans un premier temps, rappeler l'apport de l'arrêt *Renckhoff* rendu l'année précédente³¹⁶, mais en allant plus loin puisqu'elle affirme, dans les arrêts *Funke Medien* et *Spiegel Online*, que l'article 5 de la directive relative aux exceptions « *a spécifiquement pour objet [...] d'assurer un juste équilibre entre, d'une part, les droits et intérêts des titulaires de droits, qui font eux-mêmes l'objet d'une interprétation large et, d'autre part, les droits et intérêts des utilisateurs d'œuvres ou d'autres objets protégés. Il en découle que l'interprétation des exceptions et des limitations prévues à l'article 5 de la directive 2001/29 doit permettre [...] de sauvegarder leur effet utile et de respecter leur finalité, une telle exigence revêtant une importance particulière lorsque ces exceptions et limitations visent [...] à garantir le respect de libertés fondamentales.* »³¹⁷. À la lecture de ces lignes, la tentation est

³¹³ CJUE, 1^{er} déc. 2011, *Painer*, aff. C-145/10, pt. 134 : « l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 [relatif au droit de citation] vise à réaliser un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression des utilisateurs d'une œuvre ou d'un autre objet protégé et le droit de reproduction conféré aux auteurs ».

³¹⁴ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17; *Spiegel Online*, aff. C-516/17; *Pelham*, aff. C-476/17.

³¹⁵ *Infra*, n° 165 et suiv.

³¹⁶ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, pt. 57 ; *Spiegel Online*, aff. C-516/17, pt. 42 ; *Pelham*, aff. C-476/17, pt. 32 : « Ainsi qu'il découle des considérants 3 et 31 de la directive 2001/29, l'harmonisation effectuée par celle-ci vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, ainsi que de l'intérêt général ».

³¹⁷ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, pt. 70-71 ; *Spiegel Online*, aff. C-516/17, pt. 54-55.

grande de rapprocher un tel positionnement de la théorie de l'équilibre interne décrite précédemment au sens où une véritable balance entre les droits fondamentaux a déjà été effectuée préalablement à toute décision judiciaire par le législateur grâce à l'existence d'exceptions au droit d'auteur. Il resterait à savoir si une telle théorie tendrait à figer la volonté du législateur, au sens où hors de l'équilibre créé par le législateur européen dans la directive respectant les différents droits fondamentaux, il ne serait plus possible pour le justiciable d'invoquer ces derniers. La tendance affichée par la Cour est celle d'une réponse positive. En effet, dans ces trois arrêts, elle énonce clairement que : *« les États membres sont tenus d'appliquer ces exceptions et limitations de manière cohérente. Or, l'exigence de cohérence dans la mise en œuvre de ces exceptions et limitations ne pourrait être assurée si les États membres étaient libres de prévoir de telles exceptions et limitations en dehors de celles expressément prévues par la directive 2001/29, la Cour ayant, du reste, déjà souligné qu'aucune disposition de la directive 2001/29 n'envisage la possibilité pour les États membres d'élargir la portée desdites exceptions ou limitations. »*³¹⁸, avant d'ajouter qu'*« eu égard aux considérations qui précèdent [...] la liberté d'information et la liberté de la presse, consacrées à l'article 11 de la Charte, ne sont pas susceptibles de justifier, en dehors des exceptions et des limitations prévues [...], une dérogation aux droits exclusifs de reproduction et de communication au public de l'auteur »*³¹⁹. En se fondant sur le principe de sécurité juridique, il devient, pour le justiciable, difficile d'invoquer d'autres droits fondamentaux pour s'opposer à une utilisation du droit fondamental de propriété intellectuelle, car ils ont déjà été arbitrés au moment de l'élaboration de la directive européenne. Il convient néanmoins de noter que la Cour s'est prononcée dans le cadre d'un renvoi préjudiciel et n'a en aucun cas statué sur la validité de ladite directive. Un recours en annulation concernant la validité de la directive ou un renvoi préjudiciel en validité aurait peut-être changé cette décision. En effet, de tels recours auraient poussé la Cour à aller plus loin dans son analyse du respect d'un juste équilibre des droits fondamentaux et à apprécier (ou non) la carence ou l'imprécision d'une exception pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux. Même si au vu des affirmations explicites de la Cour sur son équilibre, un tel cas demeurerait exceptionnel (mais possible). Nous reviendrons néanmoins plus en détail sur ces arrêts au moment d'évoquer l'application concrète du contrôle de proportionnalité à travers ces trois cas précis qui a été très certainement été décisif dans la décision des juges de l'Union³²⁰.

³¹⁸ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, pt. 63 ; *Spiegel Online*, aff. C-516/17, pt. 48 ; *Pelham*, aff. C-476/17, pt. 64.

³¹⁹ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, pt. 64 ; *Spiegel Online*, aff. C-516/17, pt. 49.

³²⁰ *Infra*, n° 165 et suiv.

De manière analogue, les juridictions américaines ont reconnu, à leur manière, l'existence d'une certaine théorie des équilibres internes à travers la notion de « *balancing* ».

III - Proportionnalité légale outre-Atlantique ou « *balancing* »

68. — Une analogie entre proportionnalité et *balancing*. La volonté de concilier les droits fondamentaux par la loi n'est pas une spécificité européenne et se retrouve outre-Atlantique à travers la notion de « *balancing* »³²¹. L'exemple le plus évident et cristallisant l'attention est celui des États-Unis. La jurisprudence de ce pays est une des plus complexes à analyser dans la mesure où son système juridique, notamment en droit de la propriété intellectuelle, est très éloigné du modèle adopté par l'Union européenne et ses États membres. En effet, si les droits des marques et des brevets américains peuvent sembler proches du modèle européen³²², le droit d'auteur n'y existe pas à proprement parler. Il convient donc d'utiliser la notion de « *copyright* »³²³. Les différences sont majeures entre les deux termes : pour le *copyright*, la protection est réservée uniquement aux œuvres d'art (excluant *de facto* la forme globale de produits utilitaires, industriels ou de consommation). Si l'auteur est, par principe, détenteur initial du *copyright* au jour de la première publication (et non de la création), en pratique, l'exception dite « *made for hire* » (œuvre réalisée par un employé dans le cadre de son emploi, faisant peser la détention du *copyright* sur l'employeur) est largement répandue. Par ailleurs, aux États-Unis, la notion de droit moral n'existe que pour protéger certaines œuvres purement artistiques. La différence est encore plus sensible concernant les limitations et les exceptions à ce *copyright* (et au droit des marques dans une moindre mesure), qui se concentre sur la notion de « *fair use* ». Cette notion permet aux tribunaux d'apprécier au cas par cas si l'usage d'une œuvre est « *loyal* », et de s'affranchir donc du système des exceptions limitativement énumérées, comme dans les directives de l'Union européenne, dont l'interprétation doit être stricte. Une démarche casuistique qui pose ainsi la question suivante : une telle exception de *fair use* peut-elle se rapprocher du principe de proportionnalité tel qu'envisagé au sein de l'Union européenne³²⁴ ? Par extension, il est également nécessaire de se demander si le droit à

³²¹ M. Cohen-Eliya, I. Porat, « American balancing and German proportionality: The historical origins », *International Journal of Constitutional Law* 2010, vol. 8, issue 2, p. 263.

³²² Même si pour le droit des brevets américains, le critère d'« *utilité* » permet une protection plus large qu'en Europe.

³²³ J.-M. Baudel, *op. cit.*, p. 48.

³²⁴ V. introduction.

la vie privée peut constituer en lui-même une limitation valable au *copyright* (A). Cette opposition est confirmée par l'application du « *balancing* » au Canada (B).

A) Application aux États-Unis

1) Un faux jumelage avec le *fair use*

69. — Définition législative du *fair use*. Avant de s'attarder sur la comparaison entre principe de proportionnalité en droit d'auteur et *fair use*, il convient de définir précisément ce dernier terme, dont disposent les textes législatifs américains. En effet, malgré ses origines et son application d'abord jurisprudentielle³²⁵, le *fair use* a, depuis 1976, une expression législative au titre 17, section 107 du Code des États-Unis qui dispose que : « *l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris des usages tels la reproduction par copie, l'enregistrement audiovisuel ou quelque autre moyen prévu par cette section, à des fins telles que la critique, le commentaire, l'information journalistique, l'enseignement (y compris des copies multiples à destination d'une classe), les études universitaires et la recherche, ne constitue pas une violation du copyright* ». Ce préambule donne une idée générale de la portée de l'exception, mais ne constitue pas une liste fermée puisqu'elle est ensuite complétée par quatre critères que le juge devra prendre en compte : « (1) *L'objectif et la nature de l'usage, notamment s'il est de nature commerciale ou éducative et sans but lucratif ; (2) la nature de l'œuvre protégée ; (3) la quantité et l'importance de la partie utilisée en rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ; (4) les conséquences de cet usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée.* ». Ici aussi, ces critères sont rédigés de façon suffisamment large et flexible pour que le juge les manie dans sa motivation et pour que soit possible une appréciation casuistique des utilisations des œuvres. Cependant, cette appréciation casuistique crée une jurisprudence établissant par elle-même une liste évolutive des exceptions de *fair use* dans laquelle le précédent juridique joue un rôle significatif et est invoqué devant les tribunaux. Cela engendre une sécurité juridique moindre en comparaison de celle offerte par la liste exhaustive des exceptions d'interprétation stricte en vigueur dans les pays européens³²⁶.

³²⁵ *Folsom v. Marsh*, 9. F. Cas. 342, 348 (n° 4901) (C.C.D. Mass. 1841).

³²⁶ Confirmé par l'évolution constante des contours du *fair use* dans la jurisprudence américaine. V. pour une analyse détaillée : A. Lucas, J. Ginsburg, « Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information », *RIDA* 2016, n° 249, p. 5.

70. — Une comparaison déraisonnable avec le principe de proportionnalité. À la lecture de cette définition législative et sans avoir besoin de détailler les évolutions jurisprudentielles de la notion de *fair use* et des critères qui lui sont attachés, un élément mérite d’être souligné. Le *fair use*, malgré l’appréciation casuistique qu’il nécessite, est avant tout un système ouvert d’exceptions. Le principe de proportionnalité, applicable lors du processus législatif et judiciaire, aux fins d’appréciation du juste équilibre entre les droits fondamentaux, n’a pas pour objectif de créer ou de justifier de nouvelles exceptions qui pourraient constituer des précédents pour de futures affaires. Le principe de proportionnalité se place au-dessus d’un système d’exceptions, qu’il soit sur le modèle américain ou sur le modèle européen, pour apprécier si un juste équilibre entre les droits fondamentaux est assuré. Quand le principe de proportionnalité intervient *post legem* (devant une juridiction), un déséquilibre ne sera reconnu que dans des cas exceptionnels, et ne remettra pas en question la liste fermée des exceptions en instaurant un précédent pouvant s’appliquer à d’autres faits³²⁷. Cette différence profonde entre la logique du *fair use* et celle du principe de proportionnalité est illustrée également dans les divergences de motivation des décisions. En effet, les juges américains sont assez réticents à reconnaître l’existence d’un conflit entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux, en raison de l’existence d’un équilibre préalable dans la loi selon le droit fondamental en cause.

71. — Place des droits fondamentaux dans la législation américaine. Aux États-Unis, les droits fondamentaux bénéficient, comme en Europe, d’une reconnaissance constitutionnelle à travers la « Déclaration des droits » (*United States Bill of Rights*), qui rassemble les dix premiers amendements de la Constitution américaine. Ces amendements reconnaissent directement, à l’instar de la Convention européenne des droits de l’homme et la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, la protection de droits fondamentaux tels que les libertés de presse, de réunion, de religion, d’expression (1^{er} amendement), et le droit de propriété (4^e amendement). Par la suite, d’autres droits fondamentaux ont pu être reconnus indirectement par la Cour suprême comme le droit à la vie privée³²⁸, sur le fondement du 9^e amendement (qui, lui-même, précise que la liste des droits fondamentaux n’est pas

³²⁷ L. Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2016, n° 30-34, doctr. 829.

³²⁸ *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250 (1891).

limitative)³²⁹. Le droit de propriété intellectuelle est protégé par une disposition spéciale de la Constitution américaine (l'article 1, section 8, clause 8, surnommé *Copyright clause*), qui octroie au Congrès le pouvoir de « *promouvoir le progrès de la science et des arts utiles, en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs, le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs* », et confère au droit de la propriété intellectuelle le statut de droit fondamental³³⁰. Les Pères fondateurs à l'origine de la Constitution américaine ne pouvaient envisager qu'un conflit puisse exister entre le *copyright* et les autres droits fondamentaux³³¹, de même que la plupart des commentateurs américains jusqu'à très récemment³³². Malgré l'importance de ces droits pour les juridictions américaines, la Cour suprême écarte généralement un potentiel conflit selon le droit fondamental opposé au droit de la propriété intellectuelle³³³.

72. — Reconnaissance de la théorie de l'équilibre interne : arrêt *Harper & Low*. Le conflit le plus débattu oppose le *copyright* à la liberté d'expression. La position jurisprudentielle paraissait constante jusqu'à récemment : la Cour suprême esquivait un tel conflit. Le point de départ de cette position est l'arrêt *Harper & Row v. Nation Enterprise* de 1985³³⁴. En l'espèce, un journal a publié de nombreux extraits d'une biographie de l'ancien président américain Gerald Ford qui n'était pas encore publiée, sans l'autorisation de l'éditeur à qui l'ancien président avait cédé le droit de publication. L'éditeur assigne alors en contrefaçon le journal qui invoque l'exception de *fair use*³³⁵ en défense et surtout l'application directe du Premier

³²⁹ Cet amendement se lit, en effet, comme suit: « *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people* ».

³³⁰ Ce peu importe que la disposition ne soit pas dans la *Bill of Rights*, sinon toutes les lois sur le *copyright* pourraient être déclarées inconstitutionnelles en se fondant sur une hiérarchie de textes des droits fondamentaux. V. sur ce sujet : L.S. Sobel, « Copyright and the First amendment: A Gathering Storm? », *Copyright Law Synopsium (ASCAP)* 1969, n° 19, p. 43, spec. p. 63.

³³¹ R. Soofi, « First Amendment Challenges to Copyright after *Eldred v. Ashcroft*: The DMCA's Circumvention of Free Speech », *Journal of Legislation* 2003, n° 1(30), p. 169.

³³² J.L. Swanson, « Copyright versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm », *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 1987, n° 7(2), p. 263, spec. p. 273 ; M.B. Nimmer, « Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? », *UCLA Law Review* 1969-1970, n° 17(6), p. 1180.

³³³ M. Leaffer, « Fair Use, Transformative Use and the First Amendment », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, ss. la dir. de P.L.C. Torremans, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 397.

³³⁴ *Harper & Row Publishers Inc. c/ Nation Enterprise*, 471 U.S. 539 (1985).

³³⁵ Un argument rapidement écarté du fait de la nature de l'œuvre en cause qui n'avait pas été publiée. Avant 1992 et la réforme de la section 107 du *Copyright Act*, l'exception de *fair use* ne s'appliquait qu'aux œuvres divulguées. Cf. *Ibid*, spéc. p. 551.

amendement qui impose prétendument un traitement particulier en l'espèce (et ce alors même que l'exception de *fair use* n'aurait pas été applicable, du fait des emprunts excessifs). Pour les défendeurs, le champ d'application du *fair use* devrait être élargi au cas où est posée une question d'intérêt public majeure et où existe un risque de dissémination rapide des nouvelles découlant du Premier Amendement. La Cour suprême adopte une position ferme et répond qu' « à la lumière des éléments de protection des valeurs, relevant du Premier Amendement et inclus dans la distinction entre l'expression protégeable et les idées échappant à la protection, prévue par le Copyright Act, et eu égard à la latitude, quant à l'érudition et le commentaire, traditionnellement permise par le *fair use*, nous ne voyons pas de nécessité d'élargissement de la doctrine de *fair use* jusqu'à créer ce qui constituerait une exception au copyright ciblant les personnages publics. La question de savoir si la reproduction d'un manuscrit rédigé par un personnage public relève, dans une situation donnée, du *fair use* doit être appréciée selon la vision traditionnelle de ce dernier ». Ainsi, à l'instar de certaines juridictions nationales européennes, les juges de la Cour suprême considèrent que l'équilibre entre le droit à la liberté d'expression et le *copyright* a déjà été défini grâce à l'existence de l'exception de *fair use*, et n'appelle pas une appréciation au cas par cas des faits de l'espèce, sur lesquels ils ne s'attardent pas. Le risque classique, soulevé par le juge, est celui de la création d'une nouvelle exception fondée sur le Premier Amendement. Cet arrêt répond pour la première fois au souhait formulé par la doctrine américaine que ne soit pas reconnue l'existence d'un *ad hoc balancing* – proche d'un contrôle de proportionnalité à l'européenne et appliqué à d'autres valeurs constitutionnelles³³⁶ - dans le cas du *copyright*³³⁷. Cet apport sera le point d'appui de toutes les jurisprudences postérieures de la Cour suprême sur ce sujet, dont l'influence n'est toujours pas démentie.

73. — Une fausse remise en cause de l'équilibre interne : arrêt *Eldred*. En 2003, l'arrêt *Eldred*³³⁸, sans être un revirement jurisprudentiel total, sème le doute quant à la position de la Cour suprême. En l'espèce, un site internet proposait le téléchargement de livres tombés dans le domaine public. À la suite d'une réforme du Congrès en 1998 (qui a allongé la durée de la

³³⁶ T.I. Emerson, « Toward a General Theory of the First Amendment », *Yale Law Journal* 1962-1963, n° 72, p. 877.

³³⁷ M.B. Nimmer, *op. cit.*, spec. p. 1183.

³³⁸ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

protection des œuvres existantes)³³⁹, l'activité dudit site est fortement compromise : il décide donc d'attaquer directement la constitutionnalité du texte. Dans un premier temps, le demandeur invoque en raison de l'extension de la durée de protection et de son application prétendument rétroactive aux œuvres pas encore tombées dans le domaine public, la violation de la clause de *copyright* constitutionnelle qui protège les droits exclusifs des auteurs pendant « *un temps limité* ». Cet argument est rejeté par la Cour suprême car, historiquement, toutes les extensions de durée de la protection votées ont profité aux œuvres futures et existantes. Cette extension n'offre donc pas une protection perpétuelle et satisfait à la condition d'un droit à temps limité. Dans un second temps, le demandeur soutient que la réforme est incompatible avec le Premier Amendement en ce qu'elle constitue une restriction à la liberté d'expression. La Cour suprême se fonde, pour répondre, d'abord sur le raisonnement de l'arrêt *Harper & Row* : le *copyright* possède, notamment via l'existence de l'exception de *fair use*, des limitations qui tiennent compte du Premier Amendement. La suite de la réponse de la Cour suprême semble, en revanche, plus ambiguë, car elle considère que ces garanties intégrées au *copyright* en matière de liberté d'expression « *sont généralement suffisantes* » pour éviter un tel conflit. Elle reconnaît enfin que la juridiction du fond a « *parlé trop largement lorsqu'elle a déclaré que les droits d'auteur 'sont catégoriquement à l'abri des contestations au titre du premier amendement'* »³⁴⁰. Elle tempère son affirmation précédente en citant une nouvelle fois l'arrêt *Harper & Row* et juge que : « *lorsque, comme dans le cas présent, le Congrès n'a pas modifié les contours traditionnels de la protection du copyright, un examen plus approfondi³⁴¹ du premier amendement est inutile* »³⁴².

La lecture de cette décision révèle que si la Cour suprême n'a pas retenu l'invocation du Premier amendement dans cette décision, ce moyen pourrait être retenu si un cas exceptionnel advenait. Cela a conduit plusieurs auteurs à penser, soit que la Cour suprême pouvait désormais admettre une analyse *in concreto* pour résoudre le conflit entre droit de la propriété

³³⁹ Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Pub. L. n° 105-298, 112, Stat. 2827 (1998). Réforme qui a suscité de nombreux débats préalables à l'arrêt commenté sur sa constitutionnalité. V. à ce sujet : R.A. Epstein, « Dubious Constitutionality of the Copyright Term Extension Act », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2002, n° 36, p. 123; et surtout : E. Chemerinsky, « Balancing Copyright Protection and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2002, n° 36, p. 83 ; P.L.C. Torremans, *Copyright and Human Rights: Freedom of Expression, Intellectual Property, Privacy*, Kluwer Lax International, 2004, p. 109 et s.

³⁴⁰ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), spec. 221.

³⁴¹ « *further First Amendment scrutiny is unnecessary* ». V. *infra*, n° 75 pour cet examen approfondi en droit des marques.

³⁴² *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, (2003), spec. 221.

intellectuelle et droit à la liberté d'expression³⁴³, soit qu'elle se réservait « *l'hypothèse d'un bouleversement de l'équilibre actuel du copyright* »³⁴⁴. La clé de la compréhension de l'apport de cet arrêt est exposée par M. Piatek, dans sa thèse. Il s'y attarde sur la notion de « *contours traditionnels du copyright* » qui, en cas de modification législative, permettraient l'invocation du Premier Amendement³⁴⁵. Ce cas pourrait survenir si le *copyright* protégeait d'autres créations que celles auxquelles s'intéresse le *copyright* dans sa forme traditionnelle³⁴⁶. Un tel cas s'est présenté à la Cour suprême dix ans plus tard et permet de préciser la notion de « *contours traditionnels du copyright* », excluant la possibilité d'un « *ad hoc balancing* ».

74. — Arrêt *Golan c/ Holder*. En l'espèce, plusieurs auteurs et éditeurs contestaient devant la Cour suprême la constitutionnalité de l'acte de transposition de l'Accord de Marrakech³⁴⁷ en ce qu'il étendait l'application du *copyright* aux œuvres dites restaurées³⁴⁸ et perturbait l'activité des demandeurs. Ils invoquaient donc la clause de *copyright* et le Premier amendement. Comme dans l'affaire précédente, la Cour suprême rejette leurs arguments aux motifs que la réforme n'a pas altéré « *les contours traditionnels du copyright* »³⁴⁹. Elle se réfère à l'arrêt *Eldred* pour préciser que « *nous [la Cour suprême] y avons décrit les 'contours traditionnels' de la protection conférée par le copyright c'est-à-dire la dichotomie idée/expression et le fair use* ». Ainsi, en lisant attentivement cette position de la Cour en rapport avec l'arrêt *Eldred*, la distinction idée/expression et l'exception de *fair use* apparaissent comme les seuls contours traditionnels du *copyright* à considérer pour savoir si ce droit entre en conflit avec le Premier amendement³⁵⁰. Si une telle résolution exclut un contrôle *in concreto* des faits de l'espèce au regard du droit à la liberté d'expression et du *copyright*, ou l'application d'un test traditionnel pour déterminer la constitutionnalité de la loi, elle nous enseigne, de manière capitale, que le

³⁴³ Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004, p. 411 ; A. Strowel, F. Tulkens, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur : à propos des libertés de créer et d'user des œuvres », in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, ss. la dir de A. Strowel et F. Tulkens, Larcier, 2006, p. 9, spéc. p. 36

³⁴⁴ A. Lucas, « Durée de la protection. Allongement de la durée du *copyright*. Conformité avec la Constitution », *Prop. Intell.* 2003, n° 7, p. 170, spéc. p. 171.

³⁴⁵ D. Piatek, *op. cit.*, p. 413 et s.

³⁴⁶ W. McGinty, « First Amendment Rights to Protected Expression: What are the Traditional Contours of Copyright Law », *Berkeley Technology Law Journal* 2008, n° 23, p. 1099, spéc. p. 1125.

³⁴⁷ Uruguay Round Agreements Act (URAA; Pub.L. 103-465, 108 Stat. 4809, 1994).

³⁴⁸ Permettant d'inclure dans l'orbite du *copyright* les œuvres étrangères, non encore tombées dans le domaine public dans leur pays d'origine, mais non protégées aux États-Unis.

³⁴⁹ *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012)

³⁵⁰ H.B. Abrams, « Eldred Golan and Their Aftermath », *Journal of the Copyright Society of the USA* 2013, n° 60, p. 491, spéc. p. 514.

fair use ne peut définitivement pas être associé au contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. En effet, il est issu d'une logique différente car fondée sur un système d'exceptions légales (malgré son appréciation au cas par cas par le juge). Il sert même de justification, comme précédemment étudié, au refus de toute analyse *in concreto* qui reposerait sur le droit à la liberté d'expression. M. Piatek, qui n'est pourtant pas partisan d'un tel contrôle, insiste sur le fait que « toute assimilation de la rupture avec le paradigme d'équilibre préétabli du droit d'auteur [...] à la consécration du *fair use* à la française ne se justifie pas. Un tel raisonnement confond la flexibilité jouant à l'intérieur du *copyright* qui fait partie de la tradition du *fair use* avec la flexibilité imposée par les normes provenant d'en dehors du *copyright* »³⁵¹. Pour autant, si un « *balancing* » n'est pour l'heure pas envisagé en *copyright* du fait de l'existence préalable du *fair use*, il en va autrement en droit de la propriété industrielle, notamment en droit des marques.

75. — Arrêt *Matal* : Résolution du conflit entre droit des marques et droit à la liberté d'expression. Premier exemple d'un traitement différent par rapport au *copyright*. Le contexte est tout à fait différent et mérite d'être précisé. En effet, comme en droit européen, le droit des marques américain ne dispose pas d'un système légal d'exceptions. Il existe deux exceptions de *fair use* en droit des marques : elles ne sont reconnues par une disposition législative et sont plus limitées que celles liées au *copyright*. Elles sont appelées « *nominative fair use* » et « *descriptive fair use* ». Le « *nominative fair use* » a été développé par une doctrine de la Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit³⁵² et permet à un tiers d'utiliser ou de faire référence à la marque d'une autre personne lorsque cela est nécessaire et n'induit pas les consommateurs en erreur³⁵³. Le « *descriptive fair use* » a également une origine extralégislative³⁵⁴ et permet d'utiliser la marque d'un tiers pour décrire les produits ou les services de l'utilisateur (plutôt que d'utiliser une marque pour indiquer la source des produits ou services). Ces limites assez restreintes et malgré la balance déjà opérée selon certains

³⁵¹ D. Piatek, *op. cit.*, p. 417.

³⁵² *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 302 (9th Cir. 1992).

³⁵³ Il s'applique selon un test en trois étapes cumulatives pour que l'usage de la marque ne constitue pas une contrefaçon : 1) le produit ou le service ne doit pas être facilement identifiable sans la marque. 2) le tiers ne doit utiliser la marque du titulaire que dans la mesure où cela est raisonnablement nécessaire pour identifier le produit ou le service. 3) Le tiers doit représenter fidèlement la relation entre lui-même et le propriétaire de la marque, et ne pas induire les consommateurs en erreur quant à la provenance des produits ou services du tiers.

³⁵⁴ *Pagliero v. Wallace China Co.*, 198 F.2d 339, 339 (9th Cir. 1952).

auteurs³⁵⁵, la question du conflit du droit des marques avec le Premier amendement demeure sur certains points. Ainsi, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Matal v. Tam* de 2017³⁵⁶, admis pour la première fois qu'une loi sur le droit des marques pouvait violer le droit à la liberté d'expression tel que reconnu par le Premier amendement. En l'espèce, un musicien souhaitait enregistrer la marque « *The Slants* » pour son groupe de rock. La loi fédérale américaine relative au droit des marques (*Lanham Act*) interdit l'enregistrement d'une marque qui contiendrait un terme offensant ou désobligeant³⁵⁷. Or, le mot « *Slant* » est utilisé aux États-Unis pour désigner, de manière péjorative, les personnes d'origine asiatique. La demande d'enregistrement avait été refusée par le Bureau américain des brevets et des marques de commerce (*United States Patent and Trademark Office [USPTO]*) malgré les affirmations du groupe selon lesquelles cette utilisation détournait le terme de son sens originel (tous les membres du groupe étant eux-mêmes d'origine asiatique). La décision d'appel a reconnu le caractère inconstitutionnel de la disposition du droit des marques au regard du Premier amendement, mais l'USPTO a déposé une ordonnance de *certiorari*³⁵⁸ devant la Cour suprême. Cette dernière confirme la décision de la Cour d'appel : un discours ne peut être banni au seul motif qu'il exprime une idée choquante³⁵⁹. Elle souligne, en outre, le caractère trop large de la disposition par rapport à l'objectif qu'elle poursuit d'interdire des marques qui soutiendraient une discrimination détestable³⁶⁰. La partie de cette décision, la plus utile à notre sujet, est celle du choix du test qui permet de définir l'étendue du contrôle de la loi au regard du Premier amendement. En effet, lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée, les tribunaux fédéraux appliquent

³⁵⁵ R.A. Dannenberg, H.R. Smith-Carra, « Balancing Free Speech and Trademark Rights », *Intellectual Property Update*, Banner & Witcoff, 2017, p. 6 ; S. Ghosh, « Free Speech, Free Markets & the Death of Trademark Law », *Journal of National Law University Delhi* 2018, n° 5(I), p. 61.

³⁵⁶ *Matal v. Tam*, U.S. 582 U.S. __ (2017).

³⁵⁷ Section 2(a) of the Trademark Act (15 U.S.C. § 1052) : « *No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it : (a) Consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or disrepute* ».

³⁵⁸ « *Writ of certiorari* » en anglais, qui est un document qu'une partie perdante dépose auprès de la Cour suprême pour demander à celle-ci de revoir la décision d'une juridiction inférieure. Il comprend une liste des parties, un exposé des faits de l'affaire, les questions juridiques présentées pour examen et les arguments expliquant pourquoi la Cour devrait accorder l'assignation.

³⁵⁹ Le juge Samuel Alito, rappelant dans son opinion un des points cardinaux de la jurisprudence américaine sur la liberté d'expression qui serait « la liberté d'exprimer 'la pensée que nous détestons' » (Cf. *U.S. v. Schwimmer*, 279 U. S. 644, 655 (1929) (Holmes, J., dissident).

³⁶⁰ *Matal v. Tam*, U.S. 582 U.S. __ (2017), p. 23.

généralement³⁶¹ l'un des trois tests suivants : « *Strict scrutiny* »³⁶², « *Intermediate scrutiny* »³⁶³, ou « *Rational basis review* »³⁶⁴. Le plus sévère est *le strict scrutiny test* et le plus souple est *le rational basis review*. Le niveau d'examen appliqué détermine la manière dont un tribunal analysera une loi et ses effets, et quelle partie aura la charge de la preuve (ce qui peut avoir un lourd impact sur la motivation de l'arrêt et sur les chances de succès du recours). Le choix du test, pour une loi violant potentiellement le Premier amendement, cause beaucoup d'incertitudes et de divergences, selon le contexte et le contenu de la loi³⁶⁵. Il est néanmoins admis qu'un *intermediary scrutiny test* permet d'apprécier la constitutionnalité au Premier amendement d'une loi régulant un discours commercial³⁶⁶. Cependant, la Cour d'appel a privilégié, dans son arrêt, l'application du *strict scrutiny test* car la loi incriminée « *réglemente les aspects expressifs de la marque, et non pas sa fonction de discours commercial* », excluant ainsi un *intermediate scrutiny test*³⁶⁷. Les juges Sotomayor, Ginsburg, Kennedy et Kagan ont approuvé ce choix dans leur opinion concurrente, car la loi incriminée constitue « *une discrimination du point de vue – une forme de suppression de la parole si puissante qu'elle doit*

³⁶¹ *Supra*, n° 73 pour le « *traditional contours* » test, spécifique au *copyright*.

³⁶² Le plus haut niveau de contrôle appliqué par les tribunaux aux actions ou aux lois du gouvernement, qui exige de celui-ci qu'il prouve que la loi : (1) est nécessaire à un « *intérêt d'État impérieux* » (*compelling state interest*); (2) est « *étroitement adaptée* » (*narrowly tailored*) à la réalisation de cet objectif impérieux ; (3) utilise les « *moyens les moins restrictifs* » (*least restrictive means*) pour atteindre cet objectif.

³⁶³ Le niveau intermédiaire de contrôle qui exige du gouvernement de prouver que la loi en cause serve un objectif gouvernemental *important* (*important government objective*), et est *substantiellement lié* (*substantially related*) à la réalisation de l'objectif. En matière de liberté d'expression le test fait ensuite la distinction entre les lois neutres quant au contenu (*content-neutral laws*), examinés selon un « *intermediate scrutiny test* », et les lois basées sur le contenu (*content-based law*), examinées selon le « *strict scrutiny test* ». Le premier test varie substantiellement sous sa forme quand la liberté d'expression est en jeu.

³⁶⁴ Le plus faible niveau de contrôle (pas applicable quand un droit fondamental est en cause) qui exige de la partie qui conteste la loi (et non le gouvernement) prouve, soit que le gouvernement n'a *aucun intérêt légitime* (*no legitimate interest*) dans la loi ou la politique, soit qu'il n'y a *pas de lien raisonnable et rationnel* (*no reasonable, rational link*) entre cet intérêt et la loi contestée.

³⁶⁵ R. Randall Kelso, « The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and "Reasonableness" Balancing », *Elon Law Review* 2016, n° 8, p. 291.

³⁶⁶ *Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n N.Y.C.*, 447 U.S. 557, 563–66 (1980). Cf. L.P. Ramsey, « Free Speech Challenges to Trademark Law After *Matal v. Tam* », *Houston Law Review* 2018, Vol. 56, p. 401.

³⁶⁷ Il est utile de constater que dans le cadre de ce test, les restrictions de discours commerciaux, ne sont constitutionnelles en vertu de l'arrêt *Central Hudson* que si le gouvernement peut démontrer (447 U.S. 557, 565 [1980]) : (1) si l'expression est protégée par le Premier Amendement pour une activité licite et non trompeuse ; (2) si l'intérêt gouvernemental revendiqué est substantiel ; (3) si la réglementation fait directement avancer l'intérêt gouvernemental revendiqué ; et (4) si la réglementation n'est pas plus étendue que nécessaire pour servir cet intérêt - il doit y avoir une "adéquation raisonnable" entre les objectifs du gouvernement et les moyens d'atteindre ces objectifs. Ces critères ainsi que ceux du « *strict scrutiny test* » rappellent, en partie, ceux utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme pour déterminer la proportionnalité des atteintes à la liberté d'expression, dans leur aspect adéquat et nécessaire.

faire l'objet d'un examen constitutionnel rigoureux »³⁶⁸. À la suite de cet arrêt, plusieurs auteurs se sont inquiétés d'une potentielle remise en question de la législation américaine sur le droit des marques par le droit à la liberté d'expression, qui créerait le risque d'un émiettement de plusieurs pans du droit des marques³⁶⁹. La position de la Cour suprême a, néanmoins, été confirmée deux ans plus tard³⁷⁰. Elle reconnaît que la restriction de la loi *Lehman* sur les marques « *immorales* » ou « *scandaleuses* » était inconstitutionnelle en suivant un raisonnement similaire à celui adopté dans l'arrêt susmentionné. Au-delà de l'appréciation de l'opportunité de ces décisions³⁷¹ et du contenu de ces tests, il convient de constater que, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme, le type du discours (commercial, artistique, politique...) est directement pris en compte pour déterminer l'intensité du contrôle de la juridiction, dans le cadre du respect au droit de la liberté d'expression. Néanmoins, les deux tests demeurent très différents, l'analyse de la Cour suprême reste abstraite et exclue toute analyse *in concreto*.

2) Une analyse structurée en droit de la vie privée (*privacy*)

76. — Propriété intellectuelle et droit à la vie privée (*privacy*). Concernant le conflit entre droit à la vie privée et droit de la propriété intellectuelle, le débat est plus éloigné du sujet des droits fondamentaux. En effet, la question de l'atteinte à la vie privée est peu présente dans les décisions américaines. La jurisprudence a cependant créé des tests spécifiques pour déterminer si la vie privée des utilisateurs prévaut, en l'espèce, sur les droits des titulaires de *copyright*³⁷². Cette problématique est intervenue aux États-Unis, comme en Europe, avec l'émergence d'internet et du téléchargement illégal de musique. Face à cette problématique, la question du ciblage des contrefacteurs a agité tant le législateur, avec l'adoption en 1998 du *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*, que les juridictions pour savoir comment et quelles informations personnelles pouvaient être récupérées au regard de ce texte. La *Recording Industry Association of America (RIAA)*, qui est l'association de la défense des intérêts de

³⁶⁸ Trad. : M.-A. Weiss, A. Favreau, « La propriété industrielle au-delà des frontières », *Prop. Intell.* 2017, n° 10, étude 24.

³⁶⁹ S. Ghosh, *op. cit.*, p. 61 ; L.P. Ramsey, *op. cit.*, p. 401.

³⁷⁰ *Iancu v. Brunetti*, n° 18–302, 588 U.S. ____ (2019).

³⁷¹ Le débat est également présent au Royaume-Uni : J. Griffiths, « Is There a Right to an Immoral Trademark? », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, ss. la dir. de P.L.C. Torremans, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 425.

³⁷² F. Giovanella, *Copyright and Information Privacy: Conflicting Rights in Balance*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 140 et s.

l'industrie du disque aux États-Unis, a multiplié les stratégies afin de contraindre les fournisseurs d'accès internet (FAI) à coopérer. Ces stratégies ont permis la construction d'une jurisprudence cherchant l'équilibre délicat entre vie privée et *copyright*. Au début des années 2000, la *RIAA* récupérait les adresses IP des internautes téléchargeant illégalement via le réseau *peer to peer*, mais avait besoin des FAI pour obtenir l'identité des personnes attachées à ces adresses. Elle entendait les contraindre à le faire, sur le fondement d'une assignation prévue par le *DMCA* à sa section 512.

77. — Affaire *RIAA v. Verizon* : invocation infructueuse du *DMCA*. En 2002, Verizon Online est le premier FAI à refuser cette assignation. Cela a donné lieu à une procédure judiciaire fondée sur ladite section 512 (h) de la *DMCA*³⁷³. Selon Verizon Online, cette section ne pouvait être appliquée uniquement si le produit contrefait était stocké sur le système ou le réseau du fournisseur de services en vertu de la sous-section 512 (c). Étant donné que Verizon transmettait simplement des informations d'un utilisateur à l'autre, aucun élément n'était stocké sur son système et l'assignation ne pouvait pas être appliquée à son cas. Si, en première instance, l'argument de Verizon n'est pas retenu, la Cour d'appel lui donne raison, suivie de la Cour suprême qui refuse l'ordonnance de *certiorari* déposé par la *RIAA*³⁷⁴. Cette dernière, confrontée désormais à l'opposition d'autres FAI³⁷⁵, voyait se compliquer la récupération des données personnelles des contrefacteurs.

78. — Affaire *RIAA v. Verizon* : « *John Doe proceeding* ». La *RIAA* délaisse ensuite la procédure prévue à la section 512 du *DMCA* pour se tourner vers la « *John Doe proceeding* », fondée sur l'article 45 de la *Federal Rules of Civil Procedure*. Cette procédure n'est pas spécifique au droit de la propriété intellectuelle et peut s'appliquer à toute procédure civile. Elle est largement utilisée, notamment pour des affaires de diffamation. Dans leur cadre, une partie (le titulaire du *copyright*, en l'espèce) peut demander une « *immediate discovery* »³⁷⁶ l'autorisant à assigner un tiers (le FAI) pour recueillir des documents ou des informations spécifiques (les identités des utilisateurs derrière des adresses IP). Néanmoins, la procédure est plus

³⁷³ *RIAA v. Verizon Internet Services*, 351 F.3d 1229 (DC Cir. 2003), 1223.

³⁷⁴ *Recording Ind. Assoc. v. Verizon Internet Servs.*, 543 U.S. 924 (2004).

³⁷⁵ *Charter Communications, Inc., Subpoena Enforcement Matter*, 393 F.3d 771, 773 (8th Cir., 2005) ; *Subpoena to University of North Carolina at Chapel Hill*, 367 F. Supp. 2d 945 (M.D.N.C., 2005). ; *Interscope Records v. Does 1-7*, 494 F. Supp. 2d 388 (E.D. Va. 2007).

³⁷⁶ Dont l'équivalent partiel en droit français est la mesure d'instruction *in futurum*.

contraignante que celle prévue par le *DMCA*. Ses conditions d'application ont été précisées par plusieurs décisions. Ainsi, en 2009, une maison de disques avait récupéré plusieurs adresses IP de contrefacteurs sur un réseau *peer to peer*. Elle a assigné un FAI pour obtenir l'identité de ces derniers via la « *John Doe proceeding* »³⁷⁷. La Cour de district a accédé à sa demande, mais a notifié, préalablement et à chaque contrefacteur, l'intention de révéler à la maison de disque leurs informations personnelles (noms, adresse postale, mail, numéro de téléphone). Quatre contrefacteurs ont alors demandé au tribunal l'annulation de la décision, sur le fondement du Premier amendement. La Cour répond et reconnaît que, si en vertu de cet amendement, les internautes ont droit à l'anonymat sur internet, il s'agit selon elle d'un droit très limité car le *peer to peer* n'est pas un véritable moyen de s'exprimer³⁷⁸. Parallèlement, la Cour estime que « *les intérêts de vie privée d'un défendeur au titre du premier amendement sont extrêmement faibles lorsque le "discours" est fondé sur la prétendue violation du copyright* »³⁷⁹. La Cour poursuit : elle doit mettre en balance le droit à la vie privée (qu'elle qualifie de « *minimale*ment protégé ») et le droit du titulaire du *copyright*³⁸⁰. Pour y arriver, la Cour s'appuie sur un test en cinq étapes, dans le cadre duquel les juges doivent analyser : (1) si les demandeurs ont fait la preuve concrète d'une allégation *prima facie* de préjudice donnant lieu à une action en justice ; (2) la spécificité de la demande de communication préalable ; (3) l'absence de moyens alternatifs pour obtenir les informations citées à comparaître ; (4) ; un besoin central d'obtenir les informations citées à comparaître ; et (5) l'attente³⁸¹ du défendeur en matière de respect de la vie privée³⁸². Les cinq étapes sont effectuées en l'espèce. La Cour déclare donc la demande d'identification des contrefacteurs par la maison de disque valable.

³⁷⁷ *Arista Records, LLC v. Does 1–16*, 2009 U.S. Dist. Lexis 12159.

³⁷⁸ Citant l'arrêt *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), 870.

³⁷⁹ *Arista Records, LLC v. Does 1–16*, 2009, 12 : « *a defendant's First Amendment privacy interests are exceedingly small where the 'speech' is the alleged infringement of copyrights* ».

³⁸⁰ *Ibid* : « *balance the tension between this minimally protected constitutional right and a copyright owner's right to disclosure of the identity of a possible trespasser of its intellectual property interest* ».

³⁸¹ Le concept de « *expectation of privacy* » développé pour la première fois par la Cour suprême dans son arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), est reconnu quand une personne a manifesté une attente réelle (subjective) en matière de respect de la vie privée et que la société est prête à la reconnaître comme raisonnable.

³⁸² Déjà établi dans *Sony Music Entertainment, Inc. v. Does 1–40*, 326 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2004) 564 : « *1. whether plaintiffs have made a concrete showing of a prima facie claim of actionable harm; 2. the specificity of the discovery request; 3. the absence of alternative means to obtain the subpoenaed information; 4. a central need to obtain the subpoenaed information to advance the claim; 5. the party's expectation of privacy* ».

79. — **Conclusion.** À travers l’invocation du DMCA et de la *John Doe Proceeding*, si le droit à la vie privée est clairement en retrait par rapport au droit de la propriété intellectuelle (le premier est qualifié de « *droit constitutionnel protégé au minimum* »), la nécessité de déterminer un juste équilibre entre ces deux droits est clairement considérée par le juge dans son analyse : il utilise lui-même le terme de « *balance* ». La « *John Doe proceeding* » présente, en ce domaine, des similitudes avec le contrôle de proportionnalité européen, notamment par la prise en compte d’une possibilité de moyens alternatifs pour arriver aux mêmes résultats. Enfin, il existe une différence profonde dans la motivation et l’analyse des juges américains et européens. Une telle différence de motivation et d’approche en fonction des droits fondamentaux en conflit, renforce l’idée selon laquelle la motivation de la décision judiciaire ne peut pas être la même suivant les droits fondamentaux invoqués.

B) Application canadienne

80. — **Une confirmation de la théorie des équilibres internes.** Le modèle canadien de la propriété intellectuelle et son interaction avec les autres droits fondamentaux sont assez similaires à ceux appliqués aux États-Unis. Depuis 1982, le pays dispose d’une charte constitutionnelle des droits et des libertés (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) qui est exclusivement appliquée à l’action des pouvoirs publics (non aux rapports privés des citoyens entre eux). Elle reconnaît directement à son article 2 (b) la liberté d’expression et indirectement à son article 8 le droit à la vie privée³⁸³. Cependant, contrairement à l’Europe, ni le droit de propriété intellectuelle ni le droit de propriété, dont il pourrait être déduit, ne sont reconnus par la Charte canadienne des droits et libertés³⁸⁴. Le droit de propriété intellectuelle n’est reconnu que par des lois comme dans le « *Copyright Act of Canada* »³⁸⁵, le « *Trademarks Act* »³⁸⁶ ou le « *Patent Act* »³⁸⁷. Cette omission conduit les juridictions canadiennes à examiner la possibilité

³⁸³ Cf. *Hunter v. Southam Inc* ([1984] 2 S.C.R. 145) où la Cour suprême du Canada a indiqué que la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qui est prévue à l’article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés vise essentiellement la protection de la vie privée de la personne.

³⁸⁴ L’article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés (protégeant droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne) a fait l’objet de nombreux débats lors de son adoption pour savoir s’il devait inclure le droit à la propriété. Certains politiques ont soulevé le fait que si le droit à la propriété était inclus dans la Charte, d’autres droits économiques et sociaux devraient y être ajoutés également. V. à ce sujet : D. Johansen, « Property Rights and the Constitution », *Law and Government Division*, Library of Parliament, 1991.

³⁸⁵ R.S.C., 1985 c. C-42.

³⁸⁶ R.S.C., 1985, c. T-13.

³⁸⁷ R.S.C., 1985, c. P-4.

d'une violation des droits fondamentaux par le droit de la propriété intellectuelle. Or, contrairement à ce qu'on pourrait penser de ce bref aperçu constitutionnel, cette violation n'a que très rarement été soulevée et a été encore plus rarement reconnue par les cours canadiennes³⁸⁸. En effet, comme son voisin américain, la Cour suprême canadienne reconnaît, depuis l'arrêt *Théberge*, le *copyright* comme un droit équilibré entre les intérêts du public pour l'encouragement et la diffusion des travaux artistiques et intellectuels et l'obtention d'une juste rétribution pour le créateur³⁸⁹. Cet équilibre est assuré, notamment grâce à l'existence d'exceptions énumérées par les sections 29 à 32.2 du « *Copyright Act* », qui empêchent, selon la Cour, un contrôle excessif (*excessive control*) des titulaires de *copyright* et « *d'autres formes de propriété intellectuelle* » qui limiteraient la capacité du domaine public à incorporer et à embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de la société dans son ensemble, ou à créer des obstacles pratiques à une utilisation correcte³⁹⁰. La Cour canadienne affirme ainsi la nécessité d'un *copyright* équilibré, et généralise cet équilibre aux autres droits de propriété intellectuelle³⁹¹. Elle le fait cependant sans référence à sa Charte des droits et libertés. Cette position a été confirmée deux ans plus tard par la décision *CCH Canadian LTD v. Law Society of Upper Canada*³⁹² qui qualifie les limitations et exceptions comme des « *droits de l'utilisateur* » (*user's rights*) et les placent au même niveau que les droits des créateurs³⁹³. Ainsi,

³⁸⁸ Au contraire, le *copyright* est protégé au même niveau dans la mesure où il n'entrave pas de manière injustifiée la liberté d'expression : J. Bailey, « Deflating the Michelin Man » in *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, ss. la dir. de C. Craig, Irwin Law, 2005, p. 141.

³⁸⁹ *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc* [2002] 2 S.C.R. 336, § 30 : « *The Copyright Act is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately, to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated)* ».

³⁹⁰ *Ibid* § 32 qui donne des exemples tels que l'utilisation équitable à des fins de critique ou d'examen ou la reproduction limitée de programmes informatiques et les « *enregistrements éphémères* » en relation avec les spectacles en direct : « *Excessive control by holders of copyrights and other forms of intellectual property may unduly limit the ability of the public domain to incorporate and embellish creative innovation in the long-term interests of society as a whole, or create practical obstacles to proper utilization. This is reflected in the exceptions to copyright infringement enumerated in ss. 29 to 32.2, which seek to protect the public domain in traditional ways such as fair dealing for the purpose of criticism or review and to add new protections to reflect new technology, such as limited computer program reproduction and "ephemeral recordings" in connection with live performances* ».

³⁹¹ V. en droit des marques: *British Columbia Automobile Association v. Office and Professional Employees' International Union* (2001) 10 CPR (4th) 423 (BCSC).

³⁹² *CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339.

³⁹³ *Ibid*, § 48: « *The fair dealing exception, like other exceptions in the Copyright Act, is a user's right. In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users' interests, it must not be interpreted restrictively. As Professor Vaver, [...] has explained [...] 'User rights are not just loopholes. Both owner rights and user rights should therefore be given the fair and balanced reading that befits remedial legislation'* ».

pour la Cour, un juste équilibre (*proper balance*) réside non seulement dans la reconnaissance des droits du créateur mais aussi dans la prise en compte de leur nature limitée³⁹⁴. Cette idée d'équilibre (*balance*) a eu une influence dépassant la motivation judiciaire puisque le gouvernement fédéral s'en est emparé pour opérer les réformes récentes du *copyright*³⁹⁵.

81. — Affaire *Michelin*. Cependant, la reconnaissance par les juridictions canadiennes d'une atteinte à un droit fondamental hors des exceptions et limitations légales semble incertaine³⁹⁶. Depuis l'affaire *R. v. Oakes*³⁹⁷, un test en quatre étapes (ci-après « *test Oakes* »), fondé sur l'article 1 de la Charte des droits et libertés³⁹⁸, est appliqué pour vérifier qu'une restriction à un droit fondamental est licite : la loi doit poursuivre un *objectif réel et urgent* (suffisamment important pour justifier la restriction) ; la restriction doit avoir un *lien rationnel avec cet objectif* ; la restriction doit *porter le moins possible atteinte au droit en question* (pas plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre l'objectif) ; et, enfin, il doit y avoir *proportionnalité entre la restriction et l'objectif* (l'effet de la restriction ne doit pas avoir un effet préjudiciable disproportionné sur la personne à laquelle elle s'applique)³⁹⁹. Ce test rappelle celui utilisé en Europe pour apprécier la proportionnalité d'une atteinte aux droits fondamentaux. Il tend à être appliqué aux litiges relatifs au *copyright* dans lesquels la Charte est directement opposée au « *Copyright Act* » (représentant une action gouvernementale qui porte atteinte à la liberté d'expression). L'exemple le plus marquant et controversé de cette application est l'arrêt *Michelin*. L'espèce est particulièrement pertinente. Il s'agissait de l'utilisation, par un syndicat de travailleurs, du célèbre emblème Bibendum de la société Michelin dans une campagne critiquant la politique de la société. L'article 29 du « *Copyright Act* » ne prévoyait alors pas, une exception de parodie ou de satire⁴⁰⁰. Si la Cour reconnaît que l'atteinte à la liberté d'expression (fondée sur l'article 2 de la Charte canadienne des droits et libertés), invoquée par

³⁹⁴ *Ibid*, § 31.

³⁹⁵ « *Harper Government Delivers on Commitment to Modernize Canada's Copyright Laws* », Ottawa, 29 juin 2012 [disponible en ligne].

³⁹⁶ *The Queen v. James Lorimer and Co.* [1984] 1 F.C. 1065, 77 CPR (2d) 262 (Federal Court of Appeal) ; *Compagnie générale des établissements Michelin-Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, (1996) 71 CPR (3d).

³⁹⁷ *R v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

³⁹⁸ « *La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique* ».

³⁹⁹ *Ibid*, § 138-139.

⁴⁰⁰ Introduite le 7 novembre 2012 dans le « *Copyright Act* » (projet de loi C-11).

le syndicat défendeur, peut être utilisée comme moyen de défense contre une plainte pour violation du *copyright*, elle considère que ce dernier ne lui porte, en l'espèce, qu'une atteinte minimale en raison de la structure très bien adaptée de la loi sur le *copyright* et de ses exceptions⁴⁰¹. Ainsi, la Cour a estimé que la liberté d'expression du défendeur n'avait pas été indûment restreinte car il aurait pu transmettre le même message par des moyens différents⁴⁰². De ce fait, le tribunal n'a trouvé aucune raison d'examiner la conformité de la restriction de la loi sur le *copyright* à l'article 1 de la Charte canadienne et à son *test Oakes*, étant donné que la parodie en cause a été jugée hors du champ d'application de l'article 2 de la Charte canadienne (reconnaissant la liberté d'expression). La Cour constate que les droits fondamentaux ne sont pas absolus et interprète l'article 2 comme excluant non seulement les expressions haineuses mais aussi les expressions utilisant la propriété d'autrui au nom de la liberté d'expression⁴⁰³. La Cour, de manière très pédagogique, démontre ensuite que si l'expression des défendeurs avait été considérée comme protégée par la Charte canadienne, le défendeur aurait quand même échoué au *test Oakes* puisqu'il était manifestement justifié dans une société libre et démocratique de passer outre la liberté d'expression afin de faire respecter le *copyright*⁴⁰⁴. Se focalisant sur la première étape du test, la Cour a estimé que le « *Copyright Act* » reflétait un besoin urgent et réel de protéger les créateurs au sein d'une société démocratique en leur garantissant une rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres. Ainsi, il semble que la Cour a estimé que les intérêts patrimoniaux d'un titulaire de droits devaient prévaloir par rapport à l'exercice de la liberté d'expression d'un autre. Cette décision apparaît intéressante dans la mesure où la valeur des droits fondamentaux, telle que reconnue par la Charte des droits et libertés, semble ici assez relative. Cette relativité est confirmée par le fait que le droit de propriété intellectuelle, qui n'en fait pas partie explicitement, apparaît ici clairement préféré à la liberté d'expression⁴⁰⁵. Cette décision soulève également les interrogations d'une partie de

⁴⁰¹ *Compagnie générale des établissements Michelin-Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, (1996) 71 CPR (3d) 348 : « *Copyright minimally impairs the Defendants' right of free expression by the very well-tailored structure of the Copyright act with its of exceptions* ».

⁴⁰² *Ibid*, § 79.

⁴⁰³ *Ibid*, § 86-88.

⁴⁰⁴ *Ibid*, § 109.

⁴⁰⁵ Même si un arrêt antérieur de la Cour suprême (*Irwin Toy, Irwin Toy Ltd v Quebec (AG)*, [1989] 1 S.C.R. 927) avait reconnu le droit à la liberté d'expression comme d'égale valeur avec le droit de propriété, ce qui peut faire relativiser une telle décision et la rend d'autant plus critiquable.

la doctrine canadienne⁴⁰⁶, car elle restreint la finalité du *copyright* à une simple possession patrimoniale et néglige l'aspect profondément hybride d'un tel droit supposé s'équilibrer avec les droits fondamentaux tels que la liberté d'expression. Cet équilibre serait-il menacé par la reconnaissance de la possibilité de parodier une œuvre, comme c'est le cas en l'espèce, alors que son expression n'implique pas une utilisation commerciale pouvant menacer cet aspect patrimonial du *copyright* ? De même, cet arrêt démontre que toutes les méthodes qui impliquent une appréciation des restrictions aux droits fondamentaux, aussi bien construites et intelligibles soient-elles, restent sujettes à l'appréciation souveraine du juge qui, s'ils interprètent que tel droit fondamental ne peut être restreint par un autre, ne peuvent qu'aboutir à un équilibre relatif. Cet équilibre relatif est ici caractérisé par la référence récurrente à la théorie de l'équilibre interne du droit de la propriété intellectuelle dont nous avons déjà présenté les avantages et les limites⁴⁰⁷, soulignées par la présente espèce.

82. — Droit à la vie privée et *copyright* : Affaire *BMG*. Le constat n'est pas le même en droit de la vie privée. En effet, les juridictions canadiennes s'inspirent de la doctrine précédemment évoquée pour les États-Unis pour chercher à établir un équilibre entre le droit à la vie privée des individus et la nécessité de protéger les droits des détenteurs de propriétés intellectuelles, notamment dans le cas d'une divulgation des informations personnelles de contrefacteurs sur internet. Depuis le 13 avril 2000, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE ; en anglais : *PIPEDA*, abréviation de *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*) encadre le traitement des données personnelles au niveau fédéral. Or, en 2004, plusieurs maisons de disques et l'association représentant les intérêts de ces dernières (la *Canadian Recording Industry Association [CRIA]*) étaient impliquées dans des faits similaires à ceux de l'affaire américaine impliquant la *RIAA*⁴⁰⁸. Elles avaient assigné cinq fournisseurs d'accès à internet aux fins d'obtenir la divulgation de l'identité de plusieurs adresses IP qui auraient téléchargé des fichiers musicaux protégés par le *copyright* via le *peer to peer*. Trois de ces fournisseurs d'accès se sont opposés à cette demande en invoquant la protection de la vie privée des clients garantie par la LPRPDE et les difficultés techniques liées à une telle demande. En première instance⁴⁰⁹, devant

⁴⁰⁶ M.J. Tawfik, « Copyright and Freedom of Expression in Canada », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, ss. la dir de P.L.C. Torremans, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 257 ; S. Jacques, *The Parody Exception in Copyright Law*, Oxford University Press, 2019, p. 157.

⁴⁰⁷ *Supra*, n° 51 et suiv.

⁴⁰⁸ *Supra*, n° 76 et suiv.

⁴⁰⁹ *BMG Canada Inc. v. John Doe* [2004] 3 F.C.R. 241.

la Cour fédérale du Canada, le juge von Finckenstein admet que les fournisseurs d'accès n'ont pas l'obligation de révéler les données personnelles de leurs clients. Pour que ces dernières soient contraintes de le faire, le juge, s'appuyant sur deux jurisprudences (*Norwich* et *Glaxo*)⁴¹⁰, établit un test en cinq étapes correspondant à cinq conditions cumulatives : (1) le demandeur doit établir une preuve *prima facie* contre l'auteur présumé inconnu de l'infraction ; (2) La personne à laquelle la divulgation est demandée doit être impliquée d'une manière ou d'une autre dans l'affaire en cause; (3) ladite personne doit être la seule source pratique d'information disponible pour les demandeurs; (4) ladite personne doit être raisonnablement indemnisée pour les dépenses liées au respect de l'ordonnance de divulgation ; (5) les intérêts publics favorisant la divulgation doivent l'emporter sur les préoccupations légitimes en matière de vie privée⁴¹¹. Ces conditions, contrairement à celles dégagées par la jurisprudence américaine, paraissent beaucoup plus précises et adaptées à ces cas de collecte de données dans le cadre d'une contrefaçon. S'y retrouve également, dans le troisième critère, une forme de test de nécessité en ce que le juge va rechercher si des alternatives existent. Après cette présentation, le juge s'attache à remplir chaque critère, en plusieurs paragraphes. Il caractérise l'échec du test à la première, troisième et cinquième condition. Le juge s'attarde sur la première condition car les demandeurs n'avaient pas démontré qu'il y avait une preuve *prima facie*. Tout d'abord, le contenu de la déclaration sous serment d'un président d'une société de protection de la vie privée, qui avait enquêté sur les partages de fichier en cause, était insuffisant. Puis, aucune preuve de connexion entre les pseudonymes et les adresses IP n'était apportée, pas plus que la preuve d'une violation du droit d'auteur. Les demandeurs n'ont donc pas pu que démontrer que les utilisateurs mettaient des copies à disposition sur leurs lecteurs partagés en *peer to peer*. Le juge développe ensuite l'échec au troisième test relevant que les demandeurs n'avaient pas prouvé que les FAI étaient la seule source d'information pratique. Cependant, pour le cinquième test, un raisonnement plus complet démontre que les demandeurs n'avaient pas prouvé que l'intérêt public, justifiant la divulgation, était supérieur aux préoccupations relatives à la vie privée. Ce raisonnement plus développé est pourtant essentiel. En effet, dès le début de son analyse, le juge déclare qu'« *il est incontestable que la protection de la vie privée est de la plus*

⁴¹⁰ *Norwich Pharmacal Co. v. Commissioners of Customs and Exercise* [1974] A.C. 133 (HL) ; *Glaxo Wellcome PLC v. Minister of National Revenue* [1998] 4 F.C.R. 439.

⁴¹¹ *BMG Canada Inc. v. John Doe* [2004] 3 F.C.R. 241, §13 : « (a) the applicant must establish a *prima facie* case against the unknown alleged wrongdoer; (b) the person from whom discovery is sought must be in some way involved in the matter under dispute, he must be more than an innocent bystander; (c) the person from whom discovery is sought must be the only practical source of information available to the applicants; (d) the person from whom discovery is sought must be reasonably compensated for his expenses arising out of compliance with the discovery order in addition to his legal costs; (e) the public interests in favour of disclosure must outweigh the legitimate privacy concerns ».

haute importance pour la société canadienne »⁴¹². Se fondant ensuite sur la LPRPDE, le juge semble reconnaître le juste équilibre de ce texte qui ne restreint pas la capacité du tribunal à ordonner la production de documents relatifs à l'identité d'une personne. Ainsi, pour le juge, la LPRPDE et le critère établi dans *Norwich* et *Glaxo* exigent que la Cour mette en balance le droit à la vie privée, les droits des autres personnes et l'intérêt public⁴¹³. En l'espèce, les demandeurs ont un *copyright* légitime sur leurs œuvres et sont en droit de le protéger contre toute violation. Toutefois, avant de rendre l'ordonnance, la Cour doit être convaincue que les informations qui seront divulguées sont fiables et limitées au minimum requis pour que les demandeurs puissent identifier un défendeur présumé⁴¹⁴. Ce n'était pas le cas en l'espèce eu égard à l'ancienneté des données, leur manque de fiabilité et la possibilité sérieuse qu'un titulaire de compte innocent soit identifié. La Cour en conclut que les préoccupations relatives à la vie privée l'emportent sur les préoccupations d'intérêt public en faveur de la divulgation. Elle ne refuse donc pas la transmission des données personnelles.

Un an plus tard⁴¹⁵, la Cour fédérale d'appel confirme, quasiment dans son ensemble, la décision du juge von Finckenstein en ce que les données personnelles ne doivent pas être révélées aux demandeurs. La Cour fédérale d'appel prend conscience de l'enjeu soulevé par le droit à la vie privée. La décision commence par l'affirmation : « *Cette affaire illustre la tension existante entre le droit à la vie privée de ceux qui utilisent l'internet et ceux dont les droits peuvent être violés ou abusés par des utilisateurs anonymes de l'internet* »⁴¹⁶. La Cour se place donc dans la continuité de la décision précédente, mais apporte quelques modifications à souligner contribuant à un meilleur équilibre entre les droits opposés. Ainsi, la Cour modifie le test *Norwich* en sa première étape en remplaçant la preuve *prima facie* par un critère plus approprié : le demandeur doit avoir une réclamation de « *bonne foi* » contre le défendeur. En effet, la Cour souligne, à juste titre, qu'il était impossible pour les demandeurs de fournir un commencement de preuve, car ils ne connaissaient pas l'identité des contrefacteurs présumés et encore moins leur comportement⁴¹⁷. Compte tenu du stade préliminaire de la procédure, la

⁴¹² *Ibid*, § 36. Il vient également citer les mots du juge de la Cour suprême Lamer dans l'arrêt *R v. Dyment* ([1988] 2 S.C.R. 417) : « *Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order* ».

⁴¹³ *Ibid*, § 40.

⁴¹⁴ *Ibid*, § 41-42.

⁴¹⁵ *BMG Canada Inc. v. John Doe* [2005] F.C.A. 193.

⁴¹⁶ *Ibid*, § 1: « *This case illustrates the tension existing between the privacy rights of those who use the Internet and those whose rights may be infringed or abused by anonymous Internet users* ».

⁴¹⁷ *Ibid*, § 28-35.

juridiction inférieure n'aurait pas dû se prononcer quant à la violation du droit d'auteur par le prétendu partage de fichiers⁴¹⁸. Le recours est donc rejeté par la Cour d'appel.

83. — Conclusion du paragraphe. Que retenir de la potentielle application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle outre-Atlantique ? Tout d'abord, celui-ci est bien différent de celui appliqué communément en Europe, jusque dans sa dénomination qui privilégie la notion de « *balancing* ». Ainsi, si le *balancing* implique, en toile de fond, un équilibre à atteindre entre les droits fondamentaux, ces derniers ne sont que rarement invoqués directement devant les tribunaux. Les juridictions américaines insistent sur un équilibre préalable, prévu par la loi, et n'admettent que rarement sa remise en cause *post legem*, dans le cadre d'une affaire. Le rôle du juge n'est pourtant pas réduit à une simple application de la loi puisque, comme le montre le *balancing* pour le droit à la vie privée, le juge est amené à développer des tests, en conformité avec les lois sur la protection de la vie privée et celle de protection du droit d'auteur, pour déterminer les cas dans lesquels l'identité d'une personne doit être révélée à la suite d'une infraction concernant la violation d'un droit de propriété intellectuelle. Néanmoins, l'évolution de cette jurisprudence, illustrée par l'arrêt *Matal* de la Cour suprême américaine et les critiques développées par la doctrine canadienne, démontre que les droits fondamentaux sont de plus en plus invoqués et reconnus comme des moyens de défense légitimes devant les tribunaux face à des lois qui pourraient, à elles seules, ne pas suffire à leur protection. De manière analogue, en France, le Conseil constitutionnel, grâce à son application du principe de proportionnalité, illustre l'indispensable équilibre qui doit exister dans la loi. Cependant, son contrôle peut s'avérer insuffisant à résoudre les conflits de droits fondamentaux apparaissant à l'occasion de litiges entre particuliers.

Section 2 : La conciliation des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel français

84. — Le contrôle de constitutionnalité. Parallèlement au contrôle de conventionnalité opéré par les juges nationaux sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux, il ne faut pas négliger le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la Constitution du 4

⁴¹⁸ *Ibid*, § 46-54.

octobre 1958. Ce contrôle, prévu à l'article 61 quand il est fait *a priori* de la promulgation d'une loi, et à l'article 61-1 quand il est réalisé *a posteriori* de cette promulgation, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ; a pour objectif de vérifier si la loi, fruit du travail législatif, est conforme à la Constitution mais également à son préambule et aux textes qui y sont cités (le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, et la Charte de l'environnement) ainsi qu'aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)⁴¹⁹ et aux autres principes ou objectifs à valeur constitutionnelle⁴²⁰. Le juge constitutionnel doit vérifier que la loi respecte les droits fondamentaux reconnus par ce bloc de constitutionnalité et notamment le droit fondamental de propriété (I). Pour mener à bien cette tâche ardue de conciliation, le juge constitutionnel a progressivement utilisé un outil qui lui est essentiel : le contrôle de proportionnalité (II).

I - La protection et la conciliation des droits fondamentaux au cœur de la mission du Conseil constitutionnel

85. — Une reconnaissance préalable du droit de la propriété intellectuelle comme droit non absolu. La protection des droits fondamentaux est une des missions du Conseil constitutionnel. Le droit de propriété intellectuelle n'a pas bénéficié d'une fondamentalisation à part entière par le Conseil constitutionnel et a été rattaché au droit fondamental de propriété, reconnu par le juge constitutionnel aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 comme un droit « *inviolable et sacré* ». Ce rattachement est effectif, du moins pour le droit des marques, depuis la décision n° 90-283 du 8 janvier 1991 concernant la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme. Ainsi, le Conseil constitutionnel établit au considérant 7 que : « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que parmi ces derniers figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrication, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini*

⁴¹⁹ Cons. Const., 16 juill. 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC : JO 18 juill. 1971, p. 7114.

⁴²⁰ V. par exemple le respect de la vie privée : Cons. Const., 18 janv. 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, n° 94-352 DC : JO 21 janv. 1995, p. 1154 ; ou la liberté d'entreprendre : Cons. Const., 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132 DC : JO 17 janv. 1982, p. 299.

par la loi et les engagements internationaux de la France »⁴²¹. Ce mouvement de rattachement au droit de propriété qui, selon le Conseil, a subi une évolution dans sa nature, sera étendu à l'ensemble de la propriété intellectuelle en 2006⁴²², dans des termes quasi similaires à la décision de 1991.

Il convient de retenir de ces décisions que le statut du droit fondamental de propriété qu'a développé le Conseil constitutionnel à travers ses décisions antérieures à celle de 1991 peut être appliqué au droit de la propriété intellectuelle. L'apport antérieur essentiel est celui de la décision n° 81-132 du 16 janvier 1982 concernant la loi de nationalisation qui constitutionnalise officiellement le droit de propriété⁴²³ et ajoute, à son considérant 16, que « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée (...) par des limitations exigées par l'intérêt général* ». Le juge constitutionnel reconnaît ainsi l'évolution sociologique du droit fondamental de propriété par sa nécessité à s'adapter aux changements sociétaux⁴²⁴. Le droit absolutiste devient un droit limité socialement par l'intérêt général. Ce dernier est un des premiers éléments pris en compte par le Conseil constitutionnel dans la protection puis la conciliation des droits fondamentaux.

86. — L'intérêt général. La notion d'intérêt général prend une place particulière en droit constitutionnel alors même qu'elle n'apparaît pas dans le bloc de constitutionnalité⁴²⁵, ce qui aurait dû l'écarter du contrôle de constitutionnalité. Pourtant, la Cour l'inclut rapidement dans les instruments de contrôle de la loi⁴²⁶, l'érigant même en « *condition de constitutionnalité de*

⁴²¹ Cons. Const., 8 janv. 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, n° 90-283 DC : JO 10 janv. 1991, p. 524 ; *GA Propr. intell.* 2015, comm. 1, note M. Vivant.

⁴²² Cons. Const., 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC : JO 3 août 2006, n° 178, p. 11541 et s. ; *LPA* 2006, n°s 161, 162 et 163 p. 3 et s., note J.-E. Schoettl ; *JPC G* 2007, II, 10066, note M. Verpeaux ; *GA propr. intell.* 2015, comm. 3, note D. Rousseau. V. § 15 : « *Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle* ».

⁴²³ Cons. Const., 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132 DC : JO 17 janv. 1982, p. 299 : *Gaz. Pal.* 1982, n° 31-33, p. 2, note A. Piedelièvre et J. Dupichot. § 16 : « *les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété* ».

⁴²⁴ V. à ce sujet : F. Bouyssou, « Les garanties supralégislatives du droit de propriété », *D.* 1984, Chron. p. 231.

⁴²⁵ J.-E. Schoettl, « Intérêt général et Constitution », in *Conseil d'État, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La Documentation française, 1999, p. 375.

⁴²⁶ Cons. Const., 12 juill. 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC : JO 13 juill. 1979, *Rec.* p. 31.

la loi »⁴²⁷. Max Weber expliquait que dans une société, la légitimité du pouvoir repose sur la raison, les citoyens n'acceptant de se soumettre aux décisions des gouvernants que parce qu'ils les jugent conformes à l'intérêt de tout un chacun⁴²⁸. Il n'est donc pas étonnant qu'à l'image de la décision de 1982 susmentionnée, l'intérêt général soit devenu un instrument incontournable à la protection des droits fondamentaux⁴²⁹.

87. — Une première conciliation par l'entremise de la notion d'intérêt général. Dès lors, une conciliation entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux est-elle possible ? En tout cas, elle est recherchée par le Conseil constitutionnel. M. Jacque en vient à dire que « *la conciliation entre les droits fondamentaux est une des tâches classiques du juge constitutionnel national dès lors qu'un des droits en cause n'est pas absolu* »⁴³⁰. En reprenant la décision n° 90-283 du 8 janvier 1991 concernant la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, le considérant 8 établit que « *l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général ; que sont notamment visées de ce chef les mesures destinées à garantir à tous, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, 'la protection de la santé'* ». On retrouve la référence à l'intérêt général, mais il est renvoyé, pour le concrétiser en l'espèce, à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 consacrant « *le droit à la protection de la santé* ». Un tel rapprochement interpelle d'autant plus que selon l'approche conventionnelle, ce droit à la santé est reconnu explicitement comme un droit fondamental dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à l'article 35. Le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi directement, au-delà du fait que le droit de la propriété intellectuelle n'est pas un droit absolu, qu'il peut être limité par d'autres droits fondamentaux, comme le droit à la protection de la santé. Allant plus loin dans l'analyse du texte de loi à la lumière de ces droits, le Conseil ajoute que « *les restrictions apportées par le législateur à la propagande ou à la publicité en faveur des boissons alcooliques ont pour objectif d'éviter un excès de consommation d'alcool, notamment chez les jeunes ; que de telles restrictions reposent sur un impératif de protection de la santé publique, principe de valeur constitutionnelle ; que*

⁴²⁷ F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel, tome III : Jurisprudence, deuxième et troisième parties: l'État*, 2e éd., Economica, 2000, p. 203.

⁴²⁸ M. Weber, *Le savant et le politique*, UGE, 1963, spéc. p. 102 et s.

⁴²⁹ G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, p. 261.

⁴³⁰ J.-P. Jacque, « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'UE », *op. cit.*, spéc. p. 360.

le législateur qui a entendu prévenir une consommation excessive d'alcool, s'est borné à limiter la publicité en ce domaine, sans la prohiber de façon générale et absolue. ». Il opère ainsi une conciliation des droits fondamentaux en présence. La limitation du droit de propriété intellectuelle et de la liberté d'entreprendre, caractérisée par les restrictions publicitaires en matière de vente d'alcool, est justifiée par la protection de la santé. Elle ne prohibe pas totalement cette publicité, trouvant ainsi un compromis à l'application de ces droits puisqu'elle ne les dénature pas.

Une telle approche est suivie par les Sages dans leurs décisions postérieures. La décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004 concernant la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle⁴³¹ et la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 concernant la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel en font partie⁴³². Le 4° de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978, dans la nouvelle rédaction que lui donne l'article 2 de la loi déferée, accorde aux sociétés de perception et de gestion des droits d'auteur et de droits voisins et aux organismes professionnels le droit de mettre en œuvre des traitements portant sur des données relatives à des infractions, condamnations ou mesures de sûreté. Les opposants à cette disposition soulignaient son caractère contraire au droit à la vie privée. Pour entériner la constitutionnalité du texte, le Conseil rappelle, dans un premier temps, l'objectif d'une telle disposition qui est de « *lutter contre les nouvelles pratiques de contrefaçon qui se développent sur le réseau internet* », avant de signaler « *qu'elle répond ainsi à l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle* », incluant ainsi dans le spectre de l'intérêt général - pour la première fois - la sauvegarde de la propriété intellectuelle et, par extension, du droit d'auteur quand elle fait référence à la création culturelle. Si l'intérêt général est dès lors qualifié, le Conseil, dans son considérant 13, caractérise la conciliation entre le droit à la vie privée et le droit de la propriété intellectuelle en ces termes : « *que les données ainsi recueillies ne pourront (...) acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une*

⁴³¹ Cons. Const., 1er juil. 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC : JO 10 juill. 2004, p. 12506, txt 2 : Cette décision n'implique pas directement le droit de propriété intellectuelle mais concerne un de ses acteurs, l'éditeur de services de télévision. Cf. Considérant 29 « *que le législateur a entendu concilier la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle avec l'intérêt général s'attachant à la possibilité donnée aux éditeurs d'accéder aux décodeurs des distributeurs, laquelle favorise la diversification de l'offre de programmes et la liberté de choix des utilisateurs ; que la conciliation ainsi opérée n'est entachée d'aucun déséquilibre manifeste, ne porte pas atteinte à la liberté d'expression et, en raison du caractère limité des contraintes techniques imposées aux opérateurs concernés, ne dénature ni la liberté d'entreprendre ni la liberté contractuelle* ».

⁴³² Cons. Const., 29 juil. 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 2004-499 DC : JO 7 août 2004, p. 14087, txt 9 ; *Comm. com. élect.* 2004, comm. 108, obs. Ch. Caron.

procédure judiciaire et par rapprochement avec des informations dont la durée de conservation est limitée à un an ; que la création des traitements en cause est subordonnée à l'autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (...) que, compte tenu de l'ensemble de ces garanties et eu égard à l'objectif poursuivi, la disposition contestée est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et les autres droits et libertés, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ». Tout comme dans la décision de 1991, le Conseil analyse les éléments de la loi pour rechercher si tous les droits fondamentaux ont été respectés. Les données collectées protègent la propriété intellectuelle contre un risque de contrefaçon, tandis que les garanties et limites concernant leur traitement postérieur par les autorités judiciaires assurent le respect de la vie privée. Pour le Conseil, cela permet d'assurer une conciliation qui n'est « *pas manifestement déséquilibrée* ». L'usage de cette locution est à souligner. Il confirme l'existence d'un équilibre, nécessaire et préalable, dans les lois concernant la propriété intellectuelle⁴³³.

88. — Les limites de la notion d'intérêt général. L'intérêt général est-il, pour autant, un instrument suffisant pour concilier et protéger les droits fondamentaux, notamment le droit fondamental de propriété intellectuelle ? Ce n'est pas sûr. Comme l'a souligné la doctrine, le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à apprécier précisément le contenu de l'intérêt général pour ne pas faire obstacle aux objectifs du législateur⁴³⁴. Tout comme nous l'avions déjà souligné pour les équilibres au sein de la loi⁴³⁵, l'appréciation de l'intérêt général en droit de la propriété intellectuelle dépend davantage de la volonté politique du législateur que de l'analyse juridique. Si l'on s'attache à l'analyse juridique de la conciliation opérée par le Conseil dans les arrêts précédemment évoqués impliquant le droit de la propriété intellectuelle, la méthode et le raisonnement du juge demeurent assez obscurs, se limitant à déclarer qu'au vu des dispositions, la conciliation entre tel et tel droit était garantie. Pour lever ces incertitudes et éventuellement rapprocher son raisonnement en matière de droits fondamentaux de celui des juridictions européennes⁴³⁶, le Conseil va utiliser un outil en complément de l'intérêt général et déjà connu de ces juridictions : le principe de proportionnalité.

⁴³³ *Supra*, n° 51 et suiv.

⁴³⁴ E. Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, 2e éd., 1999, p. 255.

⁴³⁵ *Supra*, n° 51 et suiv.

⁴³⁶ X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *LPA* 2009, n° 46, p. 6.

II - L'application du principe de proportionnalité à la conciliation des droits fondamentaux constitutionnels

89. — Le principe de proportionnalité en droit constitutionnel. Selon MM. Mathieu et Verpeaux, « *l'instrument utilisé pour vérifier si le législateur a correctement concilié les principes en cause, c'est-à-dire s'il a réalisé un équilibre entre les exigences constitutionnelles impliquées qui ne conduise à la dénaturation d'aucune d'entre elles, est le principe de proportionnalité* »⁴³⁷. À partir de ce principe modérateur⁴³⁸, ignoré des textes de droit français⁴³⁹, différentes formes de contrôle de proportionnalité s'articulent. Celui utilisé comme instrument de conciliation entre des exigences constitutionnelles va concentrer notre attention. Ce contrôle a été utilisé explicitement pour la première fois par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une décision sur le droit de grève du 25 juillet 1979⁴⁴⁰. Les limitations apportées à ce droit fondamental sont ainsi constitutionnelles si elles sont nécessaires à la sauvegarde des impératifs antagonistes mis en œuvre, en l'espèce la protection de la santé. Il faut cependant attendre la fin des années 2000 pour que ce contrôle soit généralisé à l'ensemble des restrictions apportées aux différents droits et libertés de valeur constitutionnelle et que son usage se formalise en intégrant un test en trois étapes⁴⁴¹, avec la décision du 21 février 2008⁴⁴². Se dessine ensuite une gradation dans l'exercice de ce contrôle en fonction du droit fondamental concerné par une atteinte législative. Ceci implique un contrôle entier de proportionnalité dans la décision *Hadopi* (A), par l'utilisation d'un test en trois étapes (vérification de l'adaptation, de la nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure contrôlée), et un contrôle restreint de proportionnalité, plus fréquent, guidé par la notion d'intérêt général (B).

⁴³⁷ B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel droits fondamentaux*, LGDJ, Manuels, 2002, p. 484.

⁴³⁸ G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Thèse Univ. Paris II, 1993.

⁴³⁹ L'article 52, paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux l'évoque explicitement dans le droit de l'Union européenne.

⁴⁴⁰ Cons. Const., 25 juill. 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n° 79-105 DC : JO 27 juill. 1979, Rec. p. 33.

⁴⁴¹ V. Goesel-Le Bihan, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁴² Cons. Const., 21 fév. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, n° 2008-562 DC : JO 26 fév. 2008, p. 3272, txt 2.

A) Le contrôle de proportionnalité entier en droit de la propriété intellectuelle selon le Conseil constitutionnel

90. — La décision *Hadopi* ou l'importance particulière de la liberté d'expression. La décision du 10 juin 2009 concernant la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite *Hadopi*⁴⁴³, est le véritable point de départ du contrôle de proportionnalité en matière constitutionnelle pour le droit de la propriété intellectuelle. La loi n° 2006-669 du 12 juin 2009, objet de la décision, a créé par l'insertion au sein du Code de la propriété intellectuelle, une section comprenant les articles L. 331-12 à L. 331-45 consacrées à la « *Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet* » (*Hadopi*). Au nom de cette institution, un collège de neuf membres est chargé, sauf disposition législative contraire, des missions confiées à *Hadopi*. Une commission des droits de trois membres a pour mission de mettre en œuvre les nouveaux mécanismes d'avertissements et de sanctions administratives des titulaires d'accès à internet qui auront manqué à leurs obligations de surveillance de cet accès. Cette faculté reconnue à la commission des droits de prononcer des sanctions (pouvant aller jusqu'à la suspension de l'accès internet pour le titulaire de l'abonnement) est au cœur de la saisine des députés français et de la décision du Conseil qui a suivi.

Le considérant 15 de la décision est particulièrement pertinent en ce qu'il affirme d'abord que, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution⁴⁴⁴, « *il est loisible au législateur d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer* ». Le Conseil affirme donc solennellement la nécessité pour le législateur de concilier les différents droits fondamentaux, lors de l'élaboration de la loi, en l'espèce, le droit de propriété intellectuelle et la lutte contre la contrefaçon avec la liberté d'expression et de communication. Cependant, il ajoute : « *toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ». Le Conseil affirme ainsi la suprématie de la liberté d'expression, en des termes très forts (« *une condition de la démocratie* » et « *l'une des garanties du respect des*

⁴⁴³ Cons. Const., 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC : JO 13 juin 2009, p. 9675, txt 3 ; *RLDI* juil.-août 2009, n° 1699, note D. Rousseau ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 609, obs. J. Francillon ; *D.* 2009, p. 1770, obs. J.-M. Bruguière.

⁴⁴⁴ « *La loi fixe les règles concernant (...) les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

autres droits et libertés ») dont la protection justifie que soit exercé à son égard un contrôle entier de proportionnalité. Comme souligné précédemment, le droit de propriété est donc un droit de second rang pour le Conseil constitutionnel⁴⁴⁵, par rapport à la liberté d'expression. En effet, contrairement à d'autres décisions impliquant d'autres droits fondamentaux dans lesquelles la juridiction n'a laissé que peu de marge de manœuvre au législateur⁴⁴⁶, le droit de propriété paraît *a contrario* potentiellement limité par l'intérêt général⁴⁴⁷ à l'occasion d'un contrôle restreint de proportionnalité. Le contrôle entier de proportionnalité, appliqué en l'espèce et inspiré de la méthode de la Cour de Strasbourg⁴⁴⁸, se compose de trois étapes que les atteintes au droit à la liberté d'expression doivent surmonter : le test de nécessité, le test d'adaptation (ou d'adéquation), et le test de la proportion à l'objectif poursuivi (ou de proportionnalité *stricto sensu*)⁴⁴⁹. Plus précisément, la doctrine constitutionnelle définit succinctement les trois étapes comme suit⁴⁵⁰ :

- la mesure doit être adaptée, c'est-à-dire susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur ;
- la mesure doit être nécessaire, ne devant ainsi pas excéder, par sa nature ou ses modalités, ce qu'exige la réalisation du but poursuivi, et il ne doit pas exister d'autres moyens appropriés qui affecteraient de manière moins préjudiciable les personnes concernées ;
- la mesure doit être proportionnée au sens strict, ne devant pas, par les charges qu'elle crée, être disproportionnée par rapport au résultat escompté.

⁴⁴⁵ *Supra*, n° 85.

⁴⁴⁶ Cons. Const., 21 fév. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, n° 2008-562 DC : JO 26 fév. 2008, p. 3272, txt 2, § 13 : « *qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée* ».

⁴⁴⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010, p. 199.

⁴⁴⁸ Commentaire officiel Cons. Const., 7 juin 2013, n° 2013/319 QPC : JO 9 juin 2013, p. 9632, txt 19 : « *s'inspirant de la grille d'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel soumet les atteintes portées à cette liberté à une triple condition de nécessité, d'adaptation et de proportion à l'objectif poursuivi* ».

⁴⁴⁹ Il est pertinent de noter que le test de nécessité figure en première position, alors que traditionnellement et notamment dans la décision du 21 février 2008 c'est le test d'adaptation qui tient cette place, selon P. Jensel-Monge, cela pourrait s'expliquer par le fait même que la liberté d'expression et de communication est une liberté « particulière ». V. R. Fraisse, P. Jensel-Monge, « Le contrôle de proportionnalité devant le Conseil constitutionnel », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité, Actes du colloque du 19 mai 2017*, ss. la dir. de J.-P. Agresti, PUAM, 2018, p. 27, spéc. p. 36.

⁴⁵⁰ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 22, p. 141.

91. — Un contrôle de proportionnalité entier annoncé mais non développé. Cependant, à la suite de l'analyse des éléments de ce contrôle et de la façon dont ils sont utilisés par le Conseil dans cette décision, le doute subsiste. L'étude des différentes étapes démontre un certain manque de rigueur. En effet, l'analyse précise et dissociée des trois éléments n'apparaît pas explicitement dans cette décision⁴⁵¹. De même, dans la majorité des décisions postérieures impliquant un contrôle entier, le Conseil se livre plutôt à un contrôle global de la proportionnalité⁴⁵². Ainsi, en l'espèce, pour apprécier globalement la proportionnalité, le Conseil se contente d'affirmer de façon péremptoire que la commission chargée des sanctions « *n'est pas une juridiction* », et que ce pouvoir n'est pas limité à « *une catégorie particulière de personnes* »⁴⁵³. Il conclut ainsi : « *dans ces conditions (...) le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins* ». La loi visée est déclarée inconstitutionnelle.

92. — Analyse comparée du contrôle de proportionnalité entier : Test de nécessité. Il est ainsi difficile d'analyser en profondeur le contrôle entier de proportionnalité réalisé par le Conseil constitutionnel quand la liberté d'expression et de communication entre en conflit avec le droit de la propriété intellectuelle. Quelle aurait été la décision rendue si le Conseil en avait fait une motivation plus rigoureuse ? Pour s'en faire une idée, il convient de lire la décision QPC du 10 février 2017⁴⁵⁴. La méthodologie du contrôle entier de proportionnalité y est exceptionnellement développée en matière de liberté d'expression. La loi du 3 juin 2006 (créant l'article 421-2-5-2 du Code pénal), attaquée par une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), visait à sanctionner d'une peine de deux ans de prison et de 30.000 euros d'amende le fait de consulter de manière habituelle des sites internet faisant l'apologie du terrorisme ou provoquant à la commission d'acte de terrorisme. Le requérant à la QPC soutenait qu'une telle disposition entravait la liberté de communication et d'opinion dès lors qu'elle réprimait la seule

⁴⁵¹ Contrairement à la décision inaugurant le contrôle entier de proportionnalité en trois étapes. V. Cons. Const., 21 fév. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, n° 2008-562 DC : JO 26 fév. 2008, p. 3272, txt 2.

⁴⁵² R. Fraisse, P. Jense-Monge, « Le contrôle de proportionnalité devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 36.

⁴⁵³ M. Bruguière critique en ce sens le fait que l'absence de juridiction peut être compensée par l'existence de garanties juridictionnelles pour l'abonné et que cette sanction ne concerne que les abonnés internet et pas l'ensemble du public : v. J.-M. Bruguière, « Loi « sur la protection de la création sur internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? », *D.* 2009, p. 1770.

⁴⁵⁴ Cons. Const., 10 fév. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]*, n° 2016-611 QPC : JO 12 fév. 2017, txt 46.

consultation d'un service de communication au public en ligne sans que soit exigée concomitamment la preuve du fait que l'auteur était animé d'intentions illégales. Tout comme dans la décision *Hadopi*, le Conseil rappelle le caractère particulièrement important de la liberté d'expression et de communication et annonce le test de proportionnalité en trois étapes avant d'y procéder méthodiquement. À travers le test de nécessité, le juge constitutionnel examine par six considérants les moyens dont disposaient déjà les magistrats et les services de police pour surveiller les personnes se livrant à ces consultations illégales, avant de conclure que ces nombreux moyens préexistants ne nécessitaient pas une atteinte à la liberté de communication. Sur ce modèle, il aurait en effet été intéressant dans la décision *Hadopi*, pour le Conseil constitutionnel, sans juger du résultat, de rechercher si l'atteinte à la liberté de communication par la suspension de l'accès à internet était nécessaire pour la protection du droit de la propriété intellectuelle sur internet eu égard aux dispositions déjà existantes.

93. — Analyse comparée du contrôle de proportionnalité entier : Test d'adaptation et de proportionnalité *stricto sensu*. Dans la suite de la décision de 2017, les tests d'adaptation et de proportionnalité sont réalisés conjointement. Le considérant 14 souligne ainsi que « *les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services* ». Dès lors, le Conseil remarque, à juste titre, que le simple fait de consulter plusieurs fois une page internet faisant l'apologie du terrorisme, quelle que soit l'intention de l'auteur de cette consultation, peut faire encourir une peine d'emprisonnement. Si la mesure est assortie d'exceptions (notamment pour les journalistes, les chercheurs, le recueil de preuves judiciaires et pour les consultations de « *bonne foi* »), le Conseil estime que l'atteinte à la liberté de communication n'est ni adaptée ni proportionnée, car la mesure laissait subsister de grandes interrogations quant aux conditions de preuve de cette « *bonne foi* ». Appliqué à la décision *Hadopi*, ce double test d'adaptation et de proportionnalité semble avoir été mis en œuvre de manière générale par le Conseil en ce que la compétence reconnue à l'*Hadopi* n'était pas limitée « *à une catégorie particulière de personnes mais à la totalité de la population* ». Entre les lignes, le raisonnement reproché à la loi sanctionnant les visiteurs de sites internet terroristes se retrouve ici⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Au sens où la disposition doit viser précisément les personnes concernées par la sanction et non une trop grande partie de la population sans distinction.

94. — Le contrôle de proportionnalité entier et autres droits fondamentaux. Il est regrettable que la propriété intellectuelle ait été confrontée au contrôle entier de proportionnalité uniquement face à la liberté d'expression et de communication. Cependant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel nous permet de prévoir les cas dans lesquels un tel contrôle entier pourrait être exercé en dehors de la liberté d'expression, si l'arbitrage entre le droit de propriété intellectuelle et un autre droit fondamental venait à se présenter devant les sages de la rue de Montpensier. Il s'agirait de ce qui est défini par la doctrine en tant que « *droit ou une liberté de premier rang* », c'est-à-dire, tout comme la liberté d'expression, « *une liberté ou un droit fondamental dans une société démocratique* »⁴⁵⁶. Parmi cette catégorie, figure au premier plan la liberté individuelle (pour ses atteintes les plus graves)⁴⁵⁷, la liberté d'aller et venir⁴⁵⁸ et, dans une certaine mesure, le droit au respect de la vie privée⁴⁵⁹. En pratique, s'il semble peu probable que le droit de la propriété puisse être confronté à la liberté individuelle, cela pourrait être le cas pour le droit à la vie privée. Il s'agira ainsi, comme souligné précédemment, de recourir à une grande rigueur dans le contrôle entier de proportionnalité. Cependant et de manière générale, le droit de la propriété intellectuelle donne lieu bien souvent à un contrôle restreint de proportionnalité.

B) Le contrôle de proportionnalité restreint

95. — Avènement du contrôle de proportionnalité restreint en droit d'auteur : La décision « Livres indisponibles ». Postérieurement à la décision *Hadopi*, le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans d'autres affaires impliquant le droit de la propriété intellectuelle et un contrôle de proportionnalité. Néanmoins, ce contrôle a pris une tout autre forme se rapprochant davantage de la conciliation par le recours à l'intérêt général

⁴⁵⁶ V. Goesel-Le Bihan, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁵⁷ Cons. Const., 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, n° 2011-631 DC : JO 10 juin 2011, p. 10306, txt 2.

⁴⁵⁸ Cons. Const., 8 juin 2012, *M. Mickaël D. [Ivresse publique]*, n° 2012-253 QPC : JO 9 juin 2012, p. 9796, txt 41.

⁴⁵⁹ Cons. Const., 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, n° 2014-690 DC : JO 18 mars 2014, p. 5450, txt 2 ; Cons. Const., 8 sept. 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, n° 2017-752 DC : JO 16 sept. 2017, txt 5 : le test de nécessité est remplacé par la justification d'un motif d'intérêt général, laissant supposer l'existence d'un contrôle intermédiaire de proportionnalité, l'adéquation et la proportionnalité étant ici traitées en même temps.

précédemment évoqué⁴⁶⁰. La première décision l'illustrant concerne le droit d'auteur et a été rendue, le 28 février 2014⁴⁶¹, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁴⁶². Le Conseil avait été saisi quant à une loi permettant de rendre disponibles numériquement des « livres indisponibles » par l'intermédiaire d'une base de données publique. Les requérants invoquaient notamment le fait qu'un tel système de gestion collective des droits d'auteur porterait atteinte au droit de propriété des auteurs. Le Conseil dans un premier temps rappelle, comme dans ses précédentes décisions, le caractère « inviolable et sacré » du droit de propriété au visa des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cependant, il ajoute « que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Si l'usage de l'intérêt général comme justification aux atteintes portées au droit de propriété n'est pas nouveau, la nécessité qu'elles soient « proportionnées à l'objectif poursuivi », l'est. La différence de traitement avec la précédente décision *Hadopi* est évidente. Les atteintes au droit à la liberté d'expression devaient être « nécessaires, adaptées et proportionnées » alors qu'ici les atteintes au droit de propriété intellectuelle peuvent simplement être justifiées par un « motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ». La conciliation des droits fondamentaux par le contrôle de proportionnalité est, dès lors, différente selon le droit fondamental principal atteint. Ainsi, l'application d'un contrôle de proportionnalité restreint pour le droit de la propriété intellectuelle appuie cette hypothèse. En effet, dans ses considérants 15 à 17, le Conseil se contente de donner les raisons pratiques pour lesquels le mécanisme des « livres indisponibles » respecte le droit de propriété : « les dispositions contestées n'affectent ni le droit de l'auteur au respect de son nom, ni son droit de divulgation », « les dispositions contestées ne s'appliquent qu'aux ouvrages qui ne font plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne font pas actuellement l'objet d'une publication sous forme imprimée ou numérique », « la mise en gestion collective du droit d'autoriser la reproduction et la représentation du livre est subordonnée à l'absence d'opposition, dans un délai de six mois suivant la publication de l'inscription du livre sur la base de données publique susmentionnée, par l'auteur ou par l'éditeur », etc. Au considérant 18, le Conseil conclut que : « l'encadrement

⁴⁶⁰ *Supra*, n° 86 et suiv.

⁴⁶¹ Cons. Const., 28 févr. 2014, *M. Marc S. et autre [Exploitation numérique des livres indisponibles]*, n° 2013-370 QPC : *JCP E* 2014, 1118, note Couret ; *RJEP* 2014, comm. 37, obs. Brameret.

⁴⁶² Une procédure de contrôle de constitutionnalité sur les lois déjà promulguées, mise en place par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, créant un article 61-1 dans la Constitution de 1958, modifiant son article 62, avant son entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. V. à ce sujet : X. Magnon (dir.), *QPC – la question prioritaire de constitutionnalité*, Lexis Nexis, 2013, 2^e éd. ; C. Mangüé, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2017, 3^e éd ; L. Briand, E. Dupic, *La question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*, PUF, 2013.

des conditions dans lesquelles les titulaires de droits d'auteur jouissent de leurs droits de propriété intellectuelle sur ces ouvrages ne porte pas à ces droits une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». Comme le remarque Mme Goesel-Le Bihan, dans le cadre de ce contrôle restreint de proportionnalité : « *seules les atteintes manifestement excessives au regard de l'objectif poursuivi sont sanctionnées* »⁴⁶³. L'atteinte excessive pour le droit de propriété aurait été une « *privation* » de propriété là où, en l'espèce, le Conseil n'a qualifié qu'une « *limitation* » au droit de propriété⁴⁶⁴.

96. — Confirmation du contrôle de proportionnalité restreint en droit des marques : Décision « Paquets neutres ». Un contrôle restreint de proportionnalité à l'ensemble de la propriété intellectuelle, quand ce droit fondamental est au centre des atteintes, est confirmé par une décision du Conseil du 21 janvier 2016, concernant la « *loi de modernisation de notre système de santé* »⁴⁶⁵. Celle-ci prévoyait l'instauration d'un paquet neutre de cigarettes que les députés saisissants jugeaient comme une atteinte au droit de propriété et, plus précisément, au droit des marques. Au considérant 18 et comme dans la décision précédente, le Conseil rappelle que « *les atteintes portées à ce droit [de propriété] doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* ». En l'espèce, la proportionnalité de l'objectif poursuivi est justifiée aux considérants 20 et 21, par le fait que le paquet neutre n'interdit pas d'apposer une marque afin que le produit puisse être identifié avec certitude par l'acheteur, et que le législateur poursuivant un objectif de protection de la santé a « *entendu priver ces produits d'une forme de publicité susceptible d'en favoriser la consommation, alors qu'il est établi que cette consommation nuit à la santé des personnes* ». Une fois de plus, le Conseil conclut « *qu'il n'en résulte aucune atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre* ». Cette décision se situe ainsi dans la droite ligne jurisprudentielle de la précédente.

97. — Intérêt général et contrôle de proportionnalité restreint. *Quid* désormais de la place de l'intérêt général aux côtés du contrôle restreint de proportionnalité ? En effet, si les considérants 18 de la décision *Livres indisponibles* et 21 de la décision *Paquet neutre* mettent

⁴⁶³ V. Goesel-Le Bihan, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁶⁴ B. Galopin, « Conséquences sur la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur : retour sur quelques décisions récentes », *RIDA* 2015, n° 243, p. 175, spéc. p. 207.

⁴⁶⁵ Cons. Const., 21 janv. 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, n° 2015-727 DC : JO 27 janv. 2016, txt 2 ; *Comm. com. élect.* 2016, comm 22, obs. Ch. Caron.

en avant le fait que les atteintes portées au droit de propriété doivent être « *proportionnées à l'objectif poursuivi* », il est également nécessaire qu'elles soient « *justifiées par un motif d'intérêt général* ». Dans les deux décisions, l'intérêt général, plus qu'un garant de la conciliation des droits fondamentaux, apparaît comme un complément au contrôle restreint de proportionnalité, en facilitant la démonstration. En lisant les deux décisions conjointement, la proportionnalité des atteintes au droit de propriété n'aurait pu être caractérisée si celles-ci n'avaient pas poursuivi un objectif d'intérêt général, devenant ainsi « *un élément du contrôle de proportionnalité* »⁴⁶⁶. Surtout, l'ajout de la proportionnalité à la recherche de l'intérêt général permet de pallier partiellement les carences inhérentes à cette notion⁴⁶⁷ et ainsi laisser une plus grande marge d'appréciation au juge constitutionnel dans la protection et la conciliation des droits fondamentaux⁴⁶⁸, même si celle-ci demeurera assez limitée du fait du caractère restreint de ce contrôle. Cet ajout semble néanmoins être un élément supplémentaire en faveur de la défense du droit de la propriété intellectuelle, qui voit ainsi ses atteintes davantage encadrées.

98. — Bilan du contrôle de proportionnalité en droit constitutionnel. Que retenir du contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle tel qu'exercé par le Conseil constitutionnel ? La différence d'appréciation entre les droits fondamentaux qui est matériellement faite entre les droits de « *premier rang* », auxquels appartient la liberté d'expression et de communication, et les droits de « *second rang* », parmi lesquels le droit de la propriété intellectuelle est confirmée. En cas d'atteinte potentielle aux droits de « *premier rang* », un contrôle de proportionnalité entier est exercé par le Conseil constitutionnel, qui y développe un test en trois étapes pour vérifier si la mesure législative litigieuse est adaptée, nécessaire et proportionnée au sens strict par rapport au but poursuivi. Dans le cas d'une atteinte potentielle aux droits de « *second rang* », un contrôle de proportionnalité restreint suffit, pour établir que l'atteinte est justifiée par un motif d'intérêt général et proportionnée à l'objectif poursuivi.

Cela ne signifie pas que, formellement, le droit de propriété intellectuelle, en tant que droit de « *second rang* », serait inférieur aux droits de « *premier rang* » mais que les atteintes à ce

⁴⁶⁶ J.-Y. Chérot, « Les formulations d'objectifs dans le contrôle de constitutionnalité des lois en France », *RRJ* 1989, n° 4, p. 898.

⁴⁶⁷ Notamment du fait que son appréciation dépend entièrement du législateur. V. sur ce point : *supra*, n° 56.

⁴⁶⁸ G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *op. cit.*, p. 261.

dernier seront plus facilement justifiées par un motif d'intérêt général. En effet, le Conseil constitutionnel se contente souvent de conforter les équilibres internes créés par le législateur dans ses rapports avec, notamment, la liberté d'expression et dans la réglementation des restrictions au droit de propriété intellectuelle⁴⁶⁹. Cependant, ce contrôle, par sa nature constitutionnelle, se limite à un contrôle opéré uniquement au niveau de la loi *in abstracto*⁴⁷⁰ et peut sembler éloigné de la pratique judiciaire et des restrictions aux droits fondamentaux qui peuvent apparaître concrètement lors d'un cas d'espèce particulier. Sans vouloir menacer l'équilibre interne durement acquis par le législateur et le Conseil constitutionnel, le principe de proportionnalité, au contraire, conforte le droit de la propriété intellectuelle dans son adaptation aux nouvelles circonstances que la loi n'aurait pas envisagées au moment de sa promulgation.

99. — Conclusion du chapitre. Les législations françaises, européennes et américaines du droit de la propriété intellectuelle poursuivent un objectif de conciliation avec les autres droits fondamentaux. Cette conciliation se manifeste à travers la limitation temporelle de ce droit et les différentes limitations et exceptions qui lui sont attachées, illustrant ainsi un équilibre interne du droit de la propriété intellectuelle. Le Conseil constitutionnel apprécie ensuite cette conciliation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité grâce à l'application du principe de proportionnalité. La nature particulière du droit de propriété intellectuelle apparaît dans ce cadre comme particulièrement sensible aux limitations fondées sur d'autres droits fondamentaux, notamment le droit à la liberté d'expression et le droit à la vie privée. Le principe de proportionnalité vient le plus souvent conforter cet équilibre interne. Cependant, son application étant réalisée de manière abstraite au niveau de la loi, elle ne peut prendre en compte les situations que la loi ne pouvait prévoir au moment de son adoption. Si une partie de ce problème est résolue par la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, le rôle du juge judiciaire, au-delà de cette procédure et dans l'application même du principe de proportionnalité à des cas est finalement nécessaire et indispensable.

⁴⁶⁹ B. Galopin, « Conséquences sur la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur : retour sur quelques décisions récentes », *op. cit.*, p. 203.

⁴⁷⁰ Ch. de Haas, « Quelques réflexions sur l'origine de l'irrésistible émergence du principe de proportionnalité avec la balance des intérêts in situ », *Prop. intell.* 2016, p. 418, spéc. p. 419.

Chapitre 3 : La nécessité d'une résolution par le principe de proportionnalité

100. — Présentation. En donnant un effet horizontal aux droits fondamentaux, c'est-à-dire en les rendant invocables par tout individu contre de potentielles atteintes commises par des personnes privées⁴⁷¹, les juridictions nationales et européennes ont voulu aller au-delà du simple effet vertical des droits fondamentaux entre l'État et l'individu⁴⁷². Cependant, demeure dans les deux cas la question du conflit de droits fondamentaux et de sa résolution. La méthode choisie par les juridictions européennes reste, dans son principe, la même que celle vue précédemment avec le Conseil constitutionnel, incarnée par le principe de proportionnalité (Section 1). Cependant, la reconnaissance d'un tel principe, qui n'était jusqu'alors pas appliqué par les juges français en droit de la propriété intellectuelle, s'accompagne de nombreuses craintes, parfois excessives, quant à la remise en cause des équilibres internes à ce droit, alors qu'il semble surtout tendre à une évolution du raisonnement juridique et de la motivation des arrêts qui pourront être rendus lors d'un conflit de droits fondamentaux (Section 2).

Section 1 : Le principe de proportionnalité comme solution européenne aux conflits fondamentaux

101. — Le principe de proportionnalité apparaît aujourd'hui comme l'outil principal de résolution des conflits de droits fondamentaux au niveau européen et tend à s'étendre à l'ensemble des États membres (I). La question de son champ d'application et de son impact continue d'agiter la doctrine. Une branche non négligeable de celle-ci remet d'ailleurs en cause

⁴⁷¹ V. sur ce sujet : T. Hochmann, J. Reinhardt, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Pédone, 2018.

⁴⁷² Même s'il faut souligner que dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux, l'effet horizontal n'a été reconnu qu'à certains droits fondamentaux précisés dans les arrêts de la Cour de justice sous réserve que la disposition concernée soit suffisante en elle-même et n'ait pas besoin d'être précisée par d'autres dispositions de l'Union européenne ou une législation nationale pour conférer aux particuliers un droit sur lequel se fonder. V. CJUE, 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, pt. 48 (refus d'effet horizontal à l'article 27 de la Charte) ; CJUE, 17 avr. 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16, pt. 57 ; CJUE, 11 sept. 2018, *IR*, aff. C-68/17 ; CJUE, 6 nov. 2018, *Bauer and Willmeroth*, aff. C-569/16 et C-570/16 ; CJUE, 6 nov. 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, aff. C-684/16 ; CJUE, 22 janv. 2019, *Cresco Investigation*, aff. C-193/17.

la pertinence de cet outil et met en avant des instruments préexistants qui pourraient tendre à la résolution de ces conflits, notamment l'abus de droit, qui s'avère inadapté à un tel objectif (II).

I - Une méthode de résolution des conflits fondamentaux

102. — Contour du principe de proportionnalité en matière de droits fondamentaux. Si le principe de proportionnalité a été précédemment évoqué en matière constitutionnelle, il serait incohérent de reprendre le contrôle de proportionnalité constitutionnel et de le transposer dans les mêmes termes au contrôle opéré par les juges judiciaires français et européens. Il convient à nouveau de bien distinguer le principe de son contrôle. Grâce à son acception très large, le principe de proportionnalité, apparu en Allemagne⁴⁷³, est avant tout un principe de « *modération du pouvoir* »⁴⁷⁴, qui permet de protéger les droits fondamentaux contre les empiètements du pouvoir public⁴⁷⁵. Le contrôle de proportionnalité vise à apprécier la limitation d'un droit fondamental à la lumière de l'intérêt général ou à concilier les droits fondamentaux, à savoir – tel qu'il est souvent appréhendé dans la jurisprudence européenne et nationale – par la recherche « *d'un juste équilibre* ». Il est avant tout une « *expression du principe de proportionnalité* »⁴⁷⁶. L'objectif visé par cette « *expression* » est ainsi d'aboutir au respect du principe en conciliant des intérêts ou droits en conflit et ce, en ne sacrifiant pas totalement un intérêt pour un autre, mais en aboutissant au « *respect maximal de chacun des intérêts invoqués et présentés en relation l'un avec l'autre* »⁴⁷⁷. Ce contrôle paraît incontournable, car les droits fondamentaux, du fait de leur valeur particulière et de leur formulation générale dans les textes, ne peuvent être appliqués de manière abstraite par les juridictions à travers une analyse syllogistique, mais nécessairement à l'issue d'une analyse concrète des faits qu'opère le contrôle de proportionnalité.

Traditionnellement, dans son application, il est question d'un acte (norme, clause,

⁴⁷³ *Supra*, n° 6 et *infra*, n° 175 et suiv.

⁴⁷⁴ M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p. 156 ; G. Xynopoulos, « Proportionnalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, p. 1251.

⁴⁷⁵ *Supra*, n° 6 et suiv.

⁴⁷⁶ X. Dupré de Boulois, « Regards extérieurs sur une jurisprudence en procès », *JCP G* 2016, doctr. 552 ; A. Barak, « Proportionality : Constitutional Rights and their limitations », *CUP* 2012, 340 et 343-344 ; P. Oliver, C. Stothers, « Intellectual property under the Charter: are the Court's scales properly calibrated », *Common Market Law Review* 2017, n° 54, p. 517, spéc. p. 546.

⁴⁷⁷ C. Nozadaran, « Brevet et intérêt général », *op. cit.*, p. 468.

comportement) soumis à un test en trois étapes, qui diffère légèrement entre la Cour de Strasbourg et celle de Luxembourg⁴⁷⁸. Alors que pour la première, une restriction à un droit fondamental doit satisfaire à la condition de « *légalité* » (être prévue par la loi), de « *légitimité* » (viser un but légitime) mais surtout être « *nécessaire dans une société démocratique* » ; pour le juge de Luxembourg, le contrôle repose sur trois tests distincts : d'« *adéquation* » (l'acte est-il approprié en regard de son objectif ?), de « *nécessité* », et enfin de « *proportionnalité stricto sensu* ». Avant de présenter son application en matière de droit de la propriété intellectuelle, qui, comme nous le verrons, est loin de suivre invariablement les constructions précédentes, il est primordial d'en rappeler les origines et la nécessité au sens où elle serait « *la seule technique de comparaison des intérêts en présence* »⁴⁷⁹.

103. — D'une lecture implicite de la Convention européenne des droits de l'homme à une jurisprudence explicite de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette distinction entre le principe de proportionnalité et le « *contrôle du respect du principe* » apparaît clairement par l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi pour M. Szymczak, « *le principe de proportionnalité ne figure nulle part (dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme), mais on le retrouve pourtant partout de manière implicite* »⁴⁸⁰. En effet, même si le principe de proportionnalité ne figure pas explicitement dans le texte de la Convention, il peut, pour bon nombre d'auteurs, se retrouver en filigrane entre ses lignes⁴⁸¹. C'est le cas, tout d'abord, à l'article 15 de la Convention, déjà évoqué dans le cadre de la hiérarchie⁴⁸², notamment par l'établissement de la condition de « *stricte mesure où la situation l'exige* » pour justifier une dérogation aux autres droits fondamentaux en temps de guerre. Puis, l'article 18 dispose que « *Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues* », ce qui est, pour certains auteurs, une référence au test de

⁴⁷⁸ Cette différence d'approche pouvant principalement s'expliquer par le fait que la partie défenderesse est toujours un État devant la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴⁷⁹ Th. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Larcier, 2005, p. 630.

⁴⁸⁰ D. Szymczak, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, ss. la dir. de L. Potvin-Solis, Bruylant, 2012, p. 445, spéc. p. 449.

⁴⁸¹ V. notamment M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La CEDH, commentaire article par article*, ss. la dir. de L.-E. Pettiti, E. Decaux, & P.-H. Imbert, LGDJ, 1995, p. 65 ; F. Sudre, « le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme, de quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, n° 11, p. 289.

⁴⁸² *Supra*, n° 21 et suiv.

nécessité du contrôle de proportionnalité⁴⁸³. Mais surtout, le principe implique, à la lecture des paragraphes 2 des articles 8 à 11 (contenant ce qui est communément désigné comme une « *clause d'ordre public* »), que les restrictions aux droits concernés soient « *nécessaires dans une société démocratique* ».

Il faut attendre 1968 et l'arrêt de la CEDH concernant *l'Affaire linguistique belge* pour qu'apparaisse le premier exemple du contrôle de proportionnalité : « *Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers.* ».⁴⁸⁴ S'il n'est pas encore question ici d'une conciliation entre droits fondamentaux, l'idée d'une balance des intérêts est déjà latente comme le démontre l'emploi du terme de « *juste équilibre* ». L'arrêt de la Cour de Strasbourg considéré comme réellement fondateur du contrôle de proportionnalité est rendu en 1976 dans l'affaire *Handyside c/ Royaume-Uni*⁴⁸⁵, qui opposait le droit à la liberté d'expression d'un éditeur (qui avait distribué un livre évoquant des thèmes sexuels à destination d'un jeune public) et « *la protection de la morale dans une société démocratique* » (par une saisie partielle dudit livre), la Cour déclarant que « *toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière [de liberté d'expression] doit être proportionnée au but légitime poursuivi* ». Si, en l'espèce, la restriction à cette liberté est jugée proportionnée, ce n'est pas le seul apport de cet arrêt. En effet, il précise également que le contrôle de proportionnalité revêt avant tout « *un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* », plaçant celui-ci dans le sillage du principe de subsidiarité⁴⁸⁶ et laissant ainsi une large marge d'appréciation aux États parties quant à son application⁴⁸⁷. Le deuxième apport principal est que ce contrôle est exercé *in concreto* par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸⁸, c'est-à-dire « *eu égard aux faits et*

⁴⁸³ F. Ermacora, « Le principe de proportionnalité en droit autrichien et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heildeberg, 1985, p. 76 et s.

⁴⁸⁴ CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, n° 1474/62.

⁴⁸⁵ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49.

⁴⁸⁶ Reconnu dans le protocole 15 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴⁸⁷ V. § 48 : « *Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre* ». La fonction de cette marge est ainsi très importante puisqu'elle pourra permettre à la CEDH de s'adapter à la diversité des législations entre les États et ainsi ajuster l'intensité de son contrôle. V. à ce sujet : S. Colella, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 2019, spéc. p. 415.

⁴⁸⁸ V. § 50 : « *Son contrôle se révélerait cependant en général illusoire si elle se bornait à examiner ces décisions isolément ; elle doit les envisager à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la publication*

circonstances précises de la cause pendante devant elle »⁴⁸⁹. Il s'agit pour la Cour de rechercher, quand les droits fondamentaux sont en cause, si la mesure incriminée les respecte concrètement dans les faits en présence. Le juge de Strasbourg se place ainsi davantage comme un juge du fait que comme un juge du droit, attaché avant tout aux circonstances de chaque cas. La Cour le confirme de manière très explicite dans son arrêt *Kismoun c/ France* quand elle énonce que « *sa tâche ne consiste donc point à contrôler in abstracto la loi et la pratique pertinente, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant a enfreint la Convention* »⁴⁹⁰. Ainsi, il convient de souligner que « *conciliation* » au sens de la Cour ne veut pas dire « *mettre tout le monde d'accord* »⁴⁹¹ ou « *trouver une voie médiane entre deux exigences contraires* », mais déterminer, par un contrôle de proportionnalité, quels droits doivent l'emporter face aux faits en cause⁴⁹².

104. — Un principe plus large pour la Cour de justice de l'Union européenne. Du côté du plateau du Kirchberg, si le principe de proportionnalité est explicitement visé dans les textes de l'Union à l'article 5§4 du traité sur l'Union européenne⁴⁹³ (TUE), et surtout à l'article 52§1 de la Charte des droits fondamentaux⁴⁹⁴, il comprend trois volets distincts en droit de l'Union européenne. Le premier volet, se rapprochant de l'appellation de l'article 5§4 du TUE, concerne la mise en œuvre des compétences de l'Union au regard de celle des États membres. Le deuxième volet concerne la mise en œuvre du droit de l'Union par les institutions européennes et son articulation avec les droits fondamentaux. Enfin, le dernier volet concerne l'analyse des

dont il s'agit et les arguments et moyens de preuve invoqués par le requérant dans l'ordre juridique interne puis sur le plan international. Il incombe à la Cour de déterminer, sur la base des divers éléments en sa possession, si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d'"ingérence" qu'elles adoptent sont pertinents et suffisants au regard de l'article 10 par. 2 ».

⁴⁸⁹ CEDH, 29 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni*, n° 6538/74, § 65.

⁴⁹⁰ CEDH, 5 déc. 2013, *Kismoun c/ France*, n° 32365/10, § 28.

⁴⁹¹ F. Sudre, « La mystification du 'consensus' européen », *JCP G* 2015, doct. 1369.

⁴⁹² P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, spéc. p. 338 et s. ; M. Guyomar, « Contrôle in concreto : beaucoup de bruit pour rien de nouveau » in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexis Nexis, 2018, p. 323 ; M. Guyomar, « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du contrôle du respect du principe de proportionnalité : 'le contrôle du contrôle' », *RJA* 2020, n° 24, p. 15.

⁴⁹³ Art. 5§4 TUE : « *En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* ».

⁴⁹⁴ Article 52§1 de la Charte des droits fondamentaux : « [...] *Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ».

actes nationaux et leurs potentielles atteintes aux droits que les ressortissants de l'Union tirent du droit de l'Union européenne. Ces deux derniers volets nous intéressent particulièrement car ils se rapprochent des dispositions de l'article 52§1 de la Charte. Ce texte précise que dans le cadre de ce principe « *des limitations [aux droits fondamentaux reconnus par la Charte] ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* »⁴⁹⁵. L'apport de cet article est confirmé pour le droit de la propriété intellectuelle dans une communication de la Commission européenne intitulée « *Orientations sur certains aspects de la directive n°2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle* » dans laquelle elle rappelle logiquement qu'il convient de « *sauvegarder ce droit fondamental [la propriété intellectuelle], mais aussi de manière à prendre en compte et à faire respecter d'autres droits fondamentaux en cause* » en ajoutant qu'« *il convient de veiller à un bon équilibre, à la lumière du principe de proportionnalité* »⁴⁹⁶. De même, le règlement 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne dispose à son considérant 21 que le « *présent règlement devrait être appliqué de façon à garantir le plein respect des libertés et droits fondamentaux, en particulier la liberté d'expression* ». La Cour de justice a dû récemment le rappeler au Tribunal de l'Union européenne⁴⁹⁷.

Il convient de préciser que les juges de l'Union européenne n'ont pas attendu la rédaction de la Charte pour développer leur propre contrôle de proportionnalité. Les bases de ce contrôle ont été posées en 1956 par l'arrêt *Fédération Charbonnière de Belgique*⁴⁹⁸. C'est surtout l'arrêt

⁴⁹⁵ Il est intéressant de souligner que dans sa rédaction initiale, la Charte ne permettait de justifier à son article 52§1 que les restrictions qui restaient : « *dans le respect du principe de proportionnalité, dans les limites nécessaires à la protection d'intérêt légitime dans une société démocratique* ». V. Note du Présidium du 15 février 2000, Charte 4123/1/00, Convent 5, p. 10. L'omission de la référence à l'« intérêt légitime dans une société démocratique » dans la rédaction finale pourrait être perçue comme un moyen de se démarquer de la Cour européenne des droits de l'homme, du fait que c'est la « mesure » restreignant l'exercice du droit fondamental qui doit être nécessaire dans une société démocratique alors que dans la Charte, ce sont les « intérêts légitimes » que la mesure serait susceptible de poursuivre qui devraient être nécessaires dans une société démocratique. V. à ce sujet : S. Colella, *op. cit.*, p. 391 et s.

⁴⁹⁶ Comm. UE, communication, 29 nov. 2017, Orientations sur certains aspects de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle : COM (2017) 708 final, p. 10.

⁴⁹⁷ CJUE, 27 févr. 2020, *Constantin Film Produktion c/ EUIPO*, aff. C-240/18, pt. 56 : reprend la motivation du Tribunal de l'Union européenne en ce qu'elle développe qu'« *il existe, dans le domaine de l'art, de la culture et de la littérature, un souci constant de préserver la liberté d'expression qui n'existe pas dans le domaine des marques* », alors que « *la liberté d'expression, consacrée à l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit, ainsi que l'a reconnu l'EUIPO lors de l'audience et comme l'a exposé M. l'avocat général aux points 47 à 57 de ses conclusions, être prise en compte* ».

⁴⁹⁸ CJCE, 29 nov. 1956, *Fédération Charbonnière*, p. 304 : « *La Cour ne peut pas admettre cet argument, car, en application d'une règle de droit généralement admise, une telle réaction indirecte de la Haute Autorité à un acte illicite des entreprises devrait être proportionnée à l'envergure de celui-ci* ».

Internationale Handelsgesellschaft en 1970 qui consacre le principe de proportionnalité comme principe général de droit lié à la protection des droits fondamentaux⁴⁹⁹. Cependant, deux grandes catégories d'affaires émergent de ce contrôle⁵⁰⁰. Dans une première, assez rare, la Cour de justice fait apparaître la conciliation dans son contrôle de la validité du droit de l'Union, comme c'est le cas dans le fameux arrêt *Kadi*, à l'occasion duquel la Cour a annulé un règlement concernant la lutte contre le terrorisme car il ne respectait pas le droit de propriété et les droits de la défense des requérants⁵⁰¹ ou, plus récemment et proche de notre sujet, dans l'arrêt *Sky Österreich* où la liberté d'entreprise avait été invoquée contre la directive relative à la fourniture de services de médias audiovisuels que la Cour reconnaît comme un instrument de sauvegarde de la liberté d'information et du pluralisme des médias⁵⁰². Dans la seconde catégorie d'affaires, plus fréquente, la Cour enjoint aux juridictions nationales de procéder elles-mêmes au contrôle tout en leur donnant des indications pour arriver à concilier les droits fondamentaux. Cette situation a déjà été aperçue à l'occasion de l'arrêt *Promusicae*⁵⁰³, mais trouve ses origines dans l'arrêt *Lindqvist*⁵⁰⁴. Pourtant, malgré la distinction envisageable entre le contrôle des mesures de l'Union et des mesures nationales, dans le cadre de l'application du test, les méthodes de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne sont, en elles-mêmes, assez proches⁵⁰⁵ puisque le contrôle est opéré *in concreto* sans que la solution au litige soit déduite d'une règle abstraite⁵⁰⁶. En outre, les États membres gardent une certaine marge d'appréciation⁵⁰⁷, les plaçant en première ligne pour l'application du principe de proportionnalité.

⁴⁹⁹ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. 1, p. 1125, pt. 3-20.

⁵⁰⁰ L. Azoulai, « L'effectivité du droit de l'union et les droits fondamentaux », in *L'effectivité du droit de l'union européenne*, ss. la dir. de A. Bouveresse et D. Ritlang, Bruylant, 2018, p. 221.

⁵⁰¹ CJCE, 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes. C-402/05 P & C-415/05 P.

⁵⁰² CJUE, 22 janv. 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, pt. 58-60.

⁵⁰³ *Supra*, n° 65 et *infra*, n° 150 et suiv.

⁵⁰⁴ CJCE, 6 nov. 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/1, pt. 87 : « Il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive 95/46, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de cette dernière qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité ».

⁵⁰⁵ Cf. Titre II.

⁵⁰⁶ A. Marzal-Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité, essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 21.

⁵⁰⁷ Même si les contextes différents dans lesquels s'opèrent le contrôle de la CJUE par rapport à la CEDH pourront faire varier la marge d'appréciation des États, au sens où la CJUE est contraint par l'objectif d'intégration de l'Union européenne autant que par le respect des particularités nationales.

105. — Une influence toujours plus grande sur les États européens. Grâce à la marge d'appréciation laissée par les cours européennes aux États membres, la tâche dévolue aux juridictions nationales de concilier les droits fondamentaux est aujourd'hui bien implantée. Elle est cependant loin d'être aisée. En effet, même si le principe de proportionnalité reste la norme pour opérer cette conciliation, il n'aura pas la même application ni la même portée selon l'État dans lequel survient le litige. Ceci s'explique, justement, par cette marge d'appréciation et par les choix de législations effectués au sein de l'Europe. Il suffit de constater, par exemple, dans le cadre de notre sujet, le choix qui est laissé aux États membres de l'Union européenne quant à l'incorporation, ou non, des nombreuses exceptions au droit d'auteur reconnues par la directive 2001/29 dans leurs législations nationales. Néanmoins, le fait d'utiliser le même principe pour opérer une conciliation des droits fondamentaux tend à une certaine harmonisation entre les États de leur droit de la propriété intellectuelle malgré les différentes applications du contrôle de proportionnalité. Nous reviendrons sur celles-ci dans une partie qui leur sera dédiée⁵⁰⁸. Ce que nous pouvons déjà dire du point de vue français, c'est que nos juridictions semblent avoir pris cette tâche très au sérieux. En effet, le Conseil d'État a adopté très tôt le principe de proportionnalité en matière de droits fondamentaux⁵⁰⁹, faisant ainsi dire à son ancien vice-président, M. Jean-Marc Sauvé, que « *le juge administratif ne se contente plus de vérifier que cette loi [une loi donnée] ne méconnaît pas dans son ensemble les stipulations internationales. Il procède, dans un second temps, à un contrôle in concreto et vérifie si les situations susceptibles de naître de l'application de cette loi ne sont pas, saisies dans leurs particularités, susceptibles de méconnaître des droits et libertés protégés par la CEDH* »⁵¹⁰. Cette démarche n'a été suivie par la Cour de cassation qu'après 2013⁵¹¹. Son ancien premier président, Bertrand Louvel, insiste bien sur le devoir qu'à la Cour de « *trouver la voie devant lui permettre d'investir pleinement la marge nationale d'appréciation que la Cour de Strasbourg lui reconnaît et l'invite même à exercer effectivement* »⁵¹². Il convient de noter que

De plus devant la CJUE, cette marge est réduite quand elle opère un contrôle de validité (CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights*, C-293/12 et C-594/12, pt. 47 et s.).

⁵⁰⁸ V. Titre II.

⁵⁰⁹ CE, ass., 19 avr. 1991, *Belgacem*, n° 107470.

⁵¹⁰ J.-M. Sauvé, « Le juge administratif et les droits fondamentaux », *AJDA* 2016, p. 2424.

⁵¹¹ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, Bull. civ. I, n° 234 (nullité du mariage) ; *D.* 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde ; *ibid.* 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2017. 123, chron. V. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser ; *ibid.* 307, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵¹² B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

devant les deux cours « *suprêmes* » françaises, c'est la référence à la Cour européenne des droits de l'homme qui est mise en avant, et non la Cour de justice de l'Union européenne. Ceci s'explique certainement par le fait que la Charte des droits fondamentaux n'est devenue impérative qu'à partir du 1^{er} décembre 2009 et s'applique pour les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union⁵¹³, ce qui limite *de facto* le champ d'action pour les avocats invoquant ce texte plutôt que la Convention européenne des droits de l'homme. La mise en parallèle de cette observation avec l'expansion croissante des actions judiciaires invoquant des droits fondamentaux issus de la Convention européenne des droits de l'homme est également pertinente⁵¹⁴, et ce alors qu'une telle problématique était quasi méconnue, voire dédaignée par les juridictions nationales une vingtaine d'années auparavant⁵¹⁵. Ceci rend l'application du principe de proportionnalité incontournable dans le cas où une conciliation de droits fondamentaux viendrait à être nécessaire. Cependant, malgré ce statut, serait-il possible d'utiliser d'autres modèles pour résoudre un tel conflit ?

II - La seule méthode efficiente de résolution du conflit de droits fondamentaux

106. — Le rejet de la hiérarchie formelle comme mode de résolution des conflits de droits fondamentaux. Dès 2005, M. Léonard considérait que : « *La proportionnalité est [...] la seule technique de pondération d'intérêts qui permette, d'elle-même, l'admission de principe de la prépondérance d'un intérêt sur l'autre en ne sanctionnant qu'une atteinte excessive, à la marge, c'est à dire disproportionnée* »⁵¹⁶, avis partagé très largement par la doctrine⁵¹⁷. Cependant, un courant minoritaire a suggéré des alternatives plus ou moins crédibles pour résoudre des conflits de droits fondamentaux. Certains auteurs, déjà mentionnés précédemment,

⁵¹³ Article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁵¹⁴ Dans le même sens : B. Louvel, *op. cit.*, p. 1326 : « *les développements que la Cour de Strasbourg a donnés au périmètre d'application des droits fondamentaux de telle manière que peu de procès échappent désormais à leur emprise, que ce soit sur la forme ou sur le fond* ».

⁵¹⁵ J. Vailhé, *La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Doc. fr., 2001, p. 96 et s. ; J.-P. Marguénaud, « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », in *L'interprétation de la CEDH*, ss. la dir. de F. Sudre, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé à Montpellier I, Bruylant, 1998, p. 231 et s. ; E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6.

⁵¹⁶ Th. Léonard, *op. cit.*, p. 578.

⁵¹⁷ R. Tinière, *op. cit.*, p. 355 et s. ; P. Muzny, *op. cit.*, p. 89 ; A. Zollinger, *op. cit.*, p. 372 ; Ch. Geiger, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur: une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Prop. Intell.* 2004, n° 13, p. 882.

pensent qu'un juste équilibre ne devrait jamais être recherché entre les droits fondamentaux, car le conflit pourrait être directement résolu par l'application d'une hiérarchie formelle qui déterminerait par avance le poids des droits fondamentaux⁵¹⁸. Nous passerons de nouveau sur la pertinence d'une telle méthode qui est, au mieux, réductrice, au pire, dangereuse pour la protection des droits en question.

107. — L'insuffisance du triple test des exceptions en droit d'auteur et l'articulation avec le contrôle de proportionnalité. En outre, certains auteurs dénoncent le manque de pertinence d'un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental alors qu'il existe déjà en droit d'auteur, depuis la loi DADVSI⁵¹⁹, un triple test auquel les exceptions doivent être soumises pour être utilisées⁵²⁰. Ce mécanisme, comme nous l'avons montré⁵²¹, révèle la volonté du législateur de concilier les intérêts antagonistes du public et des auteurs. Cela le rapproche de la nécessaire conciliation des droits fondamentaux. Cependant, il convient de souligner plusieurs différences avec le contrôle de proportionnalité, qui rendent le triple test des exceptions insuffisant lors d'un conflit fondamental. Tout d'abord, le triple test ne concerne que les exceptions en droit d'auteur et ne s'applique pas aux limites de la propriété industrielle. Surtout, les deux mécanismes ne partagent pas la même approche. Le triple test des exceptions, comme son intitulé l'indique, ne s'applique qu'aux exceptions existant déjà dans la loi. Le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental se place en dehors de cette seule application des exceptions en analysant les faits en cause à la lumière des droits fondamentaux en présence, peu important que les faits reprochés ne recouvrent pas les contours d'une exception. Ainsi, dans un même litige, il sera tout à fait possible de trouver un moyen concernant le succès d'une exception au triple test puis un autre moyen sur l'analyse d'un conflit de droits fondamentaux. L'échec ou le succès du triple test des exceptions n'induit en aucune façon du résultat du conflit de droits fondamentaux.

108. — Liens et similitudes entre abus de droit et proportionnalité. Selon d'autres auteurs, le contrôle de proportionnalité n'a pas lieu d'être puisqu'existe déjà la théorie de l'abus de droit

⁵¹⁸ V. Chapitre 1, Section 2.

⁵¹⁹ Article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle : « (...) *les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ».

⁵²⁰ F. Pollaud-Dulian, « Quo vadis lex ? », *RTD Com.* 2016 p. 641 ;

⁵²¹ *Supra*, n° 60.

qui pourrait garantir l'effectivité et la protection des droits fondamentaux⁵²². Cette très ancienne théorie, qui remonte presque aux origines du droit, peut être définie, selon Cornu, comme la « *faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* »⁵²³. Elle a été respectivement reconnue, dans des rédactions très semblables aux articles 54 de la Charte des droits fondamentaux⁵²⁴ et 17 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵²⁵, qui ont axé la notion d'abus autour de la motivation du titulaire de ce droit, l'exerçant dans l'intention de nuire. Il ne fait aucun doute qu'une telle théorie pourrait trouver à s'appliquer dans un litige impliquant un droit fondamental⁵²⁶.

Les notions de proportionnalité et d'abus présentent également des points de convergence forts et sont historiquement très liées. Traditionnellement, parmi les différents critères pour qualifier un abus de droit, est en effet utilisée la condition d'une proportionnalité dans l'exercice des droits « *vis-à-vis des objectifs pour lesquels ils ont été octroyés et vis-à-vis des droits des tiers* »⁵²⁷. M. Frydman rappelle, quant à lui, en se fondant sur les écrits de Campion et Josserand, que « *la théorie de l'abus de droit a trouvé son principe véritable dans la conservation d'un équilibre entre les intérêts affectés par un droit subjectif* »⁵²⁸. Cela évoque le contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux. M. Van Gerven va jusqu'à faire une analogie entre les critères retenus par la Cour de justice pour vérifier qu'une mesure répond aux exigences du contrôle de proportionnalité (adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto sensu*) et ceux utilisés pour caractériser l'abus de droit (intention de nuire, possibilité d'exercer son droit autrement, invocation du droit de manière à se livrer à une activité ou à

⁵²² J.-B. Seube, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », *LPA* 2009, n° 46, p. 86.

⁵²³ G. Cornu, *op. cit.*, p. 7.

⁵²⁴ Art. 54 Charte des droits fondamentaux : « *Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte* ».

⁵²⁵ Art. 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

⁵²⁶ P.-Y. Gautier, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.

⁵²⁷ R.N. Ionescu, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2012.

⁵²⁸ B. Frydman, *op.cit.*, p. 456, citant : L. Campion, *La théorie de l'abus des droits*, Bruylant, 1925 ; L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927, p. 362.

commettre des actes visant à la destruction des droits et libertés consacrés)⁵²⁹. Sans partager totalement cette analyse⁵³⁰, nous pouvons admettre, à l'instar de certains auteurs, que l'abus de droit est une manifestation indirecte du principe de proportionnalité⁵³¹. Cependant, l'abus de droit peut-il être considéré comme une véritable alternative au contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux ?

109. — Abus de droit et contrôle de proportionnalité : deux objectifs différents en matière de droits fondamentaux. Dans sa thèse, Mme Ducoulombier insiste sur le fait que, malgré les liens entre proportionnalité et abus de droit, ce dernier dépasse le simple excès dans l'exercice du droit, pour se focaliser sur la motivation de son titulaire : son intention de nuire⁵³². Certes, la sanction de l'abus de droit et le contrôle de proportionnalité peuvent avoir la même finalité : la protection des droits fondamentaux. Ils ont également des points communs tels que leurs critères d'application. Cependant, l'abus de droit est, en réalité, la négation d'un conflit de droits fondamentaux plutôt qu'une méthode permettant sa résolution. En effet dans ce contexte, l'utilisation de la théorie de l'abus de droit n'est envisageable que dans les cas où la balance des intérêts semble inacceptable, le justiciable utilisant son droit fondamental non comme un droit invocable mais comme un intérêt illégitime⁵³³. Les conséquences en sont brutales : l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme agit alors, selon M. Flauss, comme une « guillotine » qui met fin à tout conflit de droits⁵³⁴. Cela peut impliquer que cette théorie a principalement un effet dissuasif plus que positiviste en matière de droits fondamentaux. Ce n'est ainsi donc pas un hasard si la Cour de justice de l'Union européenne

⁵²⁹ W. Van Gerven, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.* 1992, p. 305 et s.

⁵³⁰ Si les deux tests partagent des points communs, le fait que l'analyse de l'auteur se fonde sur des possibilités d'abus de droit, et non sur des critères établis pouvant être généralisés comme pour le contrôle de proportionnalité, remettent, selon nous, cette analogie en cause.

⁵³¹ P. Martens « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, t. I, p. 49 ; A. Guilmain, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal* 2015 Vol. 61 (1), p. 87 ; M. Behar-Touchais, « Rapport introductif : le principe de proportionnalité existe-t-il en droit privé ? », *LPA* 1998, n° 117, p. 3.

⁵³² P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 466.

⁵³³ P. Ducoulombier, *op. cit.*, spéc. p. 467.

⁵³⁴ J.-F. Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme », *RUDH* 1992, p. 463.

n'a jamais utilisé l'article 54 de la Charte des droits fondamentaux sur l'abus de droit⁵³⁵ et si les rares affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme dans lesquelles cet abus a été retenu en matière de droits fondamentaux sont des cas très exceptionnels⁵³⁶. Ainsi, trois types d'affaires dans lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme a appliqué l'abus de droit se distinguent : les actes ou activités liberticides menaçant l'ordre démocratique⁵³⁷, les discours de haine⁵³⁸ et les propos négationnistes ou révisionnistes. C'est d'ailleurs cette dernière catégorie qui est à l'origine de l'application directe et complète de l'article 17 par la Cour de Strasbourg⁵³⁹, depuis l'affaire *Garaudy c/ France*, devenue la matrice de toutes les affaires citées précédemment⁵⁴⁰. En l'espèce, la Cour a rejeté la requête d'une personne ayant tenu des propos négationnistes, le rejet étant fondé sur l'abus de droit (en l'espèce, l'abus du droit à la liberté d'expression). Pour affirmer le caractère grave et exceptionnel de l'utilisation de l'article 17 de la Convention, la Cour insiste : « *La négation ou la révision de faits historiques de ce type [crimes contre l'humanité] remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. De tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme, et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention.* ». Le conflit de droits fondamentaux est définitivement écarté quand la Cour conclut : « *le requérant tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la Convention. Par conséquent, la Cour estime que le requérant ne peut se prévaloir des dispositions de l'article*

⁵³⁵ R. Tinière, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 161-25, § 125.

⁵³⁶ Faisant ainsi dire à certains auteurs que l'utilisation de l'abus de droit en matière de droits fondamentaux et plus particulièrement par la Cour européenne des droits de l'homme serait complètement inutile. V. S. Van Drooghenbroeck, « l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme incertain et inutile ? » in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupement liberticides et droit*, ss. la dir. de H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel, F. Tulken, Bruylant, 2000, p. 139.

⁵³⁷ CEDH, décision d'irrecevabilité, 18 mai 2004, *Jacques Seurot c/ France*, n° 57383/00.

⁵³⁸ CEDH, décision d'irrecevabilité, 20 fév. 2007, *Pavel Ivanov c/ Russie*, n° 35222/04, § 1 ; CEDH, décision d'irrecevabilité, 2 sept. 2004, *W.P. et autres c/ Pologne*, n° 42264/98, § 2.

⁵³⁹ Même si la Cour européenne et la Commission européenne des droits de l'homme avaient déjà mentionné l'article 17 de la Convention sans réellement le prendre en compte mais le plus souvent en parallèle d'un contrôle de proportionnalité plutôt inutile à notre sens si elles avaient pleinement reconnu l'abus de droit anéantissant le conflit, ce que la Cour comprend très certainement après l'affaire *Garaudy*. V. Comm. EDH, 20 juill. 1957, *Parti communiste allemand c/ République Fédérale d'Allemagne* ; Comm. EDH, 24 juin 1996, *Pierre Marais c/ France*, n° 31159/96 ; CEDH, GC, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, n° 19392/92 ; CEDH, GC, 13 fév. 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c/ Turquie*, n° 41340/98 et a., § 98.

⁵⁴⁰ CEDH, décision d'irrecevabilité, 24 juin 2003, *Garaudy c/ France*, n° 65831/01, § 28-29 ; V. également CEDH, décision d'irrecevabilité, 13 déc. 2005, *Witzch c/ Allemagne*, n° 7485/03.

10, et déclare son grief incompatible avec la Convention ».

Deux remarques doivent être formulées à la lecture de cette décision et de celles rendues par la suite. D'abord, dans toutes les décisions rendues par la Cour depuis l'affaire *Garaudy c/ France* où elle utilise l'abus de droit, elle a systématiquement jugé la demande irrecevable. Cela conforte ce que nous disions plus tôt : l'abus de droit a pour effet, avant tout, d'annihiler le litige en rejetant tout conflit de droits fondamentaux, du fait du caractère injustifiable de l'invocation dudit droit. La deuxième remarque concerne le fait que les droits fondamentaux que des parties ont tenté de détourner sont la liberté de réunion et d'association (via l'article 11 de la Convention dans l'affaire *W.L. et autres c/ Pologne*) mais surtout la liberté d'expression (via l'article 10 de la Convention pour les autres décisions), à travers laquelle la Cour essaye d'analyser le contenu même de ce droit⁵⁴¹. En effet, la lecture de ces arrêts révèle une sorte de hiérarchie entre les discours qui peuvent être protégés en vertu des droits fondamentaux et les discours (haineux, antidémocratiques, racistes...) qui, au contraire, peuvent relever de l'abus de droit. Il convient également de se demander si le fait que la Cour de Strasbourg ne se soit prononcée en matière d'abus de droit uniquement pour la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association fait peser sur ces derniers un contrôle plus abouti et plus strict quant à leurs protections, pouvant induire une valeur particulière par rapport aux autres droits fondamentaux.

110. — Abus de droit, proportionnalité et propriété intellectuelle. Malgré les nombreux appels de la doctrine en matière de propriété intellectuelle à remplacer le contrôle de proportionnalité par l'abus de droit⁵⁴², la Cour européenne des droits de l'homme n'a toujours pas utilisé l'abus de droit au regard du droit fondamental de propriété, tandis que la Cour de justice de l'Union européenne l'a complètement exclu de sa jurisprudence⁵⁴³. Pourtant, cette théorie étudiée attentivement en matière de propriété intellectuelle⁵⁴⁴ et particulièrement critiquée du fait de son application *extra et post legem*⁵⁴⁵, n'en demeure pas moins un moyen

⁵⁴¹ P. Ducoulombier, *op. cit.*, p. 468.

⁵⁴² A. Lucas, « Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre ? », *op. cit.*, spéc. p. 42 ; Ch. Caron, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *Comm. com. électr.* n° 1, octobre 1999, p. 9.

⁵⁴³ Même si la Commission européenne dans sa communication du 29 novembre 2017 précédemment citée rappelle que la directive 2004/48 entend « assurer une approche équilibrée en matière d'application des droits de propriété intellectuelle et de prévention d'abus », confirmant le rôle préventif qu'à avant tout la notion d'abus en droit européen. V. *Communication préc.*, p. 10.

⁵⁴⁴ Ch. Caron, *Abus de droit en droit d'auteur*, Litec, 1998 ; J.-M. Mousseron, « L'abus du monopole conféré par le brevet d'invention », in *Mél. H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 345 et s.

⁵⁴⁵ D. Piatek, *op. cit.*, p. 118 et s.

supplémentaire pour le justiciable de faire valoir ses prétentions même si, en pratique, les cas d'applications jurisprudentielles sont rares⁵⁴⁶. La théorie fait, le plus souvent, l'objet de travaux prospectifs⁵⁴⁷. Il faut néanmoins souligner, à ce stade, la référence de la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt *Utrillo* de 2003⁵⁴⁸, à l'existence de l'abus de droit notoire, prévu à l'article L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle, pour justifier des limites proportionnées apportées par le législateur et juger de la non-violation de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁴⁹.

Cependant, il est certain, au vu des développements précédents, que l'application directe de l'abus de droit en matière de conflit de droits fondamentaux, notamment celui de propriété intellectuelle, paraît compromise. M. Geiger souligne même en matière d'action en contrefaçon que « *l'avantage des droits fondamentaux par rapport à l'abus de droit est que ceux-ci pourront être invoqués en défense d'une action en contrefaçon* »⁵⁵⁰. Le contrôle de proportionnalité semble ainsi, en l'état, être le seul outil de résolution de conflits de droits fondamentaux impliquant le droit fondamental de propriété intellectuelle, d'autant plus nourri et affiné par des années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne. L'abus de droit ne saurait malheureusement prétendre à un tel rôle. À imaginer qu'une telle méthode vienne à prendre le dessus en matière de droits fondamentaux, au-delà du reniement du conflit de droits précédemment vu, la méthodologie entière serait à construire, car l'application des critères classiques de l'abus de droit poserait de nombreuses questions, notamment vis-à-vis du droit de la preuve. Comment prouver et juger l'intention de nuire dans l'utilisation du droit fondamental de propriété intellectuelle ? Cette méthode créerait encore plus d'insécurité juridique que l'on en attribue au contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental. Il apparaît ainsi pertinent d'analyser ces critiques pour comprendre les répercussions d'un tel contrôle en droit de la propriété intellectuelle.

⁵⁴⁶ Notamment en matière de d'abus de droit de divulgation, d'abus de droit au respect, et d'abus notoire dans l'exercice des droits fondamentaux. V. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5e éd., 2017, p. 248, p. 252 et p. 335. Le même auteur souligne dans sa thèse que « le contrôle de l'abus de droit doit rester « *exceptionnel et ne doit se heurter qu'exceptionnellement aux remparts de la licéité du droit exercé* », ce qui pourrait expliquer cette rareté jurisprudentielle. V. Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, p. 106 ; dans le même sens J. Ghestin, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, p. 379.

⁵⁴⁷ Ch. Caron, « Les mauvaises actions en contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2019, étude 8.

⁵⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, n° 01-14.385 : *Comm. com. électr.* 2004, comm. 2, Ch. Caron ; *Propr. industr.* 2004, comm. 8, P. Kamina ; *D.* 2004, jurispr. p. 200, N. Bouche ; *Légipresse* 2004, n° 209, III, p. 23, note V. Varet ; *JCP E* 2004, 1898, § 13, A. Zollinger.

⁵⁴⁹ *Infra*, n° 200 et suiv. pour de plus amples développements sur cet arrêt.

⁵⁵⁰ Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de la propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510.

Section 2 : Conséquences du contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental en droit de la propriété intellectuelle

111. — Présentation. Comme vu précédemment, le droit fondamental de propriété intellectuelle doit être concilié avec d'autres droits fondamentaux, ce que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne ont parfaitement démontré dans leur jurisprudence respective⁵⁵¹. S'en inspirant, la Cour de cassation a depuis exigé que les juges du fond opèrent un contrôle de proportionnalité afin de déterminer le juste équilibre entre les droits fondamentaux en présence⁵⁵². Avant d'étudier en détail comment les juridictions européennes et nationales effectuent concrètement le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental, il convient d'envisager les réelles conséquences d'une telle mise en balance sur le droit de la propriété intellectuelle. La doctrine en dégage, au minimum, deux : une potentielle remise en cause de l'équilibre interne aux droits de la propriété intellectuelle (I), mais aussi une certaine rénovation de l'interprétation judiciaire (II).

I - Une fausse remise en cause de l'équilibre interne aux droits de propriété intellectuelle

112. — Une fausse remise en cause de la liste limitative des exceptions en droit d'auteur. Le premier argument invoqué par les sceptiques du contrôle de proportionnalité serait que celui-ci créerait incidemment de nouvelles exceptions au droit d'auteur alors que cette liste est censée être exhaustive, comme le rappelle le considérant 32 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001⁵⁵³, menaçant alors le délicat équilibre interne propre à la matière⁵⁵⁴. En effet, si un ou plusieurs droits fondamentaux peuvent s'opposer au droit fondamental de propriété intellectuelle dans le cadre d'un litige entre particuliers, il paraît dès lors envisageable que ce droit puisse s'incliner,

⁵⁵¹ *Infra*, n° 120 et suiv.

⁵⁵² Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 55, Ch. Caron ; *JCP G* 2015, 967, note Ch. Geiger ; *D.* 2015. Actu. 1094, obs. A. Tricoire ; *D.* 2014. 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; *Prop. Intell.* 2015, n° 56, p. 281, obs. A. Lucas et p. 285, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD Com.* 2015. 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Légipresse* 2015, n° 330, p. 474, note V. Varet.

⁵⁵³ Dont son article 5 est transposée en parti à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁵⁴ A. Lucas, « Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre? », *op. cit.*, spéc. p. 45 ; A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3e éd., 2006, p. 263 et s. ; Ch. Caron, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des communications des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *Comm. com. électr.* 1999, étude 1 ; D. Piatek, *op. cit.*, spéc. p. 381 et s.

alors même qu'étaient prévues des exceptions garantissant le respect de ces autres droits fondamentaux. On mesure, dès lors, les craintes légitimes soulevées par la doctrine, notamment en matière de sécurité juridique et d'État de droit, si le juge pouvait en se fondant sur les droits fondamentaux et la jurisprudence des cours européennes, créer de nouvelles exceptions *extra legem* à l'occasion d'un litige pour faire valoir les prétentions d'une partie⁵⁵⁵. Or, ce schéma semble relever d'une incompréhension de ce qu'est le contrôle de proportionnalité tel que nous l'avons décrit. Essayons donc de mettre en perspective nos développements précédents.

Tout d'abord, le droit de propriété intellectuelle au même titre que les droits fondamentaux dont l'exercice peut être soumis à certaines limites, peut être mis en balance avec ces derniers. Son exercice est logiquement limité si cette balance vient à davantage pencher du côté du droit opposé. Cependant, si un tel cas devait se produire (ce qui n'est pour l'instant jamais arrivé devant les juridictions tant françaises qu'européennes), cela ne se serait que dans le cadre de faits exceptionnels appréciés *in concreto*. Imaginer un exemple dans ce cadre semble, pour l'heure, extrêmement complexe et incertain. Cependant, en se fondant sur la jurisprudence européenne⁵⁵⁶, il serait possible d'envisager qu'une grave atteinte à la liberté d'expression (qui impliquerait un discours d'intérêt général, non commercial, susceptible d'être censuré par l'utilisation du droit d'auteur) pourrait permettre d'aller au-delà des exceptions existantes si nécessaire. Dans tous les cas, une telle décision ne pourrait en aucun cas créer une nouvelle exception puisqu'elle s'appliquerait spécifiquement à l'espèce⁵⁵⁷. La quasi-totalité des litiges en droit d'auteur se résoudrait toujours par le prisme des exceptions, qui résolvent en grande partie les conflits potentiels entre le droit de propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux, tout en incluant le contrôle de proportionnalité dans ce raisonnement. Ceci limite *de facto* le risque d'insécurité juridique et remet en cause l'argument visant à présenter cette mise en balance comme l'introduction du « *fair use* » américain dans l'Union européenne⁵⁵⁸.

Deuxièmement, en lien avec l'affirmation précédente, la jurisprudence européenne n'appelle en aucun cas à une remise en cause de cet équilibre interne et à la création de nouvelles exceptions via le contrôle de proportionnalité. Bien au contraire, la lecture des arrêts *Funke*

⁵⁵⁵ Poussant même certains auteurs à décrire le potentiel avènement d'un système de *fair use* proche du modèle anglo-saxon. V. sur ce débat : *supra*, n° 69 et suiv.

⁵⁵⁶ *Infra*, n° 120 et suiv.

⁵⁵⁷ L. Marino, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2016, n° 30-34, doctr. 829 ; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2015, 3e éd., p. 586.

⁵⁵⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, p. 264 et s. ; *supra*, n° 69 et suiv.

Medien, Spiegel Online et *Pelham*, déjà évoqués⁵⁵⁹, montre que les juges de l'Union européenne considèrent que l'exigence de cohérence dans la mise en œuvre des exceptions en droit d'auteur ne peut être assurée si les États membres sont libres d'en prévoir en dehors de celles prévues par la directive 2001/29⁵⁶⁰. De même, la Cour européenne des droits de l'homme, sans être aussi explicite⁵⁶¹, a rappelé, dans son arrêt *Ashby Donald* concernant l'équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression, que la nécessité de protéger les droits fondamentaux peut certes conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés consacrés par la Convention, avant d'insister sur le fait que « *La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les États contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante* »⁵⁶². Cette décision a souvent été interprétée par la doctrine majoritaire comme une remise en cause la théorie de l'équilibre interne⁵⁶³. Pourtant, cette large marge d'appréciation laissée aux États membres semble impliquer que le contrôle de proportionnalité n'exclut pas une logique de transposition légale du conflit entre les droits d'auteurs et les droits fondamentaux à l'aide des exceptions⁵⁶⁴, voire elle la conforte⁵⁶⁵.

La véritable conséquence du principe de proportionnalité sur le droit d'auteur n'est donc pas, à notre sens, la remise en cause des équilibres internes propres à la matière, censés respecter le principe de proportionnalité dans le cadre de son contrôle. Mais qu'en est-il des autres pans du droit de la propriété intellectuelle ?

113. — La possibilité d'un conflit entre le droit des brevets et les autres droits fondamentaux. Contrairement au droit d'auteur, le droit des brevets ne dispose pas, à proprement parler, d'exceptions mais plutôt de limites comme celles inhérentes à la délivrance

⁵⁵⁹ *Supra*, n° 67.

⁵⁶⁰ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, pt. 63 ; *Spiegel Online*, aff. C-516/17, pt. 48 ; *Pelham*, aff. C-476/17, pt. 64.

⁵⁶¹ Sûrement du fait que contrairement à la CJUE elle ne peut s'appuyer sur des textes législatifs relevant de son champ d'appréciation mais uniquement sur la Convention européenne des droits de l'homme, empêchant ainsi toute démonstration d'une théorie des équilibres internes au sein de la loi.

⁵⁶² CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et a. c/ France*, n° 36769/08, § 40 ; V. de manière plus développée : *infra*, n° 123 et suiv.

⁵⁶³ O. Vrins, « The EU policies and actions in the fight against piracy », in *EU Copyright Law*, ss. la dir. de I. Stamatoudi et P. Torremans, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 799, spec. p. 889 ; P. Sirinelli, obs. sous CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et autres c/ France*, n° 36769/08, *RIDA* 2015, n° 243, p. 175, spéc. p. 187.

⁵⁶⁴ D. Piatek, *op. cit.*, p. 370 et s. ; A. Zollinger, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode », *Comm. com. électr.* 2013, étude 8.

⁵⁶⁵ B. Galopin, *op. cit.*, spéc. p. 203.

du brevet ou au mécanisme des licences autoritaires⁵⁶⁶. Il paraît donc, à première vue, plus probable que le juge puisse exercer un contrôle de proportionnalité plus poussé, car il ne peut se reposer complètement sur les équilibres internes de la matière afin de justifier du respect du droit fondamental en conflit. Est-ce réellement le cas ? Comme vu précédemment, un tel contrôle paraît pour l'heure totalement exclu en matière de brevetabilité du vivant au-delà de ce qui a été prévu par la directive 98/44 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, du fait du caractère « *absolu* » du droit à la vie et du droit à la dignité humaine⁵⁶⁷. Cependant, le contrôle de proportionnalité pourrait être envisagé dans d'autres domaines sensibles et impliquant des droits fondamentaux dont l'exercice peut être limité. Même si un tel cas n'a encore jamais été soumis aux juridictions européennes et nationales, la multiplication des affaires invoquant des droits fondamentaux pourrait amener les juges à examiner de telles questions dans un futur proche⁵⁶⁸.

À titre non exhaustif, la question de la brevetabilité des médicaments empêchant l'élaboration de traitements génériques à prix modiques dans les pays en voie de développement et opposant ainsi le droit fondamental de propriété intellectuelle à l'objectif de protection de la santé est un exemple pertinent⁵⁶⁹. La limite créée par le règlement (CE) 816/2006 du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé suffirait-elle à caractériser le juste équilibre entre ces droits fondamentaux dans ce cas précis ? Cette problématique pourrait difficilement être plus actuelle eu égard à la pandémie de Covid-19 et la production de vaccins brevetés contre ce virus⁵⁷⁰.

Également, l'exemple des animaux transgéniques ou à usage expérimental est pertinent⁵⁷¹, même si, pour l'heure, aucun droit fondamental n'a été reconnu aux animaux. Les évolutions sociétales et affirmations antispécistes, toujours plus fortes, pourraient éventuellement conduire à une telle reconnaissance, sérieusement appelée par certains⁵⁷². Sur ce sujet, la CBE, dans son

⁵⁶⁶ *Supra*, n° 55.

⁵⁶⁷ *Supra*, n° 42 et suiv.

⁵⁶⁸ Même si nous restons prudents quant à l'application de la Charte des droits fondamentaux en matière de droit des brevets comme précédemment souligné. V. sur ce point : *supra*, n° 43.

⁵⁶⁹ A. Zollinger, *op. cit.*, spéc. p. 154.

⁵⁷⁰ Note *supra*, n° 279

⁵⁷¹ V. sur cette question : H. Gaumont-Prat, « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain – Inventions biotechnologiques et contexte socio-juridique », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4240 ; A. Gallochat, « Brevetabilité des animaux », *RD propr. intell.* 1992, n° 43, p. 14.

⁵⁷² V. Giroux, *Les droits fondamentaux des animaux : une approche anti-spéciste*, Thèses et mémoires de l'UdeM, 2011.

article 53 c), assure déjà un certain équilibre en interdisant la brevetabilité des « *méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et [d]es méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal* ». L'équilibre interne de cette disposition suffit-il pour ne pas envisager d'autres interdictions de brevetabilité, et si tel n'est pas le cas, le principe de proportionnalité pourrait-il apprécier *in concreto* le gain de l'invention brevetable par rapport à la souffrance de l'animal ?

Enfin, rien ne dit que, dans un futur proche et dans le cadre de ce mouvement de subjectivation des droits fondamentaux, la validité même des brevets pourrait être analysée à l'aune du principe de proportionnalité. Celui-ci serait-il suffisamment bien décrit pour se conformer à la liberté fondamentale d'entreprendre attachée à cette prérogative ? Autant de questions auxquelles il est, pour l'instant, impossible d'apporter de réponses définitives. Le seul élément certain est la prudence avec laquelle le juge devra rechercher si la conciliation des droits fondamentaux en conflit est déjà assurée par les législations précédemment citées et, si tel n'est pas le cas en l'espèce, trancher en conséquence.

114. — Le droit des marques et l'usage dans la vie des affaires confortés par le contrôle de proportionnalité. Le droit des marques ne dispose pas d'exceptions, mais de limites, notamment à travers la notion d'« *usage dans la vie des affaires* »⁵⁷³. Celle-ci permet de résoudre une bonne partie des conflits de droits fondamentaux (principalement ceux concernant le droit à la liberté d'expression) et ainsi d'assurer l'équilibre interne à la matière. Dès lors, quelles sont les conséquences du contrôle de proportionnalité sur cet équilibre en droit des marques ? Là encore, il n'est pas question d'un grand bouleversement. Au contraire, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 octobre 2006, a tranché un conflit entre le droit des marques et le droit à la liberté d'expression grâce au contrôle de proportionnalité en reconnaissant que le délit d'usage de la marque ne pouvait être constitué par l'emploi de la marque en dehors de la vie des affaires⁵⁷⁴. Si la notion n'était pas encore inscrite dans les textes législatifs européens, cette position exprime, avec le recul, la volonté des juges de conforter les équilibres propres à la matière à travers les droits fondamentaux (omniprésents dans la décision), en vérifiant la légitimité de l'atteinte portée au droit (questionnant ainsi la raison d'être du droit des marques)

⁵⁷³ *Supra*, n° 114.

⁵⁷⁴ Cass., 2e civ., 19 oct. 2006, n° 05-13.489, Bull. civ. II, n° 282, *Propr. industr.* 2007, comm. 5, p. 31, note P. Tréfigny. V. sur cet arrêt : *infra*, n° 204.

mais surtout « *sa proportionnalité par rapport au but poursuivi* »⁵⁷⁵. Le rôle du contrôle pourrait même aller plus loin en permettant de préciser, à travers les droits fondamentaux, cette notion d'« *usage dans la vie des affaires* » qui, si elle apparaît dans la directive 2008/95⁵⁷⁶, n'a été ni définie ni reprise explicitement dans la loi française de transposition⁵⁷⁷.

Dès lors, au vu du faible risque de menace qui pèse sur les équilibres internes du droit de la propriété intellectuelle, quel est l'intérêt du contrôle de proportionnalité en la matière ? Il tend, peut-être, comme nous l'avions suggéré, à conforter et asseoir ces équilibres en réformant profondément le raisonnement juridique dans le cadre d'une meilleure prise en considération des droits fondamentaux.

II - Une rénovation de l'interprétation judiciaire ou un raisonnement juridique en mutation

115. — Crainte doctrinale d'une remise en cause du syllogisme. Dans la continuité des arrêts de la Cour de cassation mettant en œuvre un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental, l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 mai 2015, dit *Klasen*⁵⁷⁸, a suscité des réactions partagées⁵⁷⁹. Au-delà de la remise en cause des équilibres internes au droit d'auteur, le contrôle de proportionnalité remettrait également en cause le raisonnement juridique français intimement lié au syllogisme⁵⁸⁰ au sein duquel « *les faits*

⁵⁷⁵ M. Dupuis, « L'immixtion de la Convention EDH dans la propriété industrielle », *RLDA* 2009/41, n° 2492.

⁵⁷⁶ Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

⁵⁷⁷ Ch. Geiger, « Marques et droits fondamentaux », in *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle*, ss. la dir. de Ch. Geiger et J. Schmidt-Szalewski, Lexis Nexis, 2011, p. 163.

⁵⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 55, Ch. Caron ; *JCP G* 2015, 967, note Ch. Geiger ; *D.* 2015. Actu. 1094, obs. A. Tricoire ; *D.* 2014. 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; *Prop. Intell.* 2015, n° 56, p. 281, obs. A. Lucas et p. 285, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD Com.* 2015, 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Légipresse* 2015, n° 330, p. 474, note V. Varet.

⁵⁷⁹ F. Pollaud-Dulian, « Liberté de création. Droit d'adaptation. Droit moral. CEDH », *RTD Com.* 2015, p. 515 ; E. Treppoz, « Klasen : liberté de création en tension », *Juris art etc.* 2016, n° 39, p. 28 ; V. Varet, « Liberté d'expression vs droit d'auteur : haute tension », *Légipresse* 2015, n° 330, p. 474 ; L. Marino, « Quand le droit d'auteur rencontre la liberté d'expression artistique », *Gaz. Pal.* 2015, n° 309, p. 13 ; Ch. Geiger, « Droit d'auteur et liberté d'expression artistique : art « autorisé » et libre création ne font pas bon ménage », *JCP G.* 2019, n° 38, p. 967 ; M. Vivant, « La balance des intérêts... enfin », *Comm. com. électr.* 2015, étude 17 ; A. Bensamoun, P. Sirinelli, « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin... », *D.* 2015, p. 1672.

⁵⁸⁰ P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », *JCP G.* 2015, act. 902, et « Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189. ; A. Bénabent, « Un culte

représentés par la mineure sont subsumés sous la règle de droit, la majeure dont il est déduit une conclusion »⁵⁸¹. Elle constitue la méthode traditionnelle française de raisonnement juridique depuis la fin de la période révolutionnaire avec un avantage de clarté et d'intelligibilité évident, mais seulement si la règle de droit est claire et que les faits utilisés dans la mineure sont avérés et prouvés. Or, cette approche formelle et légaliste n'est pas sans inconvénient. Sans parler de droits fondamentaux, Portalis soulignait déjà au début du XIXe siècle, dans son discours préliminaire, que la loi ne pouvait pas tout prévoir⁵⁸². Celle-ci ne peut que rarement donner la solution aux litiges par sa simple application aux faits. Quant à ces faits, leur qualification juridique peut souvent faire débat. C'est d'autant plus vrai en droit de la propriété intellectuelle, les lois utilisant des notions non définies, telles « *l'originalité* » ou « *l'usage dans la vie des affaires* ». Il convient ainsi dès à présent de tempérer le caractère indispensable et scientifique du syllogisme⁵⁸³. La crainte de sa remise en cause est liée, selon nous, à la crainte de la négation de la loi par le juge. Pourtant, remettre en cause une méthode de raisonnement ne conduit pas nécessairement à remettre en cause la façon dont la loi est appréhendée. Cette logique pose dès lors la question du rôle et de la mission du juge en droit de la propriété intellectuelle.

116. — Le rôle et les missions du juge en droit de la propriété intellectuelle à l'aune du contrôle de proportionnalité. Derrière la crainte quant à la motivation de la décision, est perceptible la question du rôle du juge et jusqu'où celui-ci doit interpréter le droit. La logique révolutionnaire a présenté le juge comme « *la bouche de la loi* » (votée par les représentants du peuple donc expression de la volonté générale), celui-ci devant se contenter de l'appliquer aux faits en cause⁵⁸⁴. Or, plusieurs auteurs ont compris les limites de la méthode syllogistique dès

de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137 ; F. Chénéde, « Contre révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; P. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », *JCP G* 2016, n° 12, p. 318 ; H. Croze, « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 101.

⁵⁸¹ E. Ballot, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014, p. 388-389.

⁵⁸² J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », in *Discours et Rapports sur le Code civil, précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification*, ss. la dir. de S. Audier, Presses universitaires de Caen, 1989.

⁵⁸³ J.-P. Chazal, « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016, p. 121.

⁵⁸⁴ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, 5^e éd., p. 299.

la fin du XIXe siècle, comme Saleilles⁵⁸⁵, Ballot-Beaupré⁵⁸⁶ mais surtout François GénY. Ce dernier a développé à travers la théorie de la « libre recherche scientifique », la possibilité pour le juge d'utiliser plusieurs outils d'interprétation de la loi (comme l'interprétation *a fortiori*, par déduction, par analogie, *a contrario*...) afin de s'affranchir du raisonnement syllogistique en s'inspirant de sciences telles que la sociologie, l'économie ou la philosophie. À cet effet, il écrit en 1919 que le juge, tout autant que le législateur, est guidé par un principe de « l'équilibre des intérêts en présence » pour donner « la satisfaction, la plus adéquate, aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général, d'obtenir ce résultat, consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un criterium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable »⁵⁸⁷. GénY évoque même plus loin dans son raisonnement, malgré la supposée souplesse d'un tel principe, sa farouche opposition à l'imprévisibilité des décisions et insiste sur la crainte de ruiner « la sécurité des affaires »⁵⁸⁸. Il ne s'agit pas pour lui d'écarter la loi, mais de prendre conscience qu'elle ne peut pas tout prévoir et qu'elle n'est pas dotée d'un sens immuable⁵⁸⁹.

Ceci prend un écho particulier dans le contexte actuel d'application horizontale des droits fondamentaux, car le juge est aujourd'hui un juge des droits fondamentaux, qu'il soit publiciste ou privatiste, européen ou national : la protection de ces droits et leur conciliation font désormais pleinement partie de son office. Entre la possibilité de poser une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel⁵⁹⁰ et la multiplication des litiges invoquant les droits fondamentaux en droit privé⁵⁹¹, il serait dommageable que le juge français s'enferme dans une méthode d'interprétation judiciaire figée et inadaptée à la motivation des décisions traitant de droits fondamentaux, au risque d'être condamné par les juridictions européennes⁵⁹²

⁵⁸⁵ R. Saleilles, *Préface à Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, reprint 1995, p. XVIII-XIX.

⁵⁸⁶ « Discours de M. Ballot-Beaupré », *Le centenaire du Code civil (1804-1904)*, Société d'études législatives, 1904, spéc. p. 26-28.

⁵⁸⁷ F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, LGDJ, 1919, 2^e éd., t. II, n^o 173, p. 167.

⁵⁸⁸ *Ibid*, p. 287.

⁵⁸⁹ C. Jamin, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263.

⁵⁹⁰ Note *Supra*, n^o 459.

⁵⁹¹ G. Helleringer, K. Garcia, « Le rayonnement des droits de l'homme et des droits fondamentaux en droit privé », *RIDC* 2014, n^o 2, p. 283.

⁵⁹² V. Arrêts condamnant la France pour ne pas avoir mené de contrôle de proportionnalité : CEDH, 5 nov. 2015, *Henrioud*, n^o 21444/11 ; *JCP G* 2015, act. 1333, obs. A. Gouttenoire ; CJUE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, aff. C-388/07.

qui, fortes de plusieurs décennies de décisions sur ces sujets, peuvent grandement inspirer et aider le juge national. Les juridictions nationales ne sont donc pas livrées à elles-mêmes dans cette tâche et disposent en ce sens de mécanismes tels que les questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁹³ et les demandes d'avis consultatif devant la Cour européenne des droits de l'homme pour les cours suprêmes des pays membres⁵⁹⁴. Le contrôle de proportionnalité utilisé par ces juridictions en matière de droits fondamentaux est amené à occuper une place centrale dans ce nouvel office, mais cela ne veut pas pour autant dire qu'il doit être repris à l'identique par les juridictions nationales⁵⁹⁵. Bien au contraire, par la marge d'appréciation qui lui est laissée⁵⁹⁶, c'est désormais au juge national de créer son propre contrôle de proportionnalité, qui pourrait même être spécifique aux questions de droit de la propriété intellectuelle. Une réconciliation avec nos raisonnements traditionnels nationaux est-elle ainsi possible ?

117. — Une conciliation française des deux raisonnements en propriété intellectuelle possible. C'est ce que nous voulons croire, tout comme plusieurs auteurs, dont certains vont jusqu'à affirmer que le contrôle de proportionnalité emprunte certains de ses éléments au syllogisme judiciaire classique⁵⁹⁷. Il faut d'ailleurs définir l'approche à donner à ce contrôle, car là aussi, il n'y a pas de réponse définitive⁵⁹⁸. Selon M. Jeuland, il faut distinguer les différentes approches possibles du contrôle de proportionnalité et notamment celle dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne, pour contribuer à l'élaboration d'un test de

⁵⁹³ V. articles 256 et 267 du TFUE.

⁵⁹⁴ V. Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, entré en vigueur le 1^{er} août 2018. Pour première application par la Cour de cassation : Cass. Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053.

⁵⁹⁵ M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RLDF* 2019, chron. 4.

⁵⁹⁶ Il convient de le rappeler fermement : la réponse de la CJUE lie les juridictions nationales. Quand il s'agit des questions d'interprétation, certains arrêts laissent une marge, notamment ceux concernant le droit de la propriété intellectuelle (lorsque la CJUE dit qu'une décision de l'Union n'est pas valide, il ne reste aucune marge pour le juge national). À l'inverse, les renvois préjudiciels devant la CEDH ne lient pas les juridictions nationales.

⁵⁹⁷ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 : « *Au commencement est la règle : c'est-à-dire celle qui pose le droit que l'on prétend atteint ; encore faut-il, comme on l'a dit supra, préciser la dimension du droit en cause. Dans un deuxième temps, le juge s'intéresse à la règle contestée : après en avoir au besoin explicité le sens et la portée, il convient de vérifier qu'elle est bien prévue par la loi (au sens large, car il peut s'agir, par exemple, d'une règle jurisprudentielle) et qu'elle poursuit un but légitime. Autant de questions qui, dans la tradition française, prendront la forme de raisonnements par syllogisme* ».

⁵⁹⁸ F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité », *RJA* 2020, n° 24, p. 35.

proportionnalité propre à la Cour de cassation⁵⁹⁹. Cette affirmation est tout à fait pertinente et permet aux juges nationaux d'apprécier pleinement la certaine marge d'appréciation dont ils disposent. Ce contrôle pourrait prendre la forme, toujours selon le M. Jeuland, d'un quatrième critère complémentaire à ceux des cours européennes, visant à « *une comparaison entre les rapports existants et les rapports qui existeraient si la mesure en jeu était prise* » pour assurer la sécurité juridique des rapports⁶⁰⁰. Pour M. Fulchiron, la finalité de conciliation des droits fondamentaux serait cependant atteinte si le contrôle était opéré systématiquement avec rigueur par les juges du fond, seuls aptes à apprécier et discuter des faits⁶⁰¹, complété *a posteriori* par un autre contrôle en droit plus ou moins restreint de la Cour de cassation⁶⁰². Sans rentrer dès maintenant dans les détails d'une telle méthode appliquée au droit de la propriété intellectuelle, il semblerait que la plupart des décisions en propriété intellectuelle sont toujours rendues à travers le schéma classique du raisonnement syllogistique, auquel il faut ajouter, quand plusieurs droits fondamentaux sont en conflit, un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle, dont la Cour de cassation doit vérifier la pertinence de la manière la plus restreinte possible, doit également garder comme objectif premier d'assurer la conciliation et la protection des droits fondamentaux tout en permettant de garantir la plus grande sécurité juridique au justiciable.

118. — Conclusion du chapitre. Il est évident que le principe de proportionnalité s'impose comme le moyen privilégié pour résoudre un conflit de droits fondamentaux, et ne saurait être remplacé par la théorie de l'abus de droit. Ce principe ne remet pas en cause la théorie de l'équilibre interne du droit de la propriété intellectuelle, mais au contraire le conforte en ce qu'il confirme les équilibres posés par le législateur. Ce principe sert avant tout de méthode de rééquilibrage dans le cadre d'une espèce exceptionnelle (qui ne pouvait être prévue par le législateur), et assure une plus grande intelligibilité des droits fondamentaux en étayant la motivation des juges sur ce sujet complexe. Ces derniers disposent, en ce sens, d'une certaine marge d'appréciation pour appliquer ce principe, ce qui constituera la suite de nos développements, principalement dans le but de déterminer les critères à utiliser dans le cas spécifique d'un conflit impliquant le droit de propriété intellectuelle.

⁵⁹⁹ E. Jeuland, « Réforme de la Cour de cassation, une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G* 2016 supp. n° 1-2, p. 20.

⁶⁰⁰ *Ibid.* p. 20.

⁶⁰¹ C. Thomas-Raquin, M. Le Guerer, « Pratique du contrôle de proportionnalité en droit d'auteur devant la Cour de cassation », *Comm. com. électr.* 2018, pratique 2.

⁶⁰² H. Fulchiron, *op. cit.*, p. 656.

**TITRE II :
APPLICATION DU CONTRÔLE DE**

PROPORTIONNALITÉ EN CAS DE CONFLIT FONDAMENTAL

119. — Présentation. L'analyse théorique du contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental l'a présenté comme un contrôle en plusieurs étapes prédéfinies (adaptation, nécessité, proportionnalité *stricto sensu*). Cependant, au vu de l'application faite par le Conseil constitutionnel et des nombreuses questions juridiques sensibles soulevées, le lecteur attentif peut déjà se douter que la simple mise en œuvre automatique de ces étapes n'offrira pas à elle seule toutes les solutions aux conflits fondamentaux. Selon les droits fondamentaux opposés au droit de la propriété intellectuelle et la spécificité des espèces propre à chaque litige, les solutions de ce contrôle pourront être très variables. La motivation du contrôle semble ainsi indispensable pour aboutir à des décisions intelligibles et protectrices des droits fondamentaux. Nous rejoignons donc M. Christoffersen quand il explique qu'il faut faire du contrôle de proportionnalité une analyse minutieuse pour comprendre correctement le rôle des droits fondamentaux et la façon dont ils affectent le droit de la propriété intellectuelle⁶⁰³. À cette fin, les juges européens ont développé leur propre méthode prenant en compte le droit fondamental en conflit avec le droit de propriété intellectuelle et qui influence directement les jurisprudences nationales (Chapitre 1). Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne admettent que les États disposent d'une certaine marge d'appréciation quant à la mise en œuvre concrète du contrôle de proportionnalité. Ainsi, il paraît pertinent d'étudier comment procèdent les autres États — l'Allemagne en tête puisqu'elle est à l'origine dudit contrôle — en droit de la propriété intellectuelle (Chapitre 2). Il sera vu enfin comment la France s'est saisie de cette certaine marge d'appréciation pour développer son propre contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Application par les cours européennes

⁶⁰³ J. Christoffersen, « Human rights and balancing: the principle of proportionality », in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, ss. la dir. de Ch. Geiger, EE Elgar, 2015, p. 19.

120. — Présentation. Le contrôle de proportionnalité est pour la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne la méthode de résolution des conflits de droits fondamentaux. Pourtant, malgré des standards d'application similaire, ces deux cours, du fait de leurs législations distinctes, ont su développer leur propre lecture de la conciliation des droits fondamentaux. La Cour européenne des droits de l'homme a été la première à appliquer un contrôle de proportionnalité aux droits fondamentaux. Elle a développé une approche concrète, mais prudente, jugeant sa marge d'appréciation limitée (Section 1). La Cour de justice, du fait de l'existence de législations de l'Union conciliant *a priori* le droit de la propriété intellectuelle avec les autres droits fondamentaux et de son rôle d'harmonisation du droit de l'Union européenne, opère quant à elle un contrôle de proportionnalité plus ambivalent. Elle peut, quand c'est nécessaire, examiner la mise en balance opérée par le législateur de l'Union, ou enjoindre aux juridictions nationales de procéder elles-mêmes au contrôle. Dans ce dernier cas, tout en donnant aux juridictions nationales des indications pour concilier les droits fondamentaux, elle s'efforce de réaliser une concordance pratique⁶⁰⁴ entre droits fondamentaux afin de garantir une certaine sécurité juridique (Section 2).

Section 1 : Le contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme

121. — Rappel du test en trois étapes. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la propriété intellectuelle sont rares, ceux impliquant en plus un contrôle de proportionnalité le sont davantage. Avant de procéder à l'analyse de ces arrêts, il est nécessaire de rappeler que le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur un test en trois étapes : l'acte doit être « *légal* » (être prévu par la loi), « *légitime* » (viser un but légitime) et surtout être « *nécessaire dans une société démocratique* ». Bien souvent, comme nous allons le constater, la Cour de Strasbourg se focalise sur cette dernière étape, issu du deuxième paragraphe des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont il convient de rappeler le sens et l'étendue. En effet, la notion a été précisée durant plusieurs décennies de décisions par la Cour européenne des droits de

⁶⁰⁴ S. van Drooghenbroeck, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité, actes du Xe colloque de l'association « Famille et droit »*, ss. la dir. de J.-L. Renchon, Bruylant, 2009, p. 315 et s.

l'homme⁶⁰⁵, avant de trouver son acception actuelle dans l'arrêt *Olsson c/ Suède* en 1998 aux termes duquel : « *la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime recherché ; pour se prononcer sur la "nécessité" d'une ingérence "dans une société démocratique", la Cour tient compte de la marge d'appréciation laissée aux États contractants* »⁶⁰⁶. Cette formulation reprise depuis lors par la Cour fait dire à M. Sudre que la notion de « *nécessaire dans une société démocratique* » est un concept globalisant couvrant l'ensemble du contrôle de proportionnalité tel qu'envisagé classiquement par le juge allemand (adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto sensu*), mais n'est pas tout le contrôle de proportionnalité pour le juge européen⁶⁰⁷. Cette précision faite, il convient dès lors de s'attacher à étudier, en fonction du droit fondamental invoqué, les modalités selon lesquelles la conciliation impliquant le droit de propriété intellectuelle est opérée.

122. — Figures du contrôle de proportionnalité. M. Sudre présente trois figures du contrôle de proportionnalité⁶⁰⁸, qui s'inscrit toujours dans le rapport « État-individu » propre aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Il existe, d'abord, un contrôle de proportionnalité « *horizontal* » lorsque la Cour doit connaître d'une abstention de l'État ayant permis à un tiers de s'immiscer dans un droit fondamental garanti. Un tel conflit est résolu assez facilement par la Cour puisqu'elle se contente de juger dans ce cas que « *la marge d'appréciation est de façon générale [...] ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et public concurrents ou différents droits protégés* »⁶⁰⁹. Elle n'exerce ainsi qu'un contrôle restreint de la proportionnalité *stricto sensu*. Il y a ensuite le contrôle de proportionnalité « *global* » réservé aux restrictions aux droits autorisées par la clause d'ordre public (donc des paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme) couvrant les trois éléments du test⁶¹⁰, et dont l'application concrète en droit de la propriété intellectuelle se focalise sur

⁶⁰⁵ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49 ; CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n° 7525/76, § 53 ; CEDH, 24 nov. 1986, *Gillow c/ Royaume-Uni*, n° 9063/80, § 55.

⁶⁰⁶ CEDH, 24 mars 1998, *Olsson c/ Suède* (n° 1), n° 10465/83, § 67.

⁶⁰⁷ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme : de quoi est-il question ? », *JCP G* 2019, n° 11, p. 502.

⁶⁰⁸ *Ibid*, spéc. p. 508.

⁶⁰⁹ CEDH, 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/05, § 77.

⁶¹⁰ Le même auteur distingue au sein de ce contrôle global les cas où l'atteinte à un droit fondamental serait commise par un particulier mais imputable à un État de fait que celui-ci aurait donné au particulier les moyens ou un encouragement pour porter atteinte au droit fondamental, et les cas où l'abstention de l'État est

l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (relatif à la liberté d'expression) (I). Enfin, un contrôle de proportionnalité « *simplifié* », restreint à la proportionnalité *stricto sensu*, est pratiqué pour les limitations aux droits non passibles de la clause d'ordre public. C'est le cas pour le droit de propriété reconnu à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, auquel se rattache le droit de la propriété intellectuelle (II).

I - Conciliation du droit de la propriété intellectuelle avec le droit à la liberté d'expression : contrôle de proportionnalité global

123. — Arrêt *Ashby Donald* : faits. Depuis les années 1990, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à plusieurs reprises dans des affaires impliquant le droit de la propriété intellectuelle et à l'occasion desquelles elle a reconnu certaines branches de ce droit comme rattaché au droit fondamental de propriété reconnu à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme⁶¹¹. Cependant, il faut attendre 2013 et l'arrêt *Ashby Donald* pour que le droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement sa branche de droit d'auteur, soit soumis à un contrôle de proportionnalité afin de le concilier avec la liberté d'expression⁶¹². Les faits étaient assez classiques : des photographes avaient reproduit sur un site internet leurs photographies d'un défilé de mode protégées par le droit d'auteur, sans l'autorisation des ayants droit leur ayant donné mandat pour photographier l'évènement. Les photographes avaient soulevé, devant les juridictions françaises, l'exception par « *voie de presse* », prévu à l'article L. 122-5, 9° du Code de la propriété intellectuelle français, qui autorise « *la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur* », sans succès. Aux motifs que les exceptions s'interprètent de façon restrictive et l'œuvre de défilé de mode n'est

constitutive per se d'une atteinte à un droit fondamental (dans ce dernier cas le contrôle est limité au contrôle de proportionnalité *stricto sensu*).

⁶¹¹ *Supra*, n° 123 et suiv.

⁶¹² CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald et a. c/ France*, n° 36769/08 : *Comm. com. électr.* 2013, comm. 39, note Ch. Caron ; *JCP G* 2013, 397, note M. Afroukh ; *Légipresse* 2013, n° 304, p. 221, note F. Marchadier ; *Propr. intell.* 2013, n° 47, p. 216, note J.-M. Bruguière.

pas énumérée dans ledit article, les photographes ont été condamnés pour contrefaçon⁶¹³. Ils saisissent donc la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 10 de la Convention, étant victimes selon eux d'une ingérence injustifiée constituant une violation de leur liberté d'expression⁶¹⁴.

124. — Arrêt *Ashby Donald* : qualification de l'ingérence dans la liberté d'expression.

Pour opérer une mise en balance du droit fondamental de propriété intellectuelle et du droit à la liberté d'expression à travers l'application du principe de proportionnalité, la Cour adopte un raisonnement didactique. Avant d'effectuer son test en trois étapes, elle analyse dans un premier temps les faits et déduit de ces derniers et de sa jurisprudence que « *la publication des photographies litigieuses sur un site internet dédié à la mode et proposant au public des images de défilés à la consultation libre ou payante et à la vente relève de l'exercice du droit à la liberté d'expression, et que la condamnation des requérants pour ces faits s'analyse en une ingérence dans celui-ci.* » Il convient de constater que la condamnation des requérants pour ces faits est analysée comme une ingérence au droit à la liberté d'expression, alors que la Cour aurait pu à l'inverse analyser les faits comme constitutifs d'une ingérence dans le droit de la propriété intellectuelle. Ce choix de qualifier la condamnation des faits avant tout comme une ingérence dans le droit à la liberté d'expression pourrait à première vue donner un indice supplémentaire quant à la place particulière qu'aurait ce droit par rapport au droit de la propriété intellectuelle. Pourtant, sous cet angle, ce choix pourrait également être fait en réponse aux requêtes des parties sur l'ingérence même au droit à la liberté d'expression⁶¹⁵.

⁶¹³ Cass. crim., 5 févr. 2008, n° 07-81.387 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 33, obs. Ch. Caron ; *Dr. pén.* 2008, comm. 51, obs. J.-H. Robert.

⁶¹⁴ En ce que ce droit comprend : « *la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.* » au sens de l'article 10§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour la distinction entre les différents droits rattachés à la liberté d'expression v. A. Lucas, « Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre ? », in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, ss. la dir. de A. Bensamoun, Marc & Martin, 2018, p. 35.

⁶¹⁵ Il est intéressant de constater que la non-ingérence dans le droit à la liberté d'expression n'a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme que dans des affaires où elle s'est fondée sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaissant l'abus de droit, donc dans des cas où l'utilisation du droit à la liberté d'expression a été faite à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention, telle l'incitation à la haine raciale (V. à ce sujet : *supra*, n° 108). Si distinction il y a entre les ingérences dans le droit à la liberté d'expression, c'est donc sur le type du discours incriminé. Si la contrefaçon ne fait vraisemblablement pas partie d'une expression qui devrait échapper à la protection du droit à la liberté d'expression, cela ne veut pourtant pas dire que cette expression sera licite comme le confirment les développements du reste de la décision.

125. — Arrêt *Ashby Donald* : test de légalité et de légitimité. La Cour annonce ensuite les différentes étapes de son contrôle de proportionnalité, tel que classiquement présentées : « *Pareille ingérence [dans le droit à la liberté d'expression] enfreint l'article 10, sauf si, « prévue par la loi », elle poursuivait un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 et était « nécessaire, dans une société démocratique », pour le ou les atteindre. »*, citant directement le texte de la Convention européenne des droits de l'homme pour justifier l'usage du contrôle de proportionnalité.

Les deux premières étapes du contrôle, à savoir si l'ingérence est légale (prévue par la loi), et légitime, sont résolues par la Cour au sein d'un même paragraphe, ce qui montre la faible difficulté juridique de ces points en l'espèce. En effet, dans un premier temps : « *La Cour constate que les requérants ont été condamnés pour contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, sur le fondement des articles L. 335-2 et L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle tels qu'interprétés par les juridictions internes. Elle en déduit que l'ingérence était prévue par la loi. »*, puis elle conclut que la loi « *poursuivait l'un des buts légitimes énumérés par le second paragraphe de l'article 10 de la Convention – la protection des droits d'autrui – dès lors qu'elle visait à préserver les droits d'auteur des maisons de mode dont les créations étaient l'objet des photographies litigieuses. »*. Il nous semble à la lecture de ce paragraphe que lors de la deuxième étape du contrôle sur la légitimité, la condamnation pénale prévue par le droit d'auteur (alors qu'il s'agissait d'un acte relevant de la liberté d'expression), pourrait être systématiquement reconnue comme légitime, ce qui constitue un constat rassurant pour la protection du droit d'auteur, mais enlève un intérêt certain à l'analyse des deux premières étapes du test.

126. — Arrêt *Ashby Donald* : test de nécessité dans une société démocratique. Il est par la suite évident que le dernier test de « *nécessité dans une société démocratique* » est le cœur du contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. La Cour ne s'y trompe pas en y consacrant sept paragraphes entiers afin de développer son analyse *in concreto*. Elle rappelle d'abord en trois temps sa jurisprudence génératrice des contours de ce test pour le droit de la liberté d'expression⁶¹⁶. Premièrement, elle précise que la liberté d'expression « *constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* », montrant sa place essentielle parmi les

⁶¹⁶ CEDH, 23 sept. 1994, *Jersild c/ Danemark*, n° 15890/89, § 31, ; CEDH, 25 août 1998, *Hertel c/ Suisse*, n° 25181/94, § 46 ; CEDH, 15 févr. 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, n° 68416/01, § 87 ; CEDH, GC, 21 févr. 2008, *Guja c/ Moldova*, n° 14277/04, § 69.

autres droits fondamentaux, même si « *elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante* ». Cela sous-entend que pour la Cour, le droit à la propriété intellectuelle serait une exception au droit à la liberté d'expression⁶¹⁷. Deuxièmement, elle rappelle que l'adjectif « *nécessaire* », au sens de l'article 10§2, implique un « *besoin social impérieux* » pour lequel les États gardent une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, même si « *la Cour a compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une 'restriction' se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10* ». Enfin, elle réaffirme avec force le caractère *in concreto* de son analyse⁶¹⁸ visant à déterminer si l'ingérence était « *proportionnée au but légitime poursuivi* », et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « *pertinents et suffisants* »⁶¹⁹. À partir de ce rappel, elle va commencer à analyser la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique à la lumière des faits en cause, et notamment au regard d'un point primordial pour elle : le type de discours en cause.

En effet, la Cour pour apprécier la marge d'appréciation dont disposent les États contractants en termes d'ingérence dans le droit de la liberté d'expression s'appuie notamment « *sur le type de 'discours' ou d'information en cause* ». Si, en interprétant l'article 10§2 de la Convention, la Cour conclut qu'il « *ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique par exemple* », elle considère néanmoins que « *les États contractants disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial* », même si « *l'ampleur de celle-ci doit être relativisée lorsqu'est en jeu non l'expression strictement 'commerciale' de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général* ». À partir de cette règle fixée presque comme la majeure d'un syllogisme, la Cour s'attarde sur l'espèce et démontre que l'usage des photographies du défilé de mode était fait dans un but commercial (les photographies avaient été publiées sur le site pour être vendues ou d'y donner accès contre rémunération), et qu'il ne pouvait être

⁶¹⁷ Ch. Geiger, « L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : Quels apports ? Quel avenir ? », in *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, ss. la dir. de Ch. Geiger, Lexis Nexis, 2013, p. 193.

⁶¹⁸ Cette analyse *in concreto* est la raison pour laquelle la Cour n'évoque à aucun moment l'existence d'exceptions préalables qui opèrent déjà un équilibre des différents droits fondamentaux. Ce qui intéresse la Cour n'est pas de savoir si la loi a prévu des aménagements pour concilier les droits fondamentaux mais de savoir si dans le cas précis de l'espèce l'ingérence incriminée était « *prévue par la loi* », « *visait un but légitime* » et était « *nécessaire dans une société démocratique* ».

⁶¹⁹ L'arrêt *Olsson* (CEDH, 24 mars 1998, *Olsson c/ Suède*, n° 10465/83, § 83) confirmant que l'appréciation de la pertinence et de la suffisance des motifs est constitutive de la proportionnalité, le contrôle de la suffisance des motifs englobant le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu* (v. F. Sudre, *op. cit.*, spéc. p. 507).

démontré que les photographes avaient pris part à un débat d'intérêt général en se limitant à rendre des photographies de défilés de mode accessibles au public (malgré l'intérêt du public pour les défilés de mode). Dans le paragraphe suivant, la Cour développe enfin l'idée que la nécessité de protéger les droits fondamentaux peut « *conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention* ». Elle met en avant le fait que « *la mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les États contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante* », avant de présenter le droit de la propriété intellectuelle comme un droit fondamental au sens de la Convention. Enfin, l'addition des conclusions des deux paragraphes (sur l'atteinte commerciale à la liberté d'expression et sur la mise en balance) conduit la Cour « *à considérer que les autorités internes disposaient en l'espèce d'une marge d'appréciation particulièrement importante* », puis termine sur les faits et la nécessité de la condamnation pour contrefaçon.

À ce stade, deux remarques doivent être faites. D'abord, nous pouvons regretter le fait que la référence au droit de la propriété intellectuelle comme droit fondamental et sa mise en balance n'arrivent dans la motivation de la Cour qu'après l'analyse du type de discours pour apprécier l'ingérence dans la liberté d'expression, laissant entendre que l'analyse de l'atteinte à ce dernier droit est plus importante que le principe, alors même qu'il est confronté à un autre droit fondamental théoriquement égal. La Cour procède sûrement de cette manière car l'analyse de l'atteinte à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est la principale, mettant ce droit en première ligne de son analyse. S'il y a une utilisation du contrôle de proportionnalité, c'est bien parce que le droit de la liberté d'expression n'est pas le seul dans la balance mais bien car il est en conflit avec le droit de propriété intellectuelle. De même, si la distinction entre type de discours commercial et politique paraît assez claire et rassurante en termes de sécurité juridique dans l'analyse des faits, le recours à la notion d'« *intérêt général* » comme tempérament au discours commercial semble plus délicat, du fait de son caractère abstrait. Dans le cas présent, le juge européen se rend bien compte que le simple fait de rendre des photographies de défilés de mode accessibles au public (même intéressé par la mode) ne constitue pas un motif suffisant pour caractériser l'intérêt général. Il nous semble que chacun de ces éléments doit être considéré avec prudence par les juges européens, non comme des éléments interdépendants les uns des autres, mais comme participant indépendamment à la détermination du côté vers lequel la balance doit pencher en l'espèce, ce que la Cour s'efforce ensuite de faire en abordant la proportionnalité de la sanction.

127.— Arrêt *Ashby Donald* : Détermination de la sanction et contrôle de proportionnalité. En effet, l'arrêt ne se limite pas à affirmer que les États disposent d'une large marge d'appréciation du fait de la caractérisation du discours commercial en l'espèce et de la mise en balance de deux droits fondamentaux⁶²⁰. La Cour répond ensuite aux requérants qui estimaient leur condamnation disproportionnée et incorpore à son contrôle de l'ingérence du droit à la liberté d'expression, la proportionnalité de la sanction. Nous reviendrons sur ce contrôle qui semble dépasser le simple cadre du conflit de droits fondamentaux pour en constituer une extension et une expression supplémentaire du principe de proportionnalité⁶²¹. Dans le contexte de cet arrêt, il est essentiel de souligner que la Cour admet que « *la nature et la gravité des sanctions infligées sont à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression* »⁶²². S'appuyant ensuite sur ces condamnations chiffrées, elle constate que les requérants « *ne produisent aucun élément relatif aux conséquences de ces condamnations sur leur situation financière* » et relève « *que le juge interne a fixé ces montants à l'issue d'une procédure contradictoire dont l'équité n'est pas en cause et a dûment motivé sa décision, précisant en particulier les circonstances qui, selon son appréciation, les justifiaient* ». Elle conclut que : « *la nature et la gravité des sanctions infligées aux requérants ne sont pas telles que la Cour puisse conclure que l'ingérence litigieuse était disproportionnée par rapport au but poursuivi* ». Si la Cour apparait est assez succincte sur cette question, elle a dûment pris en compte cette question et son rôle de premier ordre dans la détermination de la proportionnalité.

128.— Arrêt *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c/ Suède* : liberté d'expression contre droit d'auteur. Un mois plus tard, dans la continuité de l'arrêt *Ashby Donald*, la Cour européenne des droits de l'homme se prononce à nouveau sur un conflit opposant le droit à la liberté d'expression et le droit de propriété intellectuelle, dans un contexte différent⁶²³. En effet, les deux requérants avaient été condamnés à une forte amende et une peine de prison par les juridictions suédoises pour contrefaçon de droit d'auteur pour leur participation active à la création et au fonctionnement du site de téléchargement illégal « *The Pirate Bay* ». En

⁶²⁰ B. J. Jütte, « The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe », *EIPR*, 2016, vol. 38, p. 11.

⁶²¹ *Infra*, n° 222 et suiv.

⁶²² V. aussi : CEDH, 7 févr. 2012, *Axel Springer c/ Allemagne*, n° 39954/08 : *Constitutions* 2012, 645, obs. D. de Bellescize ; *RTD civ.* 2012. 279, obs. J.-P. Marguénaud.

⁶²³ CEDH, 10 février 2013, *F. Neij et P. Sunde Kolm isoppi c/ Suède [The Pirate Bay]*, n° 40397/12 : *Comm. com. électr.* 2013, comm. 63, Ch. Caron.

particulier, ils n'avaient pris aucune mesure pour faire retirer du site les fichiers qui leur avaient été signalés comme violant des droits d'auteur. Les requérants faisaient pourtant valoir devant la Cour européenne des droits de l'homme qu'ils ne peuvent être tenus pour responsables de l'utilisation faite par autrui de leur site dont le but initial était de faciliter l'échange de données sur internet. Seuls les internautes ayant échangé des informations illégales sur des fichiers protégés par le droit d'auteur auraient ainsi commis une infraction. Leur condamnation avait constitué, selon les requérants, une atteinte à leur liberté d'expression (reconnu à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme). Comme dans l'arrêt *Ashby Donald*, le droit à la liberté d'expression est mis en avant par la Cour qui reconnaît que les activités de gestion d'un site internet « *qui permettait à ses utilisateurs de partager des œuvres numériques – telles que des films, de la musique et des jeux vidéo – protégées par le droit d'auteur [...] entrent dans le champ de la protection accordée par l'article 10, paragraphe 1 de la Convention* »⁶²⁴, en ce sens que les requérants « *ont fourni à autrui des moyens permettant de recevoir et de communiquer des informations au sens de l'article 10 de la Convention* ». La condamnation pour les faits incriminés est ainsi qualifiée par la Cour comme une ingérence dans le droit à la liberté d'expression, préalable au contrôle de proportionnalité. Là encore, le droit à la liberté d'expression n'étant pas absolu, il convient d'analyser cette ingérence à l'aune du contrôle de proportionnalité. Les deux premiers éléments du test ne comportent, comme précédemment, aucune difficulté particulière : les requérants ont été condamnés sur le fondement d'une loi sur le droit d'auteur et du Code pénal, l'ingérence litigieuse était donc « *prévue par la loi* » et cette ingérence poursuivait bien « *un but légitime* », à savoir la protection des parties civiles titulaires de droits d'auteur sur les œuvres litigieuses.

Le cœur du contrôle de proportionnalité visait ainsi à déterminer si l'ingérence alléguée était « *nécessaire dans une société démocratique* ». Sans entrer de nouveau dans des détails similaires à ceux de l'arrêt *Ashby Donald*, il est utile de souligner, qu'en l'espèce la Cour est appelée à mettre en balance l'intérêt des requérants à faciliter le partage de l'information et le respect des droits des auteurs d'œuvres protégées. Elle rappelle ainsi la protection en tant que droit fondamental du droit de propriété intellectuelle par application de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, et la nécessité pour les États de disposer d'une large marge d'appréciation afin de mettre en balance deux intérêts concurrents protégés par la Convention. L'ampleur de cette marge variera en fonction de différents facteurs, dont l'« *importance particulière* » des informations litigieuses. Ainsi, en tant

⁶²⁴ Il n'y a ainsi pas de distinctions selon le type d'informations communiquées, ni si le but poursuivi par cette communication (lucrative ou non). V. CEDH, 22 mai 1990, *Autronic AG c/ Suisse*, n° 12726/87.

qu'information, les œuvres culturelles en l'espèce ne bénéficient pas « *du même niveau de protection que l'expression et le débat politiques* ». L'État dispose donc d'« *une latitude particulièrement importante* » qui lui permet d'envisager la protection de la propriété intellectuelle comme un motif impérieux l'autorisant à limiter la liberté d'expression. La Cour constate succinctement que les peines « *ne sont pas disproportionnées* », sous-entendant qu'une peine de prison peut être justifiée dans le cas d'une infraction au droit de propriété intellectuelle. L'ingérence est donc « *nécessaire dans une société démocratique* » au sens de l'article 10§2 de la Convention. Partant, la Cour rejette la requête comme étant non fondée.

129. — Bilan des arrêts de la CEDH sur le contrôle de proportionnalité global en droit de la propriété intellectuelle. Que retenir de ces deux affaires à propos du contrôle de proportionnalité global en droit de la propriété intellectuelle ? À titre principal, dans le cas d'un conflit avec le droit à la liberté d'expression, tout en opérant un contrôle de proportionnalité global (avec les trois tests classiques du contrôle de proportionnalité), la Cour européenne des droits de l'homme accorde aux États une large marge d'appréciation pour opérer eux-mêmes la mise en balance de ces deux droits fondamentaux. La seule variable susceptible de modifier cette marge d'appréciation est le type de discours incriminé. La Cour distingue la situation où est en jeu l'expression strictement commerciale d'un individu de celle où est en cause sa participation à un débat touchant à l'intérêt général. Il est ainsi possible d'envisager qu'un cas d'utilisation de l'objet de propriété intellectuelle toucherait à un débat d'intérêt général puisse se présenter devant la Cour. Cependant, cela n'arriverait qu'après une condamnation par les juridictions internes, alors même que la plupart des exceptions en droit d'auteur et des limitations en droit des marques et des brevets prévues par les directives européennes remplissent déjà en grande partie ce rôle de satisfaction de l'intérêt général. M. Galopin exprime avec bon sens que « *la méthode mise en avant par la Cour paraît assez rassurante pour la cohérence de la matière. Grâce à la méthode employée et à la marge d'appréciation laissée au législateur, les équilibres à la matière se trouvent confortés* »⁶²⁵. La Cour ne pourrait, semble-t-il, censurer les équilibres trouvés par le législateur en droit de la propriété intellectuelle que dans des cas exceptionnels et extrêmes⁶²⁶, ce qui conforte notre avis sur le

⁶²⁵ B. Galopin, *op. cit.*, spec. p. 203.

⁶²⁶ Faisant même dire à certains que le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme serait très marginal : A. Strowel, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 100, n° 2014/100, p. 889.

pouvoir de censure exceptionnel et circonstancié⁶²⁷ du contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle.

Le deuxième point est celui de savoir si un tel contrôle de proportionnalité global peut s'étendre au cas d'une mise en balance du droit de la propriété intellectuelle avec d'autres droits. En effet, pour l'instant, le droit de la propriété intellectuelle n'a été confronté dans le cadre du contrôle de proportionnalité global qu'à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Une telle méthode pourrait s'étendre à d'autres droits susceptibles d'entrer en conflit avec le droit de la propriété intellectuelle, notamment le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8). Pour autant, est-ce qu'une telle extension à ces droits fondamentaux entraînerait une modification significative des équilibres de la matière ? Rien n'est moins sûr, car comme le souligne à juste titre M. Afroukh, à propos de l'arrêt *Ashby Donald* « *l'important ne semble pas être tant la solution retenue que la démarche employée pour y parvenir* »⁶²⁸. Cette affirmation peut être transposée à d'autres décisions impliquant le contrôle de proportionnalité global du fait, notamment, de l'approche *in concreto* adoptée par la Cour en ce domaine. Si le droit de la propriété intellectuelle devait être concilié avec d'autres droits fondamentaux comportant une clause d'ordre public, la méthode serait sensiblement la même, avec une attention particulière portée au test de nécessité dans une société démocratique.

Le troisième point, comme l'ont souligné plusieurs auteurs, est le fait que la Cour ne dit pas explicitement, dans ces deux arrêts, que les juridictions nationales doivent procéder elles-mêmes à un contrôle de proportionnalité pour déterminer le juste équilibre entre les droits fondamentaux⁶²⁹. Cette tâche est supposée par la large marge d'appréciation qui leur est laissée. Néanmoins, comme vu précédemment, la protection effective des droits fondamentaux ne peut être pleinement assurée si l'on s'en remet exclusivement à la théorie des équilibres internes. En se fondant sur d'autres arrêts impliquant les droits fondamentaux et à la lecture de la Convention européenne des droits de l'homme, le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental est le seul outil permettant de garantir cette protection, et le juge national doit pleinement être impliqué dans sa motivation.

⁶²⁷ A. Palanco, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2019, p. 353.

⁶²⁸ M. Afroukh, « La Cour EDH aux prises avec un nouveau conflit de droits : liberté d'expression versus droit de propriété intellectuelle », *JCP G* 2013, n° 14, p. 397.

⁶²⁹ M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RLDF* 2019, chron. 4.

II - Conciliation du droit de la propriété intellectuelle avec l'intérêt général : contrôle de proportionnalité simplifié

130. — Contrôle de proportionnalité simplifié et droit des brevets : Décision *Smith Kline*.

Le contrôle de proportionnalité simplifié (pour les limitations aux droits non passibles de la clause d'ordre public) n'a trouvé lui aussi à s'appliquer qu'à très peu d'occasions en droit de la propriété intellectuelle. Il n'en demeure pas moins une illustration intéressante de la différence d'appréciation du contrôle de proportionnalité selon le droit fondamental en cause. La décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 octobre 1990, dite *Smith Kline*⁶³⁰, en est le tout premier exemple jurisprudentiel. En effet, elle est régulièrement citée dans la jurisprudence concernant le droit de la propriété intellectuelle comme la décision fondatrice reconnaissant le rattachement de la propriété intellectuelle à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention. Elle est également la première à comporter un contrôle de proportionnalité en ce domaine, ce qui est souvent oublié.

En l'espèce, une société britannique possédait un brevet néerlandais de médicament pour lequel une société néerlandaise souhaitait l'octroi d'une licence obligatoire afin de l'utiliser pour son propre brevet de médicament. La société britannique agit en retour en nullité du brevet de la société néerlandaise devant une juridiction néerlandaise. Celle-ci demande alors un avis technique au Bureau des brevets néerlandais (*Octrooiraad*), qui fait droit à la demande de licence de la société néerlandaise, avec la réserve qu'une annulation par la juridiction entraînerait caducité de la licence. La juridiction néerlandaise (*Arrondissementsrechtbank*) fit partiellement droit à la demande en nullité, mais confirme une partie du brevet, tandis que la division de recours du Bureau des brevets rejette le recours de la requérante britannique et confirma la décision de licence obligatoire. La société britannique décide donc de saisir la Commission européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 6, 13 mais surtout de l'article 1 du 1^{er} protocole de la Convention européenne des droits de l'homme, car la licence obligatoire la privait du droit exclusif d'utiliser l'invention brevetée alors qu'elle n'était pas d'utilité publique.

Pour apprécier la violation de cet article, la Commission procède classiquement et de manière didactique. Elle relève d'abord que « *les brevets sont réputés être des biens personnels cessibles et transférables* » et estime « *qu'un brevet relève effectivement du terme 'biens' figurant à l'article 1 du Protocole additionnel* ». Puis, elle vérifie s'il y a eu ingérence dans les droits de la requérante au regard de cet article. Elle confirme cette ingérence par le fait que les

⁶³⁰ Comm. EDH, 4 oct. 1990, *Smith Kline et French Laboratories Ltd. c/ Pays Bas*, n° 12633/87.

décisions du Bureau des brevets accordant une licence obligatoire sur le brevet de la société requérante constituaient « *une réglementation de l'usage du bien* ». Cette réglementation doit donc être examinée afin de vérifier sa conformité « *à la loi, à l'intérêt général et si elle poursuivait un but légitime de manière proportionnée* ». Si ceci rappelle dans les grandes lignes le triple test de légalité, légitimité et de proportionnalité, la Cour ne les annonce pas comme tels à la différence des arrêts *Ashby Donald* et *Pirate Bay* rendus postérieurement, car l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la Convention européenne ne comporte pas une clause d'ordre public, contrairement aux articles 8 à 11 de ladite Convention.

La Commission réunit ainsi les deux premières étapes du test en rappelant « *qu'il est courant de prévoir que d'autres personnes pourront utiliser un certain produit ou procédé breveté afin d'empêcher qu'à la longue ne soient entravés le progrès technologique et l'activité économique* », et souligne à juste titre dans son analyse *in concreto* que, sans la licence obligatoire, la société néerlandaise « *n'aurait pas pu travailler avec un autre brevet dont elle était titulaire* », lui faisant conclure qu'elle est « *convaincue que l'octroi de la licence obligatoire était conforme à la loi et poursuivait un but légitime, à savoir encourager les progrès technologique et économique* ».

La Commission se focalise enfin sur la proportionnalité *stricto sensu* en soulignant que « *la disposition n'entre en vigueur que lorsque la licence est nécessaire pour mettre en œuvre un brevet de la même date ou d'une date ultérieure et que la licence doit se limiter à ce qui est nécessaire à la mise en œuvre du brevet* », puis que « *le propriétaire du brevet dominant a droit à des redevances pour chacune des licences obligatoires accordées en vertu de la législation et bénéficie de droits réciproques vis-à-vis du brevet dépendant* ». La condition de « *nécessité dans une société démocratique* » n'apparaît ainsi pas dans la décision de la Commission. Celle-ci se concentre sur la notion de « *nécessité* » à la mise en œuvre du brevet. L'idée d'une large marge d'appréciation laissée aux États est pourtant présente, notamment quand la Commission estime que « *le cadre imposé par le législateur vise à empêcher les abus de situations de monopole et à encourager le progrès et que la méthode employée pour viser cet objectif relève de la marge d'appréciation laissée à l'État contractant* ». La Commission finit par conclure que : « *la réglementation de l'usage du bien ne manquait pas de ménager un juste équilibre entre les intérêts de la société requérante et l'intérêt général et qu'elle est conforme aux exigences de l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention* ».

131. — Contrôle de proportionnalité simplifié et droit des marques : arrêt *Kamoy Rayo Televizyon c/ Turquie*. Le contrôle de proportionnalité simplifié en droit de la propriété intellectuelle a été pleinement exercé par la Cour européenne des droits de l'homme en 2019,

dans une espèce impliquant le droit des marques⁶³¹. En l'espèce, le propriétaire d'un journal turc a déposé en 1998 le nom de celui-ci comme marque, qu'il n'a pas longtemps exploitée puisque la publication du journal a cessé dès 1999. En 2002, il intente une action en contrefaçon contre un éditeur de presse utilisant une partie du nom de sa marque pour un nouveau journal. Cependant, la juridiction turque saisie applique en sa défaveur une disposition votée en cours de procédure empêchant l'utilisation d'une marque pour entraver la publication d'un journal. Malgré l'annulation de la disposition en 2018 par la Cour constitutionnelle turque, la Cour européenne des droits de l'homme est saisie de la question de savoir si, en appliquant cette loi à une procédure en cours, la Turquie a ou non porté atteinte au bien immatériel qu'est une marque. Dans un premier temps, la Cour rappelle que l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme s'applique à la propriété intellectuelle⁶³². Elle constate ensuite que, contrairement à l'arrêt *Anheuser-Busch* (le premier à reconnaître une marque comme un bien pouvant être protégé au sens de la Convention), n'était pas contestée la possibilité d'arguer de la protection du droit de propriété intellectuelle puisque la marque avait été bien enregistrée selon les lois turques⁶³³. La Cour conclut que le demandeur avait une « propriété » au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme⁶³⁴. Dans un deuxième temps, la Cour vérifie succinctement l'existence d'une ingérence dans le droit de marque du demandeur par la loi turque utilisée en cours de procédure. Enfin, la Cour examine si cette ingérence était justifiée en déterminant si elle poursuivait un but légitime (s'il y avait un intérêt général) et si elle respectait le principe de proportionnalité. En l'espèce, la Cour se contente de reprendre dans sa motivation celle de la Cour constitutionnelle turque qui avait annulé la disposition critiquée au motif qu'elle portait atteinte au droit de propriété. Il est utile, et finalement assez logique, de constater que contrairement à l'arrêt *Ashby Donald*, la motivation de la Cour est ici bien plus sommaire, le

⁶³¹ CEDH, 2e sect., 16 avr. 2019, *Kamoy Radyo Televizyon Yayinlclik Ve Organizasyon A.S. c/ Turkey*, n° 19965/06 : *Comm. com. électr.* 2019, comm. 58, note. Ch. Caron.

⁶³² CEDH, Gr. ch., 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, n° 73049/01 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 67, obs. Ch. Caron ; *JCP E* 2007. 1409, note A. Zollinger.

⁶³³ La question se serait probablement posée s'il s'agissait d'une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur puisqu'à l'inverse de la marque, aucun titre n'est délivré, et il n'y aucune présomption d'originalité. V. CEDH, 29 janv. 2008, *Balan c/ Moldavie*, n° 19247/03 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 76, obs. Ch. Caron ; *Légipresse* 2008, n° 250, III, p. 61, note J. Lesueur ; *RTD com.* 2008, p. 732, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2008, n° 28, p. 338, obs. J.-M. Bruguière.

⁶³⁴ Nous attirons l'attention sur le fait que la langue de procédure de l'arrêt commenté était l'anglais (sans traduction française officielle disponible). Le mot anglais pour « propriété » dans la version anglaise de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme est « *possession* ». Il ne faut donc pas traduire directement ce mot dans son sens français, au risque d'interpréter, à tort, que la marque enregistrée n'accorderait à son titulaire qu'« *un pouvoir de fait* », comme certains commentateurs de l'arrêt l'ont suggéré.

test de proportionnalité étant réalisé *a minima* et se fondant essentiellement, d'une part, sur l'existence d'un juste équilibre entre l'intérêt général et la protection du droit au respect des biens et, d'autre part, sur l'absence de proportionnalité, sans mise en œuvre du traditionnel contrôle de la légalité, de la légitimité et de la nécessité dans une société démocratique. Ceci confirme qu'en invoquant l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme qui ne dispose pas d'une clause d'ordre public, contrairement aux articles 8 à 11 de la Convention, la Cour se contente de procéder à un contrôle de proportionnalité simplifié.

132.— Conclusion de la section : Différence d'appréciation entre contrôle de proportionnalité global et simplifié. Il est ainsi pertinent, à ce stade, d'affirmer que l'application qui est faite du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle par la Cour européenne des droits de l'homme dépend non seulement (et surtout) des faits en cause, mais également du droit qui lui est opposé. Si le droit de propriété intellectuelle est confronté aux articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est certain que le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour sera global et beaucoup plus poussé que s'il est simplement opposé à l'intérêt général ou à tout autre droit de la Convention, qui appelle un contrôle de proportionnalité simplifié. Il convient de constater que la Cour tient compte de la rédaction particulière attachée aux paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme incluant la fameuse clause d'ordre public, pour accorder à ces derniers droits une valeur particulière dans l'application du contrôle de proportionnalité. Cette valeur particulière pourrait être liée au caractère sensible de ces droits, ce qui contraint la Cour à développer bien plus sa motivation pour légitimer ses propres décisions. Tout ceci ne préjuge en aucun cas de la solution des décisions de la Cour ou d'une quelconque hiérarchie préétablie : preuve en est que toutes les décisions précédentes sont en faveur du droit de la propriété intellectuelle. Elle démontre néanmoins, quand le droit à la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée, la liberté de pensée, de conscience, de religion et la liberté de réunion et d'association sont mis en balance, qu'il est nécessaire pour la Cour de veiller à une application du contrôle de proportionnalité particulièrement rigoureuse. Mais qu'en est-il du contrôle de proportionnalité tel qu'effectué par les juges de l'Union européenne ?

Section 2 : Le contrôle de proportionnalité par la Cour de justice de l'Union européenne

133.— Compétence particulière de la Cour de justice de l'Union européenne. L'importance croissante des législations de l'Union européenne en droit de la propriété intellectuelle a conduit la Cour de Luxembourg à être interrogée à de nombreuses reprises sur celui-ci et parfois incidemment sur sa conciliation avec les autres droits fondamentaux de la Charte des droits fondamentaux. Il est à ce stade important de rappeler la compétence particulière de la Cour en matière de droits fondamentaux car cela éclaire son application du principe de proportionnalité. En effet, comme nous l'avons déjà précisé, l'article 51§1 de la Charte des droits fondamentaux limite le champ d'application de cette dernière : « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres **uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.** En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités* ». Il ne faut ainsi pas perdre de vue, notamment dans l'application de la Charte aux États membres, que cette dernière n'a de force contraignante que dans la mise en œuvre du droit de l'Union (dont les droits de propriété intellectuelle font partie de par l'existence de plusieurs directives et règlements)⁶³⁵. Quant à l'effet horizontal de cette Charte (son application entre particuliers), il n'a été reconnu par la jurisprudence qu'à certains droits fondamentaux précisés dans les arrêts de la Cour de justice sous réserve que la disposition concernée soit suffisante en elle-même et n'ait pas besoin d'être précisée par d'autres dispositions de l'Union européenne ou une législation nationale pour conférer aux particuliers un droit sur lequel se fonder⁶³⁶.

134.— Test en trois étapes du juge de l'Union européenne. Pour parvenir à la conciliation entre les droits fondamentaux⁶³⁷, la Cour use donc du principe de proportionnalité expressément

⁶³⁵ L. Pailler, « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux », in *Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, ss. la dir. de L. Clément-Witz, Bruylant, 2018, p. 121.

⁶³⁶ Note *supra*, n° 469.

⁶³⁷ La Charte des droits fondamentaux n'instaurant pas une hiérarchie explicite des droits fondamentaux, hors droits absolus reconnus comme telle par la Charte (V. à ce sujet : *supra*, n° 21 et suiv.) : O. De Schutter et F. Tulkens, « Rights in conflict: The European Court of Human Rights as a pragmatic institution », in *Conflicts between Fundamental Rights*, ss. la dir. de E. Brems, Intersentia, 2008. p. 169, spec. p. 179 et s.

reconnu par la Charte des droits fondamentaux à son article 52§1 disposant que : « (...) *Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* »⁶³⁸. Cette reconnaissance explicite de ce principe (ce qui n'est pas le cas dans la Convention européenne des droits de l'homme) permet à la Cour de développer sa propre méthode qui reste assez similaire à celle de la Cour de Strasbourg, notamment par la correspondance entre certains droits de la Charte et ceux de la Convention européenne des droits de l'homme⁶³⁹. Comme celui de la Cour de Strasbourg, le contrôle de proportionnalité de la Cour de justice de l'Union européenne se décompose en trois tests : un test « *d'adéquation* » (l'acte est-il approprié en regard de son objectif ?), un test « *nécessité* » (l'acte est-il nécessaire ?) et un test de « *proportionnalité stricto sensu* » (l'acte affecte-t-il le juste équilibre entre les droits en conflit ?)⁶⁴⁰. Elle ne développe pas systématiquement non plus chaque étape dans toutes ses décisions⁶⁴¹. En effet, dans son examen de la proportionnalité d'un acte adopté par une institution ou organe de l'Union⁶⁴², elle fait apparaître la conciliation des différents droits fondamentaux en cause, dans son contrôle de la validité dudit acte (I). Cependant, dans celui concernant l'analyse des actes nationaux et leurs potentielles atteintes aux droits que les ressortissants tirent du droit de l'Union, et notamment de la Charte, si la Cour invite de manière générale les juridictions nationales à procéder

⁶³⁸ Il faut préciser que le début de l'article 52§1 dispose que : « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés* », posant la question du lien entre le test du respect de l'essence des droits fondamentaux et l'évaluation de la proportionnalité. Dans l'arrêt *Schrems I*, une mesure qui compromet le contenu essentiel des droits fondamentaux est automatiquement disproportionnée (CJUE, 6 oct. 2015, *Schrems*, aff. C-362/14), alors qu'à l'inverse, le fait qu'une mesure respecte le contenu essentiel des droits fondamentaux ne veut pas dire qu'elle automatiquement respecte le principe de proportionnalité (cf. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights*, aff. jtes. C-293/12 et C-594/12 ; CJUE, 21 déc. 2016, *Tele2 Sverig*, aff. jtes. C-203/15 et C-698/15). Ceci fait ainsi dire que les deux questions sont différentes et doivent être abordées séparément.

⁶³⁹ Sur le principe de cohérence v. article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux : « *Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* » ; v. à ce sujet : note *infra*, n° 807.

⁶⁴⁰ T. Von Danwitz, « Thoughts on Proportionality and Coherence in the Jurisprudence of the Court of Justice », in *Constitutionalising the EU Judicial System : Essays in Honour of Pernilla Lindh*, ss. la dir de P. Cardonnel, A. Rosas, N. Wahl, Hart Publishing, 2012, p. 367 ; S. Van Drooghenbroeck, C. Rizcallah, « Article 52, paragraphe 1, de la Charte », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne : Commentaire article par article*, ss. la dir. de F. Picod, Bruylant, 2018, p. 1083, spéc. p. 1101.

⁶⁴¹ T. Von Danwitz, *op. cit.*, p. 372 ; S. Van Drooghenbroeck, C. Rizcallah, *op. cit.*, p. 1105.

⁶⁴² Depuis l'arrêt *Foto Frost* (CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85), si les juridictions nationales sont compétentes pour examiner la validité d'un acte communautaire, elles ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité d'un acte communautaire, dont la compétence revient exclusivement à la Cour de justice. Confirmé par : CJUE, 6 nov. 2012, *Otis*, aff. C-199/11, pt. 53.

elles-mêmes au contrôle de proportionnalité, elle donne en principe toutes les indications nécessaires pour qu'un tel contrôle puisse être effectué par lesdites juridictions. De telles indications ne portent pas nécessairement sur les trois tests, mais comportent néanmoins souvent des appréciations quant à la conciliation entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux (II). Comme nous l'avons vu, parmi les différents droits de propriété intellectuelle, le droit d'auteur et les droits voisins sont logiquement les plus susceptibles d'entrer en conflit avec les autres droits fondamentaux, ce qui explique la grande quantité de décisions de la Cour de justice les concernant, comparée à ceux concernant les droits de propriété industrielle. Néanmoins, la logique inhérente au contrôle de proportionnalité se fondant sur les mêmes articles de la Charte, peu importe le droit de propriété intellectuelle. Il semble donc possible, selon nous, de raisonner - jusqu'à un certain point - par analogie, en tenant compte des spécificités de chaque espèce et de chaque droit.

I - Contrôle de proportionnalité dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité : formation d'un conflit de droits fondamentaux

135. — Une analyse rare de la Cour. Les cas où la Cour de justice opère elle-même un plein contrôle de proportionnalité sont rares, et elle ne le fait réellement que lorsque la validité d'une législation de l'Union européenne est en cause⁶⁴³. Elle ne l'a d'ailleurs jamais effectué pour une législation impliquant directement le droit fondamental de propriété intellectuelle, mais seulement pour d'autres législations⁶⁴⁴ impliquant des droits fondamentaux suffisamment proches de la propriété intellectuelle, y compris dans les espèces de ses arrêts, pour que nous puissions les évoquer dans cette thèse et les mettre en relation. C'est le cas notamment du droit à la liberté d'entreprendre, de la liberté d'expression et d'information (A), de la protection de la santé (B), du droit au respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel (C). Ces droits sont alors directement confrontés au droit de propriété intellectuelle

⁶⁴³ Ceci s'explique par le fait, d'une part, que la Cour de justice a la compétence exclusive (qu'elle exerce dans le cadre d'un recours en annulation ou d'un renvoi préjudiciel) pour déclarer un acte de l'Union invalide ou illégal, les juridictions nationales n'ayant aucune compétence à cet égard, et, d'autre part, que dans le cadre de la procédure préjudicielle, la Cour de justice n'est pas compétente pour déclarer une législation nationale illégale. Dans cette dernière situation, elle se limite à donner une interprétation du droit de l'Union aux juridictions nationales pour que celles-ci puissent apprécier la légalité de la législation nationale en cause à l'aune du droit de l'Union tel qu'interprété dans l'arrêt préjudiciel. v. L. Azoulai, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁴⁴ Cf. K. Lenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant 2020, §170, qui précise que « l'intensité du contrôle du respect du principe de proportionnalité ne dépend pas de la question de savoir si le droit national ou le droit de l'Union est à l'origine de la limitation de l'exercice du droit fondamental en question ».

lors du contrôle de l'interprétation des législations de l'Union européenne. Puisque le contrôle de proportionnalité ne peut être correctement analysé qu'à la lumière des faits et des droits fondamentaux en cause, qui détermineront l'intensité du contrôle⁶⁴⁵, il conviendra de séparer l'analyse de ces différents arrêts pour appréhender leur logique propre et la méthode utilisée par la Cour de justice.

A) L'arrêt Sky Österreich : liberté de recevoir des informations et liberté d'entreprise.

136. — Les faits. L'arrêt *Sky Österreich* du 22 janvier 2013 est particulièrement pertinent, car ses faits impliquent une situation proche du droit de la propriété intellectuelle⁶⁴⁶. En l'espèce, une société titulaire des droits exclusifs de retransmission audiovisuelle en Autriche de plusieurs matchs de football de Ligue Europa a été contrainte, par l'Autorité autrichienne de régulation du secteur des communications, d'accorder à un organisme public le droit de réaliser de courts reportages d'actualité sur ces rencontres, en raison d'un droit de citation (proche de celui de la propriété intellectuelle). En application de l'article 15, paragraphe 6, de la directive « *Services de médias audiovisuels* »⁶⁴⁷, la société n'a pu exiger, en contrepartie, une rémunération supérieure aux frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès au signal satellitaire, ces frais étant nuls. Saisi en appel, le Conseil supérieur fédéral autrichien de la communication a décidé de surseoir à statuer pour poser, à la Cour de justice de l'Union européenne, la question préjudicielle suivante : « *l'article 15, paragraphe 6, de la directive est-il constitutif d'une violation des droits fondamentaux* [article 16 et 17 de la Charte⁶⁴⁸, et article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de

⁶⁴⁵ D. Szymczak, *op. cit.*, p. 445.

⁶⁴⁶ CJUE, GC, 22 janv. 2013, *Sky Österreich GmbH c/ Österreich Rundfund*, aff. C-283/11.

⁶⁴⁷ Article 15, paragraphe 6, de la Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels ») : « *Sans préjudice des paragraphes 1 à 5, les États membres veillent, conformément à leurs système et pratiques juridiques, à ce que les modalités et conditions relatives à la fourniture de ces brefs extraits soient définies, notamment en ce qui concerne les modalités de compensation financière, la longueur maximale des brefs extraits et les délais quant à leur diffusion. Lorsqu'une compensation financière est prévue, elle ne dépasse pas les frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès* ».

⁶⁴⁸ Article 16 de la Charte des droits fondamentaux : « *La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales* ». Article 17 de la Charte des droits fondamentaux : « *1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. 2. La propriété intellectuelle est protégée* ».

l'homme] du titulaire d'une exclusivité de diffusion télévisée d'une compétition sportive, en raison du fait que ce dernier est tenu de permettre la réalisation de brefs extraits à tout autre service de télévision, établi dans l'Union, sans pouvoir exiger une compensation financière dépassant les frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès au signal ? » interrogeant donc directement la validité de la directive en cause. Au vu de ces faits et de la question préjudicielle, la Cour aurait pu mettre en balance, lors de son contrôle de proportionnalité, le droit de propriété (reconnu à l'article 17 de la Charte) directement avec le droit du public à l'information.

137. — Contrôle de proportionnalité du droit de propriété intellectuelle ignoré. Pourtant, dans la première étape de son raisonnement sur le fond, elle refuse purement et simplement d'accorder la protection du droit fondamental de propriété aux droits exclusifs de retransmission audiovisuelle d'un événement sportif, excluant *de facto* tout contrôle de proportionnalité avec ce droit. À cette fin, la Cour retient que, pour bénéficier d'une telle protection, les droits audiovisuels doivent pouvoir être qualifiés de « *valeur patrimoniale* » (ce qui ne posait pas de problèmes du fait de l'existence d'un contrat autorisant la diffusion des matchs) mais également que l'acte d'acquisition des droits audiovisuels doit pouvoir conférer au cessionnaire une « *position juridique* », protégée par l'article 17§1, l'autorisant à exiger, en contrepartie de la diffusion de brefs extraits par un autre service de télévision, une somme dont il fixe librement le montant. C'est sur ce point que la Cour se révèle intransigente. En effet, elle retient qu'au moment où la société a acheté les droits, la directive 2007/65 prévoyait déjà le droit de réaliser de brefs extraits au profit des télévisions non-cessionnaires mais limitait sa compensation financière aux frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture du signal. Ainsi, à la date à laquelle la société est devenue cessionnaire exclusive des droits audiovisuels, elle savait pertinemment qu'elle ne pouvait bénéficier de la protection de l'article 17 de la Charte. Cette décision est conforme sur le fond. Néanmoins, comme le souligne M. Rizzo⁶⁴⁹, elle est critiquable sur sa motivation du fait de l'ignorance totale du contrôle de proportionnalité du droit de citation prévu par la directive. En ce sens, M. l'avocat général Bot avait souligné, dans ses conclusions, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme avait étendu le contrôle de proportionnalité, mis en œuvre à l'origine pour les dispositions emportant une privation de propriété, aux mesures simplement restrictives de

⁶⁴⁹ F. Rizzo, « La Cour de justice de l'Union européenne apporte une nouvelle pierre à l'édification d'un droit du public à l'information sportive », *Comm. com. électr.* 2013, étude 9.

propriété⁶⁵⁰. Ainsi, en « *obligeant les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui détiennent des droits exclusifs de transmission à autoriser certaines utilisations de ce qui fait l'objet de ces droits, en l'occurrence l'accès à de courts extraits en vue de la réalisation de brefs reportages d'actualité, l'article 15 de la directive procède, à notre avis, à une réglementation de l'usage des biens susceptible, en tant que telle, de porter atteinte au droit de propriété de ces organismes* »⁶⁵¹. Cette position, qu'il convient de partager, n'aurait pas empêché la Cour, comme le démontre l'avocat général d'arriver au même résultat (une validité de la directive et de son droit de citation), mais en vérifiant la conformité de celle-ci aux trois étapes du contrôle de proportionnalité. Est-ce le signe que la Cour est réticente à appliquer directement son plein contrôle de proportionnalité au droit de propriété (et donc par extension au droit de propriété intellectuelle) ? C'est une hypothèse à envisager d'autant qu'elle n'a pas hésité à l'utiliser, dans la suite de l'arrêt, pour concilier la liberté de recevoir des informations et la liberté d'entreprise.

138. — Ingérence dans un droit fondamental, et respect de l'article 52 de la Charte. En effet, dans la seconde partie de sa motivation, la Cour souligne (contrairement au droit fondamental de propriété) que l'article 15, paragraphe 6, est « *constitutif d'une ingérence dans la liberté d'entreprise des titulaires de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle* » (limitation du montant de la contrepartie financière aux courts extraits, non-fixation libre du prix des images cédées aux opérateurs avec qui ils sont contraints de contracter...). La liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue : des restrictions peuvent lui être apportées sous réserve, conformément aux prescriptions de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte qu'elles soient prévues par la loi, qu'elles préservent le contenu essentiel de cette liberté et que, dans le respect du principe de proportionnalité, elles répondent à des objectifs d'intérêt général sans excéder ce qui est nécessaire pour les atteindre. Déjà, il faut souligner la référence directe à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte qui, comme nous le verrons, n'est pas systématique quand la Cour utilise le principe de proportionnalité. Après avoir reconnu rapidement que l'article 15, paragraphe 6, n'affecte pas le contenu essentiel des droits, la Cour se concentre sur le principe de proportionnalité. Elle rappelle tout d'abord sa jurisprudence antérieure⁶⁵² et le fait que le principe de proportionnalité « *exige (...) que les actes des institutions de l'Union ne*

⁶⁵⁰ CEDH, GC, 29 avr. 1999, *Chassagnou et a. c/ France*, n° 25088/94, n° 28331/95 et n° 28443/95 : *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud.

⁶⁵¹ Concl. de l'av. gén. Bot du 12 juin 2012 dans l'aff. C-283/11, *Sky Österreich*, pt. 36.

⁶⁵² CJUE, 8 juill. 2010, *Afton Chemical*, aff. C-349/09, pt. 45 ; CJUE, 23 oct. 2012, *Nelson e.a.*, aff. jtes. C-581/10 et C-629/10, pt. 71.

dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ». La Cour va ainsi, dans les seize paragraphes suivants, tâcher de développer cette analyse à travers son test en trois étapes.

139.— Test d'adéquation. Elle démontre d'abord que la sauvegarde de la liberté fondamentale de recevoir des informations (prévue à l'article 11 de la Charte et objectifs de la disposition en cause) constitue « un objectif d'intérêt général dont il convient de souligner, en particulier, l'importance dans une société démocratique et pluraliste »⁶⁵³, avant de souligner que la disposition litigieuse est « apte » (donc adaptée) à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi en ce qu'elle « met tout organisme de radiodiffusion télévisuelle en état de réaliser effectivement de brefs reportages d'actualité et ainsi d'informer le public sur des événements d'un grand intérêt pour ce dernier [...] cet accès leur est garanti indépendamment, d'une part de leur pouvoir commercial et de leur capacité financière ainsi que, d'autre part, du prix payé pour l'acquisition des droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle, des négociations contractuelles avec les titulaires de tels droits de l'ampleur des événements en cause »⁶⁵⁴.

140. — Test de nécessité. Vient ensuite le test de nécessité afin de savoir si une mesure moins contraignante, c'est-à-dire en l'espèce « une compensation financière des titulaires de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle dépassant les frais directement occasionnés par la fourniture de l'accès au signal aux fins, notamment, de faire participer les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui réalisent de brefs reportages d'actualité aux coûts d'acquisition de ces droits exclusifs »⁶⁵⁵, pouvait assurer aussi efficacement, la réalisation de l'objectif poursuivi par la disposition (ce qui rendrait la réglementation non nécessaire). La Cour répond par la négative. Elle s'attarde sur les conséquences potentielles de sa décision, notamment sur le fait qu'une compensation financière plus importante découragerait voire empêcherait « certains organismes de radiodiffusion télévisuelle de demander l'accès aux fins de réalisation de brefs reportages d'actualité et ainsi de restreindre de manière considérable l'accès au

⁶⁵³ Une formulation qui n'est pas sans rappeler celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁶⁵⁴ CJUE, GC, 22 janv. 2013, *Sky Österreich GmbH c/ Österreich Rundfund*, aff. C-283/11, pt. 53.

⁶⁵⁵ *Ibid*, pt. 54.

public à l'information », lui faisant conclure « *qu'une réglementation telle que l'article 15, paragraphe 6, de la directive 2010/13, qui limite une compensation financière éventuelle au montant de ces frais [...] était nécessaire* »⁶⁵⁶.

141.— Test de proportionnalité *stricto sensu*. La Cour s'attarde enfin sur le test de proportionnalité *stricto sensu* et notamment sur le point de savoir, comme l'interroge la juridiction de renvoi, si en l'espèce « *l'obligation des États membres, prévue par cette disposition, de définir les modalités et conditions relatives au droit de réaliser de brefs reportages d'actualité met en balance de manière appropriée les exigences découlant de la liberté de recevoir des informations et celles de la liberté d'entreprise* »⁶⁵⁷. C'est véritablement ce test qui concentre le contrôle de proportionnalité. La Cour ne s'y trompe pas puisqu'elle y consacre neuf paragraphes sur les seize de l'ensemble du contrôle. Elle relève qu'en l'espèce « *en établissant des exigences quant à l'utilisation des extraits du signal, le législateur de l'Union a veillé à ce que l'ampleur de l'ingérence dans la liberté d'entreprise ainsi que le bénéfice économique éventuel que peuvent tirer les organismes de radiodiffusion télévisuelle et la réalisation d'un bref reportage d'actualité soient précisément encadré* »⁶⁵⁸. Pour étayer cette affirmation, la Cour, se fondant sur la directive en cause, relève que les extraits prélevés peuvent être utilisés exclusivement pour la réalisation de « *brefs reportages d'actualité* », « *pour des programmes généraux d'actualité* », que les délais de diffusion des extraits soient définis (ces derniers devant être brefs avec une longueur maximum de 90 secondes), et que les bénéficiaires doivent « *indiquer l'origine des brefs extraits utilisés dans leurs reportages, ce qui est susceptible d'avoir un effet publicitaire positif à l'égard du titulaire des droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle en cause* »⁶⁵⁹. Enfin, la Cour constate qu'un tel droit de citation n'exclut pas que les titulaires de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle puissent exploiter leurs droits à titre onéreux ; il pourrait même être pris en compte lors « *des négociations contractuelles relatives à l'acquisition des droits en cause et se refléter dans le prix payé pour cette acquisition* »⁶⁶⁰. Ceci fait donc dire aux juges de l'Union que « *le législateur de l'Union pouvait légitimement imposer les limitations de la liberté d'entreprise que comporte l'article 15, paragraphe 6, de la directive 2010/13 aux titulaires de droits exclusifs de radiodiffusion*

⁶⁵⁶ *Ibid*, pt. 57.

⁶⁵⁷ *Ibid*, pt. 58.

⁶⁵⁸ *Ibid*, pt. 61.

⁶⁵⁹ *Ibid*, pt. 63.

⁶⁶⁰ *Ibid*, pt. 64.

télévisuelle et considérer que les inconvénients découlant de cette disposition ne sont pas disproportionnés au regard des buts qu'elle poursuit et sont de nature à instaurer un juste équilibre entre les différents droits et libertés fondamentaux en cause en l'espèce »⁶⁶¹. Il est à nouveau pertinent, de constater l'approche concrète opérée par la Cour pour développer son plein contrôle de proportionnalité. Elle s'attache notamment aux conséquences que pourrait avoir sa décision sur les acteurs du milieu, tout en arrivant à une conciliation des droits fondamentaux dont elle endosse pleinement la mission de gardienne. Une mission qu'elle développe dans cet arrêt, indépendamment de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, dont elle ne cite aucune décision⁶⁶². Elle se démarque ainsi des conclusions de l'avocat général qui allaient dans le sens opposé (mais qui ne remettaient pas en cause le résultat). Cette démarche serait-elle comparable face à des droits fondamentaux autres que la liberté d'entreprise et la liberté de recevoir des informations ? Il convient de l'étudier grâce à un autre arrêt, cette fois-ci, plus tourné vers le droit des marques.

B) L'arrêt Philips Morris : protection de la santé et liberté d'expression.

142. — Les faits. L'arrêt *Philips Morris* du 4 mai 2016⁶⁶³ est, comme l'arrêt précédent, un exemple de décision opérant un plein contrôle de proportionnalité dans un cas d'espèce assez proche de la propriété intellectuelle. En l'espèce, une juridiction britannique saisit la Cour de justice de trois questions préjudicielles concernant l'interprétation et surtout la validité d'une partie de la directive 2014/40⁶⁶⁴ qui encadre de façon précise la forme et l'apparence des paquets de cigarettes dans les États membres⁶⁶⁵. Notre attention est particulièrement attirée par la deuxième question posée à la Cour dans laquelle la juridiction britannique demande, en substance, si « l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/40 doit être interprété en ce sens

⁶⁶¹ *Ibid*, pt. 67.

⁶⁶² F. Gazin, « Conciliation des droits et libertés », *Europe* 2013, n° 3, comm. 109.

⁶⁶³ CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris c/ Secretary of State for Health*, aff. C-547/14.

⁶⁶⁴ Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE (JO L 127 du 29.4.2014).

⁶⁶⁵ Cette directive n'instaure pas en tant que tel un « paquet neutre » mais une forme unique pour tous les paquets de cigarettes. La question de la légalité de ce « paquet neutre » par rapport aux droits fondamentaux est un débat dépassant le cadre européen, comme nous l'avons vu précédemment avec la décision du Conseil constitutionnel du 21 janvier 2016, concernant la « loi de modernisation de notre système de santé » (*Supra*, n° 96) V. également : N. Binctin, « Paquet neutre et propriété intellectuelle », *JCP G* 2016, n° 9-10, p. 250.

qu'il interdit l'apposition sur l'étiquetage des unités de conditionnement, sur l'emballage extérieur ainsi que sur les produits du tabac proprement dits, de certaines informations, pourtant matériellement exactes et, dans l'affirmative, si cette disposition est invalide au motif qu'elle méconnaît l'article 11 de la Charte⁶⁶⁶ et le principe de proportionnalité ». Cet article 13, paragraphe 1, énumère les éléments qui ne peuvent se retrouver sur l'emballage extérieur du paquet ainsi que sur le produit de tabac lui-même, à savoir : un message contribuant à la promotion du tabac ou incitant à sa consommation, suggérant qu'un produit de tabac donné est moins nocif que d'autres, évoquant un goût, une odeur, ressemblant à un produit alimentaire ou cosmétique, et enfin suggérant qu'il est moins nocif pour l'environnement. Il est pertinent de constater qu'au-delà de cette question, les fabricants de cigarettes n'avaient pas invoqué leur droit de propriété intellectuelle ni plus particulièrement leur droit de marque pour fonder l'illégalité de certaines dispositions de la directive et notamment de son article 13, paragraphe 3, qui dispose que : « *Les éléments et dispositifs qui sont interdits en vertu des paragraphes 1 et 2 peuvent comprendre notamment les messages, symboles, noms, marques commerciales, signes figuratifs ou autres* ». La Cour n'examine donc pas l'ingérence - qu'on pourrait qualifier d'évidente - dans le droit de marque protégé par l'article 17§2 de la Charte des droits fondamentaux. La conclusion selon laquelle le résultat de la conciliation entre droit de propriété intellectuelle et protection de la santé dans le cas du « paquet neutre » de cigarettes était d'avance évident en faveur de la protection de la santé doit être laissée à l'appréciation des juges nationaux⁶⁶⁷. Cette lecture est reportée à la suite de notre analyse. En l'espèce, les fabricants de cigarettes ont invoqué, au cours de la procédure préjudicielle, la violation par l'article 13, paragraphe 1, de la directive en cause, de la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur, reconnue à l'article 11 de la Charte. La Cour applique donc son contrôle de proportionnalité à cet article.

143. — Ingérence préalable dans les droits fondamentaux et respect de l'article 52 de la Charte. Après avoir rappelé que la liberté de l'article 11 de la Charte recouvre l'utilisation par « un entrepreneur sur les emballages et les étiquettes des produits du tabac, de mentions telles

⁶⁶⁶ Article 11 de la Charte des droits fondamentaux : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

⁶⁶⁷ À défaut d'avoir une réponse de la Cour de justice sur ce point précis, nous renvoyons à la décision du Conseil constitutionnel du 21 janvier 2016, concernant la « loi de modernisation de notre système de santé », qui a décidé dans le sens de la protection de la santé.

que celles faisant l'objet de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/40 »⁶⁶⁸, la Cour pose le préalable suivant : « l'interdiction de faire figurer sur l'étiquetage des unités de conditionnement, sur l'emballage ainsi que sur le produit du tabac lui-même des éléments et des dispositifs visés à l'article 13, paragraphe 1, de cette directive constitue [...] une ingérence dans la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur »⁶⁶⁹. Elle cite ensuite le fameux article 52, paragraphe 1, de la Charte qui nous le rappelons dispose que : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Contrairement à l'arrêt précédent, la Cour est beaucoup plus précise quant aux différentes obligations résultant de cet article, quitte à soulever l'évidence. Elle souligne ainsi, dans un premier temps, que l'ingérence relevée est prévue par la loi en ce qu'elle résulte d'une directive adoptée par le législateur de l'Union, puis que le contenu essentiel de la liberté d'expression n'est pas affecté par cet article, car il se borne à encadrer l'étiquetage des paquets en n'interdisant que l'apposition de certains éléments et dispositifs et, enfin, que l'ingérence relevée répond à un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union, à savoir la protection de la santé.

144.— Importance supérieure de la protection de la santé et contrôle de proportionnalité. Ce préalable posé, la Cour, à nouveau, s'attarde sur la partie la plus complexe de l'article 52§1, de la Charte : le respect du principe de proportionnalité. Avant de se lancer dans le développement de son contrôle, la Cour se prononce clairement sur « la protection de la santé », reconnue à l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux : « il importe de souligner que la protection de la santé humaine dans un domaine caractérisé par la grande nocivité avérée de la consommation de produits du tabac, par les effets de ces dernières en matière de dépendance et par la survenance de maladies graves provoquées par des composés pharmacologiquement actifs, toxiques, mutagènes et cancérigènes contenus dans ces produits, revêt une importance supérieure par rapport aux intérêts avancés par les requérantes au principal »⁶⁷⁰. Contrairement à l'arrêt précédent, le droit fondamental à « la protection de la santé » est ici reconnu explicitement en tant que droit supérieur, à la lumière

⁶⁶⁸ CJUE, 17 déc. 2015, *Neptune Distribution*, aff. C-157/14, pt. 64-65.

⁶⁶⁹ Arrêt *Philips Morris*, pt. 148.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, pt. 156.

du domaine caractérisé de l'espèce et avant même qu'une quelconque conciliation soit opérée. Cela laisse de nouveau entendre qu'une hiérarchie circonstancielle entre les droits fondamentaux se dégage de la jurisprudence de la Cour de justice, déterminante du pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union⁶⁷¹. En l'espèce, la protection de la santé, face au danger du tabac, est considérée comme supérieure à la liberté d'expression et d'information de l'entrepreneur. Il n'est donc pas surprenant qu'à la suite de cette affirmation, la Cour se contente de simplement répondre négativement aux arguments des demandeurs.

Elle aborde rapidement le fondement du test d'adéquation, en jugeant que « *l'interdiction prévue à l'article 13, paragraphe 1 de la directive 2014/40 est [...] de nature à protéger les consommateurs contre les risques liés au tabagisme* »⁶⁷².

S'agissant du test de nécessité, elle rejette l'argument des demandeurs selon lequel « *ladite interdiction ne serait pas nécessaire, dès lors que la protection des consommateurs serait déjà suffisamment assurée par les avertissements sanitaires obligatoires mentionnant les risques liés au tabagisme* ». La Cour explique à cet égard que « *la prise de conscience de ces risques peut, au contraire, être amoindrie par les mentions pouvant laisser penser que le produit concerné est moins nocif ou qu'il est bénéfique à certains égards* »⁶⁷³. Elle rejette également l'argument suivant : « *l'objectif pourrait être atteint par d'autres mesures moins contraignantes, telles que la réglementation de l'utilisation des éléments et des dispositifs visés à l'article 13 de la directive 2014/40, au lieu de l'interdiction de ceux-ci, ou l'ajout de certains avertissements sanitaires supplémentaires* »⁶⁷⁴. Selon la Cour, « *de telles mesures ne seraient pas aussi efficaces pour assurer la protection de la santé des consommateurs puisque les éléments et les dispositifs visés à cet article 13, sont par nature, susceptibles d'encourager le tabagisme* »⁶⁷⁵. Une fois encore, en réponse à cet argument, la Cour souligne les éventuels effets de sa décision si elle déclarait la directive invalide et autorisait l'apposition de certains éléments sur les paquets de cigarettes qui « *sont davantage destinés à exploiter la vulnérabilité des consommateurs de produits du tabac, qui, en raison de leur dépendance à la nicotine sont particulièrement réceptifs à tout élément suggérant un quelconque effet bénéfique lié au*

⁶⁷¹ *Ibid*, pt. 155 : « *Il convient de relever à cet égard que le pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur de l'Union, s'agissant de la question de déterminer où se trouve ce juste équilibre, est variable pour chacun des buts justifiant la limitation de ce droit et selon la nature des activités en jeu* ».

⁶⁷² *Ibid*, pt. 158.

⁶⁷³ *Ibid*, pt. 159.

⁶⁷⁴ *Ibid*, pt. 160.

⁶⁷⁵ *Ibid*.

tabagisme, pour justifier ou amoindrir les risques liés à leurs habitudes »⁶⁷⁶.

Après de telles constatations, le test de proportionnalité *stricto sensu* est mené en un court paragraphe par la Cour qui souligne « *qu'en interdisant l'apposition sur l'étiquetage des unités de conditionnement, sur l'emballage extérieur, ainsi que sur le produit du tabac proprement dit des éléments et des dispositifs visés [...] même lorsqu'ils comportent des informations matérielles exactes, le législateur de l'Union ne s'est pas départi d'un juste équilibre entre les exigences liées à la protection de la liberté d'expression et d'information et celles liées à la protection de la santé humaine* »⁶⁷⁷. Ainsi, la Cour conclut que « *l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/40 ne méconnaît ni l'article 11 de la Charte ni le principe de proportionnalité* »⁶⁷⁸. Cet arrêt demeure un rare exemple du plein contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice et montre l'attachement de celle-ci à la protection de la santé.

C) L'arrêt Digital Rights : droit à la vie privée et protection des données personnelles

145. — Les faits. L'arrêt *Digital Rights* du 8 avril 2014⁶⁷⁹ est le premier cas d'invalidation, par la Cour d'une directive dans son intégralité par l'intermédiaire de son contrôle de proportionnalité entre deux droits fondamentaux. En l'espèce, les deux renvois préjudiciels sont formulés par deux juridictions, une irlandaise, l'autre autrichienne, en appréciation de la validité de la directive 2006/24 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications. La question préjudicielle portait sur le respect, par ladite directive, des articles 7 (respect de la vie privée et familiale), 8 (protection des données à caractère personnel) et 11 (liberté d'expression et d'information) de la Charte des droits fondamentaux en ce qu'elle permettait le stockage d'une masse de types de données à l'égard d'un nombre illimité de personnes pour une longue durée.

146. — Recherche de l'ingérence dans un droit fondamental. Comme pour les arrêts précédents, avant tout contrôle de proportionnalité, la Cour estime nécessaire de déterminer si

⁶⁷⁶ *Ibid*, pt. 160.

⁶⁷⁷ *Ibid*, pt. 161.

⁶⁷⁸ *Ibid*, pt. 162.

⁶⁷⁹ CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights*, aff. jtes. C-293/12 et C-594/12.

les dispositions de la directive en cause constituent une ingérence dans un ou plusieurs droits fondamentaux. Suivant les conclusions de Monsieur l’avocat général Cruz Villalón, la Cour constate plusieurs ingérences dans le droit à la vie privée telles que « *l’obligation imposée [...] aux fournisseurs de services de communications électroniques [...] de conserver pendant une certaine durée des données relatives à la vie privée d’une personne* »⁶⁸⁰ et « *l’accès des autorités nationales compétentes aux données* »⁶⁸¹ peu importe que « *les informations relatives à la vie privée concernées présentent ou non un caractère sensible ou que les intéressés aient ou non subi d’éventuels inconvénients en raison de cette ingérence* »⁶⁸². Elle constate également une ingérence dans le droit fondamental à la protection des données, « *puisque’elle [la directive] prévoit un traitement des données à caractère personnel* »⁶⁸³. La Cour va jusqu’à ajouter, reprenant les mots de l’avocat général, que l’ingérence dans les droits fondamentaux est « *d’une vaste ampleur et qu’elle doit être considérée comme particulièrement grave* » en ce qu’elle est susceptible de générer dans l’esprit des personnes concernées « *le sentiment que leur vie privée fait l’objet d’une surveillance constante* »⁶⁸⁴.

147. — Préalables de l’article 52 de la Charte. Comme dans les deux arrêts précédents, et préalablement au contrôle de proportionnalité, l’article 52 de la Charte des droits fondamentaux est cité, ainsi que l’exigence selon laquelle toute limitation de l’exercice des droits fondamentaux doit être prévue par la loi, respecter leur contenu essentiel, et répondre à un objectif d’intérêt général. Cette fois-ci, la précision évidente que la limitation est prévue par la loi n’est pas faite : la Cour traite directement la question du respect du contenu essentiel. Elle opère alors une analyse distincte pour le droit à la vie privée et la protection des données à caractère personnel. Pour le premier, elle retient ce respect en ce que la directive « *ne permet pas de prendre connaissance du contenu des communications électroniques en tant que tel* »⁶⁸⁵. Pour le second, c’est également le cas : « *certains principes de protection et de sécurité des données doivent être respectés par les fournisseurs de services de communications*

⁶⁸⁰ *Ibid*, pt. 35.

⁶⁸¹ La Cour va jusqu’à se référer sur ce point à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relatif à l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme (concernant lui aussi le droit au respect de la vie privée) : CEDH, 26 mars 1987, *Leander c/ Suède*, n° 9248/81, § 48; CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, n° 28341/95, § 46 ; CEDH, 26 juin 2006, *Weber et Saravia c/ Allemagne*, n° 54934/00, § 79.

⁶⁸² Arrêt *Digital Rights*, pt. 33.

⁶⁸³ *Ibid*, pt. 36.

⁶⁸⁴ *Ibid*, pt. 37.

⁶⁸⁵ *Ibid*, pt. 39.

électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, principes selon lesquels les États membres veillent à l'adoption de mesures techniques et organisationnelles appropriées contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte ou l'altération accidentelle des données »⁶⁸⁶. Enfin, concernant le fait que l'ingérence répond à un objectif d'intérêt général, la Cour souligne que l'objectif matériel de la directive est « *de contribuer à la lutte contre la criminalité grave et ainsi [...] à la sécurité publique* »⁶⁸⁷ et rappelle que sa jurisprudence antérieure a reconnu comme objectif d'intérêt général « *la lutte contre le terrorisme international en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales* »⁶⁸⁸ ainsi que la « *lutte contre la criminalité grave afin de garantir la sécurité publique* »⁶⁸⁹, à laquelle l'article 6 de la Charte fait écho (droit de toute personne à la sûreté en plus de la liberté). Il n'est donc pas surprenant que la Cour ait considéré que cette directive répond effectivement à un objectif d'intérêt général.

148. — Contrôle de proportionnalité strict. La Cour peut désormais prendre le temps de procéder à la vérification de la proportionnalité de l'ingérence constatée. Elle rappelle d'abord les exigences de ce principe selon lesquelles les actes de l'Union doivent être « *apte[s] à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs* »⁶⁹⁰. Elle détermine ensuite le pouvoir d'appréciation du législateur en ce cas d'espèce qui, comme dans l'arrêt précédent⁶⁹¹, peut être limité en fonction d'un certain nombre d'éléments, parmi lesquels : « *le domaine concerné, la nature du droit en cause garanti par la Charte, la nature et la gravité de l'ingérence ainsi que la finalité de celle-ci* ». C'est à nouveau une démonstration explicite que le contrôle de proportionnalité dépend des faits de l'espèce et des droits fondamentaux en cause. La Cour constate donc « *le rôle important que joue la protection des données à caractère personnel au regard du droit fondamental au respect de la vie privée* » et « *l'ampleur et de la gravité de l'ingérence dans ce droit que comporte la directive 2006/24* ». Leur addition (sans uniquement prendre en compte la nature du droit fondamental) lui permet

⁶⁸⁶ *Ibid*, pt. 40.

⁶⁸⁷ *Ibid*, pt. 41.

⁶⁸⁸ CJCE, 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes. C-402/05 P & C-415/05 P, pt. 363 ; CJUE, 15 nov. 2012, *Al-Aqsa/Conseil*, aff. jtes. C-539/10 P et C-550/10 P, pt. 130.

⁶⁸⁹ CJUE, 23 nov. 2010, *Tsakouridis*, aff. C-145/09, pt. 46-47.

⁶⁹⁰ Arrêt *Digital Rights*, pt. 46.

⁶⁹¹ Arrêt *Philips Morris*, pt. 155.

de conclure que « *le pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union s'avère réduit* »⁶⁹². La Cour entend ainsi procéder à un contrôle de proportionnalité « *strict* ». L'arrêt de la Cour aboutissant à invalider la directive, le contrôle de proportionnalité est logiquement particulièrement développé pendant plus de 25 paragraphes. Mais, plutôt que de motiver distinctement les trois phases classiques de ce contrôle (adéquation, nécessité et proportionnalité *stricto sensu*), la Cour se concentre sur les tests d'adéquation et de nécessité, la directive ne satisfaisant pas à ce dernier. Ainsi, en ne développant pas le test de proportionnalité *stricto sensu*⁶⁹³, la Cour laisse à penser que ce dernier est effectué subsidiairement aux autres tests, c'est-à-dire uniquement dans l'éventualité où la mesure litigieuse parviendrait à satisfaire aux précédents⁶⁹⁴.

Le test d'adéquation est assez rapidement motivé (deux paragraphes), car il s'agissait de savoir « *si la conservation des données est apte à réaliser l'objectif poursuivi par la directive 2006/24* »⁶⁹⁵. La Cour constate que la conservation des données personnelles permet aux autorités nationales, en matière de poursuites pénales, « *de disposer de possibilités supplémentaires d'élucidation des infractions graves, et à cet égard, elles constituent donc un instrument utile pour les enquêtes pénales* », en dépit de l'existence de « *plusieurs modalités de communications électroniques qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive [...] ou qui permettent une communication anonyme* »⁶⁹⁶.

Le cœur du contrôle de proportionnalité, dans cet arrêt, réside dans le test de nécessité dont la Cour justifie préalablement l'importance, notamment en ce que « *la lutte contre la criminalité grave [...] ne saurait à lui seul justifier qu'une mesure de conservation telle que celle instaurée par la directive 2006/24 soit considérée comme nécessaire aux fins de ladite lutte* ». L'importance de la protection des droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données personnelles est également rappelée⁶⁹⁷. Elle développe ensuite ce test de nécessité en trois principaux axes centrés sur les conséquences des ingérences aux droits fondamentaux en question. Dans un premier temps, la Cour constate que la directive concerne « *toute personne*

⁶⁹² Arrêt *Digital Rights*, pt. 48.

⁶⁹³ Ce qui est confirmé par le fait que, contrairement aux deux arrêts précédents ayant reconnu l'adéquation et la nécessité de la législation en cause, la Cour ne fait aucunement référence ici à la recherche d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux, qui est l'un des buts principaux du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*.

⁶⁹⁴ E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, Les droits de l'Homme à la croisée des Droits*, Lexis Nexis, 2018, p. 183.

⁶⁹⁵ Arrêt *Digital Rights*, pt. 49.

⁶⁹⁶ *Ibid*, pt. 50.

⁶⁹⁷ *Ibid*, pt. 51.

et tous les moyens de communication électronique ainsi que l'ensemble des données relatives au trafic sans qu'aucune différenciation, limitation ni exception soient opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves »⁶⁹⁸. Puis, la Cour ajoute qu'« aucun critère objectif permettant de délimiter l'accès des autorités nationales compétentes aux données et leur utilisation ultérieure à des fins de prévention, de détection ou de poursuites pénales concernant des infractions pouvant, au regard de l'ampleur et de la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux [...] être considérées comme suffisamment graves pour justifier une telle ingérence »⁶⁹⁹. Enfin, elle souligne que « s'agissant de la durée de conservation des données, la directive [...] impose [...] la conservation de celles-ci pendant une période d'au moins six mois sans que soit opérée une quelconque distinction entre les catégories de données [...] en fonction de leur utilité éventuelle aux fins de l'objectif poursuivi ou selon les personnes concernées »⁷⁰⁰. Le développement de ces trois axes fondé sur les conséquences possibles de l'application de la directive, l'amène à établir que « cette directive comporte une ingérence dans ces droits fondamentaux [droit à la vie privée et protection des données personnelles] d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans l'ordre juridique de l'Union sans qu'une telle ingérence soit précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle est effectivement limitée au strict nécessaire »⁷⁰¹. Elle déclare donc la directive 2006/24 invalide dans son intégralité.

En plus de constituer l'exemple d'un contrôle de proportionnalité aboutissant à l'invalidation d'une directive, l'arrêt *Digital Rights* rappelle le caractère primordial de la protection des données personnelles et du droit à la vie privée. Ces deux droits fondamentaux seront souvent en opposition avec le droit de la propriété intellectuelle dans différents arrêts de la Cour, ainsi que nous allons le développer par la suite.

II - Contrôle de la proportionnalité dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation : Transfert aux États membres et à leurs juridictions de la charge d'arbitrer le conflit

149. — Spécificité du renvoi préjudiciel en interprétation. Les arrêts de la Cour de justice impliquant un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit d'un droit fondamental avec celui

⁶⁹⁸ *Ibid*, pt. 57.

⁶⁹⁹ *Ibid*, pt. 60.

⁷⁰⁰ *Ibid*, pt. 63.

⁷⁰¹ *Ibid*, pt. 65.

de la propriété intellectuelle se sont multipliés ces dernières années, notamment quant à l'interprétation des directives gravitant autour de cette matière. Comme nous l'avons déjà évoqué, les possibilités de collision avec les autres droits fondamentaux sont nombreuses, il convient dès lors être particulièrement prudent dans l'analyse des arrêts. Pourtant, la lecture de ces derniers prouvera que la méthodologie suivie par la Cour est significativement différente selon les modalités du renvoi (en interprétation ou en appréciation de validité d'un acte législatif). Elle se montre en général très prudente dans l'utilisation du principe de proportionnalité : elle ne cite pas systématiquement le fameux article 52§1 de la Charte à son sujet et n'utilise implicitement que certaines parties de son plein contrôle. Pour autant, il est essentiel de ne pas perdre de vue qu'en plus de l'espèce, la Cour prend en compte la nature des droits fondamentaux en présence, notamment dans le cas d'une interprétation. Ainsi, le contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle ne pourra être analysé qu'en corrélation avec chaque droit fondamental appliqué à un moment et à une espèce donnés, et non d'une manière globale et définitive pour tous les droits fondamentaux. À cet égard, la Cour de justice a reconnu, dans ses premiers arrêts d'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, une certaine marge d'appréciation aux États membres, notamment dans le cas de sa mise en balance avec le droit à la vie privée ou avec le droit à la liberté d'expression⁷⁰² (A). Ensuite, la Cour évoque régulièrement ce principe en matière de propriété intellectuelle, mais souvent sans procéder concrètement à la mise en balance des droits fondamentaux. Elle se contente alors d'énoncer le principe en début de raisonnement, comme une toile de fond, sans implications pratiques⁷⁰³. Cependant, au fil des années, les questions préjudicielles posées de plus en plus précises, ont conduit la Cour à se fonder sur un contrôle de proportionnalité plus étendu et à graduellement développer une jurisprudence audacieuse afin de veiller au respect harmonieux des droits fondamentaux dans l'Union. Elle est parfois allée jusqu'à préciser les conditions des injonctions prises à l'encontre des acteurs du droit de la propriété intellectuelle à l'aide d'un contrôle de proportionnalité plus étendu (B). Cette logique infuse les trois arrêts de la grande chambre, rendus en juillet 2019, qui tendent à clarifier les rôles du législateur et des juridictions dans la protection des droits fondamentaux et l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle (C).

⁷⁰² J-L. Piotraut, « Propriété intellectuelle, droits fondamentaux et valeurs européennes », in *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, ss. la dir de L. Potvin-Solis, Bruylant, p. 251, spéc. p. 259.

⁷⁰³ V. CJUE, 1er déc. 2011, *Painer*, aff. C-175/10, pt. 135 ; CJUE, 3 sept. 2014, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds*, aff. C-201/13, pt. 26 ; CJUE, 8 sept. 2016, *GS Media BV c/ Sanoma*, aff. C-160/15, pt. 31.

150.— Arrêt *Promusicae* : droit de propriété intellectuelle, droit à la vie privée et protection des données personnelles. Comme déjà évoqué précédemment, l'arrêt *Promusicae*⁷⁰⁴ est le premier arrêt à se fonder sur l'idée de la recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux reconnus par la Charte lors de l'élaboration des actes législatifs⁷⁰⁵. Les développements précédents comportent le détail des faits de l'espèce ; rappelons sommairement qu'il s'agissait de savoir si, aux termes de trois directives⁷⁰⁶ et de la Charte des droits fondamentaux, les intermédiaires techniques dans la communication en ligne pouvaient être tenus de divulguer les données personnelles de leurs abonnés assignés à la suite de leurs échanges illicites de fichiers protégés par le droit d'auteur. Se posait, entre les lignes, la question de savoir si le droit fondamental de propriété intellectuelle pouvait justifier une atteinte au droit à la vie privée (plus particulièrement à la protection des données personnelles) au sein d'une législation nationale. Il convient à nouveau d'évoquer cet arrêt afin de déterminer plus précisément la façon dont la Cour de justice applique le principe de proportionnalité à la conciliation de différents droits fondamentaux, ou plutôt le mécanisme par lequel elle transfère sa mise en œuvre aux États membres. En effet, après avoir rappelé la qualification de droit fondamental tant pour le droit de propriété intellectuelle que pour le droit au respect de la vie privée (sans user de qualificatif pouvant suggérer une supériorité de l'un par rapport à l'autre) et la nécessité de leur conciliation, assurance d'un juste équilibre lors de leur transposition par les États membres, la Cour affirme que : « *lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité* »⁷⁰⁷. La seule précision supplémentaire apportée, est que les directives litigieuses « *n'imposent pas aux États membres de prévoir, dans une situation*

⁷⁰⁴ CJCE, gr. ch., 29 janv. 2008, *Promusicae c/ Telefonica de Espana SAU*, aff. C-275/06 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 32, Ch. Caron.

⁷⁰⁵ *Supra*, n° 65.

⁷⁰⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») ; Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ; Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁷⁰⁷ Arrêt *Promusicae*, pt. 68.

telle que celle de l'affaire au principal, l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile ». C'est donc à eux de déterminer le juste équilibre entre les droits fondamentaux. Une telle affirmation implique que la résolution d'un conflit entre le droit de la propriété intellectuelle et un autre droit fondamental *in concreto* n'incombe pas au droit de l'Union mais au droit national. La Cour de justice s'efface ainsi au profit de la marge d'appréciation des juges nationaux ; elle impose seulement un cadre analytique du respect du principe de proportionnalité et laisse les juges nationaux le mettre en œuvre *in concreto*⁷⁰⁸. M. Lenaerts en déduit que : « *Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne se limite à la question de savoir si une mesure nationale visant à protéger le droit d'auteur respecte le droit dérivé de l'Union interprété à la lumière de cet équilibre* »⁷⁰⁹. Pour autant, si l'arrêt *Promusicae* semble laisser une certaine marge d'appréciation aux États membres, et s'il a été confirmé par l'ordonnance *LSG-Gesellschaft* rendue un an plus tard⁷¹⁰, il suscite, depuis lors, des interrogations doctrinales quant à l'étendue de ce contrôle de proportionnalité⁷¹¹. Les décisions postérieures vont préciser le contrôle voire imposer un cadre analytique de plus en plus contraignant aux États membres et aux intermédiaires techniques⁷¹².

⁷⁰⁸ CJCE, 8 sept. 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c/ Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, pt. 37 : « *il y a lieu de rappeler que le système de coopération établi par l'article 234 CE est fondé sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour. Dans le cadre d'une procédure introduite en vertu de cet article, l'interprétation des dispositions nationales appartient aux juridictions des États membres et non à la Cour, et il n'incombe pas à cette dernière de se prononcer sur la compatibilité de normes de droit interne avec les dispositions du droit communautaire. En revanche, la Cour est compétente pour fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui permettent à celle-ci d'apprécier la compatibilité de normes de droit interne avec la réglementation communautaire* ».

⁷⁰⁹ K. Lenaerts, *op. cit.*, p. 245.

⁷¹⁰ CJCE, 19 févr. 2009, *LSG-Gesellschaft c/ Tele2 Telecommunication*, aff. C-557/07, pt. 28-29 : qui reprend exactement le même apport que l'arrêt *Promusicae*, dans le cadre d'un conflit similaire entre le droit à la vie privée et le droit de propriété intellectuelle impliquant une collecte de données personnelles par un fournisseur d'accès internet.

⁷¹¹ C. J. Angelopoulos, « *Sketching the Outline of a Ghost: The Fair balance between Copyright and Fundamental Rights in Intermediary Third Party Liability* », *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications, Information and Media* 2015, n° 17(6), p. 72 ; Ch. Geiger, E. Izyumenko, « *Copyright on the Human Right's Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression* », *IIC* 2014, n° 45, p. 316 ; T. Mylly, « *The constitutionalization of the European legal order : Impact of human rights on intellectual property in the EU* », in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, ss. la dir. de Ch. Geiger, Edward Elgar, 2015, p. 103.

⁷¹² Même si la Cour pourra revenir à l'apport unique de ces deux décisions dans des cas où la protection des données personnelles ou du droit à la vie privée ne semble pas directement menacer par les mesures prises par les États membres en faveur du droit de propriété intellectuelle. V. par exemple CJUE, 19 avr. 2012, *Bonnier Audio AB*, aff. C-461/10 : *Europe* 2012, comm. 255, note L. Idot.

151. — Arrêts *Scarlet* et *Netlog* : droit de propriété intellectuelle et liberté d’entreprise, droit à l’information et protection des données personnelles. Dans un premier temps, une évolution s’opère dans le vocable utilisé vis-à-vis du droit fondamental de propriété intellectuelle. Si l’arrêt *Promusicae* n’usait pas de qualificatif pour préciser la nature des droits fondamentaux en cause, l’arrêt *Scarlet* s’y emploie⁷¹³. Il s’agissait, en l’espèce, d’un conflit entre une société de gestion belge de droit d’auteur et un fournisseur d’accès à internet. La première reprochait au second de laisser ses clients utiliser des services de « *Peer to peer* » afin de télécharger illégalement des œuvres protégées par le droit d’auteur. La société de gestion demande ainsi à la juridiction belge d’obliger le fournisseur d’accès internet à mettre en place, à titre préventif, un système de filtrage pour identifier les atteintes au droit de propriété intellectuelle et bloquer les échanges. La juridiction belge voulant lever les doutes sur la compatibilité d’un tel système avec l’ensemble des textes communautaires saisit la Cour de justice d’une question préjudicielle. Après avoir procédé à l’interprétation des dispositions des directives en question⁷¹⁴, la Cour rappelle qu’il « *convient en outre de tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables* »⁷¹⁵ et « *que l’injonction en cause au principal poursuit l’objectif visant à assurer la protection des droits d’auteur, qui font partie du droit de propriété intellectuelle* »⁷¹⁶. La Cour définit alors pour la première fois la nature de ce droit, en affirmant que si : « *La protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l’article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne [...], il ne ressort nullement de cette disposition ni de la jurisprudence de la Cour, qu’un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue* ». Cette qualification est loin d’être anodine car elle définit le droit fondamental de propriété intellectuelle comme un droit « *non absolu* »⁷¹⁷. Certes, comme la Cour le souligne juste après⁷¹⁸, son arrêt *Promusicae* établissait déjà que ce droit devait être mis en balance avec les autres droits fondamentaux et laissait supposer sa valeur non absolue,

⁷¹³ CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10 : D. 2011. 2925, obs. C. Manara ; *Comm. com. électr.* 2012, étude 3, A. Neri ; *Europe* 2012, comm. 44, note L. Idot.

⁷¹⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l’information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») ; Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information ; Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁷¹⁵ Arrêt *Scarlet*, pt. 42.

⁷¹⁶ Arrêt *Scarlet*, pt. 43.

⁷¹⁷ Même si nous l’avions déjà démontré dans nos développements précédents : *supra*, n° 42 et suiv.

⁷¹⁸ Arrêt *Scarlet*, pt. 44.

qui aurait rendu inutile cette même balance. Pour autant, elle n'avait pas donné d'indication concrète quant à la valeur du droit fondamental de propriété intellectuelle⁷¹⁹.

Ce n'est pas l'unique apport de l'arrêt *Scarlet* puisque la Cour, après avoir qualifié un premier conflit entre le droit de propriété et la liberté d'entreprise, opère ensuite une sorte de contrôle simplifié de proportionnalité avec la liberté d'entreprise. Elle constate qu'en l'espèce : « l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux implique de surveiller, dans l'intérêt de ces titulaires, l'intégralité des communications électroniques réalisées sur le réseau du [fournisseur d'accès à internet (FAI)] concerné, cette surveillance étant en outre illimitée dans le temps, visant toute atteinte future et supposant de devoir protéger non seulement des œuvres existantes, mais également celles futures qui n'ont pas encore été créées au moment de la mise en place dudit système »⁷²⁰ et en déduit qu'une : « telle injonction entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise du FAI concerné puisqu'elle l'obligerait à mettre en place un système informatique complexe, coûteux, permanent et à ses seuls frais, ce qui serait d'ailleurs contraire aux conditions prévues à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/48, qui exige que les mesures pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle ne soient pas inutilement complexes ou coûteuses »⁷²¹.

Deux autres atteintes aux droits fondamentaux sont également identifiées face au droit de propriété intellectuelle. D'abord, il s'agit de la protection des données personnelles : « l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux impliquerait une analyse systématique de tous les contenus ainsi que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau, ces adresses étant des données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs »⁷²² ; puis de la liberté d'information : « ce système risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite »⁷²³. La Cour en conclut qu'« en adoptant l'injonction obligeant le FAI à mettre en place le système de filtrage litigieux, la juridiction nationale concernée ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir

⁷¹⁹ Ce qui peut confirmer nos affirmations précédentes sur l'établissement d'une potentielle hiérarchie circonstanciée : *supra*, n° 45 et suiv.

⁷²⁰ Arrêt *Scarlet*, pt. 47.

⁷²¹ *Ibid*, pt. 48.

⁷²² *Ibid*, pt. 51.

⁷²³ *Ibid*, pt. 52.

ou de communiquer des informations, d'autre part»⁷²⁴. La méthodologie du contrôle de proportionnalité est beaucoup moins structurée que celle qui est utilisée dans les décisions d'appréciation de validité d'un acte du droit de l'Union. Dans l'arrêt *Scarlet*, la Cour n'applique que le dernier test de proportionnalité *stricto sensu* et envisage les conséquences directes du mécanisme de filtrage sur les droits fondamentaux dans la balance⁷²⁵. Elle constate ainsi le défaut de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les moyens utilisés⁷²⁶. En outre, cette réponse de la Cour ne laisse, contrairement à l'arrêt *Promusicae*, qu'une faible marge d'appréciation à la juridiction belge. La mise en place du système de filtrage est impossible du fait de la réponse de la Cour et de son caractère contraignant à l'encontre de la juridiction nationale⁷²⁷, qui doit trouver un autre procédé pour assurer le juste équilibre entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux. Il s'agit d'une décision somme toute logique eu égard au mécanisme de filtrage déraisonnable en cause⁷²⁸, mais qui montre la prise de pouvoir des juges de l'Union européenne en tant que gardiens de la protection des droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux. En effet, l'arrêt *Scarlet* est le premier à concerner le droit de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur en décembre 2009 du traité de Lisbonne, qui a conféré à la Charte la même force juridique que les traités. Ceci peut expliquer le rôle plus actif joué ici par la Cour par rapport à l'arrêt *Promusicae* et l'ordonnance *LSG Gesellschaft*, dans lequel une plus grande marge d'appréciation avait été laissée aux juridictions nationales.

Un an plus tard, la Cour de justice confirme l'apport de l'arrêt *Scarlet* par l'arrêt *Netlog*⁷²⁹. L'espèce opposait la même société belge de gestion de droits d'auteur et un prestataire de service d'hébergement. La première souhaitait imposer la mise en place d'un système de filtrage de la plus grande partie des informations stockées sur ses serveurs, pour toute la

⁷²⁴ *Ibid*, pt. 54.

⁷²⁵ S. Colella, *op. cit.*, spéc. p. 442.

⁷²⁶ En revanche, l'avocat général Pedro Cruz Villalón, dans ses conclusions sous l'arrêt, insistait sur l'insuffisance de base légale de la mesure, c'est-à-dire sur le fait que les textes encadrant les pouvoirs du juge n'étaient pas assez clairs et prévisibles. V. Concl. de l'av. gén. Cruz Villalon du 14 avr. 2011 ds l'aff. C-70/10, *Scarlet*, pt. 88 et s.

⁷²⁷ K. Blay-Grabarczyk, « Le droit de propriété, un droit fondamental comme les autres ? », *Europe* 2014, n° 6, étude 4.

⁷²⁸ Une évidence qui fait dire au Professeur Debet que l'arrêt est cependant loin de régler toutes les problématiques notamment s'agissant de la distinction entre l'injonction judiciaire trop générale et disproportionnée et celle qui ne le serait pas, car le point d'équilibre n'est pas toujours aussi facile à trouver que dans l'arrêt *Scarlet*. V. A. Debet, « Des limites strictes posées au filtrage des contenus sur Internet par la CJUE », *Comm. com. électr.* 2012, comm. 63.

⁷²⁹ CJUE, 16 fév. 2012, *Sabam c/ Netlog*, aff. C- 360/10 : D. 2012. 549, obs. C. Manara ; *Europe* 2012, comm. n° 159, note M. Meister.

clientèle du second, à titre préventif, à ses frais et sans limitation dans le temps. Le but est d'y repérer les fichiers électroniques qui contiendraient des œuvres musicales, cinématographiques ou audiovisuelles sur lesquelles la société belge prétendait détenir des droits et en bloquer ensuite l'échange. La Cour, qui s'est prononcée sans conclusions d'un avocat général, use du même raisonnement que dans l'arrêt *Scarlet*. Elle cite ce dernier presque systématiquement pour finalement retenir qu'« *en adoptant l'injonction obligeant le prestataire de services d'hébergement à mettre en place le système de filtrage litigieux, la juridiction nationale concernée ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part* ». La juridiction nationale se voit donc également enjoindre de trouver un autre moyen d'aboutir à ce juste équilibre.

B) Arrêts intermédiaires : pleine affirmation du rôle actif de la Cour de justice dans la méthode du contrôle de proportionnalité

1) Arrêt UPC Telekabel : droit d'auteur et obligations d'un FAI de bloquer un site internet

152. — Faits et enjeux. Il faut attendre deux ans pour que la Cour complète sa jurisprudence en matière de contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. L'arrêt *UPC Telekabel*⁷³⁰ concerne des faits d'espèce rappelant ceux de l'arrêt *Scarlet*. Deux producteurs audiovisuels ont obtenu, d'une juridiction autrichienne, qu'un fournisseur d'accès internet (FAI) bloque l'accès de ses clients à un site internet qui proposait de télécharger et de consulter les œuvres des producteurs sans leur autorisation. Le fournisseur restait cependant libre des modalités d'organisation de ce blocage : il pouvait consister en un blocage du nom de domaine du site illicite, ou en un blocage de l'adresse IP de ce site, ou de toute autre adresse IP que ce site pourrait emprunter à l'avenir et dont l'intermédiaire pourrait avoir connaissance (après notification par les ayants droit). Une des questions préjudicielles portait donc sur la conformité d'un tel blocage (dont la mise en œuvre était indéterminée) au droit de l'Union et aux droits fondamentaux. La Cour se fonde sur les arrêts *Promusicae* et *Scarlet* pour rechercher

⁷³⁰ CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12 : *Comm. com. électr.* 2014, comm. 43, note Ch. Caron ; *Europe* 2014, comm. 229, obs. L. Idot ; *Propri. intell.* 2014, n° 52, p. 288, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2014, p. 1246, note C. Castets-Renard ; *Légipresse* 2014, n° 317, p. 345, note L. Marino ; *RLDI* mai 2014, n° 3450, note E. Derieux et n° 3507, note O. Pignatari.

le juste équilibre entre les droits fondamentaux applicables, tout en rappelant qu'il reviendra ensuite aux juridictions nationales « *de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principaux généraux du droit de l'Union, tels que le principe de proportionnalité* »⁷³¹. Comme dans les arrêts précédents, la Cour relève que la mesure de blocage constitue une ingérence dans le droit de la propriété intellectuelle (reconnu à l'article 17§2 de la Charte), ainsi que dans la liberté d'information (reconnu à l'article 11 de la Charte) et dans la liberté d'entreprise (reconnu à l'article 16 de la Charte). À partir de ce constat, elle décompose les atteintes potentielles à ces droits, pour définir un juste équilibre entre eux.

153. — Droit de la propriété intellectuelle et liberté d'entreprise. La Cour commence par l'analyse de l'atteinte à la liberté d'entreprise en ce que le blocage en cause « *fait peser sur son destinataire une contrainte qui restreint la libre utilisation des ressources à sa disposition, puisqu'elle l'oblige à prendre des mesures qui sont susceptibles de représenter pour celui-ci un coût important, d'avoir un impact considérable sur l'organisation de ses activités ou de requérir des solutions techniques difficiles et complexes* »⁷³². Pour autant, la Cour n'y voit aucune atteinte portée par la mesure en cause à la substance même du droit à la liberté d'entreprise puisqu'elle « *laisse à son destinataire [le fournisseur d'accès internet] le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé de sorte que celui-ci peut choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité* »⁷³³ et qu' « *une telle injonction permet à son destinataire de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables* »⁷³⁴. Une telle appréciation se rapproche du test de nécessité propre au plein contrôle de proportionnalité et permet à l'intermédiaire de ne pas faire de sacrifices insurmontables. C'est plein de bon sens, car il n'est pas à l'origine de l'atteinte au droit de la propriété intellectuelle.

⁷³¹ *Ibid*, pt. 46.

⁷³² *Ibid*, pt. 50.

⁷³³ *Ibid*, pt. 52.

⁷³⁴ *Ibid*, pt. 53.

154. — Transfert de l'arbitrage du conflit de droits fondamentaux aux intermédiaires techniques. Néanmoins, une telle analyse appliquée au droit à la liberté d'entreprise ne saurait attribuer un blanc-seing à l'intermédiaire technique dans la détermination des mesures de blocage. En effet, poursuivant son raisonnement, la Cour annonce que « *Cela étant, lorsque le destinataire d'une injonction, telle que celle en cause au principal, choisit les mesures à adopter afin de s'y conformer, il doit veiller à respecter le droit fondamental des utilisateurs d'internet à la liberté d'information* »⁷³⁵. Il s'agit d'un paragraphe d'une importance inédite pour le droit de la propriété intellectuelle puisque la Cour attribue à l'intermédiaire technique la charge d'atteindre un juste équilibre entre les droits fondamentaux. Ceci est plutôt atypique dans le cadre de leur protection, traditionnellement à la charge des États⁷³⁶, mais tend à être expliquée, selon certains auteurs, par la particularité des faits et la singularité des mesures demandées aux intermédiaires⁷³⁷. Si de prime abord, une telle délégation peut inquiéter⁷³⁸, il semble que les critères précis posés ensuite par la Cour de justice et le fait que ces mesures puissent être vérifiées par les juges nationaux limitent le caractère arbitraire potentiel des mesures adoptées par les intermédiaires techniques⁷³⁹.

155. — Droit de la propriété intellectuelle et droit à la liberté d'information. En effet, la Cour se fonde sur le droit à la liberté d'information et se veut prescriptive vis-à-vis de ce transfert de la résolution du conflit. Elle entend imposer une grille d'analyse aux intermédiaires techniques en ce que « *les mesures qui sont adoptées par le fournisseur d'accès à internet doivent être strictement ciblées, en ce sens qu'elles doivent servir à mettre fin à l'atteinte portée par un tiers au droit d'auteur ou à un droit voisin, sans que les utilisateurs d'internet ayant recours aux services de ce fournisseur afin d'accéder de façon licite à des informations s'en trouvent affectés. À défaut, l'ingérence dudit fournisseur dans la liberté d'information desdits*

⁷³⁵ *Ibid*, pt. 55.

⁷³⁶ D.J. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014, p. 23.

⁷³⁷ C. Angelopoulos, S. Smet, « Notice-and-Fair-Balance: How to reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability », *Journal of Media Law* 2016, n° 8, p. 268, spec. p. 277 ; P. Savola, « Proportionality of Website Blocking : Internet Connectivity Providers as Copyright Enforcers », *JIPITEC* 2014, n° 5, p. 116.

⁷³⁸ C. Angelopoulos, « Are blocking injunctions against ISPs allowed in Europe? Copyright enforcement in the post-Telekabel EU legal landscape », *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2014, n° 9, p. 819.

⁷³⁹ P. Teunissen, « The Balance Puzzle: the ECJ's Method of Proportionality Review for Copyright Injunctions », *European intellectual property review* 2018, n° 40(9), p. 579.

utilisateurs s'avérerait injustifiée au regard de l'objectif poursuivi »⁷⁴⁰. Cette grille d'analyse n'exclut pas les juges nationaux puisque la Cour n'oublie pas de préciser qu'ils doivent vérifier que ces critères sont remplis, et qu'ainsi il est nécessaire « *que les règles nationales de procédure prévoient la possibilité pour les internautes de faire valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à internet* »⁷⁴¹. Cette mesure n'est pas prévue par les directives européennes et démontre l'audace de la Cour dans l'arbitrage du conflit de droits fondamentaux. En effet, en se fondant sur la liberté d'information, elle crée un impératif procédural dans le cas très particulier d'une mesure de blocage prévue par le juge qui n'aurait pas précisé les moyens d'action du fournisseur d'accès⁷⁴². Cependant, la Cour ne s'arrête pas là puisqu'elle confronte ensuite directement le droit de propriété intellectuelle à l'injonction en cause, susceptible d'attenter à la liberté d'information. En ce sens, elle vient implicitement reprendre plusieurs étapes de son plein contrôle de proportionnalité. Tout d'abord, la Cour se rapproche d'un test d'adéquation, car juge que les mesures prises par le fournisseur d'accès doivent être « *suffisamment efficaces pour assurer une protection effective* », c'est-à-dire qu'elles « *doivent avoir pour effet d'empêcher ou, du moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'internet ayant recours aux services* » du fournisseur d'accès de consulter ces objets⁷⁴³. La Cour semble ensuite effectuer conjointement un test de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu* en ce qu'elle conclut succinctement que si les mesures ne sont pas susceptibles d'aboutir « *à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle* », elles demeurent compatibles avec l'exigence de recherche d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux « *conformément à l'article 52, paragraphe 1 [...] de la Charte* ». La Cour pose néanmoins la condition que « *d'une part, elles ne privent pas inutilement les utilisateurs d'internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles et, d'autre part, qu'elles aient pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en*

⁷⁴⁰ CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12, pt. 56.

⁷⁴¹ *Ibid.*, pt. 57.

⁷⁴² A. Strowel, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, oct. 2014, Vol. 100, n° 2014/100, p. 889-911.

⁷⁴³ CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12, pt. 62.

violation du droit de propriété intellectuelle »⁷⁴⁴.

Ainsi, les juges de Luxembourg ne suivent pas les conclusions de l'avocat général Cruz Villalon, notamment le fait que l'injonction en cause menaçait l'équilibre entre les droits fondamentaux. Ces conclusions étaient pertinentes puisqu'elles insistaient particulièrement sur l'interdiction faite au fournisseur d'accès, dans des termes très généraux et sans prescriptions de mesures concrètes, d'accorder à ses clients l'accès à un site internet précis contrevenant à un droit d'auteur (ce qui rendrait le test d'adéquation de la mesure non concluant). Cette imprécision implique que si le fournisseur d'accès décide d'adopter une mesure de blocage moindre afin de respecter la liberté d'information de ses clients, il devra craindre une astreinte à la suite de la procédure d'exécution. *A contrario*, s'il décide de mettre en œuvre une mesure de blocage supérieure, il devra craindre une situation de conflit avec ses clients⁷⁴⁵. Si l'analyse semble légitime, la Cour, en l'écartant, entendait éviter de se substituer au juge national et de se transformer en technicien d'internet. Le fait qu'elle s'abstient de répondre à la dernière question du renvoi préjudiciel, qui portait justement sur la pertinence de mesures exigeant des fournisseurs d'accès des moyens non négligeables et nécessitait des connaissances techniques particulières, souligne également cette volonté.

L'arrêt *UPC Telekabel* marque donc un tournant mais s'inscrit dans le prolongement des arrêts précédents concernant le contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle par le juge de l'Union européenne. C'est un prolongement, car il impose un cadre analytique au respect du principe de proportionnalité tout en laissant aux juges nationaux le soin de réaliser *in concreto* ce contrôle de proportionnalité. C'est également un tournant, car ce cadre analytique devient, après cet arrêt, beaucoup plus précis et développé, et implique, en plus de juge, les intermédiaires techniques dans la recherche du juste équilibre entre les droits fondamentaux. Cette recherche n'est ainsi, pour la Cour, plus seulement l'affaire des États membres et de leurs juridictions nationales mais également celle des principaux protagonistes de ces problématiques⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ *Ibid*, pt. 63. Il est d'ailleurs intéressant de constater que l'arrêt *Telekabel* est le premier arrêt concernant l'interprétation du droit de l'Union à la lumière du principe de proportionnalité qui cite l'article 52§1 de la Charte concernant précisément ce principe.

⁷⁴⁵ Concl. de l'av. gén. Cruz Villalon du 26 nov. 2013 dans l'aff. C-314/12, *Telekabel*, pt. 89.

⁷⁴⁶ V. CJUE, 24 sept. 2019, *GC et a. c/ CNIL*, aff. C-136/17 : où il appartient à une autorité administrative d'opérer un contrôle de proportionnalité pour le déréférencement des données sensibles d'une personne.

2) Arrêt Coty Germany : droit des marques et secret bancaire du contrefacteur

156. — Faits et enjeux. Un an plus tard, l'arrêt *Coty Germany*⁷⁴⁷ soumet à la Cour des faits inédits en droit des marques et éclaire, un peu plus, les praticiens du contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. En l'espèce, un titulaire de droit sur une marque communautaire se heurtait au secret bancaire opposé par une banque qui refusait de lui communiquer les noms et adresses de contrefacteurs de parfums agissant sur une plateforme de ventes aux enchères sur internet. La Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*), saisie d'un recours en révision par le titulaire de la marque, pose une question préjudicielle à la Cour afin de savoir si en substance, « *il convient d'interpréter l'article 8, paragraphe 3, sous e), de la directive 2004/48*⁷⁴⁸ *en ce sens qu'il s'oppose à une disposition qui, dans une situation telle que celle en cause au principal, autorise un établissement bancaire à exciper du secret bancaire pour refuser de fournir, dans le cadre de l'article 8, paragraphe 1, sous c), de ladite directive*⁷⁴⁹, *des informations portant sur le nom et l'adresse du titulaire d'un compte* ». S'opposaient à cette occasion le droit à l'information créé par cette directive, en faveur du titulaire de droit sur une marque, et l'obligation de confidentialité à laquelle est soumis un établissement bancaire quant aux informations de ses clients, qui pourrait constituer une limite au droit d'information, au sens de l'article 8§3 de la directive.

157. — Qualification du conflit de droits fondamentaux. Dans un premier temps, la Cour qualifie ces deux situations de conflit de droits fondamentaux. En effet, elle reconnaît d'abord que la communication par une banque des coordonnées de l'un de ses clients constitue un traitement des données à caractère personnel au sens du droit de l'Union⁷⁵⁰ ; le secret bancaire devient alors un outil au droit à la protection des données personnelles, reconnu à l'article 8 de la Charte. La Cour affirme ensuite que le droit d'information du titulaire de la marque vise « *à rendre applicable et à concrétiser le droit fondamental à un recours effectif garanti à l'article*

⁷⁴⁷ CJUE, 16 juill. 2015, *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg*, aff. C-580/13.

⁷⁴⁸ « *Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent sans préjudice d'autres dispositions législatives et réglementaires qui : [...] e) régissent la protection de la confidentialité des sources d'information ou le traitement des données à caractère personnel* ».

⁷⁴⁹ « *Les États membres veillent à ce que, dans le cadre d'une action relative à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle et en réponse à une demande justifiée et proportionnée du requérant, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner que des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou des services qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle soient fournies par le contrevenant et/ou toute autre personne qui: [...] c) a été trouvée en train de fournir, à l'échelle commerciale, des services utilisés dans des activités contrefaisantes* ».

⁷⁵⁰ *Ibid*, pt. 26.

47 de la Charte et à assurer de la sorte l'exercice effectif du droit fondamental de propriété, dont fait partie le droit de propriété intellectuelle protégé à l'article 17, paragraphe 2, de celle-ci »⁷⁵¹. Ces deux constats conduisent ainsi la Cour à identifier, comme dans l'affaire *Promusicae*, « la question de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit à un recours effectif et le droit de propriété intellectuelle ainsi que, d'autre part, le droit à la protection des données personnelles ». Cependant, il est ici intéressant de constater que la Cour n'a pas accompagné le droit à la protection des données personnelles du droit au respect de la vie privée tel que reconnu à l'article 7 de la Charte⁷⁵². Ce fait pourrait influencer la résolution du conflit que la Cour opère encore une fois grâce à son contrôle de proportionnalité.

158. — Application au droit des marques des apports des jurisprudences précédentes en droit d'auteur. En effet, la Cour rappelle d'abord l'apport de l'arrêt *Promusicae* : les États membres, lors de la transposition des directives, doivent s'assurer d'un « juste équilibre entre les différents droits fondamentaux », et, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition desdites directives, il incombe aux juridictions nationales « de ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux »⁷⁵³. La Cour cite ensuite partiellement l'article 52§1 de la Charte et précise que « toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus doit respecter le contenu essentiel de ces droits et libertés ». En reprenant l'apport des jurisprudences *Scarlet* et *Netlog* (qui concernaient une injonction au droit d'auteur), elle rappelle aussi « qu'une mesure qui entraîne une atteinte caractérisée à un droit protégé par la Charte doit être considérée comme ne respectant pas l'exigence que soit assuré un tel juste équilibre entre les droits fondamentaux qui doivent être conciliés »⁷⁵⁴. Un tel rappel est particulièrement intéressant. Si les jurisprudences *Scarlet* et *Netlog* concernaient des problématiques impliquant le droit d'auteur, leurs apports sont repris dans l'arrêt *Coty Germany*. Cela corrobore, selon nous, d'une part, l'idée que le contrôle de proportionnalité s'effectue de manière similaire indépendamment du droit de la propriété

⁷⁵¹ Arrêt *Coty Germany*, pt. 29.

⁷⁵² On pourrait sûrement l'expliquer par le fait, comme le souligne Mme Kleiner que la directive concernée vise directement la protection des données personnelles mais la Cour aurait très bien pu la soulever par un *obiter dictum*. Par ailleurs la directive en cause dans *Promusicae* se réfère tant à la vie privée qu'à la protection des données à caractère personnel. Cf. C. Kleiner, « La CJUE limite le secret bancaire en faveur des droits de propriété intellectuelle et d'accès à la justice : un message pour les juridictions françaises ? », *D.* 2015, p. 2168.

⁷⁵³ Arrêt *Coty Germany*, pt. 34.

⁷⁵⁴ *Ibid*, pt. 35.

intellectuelle en cause et, d'autre part, l'idée que la méthode et la logique du contrôle de proportionnalité en droit d'autre peuvent être utilisées pour les droits de propriété industrielle⁷⁵⁵.

159. — Contrôle de proportionnalité simple. Ces préalables établis, la Cour peut procéder au contrôle de proportionnalité *in abstracto* simplifié aux fins de constater une potentielle « atteinte caractérisée ». Elle analyse d'abord la directive litigieuse en ce qu'elle reconnaît un droit à l'information, mais qui n'est pas un droit que « les particuliers pourraient directement exercer auprès du contrevenant ou des personnes visées à l'article 8, § 1, sous a) à d) ». Il impose néanmoins aux États membres « l'obligation de garantir que cette information puisse être obtenue par la voie d'une instruction judiciaire »⁷⁵⁶. Or, poursuivant son analyse, la Cour constate que la disposition allemande de transposition de la directive permet un « refus de manière illimitée » de la levée du secret bancaire, « dès lors que son libellé ne contient ni condition ni précision »⁷⁵⁷. De ce fait, cette autorisation « illimitée et inconditionnelle d'exciper du secret bancaire » est de nature à « entraîner une atteinte caractérisée au droit fondamental à un recours effectif et, en définitive, au droit fondamental de propriété intellectuelle, dont bénéficient les titulaires de ces droits, et qu'elle ne respecte pas, dès lors, l'exigence consistant à assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux mis en balance à l'article 8 de la directive 2004/48 »⁷⁵⁸. Même si la Cour caractérise l'atteinte faite aux droits fondamentaux par la mesure nationale en cause, et plus particulièrement l'atteinte au droit de propriété intellectuelle ; elle laisse « toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier l'existence, le cas échéant, dans le droit interne concerné, d'autres moyens ou d'autres voies de recours qui permettraient aux autorités judiciaires compétentes d'ordonner que les informations nécessaires portant sur l'identité de personnes qui relèvent de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2004/48 soient fournies, en fonction des caractéristiques spécifiques de chaque cas,

⁷⁵⁵ En ce sens, dans ses Orientations sur certains aspects de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, la Commission européenne estime que « l'exigence de juste équilibre entre ces droits, à la lumière du principe général de proportionnalité, ne s'applique pas seulement aux affaires d'atteinte au droit d'auteur, mais aussi aux affaires concernant l'ensemble des droits de propriété intellectuelle ». V. Comm. UE, communication, 29 nov. 2017, Orientations sur certains aspects de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle : COM (2017) 708 final, p. 9.

⁷⁵⁶ Arrêt *Coty Germany*, pt. 36.

⁷⁵⁷ *Ibid*, pt. 37.

⁷⁵⁸ *Ibid*, pt. 41.

conformément au considérant 17 de cette dernière »⁷⁵⁹. Tout comme dans les arrêts précédents, mais de manière moins contraignante que dans l'arrêt *Telekabel*, la Cour impose un cadre analytique aux juridictions nationales. Elle leur laisse, toutefois, une certaine marge pour l'analyse *in concreto* dont elles ont la charge, en les invitant à rechercher d'autres moyens au sein leurs législations leur permettant d'aboutir à un juste équilibre entre les droits fondamentaux. En ce sens, la solution et la technique du contrôle de proportionnalité de l'arrêt *Coty Germany* se rapprochent beaucoup de celles des arrêts *Scarlet* et *Netlog*. Selon nous, cela peut être expliqué par la spécificité de l'espèce mais également par le fait que le droit de propriété intellectuelle était en conflit uniquement avec le droit à la protection des données personnelles.

160. — Conclusions de l'avocat général : demande d'application du plein contrôle de proportionnalité. Cette volonté pédagogique est au centre des conclusions de l'avocat général Cruz Villalon, qui se démarque des précédentes, puisqu'il y propose d'appliquer un plein contrôle de proportionnalité *in concreto* à l'espèce, à l'instar des décisions rendues par la Cour en matière de validité. La Cour ne suit logiquement pas cette méthode. En effet, l'affaire ne concerne que l'interprétation d'une directive⁷⁶⁰. L'intérêt est donc ailleurs, notamment pour le juge national. Avant de développer son raisonnement sur les traditionnels axes « *légalité et contenu essentiel* » et « *proportionnalité dans le sens large* » (adéquation, nécessité, et proportionnalité au sens stricte), l'avocat général annonce qu'il entend exposer « *les indications nécessaires pour que le juge national puisse apprécier, en appliquant l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, dans quelle mesure l'intérêt légitime de la banque à préserver le secret bancaire peut valablement limiter le droit à la protection juridictionnelle effective de la personne qui, à l'instar de ce qui s'est produit en l'espèce, entend faire valoir le droit d'information que lui reconnaît l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2004/48 pour défendre devant les juridictions les droits dérivés d'une marque communautaire, et dans quelle mesure le secret bancaire peut également limiter, en conséquence éventuelle ultime, son droit fondamental à la propriété intellectuelle* »⁷⁶¹. Selon nous, l'avocat général, plus que de vouloir convaincre la Cour d'adopter le plein contrôle de proportionnalité pour les questions

⁷⁵⁹ *Ibid*, pt. 42.

⁷⁶⁰ Ce qui n'empêche pas les conclusions d'aboutir à la même solution que l'arrêt de la Cour.

⁷⁶¹ Concl. de l'av. gén. Cruz Villalon du 16 avr. 2015 ds l'aff C-580/13, *Coty Germany*, pt. 35.

préjudicielles d'interprétation des législations de l'Union⁷⁶², ambitionne de fournir aux juges nationaux des éléments concrets supplémentaires à la réalisation de leur contrôle de proportionnalité *in concreto*.

3) Arrêt Mc Fadden : propriété intellectuelle, liberté d'entreprise, liberté d'information et sécurisation de l'accès wifi gratuit

161. — Faits et enjeux. Un an plus tard, un nouvel arrêt vient faire écho à l'arrêt *UPC Telekabel*, en ce qu'il s'intéresse à la position d'un intermédiaire dans la lutte contre la contrefaçon et sur son potentiel rôle dans la recherche du juste équilibre entre les droits fondamentaux⁷⁶³. En l'espèce, un gérant de magasin proposait gratuitement à ses clients un réseau Wi-Fi. À la suite du téléchargement illégal d'une œuvre protégée par le droit d'auteur sur son réseau, il est mis en cause par le titulaire de ces droits. Le tribunal allemand, saisi du litige, juge que le gérant du magasin n'a pas violé lui-même les droits d'auteur en question, mais envisage toutefois la possibilité de tenir le gérant pour indirectement responsable de cette violation, en raison de l'absence de sécurisation de son réseau Wi-Fi. Ce tribunal pose donc dix questions préjudicielles à la Cour de justice quant à l'interprétation de la directive 2000/31⁷⁶⁴. Celles pour lesquelles le contrôle de proportionnalité a été appliqué par la Cour de justice sont examinées conjointement, afin de savoir si l'article 12.3 de ladite directive⁷⁶⁵ s'oppose à l'adoption d'une injonction qui exige d'un fournisseur d'accès à un réseau de communication, qu'il empêche des tiers de mettre à la disposition du public, au moyen de cette connexion à internet, une œuvre déterminée, ou des parties de celle-ci, protégées par le droit d'auteur. Après avoir caractérisé le conflit de droits fondamentaux entre le droit de la propriété intellectuelle (reconnu à l'article 17§2 de la Charte), le droit à la liberté d'entreprise (reconnu à l'article 16 de la Charte) et la liberté d'information (reconnu à l'article 11 de la Charte), puis rappelé sa jurisprudence selon laquelle l'injonction prononcée doit résulter d'un juste équilibre entre les

⁷⁶² Ce qui n'est pas souhaitable puisqu'elle réduirait un peu plus la marge d'appréciation des États lors de la transposition et l'application des législations européennes.

⁷⁶³ CJUE, 15 sept. 2016, *Mc Fadden*, aff. C-484/14 : *RTD com.* 751, note F. Pollaud-Dulian ; *Europe* 2016, comm. 428, obs. V. Michel ; *Comm. com. électr.* 2016, comm. 88, obs. Ch. Caron.

⁷⁶⁴ Directive 2000/31/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

⁷⁶⁵ « *Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation* ».

droits et libertés fondamentaux concernés⁷⁶⁶, la Cour s'intéresse à trois mesures adoptables, en pratique, par le destinataire d'une telle injonction : examiner toutes les informations transmises au moyen d'une connexion à internet, arrêter cette connexion, ou sécuriser celle-ci au moyen d'un mot de passe.

162. — Contrôle de l'examen de toutes les informations transmises au moyen d'une connexion internet. L'examen de toutes les informations transmises est rapidement écarté par la Cour du fait de son incompatibilité avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive sur le commerce électronique, en ce qu'il prohibe toute obligation générale de surveillance, à la charge des fournisseurs d'accès à l'internet, des informations que ceux-ci transmettent, et se place ainsi dans la continuité de l'arrêt *Scarlet*⁷⁶⁷.

163. — Contrôle de l'arrêt de la connexion internet. Quant à l'arrêt de cette connexion, la Cour se montre également très catégorique en ce que « *sa mise en œuvre entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise de la personne qui, ne serait-ce qu'à titre accessoire, poursuit une activité économique consistant à fournir un accès à internet, en lui interdisant totalement, de fait, de poursuivre cette activité afin de remédier à une violation limitée du droit d'auteur sans envisager l'adoption de mesures moins attentatoires à cette liberté* »⁷⁶⁸. Il s'agit d'une solution sensée puisqu'elle reprend implicitement le test de nécessité du contrôle de proportionnalité en ce qu'il s'agit d'établir l'existence potentielle de mesures moins restrictives des droits fondamentaux. Ce n'est pas le cas en l'espèce eu égard au caractère général de la mesure.

164. — Contrôle de la sécurisation de la connexion au moyen d'un mot de passe : un contrôle de proportionnalité étendu. La question de la sécurisation de la connexion au moyen d'un mot de passe entraîne un raisonnement plus long de la Cour, car cette mesure est susceptible de restreindre tant le droit à la liberté d'entreprise du prestataire fournissant un service d'accès à un réseau de communication que le droit à la liberté d'information des destinataires dudit service. Si le droit à la liberté d'entreprise du prestataire ne pose aucun

⁷⁶⁶ CJCE, gr. ch., 29 janv. 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, pt. 68 et 70 ; CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, pt. 49 ; CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel* aff. C-314/12, pt. 62-63.

⁷⁶⁷ CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10.

⁷⁶⁸ CJUE, 15 sept. 2016, *Mc Fadden*, aff. C-484/14, pt. 88.

problème spécifique à la Cour, en ce qu'elle se limite à statuer que la sécurisation de la connexion ne porte pas atteinte au contenu essentiel du droit à la liberté d'entreprise du fournisseur d'accès à un réseau de communication « *dès lors qu'elle se contente d'aménager, de façon marginale, l'une des modalités techniques d'exercice de l'activité de ce fournisseur* »⁷⁶⁹, il en est autrement quant à la liberté d'information des destinataires d'un service d'accès à un réseau d'internet. Ce conflit particulier, permettant de prouver l'importance particulière de ce droit fondamental pour la Cour, la conduit à procéder à un contrôle de proportionnalité plus poussé que pour les arrêts précédents. Elle reprend donc implicitement plusieurs étapes de son plein contrôle, sans toutefois l'annoncer explicitement par la référence à l'article 52§1 de la Charte.

Préalablement, elle reconnaît, comme pour la liberté d'entreprise, que la sécurisation de la connexion ne porte pas atteinte au contenu essentiel du droit à la liberté d'information des destinataires d'un service d'accès à un réseau internet « *dans la mesure où elle se limite à exiger de ces derniers qu'ils demandent à obtenir un mot de passe, étant entendu, en outre, que cette connexion ne constitue qu'un moyen parmi d'autres pour accéder à internet* »⁷⁷⁰. Elle reprend également l'apport principal de l'arrêt *Telekabel* en ce que la mesure « *doit être strictement ciblée* », au sens où elle doit tendre à faire cesser l'atteinte portée par un tiers au droit d'auteur ou à un droit voisin sans que la possibilité offerte aux utilisateurs du service de ce fournisseur d'accéder de façon licite à des informations s'en trouve affectée. À défaut, l'ingérence dudit fournisseur dans la liberté d'information des utilisateurs s'avèrerait injustifiée au regard de l'objectif poursuivi. Ce n'est, pour la Cour, pas le cas concernant la sécurisation d'une connexion par un mot de passe, dès lors qu'elle n'opère pas un blocage de site internet⁷⁷¹.

Puis, la Cour opère un test d'adéquation, rappelant que les mesures « *doivent avoir pour effet d'empêcher ou, à tout le moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental* »⁷⁷². Elle énonce ensuite que la sécurisation de la connexion par un mot de passe peut dissuader les utilisateurs de celle-ci de violer un droit d'auteur ou des droits voisins « *pour autant que ces utilisateurs soient obligés de révéler leur identité afin d'obtenir le mot de passe requis et ne puissent donc pas agir anonymement, ce*

⁷⁶⁹ *Ibid*, pt. 91.

⁷⁷⁰ *Ibid*, pt. 92.

⁷⁷¹ *Ibid*, pt. 93-94.

⁷⁷² CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12, pt. 62.

qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ». Cette affirmation est assez surprenante puisqu'il n'était pas question, dans la mesure litigieuse, d'une quelconque identification des utilisateurs de la connexion, et qu'en pratique ce type de connexion gratuite ne demande généralement ni preuves d'identité, ni identification.

Vient ensuite le test de nécessité qui apparaît d'abord implicitement dans le fait que la Cour rappelle que la juridiction de renvoi a souligné qu'« *en dehors des trois mesures évoquées par elle, il n'existe aucune autre mesure qu'un fournisseur d'accès à un réseau de communication, tel que celui en cause au principal, pourrait en pratique mettre en œuvre pour se conformer à une injonction telle que celle en cause au principal* »⁷⁷³. Par analogie avec son arrêt *Coty Germany*⁷⁷⁴, et de façon très pragmatique, la Cour, ayant déjà écarté les deux précédentes mesures, en conclut que « *considérer qu'un fournisseur d'accès à un réseau de communication ne doit pas sécuriser sa connexion à internet aboutirait ainsi à priver le droit fondamental à la propriété intellectuelle de toute protection, ce qui serait contraire à l'idée de juste équilibre* »⁷⁷⁵, rendant la sécurisation d'une connexion internet par un mot de passe d'autant plus « *nécessaire pour assurer une protection effective du droit fondamental à la protection de la propriété intellectuelle* »⁷⁷⁶.

Enfin, et comme souvent, le test de proportionnalité *stricto sensu* n'apparaît pas de façon évidente, mais uniquement de manière implicite dans le raisonnement des juges de Luxembourg. Il est simplement supposé réussi à la lecture du point suivant puisque la Cour conclut que « *la mesure consistant à sécuriser la connexion doit être considérée comme étant susceptible de réaliser un juste équilibre entre, d'une part, le droit fondamental à la protection de la propriété intellectuelle et, d'autre part, le droit à la liberté d'entreprise du prestataire fournissant un service d'accès à un réseau de communication ainsi que le droit à la liberté d'information des destinataires de ce service* »⁷⁷⁷. Si la Cour va ici, comme dans l'arrêt *Telekabel*, beaucoup plus loin que dans ses arrêts précédents dans l'application du contrôle de proportionnalité, cela ne concerne encore que des espèces portant sur des injonctions faites à des intermédiaires techniques, et n'intéresse pas les autres acteurs potentiels du droit de la propriété intellectuelle. Une telle situation va se présenter en 2019 et redéfinir le rôle joué par la Cour au sein de sa propre utilisation du contrôle de proportionnalité.

⁷⁷³ CJUE, 15 sept. 2016, *Mc Fadden*, aff. C-484/14, pt. 97.

⁷⁷⁴ CJUE, 16 juill. 2015, *Coty Germany*, aff. C-580/13, pt. 37-38.

⁷⁷⁵ CJUE, 15 sept. 2016, *Mc Fadden*, aff. C-484/14, pt. 98.

⁷⁷⁶ *Ibid*, pt. 99.

⁷⁷⁷ *Ibid*, pt. 100.

C) Arrêts *Funke Medien*, *Pelham*, et *Spiegel* : ultime précision des contours du contrôle de proportionnalité pour les exceptions au droit d'auteur

165. — Enjeux et faits. Les derniers arrêts de la Cour de justice à évoquer en rapport avec le contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle sont les plus importants de ces dernières années sur ce sujet. En effet, en plus de s'inscrire dans la continuité des arrêts précédemment évoqués, ils sont les premiers à répondre explicitement à des critiques souvent formulées envers le contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, notamment au sujet de la potentielle création de nouvelles exceptions prétoriennes au droit d'auteur. Ils permettent également à la Cour de justice de confronter sa jurisprudence en ce domaine à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette importance est soulignée par le fait que la Cour, siégeant en grande chambre⁷⁷⁸, a rendu ces trois arrêts le même jour⁷⁷⁹, pour des espèces sensiblement différentes mais impliquant chacune la conciliation du droit d'auteur et des droits voisins (reconnus à l'article 17§2 de la Charte en tant que droit de la propriété intellectuelle) avec la liberté d'expression et d'information (reconnue à l'article 11 de la Charte).

Nous avons déjà évoqué précédemment ces arrêts de manière succincte, en ce qu'ils confirmaient implicitement la théorie des équilibres internes en droit de la propriété intellectuelle⁷⁸⁰. L'arrêt *Funke Medien* concernait la diffusion sur internet, par un organisme de presse, de rapports confidentiels de l'armée allemande. S'opposaient ici le droit de la propriété intellectuelle de l'État allemand sur ces rapports et la liberté d'information du journal garantie par les exceptions de citation et d'actualité. L'arrêt *Pelham* concernait la reprise de quelques secondes d'une séquence rythmique composée par le célèbre groupe de musique électronique allemand Kraftwerk, intégrée sans son autorisation dans une chanson d'un autre groupe. Il était donc question de la licéité même du « *sampling* », pratique parfaitement illustratrice du conflit entre droit de la propriété intellectuelle et liberté de création (rattachée à la liberté d'expression). Enfin, dans l'arrêt *Spiegel*, il s'agissait de la diffusion sans autorisation, par un organisme de presse allemand, d'un article rédigé par un politicien allemand dans sa jeunesse et par rapport

⁷⁷⁸ Comme pour les arrêts *Digital Rights* et *Sky Österreich* précités. Cette formation n'est réunie que lorsqu'un État membre ou une institution qui est partie à l'instance le demande ou pour les affaires particulièrement complexes ou importantes, ce qui semble être ce dernier cas pour les trois espèces nous intéressant.

⁷⁷⁹ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17 ; *Spiegel Online*, aff. C-516/17 ; *Pelham*, aff. C-476/17.

⁷⁸⁰ *Supra*, n° 67.

auquel il avait pris ses distances idéologiques. Il y était question, comme dans l'arrêt *Funke Medien*, de la liberté d'information ainsi que des exceptions de citation et d'actualité.

Ces trois arrêts seront abordés en deux temps, correspondants aux deux questions préjudicielles qu'ils ont en commun (formulées avec quelques nuances selon l'affaire en cause) : tout d'abord, la question de la liberté d'expression, consacrée à l'article 11 de la Charte, comme possible justification à une dérogation au droit d'auteur ou aux droits voisins en dehors des exceptions à ces droits prévus par l'article 5 de la directive 2001/29 sera envisagée, puis celle concernant directement la conciliation entre droit d'auteur et liberté d'expression.

166. — L'impossibilité de créer de nouvelles exceptions en dehors des législations de l'Union. Une des questions préjudicielles communes à ces trois arrêts portait donc sur l'appréciation des droits fondamentaux pour déterminer s'ils permettent la création de nouvelles exceptions aux droits d'auteur non prévues par le législateur de l'Union. Dans chaque arrêt, et avant même d'opérer le moindre contrôle de proportionnalité, la Cour rappelle d'office et dans les mêmes termes qu'il « ressort [...] du considérant 32 de la directive 2001/29 que la liste des exceptions et des limitations que comporte l'article 5 de cette directive revêt un caractère exhaustif »⁷⁸¹, rappelant ses précédents arrêts à ce sujet⁷⁸². De plus, la Cour déclare, comme vu précédemment, que la directive 2001/29 définit déjà un équilibre entre les droits fondamentaux par l'existence même de ces exceptions, comme le rappellent les considérants 3 et 31 de cette même directive⁷⁸³. Ainsi, la possibilité pour les États membres d'introduire eux-mêmes de nouvelles exceptions grâce aux droits fondamentaux « menacerait l'effectivité de l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins réalisée par ladite directive ainsi que l'objectif de sécurité juridique poursuivi par celle-ci »⁷⁸⁴. Ce préalable engendre des conséquences sur le contrôle de proportionnalité puisque le caractère exhaustif des exceptions étant rappelé, le législateur et le juge ne peuvent créer de nouvelles exceptions au droit d'auteur par l'entremise des droits fondamentaux. Au contraire, ils doivent se limiter à la liste fournie par la directive sans aller au-delà. Comme vu précédemment, cette approche confirme le rôle

⁷⁸¹ Arrêt *Spiegel*, pt. 41 ; arrêt *Funke Medien*, pt. 56 ; arrêt *Pelham*, pt. 58.

⁷⁸² CJUE, 16 nov. 2016, *Soulier et Doke*, aff. C-301/15, pt. 34 ; CJUE, 7 août 2018, *Renckhoff*, aff. C-161/17, pt. 16.

⁷⁸³ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, pt 70-71 ; *Spiegel Online*, aff. C-516/17, pt. 54-55.

⁷⁸⁴ Arrêt *Spiegel* pt. 47 ; arrêt *Funke Medien*, pt. 62 ; arrêt *Pelham*, pt. 63. Cette affirmation est paradoxale, car hormis l'exception dite « de reproduction provisoire, transitoire et accessoire à un processus technique », la transposition dans les droits nationaux des vingt-et-une autres exceptions prévues par la directive n'est pas obligatoire, ce qui est donc loin de permettre une harmonisation du droit d'auteur.

avant tout méthodologique et conciliateur – et non créateur – du contrôle de proportionnalité pour le droit de la propriété intellectuelle.

Cela est d'autant plus confirmé par le fait que la Cour affirme cette exhaustivité séparément du principe de proportionnalité. Pour faire le lien avec l'autre question préjudicielle commune aux trois arrêts, ce principe est, dans un premier temps, évoqué dans l'arrêt *Funke Medien et Spiegel* pour mettre en lumière la marge conservée par les juges nationaux en matière d'exceptions, notamment pour celles n'imposant pas une harmonisation complète. En effet, si le droit de reproduction du producteur de phonogrammes, reconnu à l'article 2, sous c) de la directive 2001/29, et le droit de reproduction des auteurs, reconnu au même article sous a) doivent « être interprété[s] en ce sens qu'il[s] constitue[nt] une mesure d'harmonisation complète du contenu matériel d[es] droit[s] qui y [sont] visé[s] »⁷⁸⁵, il en est autrement pour l'exception d'actualité et de citation pour laquelle les États membres « disposent, dans la transposition de cette disposition et dans l'application des dispositions de droit national qui la mettent en œuvre, d'une marge d'appréciation significative leur permettant de mettre en balance les intérêts en présence »⁷⁸⁶, à condition de respecter les principes généraux du droit de l'Union⁷⁸⁷, de sauvegarder l'effet utile des exceptions et leur finalité⁷⁸⁸, de respecter le triple test des exceptions⁷⁸⁹, et de se fonder sur une interprétation permettant d'assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux⁷⁹⁰. Ces limites établissent un cadre général à la transposition des exceptions pour les États membres de l'Union européenne.

167. — Une remise en cause de l'interprétation restrictive des exceptions par le principe de proportionnalité ? C'est précisément sur ces exceptions assorties d'une « marge d'appréciation significative leur [les États membres] permettant de mettre en balance les intérêts en présence » que va porter l'autre question préjudicielle quasi commune aux trois arrêts. En effet, la Cour fédérale allemande demande dans les arrêts *Funke Medien et Spiegel* si la balance des intérêts entre le droit d'auteur et la liberté d'expression peut conduire une juridiction nationale à « se départir d'une interprétation restrictive » des exceptions « au profit d'une interprétation de celles-ci qui tienne pleinement compte de la nécessité de respecter la

⁷⁸⁵ Arrêt *Spiegel*, pt. 86 ; Arrêt *Funke Medien*, pt. 38.

⁷⁸⁶ Arrêt *Funke Medien*, pt. 43 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 28.

⁷⁸⁷ Arrêt *Funke Medien*, pt. 49 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 34.

⁷⁸⁸ Arrêt *Funke Medien*, pt. 51 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 36.

⁷⁸⁹ Arrêt *Funke Medien*, pt. 52 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 37.

⁷⁹⁰ Arrêt *Funke Medien*, pt. 53 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 38.

liberté d'expression et d'information garantie par l'article 11 de la Charte ». Une question plus générale est posée, dans l'arrêt *Pelham*, en ce qu'il est demandé « *de quelle manière [il] convient [...] de tenir compte des droits fondamentaux [...] dans la détermination de l'étendue de la protection du droit exclusif du producteur de phonogrammes à la reproduction et à la distribution de son phonogramme et de la portée des exceptions ou limitations à ces droits* ». La réponse est apportée de manière conjointe avec une autre question préjudicielle qui demandait si le droit exclusif de reproduction du producteur de phonogrammes permettait de « *s'opposer au prélèvement par un tiers d'un échantillon sonore, même très bref, de son phonogramme aux fins de l'inclusion de cet échantillon dans un autre phonogramme* ».

168. — Arrêt *Pelham* : *sampling* et contrôle de proportionnalité. La particularité de cette question groupée modifie légèrement le raisonnement de la Cour et le contrôle de proportionnalité. En effet, pour répondre à cette question, la Cour analyse d'abord à travers la législation, abstraitement, la pratique même du *sampling*. Elle procède, en ce sens, à une interprétation littérale de l'article 2, sous c) de la directive 2001/29 qui dispose du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la « *reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie* », pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes. La notion de « reproduction » n'étant pas définie, la Cour use de sa jurisprudence selon laquelle, en tel cas, il convient d'utiliser le sens habituel des termes dans le langage courant tout en tenant compte du contexte dans lequel ils sont utilisés et des objectifs poursuivis par la réglementation dans laquelle ils s'inscrivent⁷⁹¹. Le *sampling* doit ainsi être considéré, selon la Cour, comme une reproduction « *en partie* » du phonogramme. Une telle interprétation est ainsi conforme tant à l'objectif général de la directive (instaurer un niveau élevé de protection du droit d'auteur) qu'au spécifique (protéger l'investissement du producteur du phonogramme). Cependant, la Cour indique que tel n'est pas le cas « *lorsqu'un utilisateur, dans l'exercice de la liberté des arts, prélève un échantillon sonore sur un phonogramme, afin de l'utiliser sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute, dans une nouvelle œuvre* »⁷⁹². Pour justifier cet élément et les nouvelles conditions imposées, la Cour opère, classiquement, un contrôle de proportionnalité sur cette pratique, mais de manière simplifiée comme elle l'avait fait dans les arrêts *Scarlet* et *Netlog* (sans test d'adéquation et de nécessité). Elle rappelle d'abord que la directive 2001/29 vise à maintenir

⁷⁹¹ CJUE, 3 sept. 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds*, aff. C-201/13, pt. 49.

⁷⁹² Arrêt *Pelham*, pt. 31.

un juste équilibre entre les intérêts des titulaires de droit d'auteur et voisins et la protection des droits fondamentaux des utilisateurs. Elle juge ainsi, comme dans l'arrêt *Scarlet*, que la protection du droit fondamental de propriété intellectuelle n'est pas absolue. Ceci annonce sa mise en balance avec la liberté des arts telle que garantie par l'article 13 de la Charte. La Cour relève ainsi que l'utilisateur d'un sampling peut être « amené à modifier l'échantillon prélevé sur le phonogramme à un point tel que cet échantillon n'est pas reconnaissable à l'écoute dans une telle œuvre »⁷⁹³. Dans ce cas, considérer le sampling comme une reproduction du phonogramme au sens de la directive serait « contraire au sens habituel dans le langage courant [...] mais méconnaîtrait également l'exigence d'un juste équilibre », ce qui, si cette affirmation était retenue, « permettrait au producteur de phonogrammes de s'opposer dans un tel cas au prélèvement par un tiers, à des fins de création artistique, d'un échantillon sonore, même très bref, de son phonogramme, alors même qu'un tel prélèvement ne porterait pas atteinte à la possibilité qu'a ledit producteur d'obtenir un rendement satisfaisant de son investissement »⁷⁹⁴. Comme dans ses arrêts antérieurs et dans un but de juste équilibre, la Cour souligne les conséquences potentielles de sa décision en se focalisant sur la situation à l'aune de la finalité des droits fondamentaux en cause⁷⁹⁵. Si une telle méthode peut sembler arbitraire, elle permet de voir quel droit est le moins susceptible d'être menacé. Dans ce cas précis, il est logique de reconnaître que la reprise d'un court extrait qui n'est pas du tout reconnaissable n'affecte pas de manière importante les droits des producteurs de phonogrammes. Ainsi, la Cour montre par son interprétation aux juridictions nationales qu'il leur est tout à fait possible de limiter le champ du droit exclusif en prenant en compte les spécificités de la pratique (extrait musical modifié, non reconnaissable, donnant une œuvre nouvelle) sans pour autant créer une nouvelle exception de sampling.

169. — Arrêts *Funke Medien* et *Spiegel* : contrôle de proportionnalité et interprétation des exceptions. Dans les arrêts *Funke Medien* et *Spiegel*, plus centrés sur l'interprétation des exceptions, la Cour rappelle également, dans un premier temps, les apports de ses arrêts précédents : les États doivent veiller, lors de la transposition et la mise en œuvre de la directive, à se fonder sur une interprétation permettant d'assurer un juste équilibre entre les droits

⁷⁹³ Arrêt *Pelham*, pt. 36.

⁷⁹⁴ Arrêt *Pelham*, pt.38.

⁷⁹⁵ V. Varet, « Droit d'auteur et liberté d'expression : la Cour de justice entre régression et innovation », *Légipresse* 2019, n° 375.

fondamentaux⁷⁹⁶. Elle se veut, en outre, rassurante, rappelant qu'une « *dérogation à une règle générale doit, en principe faire l'objet d'une interprétation stricte* »⁷⁹⁷. Cependant, l'innovation principale apportée par ces arrêts est la suivante : la Cour fait le lien avec la réponse à la question préjudicielle commune évoquée précédemment (les exceptions assurent déjà un juste équilibre entre les droits fondamentaux des titulaires de droits et des utilisateurs des œuvres), pour énoncer que « *l'interprétation des exceptions et des limitations [...] doit permettre [...] de sauvegarder leur effet utile et de respecter leur finalité, une telle exigence revêtant une importance particulière lorsque ces exceptions et limitations visent [...] à garantir le respect des droits fondamentaux* »⁷⁹⁸. Les deux arrêts soulignent, seulement après cette affirmation, l'apport de l'arrêt *Scarlet* sur la protection non absolue du droit de propriété intellectuelle⁷⁹⁹. Les exceptions doivent être interprétées par le juge national « *dans le cadre de la mise en balance qu'il lui incombe d'effectuer, au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce concernée* »⁸⁰⁰. En analysant la motivation de la Cour, elle invite, selon nous, les juges nationaux à analyser leur législation pour déterminer si une exception pouvait s'appliquer au cas d'espèce précis et, le cas échéant, à l'interpréter à la lumière de son effet utile et de sa finalité, donc à potentiellement se départir d'une interprétation trop stricte de l'exception pour protéger le juste équilibre entre les droits fondamentaux. C'est d'ailleurs sur l'importance de cet aspect factuel, propre à chaque espèce, qu'insiste à plusieurs reprises la Cour pour justifier cette interprétation plus « souple » des exceptions. En ce sens, la seule citation de l'arrêt *Ashby Donald* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, fondamental sur ce sujet⁸⁰¹, lui permet de faire sienne une partie de l'apport de cet arrêt soulignant « *la nécessité de tenir compte de la circonstance que le type de 'discours' ou d'information en cause revêt une importance particulière, notamment dans le cadre du débat politique ou d'un débat touchant à l'intérêt général* »⁸⁰² dans l'exécution de la mise en balance entre droit d'auteur et liberté d'expression. Cette citation démontre la nécessité de la considération des faits de l'espèce dans

⁷⁹⁶ Arrêt *Funke Medien*, pt. 67-68 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 51-52.

⁷⁹⁷ Arrêt *Funke Medien* pt. 69 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 53.

⁷⁹⁸ Arrêt *Funke Medien*, pt. 71 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 55.

⁷⁹⁹ Arrêt *Funke Medien*, pt. 72 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 56 ; Arrêt *Pelham*, pt. 33.

⁸⁰⁰ Arrêt *Funke Medien*, pt. 76 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 59.

⁸⁰¹ Arrêt essentiel pour comprendre le contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle (*Supra*, n° 123 et suiv.) et cité pour la première fois par la Cour de justice.

⁸⁰² Arrêt *Funke Medien*, pt. 74 ; Arrêt *Spiegel*, pt. 58.

la résolution du conflit par les deux cours européennes⁸⁰³.

Dans un second temps, la Cour peut, à partir de ces remarques, interpréter abstraitement les exceptions à l'aune des cas qu'elle examine. Si la Cour s'abstient de le faire dans l'arrêt *Spiegel*, elle relève dans l'arrêt *Funke Medien* que l'organisme de presse a non seulement publié les rapports confidentiels sur son site internet, mais les a également « *présentés sous une forme systématisée et accompagnés d'un propos introductif, de liens supplémentaires et d'une invitation à interagir* ». Partant de ce constat, la Cour juge qu'une telle publication peut relever de l'exception d'« *utilisation d'œuvre [...] afin de rendre compte d'évènements d'actualité* » reconnue à l'article 5, paragraphe 3, sous c), second cas de figure, de la directive 2001/29, « *pour autant que les autres conditions prévues à cette disposition sont remplies, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* ». Cependant, la Cour nuance : cela sera à supposer que les rapports « *doivent être qualifiés d'œuvres* » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2000/29 ». En effet, c'est ce que veut montrer la Cour spécifiquement à travers cette espèce : plutôt que d'invoquer les droits fondamentaux pour créer de nouvelles exceptions à la directive, il convient de vérifier que l'objet juridique en question peut être considéré comme une œuvre protégée par le droit d'auteur (ce qui est très loin d'être sûr pour de simples rapports militaires, contrairement à un article de presse comme dans l'arrêt *Spiegel*), puis de vérifier si une exception « *qui, tout en respectant leur libellé et en préservant leur effet utile, soit pleinement conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte* »⁸⁰⁴.

170. — Une répartition des rôles entre législateur et juge dans la protection des droits fondamentaux. En conclusion, ces arrêts peuvent sans doute paraître paradoxaux. La Cour affirme d'abord que le « *juste équilibre* » entre droit d'auteur et liberté d'expression a été prévu par le législateur de l'Union lorsqu'il a défini, au sein d'une directive, les droits exclusifs et leurs exceptions, le juge national ne pouvant en créer de nouvelles par interprétation des droits fondamentaux. Puis, elle affirme qu'il appartient cependant à ce juge d'opérer la balance des intérêts entre les droits exclusifs des auteurs et les droits des utilisateurs sur les œuvres protégées. Ce paradoxe n'en est pas finalement vraiment un. Nous nous rangeons ici à l'avis de M. Varret selon qui il faut probablement voir, dans ces arrêts, la volonté de la Cour de justice d'assigner un rôle à chacun : « *l'édition de l'équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression relève*

⁸⁰³ Sur l'importance du type de discours utilisé v. D. Doukas, « Commercial Speech and Freedom of Expression in EU Law : A Paradigm of a Sliding Scale of Review for the European Court of Justice? », *E.L. Rev.* 2019, n° 44, p. 741.

⁸⁰⁴ Arrêt *Spiegel*, pt. 59 ; Arrêt *Funke Medien*, pt. 76.

du législateur ; à charge pour le juge d'en assurer la pleine effectivité en opérant une interprétation téléologique des textes, tenant compte de la finalité de chaque disposition (prérogatives et exceptions) ». Ladite « interprétation téléologique » pourrait-elle remettre en cause, à terme, l'interprétation stricte des exceptions ? Nous ne le pensons pas. Les exceptions existantes, malgré leurs conditions d'application précises, ne sauraient prévoir tous les cas pour lesquels elles ont été créées par le législateur et doivent être interprétées par le juge. La Cour de justice rappelle ainsi aux juridictions nationales qu'il est essentiel de bien analyser l'applicabilité des exceptions existantes à l'espèce.

171. — Une potentielle divergence entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne ? Ces arrêts permettent également de conclure de manière plus générale sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. En effet, les arrêts *Funke Medien*, *Pelham* et *Spiegel* créent potentiellement une divergence en droit d'auteur révélée par les conclusions de M. l'avocat général Szpunar. En effet, ce dernier fonde ses conclusions essentiellement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment sur les arrêts *Ashby Donald* et *Pirate Bay*. M. Szpunar propose, comme la Cour européenne des droits de l'homme, d'opérer un contrôle de proportionnalité *in concreto* susceptible de différer selon le droit fondamental et l'espèce en cause, et pouvant s'affranchir de la liste limitative des exceptions au droit d'auteur⁸⁰⁵. Selon lui, une réponse rédigée en des termes généraux et faisant abstraction des situations concrètes risquerait d'être soit « trop laxiste », soit « trop rigide »⁸⁰⁶, en plus de priver de sens l'article 52§3 de la Charte. Ainsi M. Szpunar reconnaît le principe de cohérence dans l'interprétation et la portée des droits fondamentaux entre les deux conventions européennes⁸⁰⁷.

Il en découle une potentielle situation complexe : un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait reconnaître, à travers son contrôle de proportionnalité, une utilisation

⁸⁰⁵ Concl. de l'av. gén. Szpunar du 25 oct. 2018 ds l'aff. C-469/17, *Funke Medien*, pt. 40-41.

⁸⁰⁶ *Ibid*, pt. 29.

⁸⁰⁷ Eu égard au fait que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas formellement intégrée dans l'ordre juridique de l'Union, la validité tant des dispositions du droit de l'Union que du droit national est appréciée par la Cour de justice uniquement à la lumière de la Charte (Cf. CJUE, 15 févr. 2016, *N.*, aff. C-601/15, pts. 45 et 46 ; CJUE, 5 avr. 2017, *Orsi et Baldetti*, aff. C-217/15 et C-350/15, pt. 15). La question de la cohérence est cependant pertinente parce que dans son interprétation des dispositions de la Charte, la Cour de justice doit tenir compte de l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

exceptionnelle d'un objet de propriété intellectuelle si les circonstances faisaient pencher la balance du côté du droit fondamental opposé alors même qu'aucune exception ou limitation n'était prévue en ce sens. Cela pourrait désormais être refusé implicitement par la Cour de justice (le doute est cependant permis du fait de cette motivation implicite). Cette divergence entre les deux juridictions, analysée par certains comme une volonté politique de la Cour de justice d'affirmer sa propre vision du contrôle de proportionnalité⁸⁰⁸, tient davantage, selon nous, à la mission différente des deux juridictions⁸⁰⁹. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a pour unique mission d'assurer le respect des engagements souscrits par les États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, quand une affaire lui est soumise, elle doit en analyser les faits uniquement à la lumière de ladite Convention, sans se soucier d'une quelconque conséquence sur les législations des États signataires ou de l'Union européenne. À l'inverse, la Cour de justice a pour mission principale de veiller à l'interprétation et l'application uniformes de la législation de l'Union européenne dans tous les États membres. Elle garantit également le respect, par les États et les institutions de l'Union européenne, de la législation de l'Union. Il convient donc de voir dans les arrêts de la Cour de justice, une volonté de compromis entre l'harmonisation des exceptions au droit d'auteur, assurée par la directive 2001/29 (ayant elle-même déjà assuré un équilibre préalable entre les droits fondamentaux reconnus par la Charte), avec la mission donnée aux juges nationaux dans leur mise en œuvre (donc par leur contrôle de proportionnalité *in concreto*) afin d'assurer le respect de la Charte des droits fondamentaux⁸¹⁰.

Cependant, cela ne répond pas à la possibilité, certes extrêmement peu probable⁸¹¹, qu'un cas exceptionnel, ne rentrant pas dans le champ d'application des exceptions (même interprétées largement), menace le juste équilibre entre les droits fondamentaux. Si la marge d'appréciation laissée aux États membres par la Cour européenne des droits de l'homme est

⁸⁰⁸ V. Varet, *op. cit.*, n° 375.

⁸⁰⁹ Ce qui n'empêche pas un dialogue entre les deux cours concernant la garantie des droits fondamentaux. Cf. L. Potvin-Solis, « Le Dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexis Nexis, 2018, p. 591.

⁸¹⁰ Cette ambivalence est également présente dans l'approche nettement différente de la fonction de la marge d'appréciation dans l'exercice du contrôle de proportionnalité entre les deux juridictions européennes. Si pour la CEDH il s'agit principalement avec cette marge d'accommoder la diversité existante entre les États membres en ajustant l'intensité du contrôle, pour la CJUE, celle-ci intervient dans un contexte de tension entre l'objectif d'intégration de l'Union européenne et celui du respect des particularités nationales. V. à ce sujet : S. Colella, *op. cit.*, spéc. p. 449 ; M. Forowicz, « State Discretion as a Paradox of EU Evolution », *EUI Working Paper*, MWP 2011/27, spéc. p. 10 ; F.J. Mena Parras : « From Strasbourg to Luxembourg ? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *ULB Working Paper*, n° 2015/7, p. 3.

⁸¹¹ D'autant plus après la reconnaissance de nouvelles exceptions par la directive 2019/790.

large, il n'est pas exclu dans ce cas, après épuisement des recours, que cette dernière condamne un État parti, cela en opposition à la jurisprudence de la Cour de justice. Pour éviter un tel cas, une juridiction nationale pourrait interroger la Cour de justice sur la validité même de la directive, et plus particulièrement sur la liste des exceptions, qui n'assureraient pas, à elles seules, un juste équilibre entre les droits fondamentaux. Cette possibilité est encore inédite mais mériterait d'être envisagée si ce cas exceptionnel survenait. À cet égard, l'arrêt *Schrems I* du 6 octobre 2015 est particulièrement pertinent, puisque la Cour de justice a jugé, à tout le moins implicitement, qu'une décision de la Commission pouvait s'avérer illégale alors même qu'elle ne l'était pas au départ⁸¹². Cela peut permettre, si le cas venait à se présenter dans le futur, une censure partielle des dispositions européennes actuelles en matière de droit de la propriété intellectuelle. Cette possibilité reste, pour l'heure, inconcevable et place la question du choix de la voie du juge national dans son contrôle de proportionnalité au centre de la réflexion.

172. — Conclusion du chapitre : résumé de la jurisprudence des cours européennes. Le choix de traiter séparément la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de celle de la Cour de justice de l'Union européenne est donc pertinent. En effet, si leur utilisation du contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental impliquant le droit de la propriété intellectuelle présente des points communs, l'essentiel de l'application diffère.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, qui a rendu peu d'arrêts en matière de droit de la propriété intellectuelle, deux contrôles existent selon le droit fondamental en conflit avec le droit de la propriété intellectuelle.

Si le droit de la propriété intellectuelle est confronté au droit à la liberté d'expression ou avec le droit au respect de la vie privée (ce qui n'est encore jamais arrivé pour ce dernier), la Cour de Strasbourg exerce un contrôle de proportionnalité « *global* » : un test de légalité, un test de légitimité et un test de nécessité dans une société démocratique. Ce dernier test regroupe les étapes classiques du contrôle de proportionnalité (adéquation, nécessité et proportionnalité *stricto sensu*) et la Cour opère alors une analyse *in concreto*, en analysant les faits de l'espèce par rapport à la nature du droit fondamental en conflit, ce qui déterminera la marge d'appréciation des États membres (par exemple, pour la liberté d'expression, l'analyse va se

⁸¹² CJUE, 6 oct. 2015, *Schrems I*, aff. C-362/14, pt. 76 : « *De même, au regard du fait que le niveau de protection assuré par un pays tiers est susceptible d'évoluer, il incombe à la Commission, après l'adoption d'une décision au titre de l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, de vérifier de manière périodique si la constatation relative au niveau de protection adéquat assuré par le pays tiers en cause est toujours justifiée en fait et en droit. Une telle vérification s'impose, en tout état de cause, lorsque des indices font naître un doute à cet égard* ».

focaliser sur le type de discours ou d'information en cause, sur l'étendue de la sanction...). Si le droit de la propriété intellectuelle n'entre qu'en conflit qu'avec l'intérêt général ou un autre droit de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme n'exerce qu'un contrôle de proportionnalité simplifié au cours duquel elle se limite à effectuer un test de proportionnalité *stricto sensu* (où elle vérifie succinctement l'existence d'un juste équilibre entre l'intérêt général et la protection du droit au respect des biens et constate l'absence de disproportionnalité).

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, le contrôle de proportionnalité, pour résoudre un conflit fondamental, n'est effectué directement et complètement que lorsqu'elle doit se prononcer sur la validité d'un acte de l'Union. Elle développe, lors de cette procédure, les trois tests du contrôle de proportionnalité : adéquation, nécessité, et proportionnalité *stricto sensu*. Ce n'est arrivé que très rarement dans le cas d'un conflit fondamental concernant le droit de la propriété intellectuelle, mais elle adopte dans ces cas une démarche concrète et souligne l'importance de chacun des droits fondamentaux en conflit (même si, depuis plusieurs années, elle semble accorder à certains, comme le droit à la liberté d'expression, une importance particulière) et n'hésite pas à censurer une disposition sur leur fondement.

Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en interprétation, beaucoup plus fréquent, la Cour de justice invite généralement les juridictions nationales à procéder elles-mêmes au contrôle de proportionnalité et donne les indications nécessaires pour qu'un tel contrôle puisse être efficace. De ce fait, les indications ne portent pas systématiquement sur les trois tests (les tests de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu* sont souvent sous-entendus), mais comportent des appréciations quant à la conciliation entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux. Par exemple, dans le cadre d'une utilisation potentiellement contrefaisante d'un bien intellectuel entraînant un conflit avec la liberté d'expression, il faut nécessairement tenir compte du type de discours en cause (faisant sienne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme). Autre exemple plus récurrent, pour un acte imposé aux acteurs économiques visant à protéger des biens intellectuels (par exemple des mesures de filtrage ou de blocage sur internet) entraînant un conflit potentiel avec la liberté d'entreprise, la liberté d'information ou le droit à la vie privée ; il convient nécessairement de prendre en compte les coûts, la durée, la complexité, l'étendue et la nécessité de l'acte en cause. La Cour de justice impose aux juges nationaux, quand ils mettent en œuvre le droit de l'Union, d'assurer eux-mêmes un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle (qui n'est pas absolu) et celle des autres droits fondamentaux par une mise en balance des droits en présence en s'appuyant sur les faits en cause. Cependant, tel que la Cour de justice l'affirme dans les arrêts *Funke Medien*, *Pelham* et *Spiegel*, cela ne donne pas aux juges nationaux le

pouvoir de créer de nouvelles exceptions hors de celles prévues par les directives. Il convient donc de s'interroger : comment ces juges appliquent-ils ces impératifs européens ? Une réponse sera développée dans les deux prochains chapitres par l'analyse de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par les juges nationaux.

Chapitre 2 : Application par les juridictions nationales

173. — Présentation. Une fois la jurisprudence européenne établie et donnant les clés d'analyses principales à la résolution du conflit de droits fondamentaux par le principe de proportionnalité, il est indispensable de les appliquer selon les spécificités nationales et les faits présentés. En ce sens, l'Allemagne est à l'origine même du principe de proportionnalité et pourrait en être le modèle principal. Cependant, la jurisprudence des autres États membres illustre également la certaine marge d'appréciation laissée par les cours européennes du fait de la spécificité de leur contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle (Section 1). La France, depuis 2015 et le fameux arrêt *Klasen* de la Cour de cassation, semble suivre ce même chemin d'émancipation même si son application du contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle demeure assez timide et semble se limiter au seul conflit avec la liberté d'expression (Section 2).

Section 1 : Application *in concreto* dans les États membres de l'Union européenne

174. — Présentation. Malgré l'obligation, donnée tant par la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice de l'Union européenne, de réaliser un contrôle de proportionnalité pour résoudre les conflits de droits fondamentaux, ces juridictions laissent, comme nous l'avons vu, une certaine marge d'appréciation aux États quant à son application. Il est donc inévitable que des divergences d'application apparaissent entre ces États. Lesdites divergences participent de l'éclairage du caractère particulièrement flexible du principe dans la prise en compte des droits fondamentaux. Une telle richesse dans l'application du principe ne peut qu'inspirer les juridictions nationales françaises en matière de droit de la propriété intellectuelle. Le premier pays étudié sera logiquement l'Allemagne puisqu'elle est à l'origine même du principe de proportionnalité. Elle a concentré une grande partie des questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne et étudiées précédemment (I). Mais d'autres pays attireront notre attention notamment l'Autriche (II), les Pays-Bas (III), la Belgique et la Suède (IV), et enfin le Royaume-Uni et la Suisse (V). Nous tenons à préciser que les développements qui suivent ne constituent en aucun cas une liste exhaustive des décisions impliquant un contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, mais simplement une mise en lumière des systèmes juridiques parfois profondément différents du

système français, qui recherchent tous la résolution d'un potentiel conflit entre droits fondamentaux.

I - Allemagne : à l'origine du principe et à l'avant-poste de son application

175. — Spécificité du modèle allemand. Comme vu dans l'introduction, le principe de proportionnalité est originaire d'Allemagne. Ce modèle a inspiré les juridictions européennes dans le développement de leur propre principe, en ce qu'il reprend le test en trois étapes (aptitude, nécessité, et proportionnalité *stricto sensu*)⁸¹³. Le principe découle de l'interprétation de l'article 19 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz* qui est la Constitution allemande)⁸¹⁴ et a été utilisé très tôt outre-Rhin en droit public et en droit privé. Pour ce dernier, son utilisation est limitée aux hypothèses dans lesquelles les droits fondamentaux ont un effet à l'égard des tiers (*Drittwirkung der Grundrechte*)⁸¹⁵. Le principe s'inscrit dès lors dans une tradition juridique « perfectionniste » garante de l'optimisation des droits fondamentaux⁸¹⁶, dont font partie les droits de propriété intellectuelle par rattachement à l'article 14 de la Loi fondamentale⁸¹⁷. En amont du contrôle de proportionnalité, les droits de propriété intellectuelle sont soumis à la théorie dite de « l'ancrage social du droit privé » (*Sozialbindung des Privatrechts*) fondée sur l'idée générale que les droits privés sont limités par les contraintes sociales⁸¹⁸. À titre d'illustration, le droit d'auteur a un caractère beaucoup moins individualiste qu'en France. La doctrine outre-Rhin, à l'image de Mme Lucas-Schloetter, a longtemps

⁸¹³ Le test d'aptitude est traduit par « *Geignetheit* », celui de nécessité par « *Erforderlichkeit* » et celui de proportionnalité *stricto sensu* par « *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne* » ou « *Proportionalität* » : G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, 1995, p. 160 et s.

⁸¹⁴ « (1) Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné. (2) Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance ».

⁸¹⁵ BVerfG, 24 fév. 1971, 1 BvR 435/68, in BVerfGE 30, pp. 173 et s. (199). V. aussi : D.-U. Galetta, « Le principe de proportionnalité », in *Traité de droit administratif européen*, ss. la dir. de J.-B. Auby et J. Dutheil, Bruylant, 2e éd., 2014, p. 501.

⁸¹⁶ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013.

⁸¹⁷ L'article 14 ne mentionne pas directement le droit de propriété intellectuelle mais la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) confirme que ce droit est couvert par le droit fondamental de propriété prévu à cet article. Cf. à ce sujet : M.-A. Roux, « Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne », *Gaz. Pal.* 2006, n° 264, p. 4.

⁸¹⁸ Ch. Geiger, « La fonction sociale des droits de la propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510 citant V.T. Reppen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts : eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

souligné le caractère social du droit d'auteur en ces termes : « *comme tous les droits privés, les droits d'auteur sont aussi des droits limités par les contraintes sociales (sozial gebundene Rechte) : ils sont soumis aux limitations⁸¹⁹ par lesquelles la sphère juridique de chacun est circonscrite par rapport aux exigences du public* »⁸²⁰. Dans la définition d'un compromis social, notamment avec les autres droits fondamentaux reconnus par la Constitution⁸²¹, le principe de proportionnalité joue un rôle primordial, puisqu'il donne une direction claire, à travers ses trois étapes, au législateur pour l'interprétation de l'article 14 de la Constitution. Ainsi, selon Mme Von Lewinski, l'existence même de ce principe explique le fait que la loi allemande sur le droit d'auteur contienne beaucoup plus de droits à rémunération en combinaison avec des limitations que d'autres lois nationales en Europe⁸²². Pour autant, les juridictions allemandes ont été appelées très tôt à mettre en balance le droit d'auteur avec d'autres droits fondamentaux, et notamment avec le droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 5 de la Loi fondamentale, engendrant le risque de la création de certaines exceptions au droit d'auteur *extra legem*. Qu'en est-il réellement ?

176. — Premiers jugements de fond concernant le droit de la propriété intellectuelle et la liberté d'expression. En effet, dès les années 1960, les juridictions du fond ont reconnu, de manière audacieuse, que la liberté d'expression, protégée par l'article 5 de la Loi fondamentale, pouvait constituer une limite externe au droit d'auteur qui justifierait certaines pratiques jugées contrefaisantes par les lois de cette époque. Sur ce fondement, en 1960, un jugement du tribunal régional de Berlin a autorisé la rediffusion, par une chaîne de télévision ouest-berlinoise, d'un programme d'actualité produit dans la République démocratique allemande⁸²³. De manière similaire, en 1968, le tribunal régional supérieur de Berlin a reconnu que la reproduction sans autorisation de bandes dessinées caricaturant des étudiants par un périodique berlinois pouvait être justifiée au moyen de l'article 5 de la Loi fondamentale⁸²⁴. En effet, la copie avait eu lieu,

⁸¹⁹ En ce sens, la loi allemande utilise le mot « *Schranken* » (limitations) plutôt que « *Ausnahmen* » (exceptions). Ces dernières sont d'interprétation strictes imposant de bannir tout raisonnement par analogie.

⁸²⁰ E. Ulmer in A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, PUAM, 2002, p. 640, note 209.

⁸²¹ Cette base constitutionnelle est à souligner en ce qu'elle n'est pas systématique dans tous les États européens, et montre la nature influente du contrôle allemand avant même que l'idée de proportionnalité ne s'impose devant les juridictions européennes.

⁸²² S. Von Lewinski, « Les limitations à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand », in *Les exceptions au droit d'auteur*, ss. la dir de. A. Lucas, P. Sirinelli, et A. Bensamoun, Dalloz, 2012, p. 147.

⁸²³ Landgericht Berlin, 12 déc. 1960, *Maifeiern*, GRUR 1962, p. 207.

⁸²⁴ Kammergericht Berlin, 26 nov. 1968, *Bild Zeitung*, UFITA 1969, n° 54, p. 296.

selon le tribunal régional supérieur, dans un contexte d'analyse critique de la façon dont les étudiants de gauche berlinois étaient dépeints par un journal allemand. La copie ne portait pas atteinte aux droits de l'auteur de la bande dessinée, et ce même si les éléments de l'exception de citation n'étaient pas réunis⁸²⁵. La loi sur le droit d'auteur devait, en effet, être interprétée à la lumière de la liberté d'expression posée par ledit article 5. C'est encore en se référant à cette décision, le tribunal régional de Berlin a autorisé, en 1977, la diffusion par la télévision publique allemande de quatre photos de terroristes initialement publiées dans un journal allemand et protégées par le droit d'auteur⁸²⁶. Les faits ne permettaient pas de faire jouer l'exception de citations, mais la Cour a utilement insisté sur le caractère politique de la diffusion qui tendait à critiquer la publicité indirecte du journal pour ce groupe terroriste, impliquant qu'il ne pouvait revendiquer son droit d'auteur. Enfin, la Cour de district de Munich, en 1983, a autorisé une chaîne de télévision à diffuser la photographie d'une brochure pharmaceutique dans un programme critiquant les publicités pharmaceutiques à destination des enfants alors que cette affaire n'impliquait pas de discours politique⁸²⁷. Dans ces affaires, le principe de proportionnalité est plus souvent exprimé implicitement sans méthodologie claire, pouvant expliquer, à l'instar du tribunal régional de Munich, des décisions assez radicales donnant une portée inédite à l'article 5 de la Loi fondamentale. *A contrario*, la Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*) s'est montrée beaucoup plus prudente dans l'articulation du droit de propriété intellectuelle avec les autres droits fondamentaux.

177. — Du refus de vérifier la proportionnalité à une utilisation prudente par la Cour fédérale de justice allemande. En effet, en 1985, un arrêt de cette Cour portait sur la publication non autorisée des paroles de la chanson Lili Marlene dans un article de journal consacré à un film sur la vie de la vraie Lili Marlene⁸²⁸. La Cour fédérale de justice décide que l'article 5 de la Constitution ne constitue pas un moyen de défense recevable pour le journal, car la protection du droit de la presse était déjà garantie par la loi allemande qui définissait des exceptions légales. De manière similaire, en 1997, la Cour fédérale avait établi, à propos des abstracts d'articles de journaux réunis dans une base de données sans l'autorisation de leurs auteurs, que l'intérêt du public à l'accès à l'information ne justifiait pas de s'écarter de

⁸²⁵ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. September 1965, art. 5.

⁸²⁶ Landgericht Berlin, 26 mai 1977, *Terroristenbild*, *GRUR* 1978, p. 108.

⁸²⁷ Landgericht München, 21 oct. 1983, *Archiv für presserecht* 1984, p. 118.

⁸²⁸ BGH, 7 mars 1985, *Lili Marlene*, ZR 70/82 : *GRUR* 1987, p. 34.

l'interprétation stricte des exceptions prévues par la loi⁸²⁹. La Cour fédérale de justice a ainsi validé, dans un premier temps, la théorie de l'équilibre interne des droits de propriété intellectuelle et refusé de mettre en balance des droits qui avaient déjà été arbitrés par le législateur, même si elle avait déjà envisagé dans sa jurisprudence ancienne que « *dans des circonstances exceptionnelles, en raison d'un besoin urgent d'information, des limites au droit d'auteur excédant les limitations légales expresses peuvent être prises en considération* »⁸³⁰. Dans cette lignée, la Cour fédérale de justice a, dans les années 2000, confirmé le principe d'interprétation restrictive des exceptions en droit d'auteur et a précisé, en 2002, que celui-ci ne devait pas être appliqué de manière générale et indifférenciée, mais en tenant compte de l'évolution de la technique pour permettre l'adaptation des exceptions aux situations qui n'auraient pas été prévues par le législateur au moment de l'élaboration de la loi sur le droit d'auteur⁸³¹. La même année, elle estime que des raisons particulièrement importantes d'intérêt public peuvent exceptionnellement conduire à une interprétation extensive des exceptions, notamment lorsqu'elles viennent concrétiser des droits fondamentaux des utilisateurs⁸³². Ainsi, si l'interprétation restrictive des exceptions reste un principe essentiel aux yeux de la Cour fédérale de justice⁸³³, une interprétation plus étendue pourrait s'appliquer dans des cas exceptionnels impliquant une violation des droits fondamentaux. Il est possible d'imaginer que, dans ces cas précis, le contrôle de proportionnalité aurait une place déterminante dans la justification de cette interprétation extensive. Pour rappel, il en est de même dans les arrêts rendus par la Cour de justice de 2019⁸³⁴.

En droit des marques, le problème est différent puisque la loi ne prévoit pas de limitations précises (en dehors du fait que, conformément à la directive 2008/95 du 22 octobre 2008, l'usage de la marque doit être fait dans la vie des affaires). La Cour fédérale de justice peut ainsi plus facilement utiliser le principe de proportionnalité dans la résolution des conflits de droits fondamentaux. Ainsi, dans un arrêt de 2005, ladite Cour était amenée à statuer sur une parodie de marque sur des cartes postales⁸³⁵. Au terme d'une mise en balance entre l'atteinte

⁸²⁹ 2 arrêts : BGH, 16 janv. 1997, *CB-Infobank I*, I ZR 9/95 : *GRUR* 1997, p. 459 ; BGH, 16 janv. 1997, *CB-Infobank II*, I ZR 38/96 : *GRUR* 1997, p. 464.

⁸³⁰ BGH, 10 janv. 1968, *Pelzversand*, Ib ZR 43/66 : *GRUR* 1968, p. 645.

⁸³¹ BGH, 11 juill. 2002, *Elektronischer Pressespiegel*, I ZR 255/00 : *JZ* 2003, p. 473, note T. Dreier.

⁸³² BGH, 24 janv. 2002, *Verhüllter Reichstag*, I ZR 102/99 : *GRUR* 2002, p. 605.

⁸³³ V. sur ce point et les arrêts précédemment évoqués : Ch. Geiger, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur : une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Prop. Intell.* 2004, n° 13, p. 882.

⁸³⁴ *Supra*, n° 165 et suiv.

⁸³⁵ BGH, 3 févr. 2005, *Lila-Postkarte*, I ZR 159/02 : *GRUR* 2005, p. 583.

au droit des marques et la liberté artistique (reconnu à l'article 5, alinéa 3 de la Constitution allemande), la Cour a fait prévaloir cette dernière sur le droit de propriété intellectuelle en estimant que « *si la carte postale (support de la parodie) ne dénigre pas la marque du demandeur et qu'il n'est pas établi que le défendeur poursuivait uniquement un objectif commercial, la protection de la liberté artistique doit prévaloir dans le cas litigieux sur la protection du droit de propriété de l'article 14 al. 1. de la Loi fondamentale* ». De manière assez analogue à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'accent est mis sur l'utilisation qui est faite de la marque : il s'agit de savoir si cette utilisation est exclusivement faite dans un but commercial ou non. À la suite de cet arrêt, ce critère sera repris par les juridictions du fond dans leurs jugements postérieurs⁸³⁶.

178. — Arrêt *Coty Germany* : suite et fin du conflit entre droit des marques et secret bancaire. Comme vu à propos de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci tout en donnant un cadre analytique aux juridictions des États membres, laisse à ces derniers le soin d'opérer eux-mêmes la mise en balance *in concreto*. Il est donc utile de se pencher à nouveau sur l'arrêt *Coty Germany* afin de déterminer la façon dont la Cour fédérale de justice allemande a considéré la réponse délivrée par la Cour de justice. Pour rappel, l'espèce impliquait un titulaire d'une marque communautaire face au secret bancaire opposé par une banque pour lui refuser de lui communiquer les noms et adresses de contrefacteurs de parfums agissant sur une plateforme internet de ventes aux enchères. La Cour de justice avait jugé que l'article 8, paragraphe 3, point e), de la directive 2004/48 empêche le droit national d'autoriser une banque à refuser de manière illimitée et inconditionnelle à communiquer le nom et l'adresse d'un titulaire d'un compte bancaire ouvert en ses livres. Suivant cette réponse, la Cour fédérale de justice a donc estimé⁸³⁷, trois mois après, que la banque défenderesse n'est pas autorisée à toujours refuser de communiquer cette information si le compte a été utilisé en relation avec une violation « *évidente* » des droits de marque. Pour caractériser cette violation, la Cour fédérale de justice s'est fondée sur l'échec du test de nécessité en ce que les données demandées au défendeur pouvaient éventuellement être obtenues par d'autres moyens ou d'autres sources que l'établissement bancaire, notamment par le biais d'une procédure pénale contre une

⁸³⁶ OLG Hambourg, 5 janv. 2006, *Bildmarke Trabi 03*, MD 2006, n° 4, p. 451 : « *l'utilisation humoristique et ironique d'une marque renommée sur des T-shirts peut être couverte par la liberté artistique de l'article 5, alinéa 3 de la loi fondamentale allemande ; ceci dépend de l'utilisation de la marque dans le cas en cause* » ; OLG Hamburg, 10 juin 2002, MD 2002, n° 9, p. 947 : « *une entreprise ne peut utiliser le droit des marques pour empêcher que son nom soit utilisé dans le cadre d'un compte rendu critique sur ses activités* ».

⁸³⁷ BGH, 21 oct. 2015, *Davidoff Hot Water II*, I ZR 51/12 : GRUR 2016, p. 497.

personne inconnue. Ainsi, exiger du titulaire du droit de recourir à une procédure pénale n'est pas compatible avec son droit fondamental à un recours effectif devant un tribunal conformément à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Par conséquent, le défendeur ne bénéficie pas d'un droit inconditionnel de toujours refuser de communiquer des informations, car cela aurait pour conséquence d'entraver illégalement le droit fondamental à un recours juridictionnel effectif et à la protection des droits de propriété intellectuelle, dont le droit des marques fait partie. Il convient ici de souligner que le droit fondamental du titulaire du compte à la protection de ses données à caractère personnel en vertu de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et le droit de la banque à la liberté professionnelle en vertu de l'article 15 de ladite Charte passent *de facto* au second plan, après les droits fondamentaux du titulaire de la marque à la protection de la propriété intellectuelle et à une protection juridique efficace. Cela constitue, un exemple supplémentaire du fait que la jurisprudence de la CJUE et l'utilisation du principe de proportionnalité n'ont pas pour conséquence de fragiliser les droits de propriété intellectuelle : ils peuvent les renforcer, comme c'est le cas en l'espèce. De plus, l'accent est mis, lors du contrôle, sur le test de nécessité : le caractère particulier de cette étape s'en trouve renforcé.

Cependant, la Cour fédérale de justice et les juridictions du fond ne sont pas les seules à utiliser le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. La Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) se montre tout aussi pragmatique face à l'invocation des droits fondamentaux et elle utilise pleinement son propre contrôle de proportionnalité pour concilier les droits en présence.

179.— L'utilisation rationnelle du principe de proportionnalité par la Cour constitutionnelle allemande. Dès 1971⁸³⁸, la Cour constitutionnelle a jugé qu'une première version de la loi de 1965 sur le droit d'auteur, définissant une exception pour la reproduction d'œuvres protégées dans des recueils utilisés par les églises et les écoles, ne respectait pas la garantie constitutionnelle du droit à la propriété reconnu à l'article 14 de la Loi fondamentale. La Cour pose alors l'idée fondamentale selon laquelle il appartient au législateur, dans le cadre du droit d'auteur, de fixer des normes appropriées qui garantissent que l'utilisation et l'exploitation du droit sont conformes à sa nature et à sa signification sociale. C'est donc bien au législateur que revient, dès l'origine, la mission de déterminer un juste équilibre entre les droits fondamentaux en conflit. La Cour effectue un contrôle de proportionnalité pour vérifier

⁸³⁸ BverfG, 7 juill. 1971, *Kirchen- und Schulgebrauch*, 1 BvR 765/66 : *GRUR* 1972, p. 481.

que le législateur a bien accompli cette mission. En l'espèce, le test d'aptitude (ou d'adéquation) de l'exception est réussi puisque celle-ci vise à faciliter l'accès aux œuvres dans le cadre d'activités religieuses ou éducatives. Il en est autrement pour le test de nécessité puisque la Cour ne juge pas cette mesure nécessaire au sens où, selon elle, une mesure moins attentatoire à la propriété était possible en complétant l'autorisation d'usage d'une obligation de rémunération des ayants droit avec un système de licence obligatoire ou de redevances de droit d'auteur. Le développement du test de proportionnalité *stricto sensu* est à nouveau inutile.

La Cour constitutionnelle fait évoluer cette position grâce à un arrêt du 29 juin 2000⁸³⁹, dit *Germania*, adaptant sa décision à des faits particuliers. En effet, un auteur avait utilisé dans une de ses pièces (posthume) deux longs passages tirés de deux pièces différentes de Bertolt Brecht sans l'autorisation des ayants droit de celui-ci. L'objectif de cette citation était de permettre au spectateur de procéder à une appréciation critique des thèses développées par Brecht à travers cette nouvelle pièce. Ses ayants droit décident alors d'agir en justice pour violation du droit d'auteur. Le Tribunal régional supérieur de Munich juge que la reprise de ces passages ne pouvait bénéficier de l'exception de citation prévue par le droit d'auteur allemand (article 51, 2 de la loi du 9 septembre 1965) car, en plus d'être trop longue, il n'y avait aucune « connexion interne » ou « fonctionnalité » entre la citation et le reste du texte, de sorte qu'elle n'en éclairait pas le contenu ou qu'elle n'était pas utilisée à titre de soutien d'un argument avancé par l'auteur⁸⁴⁰. C'est dans ces circonstances que les ayants droit de l'auteur de la pièce saisissent la Cour constitutionnelle allemande pour savoir si la liberté artistique de l'auteur pouvait prévaloir sur le droit d'auteur de Brecht. La Cour, de manière audacieuse, souligne que « *dans le contexte de la création artistique, la liberté de citer une œuvre est plus large et ne doit pas avoir pour unique fonction de venir à l'appui d'un développement personnel. L'artiste doit pouvoir intégrer des œuvres protégées dans sa propre création sans qu'il y ait nécessairement un développement propre que la citation viendrait illustrer. La citation doit cependant être utilisée comme outil ou véhicule d'une opinion artistique exprimée par l'auteur* »⁸⁴¹. La Cour reproche ainsi aux juges du fond de ne pas avoir interprété l'exception de citation à la lumière de l'article 5 de la Loi fondamentale. Ce faisant, elle donne une portée inédite à cette exception dans le cas d'une œuvre littéraire particulière. Cette spécificité de l'espèce est soulignée dans le cadre du test de proportionnalité qui a mis en balance les intérêts en présence. La Cour a en effet estimé que la liberté artistique doit prévaloir « *lorsque – comme c'est le cas en l'espèce –*

⁸³⁹ BVerfG, 29 juin 2000, *Germania* 3, 1 BvR 825/98 : *GRUR* 2001, p. 149.

⁸⁴⁰ OLG Munich, *NJW* 1999, p. 1975.

⁸⁴¹ Trad. Fr. : Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004, p. 407.

une violation des droits de l'auteur de faible ampleur, n'entraînant qu'une perte financière minime pour les ayants droit, s'oppose à la liberté de création, l'intérêt de l'artiste à la libre circulation de l'œuvre dans le cadre d'une confrontation sur le terrain artistique doit prévaloir sur les simples intérêts financiers des titulaires de droit ». Elle rappelle également sa jurisprudence en ce qu'une fois publiée l'œuvre n'est plus à l'unique disposition de son auteur⁸⁴². Cela lui permet de soutenir que plus une œuvre peut servir de référence dans une discussion artistique plus elle remplit « *le rôle social souhaité* » qui justifie que les artistes doivent tolérer une certaine interférence avec leurs droits d'auteur de la part d'autres artistes qui incluent leur travail dans leur regard critique sur la société⁸⁴³. La Cour prend donc en compte la liberté de création dans le contexte d'une œuvre littéraire exprimant une opinion artistique autant que les conséquences que pourrait avoir cette citation en termes financiers pour l'auteur cité. En effet, comme le souligne M. Geiger, il aurait été clairement disproportionné d'interdire la pièce au motif de redevances, semble-t-il, faibles non versées⁸⁴⁴. Ce pragmatisme illustre un cas précis devant rester exceptionnel, dans lequel le contrôle de proportionnalité permet le respect des droits fondamentaux par l'interprétation extensive circonstanciée d'une exception prévue par la loi, sans en créer une nouvelle, conformément à la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne.

180. — Arrêt *Pelham* : *sampling* et contrôle de proportionnalité. Il est pertinent, à cet égard, de revenir sur l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle allemande à l'origine de la fameuse jurisprudence *Pelham* de la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁴⁵. En effet, en 2016, la Cour constitutionnelle se prononce sur le cas d'espèce précédemment évoqué : un sample rythmique de deux secondes extrait d'un morceau du groupe Kraftwerk, utilisé par un producteur pour la création d'un nouveau morceau, sans l'autorisation dudit groupe⁸⁴⁶. Si la question semble avoir été résolue, dans la législation allemande sur le droit d'auteur, par la règle selon laquelle sa protection ne porte que sur les éléments de l'œuvre par lesquels se révèle

⁸⁴² BverfG 31, 229, 7 juill. 1971, *Kirchen- und Schulgebrauch*, 1 BvR 765/66 : *GRUR* 1972, p. 481

⁸⁴³ L. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, 2002, p. 39.

⁸⁴⁴ Ch. Geiger, *op. cit.*, p. 408.

⁸⁴⁵ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Pelham*, aff. C-476/17 : *supra*, n° 165 et suiv.

⁸⁴⁶ BverfG, 31 mai 2016, *Metall auf Metall*, BvR 1585/13 : *Propr. intell.* 2016, p. 457, obs. A. Lucas.

l'originalité⁸⁴⁷ (la « *sonorité* » ne pouvant être considérée comme une œuvre originale⁸⁴⁸), et impliquant que le consentement de l'auteur de l'œuvre d'origine n'était pas nécessaire⁸⁴⁹, il en est autrement pour les droits voisins. En effet, le droit de propriété intellectuelle des producteurs de phonogrammes et des artistes-interprètes était invocable⁸⁵⁰. Après plusieurs jugements au fond, la Cour fédérale de justice allemande avait jugé que l'article 24 de la loi sur le droit d'auteur de 1965, concernant « *la libre utilisation* » (*freie Benutzung*), était transposable au droit voisin du producteur de phonogrammes reconnu par l'article 85§1 de la même loi. Néanmoins, cet article ne pouvait autoriser le sample en l'espèce, car le producteur n'avait pas prouvé l'impossibilité de produire lui-même la séquence sonore litigieuse⁸⁵¹. Cet arrêt est annulé par la Cour constitutionnelle allemande qui reproche à la Cour fédérale de ne pas avoir cherché à établir un équilibre (*Gleichgewicht*) entre le droit voisin du producteur (garanti par l'article 14§1 de la Loi fondamentale) et la liberté de création (garantie par l'article 5§3 du même texte). Elle enjoint à la juridiction de renvoi d'opérer elle-même un contrôle de proportionnalité tout en lui donnant des indications pour y parvenir. Ainsi, elle affirme que le *sampling* est un mode de création légitime dans la musique. Il convient donc de ne pas l'interdire, *de facto*, en obligeant systématiquement l'auteur de l'œuvre dérivée à solliciter l'accord de l'auteur de l'œuvre originelle, ce qui pourrait entraîner des coûts importants pour le premier. Dans la recherche de ce juste équilibre, les juges du fond ne doivent pas non plus tenir compte de la possibilité technique de reconstituer les sons empruntés. Si ce critère n'est pas pertinent, il faut néanmoins considérer le caractère éventuellement marginal de l'emprunt, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif, ainsi que son impact économique sur l'exploitation de l'œuvre échantillonnée. Elle invite également la juridiction de renvoi à interpréter l'article 85 de la loi allemande sur le droit d'auteur à la lumière de ces lignes directrices et, pour les actes d'exploitation postérieurs à l'entrée en vigueur de la directive

⁸⁴⁷ Art. 24 de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins du 9 septembre 1965 (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz) : « 1. Une œuvre indépendante qui a été créée en utilisant librement l'œuvre d'autrui peut être publiée et exploitée sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre utilisée. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas à l'utilisation d'une œuvre musicale par laquelle une mélodie est tirée de manière reconnaissable d'une œuvre pour servir de base à une œuvre nouvelle ».

⁸⁴⁸ D. Lefranc, « Fragments sonores et création musicale », *D.* 2000, chron. p. 497.

⁸⁴⁹ A.-E. Kahn, *Le droit des musiciens dans l'environnement numérique*, thèse Dijon, 1998, n° 161 et s., et n° 1069 et s.

⁸⁵⁰ J.-F. Forgeron, B. de Roquefeuil, « Digitalisation et échantillonnage numérique : quelques perspectives juridiques », *Légicom* 1994, n° 3, p. 75.

⁸⁵¹ BGH, 13 déc. 2012, *Metall auf Metall II*, I ZR 182/11 : *GRUR* 2013, p. 614.

2001/29, à se tourner vers le droit de l'Union voire à interroger la Cour de justice. Elle le fera le 1^{er} juin 2017 à l'occasion de l'arrêt du 29 juillet 2019⁸⁵².

II - Autriche : une application prudente

181. — Premiers arrêts de la Cour suprême autrichienne : une prudence de mise. À l'instar de l'Allemagne et de sa Cour fédérale de justice, l'Autriche a longtemps fait preuve de prudence quant à l'application du principe de proportionnalité dans la résolution des conflits de droits fondamentaux. Après l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme dans le bloc des règles constitutionnelles de 1964, la Cour constitutionnelle autrichienne l'a reconnue en 1980⁸⁵³. Il faut encore attendre quelques années pour que le principe de proportionnalité s'applique au droit de la propriété intellectuelle car, dans un premier temps, le juge lie le respect des droits fondamentaux à la théorie de l'équilibre interne. En 1996⁸⁵⁴, la Cour suprême autrichienne est confrontée à des faits assez classiques : un contrat (qualifié d'« *œuvre linguistique* ») est publié intégralement dans un journal sans l'autorisation de son auteur. La Cour refuse, à cette occasion, l'invocation par les défendeurs du principe de liberté d'expression, consacré à l'article 13 de la Constitution autrichienne et à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour contrer l'application du droit d'auteur hors des limitations légales. Selon la Cour, cette liberté a suffisamment été prise en compte par le législateur au sein des limites légales au droit d'auteur. Cette jurisprudence est confirmée en 1997⁸⁵⁵ à l'occasion de faits analogues impliquant des caricatures publiées dans un magazine sans l'autorisation de leur auteur.

182. — Le revirement de l'arrêt *Medienprofessor* : reconnaissance d'un conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression. Il faut attendre 2001⁸⁵⁶ pour que la Cour infléchisse sa position et se rapproche lentement de la motivation des juges allemands. En effet, à l'occasion d'une affaire de droit d'auteur, la Cour suprême devait examiner la reproduction en intégralité de seize articles d'un journal (sans l'autorisation de ce dernier et sans qu'aucun

⁸⁵² CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Pelham*, aff. C-476/17 : *supra*, n° 165 et suiv.

⁸⁵³ M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p. 156.

⁸⁵⁴ OGH, 17 déc. 1996, *Head-Kaufvertrag*, 4 Ob 2363/96 : *MR* 1997, p. 93, note M. Walter.

⁸⁵⁵ OGH, 9 déc. 1997, *Karikaturwiedergabe*, 4 Ob 361/97k ; *GRUR Int.* 1998, p. 896.

⁸⁵⁶ OGH, 12 juin 2001, *Medienprofessor*, 4 Ob 127/01g ; *GRUR Int.* 2002, p. 341.

commentaire ne soit apposé sous les articles), sur le site internet de la personne sujet de ces articles pour démontrer la campagne médiatique exercée à son encontre. La Cour suprême rejette les demandes du journal et reconnaît que le droit à la liberté d'expression, protégé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, peut entrer en conflit avec le droit fondamental d'auteur. Il convient, selon la Cour, d'évaluer si c'est le cas dans chaque espèce en mettant en balance les intérêts poursuivis par l'auteur avec le droit à la liberté d'expression. Pour ce faire, la Cour utilise une méthode assez peu construite et générale, mais au sein de laquelle se retrouve l'essentiel du test classique en trois étapes. La Cour, après avoir rappelé sa jurisprudence, rapproche la reproduction des seize articles de l'exception de citation prévue dans le droit d'auteur autrichien. Elle souligne que les faits ne respectent pas les conditions prévues par la loi pour se prévaloir de cette exception, mais que l'absence de ces éléments est remplacée par la supériorité du droit à la liberté d'expression, exercé par le défendeur, par rapport aux intérêts du demandeur. La Cour se penche ainsi sur ce qu'on peut rapprocher du test de proportionnalité *stricto sensu*, en soulignant que le journal n'est pas économiquement affecté par l'inclusion des articles sur le site internet du défendeur. Cette inclusion sert donc à dénoncer une campagne médiatique et ne saurait justifier une restriction de la liberté d'expression par la législation sur le droit d'auteur. Elle termine par un test sommaire de nécessité, considérant que le journal ne pouvait se prévaloir du fait que le défendeur n'avait pas d'autres « *possibilités de contre-représentation* ». Pour la Cour, seule la reproduction de tous les articles était apte à montrer et à prouver l'acharnement médiatique contre le demandeur et donc à en faire l'objet d'une discussion. Enfin, la véracité des accusations formulées dans les articles n'avait pas non plus d'importance car la reproduction - non commentée - des articles sur la page d'accueil du défendeur n'en disait rien.

183. — Une application du principe conditionnée à un fondement législatif préalable. Depuis lors, la Cour suprême autrichienne s'est attachée à respecter le principe de proportionnalité et son contrôle et n'a pas hésité pas à interroger la Cour de justice de l'Union européenne pour être certaine de son champ d'application. À titre d'exemple, un arrêt de 2009⁸⁵⁷ a amené la Cour suprême à statuer sur un litige opposant la société de gestion autrichienne des producteurs de musique et des artistes musicaux à un fournisseur d'accès internet. La première demandait au second de lui fournir les adresses IP de ses clients impliqués dans des activités de partage de fichiers non autorisées. La société de gestion concernée a

⁸⁵⁷ OGH, 14 juill. 2009, *LSG/Tele2 (MediaSentry II)*, 4 Ob 41/09x.

d'abord obtenu gain de cause devant les juridictions du fond. Puis, l'affaire a été portée devant la Cour suprême autrichienne, qui a suspendu la procédure en cours et posé une question préjudicielle à la Cour de justice. Cela a donné lieu à l'ordonnance *LSG-Gesellschaft*⁸⁵⁸ (déjà évoquée en lien avec l'arrêt *Promusicae*⁸⁵⁹). Il y était dit pour droit que la législation de l'Union européenne « *ne s'oppose pas à ce que les États membres établissent une obligation de transmission à des personnes privées tierces de données à caractère personnel relatives au trafic pour permettre d'engager, devant les juridictions civiles, des poursuites contre les atteintes au droit d'auteur. Toutefois, le droit communautaire exige que les États membres, lors de la transposition des directives [...] veillent à se fonder sur une interprétation de celles-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux en présence. Par ailleurs, les autorités ainsi que les juridictions des États membres doivent, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition desdites directives, non seulement interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces dernières, mais également veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de ces directives qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité* ». À la suite de cette réponse, la Cour suprême autrichienne a fait droit au recours, rejetant les demandes de communication des noms et adresses des clients de la défenderesse. La Cour a estimé que la législation nationale actuelle empêchait la défenderesse de stocker légalement des données relatives au trafic. Cependant, afin de donner suite à la demande de la société de gestion, ces données auraient dû être traitées pour identifier les noms et adresses des clients en question. Ainsi, les informations nécessaires ne pourraient être obtenues qu'au moyen d'un traitement illégal de données relatives au trafic, qui ne peut être demandé à la partie défenderesse. La Cour suprême est parvenue à la conclusion que le demandeur, fondé sur l'article 87, paragraphe b, point 3, de la loi autrichienne sur le droit d'auteur, devait être débouté, car les informations demandées ne pouvaient être obtenues qu'au moyen d'un traitement illégal de données relatives au trafic. La Cour suprême a reconnu que le même article prévoit un droit civil d'information générale et a souligné que les droits fondamentaux en conflit, à savoir le droit du créateur de faire valoir ses droits exclusifs et le droit des personnes à voir leurs données personnelles protégées, doivent être équilibrés. Toutefois, en raison de l'absence de législation nationale permettant le traitement des données relatives au trafic, les demandes d'information ont été rejetées sans qu'il soit nécessaire de rechercher l'équilibre entre les droits fondamentaux. De manière remarquable, la Cour suprême

⁸⁵⁸ CJCE, 19 févr. 2009, *LSG-Gesellschaft c/ Tele2 Telecommunication*, aff. C-557/07.

⁸⁵⁹ *Supra*, n° 150.

fait le choix de ne pas procéder à un contrôle de proportionnalité dans le silence de la loi. Elle entend y procéder uniquement si un texte législatif s'est positionné sur le conflit en cause. Cela montre, au sens de cette juridiction, le lien tangible entre ce contrôle et un travail législatif préalable est donc prouvé, loin de l'idée que le juge pourrait se soustraire à celui-ci. Il existe peut-être un conflit, mais le juge autrichien ne permet pas une quelconque limitation du droit à la protection des données à caractère personnel sans base légale. Il appartient au législateur d'apporter une telle limitation et non pas au juge qui prétendait appliquer le principe de proportionnalité. Cette position est potentiellement salutaire en ce qu'elle rétablit le contrôle de proportionnalité en tant que mécanisme de résolution de conflit de droits fondamentaux et pas en tant que mécanisme de création législative par les droits fondamentaux, expliquant son inutilité dans ce cas d'espèce.

184. — Une application étendue au droit des marques. Le principe de proportionnalité n'est pas l'apanage du droit d'auteur et a également été appliqué récemment par la Cour constitutionnelle autrichienne en droit des marques. En effet, en 2015⁸⁶⁰, un distributeur a vendu des parfums achetés à une source inconnue alors que le détenteur de ces marques de parfums, enregistrées dans l'UE, imposait un système de distribution sélective dont le distributeur était exclu. Le détenteur des marques introduit donc une action devant un tribunal autrichien afin de faire cesser cette activité illégale, de retirer les marchandises contrefaites et d'obtenir des informations sur les fournisseurs. Le tribunal a fait droit à sa demande sauf quant à la divulgation d'informations spécifiques. La juridiction d'appel a rejeté le recours formé par le demandeur. Le demandeur a alors introduit un recours auprès de la Cour suprême, pour que soit ordonné à la défenderesse de divulguer les informations quant à ses fournisseurs. La Cour suprême a rejeté ledit recours. Elle a estimé que la demande d'information est accueillie, en général, uniquement pour les cas d'importations parallèles interdites. Selon l'article 55a de la loi autrichienne sur les marques et l'article 8(1) de la directive 2004/48, ce droit d'information existe sous réserve de l'existence d'une violation de la marque et de proportionnalité. Bien que la Cour suprême ait reconnu l'existence d'une violation de la marque en l'espèce, elle a considéré que le droit d'information du demandeur était contrebalancé par l'intérêt du défendeur à garder sa source (fournisseur) confidentielle. La Cour utilise pour cela un contrôle de proportionnalité et se focalise, d'abord, sur le test de nécessité : selon la Cour, le demandeur aurait pu obliger (contractuellement) ses distributeurs, en dehors de l'Union européenne, à ne pas revendre les

⁸⁶⁰ OGH, 17 nov. 2015, *Markenparfums*, 4 Ob 170/15a.

produits dans l'Union européenne et à fournir des informations sur les personnes à qui ils les vendent. Puis, elle se concentre sur le test de proportionnalité *stricto sensu* par mise en balance du droit à l'information du demandeur et de l'intérêt du défendeur à garder sa source confidentielle. La Cour suprême estime qu'en cas de violation de la marque, l'intérêt du titulaire de la marque l'emporte le plus souvent. Cependant, elle conclut qu'en l'espèce l'intérêt du défendeur à ne pas divulguer sa source l'emportait. Comme dans les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne dans ses arrêts, la Cour suprême autrichienne insiste sur les conséquences d'une condamnation et est d'avis que la divulgation du fournisseur permettrait au demandeur d'empêcher celui-ci de livrer des produits authentiques à des tiers, créant un risque de fermeture du marché. Dans ce scénario, le demandeur devrait prouver que les produits en question ne sont pas destinés au marché de l'Union européenne. Cette décision illustre, au niveau des juridictions nationales, l'importance prospective du contrôle de proportionnalité en prenant en compte les conséquences directes qu'impliquerait une condamnation. La Cour recherche ainsi, à travers le test de nécessité, si d'autres solutions étaient envisageables pour le demandeur, comme c'était le cas en l'espèce.

III - Pays-Bas : une particularité constitutionnelle propre à une application plus large

185. — Spécificité néerlandaise et première décision : affaire *Boogschutter* : utilisation accessoire et liberté d'expression. Les Pays-Bas semblent être une anomalie dans l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Cela est dû à son système constitutionnel atypique, comparé aux autres États membres de l'Union européenne. En effet, en droit néerlandais, les lois du Parlement ne sont pas soumises à un test de conformité à la Constitution, car le pays ne dispose pas d'une Cour constitutionnelle. Par conséquent, la défense des droits fondamentaux repose sur la Charte des droits fondamentaux (lorsque les juges mettent en œuvre le droit de l'Union européenne) et surtout sur la Convention européenne des droits de l'homme, qui est d'application directe et qui prévaut sur le droit législatif⁸⁶¹. Les tribunaux néerlandais ont pourtant longtemps hésité à appliquer cette dernière aux litiges impliquant le droit de la propriété intellectuelle. Il faut attendre 1994 pour qu'une décision – dite *Boogschutter* - du tribunal d'Amsterdam reconnaisse implicitement une telle

⁸⁶¹ C. Kortmann, « Le juge et le contrôle de constitutionnalité aux Pays-Bas », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2007, n° 21.

application⁸⁶². En l'espèce, une interview d'un homme d'affaires avait été publiée dans un grand quotidien néerlandais. L'article était illustré par une photographie, prise dans le bureau de l'homme d'affaires interviewé, qui mettait en évidence une statuette d'archer. La société néerlandaise de concession de licences pour les arts visuels a réclamé des dommages-intérêts du fait de la reproduction de cette œuvre protégée par le droit d'auteur. La loi néerlandaise ne reconnaissant pas l'utilisation accessoire de l'œuvre comme en France, le défendeur a invoqué la protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la liberté d'expression). Bien qu'elle ait donné raison au plaignant, la Cour a convenu que, dans certaines circonstances, le droit d'auteur peut entrer en conflit avec le droit à la liberté d'expression. Néanmoins, elle a estimé qu'il n'était pas utile d'invoquer cet article pour l'espèce dont elle était saisie, car la représentation de l'œuvre d'art de manière aussi marquante n'était pas vraiment nécessaire aux fins du reportage du quotidien. Elle a donc procédé au seul test de nécessité, auquel la photographie litigieuse a échoué.

186. — Affaires *Dior et Anne Frank* : liberté d'expression contre droit d'auteur. Un an plus tard, la Cour suprême des Pays-Bas a dû statuer dans une affaire *Dior* concernant la reproduction de bouteilles de parfum, protégées par le droit d'auteur et des marques, dans les publicités d'un détaillant proposant à la vente ces parfums en importation parallèle⁸⁶³. Comme dans l'affaire précédente, la Cour a jugé qu'aucune exception légale ne s'appliquait aux faits de l'espèce. Elle a ensuite estimé qu'il était possible de sortir du système d'exception légale en se fondant sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et en mettant en balance les intérêts en présence sur la base d'un raisonnement par analogie à celui qui sous-tend les exceptions existantes. Les décisions *Boogschutter* et *Dior* ont profondément marqué l'institution judiciaire néerlandaise : à leur suite, le Comité néerlandais du droit d'auteur (organe consultatif du ministère de la Justice) a suggéré l'adoption d'une disposition législative sur l'usage loyal qui autoriserait diverses utilisations dans des circonstances compatibles avec l'article 9 de la Convention de Berne⁸⁶⁴. Ces deux affaires montrent ainsi l'influence que peut avoir le contrôle de proportionnalité dans le dialogue entre le juge et le législateur. Pour autant, le contrôle n'a, dans un premier temps, pas eu pour fonction principale d'influencer l'action du législateur, mais a toujours été exercé dans des situations précises d'espèces exceptionnelles

⁸⁶² Rechtbank Amsterdam, 19 janv. 1994, *Boogschutter* : *Informatierecht/AMI* 1994, p. 51.

⁸⁶³ Hoge Raad, 20 oct. 1995, *Dior v. Evora*, n° 15.735 : *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, p. 682.

⁸⁶⁴ Système comparé par certains avec celui en place aux États-Unis avec le *fair use*. Cf. B. Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, Oxford University Press, 2001, spec. p. 53.

présentées au juge. Ainsi, cette faculté créatrice n'a que très rarement été utilisée par les juridictions du fond néerlandaises. Quatre ans après la décision de la Cour suprême néerlandaise, la Cour d'appel d'Amsterdam juge, concernant la reproduction non autorisée de pages inédites du journal d'Anne Frank dans un magazine et après une mise en balance des intérêts en présence, que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvait ici constituer une exception au droit d'auteur⁸⁶⁵. En effet, après avoir considéré l'intérêt du public à voir les pages divulguées et l'intérêt de la fondation Frank à protéger, entre autres, la réputation des membres de la famille Frank décrits dans les fragments du journal ; le tribunal a donné raison à la Fondation et annulé la décision du tribunal d'Amsterdam⁸⁶⁶.

187.— Affaire de l'Église de Scientologie : liberté d'expression et débat démocratique sur un mouvement religieux. En 2003⁸⁶⁷, une Cour d'appel néerlandaise s'illustre à nouveau par son utilisation du contrôle de proportionnalité. En effet, la Cour d'appel de La Haye a examiné une affaire hautement sensible et controversée. En l'espèce, une journaliste avait publié, sur son site internet, plusieurs extraits de textes de l'Église de Scientologie illustrant sa doctrine et la façon dont elle encourage ses membres à commettre des actes de harcèlement. L'Église assigne alors la journaliste, ainsi que les hébergeurs du site internet, estimant que la mise en ligne de ces extraits sans son autorisation constituait une violation de ses droits exclusifs d'auteur et fondait sa demande qu'il soit mis fin à cette atteinte. La Cour d'appel décompose sa solution en trois temps. Dans le premier, elle se prononce sur l'atteinte au droit d'auteur et sur le bénéfice éventuel de l'exception de citation. Or, pour bénéficier de cette exception, il est nécessaire, au sens de la loi néerlandaise, de prouver l'existence d'une publication licite préalable⁸⁶⁸. Ce n'était, pour la Cour, pas le cas en l'espèce. Elle constate donc une atteinte aux prérogatives de l'auteur. Dans un deuxième temps, la Cour précise que si une atteinte au droit d'auteur est caractérisée, sa mise en œuvre doit, dans certaines circonstances, s'incliner devant la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle utilise directement et pour la première fois les trois critères de la Cour européenne des droits de l'homme en vérifiant que la mise en œuvre du droit d'auteur par le biais d'une interdiction de publication respecte les limites fixées dans l'alinéa 2 dudit article,

⁸⁶⁵ Gerechtshof, 8 juil. 1999, *Anne Frank Fonds v. Het Parool, Informatierecht/AMI* 1999, p. 116.

⁸⁶⁶ Rechtbank Amsterdam, 12 nov. 1998, *Anne Frank Fonds v. Het Parool, Mediaforum* 1999, p. 39.

⁸⁶⁷ Gerechtshof's-Gravenhage, 4 sept. 2003: *AMI* 2003, 6, p. 222, note B. Hugenholtz ; *Propr. intell.* 2004, n° 12, p. 834, obs. M. Vivant ; *A&M* 2004/1, p. 45, note G. Gathem, A. Strowel.

⁸⁶⁸ Article 15a de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur (*Auteurswet*).

donc si la restriction est prévue par la loi et est nécessaire dans une société démocratique. La Cour d'appel de La Haye retient que la dernière condition n'est pas satisfaite, compte tenu des circonstances. En effet, la Cour retient, au titre du test de nécessité, que la violation du droit d'auteur était le seul moyen d'assurer la réalité du débat démocratique. Le test de proportionnalité, quant à lui, est focalisé sur l'aspect antidémocratique des conceptions régnantes au sein de l'Église, révélé par certains témoignages, et sur l'absence de but commercial dans la publication des œuvres protégées sur le site de la journaliste, critère déterminant pour faire prévaloir la liberté d'expression. Dans un troisième temps et de manière non négligeable, la Cour d'appel analyse la responsabilité des hébergeurs du site internet du fait de l'hébergement des publications prétendues contrefaisantes ainsi que des hyperliens redirigeant vers ces documents. Elle en conclut que, dans la mesure où la journaliste n'a pas commis d'acte illicite, une complicité d'un acte illicite pour l'hébergeur ne saurait être qualifiée. Il n'est donc pas nécessaire qu'elle examine les conditions de sa responsabilité, que ce soit au visa de la directive 2001/31 ou au visa d'une quelconque obligation de prudence. La décision paraît intéressante d'un point de vue méthodologique, mais son opportunité pourrait être discutée. En effet, certains auteurs ont souligné⁸⁶⁹ que la décision semble empreinte de défiance envers l'Église de Scientologie, et aurait pu être différente si l'espèce impliquait une organisation religieuse plus « conventionnelle ». Cependant, cette appréciation participe de l'examen des faits, primordial pour procéder à un contrôle de proportionnalité abouti (l'Église de la Scientologie ne peut, en l'état, être comparée aux autres religions). Il convient à nouveau de rappeler que les faits ne doivent pas devenir un prétexte au développement d'une motivation à l'encontre des requérants. Ils ne doivent être qu'un support objectif à partir desquelles le juge doit interpréter les droits fondamentaux.

188. — Affaire LVMH : proportionnalité et dessins et modèles. Hormis l'affaire *Église de la Scientologie*, les cas où le contrôle de proportionnalité conduit à la reconnaissance de la prévalence d'un droit fondamental autre que celui de propriété intellectuelle demeurent exceptionnels aux Pays-Bas. Un jugement du tribunal de La Haye de 2011⁸⁷⁰, fait rare, concerne le droit des dessins et modèles. En l'espèce, une artiste avait utilisé les célèbres motifs d'un sac à main dont le modèle était la propriété de la société LVMH, pour une toile représentant, notamment, un enfant du Sahel portant un chihuahua et un sac à main avec ledit motif. La

⁸⁶⁹ K. Koelman, note sous cet arrêt, *Computerrech*, 2003/06, p. 357.

⁸⁷⁰ Rechtbank's-Gravenhage, 4 mai 2011, *KGZA 11-294, LVMH* (décision définitive) : *Propr. industr.* 2012, chron. 1, § 26, obs. T. de Haan.

société demande l'interdiction d'usage du modèle, invoquant son droit de propriété industrielle. L'artiste lui oppose sa liberté d'expression telle que consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le tribunal de La Haye juge l'espèce en référé eu égard au contexte médiatique alors très défavorable au requérant. Il juge que la liberté d'expression doit prévaloir sur la prétendue atteinte à la réputation⁸⁷¹. Pour y parvenir, le contrôle de proportionnalité, appliqué de nouveau selon la méthode de la Cour européenne des droits de l'homme, permet d'établir qu'une société démocratique doit pouvoir supporter des œuvres qui heurtent, choquent ou inquiètent, même si cela doit parfois se faire au détriment d'une protection rigide des droits intellectuels.

189. — Affaire *GS Media* : importance de la motivation lors du contrôle de proportionnalité. Enfin, en 2015, la Cour suprême néerlandaise s'est prononcée, à nouveau, quant au contrôle de proportionnalité entre liberté d'expression et droit d'auteur⁸⁷². Elle y apporte une précision capitale. Les faits impliquaient l'éditeur d'un site néerlandais. Il avait publié des liens hypertextes vers des photographies inédites hébergées sur des plateformes de fichiers, sans l'autorisation du magazine qui devait les publier en exclusivité. L'intérêt de l'arrêt portait sur la responsabilité de l'auteur d'un lien hypertexte et a contraint la Cour suprême des Pays-Bas à surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁷³. La haute juridiction néerlandaise fait néanmoins, dans sa motivation, une remarque essentielle à propos du contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. En effet, le site défendeur à l'instance avait invoqué, devant la Cour d'appel, son droit à la liberté d'expression tel que prévu à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour d'appel n'avait pas retenu le moyen du défendeur puisque le législateur a prévu un équilibre entre droits fondamentaux au sein de la loi : il ne peut être admis que la liberté d'expression justifie une violation du droit d'auteur d'autrui que dans des cas exceptionnels. La Cour suprême rappelle donc que si une défense est fondée sur un droit fondamental, les juridictions doivent examiner si, « *dans le cas spécifique* », l'application d'un droit de propriété intellectuelle est contraire à un autre droit fondamental. Si elle admet, au visa de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qu'un équilibre approprié entre les différents droits fondamentaux doit être assuré lors de l'élaboration de la législation sur la

⁸⁷¹ A supposé, comme le souligne très justement T. de Haan dans sa note précitée, qu'un enregistrement de modèle ait pour fonction d'incarner la réputation d'un modèle et de son titulaire.

⁸⁷² Hoge Raad, 3 avr. 2015, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV et A*, n° 14/01158.

⁸⁷³ CJUE, 8 sept. 2016, *GS Media BV c/ Sanoma*, aff. C-160/15.

propriété intellectuelle, le juge doit également examiner si, en l'espèce, l'octroi de la mesure demandée ne porte pas indûment atteinte au droit fondamental invoqué par la partie attaquée. L'apport de cet arrêt, comme nous le verrons, s'approche fortement de la jurisprudence récente de la Cour de cassation française⁸⁷⁴. En effet, sans appeler les juridictions du fond à remettre en cause l'équilibre posé par le législateur, la Cour suprême néerlandaise leur demande de modifier leur motivation pour remplacer un raisonnement abstrait par une approche plus concrète des droits fondamentaux, qui semble indispensable à la résolution d'un conflit.

IV - Suède et Belgique : résistance face à l'application du principe

190. — Suède : affaire *Wikimedia* et rigorisme textuel. La Suède est l'un des deux États européens, avec le Portugal, à reconnaître, au sein même de sa Constitution, la propriété intellectuelle comme un droit fondamental⁸⁷⁵. Sa Cour suprême (*Högsta domstolen*) a rendu un arrêt remarqué, en 2016, qui présentait une position assez rigoriste du contrôle de proportionnalité⁸⁷⁶. En l'espèce, la fondation américaine Wikimedia (détenant la fameuse plateforme Wikipédia) a mis en ligne, sur un site internet, une base de données collective regroupant les œuvres d'art exposées dans un lieu public en Suède. Sur cette plateforme, les internautes pouvaient librement ajouter du contenu et le consulter gratuitement. La société de gestion suédoise des droits sur les œuvres des arts visuels assigne la fondation pour faire cesser la reproduction de trois œuvres d'art placées de façon permanente dans un lieu public. Si son action ne vise que la reproduction de trois sculptures, elle concerne *de facto* toutes les images contenues sur la base. La loi suédoise sur le droit d'auteur de 1960 prévoit, en son article 24, une exception de panorama (qui figure dans la liste des exceptions facultatives prévues par la directive 2001/29 à l'article 5.3 h), qui permet aux œuvres d'art d'être représentées sous forme de carte postale si elles sont situées de manière permanente en plein air dans des lieux publics. Le défendeur soutenait que la mise en ligne était couverte par cette disposition et a refusé l'accord de licence proposé par la société de gestion. Pour rejeter la demande, la Cour suprême n'effectue pas de contrôle de proportionnalité, mais part d'une lecture abstraite de la loi. En effet, fondée sur les travaux législatifs, la Cour constate que l'exception soulevée par le

⁸⁷⁴ *Infra*, n° 206 et suiv.

⁸⁷⁵ *Regeringsformen*, article 16.

⁸⁷⁶ *Högsta domstolen*, 4 avr. 2016, Ö 849-15 (synthèse en anglaise publiée sur le site de la Cour) : *Propr. intell.* 2016, p. 438, obs. A. Lucas.

défendeur est justifiée par l'intérêt du public à reproduire librement les paysages sans devoir tenir compte des droits susceptibles d'exister sur les œuvres d'art qu'ils englobent. En effet, cette exception a été pensée pour permettre les reproductions par la peinture, le croquis, la photographie ou toute autre technique permettant une reproduction en deux dimensions. La tolérance de la loi pour la reproduction d'œuvre sur des cartes postales s'explique par sa faible incidence économique. La Cour utilise ensuite le triple test évoqué précédemment⁸⁷⁷ pour juger que la reproduction d'œuvre sur une base de données a, contrairement aux cartes postales, une réelle dimension économique, notamment eu égard à la présence d'hyperliens menant à d'autres services, peu importe que l'opérateur poursuive lui-même un but commercial. Cette lecture très stricte de la loi fait donc abstraction d'un potentiel contrôle de proportionnalité entre le droit du public à l'information et le droit de la propriété intellectuelle, qui aurait pu entraîner à une extension de l'exception de panorama. Sans préjuger de l'opportunité de la décision de la Cour suprême suédoise, il apparaît qu'un tel contrôle lui aurait permis de poursuivre son raisonnement afin de rendre une décision qui aurait peut-être moins déchaîné les passions, y compris hors des frontières suédoises⁸⁷⁸. En effet, en l'espèce, si le test de nécessité n'aurait posé que peu de difficultés, le test de proportionnalité *stricto sensu* aurait permis une motivation plus profonde que la simple analogie avec la carte postale et créé un débat sur le critère de valeur commerciale, assez marginale, des informations mises en ligne. Dans ce cas, l'artiste qui choisit de placer de façon permanente son œuvre protégée dans un lieu public donne-t-il ainsi au public le droit de regarder l'œuvre en personne ou sur un site informatif pour une utilisation éducative et non commerciale de celle-ci ? Une réponse aurait pu être apportée à cette question par un contrôle de proportionnalité, sans que l'équilibre des droits fondamentaux prévu par la loi n'en soit bouleversé.

191. — Belgique : arrêt *Index c/ Biblo* et décisions postérieures. Comme en France, l'application du principe de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux n'est pas explicitement admise par les textes constitutionnels ou législatifs belges. Cependant, ledit

⁸⁷⁷ *Supra*, n° 60 ; Article 5.5 de la directive du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur dans la société de l'information : « Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ».

⁸⁷⁸ P. O' Mahony, « Wikimedia 'breaks copyright' with Swedish statue photos », *The Local SE*, 4 avril 2016 [disponible en ligne] ; A. Paulet, « Suède : Wikipédia condamné pour des photos d'œuvres d'art », *Le Figaro*, 4 avril 2016 [disponible en ligne] ; T. Noisette, « Liberté de panorama : Wikimedia Suède condamnée en justice », *L'Obs*, 21 novembre 2016 [disponible en ligne].

principe y a été appliqué tant par le Conseil d'État, en matière administrative⁸⁷⁹, que par la Cour constitutionnelle, lors de son contrôle de constitutionnalité⁸⁸⁰. En matière civile, la Cour de cassation belge a, dans son fameux arrêt *Le Ski* de 1971, reconnu au juge la faculté d'écarter une norme de droit interne incompatible avec le droit international conventionnel⁸⁸¹. Certains auteurs ont alors pensé que le juge devrait utiliser le principe de proportionnalité quand cela est nécessaire⁸⁸² et son utilisation est demeurée exceptionnelle⁸⁸³. Depuis lors, la Cour de cassation belge est très réticente à l'application d'un contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. L'illustration la plus frappante de cette réticence est l'arrêt *Index c/ Biblo* de 2003 à l'occasion duquel elle s'est prononcée pour la première fois sur les rapports entre la loi belge sur le droit d'auteur de 1994 et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁸⁴. En l'espèce, le propriétaire d'une base de données en droit fiscal alimentait son site internet de contenus (notamment des résumés de décisions judiciaires) issus de deux revues de droit fiscal publiées par un éditeur juridique qui n'avait pas autorisé leur reproduction. L'éditeur assigne le propriétaire de la base de données en justice et obtient, en première instance et en appel, un ordre de cessation de l'utilisation de l'information contenue dans ses revues. La Cour de cassation confirme la condamnation, mais ajoute, quant à l'invocabilité par le défendeur des articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 du traité international aux droits civils et politiques, que ces dispositions ne font « *pas obstacle à la protection de l'originalité de la manière suivant laquelle l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique exprime ses idées et concepts* » et exclut ainsi tout contrôle de proportionnalité. Si la condamnation semble logique, la motivation du juge paraît insuffisante au regard de la réponse faite face à l'invocation d'un droit fondamental. En effet, la lecture de la motivation laisse penser que la Cour de cassation belge ne considère pas le droit d'auteur comme une restriction à la liberté d'expression (et non l'inverse) au sens de la Convention européenne des droits de

⁸⁷⁹ P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, t. I, p. 49.

⁸⁸⁰ P. Martens, B. Renauld, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Die Keure – La Charte, 2006, p. 44.

⁸⁸¹ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 886 ; *J.T.*, 1971, p. 460-474, avec les conclusions de W. J. Ganshof van der Meersch.

⁸⁸² P. Martens, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, Presses universitaires de Namur, 2007, p. 74 ; A. Rasson, M. Verdussen, « Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2010, n°XXV-2009, p. 123.

⁸⁸³ V. par ex. : Cass., 9 mars 1999, *Pasicrisie*, 1999, I, p. 361 : L'article 421 du Code de d'instruction criminelle était contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸⁸⁴ Cass., 25 sept. 2003, *R. W.*, 2003-2004, p. 1179 ; *A&M* 2005/1, p. 13, note A. Lucas ; v. également l'opinion de l'Avocat général Bresseleers ; *RABG* 2004/4, p. 205, note F. Brison.

l'homme. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cela est faux. En effet, si la portée de la décision n'est pas remise en cause, une motivation claire et intelligible sur les droits fondamentaux apportée par un contrôle de proportionnalité manque cruellement à cette décision.

Fidèles à cette position, les juridictions du fond n'en ont pas dévié depuis. En 2010, la Cour d'appel d'Anvers s'est prononcée sur une œuvre d'art conceptuelle : son auteur avait apposé sur la sculpture d'un autre artiste un ruban portant la mention « *interdiction de regarder* ». La Cour juge alors que les restrictions à la liberté d'expression sont « *clairement* » légitimées par la loi sur le droit d'auteur (renvoyant ainsi à la théorie de l'équilibre interne)⁸⁸⁵. En 2011, la Cour d'appel de Bruxelles, dans la médiatique affaire *Copiepresse c/ Google*⁸⁸⁶, a dû examiner la légalité du service Google News, célèbre site qui présente de façon automatisée des articles d'information en provenance de sources sur le Web, fonctionnant de la même manière qu'un moteur de recherche qui n'indexerait que des articles de presse. La société Copiepresse, qui gère les droits des éditeurs belges, considérait que ce service reproduisait sans autorisation une partie significative des articles publiés par ses membres. Parmi les nombreux moyens soulevés par Google, était invoqué l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme concernant la liberté à communiquer des informations. La Cour d'appel, rappelant que Google a repris à son compte et sans autorisation des informations qui ont déjà été communiquées au public par un organe de presse, décide que « *la balance des intérêts en présence à laquelle [Google] demande à la cour de procéder ne concerne donc pas la liberté de communiquer cet hyper lien pour avoir accès à l'information sous-jacente* ». Elle cite ensuite directement la motivation de la Cour de cassation belge de 2003, pour justifier son refus de procéder au contrôle de proportionnalité. Si cette solution, comme celle de la Cour de cassation, peut sembler logique en opportunité, l'absence d'une motivation pour exclure un tel contrôle est à nouveau regrettée. Pourtant, il semble qu'un contrôle de proportionnalité n'aurait pas amené la Cour de cassation belge à donner raison à Google et à débouter Copiepresse de ses demandes.

⁸⁸⁵ CA Anvers, 1^{re} ch., 29 mars 2010 : *A&M* 2010/5-6, p. 489, note Ph. Campolini, B. Michaux.

⁸⁸⁶ CA Bruxelles, 9^e ch., 5 mai 2011, *Copiepresse, Prop. Intell.* 2011, n° 40, p. 296, note A. Lucas.

V - Autres États : Royaume-Uni et Suisse

192. — **Royaume-Uni : présentation et affaire *Ashdown c/ Telegraph***. Eu égard aux systèmes de *Common Law*⁸⁸⁷ et de protection des œuvres de l'esprit par le *copyright*⁸⁸⁸, ainsi qu'à sa sortie en 2020 de l'Union européenne, le Royaume-Uni a un statut particulier au regard du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. En effet, si le pays n'est plus membre de l'Union européenne et n'est plus tenu d'appliquer ses directives et règlements, il est toujours membre du Conseil de l'Europe. Il est ainsi permis de porter des recours devant les tribunaux britanniques sur le fondement de violations de la Convention européenne des droits de l'homme depuis 1998⁸⁸⁹. Ceci implique, comme nous l'avons vu, l'utilisation d'un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux. La jurisprudence du Royaume-Uni compte ainsi quelques décisions qui impliquent l'application d'un tel contrôle en droit de la propriété intellectuelle. La plus célèbre est la décision *Ashdown v. Telegraph Group Ltd* de 2001⁸⁹⁰. En l'espèce, un journal anglais a reproduit sans autorisation un rapport confidentiel d'une réunion politique secrète tenue entre le parti travailliste et le parti libéral démocrate à l'issue des élections générales de mai 1997. Il n'existait pas d'exceptions légales applicables aux faits de l'espèce dans le *copyright* britannique⁸⁹¹. Le journal invoquait donc le droit à la liberté d'expression reconnu à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En première instance, la *Chancery Division* de la *High Court* de Londres⁸⁹² s'est montrée fidèle à la doctrine qui prévalait jusqu'à l'adoption du *Human Rights Act* de 1998⁸⁹³ en jugeant que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvait constituer un fondement à la création de nouvelles exceptions pour compléter celles prévues

⁸⁸⁷ À la différence des autres pays de l'Union européenne, moins l'Irlande, qui ont tous un système juridique de droit romano-civiliste.

⁸⁸⁸ Clairement distinct du droit d'auteur. V. sur cette distinction du point de vue franco-américain : J.-M. Baudel, « Le droit d'auteur français et le copyright américain : les enjeux », *Revue Française d'Études Américaines* 1998, n° 78, p. 48.

⁸⁸⁹ Human Rights Act 1998 (c42).

⁸⁹⁰ CA Londres, 18 juill. 2001, *Ashdown c/ Telegraph Group Ltd.* : *EMLR* 2001, p. 44 ; *Comm. com. électr.* 2001, act. 93, obs. P. Kamina.

⁸⁹¹ The Copyright, Designs and Patents Act 1988, Part I, Chapter III. Les défendeurs avaient invoqué en vain l'exception légale de *fair dealing* pour compte-rendu critique ou d'actualité dont les conditions d'application n'étaient pas réunies en l'espèce.

⁸⁹² Chancery Division de la High Court de Londres, 11 janv. 2001, *WLR* 2001, p. 967 ; *Comm. com. électr.* 2001, act. 72, obs. P. Kamina.

⁸⁹³ C.J. Angelopoulos, « Freedom of expression and copyright: the double balancing act », *I.P.Q.* 2008, n° 3, p. 328.

par le *Copyright Act*. La juridiction a d'abord admis que le droit d'auteur constituait une restriction au droit à l'information et que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme étaient applicables à l'espèce. Elle s'en est tenue ensuite exclusivement à la théorie de l'équilibre interne, considérant qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les faits de chaque espèce pour déterminer si la restriction imposée par la loi était proportionnée, au sens de l'article 10§2, et que la balance des intérêts des titulaires de droits et des intérêts du public avait été réalisée de manière satisfaisante dans la loi sur le droit d'auteur elle-même⁸⁹⁴. Un tel refus d'appliquer un contrôle de proportionnalité est finalement classique et rappelle les décisions suédoises et belges précédemment citées.

193.— Appel de l'affaire *Ashdown c/ Telegraph* : reconnaissance de « rares circonstances » où la liberté d'expression entre en conflit avec le *copyright*. Par la suite, le journal interjette appel du jugement. L'apport de cette affaire ne se limite pas à l'application exclusive de la théorie de l'équilibre interne. En effet, le 18 juillet 2001, la Cour d'appel procède à une lecture beaucoup plus approfondie de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle retient « *que dans de rares circonstances le droit à la liberté d'expression entre en conflit avec la protection conférée par le Copyright Act, nonobstant les expressions qui s'y trouvent* » et conclut que « *dans ces circonstances, nous considérons qu'un tribunal doit, s'il le peut, appliquer le Copyright Act de manière à accommoder le droit à la liberté d'expression. Ceci implique nécessairement l'examen attentif par le tribunal des faits de l'espèce (tout comme cela est nécessaire à chaque fois qu'une exception de fair dealing est soulevée)* »⁸⁹⁵. Cependant, et c'est là l'intérêt supplémentaire de l'arrêt, la Cour d'appel rejette l'appel du journal du fait de la légitimité de la demande pécuniaire formée par le titulaire du *copyright*. En ce sens, la Cour opère une distinction entre les restrictions visant à interdire la diffusion de l'information et le droit à rémunération : « *La première façon [d'appliquer le Copyright Act de manière à accommoder le droit à la liberté d'expression] serait de refuser d'accorder une injonction [contre la publication]. Dans la plupart des cas, il nous semble qu'une telle mesure serait suffisante. Si un journal considère qu'il est nécessaire de copier les mots exacts utilisés par un autre, nous ne voyons aucune raison de principe pour que le journal n'indemnise pas l'auteur*

⁸⁹⁴ Chancery Division de la High Court de Londres, 11 janv. 2001 : « *On ne peut invoquer l'article 10 pour créer de nouvelles défenses à une action en contrefaçon en plus et au-delà de celles prévues dans la loi de Copyright de 1988. L'équilibre entre les droits du titulaire du copyright et ceux du public a été trouvé par l'organe législatif de l'état démocratique lui-même dans la loi qu'il a adoptée.* » [trad. P. Kamina].

⁸⁹⁵ CA Londres, 18 juill. 2001, *Ashdown c/ Telegraph Group Ltd*, n45 [trad. P. Kamina].

pour les pertes subies, ou pour les gains résultant de la copie de son œuvre. La liberté d'expression ne devrait pas normalement entraîner le droit d'utiliser gratuitement le travail d'autrui »⁸⁹⁶. Ainsi, dans de « rares circonstances », c'est-à-dire lorsque la reproduction d'une œuvre est véritablement nécessaire à l'information du public (reprenant ainsi le critère de « nécessité dans une société démocratique »), le titulaire du *copyright* ne peut interdire discrétionnairement cette exploitation par autrui, mais reste en droit de demander une rémunération. Cette solution peut être accueillie favorablement puisque sa méthodologie appelle les juges du fond à opérer un examen précis des faits au regard des droits fondamentaux en présence aux fins d'apprécier efficacement la nécessité et la proportionnalité des mesures en cause⁸⁹⁷.

194. — Non-application du principe de proportionnalité en droit des marques par la *Intellectual Property Enterprise Court*. En propriété industrielle, un arrêt de la *Intellectual Property Enterprise Court* de 2014⁸⁹⁸ sur des faits très similaires à ceux des arrêts *Coty Germany*⁸⁹⁹ en droit de l'Union européenne est particulièrement pertinent à évoquer. En l'espèce, le titulaire d'une marque souhaitait obtenir une injonction obligeant le défendeur à divulguer les noms et adresses de fournisseurs de produits contrefaits. Le juge n'a pas accordé l'injonction demandée, car le défendeur en subirait un préjudice irréparable (sa réputation serait gravement compromise aux yeux de ses fournisseurs qui s'inquiéteraient des futures divulgations de l'entreprise du défendeur). Contrairement aux arrêts *Coty Germany*, la décision britannique n'a pas cherché à définir un équilibre entre le droit de propriété intellectuelle et le droit à l'information. La décision est fondée sur le risque de préjudice irréparable, facteur qu'une juridiction britannique doit considérer avant d'émettre une injonction de divulguer des documents d'informations⁹⁰⁰. Faut-il en conclure qu'un tel contrôle de proportionnalité ne concernerait pas le droit de la propriété industrielle, contrairement au *copyright* ? Rien n'est moins sûr. La décision a été rendue par une juridiction alternative à la *High Court*. Les magistrats de ces juridictions sont probablement moins sensibles à la question des droits fondamentaux. Il convient néanmoins de constater, après avoir comparé cette décision aux

⁸⁹⁶ *Ibid*, n46.

⁸⁹⁷ V. également commentaire : A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, p. 368.

⁸⁹⁸ *Intellectual Property Enterprise Court*, 2 juill. 2014, CC13P0334.

⁸⁹⁹ *Supra*, n° 156 et suiv. et n° 178.

⁹⁰⁰ Appelé aussi *Norwich Pharmacal order*.

arrêts *Coty Germany*, qu'il est possible d'arriver à une décision similaire en opportunité en rédigeant une motivation intelligible et respectueuse des droits fondamentaux.

195. — Suisse : arrêt *Kreis* : application de l'équilibre interne en droit de la propriété intellectuelle. En Suisse, la situation juridique vis-à-vis des droits fondamentaux est assez similaire à celle du Royaume-Uni. En effet, la Suisse, sans être un État membre de l'Union européenne (n'étant donc pas soumise au droit de l'Union européenne), est membre du Conseil de l'Europe et a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, le 28 novembre 1974. L'apport de la Convention a été significatif tant pour la jurisprudence que dans ses modifications constitutionnelles⁹⁰¹. En effet, la Suisse est un des rares pays européens, avec l'Allemagne, à avoir inscrit le principe de proportionnalité dans sa Constitution de 1999, en son article 36⁹⁰². Elle l'appliquait auparavant en droit administratif⁹⁰³. Il n'est donc pas surprenant que plusieurs arrêts impliquant une mise en balance de droits fondamentaux aient été rendus. Le Tribunal fédéral suisse reste cependant réservé quant à l'application du contrôle de proportionnalité. Cette réserve est particulièrement bien illustrée dans l'affaire *Kreis c/ Schweizerzeit* qui a entraîné une divergence d'opinion entre la Cour suprême du canton de Zurich et le Tribunal fédéral. En l'espèce, deux personnalités ont lancé un débat public sur le traitement des demandeurs d'asile en Suisse en publiant deux articles dans un journal. Une revue d'extrême droite a ensuite reproduit ces deux articles côte à côte en y ajoutant un commentaire très critique. Un des auteurs a poursuivi la revue en justice sur le fondement de son droit d'auteur et a argué que les limites de l'exception de citation avaient été dépassées puisque la revue avait reproduit l'article en entier. En première instance, la Cour suprême du canton de Zurich a rejeté le recours⁹⁰⁴. La liberté d'opinion et d'information et sur la liberté des médias protégée par les articles 16 et 17 de la Constitution suisse l'ont conduite à juger que l'objectif de la citation ne pouvait être atteint que par la reproduction de l'article dans son intégralité. Elle applique ainsi implicitement un test de nécessité (la reproduction intégrale était le seul moyen pour atteindre

⁹⁰¹ V. à ce sujet : M. Hertig Randall, M. Hottelier, « Comment la Convention européenne des droits de l'homme a changé la Suisse », *Le Temps*, 27 novembre 2014 [disponible en ligne].

⁹⁰² « 1. Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. 2. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. 3. Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé. 4. L'essence des droits fondamentaux est inviolable ».

⁹⁰³ P. Moor, *Droit administratif, t. I, Les fondements généraux*, Stämpfli Verlag AG, 1988, p. 351.

⁹⁰⁴ Cour suprême du canton de Zurich, 9 sept. 2004 : *Médialex* 2004, p. 231, note W. Egloff.

l'objectif de la citation) conjugué à une application extensive d'une exception préexistante (le droit de citation). Cependant, le Tribunal fédéral a annulé la décision⁹⁰⁵ aux motifs que les droits fondamentaux à la liberté d'expression et à la liberté des médias ne sauraient permettre au juge la remise en cause directe de l'équilibre institué par les articles 19 à 28 de la loi sur le droit d'auteur suisse relatifs aux « restrictions aux droits d'auteur ». L'équilibre étant déjà atteint, la reproduction de certains passages est donc suffisante à garantir la liberté d'information. Rendant une décision classique, les juges de la Cour suprême ont vraisemblablement mieux analysé les faits, puisqu'il paraît difficile de justifier en opportunité le fait qu'il soit indispensable de reproduire l'intégralité d'un article pour justifier de l'objectif de la citation, qui pouvait être rempli par le choix de reproduire seulement les phrases les plus marquantes et les plus susceptibles d'être critiquées.

196. — Affaire *Logistep* : illustration des limites d'une non-utilisation du contrôle de proportionnalité. Cinq années supplémentaires sont nécessaires à ce que le Tribunal fédéral suisse examine à nouveau une affaire de conflit entre droits d'auteurs et d'autres droits fondamentaux. L'affaire *Logistep*⁹⁰⁶ est remarquable en ce qu'elle illustre une mise en balance des intérêts sans utilisation explicite des droits fondamentaux. Les limites potentielles d'une telle motivation sont alors soulignées. En l'espèce, une société privée pour le compte de sociétés professionnelles d'auteurs, avait collecté les adresses IP d'internautes ayant téléchargé illégalement des œuvres protégées. Elle avait transmis ces adresses aux sociétés d'auteurs qui saisissent alors la justice au civil en demandant l'identification des internautes. Le juge n'avait plus qu'à décider de la transmission des demandes d'identification aux fournisseurs d'accès à internet. Il s'agissait donc de savoir si une telle procédure portait atteinte au droit à la protection des données personnelles. Après avoir dit que l'adresse IP constitue une donnée personnelle et appliqué la loi sur la protection des données personnelles, le Tribunal fédéral s'interroge sur l'équilibre entre le respect des droits et libertés des personnes concernées par les données et les droits des auteurs. Plutôt que d'utiliser un contrôle de proportionnalité dans ce raisonnement, les juges retiennent l'absence de législation permettant une telle collecte de données pour déclarer cette procédure illégale. Ainsi, pour le Tribunal fédéral, la défense du droit d'auteur ne justifie pas, en l'espèce, la collecte et le traitement de données personnelles. Néanmoins, le Tribunal termine en jugeant qu'« *on peut laisser ouverte la question de savoir si le principe de*

⁹⁰⁵ Tribunal fédéral, 22 juin 2005 : *Médialex* 2005, p. 153, note D. Bargelet ; *Medialex* 2006, p. 75, note Ch. Geiger.

⁹⁰⁶ Tribunal fédéral, 8 sept. 2010, n° 1C_285/2009 : *Gaz. Pal.*, 28 oct. 2010, p. 24, note L. Marino.

proportionnalité plaide également en faveur de l'omission du traitement des données, d'autant plus que dans de nombreux cas, l'identification du contrevenant au droit d'auteur s'avérerait difficile ou impossible, par exemple, si un réseau sans fil est utilisé ou si un ordinateur est accessible à plusieurs personnes. » En d'autres termes, ce n'est pas au juge suisse de statuer sur la légalité ou non d'une telle procédure, mais bien au législateur, qui devra dès lors appliquer le principe de proportionnalité, même si le juge semble implicitement pencher en faveur du droit à la protection des données au détriment du droit d'auteur.

197. — Conclusion de la section. Que retenir de l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle lors d'un conflit de droits fondamentaux dans les États européens ? D'abord, si la forme de cette application varie énormément selon les États, l'application est partagée très majoritairement par ces derniers, en ce qu'elle s'impose avant tout au législateur au moment de la création de la loi, et avec une vérification potentielle *a posteriori* par les cours nationales constitutionnelles ou équivalent. Le rôle du juge dans l'application de ce principe reste cependant beaucoup plus discuté malgré les éclaircissements successifs des cours européennes. Sans surprise, c'est le conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression, au sens large, qui provoque le plus de contentieux pour les juridictions nationales, même si le droit des marques ne saurait être négligé, de même que le droit à la vie privée (avec la protection des données). La majorité des juridictions s'accorde sur le fait que ces conflits sont supposés être tranchés au sein même des législations du droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement au sein du droit d'auteur qui a prévu des exceptions légales à interpréter strictement. Cependant, sous l'influence des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, de plus en plus de juridictions nationales semblent (plus ou moins habilement) considérer les faits de l'espèce pour confirmer l'équilibre interne posé par la loi, ou exceptionnellement, pour reconnaître le droit fondamental en tant que limitation justifiée au droit de propriété intellectuelle. Dans les deux cas, la jurisprudence des cours européennes et la certaine marge d'appréciation laissée aux États révèlent que si ces faits ont été pris en compte au regard des droits fondamentaux et du principe de proportionnalité, le risque de censure des arrêts des juridictions nationales par les juridictions européennes semble limité. Les rares jugements dans lesquels l'application peut sembler maladroite (notamment dans la prise en compte des faits) sont soit corrigés en appel, soit expliqués par leur antériorité par rapport aux décisions rendues *a posteriori* par les juridictions européennes. En cela, ce bref panorama souligne la multiplicité des applications du principe de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux dans la motivation juridictionnelle en

ce qu'il tend à s'adapter aux spécificités nationales et au respect des droits fondamentaux en cause sans menacer les équilibres posés par le législateur. Cependant, après ce panorama, il est nécessaire de recentrer notre propos sur la tradition juridique française pour y analyser concrètement les implications du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle.

Section 2 : Application par les juridictions françaises : de la réticence à la reconnaissance

198. — Présentation. Dire que l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle en France déchaîne les passions est un euphémisme. Entre les partisans d'une analyse jurisprudentielle affranchie des standards légaux⁹⁰⁷ et ceux du rigorisme légaliste⁹⁰⁸, il est difficile, pour le juriste, de s'y retrouver. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence sur ce sujet révèle une prise en compte progressive des droits fondamentaux, mais ne démontre aucune déconstruction, par le juge, de la législation propre au droit de la propriété intellectuelle. Si les premiers arrêts de la Cour de cassation sur ce sujet, notamment l'arrêt *Utrillo*, suivaient une ligne assez conservatrice et proche de la théorie des équilibres internes (I), les craintes doctrinales sont apparues avec l'arrêt *Klasen* rendu par la même juridiction (II). Malgré son évolution remarquable sur le sujet, ledit arrêt n'a pas - comme il fallait s'y attendre - profondément bouleversé les équilibres de la matière, mais a surtout déplacé l'analyse des juges français vers une meilleure prise en compte des droits fondamentaux, en incitant à développer la motivation des décisions sur ce sujet, ce qui participe de l'intelligibilité du droit (III).

I - Les balbutiements d'un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux en droit des marques et en droit d'auteur

⁹⁰⁷ Ch. Geiger, « Droit d'auteur et liberté d'expression artistique : art « autorisé » et libre création ne font pas bon ménage », *JCP G* 2019, n° 38, p. 967 ; M. Vivant, « La balance des intérêts... enfin », *Comm. com. électr.* 2015, étude 17.

⁹⁰⁸ F. Pollaud-Dulian, « Liberté de création. Droit d'adaptation. Droit moral. CEDH », *RTD Com.* 2015, p. 515 ; A. Bensamoun, P. Sirinelli, « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin... », *D.* 2015, p. 1672.

199. — Comme évoqué dans le premier chapitre, la prise en compte des droits fondamentaux par les juridictions de l'ordre judiciaire est une problématique récente⁹⁰⁹. La garantie de cette protection incombait surtout aux juges administratifs et constitutionnels, le juge judiciaire pouvait néanmoins saisir ces dernières juridictions⁹¹⁰. Depuis la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par la France le 3 mai 1974, la Cour de cassation a pourtant été amenée à statuer sur la question de la conciliation des droits fondamentaux et sur la possible application du principe de proportionnalité. Le droit à la liberté d'expression a souvent été invoqué et la haute juridiction a appliqué assez tôt un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit avec d'autres droits fondamentaux. Ainsi, dans le cadre de la saisie d'un livre en 1989⁹¹¹ et du caractère potentiellement blasphématoire d'un film un an plus tard⁹¹², ladite application a été rappelée aux juges du fond. Il en est de même en 2003 dans le cadre de la publication d'un ouvrage qui faisait se confronter le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression⁹¹³. Cependant, ces affaires n'ont pas entraîné de conflit avec le droit de propriété intellectuelle tel que protégé par l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme. À la fin des années 2000, des décisions de juridictions du fond ont troublé la doctrine en ce qu'elles ont appliqué un contrôle de proportionnalité *in concreto* à des espèces impliquant des droits fondamentaux et le droit de propriété intellectuelle. La Cour de cassation a refusé une telle application en droit d'auteur, dans un premier temps, et a préféré admettre la théorie des équilibres internes, notamment dans les arrêts *Utrillo* et *Onze Mondial*. Cette position a ensuite été tempérée par l'arrêt *Les Misérables* concernant le droit moral (A). La Cour de cassation a cependant fait preuve, au même moment, d'une plus grande sensibilité au contrôle de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux en matière de droit des marques (B).

⁹⁰⁹ *Supra*, n° 23 et suiv.

⁹¹⁰ Notamment dans le cadre de la QPC. V. à ce sujet : note *supra*, n° 462.

⁹¹¹ Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1989, n° 87-15.139 : « *Attendu cependant que les juges du fond étaient tenus de constater la réunion des conditions d'application de la règle de droit conformément à laquelle ils avaient décidé de trancher le litige, de sorte que le moyen n'est pas nouveau ; qu'en étendant à l'intégralité du territoire français une saisie provisoire destinée à protéger des personnes établies dans le département des Hautes-Pyrénées, sans caractériser l'adéquation de cette mesure au but poursuivi, et partant sa nécessité, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

⁹¹² Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 1990, n° 88-19.366 : « *Mais attendu que le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique, d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances et le droit de pratiquer sa religion étant d'égale valeur, il appartenait aux juges du fait de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre* ».

⁹¹³ Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2003, n° 00-20.289 : *D* 2004, p. 1633, obs. Ch. Caron : « *attendu que les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* ».

A) Premières confrontations du droit d'auteur avec le droit à la liberté d'expression

1) Affaire Utrillo

200. — Faits et première instance. En l'espèce, une exposition consacrée au peintre Maurice Utrillo était organisée à Lodève au cours de l'été 1997. Pour la promouvoir, une équipe de télévision de la chaîne France 2 a diffusé un reportage de plus de deux minutes durant lequel, entre des images représentant la ville et le peintre, douze de ses peintures ont été brièvement filmées. À la suite de cette diffusion, l'ayant droit du peintre assigne la chaîne de télévision en contrefaçon et paiement de dommages-intérêts. La chaîne de télévision invoque l'exception de citation⁹¹⁴ mais surtout le droit du public à l'information sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. À la surprise d'une grande partie de la doctrine, le juge de première instance accueille le second argument du défendeur et déboute l'ayant droit de l'intégralité de ses demandes⁹¹⁵. Sans opérer elle-même un contrôle de proportionnalité structuré, tel que prévu par la Convention européenne des droits de l'homme, le jugement se contente d'effectuer un arbitrage très général en faveur du droit du public à l'information et rappelle sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, la valeur supra-législative de la Convention européenne et de son article 10. Est cependant omis, le fait que le droit à la propriété intellectuelle est également protégé par ce texte, en l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention. Le juge utilise alors des généralités quant au droit du public à l'information sans réellement le confronter avec le droit d'auteur de l'ayant droit. Le jugement est donc fortement empreint d'équité, ce que le tribunal ne nie pas puisque c'est celle-ci qui « *commande de faire droit à la demande* ». De manière tout autant déconcertante, le tribunal reconnaît, également et de son propre chef, une exception d'information en ces termes : « *Attendu qu'ainsi, un reportage représentant une œuvre d'un artiste uniquement diffusé dans le journal télévisé, de courte durée ne porte pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'autrui puisqu'il sera justifié par le droit du téléspectateur à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel constituant une actualité immédiate en relation avec l'œuvre de son auteur*

⁹¹⁴ Qui n'incluait pas à l'époque la citation dans le cadre d'un reportage télévisé prévue aujourd'hui à l'article L. 122-5, 9° du Code de la propriété intellectuelle. L'exception de citation ne pouvait être invoquée quand l'œuvre faisait l'objet d'une représentation intégrale, ce qui était le cas en l'espèce avec une peinture. Il convient d'ailleurs de constater que l'arrêt de la Cour de cassation qui s'en est suivi semble être à l'origine de l'adoption d'une telle exception par le législateur en réaction.

⁹¹⁵ TGI Paris, 23 févr. 1999, *Fabris c/ France 2* : D. 1999, p. 580, obs. P. Kamina ; RTDC 2000, p. 96, A. Françon. ; RIDA 2000, n° 184, p. 374, note A. Kéréver.

; *qu'il ne concurrencera pas l'exploitation normale de l'œuvre* ». Si le tribunal semble vouloir encadrer son exception par des critères stricts, il dépasse, selon nous, ses fonctions et s'arrogé ici un pouvoir dont seul le législateur peut jouir. À la lecture des arrêts rendus par les différentes cours européennes, il aurait été nécessaire d'effectuer un contrôle de proportionnalité encadré par les critères dégagés. Puis, si un déséquilibre était reconnu⁹¹⁶, il aurait été nécessaire de motiver clairement que l'utilisation faite par la chaîne de télévision ne pouvait s'appliquer qu'à l'espèce en cause.

201. — Arrêts d'appel et de cassation. Il ne paraît donc pas surprenant que la décision d'appel⁹¹⁷ puis l'arrêt de cassation⁹¹⁸ aient infirmé le jugement de première instance. Cependant, la motivation de la première chambre civile de la Cour de cassation, qui donne raison à la Cour d'appel, peut être discutée. En effet, la haute juridiction n'évoque la question de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que dans un unique paragraphe, riche d'enseignement. Elle retient d'abord que : « *pour rejeter le grief d'atteinte au droit du public à l'information et à la culture, l'arrêt [d'appel] énonce, à bon droit, que le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code* ». Dans cette première phrase, la Cour reconnaît explicitement la théorie de l'équilibre interne⁹¹⁹ complétée, selon elle de manière suffisante, par l'abus de droit⁹²⁰. Le législateur a déjà répondu

⁹¹⁶ Ce qui nous semble cependant difficile en l'espèce, du fait que même si la diffusion semblait adaptée (au sens où la diffusion du reportage permet la réalisation du droit à l'information des téléspectateurs curieux de peinture) et potentiellement proportionnée *stricto sensu*, ce dernier critère aurait été le plus délicat à manier et uniquement si la nécessité avait été admise. Certains critères factuels auraient pu être utilisés tels que le fait que la reproduction était très brève, diffusée une seule fois, sans but commercial, avec au contraire celui de promouvoir une exposition que l'ayant droit avait déjà autorisé, ce qui n'impliquait donc pas une perte financière pour ce dernier), la nécessité n'aurait pu, selon nous, qu'être difficilement admise (la chaîne de télévision aurait pu simplement informer les téléspectateurs de l'existence de l'exposition sans représenter des œuvres du peintre, avec des photos de l'artiste, de la ville et du musée), ce qui aurait pu arrêter le contrôle à ce deuxième critère.

⁹¹⁷ CA Paris, 4^e ch. A, 30 mai 2001, n° 2000/17996 : *Légipresse* 2001, III, n° 184, p. 137, note V. Varet ; *D.* 2001, p. 2504, note Ch. Caron ; *Propri. intell.* 2001, 1, p. 66, obs. A. Lucas ; *RIDA* janv. 2002, p. 294, obs. A. Kéréver (p. 209) ; *GRUR Int.* 2002, p. 329, note Ch. Geiger.

⁹¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, n° 01-14.385 : *D.* 2004. 200, note N. Bouche ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 2, Ch. Caron ; *JCP G* 2004. II. 10080, note Ch. Geiger ; *Propri. intell.* 2004, n° 10, p. 549, note A. Lucas ; *Légipresse* 2004. III. 23, note V. Varet.

⁹¹⁹ *Supra*, n° 51 et suiv.

⁹²⁰ *Supra*, n° 108 et suiv.

à la question des équilibres au sein du droit d'auteur : ladite réponse est proportionnée grâce à la définition d'exceptions limitativement énumérées et d'application stricte. Il n'appartient pas aux juridictions de revenir sur ces arbitrages législatifs et *a fortiori* de créer implicitement une nouvelle exception. Si le législateur a depuis adopté l'exception de citation dans le cadre d'un reportage télévisé, nous ne démentirons pas une telle motivation dix-sept ans plus tard. Cependant, depuis lors, les arrêts des cours européennes ont enrichi les développements, notamment en rendant nécessaire la motivation par les juges du fond qui appliquent un contrôle de proportionnalité circonstancié pour caractériser le juste équilibre entre les droits fondamentaux. Ceci ne comprend pas la faculté de définir de nouvelles exceptions ou de remettre en question les arbitrages législatifs. Il est, en ce sens, pertinent d'éclaircir la dernière phrase de l'arrêt *Utrillo* : « [l'arrêt d'appel] a, en outre, constaté que la société France 2 avait la possibilité d'informer les téléspectateurs de l'existence de l'exposition sans qu'il lui fût indispensable de représenter des œuvres du peintre dans les conditions critiquées, ainsi que la faculté de rechercher l'autorisation de M. X... pour y procéder ». La Cour semble ainsi effectuer, peut-être déjà intentionnellement, une partie du contrôle de proportionnalité. La Cour a raison sur le fait que d'autres solutions auraient pu être utilisées pour assurer l'information du public sur l'exposition et garantir le droit du public à l'information sans diffuser les peintures protégées par le droit d'auteur, ce qui correspond au test de nécessité. De même, « *la faculté de rechercher l'autorisation* » pourrait bien être un des critères utilisés pour le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Cette motivation inspire les arrêts suivants de la haute juridiction et ces critères ont été repris plus tard dans les décisions postérieures à l'arrêt *Klasen*⁹²¹.

2) Arrêts postérieurs

202. — Affaire *Onze Mondial* : affirmation de l'égalité théorique des droits fondamentaux. En l'espèce, un magazine spécialisé dans le domaine du football avait reproduit, en couverture de l'un de ses numéros, un photomontage représentant des stars de ce sport levant les yeux vers la Coupe du monde. Ce trophée est une œuvre originale protégée par le droit d'auteur qui appartient à la Fédération internationale de football (FIFA). Cette dernière assigne le magazine en contrefaçon. En première instance, les juges du fond déclarent l'assignation nulle au motif qu'il n'était pas prouvé que le président de la FIFA était autorisé, par son comité exécutif, à agir en son nom en justice. La Cour d'appel de Paris infirme ce

⁹²¹ *Infra*, n° 215 et suiv.

jugement et dit pour droit que la société défenderesse ne pouvait, en plus, se prévaloir du droit du public à l'information pour justifier la reproduction du logo et du trophée de la coupe du monde de football puisqu'il n'était reproduit que dans un but commercial. La société défenderesse se pourvoit en cassation. Un des moyens exposés concerne la confrontation du droit de reproduction d'une œuvre protégée par le droit d'auteur et le droit d'information au public. La première chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi et répond à ce moyen en ces termes : « *le droit à l'information du public consacré par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouve ses limites dans le respect des autres droits identiquement protégés ; qu'il en est ainsi des droits de propriété intellectuelle, biens au sens de l'article 1 du 1 Protocole additionnel* »⁹²². Pour la première fois, la haute juridiction affirme l'égalité théorique entre le droit à l'information du public (corollaire du droit à la liberté d'expression, reconnu par le même article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme) et les droits fondamentaux « *identiquement protégés* », dont le droit à la propriété intellectuelle⁹²³. Le lecteur s'attendrait à ce que la Cour de cassation, après avoir fait une telle affirmation, annonce l'application du principe de proportionnalité pour résoudre ce conflit de droits fondamentaux. Or, cette attente n'a pas été satisfaite, puisque la Cour affirme seulement qu'« *il résulte des constatations de l'arrêt [d'appel] que la reproduction du trophée [...] figure, non dans un document d'information, mais dans un photomontage, illustrant de façon symbolique le rêve de victoire des joueurs de renommée internationale qui y sont représentés ; que la cour d'appel a dès lors jugé à bon droit que la reproduction litigieuse, qui excédait la simple relation de l'évènement d'actualité concerné, ne participait pas à l'information du public, mais relevait de l'exploitation de l'œuvre, laquelle n'ayant pas été autorisée constituait un acte de contrefaçon ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé* ». Si l'esprit de la décision respecte les droits fondamentaux, sa motivation semble constituer une régression par rapport à l'arrêt *Utrillo*. En effet, la motivation des juges suprêmes ne fait aucune mention indirecte d'un des tests du contrôle de proportionnalité contrairement à la Cour d'appel, qui avait insisté sur l'aspect commercial de l'utilisation de l'œuvre (critère pouvant faire partie du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*). Il aurait également été opportun d'insister sur le fait qu'il n'était pas nécessaire de représenter le trophée de la Coupe du monde pour évoquer, dans un article du magazine, les moments importants de

⁹²² Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007, n° 05-14.928 : *RTD com.* 2008, p. 78, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2008, n° 26, p. 112, note J.-M. Bruguière ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 2, note Ch. Caron.

⁹²³ Même si nous préférons la qualification de droits fondamentaux « dont l'exercice peut être soumis à « *certaines limites* » ou « *qualifiables* », par opposition aux droits fondamentaux dits « *absolus* ». V. sur la question de la hiérarchie des droits fondamentaux : *supra*, n° 21 et suiv.

cette compétition. La Cour de cassation se contente de faire remarquer qu'un photomontage ne peut constituer un document d'information protégé par le droit du public à l'information (ou du moins par la liberté d'expression au sens large reconnu par le même article de la Convention). L'arrêt a néanmoins l'audace non négligeable de se détacher de la théorie de l'équilibre interne car il n'est pas fait référence aux exceptions légales. De manière salutaire, il ne reconnaît pas d'égalité théorique entre les droits fondamentaux. Il prépare cependant la voie vers la reconnaissance d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* pour résoudre les conflits de droits fondamentaux.

203. — Affaire *Les Misérables* : droit moral de l'auteur et liberté de création. En l'espèce, un écrivain a écrit et fait éditer par une société deux suites au roman *Les Misérables* de Victor Hugo centrées sur deux de ses personnages. Au motif que ces suites portaient atteinte au respect dû à l'œuvre de l'auteur d'origine, un héritier et la Société des gens de lettres (SGDL) assignent la société d'édition afin de faire interdire l'exploitation de ces suites et le versement d'importantes sommes en dommages-intérêts. Si le tribunal déclare leurs demandes irrecevables, la Cour d'appel de Paris condamne l'écrivain à payer à l'héritier et à la SGDL la somme de 1 euro de dommages-intérêts chacun et ordonne la publication de la décision dans trois journaux ou revues de leur choix sans que le coût global des publications excède 12.000 euros⁹²⁴. La première chambre civile de la Cour de cassation casse cet arrêt au visa des articles L. 121-1⁹²⁵ et L. 123-1⁹²⁶ du Code de la propriété intellectuelle et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹²⁷. La haute juridiction reproche dans un premier temps à la Cour d'appel d'avoir statué « *par des motifs inopérants tirés du genre et du mérite de l'œuvre ou de son caractère achevé* ». En effet, la Cour d'appel s'était limitée, de manière assez surprenante, à considérer que l'interdiction d'une suite des *Misérables* « *ne saurait constituer, ainsi que les intimés le soutiennent à tort, une atteinte au principe de la libre création puisque, en l'espèce, cette œuvre, véritable monument de la littérature mondiale, d'une*

⁹²⁴ CA Paris, 31 mars 2004, n° 2003/06582 : *D.* 2004. 2028, *Prop. intell.* 2004, n° 12, p. 768, obs. Lucas.

⁹²⁵ Article relative au droit moral de l'auteur : « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires* ».

⁹²⁶ « *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ».

⁹²⁷ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, n° 04-15.543, *Bull. civ. I*, n° 47 ; *D.* 2007. 920, note S. Choisy ; *ibid.* 497, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2007. 354, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RIDA* avr. 2007, p. 249, obs. P. Sirinelli ; *Prop. intell.* 2007, p. 207, obs. A. Lucas.

part, n'est pas un simple roman en ce qu'elle procède d'une démarche philosophique et politique [...] et que, d'autre part, elle est achevée ». Cette appréciation, fondée sur le mérite et le caractère achevé de l'œuvre, ne trouve, aux yeux de la Cour de cassation, aucun appui en droit français de la propriété intellectuelle ou dans la logique des droits fondamentaux. Cependant, la Cour de cassation ne s'arrête pas à cette observation puisqu'elle poursuit en reprochant à la Cour d'appel d'avoir statué « *sans avoir examiné les œuvres litigieuses ni constaté que celles-ci auraient altéré l'œuvre de Victor Hugo ou qu'une confusion serait née sur leur paternité, la cour d'appel, qui n'a pas ainsi caractérisé l'atteinte au droit moral et s'est déterminée en méconnaissance de la liberté de création, a violé les textes susvisés* ». Sans encore appeler explicitement les juges du fond à opérer eux-mêmes un contrôle de proportionnalité pour assurer le juste équilibre entre la liberté de création et le droit moral de l'auteur, la Cour en esquisse un peu plus les prémisses. En effet, en reprochant à la Cour d'appel de ne pas avoir examiné *in concreto* les œuvres en cause afin d'apprécier si ces suites avaient altéré l'œuvre de Victor Hugo et font naître la confusion sur la paternité de celles-ci, la Cour de cassation dessine les contours du test de proportionnalité *stricto sensu*. Il manque une référence à la nécessité de l'atteinte que représente le respect du droit moral, mais la Cour se rapproche des standards d'un contrôle de proportionnalité. Le fait que la haute juridiction ait opéré une cassation pour violation de la loi pourrait surprendre. Une cassation pour défaut de base légale aurait également pu être envisagée dès lors que la Cour d'appel n'avait pas réellement répondu à la question de l'invocation par la partie demanderesse de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt de la Cour de cassation a l'intérêt certain d'affirmer implicitement que la liberté de création s'exerce dans le respect des droits d'auteur et plus particulièrement du droit moral, dont l'exercice n'est donc pas absolu.

B) Premières applications en droit des marques

204. — Affaire *Camel* : protection d'une marque et droit de liberté d'expression d'une association dans le cadre d'une campagne anti-tabac. La Cour de cassation n'a, pour l'instant, pas confronté directement le droit des marques à un autre droit fondamental reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, plusieurs actions menées sur le fondement de la responsabilité délictuelle (article 1240 du Code civil, ancien 1382) et de la Convention européenne des droits de l'homme, concernant des marques protégées, montrent que l'application du principe de proportionnalité s'étend bien au droit de propriété industrielle. C'est le cas notamment de l'arrêt *Camel*. En l'espèce, dans le cadre d'une campagne publicitaire

de lutte contre le tabagisme, une association reconnue d'utilité publique (le Comité national contre les maladies respiratoires et la tuberculose [CNMRT]) avait conçu une affiche et des timbres destinés à la vente, inspirés fortement du décor des paquets de cigarettes de marque *Camel*. La société les fabriquant et la société titulaire des marques avaient assigné l'association en justice afin que soit cessée cette campagne. Au fond, le Tribunal de grande instance de Paris avait retenu qu'en l'absence de confusion de la marque, la contrefaçon n'était pas constituée, mais avait tout de même considéré que « *le but poursuivi par le CNMRT était bien de discréditer aux yeux du public, jeune en l'occurrence, les produits Camel que ce public privilégie par rapport à d'autres marques de cigarettes afin de le détourner de ces produits [...] que la légitimité du but de santé publique poursuivi par le CNMRT de même que la liberté d'expression que celui-ci invoque ne l'autorisent pas à porter atteinte aux droits des tiers qui exercent leur activité dans les limites des prescriptions légales* »⁹²⁸. Le tribunal condamna en conséquence l'association à payer un euro de dommages-intérêts aux demandeurs et lui fit interdiction, sous astreinte, de poursuivre sa campagne. À la suite du rejet de son appel par la Cour de Paris, l'association se pourvoit en cassation au moyen, notamment, d'une violation de l'ancien article 1382 du Code civil et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt est cassé par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation au double visa des articles susmentionnés⁹²⁹, au motif « *qu'en utilisant des éléments du décor des paquets de cigarettes de marque 'Camel', à titre d'illustration, sur un mode humoristique, dans des affiches et des timbres diffusés à l'occasion d'une campagne générale de prévention à destination des adolescents, dénonçant les dangers de la consommation du tabac, produit nocif pour la santé, le CNMRT, agissant, conformément à son objet, dans un but de santé publique, par des moyens proportionnés à ce but, n'avait pas abusé de son droit de libre expression* ». Il convient de remarquer que, dans cet arrêt, la Cour de cassation se contente de vérifier l'absence d'abus de droit par l'association. Usant d'un raisonnement inversé, elle vérifie, non pas si le droit des marques peut justifier une restriction au droit à la liberté d'expression, mais si l'ingérence dans le droit des marques des producteurs et fournisseurs de tabac est légitimée par la liberté d'information quant à une question de santé publique. Un tel raisonnement inédit va à contre-courant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui privilégie le premier raisonnement. En l'espèce, il semble que la Cour de cassation privilégie la liberté d'expression, dès lors qu'elle vise à garantir l'exercice d'un autre droit fondamental (en l'espèce

⁹²⁸ TGI Paris, 28 mars 2003, *Association CNMRT c/ société JT international GMBH*.

⁹²⁹ Cass. 2^e civ., 19 oct. 2006, n° 05-13.489 : *JCP G* 2006. II. 10195, note F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2006. IR. 2691 ; *RDSS* 2006, 1088, note. P. Hennion-Jacquet.

le droit à la protection de la santé, reconnu comme tel par le préambule de la Constitution de 1946). L'objectif de santé publique, comme c'était le cas dans l'arrêt *Philip Morris* de la Cour de justice de l'Union européenne⁹³⁰, est appuyé par la liberté d'expression et permet de trancher le conflit avec le droit des marques en reconnaissant leur supériorité dans cette espèce, sans recourir à un contrôle de proportionnalité entier. La Cour de cassation n'effectue qu'un contrôle *a minima* de proportionnalité *stricto sensu* en soulignant l'utilisation des éléments sur un mode humoristique et à des fins humoristiques (donc non commerciales) qui sont des moyens proportionnés. À la lecture de cet arrêt, il paraît improbable qu'un abus du droit à la liberté d'expression soit reconnu dans le cas d'une parodie de marques, visant un objectif de santé publique, ce qui précise d'ailleurs l'arrêt *Areva* rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation.

205.— Affaires *Greenpeace c/ Areva* et *Esso* : protection des marques et liberté d'expression d'une association de protection de l'environnement. Les deuxième et troisième exemples sont apportés par la première chambre civile⁹³¹ et la chambre commerciale⁹³² de la Cour de cassation qui devaient examiner le même jour deux pourvois faisant écho à l'arrêt *Camel*. Ces pourvois impliquaient l'association Greenpeace qui, dans le cadre de deux campagnes distinctes de défense de l'environnement, a reproduit la dénomination et le logo des sociétés Areva et Esso pour dénoncer les agissements de ces dernières en matière de pollution. Sans détailler les autres moyens invoqués dans les deux pourvois⁹³³, ces derniers ont pour point commun de procéder à une certaine conciliation du droit à la liberté d'expression (tel que reconnu à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme) et du droit des marques dans le cadre particulier d'une action fondée sur l'ancien article 1382 du Code civil. Dans l'affaire *Areva*, la première chambre civile devait décider s'il y avait eu, en l'espèce, de la part de l'association qui visait par l'usage de la marque toutes les activités de la société, un usage abusif de la liberté d'expression. Dans l'affaire *Esso*, la chambre commerciale devait

⁹³⁰ *Supra*, n° 142 et suiv.

⁹³¹ Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2008, n° 07-11.251 : *JCP G* 2008. II. 10106, note C. Hugon ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 77, note Ch. Caron ; *D.* 2008, 2402, comm. L. Nayret.

⁹³² Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-10.961 : *D.* 2008. AJ. 1274, obs. J. Daleau ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 77, note Ch. Caron.

⁹³³ Dans l'arrêt *Areva*, la question de savoir si l'action qui vise l'atteinte à la réputation d'une société par l'utilisation de sa marque et de son image-a-telle pour effet de la soumettre aux conditions dérogatoires du droit de la presse de la loi du 29 juillet 1881. Dans l'affaire *Esso*, si la Cour d'appel devait rechercher, quand cela lui est demandé, si l'usage de la marque d'autrui dans le code source d'un site Internet ne constituait pas une faute.

déterminer si la responsabilité de l'association Greenpeace était engagée, au sens de l'article suscité du Code civil et de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle⁹³⁴, du fait d'une atteinte illicite aux marques notoires de la société. Si la motivation de la Cour d'appel de Paris n'est pas remise en cause dans l'arrêt *Esso*, il en est autrement dans l'arrêt *Areva*.

En effet, après avoir rappelé la motivation de la Cour d'appel qui avait considéré que « *la représentation des marques de la société, associées à une tête de mort et à un poisson au caractère maladif, symboles que les associations admettaient avoir choisis pour 'frapper immédiatement' l'esprit du public sur le danger du nucléaire, en ce qu'elle associait les marques A et A Areva déposées pour divers produits et services, et non seulement le nucléaire, à la mort, conduisait à penser que tout produit ou service diffusé sous ce sigle était mortel* », entraînant une généralisation qui impliquerait un abus du droit à la liberté d'expression par l'association, la première chambre civile de la Cour de cassation affirme « *Qu'en statuant ainsi, alors que ces associations agissant conformément à leur objet, dans un but d'intérêt général et de santé publique par des moyens proportionnés à cette fin, n'avaient pas abusé de leur droit de libre expression, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». L'attendu provoqua la cassation et était en tout point identique à celui développé dans l'arrêt *Camel*, par la deuxième chambre civile⁹³⁵.

En revanche, dans l'affaire *Esso*, la motivation de la cour d'appel n'est pas remise en question par la chambre commerciale, elle se contente de rappeler que « *l'arrêt [d'appel] constate, d'abord, que l'association Greenpeace France a pour objet la protection de l'environnement et la lutte contre toutes les formes de pollution et de nuisances; qu'il relève ensuite que les signes incriminés ont été utilisés dans le cadre d'une campagne destinée à informer les citoyens sur les moyens employés, selon l'association Greenpeace, pour faire échec à la mise en œuvre du protocole de Kyoto sur les changements climatiques, et à dénoncer les atteintes à l'environnement et les risques causés à la santé humaine par certaines activités industrielles ; qu'en l'état de ces constatations, dont il résultait que l'usage d'éléments des*

⁹³⁴ « Ne constitue pas une contrefaçon mais engage la responsabilité civile de son auteur l'usage dans la vie des affaires, pour des produits ou des services, non autorisé par le titulaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle : 1° D'un signe identique à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est notoirement connue ; 2° D'un signe identique ou similaire à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est notoirement connue, s'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion incluant le risque d'association du signe avec la marque ; 3° D'un signe identique ou similaire à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque est notoirement connue, si cet usage du signe, sans juste motif, tire indûment profit du caractère distinctif ou de la notoriété de la marque, ou leur porte préjudice ».

⁹³⁵ *Supra*, n° 204.

marques renommées distinguant les produits et services de la société Esso, sous une forme modifiée résumant ces critiques dans un contexte polémique, constituait un moyen proportionné à l'expression de telles critiques, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Dans ces deux arrêts, le droit à la liberté d'expression a primé sur le droit des marques. Pour y aboutir, les deux chambres de la Cour de cassation, rejoignant le précédent arrêt de la deuxième chambre civile, caractérisent, dans un premier temps, le fait que l'association a agi conformément à son objet (la protection de l'environnement) et non dans un but commercial. Dans un deuxième temps, l'accent est mis sur le but de la campagne : l'intérêt général et la santé publique (informer le public sur les atteintes à l'environnement). Enfin et surtout, la Cour de cassation, au vu des éléments précédents, reconnaît que l'association a usé de « *moyens proportionnés* » pour critiquer les activités des deux sociétés. De nouveau, il semble que le test de nécessité est quelque peu ignoré, l'accent étant mis sur le test de proportionnalité *stricto sensu* qui, dans le cadre de l'arrêt de la chambre commerciale, est particulièrement développé, notamment à propos de l'objet de l'association et du type de discours⁹³⁶. En rendant et publiant ces arrêts le même jour, la Cour de cassation semble non seulement affirmer une position commune aux deux chambres quant à la conciliation des droits fondamentaux mais également donner des éléments aux juges du fond pour opérer un certain contrôle de proportionnalité dans les espèces qui font entrer en conflit le droit à la liberté d'expression et le droit de la propriété intellectuelle.

Si ce n'est alors qu'une reconnaissance implicite, le véritable changement intervient au début des années 2010 lorsque la Cour de cassation, à travers une réforme de sa motivation, expose au premier plan, le principe de proportionnalité, et ce au-delà du droit de la propriété intellectuelle.

II - La reconnaissance explicite : l'arrêt *Klasen* et ses conséquences

206. — Réforme de la Cour de cassation. Au milieu des années 2010 et en partie sous la présidence de Bertrand Louvel, la Cour de cassation entreprend de réformer sa motivation, notamment pour améliorer la prise en compte des droits fondamentaux⁹³⁷. Ce virage est amorcé, pour plusieurs auteurs, par l'arrêt du 4 décembre 2013 qui a exonéré un ancien mariage, déjà

⁹³⁶ Critère déterminant dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : *supra*, n° 123 et suiv.

⁹³⁷ P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

dissout par décès, entre beau-père et bru de la nullité légale de l'article 161 du Code civil, au motif d'une « *ingérence* » (de la loi) dans « *le droit au respect de la vie privée et familiale* » (reconnu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) par l'entremise du principe de proportionnalité⁹³⁸. Comme nous l'avons vu précédemment, l'utilisation de ce principe n'est, à cette date, pas une nouveauté. Cependant, cet arrêt de 2013 détonne en ce que la haute juridiction estime pour la première fois que l'application d'une règle, pourtant jugée conventionnelle dans l'abstrait, peut être, dans un cas concret, inconventionnelle. Une telle menace de remise en cause des législations nationales a suscité beaucoup de critiques,⁹³⁹ mais elle a été annonciatrice d'un cycle de réflexion initié par le Premier président Louvel pour adapter le fonctionnement interne de la Cour de cassation à l'influence croissante du droit européen des droits de l'homme⁹⁴⁰. Les hauts magistrats envisagent désormais de recourir au contrôle de proportionnalité lorsque le pourvoi dont ils ont à connaître implique un conflit de droits fondamentaux⁹⁴¹. Ainsi, le contrôle de proportionnalité a progressivement été systématisé et son influence étendue à d'autres branches du droit, notamment au droit de la presse⁹⁴², au droit à la preuve⁹⁴³, au droit de la construction⁹⁴⁴, et au droit pénal⁹⁴⁵. Néanmoins, le cas d'une censure de la loi reste exceptionnel et les arrêts cassés l'ont été le plus souvent pour défaut de base légale, ce qui invite les juges du fond à revoir leur motivation pour caractériser eux-mêmes le juste équilibre entre les droits fondamentaux. Le droit de la propriété intellectuelle et,

⁹³⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *D.* 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde ; *ibid.* 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2017. 123, chron. V. Vigneau ; *AJfam.* 2014. 124, obs. S. Thouret ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser ; *ibid.* 307, obs. J.-P. Marguénaud.

⁹³⁹ P. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », *JCP G* 2016, n° 12, p. 318 ; P.-Y. Gautier, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189 ; H. Croze, « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 101 ; F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; A Benabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016 p. 137 ; P. Puig, « L'excès de proportionnalité. À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes », *RTD civ.* 2016, p. 70.

⁹⁴⁰ Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation. Actes de la conférence débat, 24 novembre 2015 : Supplément au *JCP G* n° 1-2, 11 janv. 2016.

⁹⁴¹ B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 ; V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123 ; P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015, p. 2022.

⁹⁴² Cass. crim., 12 mai 2009, n° 08-85.732 : *D.* 2009. 2316, obs. E. Agostini.

⁹⁴³ Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2014, n° 13-22.621 ; Cass. 1^{re} civ., 25 fév. 2016, n° 15-12.403 : *D.* 2016. 884, note J.-C. Saint-Pau ; *RTD civ.* 2016. 320, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016. 583, note A. Aynes ; Cass. 1^{re} civ., 22 sept. 2016, n° 15-24.015 : *JCP G* 2016. 1136, note G. Lardeux.

⁹⁴⁴ Cass. crim., 16 janv. 2018, n° 17-81.884 : *AJDA* 2018. 136 ; *D.* 2018. 170 ; *RDI* 2018. 227, obs. G. Roujou de Boubée.

⁹⁴⁵ Cass. crim., 3 juin 2015, n° 14-86.507 : *AJ Pénal* 2015. 487, comm. G. Chetard.

notamment, le droit d'auteur n'ont pas été épargnés par cet enrichissement de la motivation de la Cour de cassation. L'exemple le plus retentissant en est l'arrêt *Klasen* grâce à sa confrontation avec le droit à la liberté d'expression (A). Il ne s'agit cependant pas de négliger le conflit avec le droit à la vie privée et avec la liberté d'entreprendre au sujet duquel l'arrêt *Allostreaming* de 2017 apporte un éclairage bienvenu (B).

A) Conflit avec le droit à la liberté d'expression artistique

207. — Arrêt *Klasen* : Faits, procédures et moyens invoqués au pourvoi. L'arrêt *Klasen* est souvent présenté par la doctrine comme une des décisions les plus importantes de ces dernières années en droit français de la propriété intellectuelle. Ses faits sont pourtant assez ordinaires. En l'espèce, un photographe, auteur de trois photographies, avait découvert que leur reproduction a été intégrée, sans son autorisation, dans plusieurs œuvres de M. Klasen, artiste peintre. Le photographe l'assigne en justice pour contrefaçon de ses droits d'auteur. Le Tribunal de grande instance de Paris et la Cour d'appel de Paris admettent la contrefaçon ainsi que l'inapplicabilité des exceptions de parodie ou de citation à l'espèce. Ils condamnent l'artiste peintre à d'importants dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant des atteintes portées aux droits patrimoniaux et moraux du photographe auteur. L'artiste peintre avait pourtant invoqué le droit à la liberté d'expression devant la Cour d'appel de Paris qui l'avait simplement écarté aux motifs que « *les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient en effet, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création artistique* »⁹⁴⁶. L'artiste peintre se pourvoit alors en cassation, aux moyens de l'absence d'originalité des photographies et du défaut de base légale, au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et du fait que la Cour d'appel n'a pas caractérisé l'atteinte à la liberté d'expression. Le pourvoi pose la question de l'équilibre entre la liberté d'expression et de création artistique et le droit d'auteur.

208. — Arrêt *Klasen* : Solution de la Cour de cassation et apports. Par une décision en date du 15 mai 2015, la première chambre civile de la Cour de cassation rend son arrêt⁹⁴⁷. Elle ne

⁹⁴⁶ CA Paris, 18 sept. 2013, n° 12/02480.

⁹⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 55, Ch. Caron ; *JCP G* 2015, 967, note Ch. Geiger ; *D.* 2015. Actu. 1094, obs. A. Tricoire ; *D.* 2014. 1672, note A. Bensamoun et

remet pas en cause le raisonnement de la Cour d'appel sur son appréciation de l'originalité des photographies mais il en est autrement pour le droit à la liberté d'expression. En effet, après avoir rappelé les motifs adoptés par la Cour d'appel de Paris, la haute juridiction, au visa de l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme, décide : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* ». À la lecture d'un tel attendu et de tous nos développements précédents, l'emballement suscité par cet arrêt peut sembler surprenant. Que dit réellement l'arrêt *Klasen* ?

De manière déterminante pour sa compréhension, il convient de souligner que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris est cassé pour défaut de base légale et non pour violation de la loi. Il n'est donc pas reproché aux juges du fond d'avoir violé l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais, tout simplement, de ne pas avoir expliqué « *concrètement* » ce qui justifiait une telle décision. Une des parties avait soulevé ce moyen auquel il n'a pas été répondu, ce qui constitue une insuffisance de motivation⁹⁴⁸. Il est ainsi directement demandé aux juges du fond d'appliquer le principe de proportionnalité via un contrôle *in concreto* si deux droits fondamentaux d'égale valeur entrent en conflit pour les concilier⁹⁴⁹.

Mais de quelle manière doit s'articuler ce contrôle de proportionnalité ? La Cour de cassation ne donne ici pas de réponse quant aux critères à appliquer ou à quelle partie incombe la démonstration du contrôle. Évidemment, les juridictions du fond ne pourront pas motiver de n'importe quelle façon et devront garder le texte de la Convention européenne des droits de l'homme (qui lie le juge national) en tant que ligne directrice, car la Convention donne déjà plusieurs indications utiles⁹⁵⁰. S'en éloigner ferait encourir la cassation à leur arrêt pour violation de la loi (et non plus pour défaut de base légale). Il convient cependant de souligner que la Cour de cassation ne semble pas prendre parti sur une quelconque prévalence de la liberté de création ou du droit d'auteur. Cela sera à la Cour d'appel de renvoi d'effectuer ce contrôle de proportionnalité conformément à la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁵¹ et au regard de tous les faits de l'espèce. La banalité de ces faits doit également être soulignée. Il

P. Sirinelli ; *Prop. Intell.* 2015, n° 56, p. 281, obs. A. Lucas et p. 285, obs. J.-M. Bruguière ; *RTD Com.* 2015, 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Légipresse* 2015, n° 330, p. 474, note V. Varet.

⁹⁴⁸ M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation*, Dalloz, 2018, 9^e éd., p. 188 et s.

⁹⁴⁹ A. Girardet, « Le rôle de la Cour de cassation dans les évolutions du droit d'auteur et des droits voisins », *Comm. com. électr.* 2017, entretien 1.

⁹⁵⁰ *Supra*, n° 103.

⁹⁵¹ V. pour l'arrêt de renvoi : *infra*, n° 216.

pourrait s'agir d'un choix délibéré de la haute juridiction afin d'envoyer un signal fort aux juges du fond et leur signifier que, peu importe la simplicité des faits qui leur sont présentés, la motivation enrichie de leurs jugements en matière de droits fondamentaux est indispensable et nécessaire : elle ne doit pas être réservée aux grandes affaires.

La question du contrôle qu'opérera la Cour de cassation sur l'application du principe de proportionnalité par les juridictions du fond demeure. L'arrêt *Klasen* n'apporte toujours pas de réponse définitive. Il est, en effet, difficile d'en apporter une puisque, si le contrôle de proportionnalité n'a pas été effectué par les juges du fond, il ne revient pas à la Cour de cassation, juge du droit⁹⁵², de le faire pour la première fois⁹⁵³. Cette tendance se confirme dans les arrêts rendus par la suite par la haute juridiction. Ces arrêts apportent certaines réponses aux questions induites par les apports de l'arrêt *Klasen*. C'est le cas notamment de l'arrêt *Bernanos*⁹⁵⁴, sur lequel nous reviendrons beaucoup plus longuement⁹⁵⁵, qui, deux ans plus tard, confirme l'application du principe de proportionnalité aux droits moraux de l'auteur et, surtout, reconnaît l'usage dudit principe lorsque des sanctions sont imposées⁹⁵⁶. Si cet arrêt ne donne pas d'informations supplémentaires sur l'intensité du contrôle de la Cour de cassation sur le contrôle de proportionnalité opéré par les juges du fond, il confirme que la haute juridiction ne saurait se substituer à eux en l'opérant pour la première fois.

209.— Indice d'un contrôle « léger » de la Cour de cassation sur le contrôle de proportionnalité opéré par les juges du fond : de l'importance des expressions utilisées par la Cour. En 2020, le rapport de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité a rappelé que la haute juridiction peut faire varier l'intensité de son contrôle de proportionnalité *in concreto* en vertu de la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui diffère selon les droits concernés et, parfois même, au sein d'un même droit⁹⁵⁷. Ainsi, si la majorité du contentieux est

⁹⁵² M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *La technique de cassation*, Dalloz, 2018, 9^e éd., p. 5 et s.

⁹⁵³ À moins que la Cour de cassation soit en mesure de trouver dans la décision attaquée les constatations factuelles lui permettant d'exercer ce contrôle, comme cela a été le cas dans l'arrêt suscité : Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

⁹⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467 et 16-11.759 : *Comm. com. électr.* 2017, comm. 69, obs. Ch. Caron ; *JCP G* 2017, 890, comm. X. Daverat ; *D.* 2017, p. 1955, note Ph. Malaurie ; *Propr. intell.* 2017, n° 65, p. 60, comm. A. Lucas ; *Légipresse* 2017, n° 352, p. 441, comm. E. Treppoz.

⁹⁵⁵ *Infra*, n° 229.

⁹⁵⁶ V. partie II.

⁹⁵⁷ « Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité », Cour de cassation, novembre 2020 [disponible en ligne]. V. en commentaire : F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto* – Comment éviter

soumise à un contrôle « léger »⁹⁵⁸, il en est autrement pour le contentieux du droit de la presse où la Cour opère un contrôle « lourd » et peut substituer sa propre appréciation à celle des juges du fond⁹⁵⁹. Pour autant, il paraît difficile, malgré ces indications générales, d'identifier quand la Cour doit opérer un contrôle « léger » ou « lourd » en droit de la propriété intellectuelle. Il convient donc de se pencher sur la rédaction particulière des arrêts rendus par la Cour. Postérieurement à l'arrêt *Klasen*, plusieurs arrêts de la première et troisième chambres civiles pourraient indiquer que la haute juridiction est prête à privilégier le contrôle « léger » sur le contrôle de proportionnalité opéré par les juges du fond. Les deux premiers arrêts, cités comme exemples, ne concernent pas directement le droit de la propriété intellectuelle. Ils permettent cependant de rappeler que le contrôle n'est pas limité à ce seul droit. Ainsi, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, à l'occasion d'un pourvoi concernant l'accès à une propriété privée⁹⁶⁰ d'un géomètre missionné par une assemblée générale de copropriétaires pour mesurer plusieurs lots de copropriété, a jugé qu' « une cour d'appel [...] a pu estimer que l'ingérence résultant de la décision de l'assemblée générale et impliquant que le géomètre pénètre dans le domicile de ces sociétés ne portait pas une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de celui-ci au regard du but légitime poursuivi, visant à s'assurer que la répartition des charges était en adéquation avec les surfaces respectives des différents lots, a pu en déduire que le refus des deux sociétés de laisser le géomètre accomplir sa mission était constitutif d'un trouble manifestement illicite »⁹⁶¹. De même, la première chambre civile, sur la rectification d'un acte de naissance pour qu'y soit mentionnée l'indication « sexe neutre » ou « intersexe », a décidé que : « la cour d'appel, qui a constaté que M. Y... avait, aux yeux des tiers, l'apparence et le comportement social d'une personne de sexe masculin, conformément à l'indication portée dans son acte de naissance, a pu en déduire, sans être tenue de le suivre dans le détail de son argumentation, que l'atteinte au droit au respect de sa vie privée n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ». Dans ces deux arrêts, aux espèces différentes, la Cour a

une atteinte (disproportionnée) à l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions ? », *JCP G* 2020, n° 48, p. 1301.

⁹⁵⁸ À ne pas confondre avec le contrôle « restreint » opéré par le Conseil constitutionnel (*supra*, n° 95 et suiv.) et avec le contrôle « simplifié » de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 130 et suiv.)

⁹⁵⁹ S. Canas, R. Le Coty, « L'intensité du contrôle opéré par la première chambre civile en cas de mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité / proportionnalité », in *Groupe de travail sur le contrôle de proportionnalité*, Cour de cassation, novembre 2020, p. 12. Concernant les décisions concernant le droit de la presse. V. notamment : Cass. 1^{re} civ., 11 juil. 2018, n° 17-22.381 ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2020, n° 19-13.716.

⁹⁶⁰ Donc sur une potentielle violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁹⁶¹ Cass. 3^e civ., 5 oct. 2017, n° 16-21.971 : *Loyers et copr.* 2017, comm. 245, obs. A. Lebatteux ; *AJDI* 2018, p. 44, obs. D. Tomasin ; *Ann. loyers* 2017, p. 74, obs. J.-M. Roux ; *D. Act.* 31 oct. 2017, obs. A. Gailliard.

usé de l'expression « *a pu* » dans ses attendus⁹⁶². La formule semble anodine mais fait l'objet d'une grande attention de la part de la doctrine car elle pourrait révéler l'intensité du contrôle opéré. Pour nombre de spécialistes de la technique de cassation⁹⁶³ lorsque la haute juridiction énonce que la cour d'appel « *a pu en déduire* » ou « *a pu estimer* », il s'agirait d'un contrôle « léger ». *A contrario*, si elle indique que les juges du fond ont « *exactement retenu* » ou décidé « *à bon droit* », elle exercerait un contrôle « lourd ». Si l'affirmation est critiquée par certains au motif que la Cour de cassation ne peut contrôler la qualification à moitié⁹⁶⁴, nous partageons ici le pragmatisme de Monsieur le conseiller référendaire Betoulle qui, soulignant la distinction, déduit que la Cour de cassation « *n'exerce un contrôle plus ou moins strict que sur la seule opération de qualification des faits, sa vérification de l'exacte interprétation et application de la loi étant en revanche toujours de même nature* »⁹⁶⁵. Selon nous, cette affirmation fait apparaître la distinction pertinente pour notre sujet : la qualification des faits est définie comme le point crucial de l'exercice d'un contrôle de proportionnalité et de son issue⁹⁶⁶. La Cour de cassation ne doit garder qu'une approche distante de ces faits eu égard à son statut de « *juge du droit* ». Selon cette grille d'analyse et placés dans leur contexte, les arrêts de rejet *Utrillo* et *Onze Mondial* qui évoquent le conflit entre la liberté d'expression et le droit de propriété intellectuelle, démontrent l'évolution de l'appréciation du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de cassation en plus d'une dizaine d'années. En effet, selon ce critère

⁹⁶² V. également suivant cette même logique mais antérieurement à l'arrêt *Klasen* : Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 1990, n° 88-19.366 : « *attendu que le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique, d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances et le droit de pratiquer sa religion étant d'égale valeur, il appartenait aux juges du fait de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre ; que sans nier la possibilité d'abus de droit en de pareils domaines, qui constitueraient alors des troubles manifestement illicites, la cour d'appel [...] a pu estimer qu'il n'y avait pas eu, en la circonstance, trouble manifestement illicite et décider souverainement des mesures les plus appropriées à préserver le juste équilibre des droits et libertés en cause* ».

V. aussi postérieurement en droit de l'audiovisuelle et bien plus développé dans la prochaine partie : Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-16.273 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 92, obs. A. Lepage : « *de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé à la mise en balance du droit au respect de la vie privée de M. X... et du droit à la liberté d'expression de la société Maha Productions, de la société Arte et du GEIE Arte, et qui n'a pas postulé qu'une œuvre de fiction s'inspirant de faits réels portait atteinte au droit au respect de la vie privée, a pu déduire qu'une telle atteinte était caractérisée à l'égard de M. X..., justifiant une limitation du droit à la liberté d'expression ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

⁹⁶³ C. Thomas-Raquin, M. Le Guerier, « Pratique du contrôle de proportionnalité en droit d'auteur devant la Cour de cassation », *Comm. com. électr.* 2018, pratique 1 ; J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz 2009-2010, n° 65, p. 161 ; J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* 2009, n° 702.

⁹⁶⁴ M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁶⁵ J. Betoulle, « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP G* 2002, n° 41, doct. 171.

⁹⁶⁶ C'est parce qu'une mesure est, par exemple, qualifiée de nécessaire dans une société démocratique qu'elle respecte la Convention européenne des droits de l'homme.

terminologique, l'expression « *à bon droit* » figure dans la motivation de ces deux arrêts de rejet⁹⁶⁷ et pourrait illustrer qu'un contrôle « *lourd* » est effectué par la Cour, qui approuve donc la motivation des juges du fond en ce qu'ils refusaient d'opérer un contrôle de proportionnalité. Est également illustré le glissement vers un contrôle plus « *léger* » pour la majorité des espèces⁹⁶⁸.

210. — Affaire *Aslan* : Une potentielle confirmation d'un contrôle léger effectué par la Cour de cassation sur l'application par les juges du fond du principe de proportionnalité dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle ? La rigueur sémantique se retrouve de manière plus souple dans un arrêt de 2019 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui concerne directement le droit d'auteur⁹⁶⁹. En l'espèce, un magazine a choisi pour couverture un photomontage représentant le buste de Marianne réalisé par le sculpteur Aslan en 1968. Son ayant droit assigne en contrefaçon la société d'édition du magazine du fait de la reproduction contrefaisante de l'œuvre. Le Tribunal de grande instance de Paris et la Cour d'appel de Paris déboutent l'ayant droit de ses demandes sur le fondement de l'exception de parodie, dont ils ont estimé que les conditions étaient réunies. La liberté d'expression et son corollaire, le droit du public à l'information, ne sont pas évoqués par la décision d'appel (contrairement à la décision d'appel dans l'affaire *Klasen*). L'ayant droit se pourvoit en cassation au moyen que « *si elle est associée à un sujet d'intérêt général, la représentation d'une œuvre par un organe de presse sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur doit préserver un juste équilibre entre la liberté d'expression et les droits de propriété intellectuelle et artistique, qui relèvent du droit au respect des biens; qu'il appartient au juge, pour justifier l'atteinte au droit d'auteur, d'établir l'intérêt du public à bénéficier de ladite reproduction; qu'en s'attachant à la seule circonstance que la représentation par l'organe de presse de la Marianne créée par Aslan permettait, par son caractère allégorique, d'illustrer un sujet d'intérêt général portant sur les "naufregeurs de la France", bien que rien n'imposât que ce*

⁹⁶⁷ Dans l'arrêt *Utrillo* : « *Attendu que pour rejeter le grief d'atteinte au droit du public à l'information et à la culture, l'arrêt énonce, à bon droit, que le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code* »

⁹⁶⁸ Cela sera vrai tant que le droit de propriété intellectuelle invoqué ne remettra pas en cause la participation à un débat touchant à l'intérêt général, en ce qui concerne le conflit l'opposant au droit à la liberté d'expression, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. V. à ce sujet : *supra*, n° 121 et suiv.

⁹⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2019, n° 18-12.718 : *Comm. com. électr.* 2019, comm. 47, obs. Ch. Caron ; *Lamy Droit de l'immatériel*, oct. 2019, obs. P. Mouron ; *Propri. intell.* n° 72, juill. 2019, p. 37, obs. J.-M. Bruguière.

soit l'œuvre litigieuse qui soit utilisée à cette fin simplement illustratrice, dépourvue de toute fonction informative ou didactique, la cour d'appel a violé les articles L. 111-1 et L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, ensemble les articles 10, §2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1er de son premier Protocole additionnel ». Il convient de constater que l'invocation de l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme est faite, non pas par le contrefacteur, mais par l'ayant-droit aux fins de contourner, en quelque sorte, l'exception de parodie. Pour autant, l'analyse respecte le texte de la Convention en ce que le test de nécessité établit qu'il n'était pas indispensable au magazine d'utiliser spécifiquement l'œuvre protégée pour transmettre son message d'une « *république à la dérive* ». Si la Cour de cassation rejette le pourvoi, en focalisant son analyse sur la parodie, elle répond au moyen suscité de manière très semblable aux deux arrêts précédemment évoqués en figurant que la Cour d'appel « *a pu en déduire que la reproduction litigieuse caractérisait un usage parodique qui ne portait pas une atteinte disproportionnée aux intérêts légitimes de l'auteur et de son ayant droit* ». Une fois de plus, l'expression « *a pu* » suggère que la Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle léger sur la motivation de la cour d'appel, en l'espèce. La parodie représente une expression du droit à la liberté d'expression. Il se peut que la Cour de cassation n'ait pas voulu donner de retentissement à ce moyen eu égard à son l'invocation par l'ayant-droit, ou au fait que la cour d'appel n'a pas fondé sa décision sur le droit à la liberté d'expression, ce qui peut laisser croire qu'il n'avait pas été soulevé avant le pourvoi. Cet arrêt donne néanmoins une indication supplémentaire sur le rôle limité que pourrait désormais jouer la Cour de cassation dans l'appréciation de la motivation des juges du fond concernant le principe de proportionnalité et son application au droit de la liberté d'expression. Seules des erreurs relatives aux critères qui encadrent le principe de proportionnalité ou des erreurs manifestes dans l'application dudit principe par les juges du fond provoqueraient une cassation. Il revient donc aux avocats d'apporter tous les arguments et éléments nécessaires à ce que le juge puisse effectuer un contrôle sérieux pour assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux. Encore faut-il que les juges du fond l'effectuent quand cela leur est demandé.

B) Conflit avec le droit à la vie privée et la liberté d'entreprendre

211.— Arrêt *Figaro* : premier exemple d'un conflit entre vie privée et liberté d'expression. La Cour de cassation n'a, à notre connaissance, jamais eu à examiner un pourvoi impliquant un conflit entre un droit de propriété intellectuelle et le droit à la vie privée. Pour

autant, elle a depuis longtemps dû confronter ce droit fondamental avec d'autres intérêts⁹⁷⁰, parfois très proches du droit à la propriété intellectuelle. Pour faire la transition avec nos développements précédents sur le conflit avec le droit à la liberté d'expression, il convient d'expliquer un arrêt de 2003⁹⁷¹ rendu par la première chambre civile⁹⁷². En l'espèce, « *Le Figaro littéraire* », supplément hebdomadaire du quotidien, a publié une œuvre romanesque, qui devait s'étaler sur plusieurs numéros, inspirée d'une affaire judiciaire très médiatisée concernant la disparition d'une famille. Le représentant légal des enfants du premier mariage de la mère disparue assigne en référé la société éditrice et obtient l'interdiction de poursuivre la publication de l'œuvre romanesque et un ordre de saisie en tous lieux du journal qui les contiendrait. La Cour d'appel de Caen confirme le jugement, la société se pourvoit donc en cassation au moyen d'une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce que l'interdiction de la publication ne serait pas une mesure en proportion avec l'atteinte retenue, cette interdiction ne pouvant « *être ordonnée en référé que si l'atteinte portée à la vie privée présente un caractère intolérable et cause un dommage que l'allocation ultérieure de dommages-intérêts par le juge du fond ne saurait compenser, et les constatations faites n'établissant pas l'exceptionnelle nécessité d'une censure préalable* ». La Cour de cassation répond de manière très lucide que « *les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* ». Elle évoque ainsi l'égalité théorique des droits fondamentaux, qui est à l'origine même de la balance des intérêts⁹⁷³, avant de rappeler que la divulgation d'éléments attentatoires à la vie privée des enfants représentés sous la forme d'un feuilleton estival était illicite « *comme répondant non à un besoin légitime d'information du public, mais au seul agrément des lecteurs, et ne relevait pas davantage du droit du journaliste ou écrivain de commenter des affaires en débat judiciaire public* » et ce même si la disparition avait été largement relayée dans la presse. La Cour conclut, en des termes qui allaient devenir sa formule classique pour annoncer un contrôle léger, que la Cour d'appel « *a pu estimer que, relativement aux faits dramatiques dont elle était saisie, le respect de la vie privée s'imposait avec davantage de force*

⁹⁷⁰ V. les deux arrêts de la Cour de cassation traitant d'un conflit avec le droit à la vie privée : *supra*, n° 209.

⁹⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2003, n° 00-20.289 : *D.* 2004. 1633, obs. Ch. Caron.

⁹⁷² Confirmant un arrêt rendu trois mois auparavant ayant déjà reconnu l'application de la balance des intérêts dans le domaine des droits de la personnalité (Cass. 1^{re} civ., 23 avr. 2003, *D.* 2003, p. 1854, note C. Bigot ; *ibid*, p. 1539, obs. A. Lepage ; *JCP G* 2003, II, n° 10139, note J. Ravanas).

⁹⁷³ *Supra*, n° 34 et suiv.

à l'auteur d'une œuvre romanesque qu'à un journaliste remplissant sa mission d'information, que l'urgence liée à la parution imminente des articles à venir l'autorisait à prendre toute mesure pour éviter que ne se reproduise l'atteinte à l'intimité des plaignants, et que, si la société *Le Figaro* avait estimé ne pas devoir en communiquer le contenu, le titre déjà dévoilé du deuxième épisode désignait une maison du ménage X... [la famille disparue] qui était aussi celle des enfants Z... [les enfants représentés], leur soumission à un régime de garde alternée faisant qu'ils s'y rendaient régulièrement, de sorte que l'unique moyen d'empêcher une nouvelle violation de leur intimité était de faire défense au journal de poursuivre les publications prévues ». Le raisonnement des juges d'appel est ainsi approuvé par les juges de cassation. L'opportunité d'une telle décision paraît très juste, malgré le développement, par la cour d'appel du seul test de proportionnalité *stricto sensu*. L'ensemble est très remarquable pour une décision de 2003 en ce qu'il prédit les développements du contrôle de proportionnalité en droit de la vie privée.

212. — Arrêt *Allostreaming* : conflit entre droit de la propriété intellectuelle et droit à la liberté d'entreprise. Il ne s'agit pas de négliger le conflit, certes plus rare mais tout à fait pertinent, entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit à la liberté d'entreprise. Si ce dernier a été examiné principalement par la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁷⁴, un arrêt récent de la première chambre civile de la Cour de cassation⁹⁷⁵, passé relativement inaperçu malgré sa large publication, apporte des éléments essentiels pour l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. En l'espèce, l'association des producteurs de cinéma (APC) et la fédération nationale des distributeurs de films (FNDF) ont assigné, d'une part, l'ensemble des fournisseurs d'accès internet (FAI) présents en France afin de voir ordonner diverses mesures pour empêcher l'accès à plusieurs sites de streaming illégal par leurs abonnés, et d'autre part, plusieurs moteurs de recherches aux fins d'obtenir la suppression, sur leurs sites, de toute réponse et résultat renvoyant vers les sites en question, en raison du contenu potentiellement contrefaisant de ces derniers. Le Tribunal de grande instance de Paris, statuant en la forme des référés, accède à leurs demandes, mais refuse de faire peser les frais des mesures ordonnées sur les FAI et fournisseurs de moteurs de recherche. La Cour d'appel de Paris confirme ce jugement, mais infirme le dernier point en imposant la prise en charge des frais aux FAI et aux fournisseurs de moteurs de recherche. Les FAI se pourvoient

⁹⁷⁴ *Supra*, n° 136 et suiv.

⁹⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2017, n° 16-18.595, 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348 : *Comm. com. électr.* 2017, comm. 80, G. Loiseau.

en cassation et contestent ce point. Il s'agit dès lors de savoir si les frais doivent être supportés par les FAI ou par les titulaires de droits, dont les mesures protègent les intérêts privés. Parmi les nombreux moyens des FAI, la violation des articles 16 (concernant la liberté d'entreprise) et 52§1 (concernant la limitation de l'exercice des droits fondamentaux) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est soutenue, car la Cour d'appel n'aurait pas « *appréci[é] et contrôl[é] elle-même concrètement que le principe de proportionnalité se trouvait bien respecté* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi et rédige, pour répondre à ce moyen, une motivation inédite, qui nous semble propre à l'invocation de la Charte des droits fondamentaux. En effet, elle cite d'abord le considérant 38 de la décision *HADOPI* du Conseil constitutionnel⁹⁷⁶ : « *il incombe à la juridiction saisie d'une demande d'injonction, sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle*⁹⁷⁷, *de ne prononcer que les mesures strictement nécessaires à la préservation des droits en cause* », puis les arrêts *Scarlet* et *UPC Telekabel* de la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁷⁸ pour rappeler le principe fondateur posé par la Charte des droits fondamentaux et la jurisprudence : il incombe à la juridiction saisie d'une demande d'injonction « *d'assurer un juste équilibre entre les droits de propriété intellectuelle dont jouissent les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins, protégés, notamment, par l'article 17, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs économiques, tels que les fournisseurs d'accès et d'hébergement, consacré, notamment, par l'article 16 de ladite Charte* ». Dans un deuxième paragraphe, elle continue de citer la jurisprudence de la Cour de justice qui explique comment parvenir à ce juste équilibre : « *Qu'il résulte de la jurisprudence de la CJUE que, si une injonction d'une juridiction nationale mettant le coût des mesures exclusivement à la charge de l'intermédiaire technique concerné ne porte pas atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise de ce dernier, dès lors que lui est laissé le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé, il en irait*

⁹⁷⁶ Cons. Const., 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC : JO 13 juin 2009, p. 9675, txt 3 ; *RLDI* juil.-août 2009, n° 1699, note D. Rousseau ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 609, obs. J. Francillon ; *D.* 2009, p. 1770, obs. J.-M. Bruguière ; pour un développement approfondi : *supra*, n° 90 et suiv.

⁹⁷⁷ « *En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des organismes de gestion collective régis par le titre II du livre III ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. La demande peut également être effectuée par le Centre national du cinéma et de l'image animée* » [texte en vigueur du 24 décembre 2016 au 1^{er} janvier 2020]

⁹⁷⁸ *Supra*, n° 151 (arrêt *Scarlet*) et n° 152 et suiv. (arrêt *UPC Telekabel*) pour un développement plus approfondi des arrêts cités par la Cour de cassation.

autrement si ces mesures exigeaient de lui de faire des sacrifices insupportables, ce qu'il lui appartient de démontrer (arrêt UPC Telekabel Wien, précité, points 50 à 53) ». Érigeant ces apports en point de départ, la Cour de cassation analyse ensuite le contrôle de proportionnalité de la Cour d'appel de manière assez poussée puisqu'elle retient que : « dès lors, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que ce n'est que dans l'hypothèse où une mesure particulière devait s'avérer disproportionnée, eu égard à sa complexité, à son coût et à sa durée, au point de compromettre, à terme, la viabilité du modèle économique des intermédiaires techniques, qu'il conviendrait d'apprécier la nécessité d'en mettre le coût, en tout ou en partie, à la charge du titulaire de droits ; que, procédant de façon concrète à la mise en balance des droits en présence, elle a, d'une part, relevé que l'équilibre économique des syndicats professionnels, déjà menacé par ces atteintes, ne pouvait qu'être aggravé par l'engagement de dépenses supplémentaires qu'ils ne pouvaient maîtriser, d'autre part, souverainement estimé que ni les FAI ni les fournisseurs de moteurs de recherche ne démontreraient que l'exécution des mesures ordonnées leur imposerait des sacrifices insupportables, ni que leur coût mettrait en péril leur viabilité économique ; qu'elle a pu en déduire que la prise en charge, par ces intermédiaires, du coût des mesures de blocage et de déréférencement ordonnées était strictement nécessaire à la préservation des droits en cause ». L'utilisation de l'expression « à bon droit » pour introduire le raisonnement de la Cour d'appel est inédite dans un arrêt de la Cour de cassation confronté à un contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Cependant en fin d'analyse, l'expression « a pu » revient. Que veut ainsi montrer la Cour de cassation ? Selon nous, dans la première partie de l'analyse (suivant « à bon droit »), la Cour de cassation opère un contrôle lourd de la motivation de la Cour d'appel sur l'impératif d'effectuer un contrôle de proportionnalité. En effet, à la suite du rappel de la jurisprudence de la Cour de justice, elle entend souligner la nécessité de son respect, et de garantir sa bonne application, particulièrement dans le fait que seule une mesure disproportionnée, dont elle donne les critères (coût, complexité, durée), pourrait laisser ladite application à la charge des titulaires de droits. La Cour de cassation dit ensuite que la Cour d'appel a bien procédé à une mise en balance concrète des droits fondamentaux et rappelle ses motifs. Par l'expression « a pu », qui annonce un contrôle léger, la Cour de cassation rappelle simplement ce que la Cour d'appel déduit de sa balance des intérêts. Ainsi, si la Cour de cassation opère un contrôle lourd sur la nécessité pour la Cour d'appel d'opérer un contrôle de proportionnalité, elle n'exerce qu'un contrôle léger sur le résultat de ce contrôle. La décision peut paraître en opportunité discutable. Il aurait été possible, pour la Cour d'appel, de caractériser la disproportion de la mesure ordonnée aux FAI et d'aboutir à un résultat inverse, sur lequel finalement la Cour de cassation n'aurait opéré qu'un contrôle léger. Comme il ressortait déjà des arrêts précédemment évoqués, la Cour de cassation

accorde une place essentielle à l'appréciation souveraine des juges du fond dans l'application du principe de proportionnalité lorsque différents droits fondamentaux doivent être mis en balance. Il incombe donc non seulement aux avocats d'être particulièrement attentifs dans leur argumentation relative au principe de proportionnalité et aux critères développés par les jurisprudences des cours européennes, mais également aux juges du fond de s'emparer pleinement de cette prérogative et de rendre des décisions les plus respectueuses possibles de ce principe. Néanmoins, permet-il, en pratique, de déterminer le difficile équilibre sans compromettre la sécurité juridique, primordiale pour notre sujet ?

III – L'affaire *Klasen*, pivot dans la construction d'une nouvelle motivation

213. — Une application encore limitée. Comme nous l'avons vu, bien avant l'arrêt *Klasen*, les juridictions du fond ont esquissé l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Si la Cour de cassation ne les a pas suivies dans leur raisonnement comme dans l'affaire *Utrillo*, leurs jugements et arrêts peuvent constituer une source d'inspiration. Nous renvoyons à nos développements précédents pour ceux qui ont fait l'objet d'un pourvoi en cassation⁹⁷⁹. Il semble également pertinent de revenir sur l'arrêt *Michelin*, qui donnait déjà des indices concernant une future application du principe de proportionnalité. Il est utile de constater que peu d'arrêts ou de jugements au fond ont eu à appliquer ce principe. Il est tout autant surprenant de remarquer que ces décisions ne le font largement que pour résoudre un conflit entre le droit d'auteur et le droit à la liberté d'expression (et plus particulièrement son dérivé, la liberté de création) et, selon nous, assez timidement. Cela constitue peut-être un indice supplémentaire de l'appréhension des avocats face à un tel moyen. Ceci nous invite à proposer, à l'issue de cette présentation, des réponses appuyées par la jurisprudence européenne.

214. — Affaire *Michelin* : balbutiement d'une application du principe de proportionnalité. Il est pertinent de revenir, en préambule, sur un jugement du Tribunal de grande instance de Paris⁹⁸⁰ qui illustre une application du principe de proportionnalité, certes

⁹⁷⁹ *Supra*, n° 200 et suiv.

⁹⁸⁰ TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 30 avr. 2002, *Sté Compagnie Générale des Éts Michelin c/ SARL Golias et Mme Cizeron : Propriété industrielle* 2002, n° 9, comm. 92, note P. Kamina. V. en lien avec l'affaire canadienne précédemment évoquée mais sous l'angle de la parodie et des droits fondamentaux : *supra*, n° 81.

incomplète, mais respectueuse de son essence. En l'espèce, un éditeur a publié un ouvrage nommé « *Le vrai scandale de Michelin* », mettant en cause les agissements de la société et dont la couverture reproduit le dessin Bibendum, emblème de Michelin. Celle-ci assigne l'éditeur et l'auteur de la couverture en contrefaçon. Ne pouvant se prévaloir de l'exception de parodie, les défenseurs arguent, devant les juges du fond, qu'ils ont reproduit le dessin, car il s'agit d'un attribut visuel que la société s'est donné elle-même pour se désigner. L'ouvrage lui est consacré, dès lors la société Michelin ne peut opposer ses droits d'auteur sans entrer en conflit avec le droit à la liberté d'expression tel que reconnu par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le tribunal répond de manière concise : « *si le principe de la liberté d'expression des opinions et de communication des informations consacré notamment par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme doit permettre à tout auteur de désigner les personnes morales dont l'action est mise en cause, cet exercice qui se heurte au principe de la protection des droits de propriété intellectuelle dont la société incriminée est titulaire doit être strictement limité à l'usage de la dénomination sociale ou du nom commercial de celle-ci, attributs qui permettent son identification par le public. En l'espèce, tel n'est pas le cas du 'Bibendum' qui n'est ni la dénomination sociale ni le nom commercial de la société Michelin* ». Face à l'argumentaire assez faible des défenseurs, le tribunal prend, selon nous, une décision louable en opportunité. En effet, sans rejeter totalement l'invocation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui doit « *permettre à tout auteur de désigner les personnes morales dont l'action est mise en cause* », l'utilisation doit se limiter à la « *désignation nécessaire* » de l'entreprise. En effet, en vertu du test de nécessité est appliqué, il n'était pas nécessaire de reproduire à l'identique le logo de l'entreprise pour permettre son identification par le public. La solution aurait certainement été différente si le logo de la société avait été détourné pour un usage parodique qui serait rentré dans le champ de l'exception prévue par la loi, en garantissant un juste équilibre entre les droits fondamentaux. La solution nous paraît cependant admirable pour l'époque malgré l'absence du test d'adéquation et de proportionnalité *stricto sensu*, probablement jugé non pertinent eu égard à l'échec du test de nécessité.

215. — Arrêt *Prokofiev* : détermination de la charge de la preuve. La première décision d'une juridiction du fond après l'arrêt *Klasen* est une décision rendue par la Cour d'appel de Paris à propos d'une œuvre musicale⁹⁸¹. En l'espèce, une compositrice française a créé, à

⁹⁸¹ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 25 sept. 2015, *Blazy c/ Le Chant du Monde & consorts Prokofiev*, n° 14/01364 : *Prop. intell.* 2016, n° 58, p. 51, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2016, 1481, § 10, obs. A. Zollinger.

l'occasion de l'inauguration de la plus haute tour du monde à Dubaï, une pièce musicale. Considérant cette dernière comme une reproduction, avec quelques variantes, de la fameuse « *Danse des chevaliers* » du ballet « *Roméo et Juliette* » de Sergueï Prokofiev ; la maison d'édition détentrice des droits patrimoniaux de l'œuvre en cause et les héritiers du compositeur, détenteurs du droit moral, assignent la compositrice en contrefaçon. Le Tribunal de grande instance de Paris condamne la compositrice. Elle fait appel et invoque une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'arrêt *Klasen* pour faire échouer la contrefaçon. Visiblement peu avertie de l'exigence d'un tel moyen, elle entend faire valoir que son œuvre est une manifestation de son expression artistique et s'il est admis qu'elle a reproduit des éléments issus de l'œuvre de Prokofiev, elle a « *simplement usé de sa liberté d'inspiration* ». Ainsi, selon la défenderesse, la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence doit conduire à faire prévaloir sa liberté d'expression artistique sur le droit d'auteur.

La cour d'appel rejette ce moyen et établit que « *l'arrêt invoqué [Klasen] concerne un artiste peintre qui avait le dessein, par l'emprunt incriminé [...], de 'susciter une réflexion d'ordre social' (ce à quoi Madame B. ne prétend pas) et que cet arrêt ne fait pas prévaloir l'article 10 précité sur le droit exclusif de l'auteur [...], mais renvoie la juridiction de fond désignée à 'expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait'* ». Il convient de souligner que l'intention de la compositrice et son lien avec la recevabilité de l'invocation de la liberté d'expression ne nous semblent pas pertinents. En effet, peu importe le type de discours incriminé (qu'il soit d'intérêt général ou qu'il « *suscite une réflexion d'ordre social* »), ce dernier n'a pas d'incidence sur la recevabilité, mais uniquement sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation⁹⁸² donc, potentiellement, sur le test de proportionnalité *stricto sensu*. Cependant, elle vise juste quand elle précise que l'arrêt *Klasen* ne fait pas prévaloir la liberté d'expression sur le droit d'auteur, mais impose seulement aux juridictions du fond d'« *expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait* ».

Enfin, la cour d'appel conclut que « *force est de considérer que Madame B. ne développe aucune argumentation permettant à la cour de se prononcer de façon concrète sur la mise en balance des droits concurrents en présence. Que s'il est constant que le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, à laquelle le législateur apporter des limites proportionnées, Madame B. ne prétend pas bénéficier de telles exceptions si bien que*

⁹⁸² *Supra*, n° 123 et suiv. (arrêt *Ashby Donald*).

son moyen se révèle inopérant ». La Cour d'appel de Paris inaugure, en l'espèce, un principe qui sera désormais repris dans chacun de ses arrêts, et sur lequel nous devons nous attarder, celui selon lequel la charge de la preuve du juste équilibre pèse sur celui qui invoque le droit à la liberté d'expression. La question n'a pas été tranchée par la Cour de cassation, il est donc utile de se pencher à nouveau sur la jurisprudence des cours européennes et surtout celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Sa jurisprudence, notamment l'arrêt *Ashby Donald* énonce, conformément à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la liberté d'expression est « assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante »⁹⁸³. La place particulière de cette liberté au niveau européen lui confère une assise spéciale par rapport au droit de propriété intellectuelle. Il pourrait sembler logique, comme le souligne M. Geiger, que celui qui invoque un « droit d'exception [doit] démontrer de manière convaincante que la restriction de la liberté d'expression artistique entraînée par la mise en œuvre du droit d'auteur dans le cas d'espèce est nécessaire et non disproportionnée »⁹⁸⁴. Cependant, le contexte est bien différent devant la Cour européenne des droits de l'homme. Tout d'abord, la charge de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme, peu importe le droit fondamental invoqué, pèse souvent sur l'État plutôt que sur la partie privée, ce qui était le cas en l'espèce. Surtout, l'arrêt *Ashby Donald* rappelle que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans l'application de l'article 10 selon le discours incriminé et du fait même que le droit fondamental de propriété intellectuelle lui était opposé⁹⁸⁵. Ainsi, comme M. Zollinger, nous sommes d'avis qu'il faut comprendre cette marge d'appréciation pour présumer du « juste équilibre » entre la législation du droit d'auteur et la liberté d'expression, à charge aux prétendus contrefacteurs de démontrer en quoi l'application du droit d'auteur créerait une atteinte disproportionnée à l'un de leurs droits fondamentaux⁹⁸⁶. Une telle approche ne menace pas la particularité ou l'efficacité du droit à la liberté d'expression ou d'autres droits fondamentaux, si une espèce exceptionnelle se présentait au juge.

⁹⁸³ CEDH, 10 janv. 2013, *Ashby Donald*, n° 36769/08, pt. 38 : *Comm. com. électr.* 2013, comm. 39, note Ch. Caron ; *JCP G* 2013, 397, note M. Afroukh ; *Légipresse* 2013, n° 304, p. 221, note F. Marchadier ; *Propri. intell.* 2013, n° 47, p. 216, note J.-M. Bruguière.

⁹⁸⁴ Ch. Geiger, « Appropriation créative et droit d'auteur, réflexions sur les évolutions récentes de la jurisprudence française à la lumière du droit de l'union et droit comparé », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LGDJ, 2018, p. 327, spéc. p. 338.

⁹⁸⁵ Arrêt *Ashby Donald*, § 39-41.

⁹⁸⁶ A. Zollinger, « Comment procéder à la balance des intérêts in concreto ? », *Comm. com. électr.* 2017, étude 7. Dans un sens similaire : E. Treppoz, « Du bon usage du contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 1011 ; E. Dreyer, « La liberté d'expression comme "droit" concurrent », *RLDI* 2009, suppl. 49, n° 1635.

Il ne faut donc pas voir dans cet arrêt *Prokofiev* une résistance des juges du fond au contrôle de proportionnalité demandé dans l'arrêt *Klasen* et le remplacement, au centre de l'analyse, de la théorie de l'équilibre interne. La cour dit clairement que la partie défenderesse n'a développé aucune argumentation afin qu'elle puisse se prononcer sur la mise en balance des droits fondamentaux. Il semble que la cour d'appel veuille signifier qu'en l'état, elle ne peut que s'en tenir à la théorie de l'équilibre interne, mais que, si une argumentation suffisante se présentait, elle aurait pu procéder à un contrôle de proportionnalité et éventuellement remettre en question cet équilibre. Il devient ainsi décisif, pour les avocats de la partie invoquant un droit fondamental face à celui de propriété intellectuelle, d'être le plus rigoureux possible dans le développement du contrôle de proportionnalité.

216. — Arrêt de renvoi *Klasen* : de l'importance du critère de nécessité. Trois ans plus tard, la Cour d'appel de Versailles⁹⁸⁷ est amenée à statuer sur renvoi après la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris concernant Peter Klasen⁹⁸⁸. La décision de renvoi était très attendue pour savoir comment les juges du fond allaient bien pouvoir expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre le droit d'auteur et le droit à la liberté d'expression commandait la condamnation qu'ils prononçaient. Rappelons brièvement que les faits impliquent un photographe qui avait découvert que des reproductions de trois de ses photographies avaient été intégrées, sans son autorisation, dans plusieurs œuvres de Peter Klasen, artiste peintre. Le photographe l'avait assigné en contrefaçon de ses droits d'auteur. Logiquement, Peter Klasen invoque, devant les juges de renvoi, la Convention européenne des droits de l'homme et son protocole additionnel ainsi que les apports de l'arrêt de cassation et de l'arrêt *Ashby Donald* de la Cour européenne des droits de l'homme. L'argumentaire développé par Peter Klasen s'appuie sur ces textes et s'il est beaucoup plus construit que celui de la défenderesse dans l'affaire *Prokofiev*, il est cependant peu convaincant. Fondé sur l'apport de l'arrêt *Ashby Donald* qui définit la marge d'appréciation laissée aux États selon le type de discours (plus grande si le discours est exclusivement commercial), Peter Klasen soutient que les clichés utilisés « *n'ont constitué qu'un outil pour véhiculer un message de critique sociale afin de stimuler dans l'esprit du public une réflexion d'ordre social ; que leur utilisation n'avait donc pas un but strictement esthétique ou lucratif ; qu'empêcher une telle utilisation afin de protéger les seuls intérêts de M. Malka [le photographe] sur des clichés de mode à vocation*

⁹⁸⁷ CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029

⁹⁸⁸ *Supra*, n° 207 et suiv.

publicitaire et nécessairement furtive constitue une atteinte manifestement disproportionnée à sa liberté d'expression artistique et conduirait à remettre en cause l'acte même de créer ». Il s'agit d'une argumentation limitée au test de proportionnalité *stricto sensu* et demeure, selon nous, très laconique. Il aurait pu être utile que l'avocat de M. Klasen insiste sur l'aspect non exclusivement commercial de la reproduction et ajoute qu'elle ne pouvait entraîner qu'une atteinte limitée aux droits patrimoniaux du photographe, et que sa démarche poursuivait avant tout un objectif créatif. Surtout, l'argumentation de la défense fait fi, à tort, de développer le test de nécessité pour démontrer la nécessité de reproduire spécifiquement ces photographies dans le cadre de ses créations. Sans juger la pertinence d'une telle argumentation, il convient de noter qu'elle aurait fourni aux juges du fond davantage d'éléments à examiner, d'autant que la Cour d'appel de Paris a retenu, comme nous le verrons et dans la lignée de l'arrêt *Prokofiev*, qu'il revenait au défendeur d'apporter la preuve du juste équilibre pour justifier l'utilisation des photographies.

La Cour d'appel rappelle, de manière imprécise, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en affirmant que cette dernière, dans son arrêt *Ashby Donald*, a reconnu aux États membres « *une marge d'appréciation importante pour mettre en balance des intérêts garantis tous deux au titre de la convention européenne* ». Or, comme souligné plus haut, ladite marge d'appréciation en matière de liberté d'expression varie en fonction de plusieurs éléments, parmi lesquels le type de « *discours* » ou d'information. Est donc reconnue aux États une marge d'appréciation plus large lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial. Cela ne signifie pas que cette liberté ne peut pas être invoquée dans ce dernier cas. La Cour d'appel respecte ensuite le modèle de l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme pour établir que l'ingérence dans la liberté d'expression est valable. L'atteinte doit être prévue par la loi, légitime et nécessaire dans une société démocratique. Les deux premières conditions sont facilement remplies, car la loi du 11 mars 1957 prévoit la protection des photographies et la protection de ces œuvres répond au but légitime de la protection du droit fondamental qu'est le droit de propriété intellectuelle⁹⁸⁹. Le dernier critère de nécessité dans une société démocratique est plus problématique. Comme vu précédemment avec l'étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de

⁹⁸⁹ Même si sur ce deuxième critère de légitimité, la Cour semble étrangement mélanger celui-ci avec celui de la proportionnalité en ce qu'elle statue que « [les dispositions nationales de protection du droit d'auteur] poursuivent un but légitime puisque le protocole additionnel prévoit que toute personne a droit au respect de ses biens alors que le droit d'auteur constitue une composante du droit de propriété, **que dans ces conditions, l'interdiction de représenter ou reproduire une œuvre sans le consentement de l'auteur est proportionné au but poursuivi** ». Ce n'est pas parce que la protection du droit est légitime qu'il en découle une interdiction proportionnée de représenter l'œuvre...

« nécessaire dans une société démocratique » est globalisante et comprend les trois tests classiques du contrôle de proportionnalité (adéquation, nécessité, et proportionnalité *stricto sensu*)⁹⁹⁰. Or, la Cour d'appel semble considérer que cette notion ne recouvre qu'un test de nécessité et transforme le contrôle de proportionnalité en un contrôle de la nécessité. En effet, après avoir précisé de manière déterminante « *qu'il appartient à M. Peter Klasen, qui invoque sa liberté d'expression, d'établir en quoi un juste équilibre entre la protection de celle-ci et celle due au droit du photographe imposait qu'il utilisât les œuvres de ce dernier au surcroît sans son autorisation* », elle ajoute « *que tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque de l'aveu même de M. Peter Klasen les œuvres de [M. Alix Malka]⁹⁹¹ étaient parfaitement substituables, qu'il aurait pu tout aussi bien utiliser d'autres photographies publicitaires du même genre ; qu'il en découle que l'utilisation des œuvres de M. Alix Malka, au surcroît sans son autorisation, n'était pas nécessaire à l'exercice de la liberté que M. Peter Klasen revendique ; que solliciter l'autorisation préalable de l'auteur ne saurait donc constituer une atteinte à son droit de créer* ». Il est ici souligné qu'appartient à celui qui invoque le droit à la liberté d'expression face à un droit de propriété intellectuelle d'apporter la preuve du juste équilibre justifiant l'utilisation des photographies⁹⁹². Or, pour la Cour d'appel, cette preuve semble consister uniquement à dire en quoi les photographies en cause étaient nécessaires à la création de M. Klasen. Certes, en l'espèce, l'argument est totalement justifié puisque le défendeur a assez naïvement souligné que les œuvres utilisées étaient parfaitement substituables. Plusieurs arrêts des cours européennes arrêtent le développement du contrôle de proportionnalité si un des critères n'est pas respecté, principalement celui de nécessité, sans qu'il soit obligatoire de développer le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*⁹⁹³. Cependant, le critère de nécessité tel qu'il est vu par les juridictions françaises nous semble un peu limité pour pleinement concilier les droits fondamentaux.

L'analyse ne s'arrête pas là. Les juges de renvoi se penchent ensuite sur l'argument de M. Klasen selon lequel il s'inscrit dans le courant « *appropriationniste* ». Il souligne que « *l'on imagine mal Andy Warhol demander l'autorisation aux titulaires de la marque Campbell de*

⁹⁹⁰ *Supra*, n° 121 et suiv.

⁹⁹¹ Probable erreur dans la rédaction originale de l'arrêt qui énonce : « *que tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque de l'aveu même de M. Peter Klasen les œuvres de M. Peter Klasen étaient parfaitement substituables [...]* »

⁹⁹² Et ce comme le souligne M. Caron, conformément à l'article 1353 du Code civil disposant que : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* » (Ch. Caron, « La balance des intérêts entre les mains du juge du fond », *Comm. com. électr.* 2018, comm. 32).

⁹⁹³ V. par exemple : *supra*, n° 148.

reproduire les fameuses boîtes de Campbell soup [...] et plus généralement (et plus classiquement), aurait-il fallu exiger de Pablo Picasso - ainsi que de la quinzaine d'artistes qui ont ensuite repris cette œuvre - de solliciter les héritiers d'Édouard Manet pour peindre sa version du 'Déjeuner sur l'Herbe' (peinture dont la composition d'ailleurs était dérivée d'une gravure de Marcantonio Raimondi, réalisée elle-même à partir d'un dessin de Raphaël) ?' ». Les juges procèdent alors implicitement à une sorte de test de proportionnalité *stricto sensu*, en opposant à l'argument précédent que « cette analogie n'est pas de mise en l'espèce ; que d'une part, la 'Campbell soup' était un produit de consommation courante dont rien ne permettait de penser que le graphisme original était d'Andy Warhol ; que d'autre part, dans l'œuvre de Picasso, l'œuvre première était parfaitement identifiable de sorte que 'l'appropriation' de celle-ci ne faisait aucun doute ; que tel n'est pas le cas des photographies de M. Alix Malka dont la notoriété ne permet pas de les identifier en tant que telles dans l'œuvre seconde de M. Peter Klasen ». Si l'analogie avec l'œuvre de Picasso reprenant l'œuvre de Manet semble fondée⁹⁹⁴, celle concernant Andy Warhol semble plus discutable, car le juge ne dit pas si Andy Warhol a demandé aux ayants droit du graphisme original de la soupe l'autorisation de l'utiliser (ce qui paraît peu probable), peu importe que ce soit un produit de consommation courante. Le juge suggère ainsi que, selon la notoriété de l'œuvre empruntée, la liberté d'expression pourrait primer sur le droit d'auteur. La détermination de ce critère paraît assez arbitraire et fait courir un risque d'appréciation du mérite de l'œuvre⁹⁹⁵, si la méthode du contrôle de proportionnalité n'est pas suivie avec rigueur⁹⁹⁶. Comme suggéré précédemment, il est peu probable qu'un nouveau pourvoi de M. Klasen aboutisse devant la Cour de cassation. La démonstration du contrôle de proportionnalité par la Cour d'appel de renvoi, si elle aboutit à un résultat qui nous semble équilibré en opportunité, aurait pu être améliorée par l'exposé clair de la méthodologie suivie et par le développement du critère de nécessité, qui paraît décisif en l'espèce.

217.— Affaire Bauret c/ Koons : le contrôle de proportionnalité appliqué à l'art contemporain. Un autre rare exemple d'application du contrôle de proportionnalité par les juridictions du fond est celui qui clôture une affaire qui a été assez médiatisée et qui est similaire

⁹⁹⁴ Le juge aurait pu ajouter qu'à la différence de Picasso qui avait réellement transformé l'œuvre originale de Manet, M. Klasen avait simplement repris les photos telles qu'elles pour en créer une nouvelle.

⁹⁹⁵ Ce qui est interdit en droit d'auteur pour éviter que le juge se substitue en critique d'art.

⁹⁹⁶ Ch. Geiger, *op. cit.*, p. 327.

à l'affaire *Klasen* en certains aspects⁹⁹⁷. En l'espèce, les ayants droit du photographe Jean-François Bauret ont découvert fortuitement que son cliché intitulé « *Enfants* » réalisé en 1970, représentant un jeune garçon et une jeune fille se tenant par l'épaule, présentait de fortes similitudes avec la sculpture « *Naked* » réalisée en 1988 par le célèbre artiste contemporain Jeff Koons. Le Centre Pompidou envisageait alors d'accueillir une rétrospective consacrée à Koons et « *Naked* » devait y être exposée. Les ayants droit de Jean-François Bauret ont adressé une lettre recommandée à l'artiste et à sa société leur demandant de s'abstenir d'exposer la sculpture litigieuse et d'en supprimer la reproduction sur tout support, quel qu'il soit. Sans réponse, les ayants droit ont fait part, la veille du début de l'exposition, des mêmes griefs au Centre Pompidou également par lettre recommandée. Pour des raisons prétendument liées à un endommagement de l'œuvre pendant son transport, la sculpture a été retirée de l'exposition. Il s'avère pourtant qu'elle était déjà reproduite sur les catalogues de l'exposition vendus au public. Elle a également figuré dans les reportages et émissions diffusées en France au sujet de l'artiste et de l'exposition. Les ayants droit ont donc assigné Jeff Koons, sa société et le Centre Pompidou en contrefaçon de droit d'auteur aux fins d'obtenir réparation du préjudice en découlant.

Ce qui devait être une simple affaire de contrefaçon s'est alors transformée en une des premières applications du contrôle de proportionnalité suivant les apports de l'arrêt *Klasen*. En première instance, l'invocation par le Centre Pompidou de la liberté d'expression est rejetée⁹⁹⁸. Jeff Koons voit cependant ses arguments de défense, fondés sur le même moyen être rejetés par le Tribunal de grande instance de Paris⁹⁹⁹. Il décide d'interjeter appel du jugement en se fondant à nouveau sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁰⁰. Selon Koons, s'il est nécessaire de rechercher un juste équilibre entre le droit d'auteur et le droit à la liberté d'expression, il convient « *en cas de conflit entre ces deux droits, de faire prévaloir la liberté de création artistique* ». Il soutient également que « *c'est au titulaire du droit d'auteur de démontrer la nécessité de restreindre cette liberté* » et met en avant la notion de « *fair use et la*

⁹⁹⁷ S. Rahal, « Cette photo de deux enfants nus a-t-elle été plagiée par Jeff Koons ? », *Télérama*, 13 janv. 2017 [disponible en ligne] ; Z. Sfez, « Jeff Koons condamné pour plagiat, l'art de l'appropriation contre la propriété intellectuelle », *France Culture, Le Journal de la Culture*, 13 mars 2017 [disponible en ligne] ; S. Dreyfus, « Pourquoi Jeff Koons est-il à nouveau condamné pour contrefaçon ? », *La Croix*, 23 déc. 2019 [disponible en ligne] ; N. Vulser, « Jeff Koons à nouveau condamné pour contrefaçon », *Le Monde*, 23 déc. 2019 [disponible en ligne].

⁹⁹⁸ Le Centre Pompidou soutenait qu'il relevait de sa mission de service public d'organiser cette exposition, de montrer « *l'art du temps* », il est cependant seulement mis en cause en tant qu'éditeur pour l'exploitation commerciale des publications liées à l'exposition, ce qui explique le rejet d'un tel moyen.

⁹⁹⁹ TGI Paris, 9 mars 2017, *Bauret c/ Koons*, n° 15/01086 : *LEPI* 2017, n° 6, p. 3, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2018, n° 3, p. 1031, chron. A. Zollinger.

¹⁰⁰⁰ CA Paris, 17 décembre 2019, *Bauret c/ Koon*, n° 15/01086.

pratique artistique consistant à s'inspirer, voire à reprendre une partie ou l'intégralité d'une œuvre préexistante afin de l'intégrer plus ou moins fidèlement dans une création seconde », pour affirmer que le jugement a renversé la charge de la preuve. La photographie reproduite et retravaillée par ses soins servirait « *son message de façon optimale [...] la réappropriation d'une œuvre existante étant centrale dans son processus créatif d'une œuvre d'art seconde, et ne pouvant être assimilée à une économie de travail créatif* ». Le lecteur attentif comprendra rapidement que, eu égard à ce qui a été dit précédemment, si les premiers arguments ont peu de chance d'être pris en compte par le juge, notamment sur la charge de la preuve et la supériorité hiérarchique de la liberté de création sur le droit d'auteur, le dernier argument, qui concerne l'appropriation, tend à devenir l'élément central du contrôle de proportionnalité qui sera exercé par les juges d'appel.

Ainsi, ces derniers rappellent la lettre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour définir le sens de l'adjectif « *nécessaire* », en ce qu'il implique « *un besoin social impérieux* »¹⁰⁰¹, et souligner que la propriété intellectuelle bénéficie de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁰². De manière assez surprenante, les juges citent ensuite l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme alors que ce texte est dénué valeur contraignante¹⁰⁰³ et, enfin, l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle¹⁰⁰⁴. Ils rappellent ensuite, sans le nommer, l'arrêt *Klasen*, indiquant « *qu'il revient au juge de rechercher un juste équilibre entre les droits en présence [...] et d'expliquer, en cas de condamnation, en quoi la recherche de ce juste équilibre commandait cette condamnation* ». L'état du droit positif établi, les juges peuvent alors se livrer à la recherche du juste équilibre en procédant à un contrôle de proportionnalité, de manière un peu plus orthodoxe. Ils répondent d'abord à l'argument principal de Jeff Koons selon lequel l'utilisation de la photographie de Jean-François Bauret représentant un couple d'enfants s'explique « *par sa relative confidentialité, pour lui faire incarner son message de libération de l'être en faisant accéder*

¹⁰⁰¹ Citant l'arrêt *Ashby Donald* (CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald* : *Comm. com. électr.* 2013, comm. 39, note Ch. Caron ; *JCP G* 2013, 397, note M. Afroukh ; *Légipresse* 2013, n° 304, p. 221, note F. Marchadier ; *Propri. intell.* 2013, n° 47, p. 216, note J.-M. Bruguière), alors que ce n'est pas le principal apport de cet arrêt et que la notion avait déjà été définie auparavant dans l'arrêt *Olsson* (CEDH, 24 mars 1998, *Olsson c/ Suède* (n° 1), n° 10465/83, § 67).

¹⁰⁰² CEDH, 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, n° 73049/01 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 67, obs. Ch. Caron ; *JCP E* 2007, 1409, note A. Zollinger.

¹⁰⁰³ *Supra*, n° 26.

¹⁰⁰⁴ « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ».

ses personnages à la célébrité ». Pour la Cour, cette confidentialité ne permet pas au public « de l'identifier dans la sculpture », mais surtout « *il n'est pas justifié que Jeff Koons, qui pouvait utiliser une autre œuvre que la photographie de Jean-François Bauret, a essayé d'obtenir l'autorisation de l'auteur*¹⁰⁰⁵, dont il ne pouvait ignorer l'identité. La volonté affirmée de conférer à deux enfants anonymes le statut de célébrité ne peut expliquer le choix de la photographie de Jean-François Bauret, du fait qu'elle serait peu connue du public ». Il en est déduit qu'« *il n'est pas établi que l'utilisation sans autorisation de la photographie de Jean-François Bauret, qui porte atteinte à ses droits et à ceux de ses ayants droit, par Jeff Koons était nécessaire à l'exercice de sa liberté d'expression artistique, y compris dans sa dimension de réflexion d'ordre social, et justifie l'appropriation ainsi faite d'une œuvre protégée* ». Comme dans l'arrêt de renvoi dans l'affaire *Klasen*, la notoriété de l'œuvre première est utilisée comme critère d'appréciation de la nécessité de l'atteinte au droit d'auteur. S'il convient ici encore de retenir que le contrôle de proportionnalité est limité à un contrôle de nécessité, la décision semble juste en opportunité et offre une motivation plus fluide et légère que celle de l'arrêt de renvoi *Klasen*. Les juges d'appel ne répondent qu'aux arguments développés par la partie défenderesse et leur rappellent, à nouveau, que c'est bien à elle d'apporter la preuve que sa liberté d'expression doit prévaloir sur le droit d'auteur des ayants droit. La décision a surtout le mérite de réaffirmer la sécurité juridique dont jouit le contrôle de proportionnalité ainsi conçu et le caractère exceptionnel que pourrait avoir une décision reconnaissant *in concreto* la supériorité de la liberté d'expression sur le droit d'auteur.

218. — Affaire L214 : application du contrôle de proportionnalité en matière de référé.

Un dernier arrêt récent¹⁰⁰⁶ permet de mesurer l'influence croissante exercée par le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Il concerne une affaire en référé, laissant donc présager une nouvelle confrontation entre liberté d'expression et droit d'auteur, ce dernier ayant été cette fois mis en difficulté. En l'espèce, un syndicat de producteurs de foie gras (le CIFOG) et un organisme du ministère de l'Agriculture (France AgriMer) ont fait réaliser par une agence de communication un film publicitaire de 15 secondes pour promouvoir le foie gras, diffusé à la télévision et en ligne. L'association de protection animale L214 a diffusé, sur ses réseaux sociaux, un film de 30 secondes reprenant 6 secondes d'images du film publicitaire

¹⁰⁰⁵ Probablement une erreur dans la rédaction de l'arrêt puisque bien évidemment Jeff Koons n'avait, en l'espèce, pas demandé l'autorisation aux ayants droits de Jean-François Bauret pour reproduire l'œuvre première.

¹⁰⁰⁶ CA Paris, 13 mars 2020, *L214 c/ CIFOG*, n° 19/04127 : *MAJ IRPI* 2020, n° 17, p. 4, note K. Messang-Blansché.

précédemment évoqué pour dénoncer les conditions de production de foie gras. Le CIFOG assigne alors l'association L214 en référé pour obtenir l'interdiction du film sous astreinte. Elle l'obtient puisque le Tribunal de grande instance de Paris¹⁰⁰⁷ reconnaît l'existence d'un trouble manifestement illicite. En effet, il importait peu que l'association ait voulu parodier le film du CIGOF « *dès lors qu'elle l'avait reproduit dans son intégralité, alors qu'elle n'avait aucunement participé à son financement et bénéficié de sa réalisation, et qu'elle a de fait porté atteinte aux droits d'auteur attachés au film* ». L'association interjette donc appel. La décision se concentre sur une potentielle violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Après avoir rappelé l'état du droit positif, à la manière de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Koons*, puis décrit précisément le film de l'association et les éléments repris du film publicitaire du CIGOG, la Cour observe que « *la seule atteinte à des investissements financiers ne peut à elle seule justifier en l'espèce une restriction de la liberté d'expression s'agissant d'une dénonciation de film publicitaire* ». Elle reconnaît ensuite que la mise en œuvre du droit d'auteur est une restriction prévue par la loi, qui poursuit un intérêt légitime, remplissant ainsi les deux premières conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Il reste à la juridiction d'examiner si elle constitue une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. Cependant, le contrôle s'arrête précipitamment puisque la Cour écarte le fondement du droit d'auteur pour deux raisons. Tout d'abord, le CIFOG n'a pas invoqué ce fondement lors de l'assignation introductive, se contentant de faire état du profit indu de ses investissements et de présumer la titularité du droit d'auteur sur le film. La contrefaçon ne peut être retenue qu'à la condition que soit écartée l'exception de parodie prévue à l'article L. 122-5, 4° du Code de la propriété intellectuelle¹⁰⁰⁸ et soulevée par l'association L214. Ce faisant, le juge des référés a caractérisé à tort une atteinte incontestable au droit d'auteur et a jugé qu'il importe peu que l'association ait voulu parodier le film du film du CIFOG. La Cour d'appel de Paris infirme l'ordonnance. Malgré l'application du principe de proportionnalité en matière de référé, l'arrêt ne révèle pas comment le juge du fond apprécie concrètement la proportionnalité de l'atteinte au droit d'auteur. Comme cela est suggéré dans l'arrêt, encore faut-il qu'il existe un droit d'auteur car l'originalité de la publicité sur le foie gras reste à démontrer. Si elle était originale, il resterait l'exception de parodie. Le critère central de celle-ci est la « *finalité humoristique ou de dérision* »¹⁰⁰⁹. Il n'est pas certain que l'exception soit valable dans le cas d'une campagne dénonçant la condition animale. Si l'originalité de l'œuvre première est reconnue et si

¹⁰⁰⁷ TGI Paris, ord. réf., 6 févr. 2019, n° 19/50818.

¹⁰⁰⁸ « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : [...] La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre* ».

¹⁰⁰⁹ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 2015, 4^e éd., p. 355.

l'exception de parodie est écartée, il conviendra d'effectuer le contrôle de proportionnalité qui pourrait avoir de bonnes chances de faire prévaloir, en l'espèce, le droit à la liberté d'expression. Selon nous, il pourrait être tenu compte du fait qu'il apparait nécessaire pour l'association d'utiliser spécifiquement la publicité de la CIFOG pour critiquer la promotion faite par ce syndicat d'un produit controversé sur la souffrance animale. L'acte de l'association pourrait aussi apparaître proportionné *stricto sensu* en ce que l'utilisation de cette publicité, dont seulement six secondes sont reprises, est faite par une association à but non lucratif, dans l'objectif de sensibiliser le public et d'ouvrir un débat potentiellement d'intérêt général sur cette question de la souffrance animale. Le droit d'auteur ne saurait servir ici d'outil de censure.

219.— Conclusion du chapitre. Conformément aux décisions rendues par les cours européennes, les juridictions nationales, dans leur majorité, ont su profiter de la marge d'appréciation qui leur était laissée pour développer leur propre contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental. Les différentes applications montrent que si les faits ont été pris en compte, au regard des droits fondamentaux et du principe de proportionnalité, le risque de censure par les juridictions européennes est limité. Ces applications dévoilent également que le contrôle de proportionnalité utilise des critères différents selon le droit fondamental opposé à celui de la propriété intellectuelle et sait s'adapter aux spécificités nationales sans menacer les équilibres posés par le législateur. Les conséquences de l'application du principe de proportionnalité sont ainsi surtout visibles sur la motivation des décisions, participant à l'intelligibilité du droit. Les juridictions françaises n'ont adopté le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental en droit de la propriété intellectuelle qu'à partir de l'arrêt *Klasen* en 2015. Un contrôle de proportionnalité propre à la France semble se dessiner à mesure que les décisions des juridictions du fond se multiplient. Pour le conflit entre droit d'auteur et liberté de création, les juridictions se concentrent sur la nécessité de reproduire l'œuvre originelle protégée par le droit d'auteur dans une nouvelle œuvre pour y exprimer la liberté de création, la charge de la preuve revenant à celui qui invoque ce droit. « *Le contrôle du contrôle de proportionnalité* »¹⁰¹⁰ par la Cour de cassation sera à surveiller dans les prochaines années, mais devrait vraisemblablement rester « léger », tant que des erreurs relatives aux critères qui encadrent le principe de proportionnalité ou dans l'application dudit principe par les juges du fond ne se présenteront pas.

¹⁰¹⁰ L'expression est empruntée à H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

220.— Conclusion du titre et propositions. Ainsi, l'application du contrôle de proportionnalité en cas de conflit fondamental semble se structurer entre l'application faite par les cours européennes et celle des juridictions nationales qui en découlent directement. L'application des cours européennes se caractérise par la prise en compte du droit fondamental en conflit avec celui de la propriété intellectuelle et surtout par la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales qui doivent procéder elles-mêmes à leur contrôle de proportionnalité. Cependant, les cours européennes donnent, dans leur propre contrôle, les indications nécessaires pour qu'un tel contrôle national puisse être efficace (critères à utiliser, appréciations quant à la conciliation entre le droit de la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux...).

Du fait de cette marge d'appréciation laissée dans l'application du contrôle de proportionnalité, une diversité des approches nationales s'est installée en Europe. La France a su, à la suite de l'arrêt *Klasen*, développer son propre contrôle de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, laissé entre les mains du juge du fond. La prise en compte de la théorie des équilibres internes¹⁰¹¹, couplée au contrôle de proportionnalité *in concreto*, permet une application aux diverses confrontations entre le droit de propriété intellectuelle et un autre droit fondamental. La marge d'appréciation accordée aux États participe également de la détermination de la charge de la preuve (qui pèse sur celui qui invoque un autre droit fondamental face au droit de propriété intellectuelle) et de la définition des critères au titre du test en trois étapes du contrôle de proportionnalité. En effet, ces critères ne peuvent être les mêmes selon le droit fondamental invoqué (liberté d'expression, vie privée, liberté d'entreprendre...) voire pour chaque droit fondamental selon les circonstances (droit d'auteur et droit des marques dans le droit de propriété intellectuelle et liberté d'opinion, de création, et d'information dans le droit à la liberté d'expression). À titre d'exemple, dans le conflit entre droit d'auteur et liberté de création - un des rares présentés devant les juridictions - les juges du fond ont particulièrement insisté sur la preuve de la nécessité de reproduire l'œuvre originelle protégée par le droit d'auteur dans une nouvelle œuvre pour y exprimer la liberté de création, en se fondant, principalement, sur la connaissance de l'œuvre première par le public. Nous sommes d'avis qu'un tel conflit ne peut être résolu selon ce seul critère. Le test de nécessité devrait être étoffé car il semble aujourd'hui être l'étape déterminante du contrôle de

¹⁰¹¹ Le principe de proportionnalité conforte les équilibres internes au droit de la propriété intellectuelle et montre la richesse de celui-ci dans son intérêt conciliateur face à un domaine de droit qui prend déjà en compte la conciliation de droits divergents. Il s'agit selon nous d'un des principaux apports du principe de proportionnalité au droit de la propriété intellectuelle.

proportionnalité français en droit de la propriété intellectuelle. Des pistes sont envisageables telles que la nature de l'œuvre copiée, la réalité et la consistance du message véhiculé par l'œuvre seconde et sa potentielle participation à un débat d'intérêt général. Si ces critères étaient appliqués, le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* pourrait prendre la forme d'une comparaison entre les rapports existants et les rapports qui existeraient si la mesure litigieuse était adoptée, en privilégiant le rapport le plus « durable, équilibré et satisfaisant »¹⁰¹². De même, pour le conflit avec le droit à la vie privée, notamment en matière de protection des données, le test de nécessité devrait être essentiellement centré sur la question de savoir si la façon de collecter des données est indispensable à assurer la protection des droits de propriété intellectuelle. Le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* devrait ensuite s'attarder sur le rapport coût-bénéfice de la mesure litigieuse et sur qui sa charge doit peser. Pour autant, ces critères devront être laissés à l'appréciation des juges du fond¹⁰¹³ sans être figés dans la loi, pour ainsi permettre leur souplesse dans le temps, ce qui est dans la logique même des droits fondamentaux¹⁰¹⁴. À travers ces exemples, nous appelons les juridictions, et surtout les avocats des parties, à considérer tous les aspects d'un conflit. Ainsi, son issue, tout en permettant la prise en compte des droits fondamentaux, permettra de garantir une sécurité juridique forte et salubre¹⁰¹⁵, du fait de l'exceptionnalité d'une espèce impliquant un droit fondamental qui menacerait l'équilibre interne au droit de la propriété intellectuelle¹⁰¹⁶.

En ce sens, il convient ne pas négliger le droit de propriété industrielle, aussi concerné par le principe de proportionnalité que le droit d'auteur (qui fait l'objet d'un plus grand contentieux, en raison du système fermé d'exceptions propice aux invocations d'une liberté fondamentale pour le contrecarrer). Cependant, eu égard à l'existence de mêmes textes couvrant le droit fondamental de propriété intellectuelle¹⁰¹⁷ et par transposition d'une méthode unique à l'appui

¹⁰¹² C'est déjà le cas en partie devant la Cour de justice de l'Union européenne (v. par exemple : *supra*, n° 141) et qui pourrait même constituer un quatrième critère applicable aux autres conflits. V. en ce sens la citation : E. Jeuland, « Réforme de la Cour de cassation, une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G* 2016, supp. n° 1-2, p. 20.

¹⁰¹³ À charge pour la Cour de cassation d'intervenir si le principe de proportionnalité est manifestement mal appliqué par les juges du fond, ce qui pourrait l'amener dans ces occasions exceptionnelles à dégager certains critères.

¹⁰¹⁴ *Supra*, n° 45 et suiv.

¹⁰¹⁵ Ch. De Haas, « Quelques réflexions sur l'origine de l'irrésistible émergence du principe de proportionnalité avec la balance des intérêts in situ », *Prop. intell.* 2016, p. 418.

¹⁰¹⁶ E. Treppoz, « Du bon usage du contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 1011.

¹⁰¹⁷ Article 17§2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (directement) et article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (indirectement par la jurisprudence)

de la résolution d'un conflit avec un autre droit fondamental, il est possible d'affirmer qu'existe bien un principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle même si dans l'analyse *in concreto*, la spécificité de chacun de ses droits sera prise en compte (droit moral, exceptions en droit d'auteur...).

221.— Conclusion de la première partie. Que retenir du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle lors d'un conflit fondamental ? Tout d'abord, il semble désormais être l'instrument indispensable à la résolution d'un conflit fondamental. Même si une hiérarchie des droits fondamentaux existe matériellement à la lecture des décisions des cours européennes, elle ne semble pas pertinente pour résoudre un conflit fondamental et ne peut que déterminer l'intensité du contrôle de proportionnalité selon les droits fondamentaux en présence. De même, la proportionnalité légale, si elle est indispensable lors de l'élaboration de la loi, n'est pas suffisante à garantir la protection des droits fondamentaux quand une situation qu'elle ne pouvait pas prévoir apparaît après son adoption. Il ne reste ainsi que le contrôle de proportionnalité pour résoudre un conflit fondamental, ce que confirment les cours européennes. Ces dernières ont su construire une application qui se veut respectueuse des droits fondamentaux et de la sécurité juridique. Les juridictions nationales, qui bénéficient d'une certaine marge d'appréciation, ont développé leur propre contrôle de proportionnalité. En France, ce contrôle appliqué en droit de la propriété intellectuelle depuis six ans seulement, reste à améliorer par le développement de nouveaux critères selon les droits fondamentaux et les espèces. Il semble néanmoins se diriger vers une utilisation exceptionnelle et les conséquences réelles du contrôle de proportionnalité *in concreto* se manifestent davantage à travers la motivation des décisions des juges du fond que par la remise en cause totale des équilibres internes au droit de la propriété intellectuelle. Néanmoins, le principe de proportionnalité se manifeste également dans un domaine très souvent ignoré par la doctrine, pourtant primordial pour le justiciable : celui de la sanction, profondément liée aux problématiques précédemment abordées.

PARTIE II :

LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ, INSTRUMENT DE PONDÉRATION DES SANCTIONS

222. — Introduction. Le principe de proportionnalité, comme mentionné précédemment, paraît indispensable à la résolution d'un conflit de droits fondamentaux. Cependant, un tel objectif peut ne constituer qu'une partie de l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Nous avons délibérément repoussé jusqu'à présent la question de l'application de ce principe en matière de sanction. Il convient, à cet égard, de préciser ce qu'est une sanction. En effet, le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu ne donne pas moins de trois définitions : la sanction peut être, au sens restreint, une « *punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir* » ou, dans un sens plus large, « *toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation* »¹⁰¹⁸. Enfin, une définition encore plus générale désigne la sanction comme « *tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* ». En raison de la variété des sanctions, pénales comme civiles, prévues en droit de la propriété intellectuelle, nous retiendrons cette dernière définition. À partir de celle-ci, si le principe de proportionnalité doit aboutir à une décision « *juste* », il doit s'appliquer à la sanction. La formulation peut sembler évidente. Pour autant, la détermination d'une sanction est un exercice périlleux souvent négligé par la doctrine. En effet, cette dernière a souvent préféré s'intéresser aux questions précédentes quant au conflit de droits fondamentaux et à l'opportunité même de sanctionner. Pourtant, la détermination de la sanction, préoccupation principale du justiciable, doit être prise en compte pour résoudre ce conflit. Le principe de proportionnalité appliqué à la sanction apparaît même dans plusieurs textes de droits fondamentaux et est transposé dans la législation de la propriété intellectuelle impliquant un contrôle autonome hors de tout conflit de droits fondamentaux (Titre 1). Dès lors, la question de l'application concrète d'un contrôle de proportionnalité de la sanction pose d'importantes questions méthodologiques qui placent le juge du fond et sa motivation au centre de la décision judiciaire (Titre 2).

¹⁰¹⁸ G. Cornu (ss la dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd, 2011, v^o Sanction, p. 933.

TITRE 1 : EXISTENCE D'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS

223. — Présentation. Le contrôle de proportionnalité de la sanction fait partie intégrante du contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental. En effet, découlant du même principe de proportionnalité, la proportionnalité des sanctions occupe une place majeure dans la résolution d'un tel conflit. Elle est consacrée par plusieurs textes de droits fondamentaux afin de contraindre les pouvoirs publics à prévoir des sanctions proportionnées (Chapitre 1). À l'instar d'autres droits fondamentaux, déjà transposés dans le droit de la propriété intellectuelle, le principe de proportionnalité appliqué aux sanctions pour violation de la propriété intellectuelle bénéficie d'une place centrale dans les législations de l'Union européenne et des États membres. De cette reconnaissance découle un contrôle de proportionnalité de la sanction indépendant d'un conflit de droits fondamentaux qui vient enrichir la motivation des décisions (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Un contrôle inhérent à un conflit fondamental

224. — Présentation. La question du principe de proportionnalité, quand il concerne les droits fondamentaux, ne doit pas simplement déterminer s'il est opportun de sanctionner une éventuelle ingérence dans un droit fondamental. Il doit aboutir à une sanction elle-même proportionnée et en adéquation avec cette ingérence sinon le principe de proportionnalité en perdrait son utilité. Il n'est donc pas étonnant que la Cour européenne des droits de l'homme ait rappelé, à de nombreuses reprises, la nécessité de prendre en compte la nature et la gravité des sanctions infligées lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression (Section 1). Au-delà de cette question de l'ingérence dans un droit fondamental, le principe de proportionnalité appliqué à la sanction s'immisce également dans de nombreux textes de droits fondamentaux, confirmant la place particulière de la sanction en tant qu'outil de respect et d'exécution effective d'un droit et, en l'occurrence, d'un droit fondamental (Section 2).

Section 1 : La gravité des sanctions prise en compte dans l'évaluation de la proportionnalité d'une ingérence dans un droit fondamental

225. — Présentation. Comme nous l'avons vu précédemment, lors de la conciliation des droits fondamentaux ou lors d'une ingérence dans un droit fondamental, le principe de proportionnalité joue un rôle décisif dans la résolution du conflit. Plusieurs critères ont été dégagés pour déterminer un juste équilibre entre les droits en présence notamment la gravité des sanctions. Or, celle-ci occupe, selon nous, une place déterminante dans l'arbitrage d'un conflit de droits fondamentaux. Une sanction imposée pour violation d'un droit fondamental peut elle-même constituer une ingérence disproportionnée dans un autre droit fondamental (notamment la liberté d'expression). Selon l'ampleur de la sanction, l'ingérence frappant un droit fondamental sera totalement différente, les cours européennes l'ont compris dès le début des années 2000 (I). Elles ont été suivies par les juridictions nationales françaises et plus particulièrement la Cour de cassation, notamment dans son arrêt *Bernanos*, en matière de droit de la propriété intellectuelle (II).

I - Prise en compte de la proportionnalité des sanctions lors du contrôle de proportionnalité par les cours européennes

226. — Cour européenne des droits de l'homme : arrêt *Ashby Donald* et prise en compte de la gravité de la sanction. Dans le célèbre arrêt de 2013, dit *Ashby Donald*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, évoqué précédemment¹⁰¹⁹, la prise en compte de la sanction occupe une place déterminante dans la résolution du conflit entre droit de propriété intellectuelle et liberté d'expression. Pour rappel, il s'agissait, de photographes ayant reproduit sur un site internet des photographies d'un défilé de mode protégées par le droit d'auteur sans autorisation des ayants droit. Par une décision de la Cour d'appel de Paris en date du 17 janvier 2007¹⁰²⁰, les photographes avaient été condamnés à des amendes pénales (8000 euros pour chacun des deux premiers requérant et 3000 euros pour le troisième) et au paiement de dommages-intérêts conséquents (équivalant à 100 000 euros pour les deux premiers requérants et 55 000 euros pour le troisième). Les requérants invoquaient donc une ingérence dans leur droit à la liberté d'expression tel que reconnu par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils arguaient notamment du fait que les photographies de défilés de mode constituaient une « *information* » dont la diffusion sur un site internet relevait de l'exercice de la liberté d'expression même si l'objectif poursuivi était commercial. Ils faisaient surtout valoir que « *les lourdes condamnations prononcées contre eux caractérisent une ingérence dans l'exercice de cette liberté* »¹⁰²¹. Lors de son contrôle de proportionnalité, la Cour européenne des droits de l'homme concentre d'abord son analyse sur le premier point¹⁰²² et achève ses développements sur la question de la gravité de la sanction. Elle rappelle qu'« *Il est vrai que la nature et la gravité des sanctions infligées sont à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression (voir, parmi d'autres, Axel Springer AG c. Allemagne [GC], no 39954/08, § 95, 7 février 2012). Or les requérants ont été condamnés non seulement à des amendes pénales significatives (8 000 EUR pour chacun des deux premiers requérants ; 3 000 EUR pour le troisième), mais aussi au paiement de dommages-intérêts élevés (équivalant à 100 000 EUR pour les deux premiers requérants et 55 000 EUR pour le troisième)* »¹⁰²³. L'arrêt *Axel Springer*, cité par la Cour, est

¹⁰¹⁹ CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, *Ashby Donald et a. c/ France*, n° 36769/08. V. de manière plus développée : *supra*, n° 123 et suiv.

¹⁰²⁰ CA Paris, 13^{ème} cbre., section A, 17 janv. 2007, n° 05/08545.

¹⁰²¹ CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, *Ashby Donald et a. c/ France*, n° 36769/08, § 26.

¹⁰²² *Supra*, n° 121 et suiv.

¹⁰²³ CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, *Ashby Donald et a. c/ France*, n° 36769/08, § 43.

relativement pertinent en ce qu'il liste, de manière détaillée, les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour s'avérant utiles dans la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée¹⁰²⁴. Parmi les critères de « *contribution à un débat d'intérêt général* », « *le mode d'obtention des informations et leur véracité* », « *le contenu, la forme et les répercussions de la publication* », se trouve aussi la « *gravité de la sanction imposée* »¹⁰²⁵. La Cour rappelle ainsi dans l'arrêt *Ashby Donald*, l'impératif, bien implanté dans sa jurisprudence, qui veut que soit prise en compte la gravité de la sanction pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence. Cependant, si la Cour reconnaît cet impératif, elle est très stricte quant à son application concrète. En effet, à l'issue de ce rappel de jurisprudence, elle poursuit en ces termes : « *La Cour observe toutefois avec le Gouvernement [français] que, si les requérants affirment avoir été « étranglés financièrement », ils ne produisent aucun élément relatif aux conséquences de ces condamnations sur leur situation financière. Elle relève en outre que le juge interne a fixé ces montants à l'issue d'une procédure contradictoire dont l'équité n'est pas en cause et a dûment motivé sa décision, précisant en particulier les circonstances qui, selon son appréciation, les justifiaient* »¹⁰²⁶. Il convient de souligner que c'est l'absence de preuves et d'éléments concrets justifiant la disproportion qui, dans un premier temps, motive le refus de sa reconnaissance. Surtout, comme dans le reste de la décision, la Cour semble laisser, notamment par la dernière phrase de son arrêt, une large marge d'appréciation aux juges du fond pour statuer sur l'ingérence dans la liberté d'expression dans le domaine commercial, y compris quand il s'agit de déterminer le montant de la sanction, si elle est motivée et justifiée. Le pouvoir des juges du fond est ainsi capital.

227. — Cour de justice de l'Union européenne : une prise en compte de la gravité de la sanction reconnue, mais non précisée. En droit de l'Union européenne, quand il s'agit d'apprécier l'ingérence d'un droit fondamental ou d'un conflit entre droits fondamentaux, la détermination de la proportionnalité de la sanction joue un rôle moindre. Il y a, à cela, une

¹⁰²⁴ CEDH, GC, 7 févr. 2012, *Axel Springer c/ Allemagne*, n° 39954/08, §89 et s. : L'affaire en question concernait la condamnation de la société du journal Bild pour la publication d'un article assorti de trois photos mettant au jour l'arrestation d'un célèbre acteur allemand pour possession de drogue.

¹⁰²⁵ La Cour européenne des droits de l'homme renvoie ce dernier critère à d'autres arrêts antérieurs, montrant l'enracinement de ce critère dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg depuis plus d'une vingtaine d'années. Cf. CEDH, GC, 17 avr. 2004, *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark*, n° 49017/99, § 93 : CEDH, 4^e sect., 6 juill. 2010, *Jokitaipale et autres c/ Finlande*, n° 43349/05, § 77. Ces derniers renvoient encore à des arrêts antérieurs dont le plus ancien semble CEDH, GC, 8 juill. 1999, *Ceylan c/ Turquie*, n° 23556/94, § 37.

¹⁰²⁶ CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, *Ashby Donald et a. c/ France*, n° 36769/08, § 43.

explicitation logique. En effet, si les juges de la Cour européenne des droits de l'homme se sont prononcés directement sur la proportionnalité des sanctions civiles et pénales, la Cour de justice de l'Union européenne doit surtout juger de la proportionnalité des mesures de filtrage ou de blocage imposées par des intermédiaires en ligne dans des espèces qui mettent en cause la responsabilité indirecte de ces opérateurs du fait de violations du droit d'auteur commises par des usagers¹⁰²⁷. Même dans les arrêts *Funke Medien*, *Pelham* et *Spiegel*, il était avant tout question, lors du contrôle de proportionnalité, de la portée des exceptions en droit d'auteur et de l'exhaustivité de la liste prévue par la directive 2001/29¹⁰²⁸. La Cour de justice reconnaît-elle pour autant une totale indépendance des États membres en matière de détermination des sanctions dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité d'une ingérence dans un droit fondamental ? C'est loin d'être le cas. Comme nous le verrons de manière plus précise¹⁰²⁹, la Charte des droits fondamentaux, en son article 49, paragraphe 3¹⁰³⁰, pose l'exigence de proportionnalité des peines. Pour rappel, dans l'arrêt *Funke Medien*, les juges de Luxembourg avaient jugé que « *le juge national, dans le cadre de la mise en balance qu'il lui incombe d'effectuer, au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce concernée, entre les droits exclusifs de l'auteur visés à l'article 2, sous a), et à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, d'une part, et les droits des utilisateurs d'objets protégés visés par les dispositions dérogatoires de l'article 5, paragraphe 3, sous c), second cas de figure, et sous d), de cette directive, d'autre part, doit se fonder sur une interprétation de ces dispositions qui, tout en respectant leur libellé et en préservant leur effet utile, soit pleinement conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte* »¹⁰³¹. Si cette décision concerne avant tout la propriété littéraire et artistique, une telle prérogative, comme vu précédemment, concerne également la propriété industrielle¹⁰³² et implique ainsi que, lors de la mise en balance, la prise en compte de la proportionnalité des sanctions prévues par la Charte des droits fondamentaux soit respectée. De plus, comme nous le verrons, la Cour de justice, au-delà de la résolution d'un conflit de droits fondamentaux, a reconnu dans plusieurs décisions la nécessité d'interpréter les directives, sur le droit de la propriété intellectuelle à l'aune du principe de proportionnalité appliqué aux sanctions¹⁰³³.

¹⁰²⁷ *Supra*, n° 152 et suiv.

¹⁰²⁸ *Supra*, n° 165 et suiv.

¹⁰²⁹ *Infra*, n° 236.

¹⁰³⁰ « *L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction* ».

¹⁰³¹ CJUE, GC, 29 juill. 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17, § 76.

¹⁰³² *Supra*, n° 156 et suiv.

¹⁰³³ *Infra*, n° 251 et suiv.

Les juridictions nationales ne s'y trompent pas puisque la France suit la tendance affichée clairement par la Cour européenne des droits de l'homme et inclut le contrôle de proportionnalité de la sanction dans la résolution d'un conflit de droits fondamentaux.

II - Jurisprudence française et proportionnalité de la sanction lors d'une ingérence dans les droits fondamentaux

228. — Cour de cassation : arrêt *Arte* : droit au respect de la vie privée et liberté de création. Pour comprendre le lien subtil entre la détermination de la sanction et la nécessité de sa prise en compte dans le contrôle de proportionnalité concernant l'ingérence dans un droit fondamental, il convient de déborder légèrement de la propriété intellectuelle pour étudier un arrêt rendu par la première chambre civile concernant le droit de l'audiovisuel¹⁰³⁴. Cet arrêt suit la jurisprudence, vue précédemment, de la Cour européenne des droits de l'homme. En l'espèce, la chaîne de télévision Arte a diffusé une fiction qui relatait une enquête de police sur la mort violente d'une femme et ayant abouti à l'arrestation de son époux, médecin légiste, Paul Villers. Elle a ensuite diffusé, sur un site internet dédié, des vidéos qui retraçaient jour par jour le déroulement du procès de Paul Villers devant une cour d'assises. Chaque internaute pouvait consulter le dossier constitué par la production du programme et donner, à l'issue de chaque audience, son avis quant à l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Le verdict de la cour d'assises fictive et celui des internautes devait être diffusé deux semaines après la diffusion du téléfilm. Or, un homme, mis en examen treize ans auparavant pour le meurtre de son épouse puis acquitté peu avant la diffusion du téléfilm, s'est reconnu dans le personnage de Paul Villers. Se fondant sur une atteinte à son droit à la vie privée, il engage une action en référé contre la société Arte, le GEIE Arte et contre une autre société coproductrice du programme, aux fins de cessation, sous astreinte, de la diffusion du programme et le paiement d'une provision à valoir sur l'indemnisation de son préjudice. Le Tribunal de grande instance de Paris et la Cour d'appel de Paris ont accédé à ses demandes. Les sociétés productrices se sont ensuite pourvues en cassation contestant, en leur premier moyen, l'existence d'une atteinte à la vie privée notamment en ce que la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée ont la même valeur normative : le juge doit donc procéder à une balance des intérêts en cause au terme d'un examen *in concreto* des faits et ne saurait postuler qu'une œuvre de fiction, s'inspirant de faits réels, porte atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne concernée.

¹⁰³⁴ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-16.273 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 92, obs. A. Lepage.

Surtout, dans un second moyen, les demandeurs au pourvoi ont critiqué la mesure de cessation de diffusion sous astreinte (de 50.000 euros par diffusion du programme dans son intégralité ou par extraits), car de telles restrictions doivent être nécessaires à la satisfaction d'un but légitime et présenter un caractère proportionné. Cela suppose d'envisager la possibilité de prononcer la mesure la moins attentatoire à la liberté d'expression. Le pourvoi posait ainsi deux questions. Il s'agissait d'abord de savoir si une œuvre de fiction, inspirée de faits réels déjà divulgués en rapport avec la vie privée d'une personne et dans laquelle il est possible de reconnaître l'intéressé, peut constituer une atteinte à la vie privée de cette personne. Il s'agissait ensuite de déterminer si la mesure de cessation sous astreinte de diffusion de ladite œuvre constituait une mesure nécessaire à la protection de la vie privée.

La première chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi et rend un arrêt particulièrement pertinent. Sur le premier moyen, elle reprend le schéma classique de ses arrêts impliquant une mise en balance des droits fondamentaux et exerce un contrôle léger sur celle opérée par la juridiction du fond¹⁰³⁵. Elle retient, après avoir rappelé l'égalité normative entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la vie privée¹⁰³⁶ puis détaillé le raisonnement de la cour d'appel¹⁰³⁷, que celle-ci « *qui a procédé à la mise en balance du droit au respect de la vie privée de M. X... et du droit à la liberté d'expression de la société Maha Productions, de la société Arte et du GEIE Arte, et qui n'a pas postulé qu'une œuvre de fiction s'inspirant de faits réels portait atteinte au droit au respect de la vie privée, a pu déduire qu'une telle atteinte était caractérisée à l'égard de M. X..., justifiant une limitation du droit à la liberté d'expression ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ». La formule « *a pu* » affirme à nouveau le large pouvoir d'appréciation des juges du fond sur leur contrôle de proportionnalité. Sur le deuxième moyen, qui concernait la nature de cessation de diffusion constitutive d'une restriction de la liberté d'expression, la Cour de cassation se montre plutôt sévère, car après

¹⁰³⁵ *Supra*, n° 209 et suiv.

¹⁰³⁶ Une position que la Cour de cassation a retenue très tôt (v. Cass. 1^{er} civ., 9 juill. 2003, n° 00-20.289). V. sur la question de l'égalité normative des droits fondamentaux : *supra*, n° 21 et suiv.

¹⁰³⁷ « *l'arrêt constate que, si le téléfilm [...] est une œuvre de fiction, il présente, avec l'affaire dans laquelle M. Y... a été jugé, de nombreuses similitudes [...] qu'il relève qu'une scène de pure fiction, ajoutée aux faits réels, également décrite dans la décision, porte aussi atteinte au droit au respect de la vie privée de M. Y..., fût-elle imaginaire, et que les différences minimes entre l'œuvre de fiction et la vie de ce dernier ne suffisent pas à empêcher toute confusion, la presse ayant largement fait état de ce que l'histoire de Paul X... était inspirée de celle de M. Y... et les réactions d'internautes montrant qu'ils ont identifié celui-ci ; que l'arrêt énonce, ensuite, que, même si une partie des faits liés à la vie privée de ce dernier a été auparavant divulguée, ils ne peuvent être licitement repris, dès lors que le programme « Intime Conviction » est une œuvre de fiction et non un documentaire ni une émission d'information, et que, si la création audiovisuelle peut s'inspirer de faits réels et mettre en scène des personnages vivants, elle ne saurait, sans l'accord de ceux-ci, empiéter sur leur vie privée dès lors qu'elle ne présente pas clairement les éléments ressortant de celles-ci comme totalement fictifs* »

avoir rappelé, à juste titre, que « le principe de la liberté d'expression consacré par le paragraphe 1er de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut comporter, ainsi qu'il résulte de son paragraphe 2, des restrictions et des sanctions nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui ; que tel est l'objet de l'article 9 du code civil¹⁰³⁸, qui donne au juge, par des dispositions précises, le pouvoir d'ordonner toute mesure propre à empêcher ou à faire cesser les atteintes au droit au respect de la vie privée ainsi qu'à réparer le préjudice qui en résulte », elle juge que « c'est sans méconnaître les exigences de ces textes, ni de l'article 809 du code de procédure civile¹⁰³⁹, et par une mesure en proportion avec l'atteinte qu'elle avait caractérisée, que, constatant l'ampleur de celle portée au droit au respect de la vie privée de M. X... et la publicité mise en œuvre lors de la campagne promotionnelle du programme [...] et de la diffusion multimédia de celui-ci, dans lequel il était proposé de le rejurer, la cour d'appel a pu en déduire que les faits reprochés [...] présentaient une gravité telle que seule la cessation sans délai de la diffusion de ce programme, sous astreinte de 50 000 euros par diffusion de celui-ci dans son intégralité ou par extraits sur quelque support que ce soit, était de nature à faire cesser le trouble manifestement illicite subi par M. X... ».

La Cour reprend, implicitement et sans la citer, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle la gravité des sanctions infligées doit être prise en considération s'il s'agit d'évaluer la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental. C'est la gravité de l'atteinte qui justifie, en l'espèce, la gravité de la sanction prononcée en ce qu'elle serait la seule susceptible de faire cesser l'atteinte au droit à la vie privée qu'impliquait l'espèce. La gravité de l'atteinte à un droit fondamental devient le critère de la proportionnalité de la sanction. Cette gravité est caractérisée par le contenu même du programme dans lequel un homme acquitté voit son procès porté à l'écran sous la forme d'une fiction et où il semble facilement reconnaissable. Elle l'est également par les modalités de la diffusion de ce programme (promotion dudit programme et possibilité de rejurer le procès en

¹⁰³⁸ Article 9 du Code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

¹⁰³⁹ Article 809 du Code de procédure civile : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

ligne entre internautes). La Cour veille donc à ce que la sanction soit en corrélation avec la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux.

229. — Cour de cassation : Arrêt *Bernanos* : de la proportionnalité des sanctions. En droit de la propriété intellectuelle, si la première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà jugé le 15 mai 2015 dans l'arrêt *Klasen*, que les juges du fond devaient « *expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'[ils] prononçai[en]t* », elle n'avait pas précisé les modalités et l'étendue dudit contrôle de proportionnalité. Deux ans plus tard, la Cour a eu l'occasion de confirmer l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Elle l'étend cette fois au droit moral d'auteur et aux sanctions en découlant. Les faits se doivent d'être exposés en détail. En l'espèce, le metteur en scène Dimitri Tcheniakov adapte pour l'Opéra de Munich « *le Dialogue des carmélites* » composé par Francis Poulenc et fondé sur un scénario posthume de Georges Bernanos. Le metteur en scène modifie la fin du livret original, en remplaçant l'exécution sur la guillotine des seize sœurs, par leur sauvetage grâce au sacrifice de Blanche de la Force (personnage principal de l'œuvre, elle-même une des sœurs). La guillotine est remplacée par une chambre à gaz. Estimant que la représentation de cette mise en scène dénaturait les œuvres de Bernanos et Poulenc, leurs ayants droit assignent en contrefaçon l'Opéra de Munich ainsi que deux sociétés coproductrices d'une captation audiovisuelle d'une représentation de l'œuvre, commercialisée sous forme de vidéogramme. Le Tribunal de grande instance de Paris retint que la mise en scène litigieuse ne constituait pas une dénaturation de l'œuvre de Poulenc et Bernanos. La Cour d'appel de Paris juge l'inverse, « *ordonnant sous astreinte, de prendre toute mesure pour que cesse immédiatement et en tous pays la publication dans le commerce ou plus généralement l'édition, y compris sur les réseaux de communication au public en ligne, du vidéogramme litigieux et fait interdiction à la société Mezzo, sous astreinte, de diffuser ou autoriser la télédiffusion de celui-ci au sein de programmes de télévision et en tous pays* »¹⁰⁴⁰.

Estimant leurs droits lésés, les sociétés de captation audiovisuelle se sont pourvues en cassation au moyen du droit à la liberté d'expression tel que reconnu à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils reprochaient ainsi à la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché un juste équilibre entre les droits fondamentaux en présence. La première chambre civile de la Cour de cassation, se plaçant dans le sillage de l'arrêt *Klasen*,

¹⁰⁴⁰ CA Paris, 13 oct. 2015, n° 14/08900.

censure l'arrêt pour défaut de base légale¹⁰⁴¹. Après avoir rappelé la sanction infligée par la Cour d'appel, la haute juridiction juge qu'« *en se prononçant ainsi, sans examiner, comme elle y était invitée, en quoi la recherche d'un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène et la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret justifiait la mesure d'interdiction qu'elle ordonnait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* ». Plutôt que d'utiliser le terme générique de « *condamnation* » de l'arrêt *Klasen*, la Cour de cassation cite clairement « *la mesure d'interdiction* » prononcée par la cour d'appel à l'encontre des sociétés productrices du vidéogramme. De cette manière, en plus de rappeler aux juges du fond, qu'aux termes de l'arrêt *Klasen* ils doivent procéder au cas par cas à l'application du principe de proportionnalité lors d'un conflit fondamental, la Cour signale que cette application passe nécessairement par l'analyse de la sanction prononcée, ou à prononcer, à savoir la mesure d'interdiction. Cette sanction était particulièrement sévère en ce qu'elle s'apparentait à une certaine censure de la mise en scène de Tcheniakov, qui ne pouvait être ainsi diffusée qu'à l'occasion d'une représentation à l'Opéra. Entre les lignes, la Cour semble vouloir établir que, si une atteinte au droit moral existe, encore faut-il que la mesure d'interdiction soit réellement justifiée au regard du principe de proportionnalité. Cette justification n'était pas développée par la Cour d'appel de Paris¹⁰⁴².

Le 30 novembre 2018, la Cour d'appel de Versailles a rendu la décision de renvoi¹⁰⁴³. Plutôt que de démontrer le juste équilibre de la mesure d'interdiction prononcée par la Cour d'appel de Paris, la Cour d'appel de Versailles en prend le contrepied et ne reconnaît pas d'atteinte au droit au respect de l'œuvre. Fondée sur l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁰⁴⁴, la juridiction de renvoi entend démontrer que la mise en scène litigieuse ne modifiait ni les dialogues, absents dans ces parties des œuvres préexistantes, ni la musique. La modification de la scène finale, dans sa seule action, ne portait pas atteinte à l'esprit de l'œuvre créée par Bernanos et Poulenc. Ainsi, si l'arrêt de renvoi n'opère pas de contrôle de proportionnalité intégrant la problématique de la sanction, il est possible que la cassation de

¹⁰⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467 et 16-11.759 : *Comm. com. électr.* 2017, comm. 69, obs. Ch. Caron ; *JCP G* 2017, 890, comm. X. Daverat ; *D.* 2017, p. 1955, note Ph. Malaurie ; *Propri. intell.* 2017, n° 65, p. 60, comm. A. Lucas ; *Légipresse* 2017, n° 352, p. 441, comm. E. Treppoz

¹⁰⁴² Sans juger de l'opportunité d'une telle mesure d'interdiction, ce que ne fait pas d'ailleurs explicitement la Cour de cassation, il semble néanmoins qu'une sanction impliquant un avertissement au début du vidéogramme et la condamnation à des dommages-intérêts aurait peut-être été plus efficace à démontrer le respect d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux pour la Cour d'appel de Paris.

¹⁰⁴³ CA Versailles, 1^{re} chbr., 1^{re} sect., 30 nov. 2018, n° 17/08754.

¹⁰⁴⁴ Article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires* ».

l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ait suscité la réaction de la juridiction de renvoi quant à la pertinence de la sanction au point de finalement reconnaître que l'œuvre n'était pas dénaturée et de consacrer implicitement la prévalence de la liberté de création du metteur en scène.

Une telle prise en compte de la sanction dans l'application du principe de proportionnalité en cas d'ingérence dans un droit fondamental a cependant été écartée dans les décisions d'appel rendues par la suite, pour être remplacée par un contrôle de proportionnalité indépendant de la sanction.

230. — Cour d'appel : arrêt de renvoi dans l'affaire *Klasen* et arrêt *Koons* : de la non-prise en compte de la sanction dans le contrôle de proportionnalité de l'ingérence dans un droit fondamental à l'existence d'un contrôle de proportionnalité de la sanction indépendant. L'arrêt de renvoi, dans l'affaire *Klasen*, rendu par la Cour d'appel de Versailles, vu précédemment¹⁰⁴⁵, est en l'occurrence pertinent. L'arrêt de renvoi avait conclu dans le même sens que l'arrêt cassé de la Cour d'appel de Paris : la recherche d'un juste équilibre entre la liberté d'expression de Peter Klasen¹⁰⁴⁶ et le droit d'auteur du photographe justifiait que Klasen soit condamné à payer des dommages et intérêts au photographe en réparation des contrefaçons. Contrairement à ce que préconisent la Cour européenne des droits de l'homme et implicitement l'arrêt *Bernanos* de la Cour de cassation, la proportionnalité des sanctions n'est pas évoquée pendant le contrôle de proportionnalité de l'ingérence dans les droits fondamentaux. Seule l'opportunité de condamner le contrefacteur à des dommages-intérêts est discutée. Cela semble regrettable puisque d'autres sanctions demandées par la partie demanderesse, telles que la destruction des œuvres contrefaisantes, auraient pu être utilisées pour affiner la mise en balance des droits fondamentaux. Cependant, la juridiction de renvoi n'exclut pas totalement cette question de la proportionnalité des sanctions puisqu'elle figure à la fin de l'arrêt. La réponse apportée laisse cependant assez perplexe. En effet, après avoir rappelé l'article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle qui invite les plaideurs à distinguer plusieurs critères (conséquences économiques négatives ou forfaits, préjudices patrimoniaux et moraux, manques à gagner, économies d'investissements, ou bénéfiques du contrefacteur), la Cour d'appel de Versailles prononce une sanction globale de 50.000 euros sans développer aucun des critères de l'article qu'elle vise. Elle estime que cette sanction est « *proportionnée aux données de la cause* ». Il conviendra d'envisager plus précisément cette problématique par la suite. Il faut, à

¹⁰⁴⁵ *Supra*, n° 216.

¹⁰⁴⁶ Y compris dans sa dimension de réflexion d'ordre social qui ne justifiait pas que l'utilisation sans autorisation des photographies était nécessaire à son exercice.

ce stade, souligner que la juridiction de renvoi juge la demande par le photographe de la « *confiscation et la destruction des œuvres composites sous astreinte de 100 euros par jour de retard* » constitutive de mesures « *hors de proportion avec le préjudice subi* ». L'utilisation de la proportionnalité en ces termes annonce l'existence d'un contrôle indépendant de celui de l'ingérence dans les droits fondamentaux.

Dans un sens similaire, l'arrêt *Koons* de la Cour d'appel de Paris, également évoqué précédemment¹⁰⁴⁷, n'évoque pas non plus la sanction dans le contrôle de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux. Pour rappel, la juridiction du fond a admis qu'il n'était pas établi que l'utilisation d'une photographie, sans l'autorisation de son auteur, dans le cadre de la création d'une nouvelle sculpture d'un autre artiste était nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression artistique de ce dernier et, dès lors, a constaté la contrefaçon. Cependant, ici encore, un contrôle indépendant de la proportionnalité de la sanction apparaît. C'est cette fois-ci, sans se fonder sur un quelconque article (ce que ne fera pas non plus la Cour d'appel), que l'artiste défendeur conteste l'interdiction de présenter sur son site internet étranger l'œuvre jugée contrefaisante en France en ce qu'elle serait « *disproportionnée* ». De même, le musée, qui exposait l'œuvre contrefaisante et l'avait reproduit sur le catalogue de l'exposition, souligne en défense que les demandes d'interdiction de vente et de destruction des catalogues étaient « *disproportionnées* ». La Cour d'appel, après avoir relevé que si le site internet « *accessible depuis la France, est en langue anglaise, il présente principalement des représentations des œuvres de Jeff Koons [l'artiste], de sorte que le public français non anglophone peut aisément le visiter et avoir accès à ces représentations* », conclut que « *l'interdiction de présenter sur ce site une œuvre jugée contrefaisante, en ce qu'elle empêche de reprendre sur ce site la présentation de ladite œuvre et donc le renouvellement de la contrefaçon, ne constitue pas une sanction disproportionnée* ». Concernant la question de la proportionnalité de l'interdiction de vente et de la destruction des catalogues, la Cour reste muette, mais ne va pas l'autoriser pour autant. Elle juge implicitement que la somme allouée aux ayants droit de l'auteur contrefait (10.000 euros), calculée selon les recettes des ventes dudit catalogue, répare le préjudice patrimonial. Cela pourrait vouloir dire *in extenso* que la mesure d'interdiction et de destruction demandée par les ayants droit était disproportionnée.

Tel qu'il résulte de ces deux arrêts, si un contrôle de proportionnalité quant à l'ingérence dans un droit fondamental est exercé, il semble que le contrôle de proportionnalité de la sanction n'apparait qu'à part de cette analyse. Nous pouvons regretter ce choix pour certaines sanctions fortes (mesure d'interdiction, de destruction...) en ce que le second contrôle pourrait affiner le

¹⁰⁴⁷ *Supra*, n° 217.

premier exercé par les juridictions du fond. La question demeure au sujet des dommages-intérêts censés réparer l'entier préjudice et rien que le préjudice, ce qui est plus contestable dans les faits, comme nous le verrons. Pour autant, quel serait le fondement de l'existence d'un principe de proportionnalité appliqué à la sanction alors qu'il n'est pas toujours justifié par un texte législatif, comme dans la décision d'appel *Koons* ? Finalement, un fondement supra-législatif fondant l'application d'un tel principe à la sanction existerait-il ?

Section 2 : Un principe admis comme corollaire des droits fondamentaux

231. — Distinction des termes « peine » et « sanction ». Préalablement au développement du principe de proportionnalité appliqué aux sanctions comme corollaire des droits fondamentaux, il convient de rappeler la distinction entre les termes « sanction » et « peine ». Si la sanction, comme rappelé précédemment, désigne « *tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* », la peine est une notion beaucoup plus restreinte en ce qu'elle est le « *châtiment édicté par la loi à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction (...) le châtiment infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi* »¹⁰⁴⁸. Ainsi, la peine se rattache à la sanction pénale¹⁰⁴⁹, et elle ne désigne pas, logiquement, la sanction civile dont le but est de faire cesser le dommage et de réparer le préjudice subi. Cette distinction est tout à fait utile à notre sujet, car le droit de la propriété intellectuelle comporte tant des sanctions civiles que pénales. Ces sanctions pénales ont été les premières prévues par les textes de droits fondamentaux, avec le principe de proportionnalité, en ce qu'elles pouvaient illustrer l'arbitraire de l'action pénale des États face au justiciable (I), puis se sont imposées à d'autres sanctions, notamment civiles, à condition qu'elles aient un caractère punitif (II).

I - Une affiliation au principe de nécessité des délits et des peines

232. — Mise en contexte historique. Sous l'Ancien Régime, la logique de la sanction pénale était subjective et attribuait aux juges des pouvoirs importants afin de faire expier les coupables

¹⁰⁴⁸ G. Cornu (ss la dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd, 2011, v^o Peine, p. 743.

¹⁰⁴⁹ C. Duvert, « Qu'est-ce qu'une peine ? », *D.* 2020, p. 2407.

en les condamnant à des souffrances à la mesure de leur perversité¹⁰⁵⁰. La peine poursuivait donc un objectif de « *satisfaction publique* »¹⁰⁵¹ par « *le châtement qu'on fait souffrir à ceux qui ont commis quelque crime* »¹⁰⁵². Le droit de la propriété intellectuelle obéissait à la même logique puisque les contrefacteurs pouvaient être condamnés à ce qu'on leur coupe les mains ou à être exposés sur la place publique, enfermés dans un carcan avec des échantillons de marchandises contrefaisantes¹⁰⁵³. Ce n'est qu'avec les philosophes des Lumières, au XVIIIe siècle qu'a émergé l'idée d'une sanction pénale définie par le législateur, fondée sur la gravité de l'acte commis et évaluée en fonction du préjudice subi par la société le plus objectivement possible. Cet idéal s'exprime dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, notamment en son article 8.

233. — Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et Conseil constitutionnel. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacre, en son article 8, le principe de nécessité des délits et des peines comme droit fondamental. Ledit article dispose que : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* »¹⁰⁵⁴. L'absence de référence à la notion de proportionnalité dans cet article peut surprendre, mais il apparaît qu'entre la notion de nécessité et de proportionnalité, la frontière est assez ténue¹⁰⁵⁵. En effet, à l'époque contemporaine, le Conseil constitutionnel utilise cet article pour développer la notion de proportionnalité de la peine. Dès 1981, sa célèbre décision *Sécurité et Liberté* affirme : « *Considérant que, dans le cadre de cette mission, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par*

¹⁰⁵⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 5e éd., 2019, p. 240.

¹⁰⁵¹ M. De Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Le Breton, 1767, p. 390.

¹⁰⁵² C.-J. De Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Veuve Brunet, 1762, t. 2, p. 465.

¹⁰⁵³ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 5e éd., 2017, p. 564 ; A. Allart, *Traité théorique et pratique de la contrefaçon*, Paris, 1908, p. 10 ; C. Bernault, « La sanction pénale de la contrefaçon », *RLDI* 2012, n° 86, p. 57.

¹⁰⁵⁴ Si l'article 8 est celui invoqué par le Conseil constitutionnel quand il s'agit de la proportionnalité de la peine, certains auteurs déduisent également ce principe de l'article 5 (« *la loi n'a le droit d'interdire que les actions qui sont nuisibles à la société* ») et de l'article 9 (« *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* »). v. G. Chetard, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Rev. sc. crim.* 2013, n° 1, p. 51, spéc. p. 54.

¹⁰⁵⁵ *ibid.*, p. 52.

celui-ci [et qu'en l'espèce] aucune disposition du titre Ier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la déclaration de 1789»¹⁰⁵⁶. Si le terme de proportionnalité n'est pas encore explicitement employé, la doctrine considère qu'à partir de cette décision, les sages de la rue de Montpensier analysent la proportionnalité de la peine encourue à travers le prisme de la nécessité des délits et des peines et ne sanctionnent que les peines manifestement disproportionnées¹⁰⁵⁷. Il faut attendre 1986 pour qu'une décision du Conseil constitutionnel emploie le terme de « *disproportion* » rattaché à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen afin d'apprécier cette nécessité¹⁰⁵⁸. Si quelques dispositions ont été censurées par la haute juridiction, donnant ainsi une application concrète à ce principe¹⁰⁵⁹, c'est bien l'absence de disproportion manifeste qui est majoritairement constatée par le Conseil constitutionnel¹⁰⁶⁰.

234. — L'absence de disproportion : décision *Hadopi 2*. En ce sens, il est utile à notre sujet d'analyser l'appréciation, dans la décision *Hadopi 2* du 22 octobre 2009¹⁰⁶¹, quant au respect du principe de nécessité des délits et des peines. En effet, lors de la saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés, les requérants invoquaient notamment la violation par

¹⁰⁵⁶ Cons. Const., 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, n° 80-127 DC.

¹⁰⁵⁷ L. Saenko, « De la proportionnalité de la peine encourue », *Gaz. Pal.* 2017, n° 36, p. 73 ; L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7e éd., 2015, p. 406.

¹⁰⁵⁸ Cons. Const., 3 sept. 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, n° 86-215 DC, pt. 7 : « *Considérant qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci ; qu'aucune disposition du titre premier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789* ».

¹⁰⁵⁹ V. concernant une amende dont le montant maximum était égal au dixième du chiffre d'affaires moyen annuel d'une personne morale : Cons. Const., 4 déc. 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, n° 2013-679 DC ; concernant une amende déterminée en pourcentage du solde d'un compte bancaire non déclaré : Cons. Const. 22 juill. 2016, *M. Gilbert B.*, n° 2016-554 DC ; concernant l'insertion dans la liste des infractions susceptibles de constituer des actes de terrorisme le fait de « *faciliter ou de tenter de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France* » : Cons. Const., 16 juill. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, n° 96-377 DC.

¹⁰⁶⁰ Cons. Const., 25 juill. 1984, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, n° 84-176 DC ; Cons. Const., 17 janv. 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC qui ont reconnu la non-disproportion de sanctions prononcées en matière audiovisuelle.

¹⁰⁶¹ Cons. Const., 22 oct. 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, n° 2009-590 DC. À ne pas confondre avec la première décision *Hadopi* (Cons. Const., 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC).

l'article 7 de la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'article en question insérait dans le Code de la propriété intellectuelle un article L. 335-7¹⁰⁶² permettant au juge de prononcer la suspension, pour une durée maximale d'un an, de l'accès d'internet à titre de peine complémentaire en cas de délit de contrefaçon commis sur internet au moyen d'un réseau pair à pair. L'alinéa 3 de ce nouvel article précise également que « *pendant la durée de la suspension, l'abonné demeure tenu au paiement du prix de l'abonnement s'il ne le résilie pas* ». Les requérants estimaient que les sanctions prévues par cette loi étaient manifestement disproportionnées. Le Conseil constitutionnel commence par rappeler que l'article 61 de la Constitution¹⁰⁶³ ne lui confère pas « *un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* ». Il rappelle ensuite sa jurisprudence constante que « *si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »¹⁰⁶⁴. Le Conseil constitutionnel rejette donc le grief tiré du caractère non nécessaire de la peine complémentaire de suspension de l'accès à internet pour une durée maximale d'un an. Il convient de souligner que dans le commentaire de cette décision par le Conseil constitutionnel dans ses *Cahiers*¹⁰⁶⁵ celui-ci rappelle, presque comme point de repère de la disproportion, le fait que les auteurs des délits visés encourent au maximum la peine principale de trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Plus pertinent encore est son commentaire sur le caractère inopérant du grief fondé sur la disproportion des peines prévues par le troisième alinéa de l'article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle. Selon cet article, pendant la durée de la suspension, l'abonné demeure tenu au paiement du prix de l'abonnement s'il ne le résilie pas. En effet, le Conseil constitutionnel considère, à juste titre, que la règle dénoncée

¹⁰⁶² « *Lorsque l'infraction est commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 peuvent en outre être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur* ».

¹⁰⁶³ « *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution [...]* »

¹⁰⁶⁴ Cons. Const., 22 oct. 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, n° 2009-590 DC, pt. 21.

¹⁰⁶⁵ « *Commentaire de la décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009* », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel 2010*, n° 28.

ne constituait pas une peine ou une sanction ayant le caractère d'une punition, mais « *une disposition civile organisant les conséquences de la sanction dans les relations contractuelles entre l'abonné et le fournisseur d'accès* ». Cette distinction, sur laquelle nous reviendrons, prend un sens particulier en droit de la propriété intellectuelle pour l'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et pour du citoyen et pour l'application du contrôle de proportionnalité de la sanction.

235. — Article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et Cour européenne des droits de l'homme : « la nette disproportion ». Les juridictions européennes, quant à elles, ne sont pas en reste, et sont très attentives à la proportionnalité de la peine. C'est d'abord le cas de la Cour européenne des droits de l'homme qui, par référence à l'article 3 de la Convention européenne¹⁰⁶⁶, reconnaît un tel principe de proportionnalité à la peine¹⁰⁶⁷. Cependant, comme pour le Conseil constitutionnel français, la reconnaissance d'une disproportion de la peine demeure exceptionnelle, affirmée comme telle par la Cour de Strasbourg. C'est le cas notamment en 2012 dans les décisions jumelles *Harkins et Edwards*¹⁰⁶⁸ et *Vinter*¹⁰⁶⁹, qui l'ont amené à analyser la légalité de la réclusion à perpétuité. Si la Cour affirme d'abord que « *toute peine nettement disproportionnée est contraire à l'article 3 de la Convention* », elle précise d'emblée que cela ne serait que dans des « *cas rares et exceptionnels* »¹⁰⁷⁰. Elle pose des conditions très strictes en ce qu'une question ne se poserait sous l'angle de l'article 3 de la Convention que s'il pouvait être démontré « *i) que le maintien en détention de l'intéressé ne pouvait plus se justifier par un quelconque motif légitime d'ordre pénologique et ii) que la peine était incompressible de facto et de jure* »¹⁰⁷¹. Même en envisageant la légalité de la réclusion à perpétuité obligatoire sans possibilité de libération conditionnelle, la Cour retient que « *si un contrôle plus poussé s'imposait pour l'appréciation de son caractère nettement disproportionné ou non, pareille peine n'était pas incompatible en elle-même avec la Convention et ne soulèverait une question au regard de l'article 3 que dans les mêmes conditions que la perpétuité discrétionnaire sans possibilité de libération conditionnelle* »¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁶ Article 3 – Interdiction de la torture : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

¹⁰⁶⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 5e éd., 2019, p. 1004.

¹⁰⁶⁸ CEDH, 9 juill. 2012, *Harkins et Edwards c/ Royaume-Uni*, n° 9146/07 et n° 32650/07, § 133.

¹⁰⁶⁹ CEDH, 9 juill. 2012, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, n° 130/10, et n° 3869/10, § 89.

¹⁰⁷⁰ *Ibid*, §83.

¹⁰⁷¹ *Ibid*, §87.

¹⁰⁷² *Ibid*, §88.

Autant dire que si la disproportion d'une peine en droit de la propriété intellectuelle par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est théoriquement possible, elle semble extrêmement peu probable en pratique¹⁰⁷³. Néanmoins, comme vu précédemment, il est toujours possible, à travers le contrôle fait par la Cour de la proportionnalité de l'ingérence dans un droit ou une liberté spécialement garantie par la Convention, d'établir le caractère disproportionné de la peine litigieuse¹⁰⁷⁴.

236. — Article 49 § 3 de la Charte des droits fondamentaux et Cour de justice de l'Union européenne. Du côté de droit de l'Union européenne, le principe de proportionnalité appliqué à la peine occupe une place plus grande puisqu'il est explicitement reconnu par l'article 49, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne disposant que : « *l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction* »¹⁰⁷⁵. Cependant, un tel article a rarement été invoqué devant la Cour de justice de l'Union européenne et encore moins déclaré recevable par celle-ci. Un premier exemple de cette application remonte seulement à 2017 avec la décision *Villeroy & Boch Austria*¹⁰⁷⁶. Cette entreprise demandait l'annulation d'une amende de 6,08 millions d'euros infligée par la Commission européenne et confirmée par le Tribunal de l'Union européenne (TUE) pour avoir commis une infraction en matière d'entente anticoncurrentielle (coordination de hausse de prix et échange d'informations commerciales sensibles sur plusieurs marchés européens

¹⁰⁷³ D'autant que les arrêts *Harkins et Edwards*, et *Vinter* ont depuis été confirmées par la Cour européenne des droits de l'homme qui n'hésite pas à les citer directement. V. CEDH, 8 janv. 2013, *Willcox et Huford c/ Royaume-Uni*, n° 43759/10 et 43771/12, § 74 : « *Par conséquent, il serait « tout à fait exceptionnel » qu'un requérant parvint à prouver que la peine dont il est passible dans un État tiers serait manifestement disproportionnée, et contraire de ce fait à l'article 3* ».

¹⁰⁷⁴ *Supra*, n° 224 et suiv. V. également en droit pénal : CEDH, 14 mars 2013, *Eon c/ France*, n° 26118/10, § 62 : « *après avoir pesé l'intérêt de la condamnation pénale pour offense au chef de l'État dans les circonstances particulières de l'espèce et l'effet de la condamnation à l'égard du requérant, la Cour juge que le recours à une sanction pénale par les autorités compétentes était disproportionné au but visé et n'était donc pas nécessaire dans une société démocratique* ».

¹⁰⁷⁵ Selon Carlo Sotis, c'est de cet article que résulterait un principe de proportionnalité formelle (prévu par l'article 49§3 de la Charte des droits fondamentaux, et qui tisse un lien entre la gravité de l'infraction et les peines infligées), par opposition à un principe de proportionnalité matérielle (prévu à l'origine par la jurisprudence européenne, créé pour l'évaluation externe des normes nationales en collision avec un droit fondamental et réalisé par un test en trois étapes). V. C. Sotis, « Les principes de nécessité de proportionnalité », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, SLC, coll. « UMR Dr. comp » 2012, vol. 28, p. 61. Si la distinction est importante à souligner en ce qu'elle permet de mieux comprendre l'impact spécifique sur le droit pénal d'un article formel sur la proportionnalité de la peine, distinguer plusieurs principes de proportionnalité nous semble cependant en contradiction avec la jurisprudence des cours européennes qui tend à reconnaître l'existence d'un même principe dont l'application pourra cependant faire apparaître plusieurs contrôles. V. à ce sujet : *supra*, n° 7 et suiv.

¹⁰⁷⁶ CJUE, 26 janv. 2017, *Villeroy & Boch Austria GmbH c/ Commission*, aff. C-626/13.

d'installations sanitaires pour salles de bains). La requérante se fondait sur une violation du principe de proportionnalité, consacré à l'article 49, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux en ce que, pour déterminer la gravité de l'infraction que la sanction doit refléter, le Tribunal de l'Union européenne aurait dû prendre en considération les effets de l'infraction en cause sur le marché, ainsi que les chiffres d'affaires réalisés sur les marchés concernés, ce qui n'aurait pas été le cas « *dans la mesure où une amende de 6,08 millions d'euros est infligée pour un volume d'affaires couvert par l'arrangement d'environ 3,88 millions d'euros* »¹⁰⁷⁷. La Cour de justice répond qu'un tel moyen n'est pas fondé car « *il est constant que, en l'espèce, le montant de l'amende infligée à Villeroy & Boch et ses filiales a été réduit de manière à ne pas dépasser 10 % du chiffre d'affaires total de celles-ci réalisé au cours de l'exercice social précédent, conformément à l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003* »¹⁰⁷⁸. Or, cette limite garantit déjà que le niveau de cette amende ne soit pas disproportionné par rapport à la taille de l'entreprise, telle que déterminée par son chiffre d'affaires global »¹⁰⁷⁹. La Cour ne semble donc pas favorable ici à opérer un véritable contrôle de proportionnalité *in concreto* sur la sanction. Elle se contente de fonder exclusivement celui-ci sur la proportionnalité légale déjà garantie, selon elle, par la législation européenne et plus particulièrement, en l'espèce, par le règlement n° 1/2003¹⁰⁸⁰.

Une telle appréciation est confirmée par les arrêts suivants, notamment dans un arrêt de 2018¹⁰⁸¹. Cet arrêt concernait l'applicabilité directe de la directive 1999/62 relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures, et plus particulièrement l'obligation faite aux États membres, à l'article 9 bis de cette directive¹⁰⁸², de prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. La question préjudicielle était de savoir si

¹⁰⁷⁷ *Ibid*, § 76-77.

¹⁰⁷⁸ « *La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises [...] Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent* ».

¹⁰⁷⁹ *Ibid*, § 94.

¹⁰⁸⁰ Ce que celui-ci semble vouloir garantir comme l'énonce le considérant 12 : « *Le présent règlement doit prévoir explicitement que la Commission a le pouvoir d'imposer des mesures correctives de nature comportementale ou structurelle, qui sont nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction, en tenant compte du principe de proportionnalité. Une mesure structurelle ne doit être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière devait être plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle. Il ne serait proportionné de modifier la structure qu'avait une entreprise avant la commission de l'infraction que si cette structure même entraînait un risque important que l'infraction ne perdure ou ne soit répétée* ».

¹⁰⁸¹ CJUE, 4 oct. 2018, *Link Logistik N&N*, aff. C-384/17.

¹⁰⁸² Article 9 bis de la directive 1999/62/CE : « *Les États membres mettent en place les contrôles adéquats et déterminent le régime de sanctions applicable aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive. Ils prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer l'application de ces sanctions. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* ».

une directive prévoyant une exigence de proportionnalité des sanctions était d'application directe pour les États membres¹⁰⁸³. D'abord, il convient de souligner que, pour évoquer le principe de proportionnalité, la Cour de justice cite simultanément l'article 52§1, et l'article 49§3 de la Charte des droits fondamentaux¹⁰⁸⁴, confirmant notre opinion selon laquelle il existe un même principe de proportionnalité applicable tant à la portée et l'interprétation des droits fondamentaux qu'à la proportionnalité des sanctions. Elle rappelle ensuite que « *le principe de proportionnalité exige, d'une part, que la sanction infligée corresponde à la gravité de l'infraction et, d'autre part, que, lors de la détermination de la sanction ainsi que de la fixation du montant de l'amende, il soit tenu compte des circonstances individuelles du cas d'espèce* »¹⁰⁸⁵. Pour autant, et c'est là l'apport principal de l'arrêt, la Cour refuse d'admettre l'applicabilité directe de l'exigence de proportionnalité prévue par la directive à la sanction fiscale en question, se fondant sur la marge d'appréciation laissée aux États membres pour la transposition des directives. En effet, selon la Cour, « *dès lors qu'il nécessite l'intervention des États membres et leur confère une marge d'appréciation importante, l'article 9 bis de la directive 1999/62 ne saurait être considéré, du point de vue de son contenu, comme étant inconditionnel et suffisamment précis, ce qui exclut son effet direct. Une interprétation contraire conduirait, en pratique, à une élimination du pouvoir d'appréciation conféré aux seuls législateurs nationaux, auxquels il appartient de concevoir un régime de sanctions approprié, dans le cadre défini à l'article 9 bis de la directive 1999/62* »¹⁰⁸⁶.

Ainsi, si les textes de droits fondamentaux européens et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reconnaissent, en théorie, le principe de proportionnalité des peines, son contrôle effectif par le Conseil constitutionnel français et les cours européennes demeurent très relatifs. Le principe de proportionnalité des peines a néanmoins le mérite d'apparaître dans leur jurisprudence par l'exercice d'un contrôle très restreint. Si le droit de propriété intellectuelle possède tout un éventail de sanctions pénales, les sanctions civiles demeurent les mêmes que celles généralement prononcées par les juridictions du fond. Cela soulève une question : un tel principe de proportionnalité des peines est-il applicable aux sanctions civiles de la propriété intellectuelle ?

¹⁰⁸³ Question d'autant plus pertinente car, comme nous le verrons (*infra*, n° 242 et suiv.), la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle prévoit une exigence similaire de proportionnalité des sanctions.

¹⁰⁸⁴ Arrêt *Link Logistik N&N*, § 40-45.

¹⁰⁸⁵ Arrêt *Link Logistik N&N*, § 45.

¹⁰⁸⁶ *Ibid*, § 53-54.

II - Un élargissement partiel aux autres sanctions.

237. — Distinction de la peine et de la sanction punitive. Pour résoudre cette problématique, il est pertinent de revenir sur la décision *Hadopi 2* du Conseil constitutionnel et sur la distinction entre peine et sanction civile¹⁰⁸⁷. Pour rappel, le Conseil avait déclaré inopérant le grief fondé sur la disproportion des peines (article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) concernant le troisième alinéa de l'article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle qui imposait que, pendant la durée de la suspension internet, l'abonné contrefacteur demeure tenu au paiement du prix de l'abonnement s'il ne le résilie pas. Le Conseil constitutionnel, dans le commentaire de la décision, justifie cette inopérance par le fait que la règle dénoncée ne constitue pas une peine ou une sanction ayant le caractère d'une punition, mais « *une disposition civile organisant les conséquences de la sanction dans les relations contractuelles entre l'abonné et le fournisseur d'accès* ».

En effet, le Conseil constitutionnel reconnaît traditionnellement que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne s'applique qu'aux peines¹⁰⁸⁸, c'est-à-dire à la sanction pénale édictée par la loi afin de réprimer l'atteinte qualifiée à l'ordre social. Ce n'est qu'après plusieurs années que cette proportionnalité de la peine au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, s'est étendue au-delà de celle-ci. Le principal critère retenu est celui de savoir si la sanction a le caractère d'une punition¹⁰⁸⁹. Cela reviendrait donc à soumettre aux exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des sanctions prononcées par une autorité non judiciaire¹⁰⁹⁰. Or, comment déterminer si une sanction a le caractère d'une punition ? La notion de punition est intimement liée à celle de la peine. Le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu l'a définie comme le « *terme générique désignant une sanction destinée non pas à indemniser la victime, mais à faire subir au coupable une souffrance dans sa personne ou ses biens* ». Si une telle définition paraît simple, la détermination d'une punition soulève, en pratique, de nombreuses difficultés. En ce sens, la question de l'application du principe de proportionnalité aux mesures de sûreté est un débat qui

¹⁰⁸⁷ *Supra*, n° 231 et suiv.

¹⁰⁸⁸ Ce qui est assez logique dans le sens où cet article ne mentionne que le terme de « peine » et non de sanction dans une acception plus générale.

¹⁰⁸⁹ E. Bonis, V. Peltier, *Droit de la peine*, 3e éd., Lexis Nexis, 2019, p. 192 et s.

¹⁰⁹⁰ Cons. Const., 28 juill. 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, n° 98-260 DC : JO. 1er août 1989, p. 9676.

agite la jurisprudence, tant judiciaire que constitutionnelle¹⁰⁹¹. Il s'agit d'un point non négligeable puisque des mesures de sûretés peuvent être prononcées en droit pénal de la propriété intellectuelle. Pour autant, le Conseil constitutionnel a su également dégager quelques sanctions ayant le caractère de punition. Il les a donc soumises au contrôle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est le cas de la déchéance de nationalité prévue à l'article 25 du Code civil, notamment en cas de crime ou de délit constituant un acte de terrorisme¹⁰⁹².

Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle ne fait pas de distinction entre peine et sanction ayant le caractère de punition, mais définit la peine plus soupagement et permet d'inclure, comme vu précédemment, dans le contrôle de l'article 49, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux, des sanctions en matière d'entente concurrentielle ou fiscale.

238.— Conséquences en droit de la propriété intellectuelle. Aux termes de la jurisprudence *Hadopi 2* vue précédemment, les sanctions pénales de la propriété intellectuelle prévues aux articles L. 335-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle¹⁰⁹³ peuvent être soumises à un contrôle de proportionnalité sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 49, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux. *A contrario*, les sanctions civiles ne seraient, en principe, pas passibles de ce contrôle puisque, suivant l'article 13 de la directive 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, il est disposé qu'il convient de « verser au titulaire du droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de

¹⁰⁹¹ La chambre criminelle de la Cour de cassation refuse d'appliquer le principe de proportionnalité aux mesures de sûreté, alors que certaines peuvent être prononcées, dans d'autres circonstances, à titre de peines par les juridictions pénales. C'est le cas par exemple, concernant le refus d'application de la proportionnalité à une peine d'interdiction définitive d'exercice (Cass. crim., 3 sept. 2007, n° 07-88.502, inédit : *Dr. pén.* 2009, chron. 3, n° 11, obs. V. Peltier), ou à une interdiction de soumissionner à des marchés publics (Cass. crim., 20 déc. 2017, n° 17-90.018 : *Dr. pén.* 2018, chron. 3, n° 11, obs. V. Peltier), au motif que les deux constituaient une mesure de sûreté destinée à prévenir le risque de récidive. De même, le Conseil constitutionnel a ainsi pu rejeter la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition à des mesures de sûreté comme la surveillance judiciaire (Cons. Const., 8 déc. 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, n° 2005-527 DC : JO 13 déc 2005, p. 19162) ou la rétention de sûreté (Cons. Const., 21 févr. 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, n° 2008-562 DC : JO 26 févr. 2008, p. 3272). Pour plus de détails : E. Bonis, V. Peltier, *op. cit.*, p. 191 et s.

¹⁰⁹² Cons. Const., 23 janv. 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*, n° 2014-439 QPC : *Dr. pén.* 2016, chron. 3, n° 6, obs. V. Peltier.

¹⁰⁹³ Des sanctions aussi diverses que des peines privatives de liberté, d'amendes, la dissolution d'une personne morale, l'interdiction d'exercice, la mise sous surveillance judiciaire, une exclusion des marchés publics, la fermeture d'établissement, la confiscation, le rappel et la destruction des marchandises contrefaisantes, des publications dans les journaux ou sur internet, la suspension de l'accès internet...

l'atteinte »¹⁰⁹⁴. Le but de la sanction civile en droit de la propriété intellectuelle est la réparation intégrale du préjudice et rien que le préjudice, ainsi que la cessation du dommage¹⁰⁹⁵. Néanmoins, un réel débat agite la doctrine depuis la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007¹⁰⁹⁶ et surtout depuis la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon. L'article 2 de cette dernière précisait que, pour évaluer le préjudice, il convenait de prendre en considération « *les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels* » que le contrefacteur « *a retiré de l'atteinte aux droits* ». Une telle affirmation a fait dire à M. Caron « *qu'en désignant le contrefacteur comme étant aussi un élément de référence dans l'évaluation, la réparation de la contrefaçon s'éloigne de la seule indemnisation de la victime et se rapproche donc de la faute lucrative, de la peine privée ou des dommages-intérêts punitifs* »¹⁰⁹⁷. Une telle position pourrait être confirmée par la lecture de l'article L. 331-1-4 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit, en cas de condamnation civile du contrefacteur, la confiscation des produits contrefaits. Cependant, en admettant l'existence de sanctions civiles légales ayant le caractère d'une punition en droit de la propriété intellectuelle et la possibilité qu'elles soient contrôlées sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 49, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux, il est extrêmement peu probable que leur disproportion soit reconnue. En effet, encore faudrait-il qu'elle soit manifeste, ce qui semble loin d'être le cas pour les sanctions légales de la propriété intellectuelle puisqu'elles répondent à une utilité sociale : punir le contrefacteur à la hauteur de sa faute.

239.— Conclusion du chapitre. Il est donc légitime de s'interroger : le contrôle de proportionnalité des sanctions à travers le prisme des droits fondamentaux n'est-il finalement qu'un vœu pieu sans conséquence pratique sur le justiciable ? Pourtant, au-delà des textes reconnaissant directement le principe de proportionnalité, l'affiliant au principe de nécessité des délits et des peines, celui-ci doit bien être appliqué lors d'un conflit de droits fondamentaux, durant laquelle la proportionnalité des sanctions est appréciée directement pour caractériser une ingérence. L'arrêt *Bernanos* de la Cour de cassation en est le meilleur exemple et démontre que

¹⁰⁹⁴ J.-P. Martin, « Le nouveau régime des dommages-intérêts de contrefaçon de titres de propriété intellectuelle selon la directive européenne du 29 avr. 2004 », *Prop. Ind.* 2004, étude 17.

¹⁰⁹⁵ En ce sens, la loi du 29 octobre 2007 qui a transposé la directive précitée et créé un article L. 331-1-3 au Code de la propriété intellectuelle qui donne plusieurs critères pour évaluer le préjudice subi. V. sur ce sujet : Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 5e éd., 2017, p. 559.

¹⁰⁹⁶ *Infra*, n° 248.

¹⁰⁹⁷ Ch. Caron, *op. cit.*, p. 563.

cette prise en compte de la sanction dans un conflit fondamental doit faire partie intégrante de la motivation des juges. Cependant, il paraît nécessaire d'aller plus loin et de rechercher si le principe de la proportionnalité appliqué à la sanction pourrait, comme d'autres droits fondamentaux, avoir été transposé dans la législation de l'Union européenne et dans la législation nationale. Une telle transposition serait à l'origine de l'émergence d'un contrôle autonome de proportionnalité des sanctions en droit de la propriété intellectuelle.

Chapitre 2 : Un contrôle indépendant d'un conflit fondamental

240. — Présentation. Comme plusieurs droits fondamentaux transposés dans le droit de la propriété intellectuelle par différentes directives et législations nationales¹⁰⁹⁸, le principe de proportionnalité appliqué à la sanction, tel que reconnu par les textes de droits fondamentaux, a suivi le même processus. En effet, tant les législations de l'Union européenne que les législations nationales partagent, au sein de leurs textes concernant les sanctions en droit de la propriété intellectuelle, l'objectif principal de respect du principe de proportionnalité (Section 1). Ce faisant, ces législations supposent, par leur application, l'émergence d'un contrôle de proportionnalité de la sanction que vont devoir effectuer les juges du fond, indépendamment de tout conflit de droits fondamentaux (Section 2).

Section 1 : Une transposition légale du principe de proportionnalité

241. — Une reconnaissance internationale. Le principe de proportionnalité appliqué à la sanction, du fait de sa reconnaissance dans les textes de droits fondamentaux, a exercé son influence bien au-delà de nos frontières européennes. Pour s'en rendre compte, il convient d'étudier l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Ce texte annexé à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), a été adopté le 15 avril 1994 à Marrakech et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 pour les États signataires¹⁰⁹⁹. Ce texte a pour but l'intégration des droits de propriété intellectuelle dans le système de l'OMC. Ledit système vise à aboutir à une réglementation commune en matière de commerce international et prévoit les modalités de règlement des différends commerciaux. Dans ce système, l'ADPIC, qui est un des rares textes à prévoir une réglementation commune aux droits de la propriété intellectuelle (et non séparée en propriété littéraire et artistique et propriété industrielle), rassemble, dans sa partie III intitulée « *Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle* », plusieurs articles qui expriment l'idée d'un principe de proportionnalité appliqué à la sanction. En effet, l'article 45 de l'ADPIC stipule, au sujet des dommages-intérêts, que « *Les autorités judiciaires seront habilitées à*

¹⁰⁹⁸ V. sur la théorie de l'équilibre interne : *supra*, n° 51 et suiv.

¹⁰⁹⁹ Comptant, en 2021, 164 États membres, dont la totalité des membres de l'Union européenne.

ordonner au contrevenant de verser au détenteur du droit des dommages-intérêts adéquats en réparation du dommage que celui-ci a subi du fait de l'atteinte portée à son droit de propriété intellectuelle par le contrevenant ». Surtout, l'article 46 poursuit, au sujet des mesures correctives visant à écarter des circuits commerciaux les marchandises contrefaisantes et les instruments ayant servi à la création de telles marchandises, que : « *Lors de l'examen de telles demandes, il sera tenu compte du fait qu'il doit y avoir proportionnalité de la gravité de l'atteinte et des mesures correctives ordonnées, ainsi que des intérêts des tiers* ». Enfin, l'article 47 stipule, au sujet de la communication de l'identité des complices du contrefacteur, que : « *Les Membres pourront disposer que les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au contrevenant, à moins qu'une telle mesure ne soit disproportionnée à la gravité de l'atteinte, d'informer le détenteur du droit de l'identité des tiers participant à la production et à la distribution des marchandises ou services en cause, ainsi que de leurs circuits de distribution* ». Ainsi, dès 1994, un examen de la proportionnalité de la sanction, en tenant compte de la gravité de l'atteinte et des objectifs poursuivis, est prévu dans un des textes internationaux essentiels au droit de la propriété intellectuelle. Cet objectif fondamental est rappelé dix ans plus tard par l'Union européenne dans la directive 2004/48 (I), dont la transposition et les sanctions, préexistantes en droit français, assurent l'application effective (II).

I - La directive 2004/48 ou l'exigence générale de proportionnalité des sanctions en droit de l'Union européenne

242.—Affirmation du principe de proportionnalité. La directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, adoptée dans sa version finale le 29 avril 2004, est un des rares textes de l'Union européenne communs à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle¹¹⁰⁰. Ladite directive avait pour objectif principal de rapprocher les législations des États membres de l'Union sur les conséquences civiles et administratives de la contrefaçon afin, aux termes du considérant 10 de ladite directive : « *d'assurer un niveau de protection élevée, équivalent et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur* ». Pour parvenir à cet objectif, la directive reconnaît à plusieurs reprises le principe de proportionnalité,

¹¹⁰⁰ On peut citer également le Règlement (UE) n° 608/2013 du 12 juin 2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle et le Règlement (CE) n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie.

l'internalisant dans le droit de l'Union européenne pour le droit de la propriété intellectuelle. Elle le fait d'abord indirectement puisqu'elle dispose au considérant 5 que « *la présente directive ne devrait pas affecter les obligations internationales des États membres y compris celles résultant de l'accord sur les ADPIC* ». De ce fait, sont implicitement reconnues les dispositions de l'accord ADPIC sur le principe de proportionnalité, vues précédemment¹¹⁰¹. Puis, la directive reconnaît directement ce principe : d'abord au considérant 22 en mentionnant la « *proportionnalité des mesures provisoires* », mais surtout au considérant 31 en rappelant que, conformément au principe de proportionnalité, le présent texte n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi¹¹⁰². Enfin, au considérant 32, elle affirme solennellement que « *La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes, qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à assurer le plein respect de la propriété intellectuelle, conformément à l'article 17, paragraphe 2, de cette Charte* ». Dans le corps de la directive, le principe de proportionnalité fait ensuite l'objet d'une application concrète en matière de sanction puisque l'article 3 dispose que « *1. Les États membres prévoient les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle visés par la présente directive. Ces mesures, procédures et réparations doivent être loyales et équitables, ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés. 2. Les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif* ». La dernière phrase de l'article 3 contraint donc les États membres, lors de la transposition de la directive, au respect du principe de proportionnalité quand il s'agit d'établir des sanctions pour assurer le respect du droit de la propriété intellectuelle. Cet impératif et la formule « *effectives, proportionnées et dissuasives* » ne sont pas nouveaux en droit de l'Union européenne. Elles figurent dans nombre de directives et règlements aux matières variées¹¹⁰³, démontrant le rôle capital joué par ce principe en droit de

¹¹⁰¹ *Supra*, n° 241.

¹¹⁰² En vertu de l'article 5(4) du Traité sur l'Union européenne et du protocole n° 2 aux traités, qui veulent que tout acte législatif doive respecter le principe de proportionnalité.

¹¹⁰³ Ex. : Art. 9§1 du Règlement (CE) n° 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté ; Art. 9bis de la Directive 1999/62/CE du 17 juin 1999, relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures ; Art. 23 de la Directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau ; Art. 23§1 de la Directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union ; Art 84§1 du Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des

l'Union et la nécessité d'aboutir à une sanction prenant pleinement en considération le principe de proportionnalité.

243. — Des mesures proportionnées. La directive ne formule pas seulement le principe de proportionnalité appliqué à la sanction mais crée également des sanctions qui tendent au respect dudit principe, notamment les mesures provisoires et probatoires proportionnées de l'article 9 de la directive. Ce dernier prévoit, en ses paragraphes 1 et 2, que les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du requérant, prendre par référé des mesures provisoires et conservatoires visant notamment à « *interdire [...] que les atteintes présumées à ce droit se poursuivent* », à « *ordonner la saisie ou la remise des marchandises qui sont soupçonnées de porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle* », voire « *le blocage de [...] comptes bancaires et autres avoirs* ». Comme le souligne à juste titre M. Caron, ces mesures et les menaces qu'elles suscitent, peuvent avoir des conséquences potentiellement graves pour certains acteurs économiques¹¹⁰⁴. Ces derniers peuvent, en effet, parfois céder aux demandes de « *mauvaises actions en contrefaçon* » sur lesquelles nous reviendrons plus en détail dans la suite de nos développements¹¹⁰⁵. Face à ces potentiels détournements des sanctions du droit de la propriété intellectuelle, l'article 9 de la directive inclut des leviers permettant de rendre ces mesures proportionnées. D'abord, le paragraphe 3 habilite les autorités judiciaires à exiger du requérant qu'il fournisse « *tout élément de preuve raisonnablement accessible afin d'acquérir avec une certitude suffisante la conviction qu'il est le titulaire du droit et qu'il est porté atteinte à son droit ou que cette atteinte est imminente* ». De plus, les paragraphes 6 et 7 subordonnent les mesures provisoires visées à « *la constitution par le demandeur d'une caution ou d'une garantie équivalente adéquate, destinée à assurer l'indemnisation éventuelle du préjudice subi par le défendeur* » et son « *dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures* ».

244. — Licence judiciaire. Concernant les sanctions civiles en tant que telles et au-delà de l'article 3, paragraphe 2, et de sa règle de principe selon laquelle « *les mesures, procédures et réparations doivent être [...] proportionnées* », la directive définit plusieurs sanctions

données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; Art. 17 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹¹⁰⁴ Ch. Caron, « Les mauvaises actions en contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2019, n° 4, étude 8.

¹¹⁰⁵ *Infra*, n° 288.

proportionnées. D'abord, en réponse aux mesures provisoires vues précédemment, l'article 12 dispose que : « *Les États membres peuvent prévoir que, dans des cas appropriés et à la demande de la personne passible des mesures prévues à la présente section, les autorités judiciaires compétentes peuvent ordonner le paiement à la partie lésée d'une réparation pécuniaire à la place de l'application des mesures prévues à la présente section, si cette personne a agi de manière non intentionnelle et sans négligence et si l'exécution des mesures en question entraînerait pour elle un dommage disproportionné et si le versement d'une réparation pécuniaire à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant* ». Cette règle instaure ce qui est qualifié par certains de « *licence judiciaire* »¹¹⁰⁶ qui permet au défendeur, dans des conditions très précises (non-intentionnalité, disproportion de la mesure d'interdiction...), d'être condamné uniquement à des dommages-intérêts sans mesure d'interdiction. Il peut donc continuer l'exploitation.

245. — Calcul des dommages-intérêts et proportionnalité. Ensuite, ces dommages-intérêts, évoqués à l'article 13 de la directive, ne peuvent être évalués arbitrairement et de manière disproportionnée puisque, selon cet article, ils doivent être « *adaptés au préjudice que [la partie lésée] a réellement subi du fait de l'atteinte* ». En ce sens, l'article prévoit pour la fixation des dommages-intérêts la prise en considération de « *tous les aspects appropriés* » tels que « *les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner* », « *les bénéfices injustement réalisés* » et « *le préjudice moral causé* ». Alternativement, ledit article prévoit la fixation d'un montant forfaitaire de dommages-intérêts sur « *la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question* ». Cet article appelle deux remarques quant au principe de proportionnalité et au calcul de ces dommages-intérêts. En effet, si les dommages-intérêts tendent traditionnellement à réparer tout le préjudice et rien que le préjudice, l'indemnisation forfaitaire et la prise en compte du « *bénéfice injustement réalisé* » interrogent cette définition. Tout d'abord, « *les bénéfices injustement réalisés* » ne font pas partie, au sens propre, du préjudice subi par la victime, car il n'existe pas de corrélation entre les profits du contrefacteur et les pertes de la victime (cette dernière pourrait subir un préjudice alors même que le contrefacteur ne réaliserait aucun bénéfice et inversement)¹¹⁰⁷. Cette prise en compte des bénéfices injustement réalisés fait dire à plusieurs

¹¹⁰⁶ Ch. Caron, *op. cit.*, spéc. p. 6.

¹¹⁰⁷ F. Stasiak, « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2009, étude 1.

auteurs que la directive reconnaît indirectement l'existence de dommages-intérêts punitifs¹¹⁰⁸. Quant à l'indemnisation forfaitaire, sa nature même peut conduire à une réparation supérieure à celle promise par des dommages-intérêts « classiques ». Pour autant, une telle situation contreviendrait-elle au principe de proportionnalité ? Pas nécessairement, puisqu'au-delà du fait que la directive rappelle que les dommages-intérêts doivent être « adaptés » (et non « limités ») au préjudice subi. Une sanction ne serait jugée contraire au principe de proportionnalité que si elle était « manifestement disproportionnée ». Les sanctions doivent être dissuasives et une simple compensation du préjudice n'atteint pas cet objectif. Ainsi, si les dommages-intérêts supposés « punitifs » sont adaptés au préjudice au sens de la directive, le principe de proportionnalité est respecté.

Pour illustrer cette idée, il convient de s'attarder sur un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans lequel elle s'est prononcée quant à la conformité à l'article 13 de la directive 2004/48 d'une indemnisation sous la forme de dommages-intérêts forfaitaires¹¹⁰⁹. En l'espèce, l'association polonaise des cinéastes, qui assure la gestion collective des droits d'auteurs pour les œuvres audiovisuelles, avait résilié une licence qu'elle avait conclue avec une chaîne de télévision câblée et lui avait proposé une nouvelle licence avec des tarifs plus élevés. La chaîne de télévision avait refusé cette offre et a continué à diffuser les œuvres audiovisuelles de l'association des cinéastes, la conduisant à agir en contrefaçon. Après que l'affaire ait été portée trois fois devant la Cour suprême polonaise, celle-ci décide, lors du troisième pourvoi, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de l'article 79, 1, 3, b de la loi polonaise du 4 février 1994, qui permettait d'accorder en cas de contrefaçon une indemnité forfaitaire pouvant s'élever au double voire au triple de « la rémunération appropriée qui aurait été due, au moment où elle est demandée, au titre de l'autorisation d'utilisation de l'œuvre octroyée par le titulaire des droits ». La question est celle de sa conformité avec l'article 13 de la directive 2004/48 (et non avec le principe de proportionnalité ou un autre droit fondamental). La Cour suprême polonaise avait déjà jugé, avant que la Cour de justice rende son arrêt, que le triplement de la redevance était contraire au critère de proportionnalité de l'article 31.3 de la Constitution polonaise¹¹¹⁰ ainsi qu'aux droits

¹¹⁰⁸ *Ibid.* ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 5e éd., 2017, p. 559 ; J.-P. Martin, « Le nouveau régime des dommages-intérêts de contrefaçon de titres de propriété intellectuelle selon la directive européenne du 29 avr. 2004 », *Prop. Ind.* 2004, étude 17.

¹¹⁰⁹ CJUE, 25 janv. 2017, *Stowarzyszenie « Oławska Telewizja Kablowa » c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich*, aff. C-367/15 : *Prop. indu.* 2017, étude 17, T. Gisclard.

¹¹¹⁰ « L'exercice des libertés et des droits constitutionnels ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires, dans un État démocratique, à la sécurité ou à l'ordre public, à la protection de l'environnement, de la santé et de la moralité publiques ou des libertés et des droits d'autrui. Ces restrictions ne peuvent porter atteinte à l'essence des libertés et des droits ».

de propriété des responsables, protégés à l'article 64 de la Constitution¹¹¹¹. Ce faisant, la Cour de justice n'avait plus qu'à statuer sur le fait de savoir si « *l'article 13 de la directive 2004/48 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit la possibilité de demander le paiement d'une somme correspondant au double d'une rémunération appropriée qui aurait été due au titre de l'autorisation d'utilisation de l'œuvre concernée* ». Même si le principe de proportionnalité n'a pas été soulevé par les demandeurs, la Cour statue sur plusieurs points importants. D'abord, elle juge que la directive 2004/48 consacre un « *standard minimal concernant le respect des droits de propriété intellectuelle et n'empêche pas les États membres de prévoir des mesures plus protectrices* »¹¹¹². Ainsi, une indemnisation équivalente au double d'une redevance hypothétique n'est donc pas contraire à ladite directive. Une telle interprétation ne saurait être remise en cause par le fait « *qu'une indemnisation calculée sur la base du double de la redevance hypothétique n'est pas exactement proportionnelle au préjudice réellement subi par la partie lésée. En effet, cette caractéristique est inhérente à toute indemnisation forfaitaire* »¹¹¹³. L'usage du terme « *proportionnelle* », plutôt que « *proportionnée* », n'est pas anodin¹¹¹⁴, car, si la sanction n'est pas exactement proportionnelle, elle pourrait être proportionnée pour la Cour de justice en ce qu'elle ne dépasserait pas ce qui est excessif. L'évocation d'une sanction « *doublée* » peut choquer et laisser paraître une sanction disproportionnée. Cependant, en raison de la nature de l'indemnisation forfaitaire, il n'en est rien. En effet, en observant la pratique allemande qui utilise ce mode d'évaluation depuis de nombreuses années¹¹¹⁵ et comme le souligne M. Gisclard¹¹¹⁶, l'indemnisation forfaitaire traite à l'identique le contrefacteur et l'honnête preneur de licence, faisant dire à l'auteur que « *certains prétendent même que le contrefacteur serait mieux traité, puisqu'il n'aurait pas à payer les frais de négociation, ni à subir les risques d'un droit de propriété intellectuelle non valable, et qu'il pourrait payer des années après avoir fait usage du droit* ». Il va jusqu'à appeler ce dispositif de « *prime à la délinquance* ». En conséquence, il paraît nécessaire de prendre en compte d'autres préjudices (moral, frais de recherche de preuve...) dans l'évaluation de l'indemnisation forfaitaire. Le juge allemand l'a compris en

¹¹¹¹ Cour constitutionnelle polonaise, 23 juin 2015, SK 32/14. - V. I. Nestoruk, *Dreifacher pauschaler Schadensersatz im polnischen Urheberrecht aus verfassungs-rechtlicher Perspektive* : GRUR Int. 2017, 11.

¹¹¹² *Ibid*, §23.

¹¹¹³ *Ibid*, §26.

¹¹¹⁴ V. sur la différence terminologique des deux termes : *supra*, n° 2.

¹¹¹⁵ BGH, 12 janv. 1996, Ib ZR 5/64, NJW 1966, 823, GRUR 1966, 375.

¹¹¹⁶ T. Gisclard, « La nature des 'dommages et intérêts' sanctionnant la contrefaçon, À propos de l'arrêt de la CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich », *Prop. indu.* 2017, n° 5, étude 18.

doublant habituellement le montant des redevances en cas de contrefaçon d'un droit d'auteur musical¹¹¹⁷. La Commission européenne avait fait la même analyse dans la proposition initiale de la directive qui proposait de doubler le montant des redevances fondées sur la licence fictive¹¹¹⁸, avant que le Parlement européen n'obtienne sa suppression de la directive finale. Ainsi, dans l'arrêt *Stowarzyszenie* de la Cour de justice, les juges de Luxembourg se placent dans la lignée de la première proposition de la Commission, en observant que « *le simple versement, dans l'hypothèse d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, de la redevance hypothétique n'est pas à même de garantir une indemnisation de l'intégralité du préjudice réellement subi, étant donné que le paiement de cette redevance, à lui seul, n'assurerait ni le remboursement d'éventuels frais liés à la recherche et à l'identification de possibles actes de contrefaçon, évoqués au considérant 26 de la directive 2004/48, ni l'indemnisation d'un possible préjudice moral (voir, à ce dernier égard, arrêt du 17 mars 2016, Liffers, C-99/15, EU:C:2016:173, point 26), ni encore le versement d'intérêts sur les montants dus* »¹¹¹⁹. La Cour réserve cependant la possibilité que l'indemnisation forfaitaire soit exceptionnellement disproportionnée, via le mécanisme de l'abus de droit, en jugeant qu' : « *Il ne peut, certes, être exclu que, dans des cas exceptionnels, le remboursement d'un préjudice calculé sur le fondement du double de la redevance hypothétique dépasse si clairement et considérablement le préjudice réellement subi de telle sorte qu'une demande en ce sens pourrait constituer un abus de droit, interdit par l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48* »¹¹²⁰. L'utilisation de l'abus de droit (fondé sur le même article de la directive qui affirme la prise en compte de la proportionnalité dans l'établissement des sanctions) rappelle, selon nous, le lien tangible qui existe entre les deux notions en ce domaine, une disproportion grave pouvant conduire à un abus de droit¹¹²¹. Enfin, la Cour conclut que : « *L'article 13 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, selon laquelle le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle lésé peut demander à la personne qui a porté*

¹¹¹⁷ BGH, 24 juin 1955, I ZR, 178/53, BGHZ 59, 286, GRUR 1973, 379 ; BGH, 10 mars 1972, I ZR 160/70, BGHZ 59, 286, GRUR 1973, 379.

¹¹¹⁸ COM (2003) 46 final, art 17, 1^o, a.

¹¹¹⁹ CJUE, 25 janv. 2017, *Stowarzyszenie « Oławska Telewizja Kablowa » c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich*, aff. C-367/15, pt. 30.

¹¹²⁰ *Ibid.* pt. 31. V. sur ce point : Ch. Caron, « Les mauvaises actions en contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2019, étude 8.

¹¹²¹ V. concernant le lien entre les deux termes et leur distinction en matière de résolution d'un conflit de droits fondamentaux : *supra*, n^o 108 et suiv.

atteinte à ce droit soit la réparation du dommage qu'il a subi, en tenant compte de tous les aspects appropriés du cas d'espèce, soit, sans que ce titulaire doive démontrer le préjudice effectif, le paiement d'une somme correspondant au double de la rémunération appropriée qui aurait été due au titre d'une autorisation d'utilisation de l'œuvre concernée ».

246. — Frais de justice. Les frais de justice peuvent constituer une partie non négligeable de la sanction en droit de la propriété intellectuelle puisque le juge peut ordonner que la partie « perdante » rembourse à l'autre ses honoraires d'avocats ainsi que les frais directement liés au procès (frais d'huissier, frais de déplacement, frais d'expertise...). C'est dans cette logique de définition d'une sanction proportionnée que la directive 2004/48 dispose en son article 14 que « *Les États membres veillent à ce que les frais de justice raisonnables et proportionnés et les autres frais exposés par la partie ayant obtenu gain de cause soient, en règle générale, supportés par la partie qui succombe, à moins que l'équité ne le permette pas* ».

247. — Délai de transposition et communications postérieures de la Commission européenne. Enfin, l'article 20 de la directive 2004/48 précise que les États membres disposaient de 24 mois après l'adoption de la présente directive (soit jusqu'au 29 avril 2006) pour la transposer. La France a opéré la transposition avec un retard d'un peu plus d'un an¹¹²², en adoptant la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 que nous allons étudier ci-après. D'abord, il convient de souligner l'existence de plusieurs communications postérieures de la Commission¹¹²³ s'interrogeant sur l'interprétation et l'application de la directive 2004/48, qui rappellent, de manière explicite, l'importance du principe de proportionnalité et son rôle primordial dans la détermination de la sanction. Il y a, tout d'abord, le rapport d'évaluation de la Commission européenne du 22 décembre 2010¹¹²⁴. Il traite de la proportionnalité dans

¹¹²² D'autres États membres ont été beaucoup plus négligents et ont fait l'objet de recours en manquement, même si désormais, fort heureusement l'ensemble des États l'ont transposée. V. sur les recours en manquement : CJCE, 15 mai 2008, *Commission c/ Royaume de Suède*, aff. C-341/07 ; CJCE, 5 juin 2008, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-395/07 ; CJCE, 21 févr. 2008, *Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-328/07.

¹¹²³ L'article 18 de la directive 2004/48/CE prévoyait que trois ans après la date maximum de transposition de celle-ci, chaque État membre devait transmettre « *un rapport à la Commission relatif à la mise en œuvre de la présente directive* ». Sur la base de ces rapports, la Commission devait établir « *un rapport relatif à l'application de la présente directive, comportant notamment une évaluation de l'efficacité des mesures prises ainsi qu'une appréciation de son incidence sur l'innovation et le développement de la société de l'information* ».

¹¹²⁴ Comm., Rapp. aux PE, Cons. CE, CESE et Comité des régions sur l'application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, COM (2010) 779 final. V. pour une étude détaillée : Ch. Geiger, J. Raynard, C. Rodà, « Quelles

l'évaluation des dommages-intérêts et au fait que, de nos jours, les bénéfices des contrevenants (enrichissement indu) sont souvent supérieurs au préjudice réellement subi par le titulaire de droit. Cela fait dire à la Commission qu'« *en pareil cas, on pourrait examiner si les tribunaux devraient être habilités à accorder des dommages-intérêts proportionnels à l'enrichissement indu des contrevenants, même s'ils sont supérieurs au préjudice réel subi par le titulaire des droits* »¹¹²⁵, envisageant ainsi la voie des dommages-intérêts punitifs pour lesquels la proportionnalité serait le critère déterminant. Le rapport se conclut sur l'idée capitale qu'« *il convient d'équilibrer soigneusement différents intérêts* »¹¹²⁶. Cependant, sept ans plus tard, dans une communication de la Commission intitulée « *Orientations sur certains aspects de la directive n° 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle* »¹¹²⁷ du 29 novembre 2017, le principe de proportionnalité est élevé à une place centrale dans l'interprétation et l'application de la directive. En effet, à travers la volonté inscrite dans un titre de la communication « *d'assurer une approche équilibrée en matière d'application des droits de propriété intellectuelle et de prévention d'abus* »¹¹²⁸, la Commission européenne évoque le principe de proportionnalité à de nombreuses reprises sur des aspects très différents de la directive 2004/48, tels que les frais de justice¹¹²⁹, la production et la conservation d'éléments de preuves¹¹³⁰, la détermination de la sanction et la conciliation des droits fondamentaux. En effet, la Commission rappelle : « *Dans tous les cas dans lesquels les dispositions de la directive IPRED [2004/48/CE] sont interprétées et appliquées et dans lesquels différents intérêts fondamentaux contradictoires protégés par l'ordre juridique de l'UE sont en cause, il convient de veiller à un bon équilibre, à la lumière du principe de proportionnalité* »¹¹³¹. Concernant les mesures provisoires précédemment évoquées, elle énonce : « *les injonctions émises au titre de l'article 9, paragraphe 1, point a), et de l'article 11 de la directive IPRED devraient pouvoir être efficaces, mais sans aller au-delà de ce qui est*

évolutions pour le cadre juridique européen de mise en oeuvre des droits de propriété intellectuelle ? Observations sur le rapport d'évaluation de la Commission européenne du 22 décembre 2010 », *Prop. indu.* 2011, n° 6, étude 12.

¹¹²⁵ *Ibid*, p. 9.

¹¹²⁶ *Ibid*, p. 10.

¹¹²⁷ Comm. UE, communication, 29 nov. 2017, Orientations sur certains aspects de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle : COM (2017) 708 final.

¹¹²⁸ *Ibid*, p. 10.

¹¹²⁹ *Ibid*, p. 8.

¹¹³⁰ *Ibid*, p. 15 et 17.

¹¹³¹ *Ibid*, p. 12.

nécessaire et proportionné, dans les circonstances du cas d'espèce, pour atteindre cet objectif. Il peut suffire qu'elles rendent les atteintes concernées difficilement réalisables ou qu'elles les découragent sérieusement, sans nécessairement conduire à leur arrêt complet »¹¹³². La Commission rappelle enfin, sur ces deux points, que si la jurisprudence la Cour de justice de l'Union européenne fait ressortir davantage d'arrêts impliquant le droit d'auteur, les principes qui en sont dégagés devraient également s'appliquer, par analogie, aux atteintes aux autres droits de propriété intellectuelle¹¹³³.

Si le principe de proportionnalité prend dès lors une place essentielle au sein de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et dans son interprétation par la Commission, il reste à déterminer si la transposition réalisée par le législateur français lui accorde la même importance.

II - Une transposition de la proportionnalité des sanctions dans le droit français

248. — Loi n° 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon et Loi n° 2014-315 renforçant la lutte contre la contrefaçon : une transposition française inachevée. Lors de la transposition de la directive 2004/48, la protection judiciaire des droits de propriété intellectuelle faisait débat y compris au niveau des instances législatives¹¹³⁴. À titre d'illustration, une étude réalisée quatre ans auparavant, à la demande du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie visant à recueillir les avis des professionnels du secteur de la propriété intellectuelle en France comme à l'étranger, a révélé une grande insatisfaction quant aux dommages-intérêts obtenus devant les juridictions françaises comparés à ceux obtenus aux États-Unis ou aux Pays-Bas¹¹³⁵. Finalement, la directive 2004/48 est transposée le 29 octobre 2007 dans le droit national français par la loi n° 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon¹¹³⁶. Pour autant, la loi de transposition reconnaît-elle à la proportionnalité un rôle aussi capital que la directive ? Cela n'est pas certain. Évidemment, certaines mesures phares de la directive ont été intégrées, telles que

¹¹³² *Ibid*, p. 21.

¹¹³³ *Ibid*, p. 21.

¹¹³⁴ F. Grignon, « La protection juridictionnelle du brevet, talon d'Achille du système français ? » in *L'utilisation des brevets par les entreprises françaises*, Rapp. d'information n° 377, 13 juin 2001, p. 62 et s.

¹¹³⁵ G. Triet (ss. la dir. de), « 'Propriété industrielle : le coût des litiges', Étude comparée entre la France, l'Allemagne, l'Angleterre, Les États-Unis, l'Espagne et les Pays Bas », Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Études, mai 2000.

¹¹³⁶ Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon.

l'encadrement des mesures d'interdiction prévues à l'article 9 de la directive. La transposition française reprend le paragraphe 3 dudit article en ce que les mesures d'interdiction ne sont prononçables que « *si les éléments de preuve, raisonnablement accessibles au demandeur, rendent vraisemblables qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente* »¹¹³⁷. De manière surprenante, cette disposition ne figure pas dans la partie du Code de la propriété intellectuelle consacrée aux sanctions du droit d'auteur et laisse en état, de manière fâcheuse, l'article L. 332-1, 4°, b°, qui permet d'obtenir une sorte de mesure d'interdiction provisoire¹¹³⁸, sans qu'il soit exigé du demandeur qu'il fournisse la preuve de la vraisemblance de la contrefaçon. Néanmoins, ce même article L. 332-1 ainsi que plusieurs autres du Code de la propriété intellectuelle¹¹³⁹ reprennent, fort heureusement, la disposition de l'article 9, paragraphes 6 et 7, de la directive 2004/48, permettant à la juridiction civile de « *subordonner l'exécution des mesures qu'elle ordonne à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du défendeur si l'action en contrefaçon est ultérieurement jugée non fondée ou la saisie annulée* ».

De même, cette loi est remarquable du fait de la création de l'article L. 333-1-3 du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁴⁰ qui définit des critères d'évaluation des dommages-intérêts en disposant que : « *Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte. Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte* ». La rédaction plutôt confuse de cet article a amené le juge à choisir les éléments à apprécier (en oubliant souvent les bénéfices réalisés par l'auteur) et à faire des évaluations globales, menaçant la

¹¹³⁷ Articles L. 615-3 (concernant le droit des brevets), L. 343-2 (concernant le droit des producteurs de bases de données), L. 521-6 (concernant le droit des dessins et modèles), L. 623-27 (concernant l'obtention végétale), L. 716-4-6 (concernant le droit des marques) du Code de la propriété intellectuelle. Dans un sens identique : article L. 722-3 (concernant les indications géographiques) : « *Saisie en référé ou sur requête, la juridiction ne peut ordonner les mesures demandées que si les éléments de preuve, raisonnablement accessibles au demandeur, rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à une indication géographique ou qu'une telle atteinte est imminente* ».

¹¹³⁸ En ce qu'il dispose que « *la juridiction civile compétente peut aussi ordonner : [...] La suspension de toute fabrication en cours tendant à la reproduction illicite d'une œuvre* ».

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ Créé dès la loi n° 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon, et reprenant presque les termes exacts de l'article 13 de la directive 2004/48.

proportionnalité de la sanction¹¹⁴¹. En réaction, le législateur a ensuite modifié cet article dans la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon pour s'inscrire dans le prolongement de la loi de transposition de 2007. Ainsi, le nouvel article L. 333-1-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte aux droits. Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée* ». La rédaction de l'article est donc modifiée pour la rendre plus claire et contraignante pour le juge. Ainsi, l'ajout de l'adverbe « *distinctement* » le contraint à distinguer, dans sa motivation, les trois chefs de préjudice et empêche toute évaluation globale. De même, l'ajout de la conjonction « *et* » avant « *les bénéfices réalisés* » oblige à considérer chaque élément constitutif du préjudice. Enfin, concernant l'indemnisation forfaitaire, l'ajout du terme « *supérieure* » implique le fait que cette indemnisation ne doit pas être limitée au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit. Elle doit être proportionnée au préjudice subi par l'auteur.

Pour autant, une mesure de la directive 2004/48 est absente de dans ces deux lois : la quasi-licence judiciaire, prévue à l'article 12 de la directive. Elle était un des meilleurs exemples de sanctions proportionnées, mais sa transposition était facultative. Heureusement, et comme nous le verrons par la suite¹¹⁴², le juge reste souverain dans la détermination du mode de réparation du préjudice et use de ce pouvoir pour prononcer des sanctions effectivement proportionnées.

249. — Proportionnalité légale des sanctions en droit pénal de la propriété intellectuelle. Cette idée est d'autant plus fondamentale en droit pénal de la propriété intellectuelle. La lecture des dispositions pénales propre au droit de la propriété intellectuelle révèle que l'idée d'une

¹¹⁴¹ C. Maréchal, « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245 ; A. Fourlon, A.-S. Laborde, « L'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon de brevet », *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 4.

¹¹⁴² *Infra*, n° 264 et suiv.

proportionnalité semble inadaptée. L'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit une peine de trois ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende pour tous les délits de contrefaçon. Réalisés en bande organisée, lesdits délits font encourir à leurs auteurs une peine de cinq ans d'emprisonnement et 750.000 euros d'amende. Le montant de ces amendes sera doublé en cas de récidive, comme en dispose l'article L. 335-9 du Code de la propriété intellectuelle, voire, aux termes de l'article 131-38 du Code pénal auquel renvoie l'article L. 335-8 du Code de la propriété intellectuelle, quintuplé pour les personnes morales condamnées pour contrefaçon. Cependant, l'article 132-24 du Code pénal exerce une grande influence sur la proportionnalité de ces peines puisqu'il dispose que « *Les peines peuvent être personnalisées selon les modalités prévues à la présente section* ». Cette section 2 du chapitre II, titre III du Code pénal prévoit des modes de personnalisation des peines comme son fractionnement, le sursis simple, le sursis probatoire, la dispense de peine ou l'ajournement. En pratique, le juge de la propriété intellectuelle utilise ces modes de personnalisations des peines pour infliger à la majorité des contrefacteurs des peines de prison avec sursis et des amendes¹¹⁴³ relativement modestes¹¹⁴⁴. Dans le même sens, les peines complémentaires en droit de la propriété intellectuelle insèrent l'idée de proportionnalité. C'est le cas de la fermeture d'établissement, prévue à l'article L. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle, qui précise qu'en cas de fermeture temporaire, les contrats de travail ne sont ni rompus ni suspendus. De même, la peine de suspension de l'accès à internet, prévue à l'article L. 335-7 du même code, doit considérer la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur.

De manière subsidiaire et dans le cadre de cette appréciation, il ne faut pas oublier que, lors d'un litige en droit de la propriété intellectuelle, d'autres droits proches peuvent être invoqués par les parties qui influencent la proportionnalité de la sanction. C'est le cas notamment du droit commun des contrats¹¹⁴⁵ et du droit de la concurrence déloyale. Ce dernier sera l'objet de développements ultérieurs du fait de sa spécificité jurisprudentielle et de l'éventuel cumul de ses sanctions avec celles de la propriété intellectuelle¹¹⁴⁶. Pour l'heure, si la législation reconnaît le principe de proportionnalité appliqué à la sanction en droit de la propriété intellectuelle, il

¹¹⁴³ L'article 132-20 du Code pénal peut également être vu comme une transposition dans la loi de la proportionnalité en ce qu'il dispose que : « *Le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction* ». V. sur cette position : C. Saas, « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *D.* 2017, p. 961.

¹¹⁴⁴ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 2015, p. 530.

¹¹⁴⁵ Pour plus de détails : S. Le Gac-Pech, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, p. 1715. V. également sur la notion de proportionnalité en droit des contrats : S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

¹¹⁴⁶ V. au sujet de la proportionnalité des sanctions en concurrence déloyale couplée avec celles du droit de la propriété intellectuelle : *infra*, n° 281 et suiv.

convient de s'interroger sur cette reconnaissance : est-elle confirmée par les hautes juridictions ?

Section 2 : La reconnaissance par les hautes juridictions d'un contrôle de proportionnalité

250. — Présentation. La reconnaissance légale d'un principe de proportionnalité appliqué aux sanctions n'est rien si elle n'est pas effective. Le juge, en ce sens, occupe une place déterminante mais délicate. Loin d'un conflit de droits fondamentaux, le contrôle de proportionnalité qu'il opère sur la sanction, consiste à s'assurer que la mesure répressive n'est pas « *disproportionnée soit au but poursuivi, soit au fait reproché* »¹¹⁴⁷. Avant d'analyser la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle par les juges du fond, il semble indispensable de rechercher les éventuelles indications données par les hautes juridictions sur ce sujet. Si leurs arrêts sont rares en droit de la propriété intellectuelle, leur lecture est utile et conforte la reconnaissance législative de ce contrôle, comme le démontrent la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (I) et celle des juridictions françaises (II).

I - Devant la Cour de justice de l'Union européenne

251. — Une pluralité d'affaires. Si la Cour européenne des droits de l'homme ne statue sur la question de la proportionnalité des sanctions qu'à la lumière des droits fondamentaux tels que reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à examiner des litiges concernant la proportionnalité de la sanction telle qu'il ressort de la totalité de la législation de l'Union européenne. En effet, comme vu précédemment pour la directive 2004/48, la mention de l'article 3, selon laquelle « *les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives* », est reprise par plusieurs textes de l'Union européenne¹¹⁴⁸, conduisant inexorablement la Cour de justice à se prononcer sur l'interprétation de cette mention ou à toute

¹¹⁴⁷ S. Le Gac-Pech, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC* 2017, n° 11, p. 48.

¹¹⁴⁸ *Supra*, n° 242.

autre disposition relative à la proportionnalité de la sanction. Les arrêts en droit de la propriété intellectuelle sont rares à aborder cette question, mais d'autres arrêts, concernant d'autres sujets, peuvent éclaircir la pratique par la Cour de justice du contrôle de proportionnalité de la sanction.

252. — Origines et critères du contrôle de proportionnalité de la sanction effectuée par la Cour de justice. La Cour de justice vérifie régulièrement le respect de la proportionnalité des sanctions imposées en vertu du droit de l'Union. La première trace de ce contrôle remonte à 1979, dans l'arrêt *Buitoni*¹¹⁴⁹. La Cour de justice devait statuer sur la proportionnalité d'une sanction en matière agricole¹¹⁵⁰, qui prévoyait la perte totale de la caution en cas de non-respect du délai imparti pour la production des preuves de l'importation ou de l'exportation de produits agricoles. La Cour retient de façon déterminante, au point 16 de l'arrêt, que : « *attendu qu'en ce qui concerne le problème de la proportionnalité, il y a lieu d'examiner si la sanction prévue à l'article 3 du règlement n° 499/76 pour le non-respect du délai de présentation des preuves prescrit par cette disposition dépasse les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché* ». Si l'arrêt retient ensuite la disproportion de cette perte de caution en ce qu'elle « *frappe d'une sanction forfaitaire une violation nettement moins grave que celle, pénalisée par une sanction à caractère essentiellement proportionnel, du non-accomplissement de l'obligation d'importer ou d'exporter que la caution elle-même est destinée à garantir* »¹¹⁵¹ et qu'ainsi, la Commission aurait dû prévoir « *une sanction sensiblement moins lourde pour les administrés que celle prévoyant la perte totale de la caution et mieux adaptée aux effets pratiques d'une telle omission* »¹¹⁵² ; l'essentiel est bien au point 16 car il consacre, en droit de la sanction, le principe de proportionnalité comme un principe général de droit. L'utilisation des critères d'appropriation et de nécessité rappelle ceux utilisés lors du contrôle d'une ingérence dans un droit fondamental et inspire jusqu'aujourd'hui le contrôle de la proportionnalité de la sanction en droit de l'Union européenne. Cet apport est ainsi précisé, en 1983, par l'arrêt *Fromançais*, selon lequel, lors du contrôle de la sanction, « *il convient de vérifier si les moyens que la disposition met en œuvre pour réaliser l'objectif qu'elle vise*

¹¹⁴⁹ CJCE, 20 févr. 1979, *Buitoni*, aff. 122/78, Rec. p. 677.

¹¹⁵⁰ Article 3 du Règlement (CEE) n° 499/76 de la Commission, du 5 mars 1976, modifiant le règlement (CEE) n° 193/75 portant modalités communes d'application du régime de certificats d'importation, d'exportation et de préfixation pour les produits agricoles [plus en vigueur] : « *Le paragraphe 4 suivant est ajouté à l'article 18 du règlement (CEE) n° 193/75: '4. Lorsque les preuves visées à l'article 17 paragraphes 2 et 3 n'ont pas été apportées, sauf cas de force majeure, dans les six mois suivant le dernier jour de validité du certificat, la caution reste acquise'* ».

¹¹⁵¹ CJCE, 20 févr. 1979, *Buitoni*, aff. 122/78, pt. 20.

¹¹⁵² *Ibid*, pt. 21.

s'accordent avec l'importance de celui-ci et s'ils sont nécessaires pour l'atteindre »¹¹⁵³. Puis, la Cour modifie sa formulation, en 1989, dans l'arrêt *Schräder*, en ce que désormais il « *convient de vérifier si la sanction que la disposition en cause met en œuvre pour réaliser l'objectif visé s'accorde avec l'importance de celui-ci et si les inconvénients causés ne sont pas démesurés par rapport aux buts visés* »¹¹⁵⁴. Enfin, elle ajoute en 1990, dans l'arrêt *Fedesa*, que « *lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante* »¹¹⁵⁵. Ces différents apports sont confirmés à de nombreuses reprises en matière de droit agricole¹¹⁵⁶, en droit des transports¹¹⁵⁷, en droit fiscal¹¹⁵⁸, et en droit des sociétés¹¹⁵⁹, même si, dans beaucoup d'autres matières, l'obligation de respect du principe de proportionnalité appliquée à la sanction est affirmée sans être développée¹¹⁶⁰.

253. — Arrêt *Boehringer* : Première incursion du contrôle de proportionnalité de la sanction en droit des marques. Qu'en est-il en droit de la propriété intellectuelle ? Le premier arrêt de la Cour impliquant la proportionnalité de la sanction pour exercer sur elle un contrôle date du 26 avril 2007. Il concerne spécifiquement les importations parallèles de médicaments et le droit des marques¹¹⁶¹. En l'espèce, plusieurs laboratoires titulaires de marques de médicaments, commercialisées au sein de l'Union européenne, s'étaient opposés à leur « *importation parallèle* » au Royaume-Uni par des sociétés tierces qui avaient acheté lesdits

¹¹⁵³ CJCE, 23 févr. 1983, *Fromançais*, aff. 66/82, pt. 8.

¹¹⁵⁴ CJCE, 11 juill. 1989, *Schräder*, aff. C-265/87, pt. 21 ; CJCE, 26 juin 1990, *Zardi*, aff. C-8/89, pt. 10

¹¹⁵⁵ CJCE, 13 nov. 1990, *Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, pt. 13 ; CJCE, 5 oct. 1994, *Crispoltoni e.a.*, aff. C-133/93, aff. C-300/93 et C-362/93, pt. 41.

¹¹⁵⁶ CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit*, aff. 15/83, pt. 25 ; CJCE, 27 juin 1990, *Lingenfelser*, aff. C-118/89, pt. 12 ; CJCE, 21 janv. 1992, *Pressler*, aff. C-319/90, pt. 12 ; CJCE, 17 juill. 1997, *National Farmers' Union e.a.*, aff. C-354/95, Rec. p. I-4559, pt. 49 ; CJCE, 6 juill. 2000, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, aff. C-356/97, pt. 35-36 ; CJCE, 12 juill. 2001, *Jippes e.a.*, aff. C-189/01, pt. 81-82 ; CJCE, 5 juin 2008, *Industria Lavorazione Carni Ovine*, aff. C-534/06, pt. 25.

¹¹⁵⁷ CJUE, 9 févr. 2012, *Urbán*, aff. C-210/10, pt. 53-54 ; CJUE, 16 juill. 2015, *Chmielewski*, aff. C-255/14, pt. 21-23 ; CJUE, 31 mai 2018, *Zheng*, aff. C-190/17, pt. 40-42.

¹¹⁵⁸ CJUE, 29 juin 2017, *Commission / Portugal*, aff. C-126/15, pt. 64.

¹¹⁵⁹ CJUE, 26 sept. 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11, pt. 52.

¹¹⁶⁰ V. notamment lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales : en droit social : CJUE, 25 avr. 2013, *Asociația Accept*, aff. C-81/12, pt. 63 ; en droit de la consommation : CJUE, 27 mars 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, aff. C-565/12, pt. 44-45 ; en droit boursier : CJCE, 5 juill. 2007, *Nttonik et Pikoulas*, aff. C-430/05, pt. 53.

¹¹⁶¹ CJCE, 26 avr. 2007, *Boehringer Ingelheim e.a.*, aff. C-348/04 : *Europe* 2007, comm. 169, F. Mariatte ; *Prop. indu.* 2007, comm. 61, A. Folliard-Monguiral ; *Prop. indu.* 2007, étude 19, C. Henin, A.-C. Maillols-Perroy.

médicaments pour les y revendre après avoir modifié leur conditionnement, sans que la marque du fabricant d'origine ne soit recouverte ni que les titulaires de la marque en soient avertis. Si en première instance, la *High Court of Justice*, à la suite d'une question préjudicielle¹¹⁶², avait statué en faveur des titulaires des marques, la *Court of Appeal* a décidé de poser de nouvelles questions préjudicielles à la Cour de justice. Une partie de la troisième nous intéresse particulièrement puisqu'il s'agissait de savoir « *Lorsqu'un importateur parallèle a omis, comme cela est exigé [...], de donner l'avertissement concernant un produit reconditionné et a, par conséquent, porté atteinte à la/aux marque(s) du titulaire pour cette seule raison : [...] L'octroi de réparations financières au titulaire en raison de ce type d'infractions commises par l'importateur est-il soumis au principe de proportionnalité ?* ». La question porte donc sur la reconnaissance même de l'application du principe de proportionnalité à la sanction d'une infraction très spécifique en droit des marques, celle de l'absence d'avertissement préalable concernant un produit reconditionné et non une contrefaçon classique. L'importateur soutenait donc que l'absence d'avertissement préalable ne pouvait donner lieu à une réparation financière évaluée de la même manière que si les produits avaient fait l'objet d'une contrefaçon, ce que contestaient les laboratoires demandeurs.

La Cour, dans un premier temps, rappelle sa formule traditionnelle : quand des sanctions spécifiques (dans l'hypothèse où des infractions auraient été commises) n'ont pas été prévues par la législation européenne, « *il incombe aux autorités nationales d'adopter des mesures appropriées pour faire face à une telle situation, mesures qui doivent revêtir un caractère non seulement proportionné, mais également suffisamment effectif et dissuasif* »¹¹⁶³. Ensuite, elle caractérise l'infraction en ce qu'« *Il s'ensuit que le droit d'interdiction dont bénéficie le titulaire de la marque à l'égard d'un importateur parallèle de produits pharmaceutiques qui, bien que n'ayant pas fait l'objet d'une contrefaçon, ont été commercialisés en méconnaissance de l'obligation d'avertissement préalable de ce titulaire ne saurait être différent de celui dont jouit ce dernier à l'égard des produits de contrefaçon. Dans les deux cas de figure, les produits n'auraient pas dû être commercialisés sur le marché concerné* »¹¹⁶⁴. La Cour en conclut qu'« *une mesure nationale en vertu de laquelle, lorsqu'un importateur parallèle a commercialisé des produits n'ayant pas fait l'objet d'une contrefaçon sans donner l'avertissement préalable au titulaire de la marque, ce dernier a droit à une réparation financière dans les mêmes conditions que dans le cas d'une contrefaçon n'apparaît pas, en tant que telle, contraire au*

¹¹⁶² CJCE, 23 avr. 2002, *Boehringer Ingelheim e.a.*, aff. C-143/00.

¹¹⁶³ CJCE, 26 avr. 2007, *Boehringer Ingelheim e.a.*, aff. C-348/04, pt. 59.

¹¹⁶⁴ *Ibid*, pt. 61-62.

principe de proportionnalité »¹¹⁶⁵. Elle ajoute le point décisif que « *Toutefois, il appartient au juge national de déterminer au cas par cas, compte tenu notamment de l'étendue du dommage causé au titulaire du droit de marque par l'infraction commise par l'importateur parallèle et dans le respect du principe de proportionnalité, le montant de la réparation financière* »¹¹⁶⁶. L'apport de cet arrêt est double : d'une part sanctionner comme la contrefaçon l'infraction de non-avertissement préalable en cas d'importation parallèle n'est pas contraire au principe de proportionnalité ; d'autre part le juge national a compétence pour appliquer ce dernier à la sanction finale, en l'adaptant à l'espèce. Le contrôle de proportionnalité de la sanction pour la Cour de justice est donc un contrôle casuistique, qu'il incombe au juge national de pratiquer.

254. — Arrêt *L'Oréal* : proportionnalité de l'injonction de filtrage rendue à l'égard d'un intermédiaire. Quatre ans plus tard, la Cour de justice se prononce à nouveau quant au principe de proportionnalité appliqué à la sanction en droit de la propriété intellectuelle. Cette fois-ci, elle interprète un article de la directive 2004/48¹¹⁶⁷. En l'espèce, la société *L'Oréal* a assigné au Royaume-Uni la société *eBay*, exploitant d'une place de marché en ligne, en réparation d'une violation de ses droits de propriété intellectuelle. En effet, le site *eBay* hébergeait de nombreuses annonces d'internautes vendant des produits de la société *L'Oréal* y compris des échantillons non destinés à la vente et des contrefaçons. *Ebay* affichait les marques de *L'Oréal* sur son site en les utilisant en mots-clés pour obtenir des liens sponsorisés sur les moteurs de recherche. La *High Court of Justice*, saisie de l'affaire, décide de poser une dizaine de questions à la Cour de justice de l'Union européenne. L'arrêt qui en découle est d'une très grande richesse et dépasse les frontières du principe de proportionnalité puisqu'il explique, en somme, quels sont les actes de contrefaçon perpétrés sur une place de marché en ligne et à qui ces actes sont imputables¹¹⁶⁸. Ainsi, nous nous concentrerons sur la toute dernière question préjudicielle, qui demandait en substance quelles pourraient être les mesures de prévention des futures atteintes aux droits de propriété intellectuelle si l'article 11 de la directive 2004/48 exige des États membres d'investir leurs juridictions du pouvoir d'enjoindre aux prestataires de services en ligne de prendre lesdites mesures préventives. L'article 11 de la directive 2004/48 concerne les

¹¹⁶⁵ *Ibid*, pt. 63.

¹¹⁶⁶ *Ibid*.

¹¹⁶⁷ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal e.a.*, aff. C-324/09 : *Comm. com. électr.* 2011, comm. 99, Ch. Caron ; *Europe* 2011, comm. 320, L. Idot ; *Prop. indu.* 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral.

¹¹⁶⁸ Pour de plus amples développements sur les autres points : A. Neri, « L'injonction de filtrage rendue à l'égard d'un intermédiaire : une mesure controversée aux conséquences redoutables », *Comm. com. électr.* 2012, étude 3.

injonctions et, à sa lecture, la proportionnalité n'apparaît guère, même entre les lignes¹¹⁶⁹. Pourtant, la Cour se fonde sur le principe de proportionnalité pour préciser le type de mesures que les juridictions nationales peuvent prendre aux fins de prévenir les futures atteintes aux droits de propriété intellectuelle. En effet, la Cour reconnaît, dans un premier temps, que cet article 11 doit être interprété en ce sens qu'il exige des États membres d'assurer que les juridictions nationales puissent enjoindre à l'exploitant d'une place de marché en ligne de prendre des mesures qui contribuent à mettre fin aux atteintes portées à ces droits par des utilisateurs de cette place de marché et à prévenir de nouvelles atteintes de cette nature. C'est sur les modalités de l'injonction que la réponse de la Cour nous intéresse puisque le principe de proportionnalité en est au cœur. En effet, il convient de tenir compte des limitations posées par la directive 2004/48 et notamment de l'article 3 en vertu duquel les mesures visées par cette directive doivent être équitables et proportionnées et ne doivent pas être excessivement coûteuses. Ce texte implique ainsi que « *les mesures exigées de la part du prestataire du service en ligne concerné ne peuvent consister en une surveillance active de l'ensemble des données de chacun de ses clients* »¹¹⁷⁰. Il ressort du même article que la juridiction qui prononce l'injonction doit veiller à ce que les mesures définies ne créent pas d'obstacles au commerce légitime. Cela suppose que « *l'injonction adressée à cet exploitant ne saurait avoir pour objet ou pour effet d'instaurer une interdiction générale et permanente de mise en vente, sur cette place de marché, de produits de ces marques* »¹¹⁷¹. La Cour indique ainsi les limitations pratiques pour guider le juge national dans son contrôle de proportionnalité de la sanction. Elle ne le bride pourtant en aucun cas et lui suggère même des mesures. En effet, la Cour ajoute que « *si l'exploitant de la place de marché en ligne ne décide pas, de sa propre initiative, de suspendre l'auteur de l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle pour éviter que de nouvelles atteintes de cette nature par le même commerçant aux mêmes marques aient lieu, il peut être contraint, au moyen d'une injonction judiciaire, de le faire* »¹¹⁷² et « *qu'il peut être enjoint à l'exploitant d'une place de marché en ligne de prendre des mesures permettant de*

¹¹⁶⁹ Article 11 de la directive 2004/48/CE : « *Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une décision judiciaire a été prise constatant une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires compétentes puissent rendre à l'encontre du contrevenant une injonction visant à interdire la poursuite de cette atteinte. Lorsque la législation nationale le prévoit, le non-respect d'une injonction est, le cas échéant, passible d'une astreinte, destinée à en assurer l'exécution. Les États membres veillent également à ce que les titulaires de droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, sans préjudice de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE* ».

¹¹⁷⁰ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal e.a.*, aff. C-324/09, pt. 139.

¹¹⁷¹ *Ibid*, pt. 140.

¹¹⁷² *Ibid*, pt. 141.

faciliter l'identification de ses clients vendeurs »¹¹⁷³. La Cour conclut, faisant le lien avec le contrôle de proportionnalité concernant l'ingérence dans un droit fondamental (se référant, par analogie, à l'arrêt *Promusicae*¹¹⁷⁴) que « *les mesures décrites de manière non exhaustive [...] de même que toute autre mesure qui puisse être imposée sous forme d'une injonction au sens de l'article 11, troisième phrase, de la directive 2004/48, doivent assurer un juste équilibre entre les différents droits et intérêts évoqués ci-dessus* »¹¹⁷⁵.

255. — Arrêt *United Video Properties* : Frais de justice et proportionnalité. Comme déjà évoqué, les frais de justice peuvent constituer une part non négligeable de la sanction en droit de la propriété intellectuelle¹¹⁷⁶. À ce titre, le dernier arrêt de la Cour de justice, que nous souhaitons évoquer, concerne spécifiquement ce point et son rapport avec le principe de proportionnalité¹¹⁷⁷. En l'espèce, une société titulaire d'un brevet a introduit un recours en Belgique contre une autre société belge aux fins de contester l'atteinte, par cette dernière, audit brevet. Le Tribunal de commerce d'Anvers a rejeté ce recours, fait déclarer nul le brevet, et il a condamné la société demanderesse à une indemnité de procédure d'un montant de 11.000 euros, le montant maximal prévu dans la législation belge. La société défenderesse a estimé ces indemnités trop faibles et interjeté appel du jugement au motif que la législation belge contrevient à l'article 14 de la directive 2004/48. La Cour d'appel d'Anvers sursoit à statuer pour poser deux questions préjudicielles. La première, celle qui nous intéresse, tendait à savoir si « *Les notions de "frais de justice raisonnables et proportionnés et [...] autres frais" de l'article 14 de la directive 2004/48 font [...] obstacle à la législation belge qui offre au juge la possibilité de tenir compte de caractéristiques spécifiques données propres à l'affaire et qui comporte un système de tarifs forfaitaires variés en matière de frais pour l'assistance d'un avocat* ». Il convient de rappeler, à ce stade, que l'article 14 de la directive 2004/48 consacrait une proportionnalité des frais de justice, qui devaient être « *raisonnables et proportionnés* ». La Cour est particulièrement vigilante dans son arrêt sur la question de l'exigence de prise en compte des caractéristiques spécifiques de l'espèce, où le principe de proportionnalité va être déterminant. Le libellé de la question préjudicielle montre que la réglementation nationale en

¹¹⁷³ *Ibid*, pt. 142.

¹¹⁷⁴ *Supra*, n° 65 et 150.

¹¹⁷⁵ CJUE, 12 juill. 2011, *L'Oréal e.a.*, aff. C-324/09, pt. 143.

¹¹⁷⁶ *Supra*, n° 246.

¹¹⁷⁷ CJUE, 28 juill. 2016, *United Video Properties*, aff. C-57/15 : *Comm. com. électr.* 2017, repère 1, Ch. Caron ; *Europe* 2016, comm. 349, obs. E. Daniel.

cause au principal offre, en principe, au juge la possibilité d'apprécier les caractéristiques du cas d'espèce. Or, comme le souligne la Cour, la question de savoir si ces frais sont ensuite proportionnés ne saurait être envisagée « *indépendamment des frais que la partie ayant obtenu gain de cause a effectivement encourus au titre de l'assistance d'un avocat, pour autant que ceux-ci sont raisonnables. Si l'exigence de proportionnalité n'implique pas que la partie qui succombe doit nécessairement rembourser l'intégralité des frais encourus par l'autre partie, elle requiert toutefois que cette dernière partie ait droit au remboursement, à tout le moins, d'une partie significative et appropriée des frais raisonnables effectivement encourus par la partie ayant obtenu gain de cause* »¹¹⁷⁸. La Cour, au-delà de la prise en compte des caractéristiques du cas d'espèce pour déterminer les frais de justice, cherche ainsi à appliquer le principe de proportionnalité afin que le remboursement corresponde réellement à une partie significative et appropriée des frais de justice, ce qui semble être incompatible avec l'idée d'une limite fixe. La Cour en conclut qu'« *une réglementation nationale qui prévoit une limite absolue pour les frais liés à l'assistance d'un avocat, telle que celle en cause au principal, doit assurer, d'une part, que cette limite reflète la réalité des tarifs pratiqués en matière de services d'un avocat dans le domaine de la propriété intellectuelle et, d'autre part, que, à tout le moins, une partie significative et appropriée des frais raisonnables effectivement encourus par la partie ayant obtenu gain de cause soit supportée par la partie qui succombe. En effet, une telle réglementation, notamment dans l'hypothèse où ladite limite est trop peu élevée, n'est pas de nature à exclure que le montant de ces frais dépasse largement la limite prévue, si bien que le remboursement auquel la partie ayant obtenu gain de cause pourrait prétendre devient disproportionné, voire, le cas échéant, insignifiant, privant ainsi l'article 14 de la directive 2004/48 de son effet utile* »¹¹⁷⁹. La Cour n'interprète finalement pas l'article 14 comme contraire à la législation nationale en cause, mais elle indique tout de même que l'indemnisation forfaitaire (du fait de la proportionnalité) ne doit en aucun cas être soit trop élevée, soit insignifiante. Elle doit poursuivre l'objectif que la partie ayant obtenu gain de cause puisse récupérer les frais de justice « *raisonnables* ».

256. — Résumé du contrôle de proportionnalité de la sanction devant la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi, que retenir du contrôle de proportionnalité de la sanction effectuée la Cour de justice de l'Union européenne ? Si celle-ci n'exerce pas ce contrôle

¹¹⁷⁸ CJUE, 28 juill. 2016, *United Video Properties*, aff. C-57/15, pt. 29.

¹¹⁷⁹ *Ibid*, pt. 30.

directement (à l'exception des cas où elle serait appelée à examiner la légalité des dispositions du droit de l'Union), elle rappelle l'obligation faite aux juridictions nationales de poursuivre cet objectif de proportionnalité, y compris en droit de la propriété intellectuelle, tout en donnant aux juges des indications pour y parvenir. La première est le nécessaire attachement aux circonstances de l'espèce. Qu'en est-il, dès lors, devant les juridictions françaises ? Une telle reconnaissance du contrôle de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle a-t-elle été faite ?

II - Devant la Cour de cassation

257. — Une reconnaissance ancienne du contrôle de proportionnalité de la sanction par la Cour de cassation. En raison de la reconnaissance législative d'un principe de proportionnalité appliqué aux sanctions, il a été très tôt inévitable, pour la Cour de cassation, de faire référence à ce principe. À titre d'exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁸⁰ l'a parfois écarté en retenant que ce principe communautaire ne s'applique pas aux sanctions fiscales en matière de contributions indirectes, qui ont le double caractère de peines et de sanctions civiles¹¹⁸¹. Elle a également retenu la compatibilité avec ce principe des obligations de déclarer des transferts de capitaux et des pénalités douanières, en matière de lutte contre le blanchiment d'argent¹¹⁸². De même, la chambre commerciale a également rendu des arrêts relatifs à ce principe par exemple pour en exiger la mise en œuvre par le Conseil de la concurrence en précisant les éléments permettant d'apprécier la proportionnalité entre la peine prononcée, la gravité des faits relevés et le préjudice causé à l'économie du marché de référence¹¹⁸³. Plus récemment et de manière très explicite, un arrêt a prononcé une faillite personnelle sans s'expliquer sur la qualité de commerçant du débiteur que ce dernier contestait et qui était la condition nécessaire pour retenir à son encontre le défaut de comptabilité¹¹⁸⁴. Enfin, la première chambre civile, conformément à la législation actuelle en droit des contrats, a décidé, avant la réforme, qu'il appartenait au juge de vérifier que l'inexécution de ses

¹¹⁸⁰ Qui juge de manière constante que la décision de justice ne peut se borner à « *déclarer les faits établis sans les énoncer et sans préciser l'existence des circonstances exigées par la loi pour que ces faits soient punissables* » (Cass. crim., 6 mars 1996, n° 95-83.310).

¹¹⁸¹ Cass. crim., 16 janv. 1995, n° 93-85.863.

¹¹⁸² Cass. crim., 29 mars 2000, n° 98-82.979.

¹¹⁸³ Cass. com., 10 mars 1992, n° 90-16.298.

¹¹⁸⁴ Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-17.187.

obligations par l'un des cocontractants est proportionnée à l'inexécution par l'autre de ses propres obligations¹¹⁸⁵. Elle a également jugé de la pertinence du moyen tiré du caractère disproportionné de sanctions prononcées en violation d'un texte communautaire concernant l'infraction à la taxe sur la valeur ajoutée¹¹⁸⁶. En comparaison de ces quelques exemples anciens, qui ont depuis été enrichis par de nombreux arrêts dans différentes matières, la proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle a longtemps été ignorée devant la Cour de cassation. Il a fallu attendre 2012 et deux arrêts rendus le même jour par la première chambre civile pour que la question soit enfin évoquée.

258. — Arrêts *Google* : première reconnaissance par la Cour de cassation d'un contrôle de proportionnalité de la sanction en droit d'auteur. En l'espèce, une société chargée de la distribution sur support vidéographique de plusieurs films avait assigné la société Google en contrefaçon en raison de la présence, sur sa plateforme « *Video Google* », de liens permettant aux internautes d'avoir accès gratuitement et en intégralité à deux des films distribués par la demanderesse, en flux continu (*streaming*) ou en téléchargement. Si le Tribunal de commerce de Paris n'ordonne qu'une mesure d'interdiction de communiquer et de reproduire les films, la Cour d'appel de Paris infirme le jugement, sauf quant à ces mesures d'interdiction. Elle juge que les sociétés Google n'avaient pas accompli les diligences nécessaires à rendre impossible une nouvelle mise en ligne des films. Elles avaient donc engagé leur responsabilité de ce fait et étaient condamnées à réparer les préjudices patrimoniaux subis par les sociétés demanderesse, la publication du dispositif de l'arrêt étant ordonnée. Les sociétés Google se pourvoient en cassation pour contester leur responsabilité en tant qu'hébergeurs. Les deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁸⁷, au-delà de statuer sur ce point, éclaire le principe de proportionnalité appliqué à la sanction. Au vu de la longueur et de la richesse de cet arrêt, nous n'évoquerons que les moyens concernant ce point.

Le sixième moyen du pourvoi contestait une des sanctions prononcée par la Cour d'appel de Paris : la « *publication de son dispositif pendant trente jours consécutifs à compter du mois de sa signification en partie supérieure de la page d'accueil du site Google Vidéo France et de la*

¹¹⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 1995, n° 93-16.338.

¹¹⁸⁶ Cass 1^{re} civ., 22 nov. 2007, n° 04-19.774.

¹¹⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13.666 et n° 11-13.669 : *Comm. com. électr.* 2012, comm. 91, Ch. Caron ; *JCP G* 2012, 1007, note J.-M. Bruguière ; *Bull. civ.* 2012, I, n° 166 et n° 167 ; *D.* 2012, p. 2071, note C. Petit, et p. 2075, note C. Castets-Renard ; *Prop. intell.* 2012, p. 418, note A. Lucas ; *RLDI* nov. 2012, n° 87, n° 2905, p. 12, note G. Gomis ; *Légipresse* 2012, n° 298, p. 566, note Ph. Allaëys. V. également rendu le même jour : Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188.

page d'accueil du moteur de recherche Google dans un format correspondant à un quart de page, en caractères gras se détachant du fond de la page et d'une taille suffisante pour recouvrir intégralement la surface réservée à cet effet ». Elle a aussi autorisé « la publication du dispositif de l'arrêt dans trois journaux au choix des sociétés Bac films et The Factory [demanderesse] et aux frais avancés par les sociétés Google Inc. et Google France sans que le coût, à la charge de celles-ci, ne puisse excéder 5 000 euros par insertion ». Pour Google, cette mesure n'était pas proportionnée et constituait une violation de l'article L. 331-1-4 du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁸⁸, tel qu'il doit être appliqué et interprété au regard de l'article 3 de la directive 2004/48¹¹⁸⁹, et représenterait, en outre, une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression telle que reconnue à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation rejette ce moyen, jugeant assez laconiquement « *que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des modalités de réparation des préjudices litigieux que la cour d'appel a, de manière proportionnée au but poursuivi, prononcé la mesure de publication critiquée, qui trouve sa justification dans la nature des actes de contrefaçon incriminés* ». Si le moyen de la liberté d'expression est logiquement écarté en raison de sa faiblesse au regard de la relative gravité de la sanction, celui de la proportionnalité telle que consacrée par la directive 2004/48 mérite plus d'attention. En effet, si la sanction de publication peut paraître secondaire par rapport aux dommages-intérêts, elle peut constituer une punition aux conséquences négatives en termes d'image pour la personne qui y est condamnée¹¹⁹⁰. Cela pose deux questions : jusqu'où doit être étendue la publication ? Où s'arrête le pouvoir souverain des juges du fond sur les sanctions¹¹⁹¹ ?

Le deuxième moyen ne concerne pas directement la sanction puisqu'il est fondé sur l'article 6.I.2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004¹¹⁹² qui prévoit une non-responsabilité des

¹¹⁸⁸ L. 331-1-4, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle : « *La juridiction peut aussi ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise* ».

¹¹⁸⁹ Article 3.2 de la directive 2004/48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle : « *Les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif* ».

¹¹⁹⁰ V. sur ce point : Ch. Caron, « Au pilori moderne des publications judiciaires ! », *Comm. com. électr.* 2011, repère 10.

¹¹⁹¹ *Infra*, n° 264 et suiv.

¹¹⁹² Article 6.I.2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces*

hébergeurs sur les contenus illicites publiés sur leur site seulement à condition qu'ils n'aient pas eu « *effectivement connaissance de leur caractère manifestement illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ». La spécificité de l'espèce était que les films, déjà retirés du site, y sont réapparus. Dès lors, l'argument retenu par la cour d'appel était que les sociétés Google n'avaient pas accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible cette nouvelle mise en ligne des films ; elles ne pouvaient donc se prévaloir des dispositions de l'article 6.I.2 de la loi n° 2004-575, même si l'hébergeur n'avait pas reçu une nouvelle notification. Cette faculté d'obliger l'hébergeur à retirer automatiquement, sans notification préalable, tout contenu mis en ligne par un utilisateur si ce contenu lui avait été notifié une première fois, est rejetée par la haute juridiction en ces termes : « *Attendu qu'en se prononçant ainsi, quand la prévention imposée aux sociétés Google pour empêcher toute nouvelle mise en ligne des vidéos contrefaisantes, sans même qu'elles en aient été avisées par une autre notification régulière pourtant requise pour qu'elles aient effectivement connaissance de son caractère illicite et de sa localisation et soient alors tenues d'agir promptement pour la retirer ou en rendre l'accès impossible, aboutit à les soumettre, au-delà de la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des mises en ligne illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées* ». La Cour fait ainsi référence au principe de proportionnalité en s'appuyant indirectement sur l'article 6.I.7 de la loi n° 2004-575 qui dispose que les hébergeurs ne sont pas soumis « *à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». Elle suit en cela, sans la citer, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁹³, et étend le champ d'application du principe de proportionnalité aux mesures imposées aux hébergeurs.

services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère manifestement illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

¹¹⁹³ CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended SA c/ Sabam*, aff. C-70/10 ; CJUE, 16 févr. 2012, *Sabam c/ Netlog*, aff. C-360/10, : *Europe* 2012, comm. 159, note M. Meister.

259.— Arrêt *Acumass* : proportionnalité du supplément de redevance pour paiement tardif des annuités afférentes au brevet. Au-delà de l'arrêt *Google* et pour revenir à la sanction en tant que telle, il faut également souligner un arrêt inédit rendu par la chambre commerciale à propos du cas très spécifique de l'application du principe de proportionnalité au supplément de redevance pour paiement tardif des annuités afférentes au brevet¹¹⁹⁴. En l'espèce, une société, qui intervient auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (l'INPI) pour effectuer, pour le compte de ses clients, le paiement des annuités afférentes aux brevets ; a émis, à cette fin, un ordre de prélèvement qui n'a pas été suivi d'effet, faute de provision suffisante. Elle forme un recours gracieux en demandant à l'INPI de l'exonérer du paiement du supplément de redevance pour paiement tardif. Le directeur de l'INPI refuse. Après avoir été déboutée en appel, la société se pourvoit en cassation. La troisième branche du moyen unique repose sur le fait « *que constitue une pénalité assimilable à une sanction administrative, la fixation du supplément de redevance dû par le breveté prévu par l'article L. 612-9 du code de la propriété intellectuelle*¹¹⁹⁵ à un taux de 50 % du montant de la redevance impayée devant être acquitté au cours du délai de grâce, de sorte qu'en décidant le contraire pour refuser de reconnaître que l'arrêté du 24 avril 2008 relatif aux redevances de procédures perçues par l'INPI méconnaissait le principe de proportionnalité et devait s'appliquer, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Cette fois, le principe de proportionnalité est invoqué directement au visa de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais sans succès. En effet, la Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs que, sur ce point : « *qu'ayant retenu que le supplément de redevance pour paiement tardif n'avait pas pour objet de sanctionner une faute du titulaire du brevet, mais de lui permettre de conserver ses droits, dont il encourait la déchéance, et que, fixé à 50 % du montant de la redevance impayée, ce supplément suivait dans une proportion identique les annuités de maintien en vigueur, qui augmentent avec l'âge du brevet, la cour d'appel en a à juste titre déduit qu'il ne portait pas atteinte au principe de proportionnalité* ». Si la décision peut sembler choquante à première vue, la Cour a probablement estimé que la perte du droit aurait coûté beaucoup plus cher que le paiement d'une indemnité fixée à la moitié de la redevance impayée (en l'espèce 194.700 euros). Cette réponse s'inscrit à nouveau dans la ligne jurisprudentielle de la Cour de cassation, qui illustre l'existence d'un contrôle de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle.

¹¹⁹⁴ Cass. com., 23 janv. 2019, n° 17-21.481, inédit.

¹¹⁹⁵ Article L. 612-9, alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les inventions faisant l'objet de demandes de brevet ne peuvent être divulguées et exploitées librement aussi longtemps qu'une autorisation n'a été accordée à cet effet.* »

260. — Arrêt *Culturespaces* : proportionnalité de la concurrence déloyale en lien avec le droit d’auteur. Une remise en cause de l’appréciation de la proportionnalité de la sanction par les juges du fond serait-elle possible en droit de la propriété intellectuelle ? Un début de réponse se trouve peut-être dans un autre arrêt inédit, rendu par la première chambre civile¹¹⁹⁶. Les faits concernaient directement notre sujet puisqu’il s’agissait d’une entreprise qui avait créé, grâce à un bail commercial accordé par une commune, un spectacle de projections de lumières sur des sols et parois naturels. La commune a signifié à l’entreprise un congé avec refus de renouvellement du bail pour motif grave et légitime, puis a attribué l’exploitation artistique des carrières à une autre société à l’issue d’un appel d’offres. Les associés de l’entreprise de spectacle assignent la société ayant remporté l’appel d’offres en contrefaçon et parasitisme. Si la question de la protection par le droit d’auteur de la mise en lumière de bâtiments était également au cœur du pourvoi¹¹⁹⁷, nous nous focalisons sur la question de la proportionnalité de la sanction du parasitisme. Comme nous le verrons, le lien entre action en contrefaçon et action en concurrence déloyale est très fort, et il est courant d’associer les deux pour obtenir une réparation plus élevée¹¹⁹⁸ ou pour compenser l’échec de la première si, comme en l’espèce, la reconnaissance en tant qu’œuvre de l’esprit est refusée. La Cour d’appel de Paris avait condamné les auteurs du parasitisme (l’entreprise ayant remporté l’appel d’offres), à publier le dispositif de la décision de justice sur la page d’accueil des sites des deux sociétés. La haute juridiction casse l’arrêt au visa de l’article 1240 et du principe de réparation intégrale du préjudice sur ce point, pour n’avoir pas « *limit[é] dans le temps la mesure de publication qu’elle ordonnait* ». Si la Cour ne mentionne pas le principe de proportionnalité, nous partageons l’avis de Mme Malaurie-Vignal¹¹⁹⁹, que la Cour de cassation l’applique implicitement. En effet, comme nous le verrons, le critère de temporalité est un des critères essentiels à l’appréciation de la proportionnalité de la sanction. Une sanction illimitée dans le temps apparaît donc

¹¹⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2018, n° 15-28.352, inédit : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 108, M. Malaurie-Vignal.

¹¹⁹⁷ La Cour juge sur ce point que la mise en lumière de bâtiments ne pouvait être protégée par le droit d’auteur aux motifs que « *les caractéristiques revendiquées, prises en combinaison, si elles étaient le reflet du travail de transformation des anciennes carrières pour en faire un lieu de spectacles audiovisuels et donner ainsi corps à l’idée d’Albert A., demeuraient cependant insuffisantes à établir que la scénographie invoquée traduisait une démarche artistique révélatrice de la personnalité des auteurs* ».

¹¹⁹⁸ *Infra*, n° 281 et suiv.

¹¹⁹⁹ M. Malaurie-Vignal, « La sanction prononcée par les juges au titre d’un comportement parasitaire ne peut être illimitée dans le temps », *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 108.

clairement disproportionnée¹²⁰⁰.

Il est donc possible que la Cour de cassation juge une sanction disproportionnée en droit de la propriété intellectuelle. Il en ira cependant ainsi que dans des cas exceptionnels, lors d'une disproportion manifeste de la sanction incriminée. Ainsi, dans une très grande majorité des cas, si la Cour reconnaît le principe de proportionnalité appliqué à la sanction, elle en laisse l'appréciation aux juges du fond.

261. — Conclusion du chapitre et du titre. Le principe de proportionnalité, tel qu'appliqué à la sanction, semble donc être un impératif de justice, confirmé par les différentes conventions reconnaissant les droits fondamentaux. Selon la gravité de la sanction, celle-ci pourra directement menacer l'application et la cohérence desdits droits fondamentaux, ce qui rend indispensable un contrôle de proportionnalité de la sanction. Le législateur, tant européen que national, l'a bien compris et a adopté différentes mesures qui portent la volonté de parvenir à une sanction proportionnée. Néanmoins, le juge demeure un acteur essentiel dans l'application du principe de proportionnalité puisque c'est lui, par son pouvoir souverain d'appréciation, qui choisit la sanction la plus adaptée en l'espèce. Le droit de la propriété intellectuelle, en raison de la diversité de ses sanctions communes, tant pénales que civiles et leur gravité (emprisonnement, interdiction, saisie, destruction...) semble être le droit pour lequel le principe de proportionnalité prend tout son sens et son intérêt. Pourtant, si la jurisprudence des hautes juridictions a été très productive pour discuter de l'opportunité de sanctionner les atteintes aux droits fondamentaux, dont le droit de propriété intellectuelle, elle l'a beaucoup moins été dans le débat à propos de la proportionnalité des sanctions en tant que telle (indépendamment de tout conflit de droits fondamentaux) qui constitue pourtant la principale préoccupation des justiciables. Ainsi, si la législation et les hautes juridictions reconnaissent que le principe de proportionnalité s'applique aux sanctions et donnent quelques pistes pour son application, il convient désormais que le juge du fond s'empare véritablement de la question et mette en œuvre le contrôle de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle.

¹²⁰⁰ V. également sur l'interdiction de tout démarchage de la clientèle à titre de sanction d'un client : Cass. com., 14 févr. 2018, n° 15-25.346, inédit.

TITRE 2 : APPLICATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS

262. — Présentation. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle n'est pas aisée. En effet, face à la reconnaissance de ce dernier par la législation et par les hautes juridictions sans vraiment définir d'outils méthodologiques aboutis, le juge du fond se trouve en première ligne pour opérer lui-même cette mise en œuvre. Il se contente souvent de déterminer implicitement la proportionnalité de la sanction sans motiver efficacement sa décision. Il s'agit donc de savoir s'il est possible de dégager un ou des critères applicables aux sanctions de la propriété intellectuelle afin d'éviter de basculer dans l'arbitraire (Chapitre 1). La problématique de la proportionnalité des sanctions en droit de la propriété intellectuelle ne saurait exclure la question du cumul de ces dernières avec les sanctions civiles et pénales, et avec les sanctions de la concurrence déloyale. Un tel cumul peut aboutir à la superposition de sanctions punissant les mêmes faits litigieux, ce qui pourrait potentiellement enfreindre le principe de proportionnalité (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'exercice juridictionnel du contrôle de proportionnalité des sanctions

263. — Présentation. La détermination de la sanction et sa proportionnalité sont soumises au pouvoir souverain des juges du fond. Conformément à la jurisprudence des hautes juridictions nationales et européennes, ces juges bénéficient d'une large marge d'appréciation. C'est peut-être pour cette raison que, dans un premier temps, ils ne motivaient que très rarement les sanctions prononcées au regard du principe de proportionnalité. Cela pose la problématique bien plus présente que pour le conflit de droits fondamentaux, de l'arbitraire dans la détermination de ces sanctions en droit de la propriété intellectuelle (Section 1). Un des moyens d'éviter un tel risque, qui émerge de décisions rendues par des juridictions du fond ces dernières années, pourrait être l'établissement d'une méthodologie fondée sur l'adéquation de la sanction à la gravité du manquement. Cela rendrait la décision plus intelligible (donc acceptable) pour le justiciable et garantirait sa conformité au principe de proportionnalité (Section 2).

Section 1 : Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond à l'épreuve de l'arbitraire

264. — Expression du « pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ». L'expression de « *pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* » (ou « discrétionnaire ») est souvent utilisée par les juridictions et est absolument décisive dans la détermination de la sanction. Elle a des conséquences directes sur l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. En termes simples, le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond renvoie à la technique de cassation et aux éléments exclus du contrôle exercé par la haute juridiction¹²⁰¹. Plus spécifiquement, il renvoie au sentiment d'opportunité du juge¹²⁰². Traditionnellement, on dégage plusieurs grandes catégories de matières relevant du pouvoir d'appréciation, parmi lesquelles notamment, l'appréciation de la valeur de la preuve, la qualification des faits et l'évaluation du préjudice¹²⁰³. C'est sur ce dernier pouvoir

¹²⁰¹ M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation*, Dalloz, 2018, 9^e éd., p. 132.

¹²⁰² G. Cornu (ss la dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, v^o Discrétionnaire, p. 349.

¹²⁰³ X. Bachelier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », Colloque de la Cour de cassation sur : Droit et technique de cassation, *Bull. inf.* n^o 702 du 15 mai 2009.

d'appréciation que notre attention se portera particulièrement. En suivant ce principe, les juges du fond sont pleinement souverains pour apprécier l'ampleur de la sanction et, par extension, des mesures provisoires¹²⁰⁴, sur lesquelles la haute juridiction n'aurait pas à se prononcer¹²⁰⁵. Cependant, comme le précise la doctrine, il existe des « *principes d'encadrement* » du pouvoir souverain du juge du fond qui l'insèrent dans certaines limites¹²⁰⁶. Si la réparation intégrale et le fait qu'un même dommage ne peut être réparé deux fois sont cités parmi ces principes¹²⁰⁷, il semble pertinent d'y inclure également le principe de proportionnalité¹²⁰⁸. Malgré cela, en étudiant les décisions des juridictions du fond, il convient de remarquer que ce principe n'a été que peu pris en compte en droit de la propriété intellectuelle, du moins jusqu'à présent. Cela pose la question de savoir si une telle défaillance pourrait aboutir à des sanctions arbitraires.

265. — Une motivation minimale initiale. Initialement, quand le principe de proportionnalité était invoqué à propos des sanctions de la propriété intellectuelle, il était généralement ignoré ou simplement constaté par les juges du fond. Pour s'en convaincre, une simple recherche du nombre de décisions rendues par des cours d'appel évoquant la proportionnalité suffit à se rendre compte que le résultat n'aboutit qu'à un nombre assez limité d'arrêts¹²⁰⁹. De manière symptomatique, avant 2015, le nombre d'arrêts est encore plus réduit et leur motivation est

¹²⁰⁴ En droit de la propriété intellectuelle : Cass. com., 13 janv. 1971, n° 69-14.388 : *D.* 1971, 147, note Larere : « les juges du fond qui ne sont pas astreints à suivre l'avis des experts disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour évaluer l'étendue du préjudice et ne sont pas tenus de préciser les divers éléments ayant servi à déterminer le montant des dommages-intérêts qu'ils allouent » ; Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-83.956 : *JCP G* 2011, 487, E. Dreyer.

¹²⁰⁵ V. Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2004, n° 00-19.577 : qui évoque « l'exercice souverain dans la détermination d'une mesure propre à assurer la réparation et la cessation du préjudice » ; Cass. com., 25 janv. 2005, n° 03-11.770 : « c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a fixé comme elle a fait la réparation du préjudice subi » permettant à la cour d'appel de rejeter une « demande tendant à l'interdiction sous astreinte de la poursuite des actes critiqués ».

¹²⁰⁶ M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *op. cit.*, p. 153.

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ En lien avec l'obligation de motivation de la décision telle que consacré par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. V. par ex. concernant l'impératif de motivation des autorités administratives : CJCE, 21 nov. 1991, *Technische Universität München c/ Hauptzollamt München-Mitte*, aff. C-269/90, pt. 13-14 ; CJUE, 4 avr. 2017, *Fahimian*, aff. C-544/15, pt. 46.

¹²⁰⁹ Pour une recherche effectuée sur JuriCa (base de la Cour de cassation rassemblant l'ensemble des décisions rendues par les cours d'appel et décisions juridictionnelles prises par les premiers présidents de ces cours ou leurs délégués) avec les termes « proportionnalité » et « propriété intellectuelle », pour l'ensemble des cours d'appel et sans limite de temps, on obtient : 89 résultats dont 41 après 2018 [recherche effectuée le 30 mars 2021]

assez laconique voire n’y répond pas du tout¹²¹⁰. À titre illustratif, dès 2012¹²¹¹, la Cour d’appel de Paris, amenée à examiner le bien-fondé d’une demande de publication judiciaire sur le site internet d’une société condamnée pour contrefaçon d’un brevet portant sur des systèmes de transmission numérique, se contente de juger, quant à la proportionnalité de ladite mesure, que « celle[...] -ci doi[t] satisfaire le principe de proportionnalité ; que c’est par une exacte appréciation de cette exigence que le premier juge a rejeté la demande de publication judiciaire sur le site internet de l’appelante ». La Cour d’appel ne précise pas l’appréciation du premier juge et ne va pas plus loin dans l’analyse de cette proportionnalité, qui prend pourtant un sens particulier dans le cadre de la publication judiciaire. Cette motivation minimale se retrouve sporadiquement¹²¹². Ainsi, en 2012, dans une décision reconnaissant la disproportion d’une mesure d’interdiction de commercialisation d’une bouteille de parfum, les juges avaient simplement constaté « que les créations [...] ont été réalisées en vue de contenir et présenter la fragrance [...]. et que l’absence de cession des droits de reproduction est réparée par les dommages et intérêts alloués [...] une mesure d’interdiction de commercialisation apparaît en de telles circonstances, effectivement excessive »¹²¹³. Si de telles motivations peuvent contraster avec celles utilisées dans les décisions plus récentes, il convient de souligner que le principe de proportionnalité est mentionné. C’est encore loin d’être systématique aujourd’hui. Ce travail de motivation paraît pourtant capital puisque, derrière l’enjeu de proportionnalité, se cache la crainte de la condamnation à des sanctions arbitraires.

266. — La possibilité d’aboutir à des sanctions arbitraires. L’arbitraire est défini comme le « caractère d’une décision qui n’est pas le résultat de l’application d’une règle existante, mais le produit d’une volonté libre »¹²¹⁴ et, de manière complémentaire, avec renvoi aux notions de « souverain » et « discrétionnaire » vues précédemment. La question de la possibilité que le pouvoir souverain d’appréciation des juges du fond conduise à des sanctions arbitraires en droit de la propriété intellectuelle doit effectivement être envisagée. Les réformes

¹²¹⁰ V. CA Paris 14 janv. 2011, n° 09/19057 : une société néerlandaise se fonde en défense sur le principe de proportionnalité pour contester le jugement qu’il l’a condamné *in solidum* au titre d’une contrefaçon de marque.

¹²¹¹ CA Paris, 13 déc. 2012, n° 11/13072.

¹²¹² V. également : CA Paris, 13 déc. 2012, n° 11/13072 et CA Paris, 20 mars 2013, n° 11/14436 concernant là aussi une publication judiciaire ; CA Paris 10 janv. 2014, n° 12/14361 concernant une mesure de retrait ; CA Paris, 17 févr. 2015, n° 14/01816 : la proportionnalité est utilisée comme justification d’une mesure d’instruction ordonnée sur requête au regard des intérêts et droits respectifs des parties.

¹²¹³ CA Paris, 31 oct. 2012, n° 10/21777.

¹²¹⁴ G. Cornu (ss la dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd., 2011, v° Arbitraire, p. 78.

opérées par les lois du 29 octobre 2007 et du 11 mars 2014 transposant la directive 2004/48 ont imposé, pour les mesures provisoires, des éléments de preuves « *raisonnablement accessibles au demandeur* » qui rendent « *vraisemblables* » l’atteinte au droit. Néanmoins, pour les dommages-intérêts, il faut distinguer « *les conséquences négatives de l’atteinte aux droits, puis le préjudice moral et, enfin, les bénéfices réalisés par l’auteur de l’atteinte au droit* ». Cependant, ces preuves et l’évaluation des dommages-intérêts réparant le préjudice causé par la contrefaçon sont toujours soumises à l’appréciation des juges du fond. Ce dernier point appelle plusieurs remarques en ce qui concerne le droit de la propriété intellectuelle. En effet, s’il appartient au demandeur de prouver son préjudice et de le quantifier, cette évaluation peut se révéler périlleuse pour un bien immatériel en ce qu’il est impossible de lui appliquer les barèmes applicables aux dommages matériels. Si plusieurs méthodes existent, telles que l’évaluation des actifs immatériels¹²¹⁵ ou le recours à un expert amiable ou judiciaire¹²¹⁶, ces méthodes trouvent leur limite dans l’évaluation du préjudice moral ou dans le cas spécifique d’une violation au droit moral de l’auteur. Comment évaluer précisément, en droit d’auteur, un préjudice né de la violation du droit de paternité ou du droit au respect de l’intégrité de l’œuvre ? Le juge n’a d’autre choix, dans ces cas, que d’opérer une évaluation forfaitaire en estimant ce qui lui paraît le plus juste¹²¹⁷. De même, dans le cadre de la prise en compte dans le calcul des dommages-intérêts des bénéfices réalisés par l’auteur de l’atteinte au droit¹²¹⁸, elle peut servir là aussi, comme le souligne M. Henry¹²¹⁹, d’outil dissuasif supplémentaire à l’encontre du contrefacteur. Ressurgit alors la question des dommages-intérêts punitifs et de la proportionnalité d’une peine privée¹²²⁰.

267. — Illustrations d’arrêts aboutissant à des sanctions lourdes. Du fait de la souveraineté des juges du fond en matière d’évaluation et de choix de la sanction, rappelée régulièrement

¹²¹⁵ N. Binctin, « L’évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », *CDE* 2007, n° 4, dossier 22.

¹²¹⁶ Y. Bismuth, « L’évaluation du préjudice en matière de contrefaçon de logiciel : pour une charte du préjudice équitable ? », *CDE* 2007, n° 4, dossier 24.

¹²¹⁷ G. Henry, « Les nouvelles méthodes d’évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Comm. com. électr.* 2009, étude 2.

¹²¹⁸ Parmi ces bénéfices il faut prendre en compte « *les économies d’investissements intellectuels, matériels et promotionnels* » que le contrefacteur « *a retirées de l’atteinte au droit* », qui sont très difficiles à évaluer. De manière presque prémonitoire, un arrêt de la Cour d’appel de Paris de 1986 avait déjà évalué des dommages-intérêts correspondant aux bénéfices réalisés par l’auteur de l’atteinte au droit : CA Paris, 10 juill. 1986 : *JCP G* 1986, 20712, note E. Agostini.

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ *Supra*, n° 245.

par la Cour de cassation¹²²¹, les cours d'appel usent pleinement de cette prérogative pour prononcer une grande variété de sanctions¹²²². Avant les réformes de 2007 et 2014, les juridictions du fond ont pu prononcer des sanctions particulièrement lourdes qui posaient la question de leur caractère punitif, donc de leur proportionnalité. Par exemple, une décision en matière de droit d'auteur rendue par une cour d'appel condamnait au versement de dommages-intérêts dont le montant dépassait largement les sommes qui auraient été payées si le contrefacteur avait contracté une licence de droit d'auteur¹²²³. De même, une célèbre décision rendue par la Cour d'appel de Paris en 2004¹²²⁴ a condamné un annonceur, qui avait repris sans autorisation des ayants droit le personnage de Leeloo tiré du film « *le Cinquième élément* » de Luc Besson dans une publicité de téléphonie mobile, à payer la somme de 750.000 euros au titre de l'atteinte aux droits patrimoniaux du fait de la contrefaçon, 1.000.000 euros au titre de l'atteinte portée au droit moral, 1.000.000 euros au titre du préjudice résultant des agissements parasites dus à la reprise de l'univers du film et à plusieurs mesures de publication sur internet. Pour justifier un tel niveau de sanction, la juridiction d'appel se fondait sur l'ampleur de la campagne publicitaire de l'annonceur (« *campagne d'affiche comportant 16.444 emplacements [...] 1.696 télédiffusions du spot sur 25 chaînes différentes* ») et un document émit par l'Argus de l'audiovisuel (TNS) qui avait évalué le montant du budget consacré à la diffusion d'un spot publicitaire sur la chaîne de télévision TF1 pendant quatre jours, pour une rencontre de football, à la somme de 1.098.000 euros. Ce sont les seules données chiffrées apportées dans sa motivation par la cour d'appel. Elles ne peuvent justifier qu'une partie de l'évaluation du préjudice de la contrefaçon puisque le parasitisme nécessite de prouver que la société attaquée a indûment tiré profit du savoir-faire et des efforts humains financiers consentis par la société demanderesse¹²²⁵. Sur le parasitisme, la Cour d'appel ne fait qu'admettre implicitement que la société de production a, pour le film, « *investi des sommes très importantes compte tenu, notamment, de la nature de cette œuvre qui a imposé de nombreuses contraintes techniques dont [les sociétés assignées] ont par leur comportement parasite, tiré des*

¹²²¹ *Supra*, n° 264 et suiv.

¹²²² Pour rappel des circuits commerciaux pour une infraction en droit des marques : CA Paris, 16 janv. 2015, n° 13/23704.

¹²²³ CA Paris, 20 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995, n° 2, p. 473.

¹²²⁴ CA Paris, 8 sept. 2004, n° 04/09673 : *Comm. com. électr.* 2004, comm. 136, note Ch. Caron ; *Prop. intell.* 2005, n° 14, p. 70, note P. Sirinelli ; *RTD Com.* 2004, p. 732, note F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2004, p. 2574, obs. J. Daleau ; *Légipresse* 2005, n° 219, III, p. 25, note V. Varet.

¹²²⁵ Cass. com., 5 juill. 2016, n° 14-10.108 : *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 2019, M. Malaurie-Vignal. V. sur la question du cumul des sanctions du droit de la propriété intellectuelle avec celle de la concurrence déloyale : *infra*, n° 281 et suiv.

avantages pécuniaires indus ». Cela tombe sous le sens, mais ne fournit pas pour autant de données chiffrées justifiant les 1.000.000 d'euros de réparation du parasitisme. Concernent le droit moral, l'indemnité de 1.000.000 d'euros n'est justifiée que par le fait que la contrefaçon du personnage de Leeloo constitue, en le mettant en scène dans le cadre d'une publicité pour un service de téléphonie, « *une dénaturation du personnage central de l'œuvre cinématographique Le Cinquième Élément de Luc Besson, d'autant plus préjudiciable que les deux campagnes publicitaires massives ont été centrées sur ce personnage* ». Ainsi que le souligne très justement M. Caron, il paraît évident qu'à travers l'accumulation de telles sanctions des peines privées avaient été prononcées¹²²⁶. Pour autant, comme déjà expliqué, le prononcé d'une peine privée n'implique pas nécessairement une violation du principe de proportionnalité. Une condamnation à une peine privée peut néanmoins être un premier indice du caractère excessif de la sanction¹²²⁷.

268.— Illustration d'un arrêt aboutissant à une sanction dérisoire. À l'inverse, l'appréciation souveraine des juges du fond peut conduire à des sanctions dérisoires pour lesquelles le bien intellectuel est dévalué. Ce fût le cas en 2008, illustré par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation¹²²⁸. En l'espèce, un consommateur avait acheté, auprès d'une enseigne d'informatique, un micro-ordinateur du constructeur ASUS pour la somme de 2.499 euros. Ce client souhaitait bénéficier d'une proposition du constructeur de ne pas souscrire à la licence Microsoft Windows pour obtenir le remboursement des redevances payées au moment de l'achat du produit. Le constructeur tardant à effectuer ce remboursement, le consommateur l'assigne et obtient sa condamnation à payer la somme de 100 euros au titre du remboursement du logiciel. Le consommateur se pourvoit alors en cassation pour contester l'évaluation du remboursement du logiciel. La Cour de cassation affirme alors que « *la juridiction de proximité a souverainement apprécié les éléments de preuve qui lui étaient soumis pour déterminer la valeur du logiciel dont elle a ordonné le remboursement* ». Comme le fait pourtant remarquer M. Binctin, une telle licence correspond « *selon les usages professionnels, à une valeur variant de 10 à 25% de la valeur de l'ordinateur, suivant le prix des composants utilisés* »¹²²⁹. Conformément à ces usages et à la valeur de l'ordinateur, le consommateur aurait dû être remboursé à hauteur de 249 euros. Si l'affaire en tant que telle ne

¹²²⁶ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 2015, 4^e éd., p. 527.

¹²²⁷ *Supra*, n° 245.

¹²²⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 juin 2008, n° 06-21.514, inédit.

¹²²⁹ N. Binctin, « Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels », *CDE* 2008, n° 4, p. 36.

concerne pas directement le droit de la propriété intellectuelle, elle interpelle quant à l'évaluation des biens intellectuels, déterminants dans l'évaluation des dommages-intérêts. En effet, comment justifier un tel écart, du simple au double, dans l'évaluation de la valeur de ce bien intellectuel ? M. Binctin le résume parfaitement : un cercle vicieux caractérise la détermination de la sanction en droit de la propriété intellectuelle en ce que : « *Les avocats n'apportent pas d'éléments justifiant les prétentions de leurs clients, les juges du fond ne précisent pas les méthodes retenues craignant les sanctions de la Cour de cassation. La Cour de cassation ne se prononce pas sur les sommes retenues, car il s'agit d'une question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. La boucle est bouclée* »¹²³⁰.

269. — Pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond : une nécessité. Malgré ces quelques illustrations, le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond doit-il être remis en question dans l'appréciation et l'évaluation de la sanction ? Nous ne le pensons pas. En effet, selon nous, le juge du fond, par sa parfaite connaissance et sa maîtrise des faits, est le seul en mesure de déterminer les sanctions appropriées et de les adapter à l'espèce. Si le choix a été fait, dans les codes de la consommation¹²³¹ et de commerce¹²³², de recourir à des évaluations chiffrées avec de multiples sanctions proportionnées faites de quantum précis fixés par référence à un pourcentage de chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise, une telle possibilité n'est pas souhaitable, selon nous, en droit de la propriété intellectuelle. En effet, il serait dangereux pour ce droit d'encadrer les juges avec des schémas d'évaluation automatique des dommages-intérêts eu égard à la complexité d'évaluation du préjudice en cas d'atteinte à un bien immatériel ou à des mesures prononcées systématiquement, qui nuiraient tant à l'acceptation de la décision de justice qu'à la possibilité de réparer réellement le préjudice subi face à des circonstances particulières¹²³³. Pour autant, l'appréciation souveraine des juges du fond ne doit pas être illimitée. C'est à ce stade que le principe de proportionnalité intervient. Il apparaît comme la ligne de conduite centrale permettant au juge du fond d'apprécier souverainement les sanctions adaptées à l'espèce, tout en posant des limites claires : le rejet de la disproportion et de l'excessivité arbitraire.

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ V. par ex. : Art. L. 132-17, L. 454-4, L. 551-5 du Code de la consommation.

¹²³² V. par ex. : Art. L. 430-8, L. 442-4, L. 464-2, L. 470-1 du Code de commerce.

¹²³³ Dans un sens similaire : S. Le Gac-Pech, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, doct. 991.

Section 2 : La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité des sanctions

270. — Présentation. Pour les juges du fond, appliquer le principe de proportionnalité aux sanctions du droit de la propriété intellectuelle est une mission difficile et encore en construction par la jurisprudence. Si un certain nombre d'arrêts a été rendu ces dernières années, ces arrêts demeurent assez isolés et concernent surtout les mesures prises, réparatrices ou provisoires, en droit de la propriété intellectuelle mais n'abordent pas l'évaluation des dommages-intérêts (I). Ils sont néanmoins une source d'enseignements et permettent de dégager un critère au centre du contrôle de proportionnalité appliqué à la sanction : son adéquation avec la gravité du manquement (II). Un tel critère devrait se développer dans les prochaines années afin de parvenir aux prononcés de sanctions qui soient le plus juste possible aux regards des circonstances des espèces.

I - Arrêts des juridictions du fond évoquant la proportionnalité de la sanction.

271. — Saisie-contrefaçon et proportionnalité. À titre d'introduction et préalablement à l'analyse des décisions sur la proportionnalité des sanctions au sens large en droit de la propriété intellectuelle, il paraît utile d'évoquer quelques décisions prononçant une mesure qu'on ne peut qualifier de sanction en tant que telle, mais qui joue un rôle décisif en matière de preuve donc dans la détermination de la sanction : la saisie-contrefaçon. Cette dernière, dont disposent plusieurs articles du Code de la propriété intellectuelle¹²³⁴, permet aux juridictions, sur demande des ayants droit, de faire procéder par des huissiers (éventuellement assistés d'experts désignés par les demandeurs) « soit à la description détaillée, avec ou sans prélèvement d'échantillons, soit à la saisie réelle des œuvres prétendument contrefaisantes ainsi que de tout document s'y rapportant »¹²³⁵. Pour autant, cette saisie doit respecter le principe de proportionnalité, eu égard à la confidentialité de certaines informations qui pourraient être découvertes à cette occasion. Cela conduit les juridictions du fond à examiner le respect du principe de proportionnalité dans le cadre des mesures de saisie-contrefaçon. Dès 2011, une décision de la Cour d'appel de

¹²³⁴ Articles L. 521-4 (dessins et modèles), L. 615-5 (brevets), L. 622-7 (produits semi-conducteurs), L. 623-27-1 (variétés de plantes), L. 716-7 (marques de commerce), L. 722-4 (indications géographiques), L. 332-1 (droit d'auteur, droits connexes), L. 332-4 (logiciel, base de données) du Code de la propriété intellectuelle.

¹²³⁵ *Ibid.*

Paris¹²³⁶ a jugé de la rétraction d'une ordonnance d'autorisation d'une saisie-contrefaçon, sans mise sous scellé, au sein des locaux d'une autorité administrative¹²³⁷ à propos de la possible contrefaçon d'un brevet d'une grande société pharmaceutique par un de ses concurrents. Ce dernier s'apprêtait à commercialiser un produit soupçonné d'être contrefait. Les juges énoncent d'abord « *qu'il convient de concilier les intérêts contradictoires des parties, la recherche d'éléments de preuve de la contrefaçon et la protection des données confidentielles ; qu'il faut veiller à la proportionnalité des mesures prises avec la nécessaire protection de la confidentialité* ». Ensuite, la cour détaille les circonstances de la saisie-contrefaçon et l'identité de l'huissier et de l'expert y ayant procédé. Surtout, elle qualifie les documents saisis au profit du demandeur de documents « *à caractère confidentiel* » qui « *ne pouvaient donc être portés à la connaissance de tiers* ». Si la Cour reconnaît qu'il existait une urgence à démontrer la contrefaçon du fait de l'imminence de la commercialisation du produit prétendument contrefaisant, cela « *ne s'opposait pas à la mesure de mise sous scellés des documents, dès lors que la société [demanderesse] avait attendu deux mois pour assigner en interdiction la société [défenderesse] à la suite des saisies-contrefaçon* ». En outre, la saisie avait été effectuée au sein des locaux d'une autorité administrative, extérieure au litige, en l'absence de tout représentant de la société poursuivie. Fondées sur ces circonstances, la Cour d'appel applique le principe de proportionnalité et juge que « *la proportionnalité qui doit exister entre la mesure prise et les nécessités d'obtenir une preuve de la contrefaçon conduisent à modifier l'ordonnance entreprise et à dire que les documents saisis dans les locaux de l'AFSSAPS doivent être placés sous scellés dans l'attente d'une demande de la société [demanderesse] aux fins d'expertise de ceux-ci ou d'examen contradictoire devant le juge* ».

Le recours à ce principe pour opérer une telle révocation était inédit lors du prononcé de la décision. Il a depuis été repris par d'autres juridictions du fond¹²³⁸, notamment dans une décision de la Cour d'appel de Paris en 2018¹²³⁹. En l'espèce et de manière analogue à la précédente décision, une société avait obtenu du juge des requêtes l'autorisation de procéder, par exploit d'huissier, à une saisie-contrefaçon en vue d'effectuer toute constatation utile à l'établissement de l'origine, la consistance et l'étendue d'une contrefaçon par une société

¹²³⁶ CA Paris, 6 déc. 2011, n° 11/11455 : *Prop. indu.* 2012, comm. 22, B. Ores.

¹²³⁷ l'AFSSAPS : L'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (devenu quelques mois après, l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des produits de santé (ANSM)).

¹²³⁸ TGI Paris, 5 oct. 2017, n° 17/08818, inédit ; TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 15 févr. 2013, n° 12/15552, inédit ; CA Paris, 6 nov. 2020, n° 19/15536, inédit ; CA Paris, 10 nov. 2020, n° 19/23000, inédit ; CA Paris, 27 nov. 2020, n° 19/16128, inédit. V. également concernant une saisie en droit de la concurrence déloyale : CA Paris, 27 janv. 2015, n° 14/22328, inédit.

¹²³⁹ CA Paris, 11 sept. 2018, n° 18/01099 : *Prop. intell.* 2019, 70, p. 77, note C. de Haas.

concurrente relativement à un brevet portant sur des plaques d'aluminium destinées à l'aéronautique. Cependant, le Tribunal de grande instance de Paris a, deux mois plus tard, rétracté cette ordonnance du fait du risque de divulgation de procédés de fabrication. Dans ses conclusions d'appel, la société défenderesse demande que soit confirmé le jugement de première instance au moyen du principe de proportionnalité tel que décrit dans les objectifs de la directive 2004/48 afin que le juge puisse apprécier la situation de concurrence entre les deux sociétés. Ce moyen est accueilli par les juges d'appel qui se fondent sur l'article 3 de la directive 2004/48 pour juger « *qu'en l'espèce, alors qu'il n'existe aucun soupçon tangible de contrefaçon, la cour ne peut qu'observer que la mesure de saisie-contrefaçon requise aurait pour effet essentiel de permettre à la société [demanderesse] de découvrir le procédé de fabrication des produits en alliage d'aluminium par la société [défenderesse] ; qu'alors que ces deux sociétés sont directement concurrentes sur ces produits auprès d'entreprises du secteur aéronautique [...] la société [défenderesse] peut à juste titre redouter la révélation à son préjudice de secrets de fabrication, ou même une atteinte à sa crédibilité auprès de ces clients communs* ». La Cour ajoute, de manière lucide et circonstanciée, que malgré le fait que « *cette concurrence directe [...] existe depuis l'année 2004* », ce n'est « *que le 4 octobre 2017 que la société [demanderesse] [a] décidé d'initier une procédure en saisie-contrefaçon* ».

Ainsi, à travers ces deux décisions, le principe de proportionnalité en matière de saisie-contrefaçon est appliqué directement par le juge du fond pour aboutir à une appréciation *in concreto* des faits qui lui sont présentés ; il prend donc directement en compte la situation de concurrence, le soupçon sérieux de contrefaçon et le risque de divulgation d'un secret des affaires. Une telle analyse fouillée ne peut qu'être approuvée et tend à inspirer l'application du principe de proportionnalité aux mesures provisoires et réparatrices du droit de la propriété intellectuelle.

272. — Mesure de retrait et proportionnalité. Si le principe de proportionnalité est appliqué à la saisie-contrefaçon, il l'est également à plusieurs mesures provisoires ou réparatrices du droit de la propriété intellectuelle. C'est le cas notamment de la mesure de retrait prévue par le Code de la propriété intellectuelle¹²⁴⁰, et dont la Cour d'appel de Paris a dû apprécier la proportionnalité en janvier 2014¹²⁴¹. En l'espèce, une importante société pharmaceutique avait

¹²⁴⁰ Articles L. 343-2 (droit des producteurs de base de données), L. 722-3 (indication géographique), L. 615-3 (droit des brevets), L. 716-4-6 (droit des marques), L. 521-6 (droit des dessins et modèles), L. 623-27 (obtention végétale) du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁴¹ CA Paris, 10 janv. 2014, n° 12/14361, inédit.

breveté une pastille nicotinisée améliorée pour réduire la consommation de tabac des fumeurs. Elle obtient d'un juge de la mise en état, grâce audit brevet, l'interdiction provisoire de sa fabrication, détention et commercialisation d'un produit très similaire d'un laboratoire concurrent ainsi que le paiement de dommages-intérêts. Le concurrent interjette appel de la décision. La société intimée forme alors un appel incident dans lequel, si elle approuve les sanctions prononcées par le juge de la mise en état, elle conteste le refus du juge, sur le fondement du principe de proportionnalité, de prononcer une mesure de retrait des produits contrefaisants. La société invoque, contre ce moyen, plusieurs procès-verbaux de constat qui démontrent que les produits contrefaisants sont toujours disponibles sur le marché et estime que seule une mesure de rappel permettrait de faire effectivement cesser leur commercialisation. La Cour d'appel, dans un premier temps, rappelle que l'article L. 615-3 du Code de la propriété intellectuelle attribue au juge la compétence d'« *ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers des produits soupçonnés de porter atteinte aux droits conférés par le titre, pour empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux* ». Cependant, quant à cette possibilité, la juridiction d'appel considère que « *c'est à juste titre que le juge de la mise en état a considéré que cette mesure n'était pas nécessaire, d'autant qu'à la date du présent arrêt sa mise en œuvre ne pourrait être que fortement résiduelle, si bien que sa décision sur ce point mérite confirmation* ». La décision de la Cour d'appel de Paris, bien qu'inédite, est pertinente car, fondée sur le principe de proportionnalité, la Cour refuse d'ordonner le rappel de produits contrefaisants. Si la décision, en opportunité, peut surprendre, cette surprise est vraisemblablement la conséquence du caractère peu approfondi de la motivation du refus, qui aurait pu être mieux motivé. Encore aurait-il fallu, pour la cour d'appel, préciser en quoi la mise en œuvre de la mesure ne pouvait être que « *fortement résiduelle* ». Il aurait été judicieux, eu égard aux circonstances de l'espèce déterminantes pour l'application concrète du principe de proportionnalité, de préciser le nombre de produits toujours sur le marché, le coût du retrait desdits produits et l'évaluation du risque encouru par le droit de la propriété intellectuelle. Il convient de souligner qu'une décision rendue par la Cour d'appel de Paris en 1986 avait refusé le retrait de la vente et le rapatriement des exemplaires tirés et non vendus, « *la mise en œuvre d'une telle décision se heurtant à des difficultés quasi insurmontables, entraînant des frais démesurés, notamment de manutention, de transport, de douane, et d'entrepôt et causant aux tiers de bonne foi des dommages irréparables alors que la compensation du préjudice causé par la poursuite de la vente au-delà du prononcé de l'arrêt et jusqu'à l'épuisement des stocks peut se résoudre en dommages-intérêts* »¹²⁴². Cette décision visionnaire démontre le caractère

¹²⁴² CA Paris, 10 juin 1986 : D. 1987, somm. p. 154, obs. C. Colombet.

essentiel, dans l'application du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle, de la rigueur nécessaire à la présentation des faits et la motivation des décisions.

273.— Mesure d'interdiction de commercialisation et proportionnalité. En outre, l'interdiction de commercialisation prend un chemin similaire dans l'application du principe de proportionnalité, mais son développement reste assez court, dans la motivation des juges du fond. En 2012, au sujet d'une mesure d'interdiction de commercialisation d'une bouteille de parfum, la Cour d'appel de Paris a simplement constaté la disproportion de cette mesure¹²⁴³. En 2017, la même juridiction offre une motivation un peu plus développée¹²⁴⁴. En l'espèce, les héritiers de Charlotte Delbo, auteure de plusieurs œuvres littéraires sur le camp d'Auschwitz-Birkenau, ont assigné en contrefaçon plusieurs sociétés de production télévisuelle à la suite de la production d'une fiction télévisée trop proche, selon les requérants, des écrits de Charlotte Delbo. Si la contrefaçon était au centre du litige examiné par la Cour d'appel de Paris et a été reconnue, notre attention porte sur les mesures réparatrices. En effet, les requérants demandaient l'interdiction de l'exploitation et de la commercialisation du scénario du téléfilm litigieux. La Cour d'appel répond qu'une telle mesure « *apparaît disproportionnée en l'espèce compte tenu des reprises partielles des ouvrages de Charlotte Delbo qui sont incriminées ; que cette mesure ne peut pas plus prospérer s'agissant de la commercialisation et de la diffusion du téléfilm en l'absence de mise en cause de l'ensemble de ses co-auteurs, les appelants ne pouvant, dans le cadre du présent litige, leur dénier unilatéralement une telle qualité* ». Si la motivation de la proportionnalité semble courte, elle comporte quelques enseignements. Tout d'abord, de manière assez logique, la reconnaissance d'une contrefaçon ne confère pas aux juges la possibilité d'accéder à toutes les demandes de sanctions des parties demanderesses : le principe de proportionnalité tend à les réguler. De ce fait, pour refuser de prononcer la mesure d'interdiction d'exploitation et en apprécier la proportionnalité, les juges se fondent exclusivement sur le fait que les reprises des ouvrages de Charlotte Delbo étaient seulement partielles. En effet, pour caractériser la contrefaçon au début de sa décision, la Cour d'appel a longuement comparé les scènes du téléfilm incriminées aux passages des œuvres de Charlotte Delbo. Effectivement, ces reprises étaient partielles. Était-ce cependant suffisant pour retenir la disproportion d'une mesure d'interdiction d'exploitation ? En théorie oui, car le juge est souverain pour apprécier la sanction la plus appropriée aux faits en cause. Nous ne pensons pas

¹²⁴³ CA Paris, 31 oct. 2012, n° 10/21777. V. *supra*, n° 265.

¹²⁴⁴ CA Paris, 22 déc. 2017, n° 13/14419 : *Comm. com. électr.* 2018, chron. 8, obs. B. Montels.

qu'en opportunité cette décision, retenant le caractère disproportionné, soit mauvaise, mais elle aurait sans doute gagné à être mieux motivée et à ce que soit précisées les conséquences positives ou négatives d'une interdiction de l'exploitation (économiques, sociales et éventuellement sur la liberté d'expression...).

274. — Évaluation des dommages-intérêts et proportionnalité. Malheureusement, en matière d'évaluation de dommages-intérêts, les juridictions du fond n'ont, à notre connaissance, jamais retenu ni évoqué une quelconque violation du principe de proportionnalité. Cela peut être expliqué par les réformes de 2007 et 2014 qui ont fortement encadré l'évaluation des dommages-intérêts en définissant des critères précis que le juge doit développer¹²⁴⁵. Est-ce pour autant une hypothèse à exclure ? Nous ne le pensons pas car, comme déjà précisé, certains critères d'évaluation, tels que les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte et la possibilité d'évaluation forfaitaire, créent un risque de disproportion de la sanction. Quelle méthode devrait donc suivre le juge pour éviter une éventuelle disproportion dans la sanction ? L'élaboration d'une telle méthode est-elle d'ailleurs possible et envisagée ?

II - Élaboration de critères

275. — Exclusion d'une obligation générale de proportionnalité de la sanction dans la loi. Il convient d'éclaircir un point précis : il ne nous paraît ni nécessaire ni judicieux d'opérer une nouvelle réforme législative afin d'inclure une obligation générale de proportionnalité valable pour l'ensemble des sanctions en droit de la propriété intellectuelle. Une telle obligation serait soit inutile, s'il s'agissait d'une clause trop imprécise, soit restrictive, si elle venait à être détaillée. L'inutilité d'une obligation générale est renforcée par le fait que le principe de proportionnalité existe déjà implicitement dans la loi, comme vu précédemment, grâce à la transposition de la directive 2004/48 (où il joue le rôle de principe directeur) et dans la jurisprudence, dans laquelle les juges du fond ont pu l'invoquer directement à plusieurs occasions. Quant au caractère restrictif d'une telle clause, elle semble évidente au sens où elle risquerait d'enfermer l'application du principe de proportionnalité dans un carcan alors que le principe doit être un outil de flexibilité dans la motivation du juge. Ainsi, si une réforme législative devait être entreprise, il serait plus judicieux d'y prévoir des sanctions ou mesures

¹²⁴⁵ *Supra*, n° 248 et suiv.

utiles issues de la directive 2004/48 qui n'ont pas été transposées lors de l'adoption des réformes de 2007 et 2014 telle que la licence judiciaire, prévue à l'article 12 de ladite directive¹²⁴⁶.

276. — Développement de critères à l'attention des avocats et des magistrats. Faut-il pour autant abandonner complètement l'idée de structurer l'application du principe de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle ? Ce serait regrettable eu égard à sa place croissante et nécessaire dans la jurisprudence qui, selon nous, tend à renforcer et recentrer le pouvoir d'appréciation des juges du fond. Alors, comment procéder ? Plutôt que d'énoncer des conditions, il serait pertinent, en l'absence d'une méthode claire, de donner aux juges du fond des critères généraux afin de les guider dans leur décision. Ces critères doivent être suffisamment larges pour s'adapter aux circonstances particulières de chaque espèce ainsi qu'à la diversité des sanctions existant en propriété intellectuelle. Il convient de s'inspirer notamment du contrôle de proportionnalité effectué en cas de conflit fondamental, en reprenant les conditions d'adéquation et de nécessité.

Avant d'introduire le premier critère, la détermination du but poursuivi par la sanction est essentielle : réparer, prévenir ou sanctionner le préjudice. Sans revenir sur le débat de la possibilité que la sanction civile en propriété intellectuelle soit punitive¹²⁴⁷, la réponse déterminera pourtant le quantum de la sanction. Ainsi, un contrefacteur de mauvaise foi et qui aurait allègrement profité de la violation d'un droit de propriété intellectuelle pourrait être condamné à une sanction grave et punitive sans qu'elle ne constitue une violation du principe de proportionnalité.

Cette détermination de la nature de la sanction influence profondément le premier critère central du contrôle de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle : l'appréciation de la gravité du manquement (ou adéquation de la sanction). Pour mesurer cette gravité, le juge devrait, en se fondant sur les conclusions précises des expertises réalisées ou données chiffrées, évaluer les conséquences (économiques, morales, sociales...) de la violation (ou violation potentielle) du droit de propriété intellectuelle sur les ayants droit.

Le second critère de ce contrôle de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle pourrait être l'évaluation des conséquences de la sanction sur les parties (ou nécessité de la sanction). Il paraît indispensable car l'impact de la sanction peut parfois avoir, comme vu précédemment, des conséquences graves sur les parties au litige notamment quand

¹²⁴⁶ *Supra*, n° 244.

¹²⁴⁷ *Supra*, n° 245.

des mesures d'interdiction, de retour de marchandises ou des sanctions pécuniaires lourdes sont encourues. D'où l'importance d'évaluer, à ce stade, la nécessité et la pertinence de la sanction au regard de sa gravité.

Doit émerger de ce rapport (qui s'apparente à un ratio coût/bénéfice) une sanction qui respecte le principe de proportionnalité. Sans être nécessairement un rapport mathématique, ce rapport apparaît pour le juge, comme mesuré par rapport à sa qualification des faits de l'espèce. Au-delà du juge, cette grille d'analyse doit également inspirer les avocats des parties qui ont trop souvent tendance à demander des sanctions invraisemblables et non justifiées. Un argumentaire plus rigoureux, tel que présenté ici, leur permettrait d'avoir des arguments plus convaincants pour les juges du fond puisqu'il renforcerait le bien-fondé de leurs demandes.

277. — Application de ces critères d'analyse au contrôle de proportionnalité de l'ingérence dans un droit fondamental. De plus, une telle grille d'analyse peut (et selon nous doit) s'intégrer pleinement au contrôle de proportionnalité en cas de conflit fondamental. En effet, lors de l'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu* d'une ingérence dans un droit fondamental, il nous paraît indispensable d'intégrer la sanction envisagée dans l'évaluation de l'atteinte aux droits fondamentaux concernés. Ainsi, dans l'arrêt *Bernanos* précédemment évoqué¹²⁴⁸, pour apprécier correctement l'atteinte au droit à la liberté d'expression mise en balance avec le droit de propriété intellectuelle, il semble qu'il convenait d'examiner la condamnation à une mesure d'interdiction en ce qu'elle empêchait toute diffusion de la mise en scène protégée par le droit moral de l'auteur (portant une atteinte potentiellement disproportionnée au droit à la liberté d'expression). Lors du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, la gravité de l'atteinte au droit moral de l'auteur et les conséquences induites par une mesure d'interdiction de la mise en scène et sa nécessité pourraient être des éléments centraux de la mise en balance des droits fondamentaux. La prise en compte de la sanction serait totalement conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui avait déjà retenu un tel critère dans son arrêt *Ashby Donald*¹²⁴⁹.

278. — Conclusion du chapitre. Si la détermination de la proportionnalité de la sanction est une faculté des juges et doit bien évidemment le rester, la prise en compte de cet impératif a été tardive. La motivation des sanctions était d'abord assez sommaire. Le contrôle de

¹²⁴⁸ *Supra*, n° 229.

¹²⁴⁹ *Supra*, n° 226.

proportionnalité de la sanction est toujours relativement absent des décisions rendues par les juridictions du fond, concernant le droit de la propriété intellectuelle. Nous constatons cependant depuis quelques années un accroissement du recours au principe de proportionnalité au sein des décisions de justice. Son analyse et son champ d'application demeurent timides. Ainsi, nous appelons, au fil de ces lignes, à renouveler la motivation des sanctions afin que les juges se saisissent pleinement de leur pouvoir souverain d'appréciation. Pour atteindre cet objectif, et en l'absence de méthode efficace d'application du principe de proportionnalité à la sanction en droit de la propriété intellectuelle, deux critères souples peuvent être proposés car applicables à l'ensemble de ces sanctions : l'appréciation de la gravité du manquement (pour assurer l'adéquation de la sanction) et l'évaluation des conséquences de la sanction sur les parties (pour assurer la nécessité de la sanction). L'usage de ces deux critères paraît, de plus, pertinent dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental. Cependant, si de tels critères peuvent être appliqués aux différentes sanctions des droits de propriété intellectuelle, il convient de souligner qu'un même litige peut conduire au prononcé de sanctions en droit de la concurrence déloyale et en droit pénal. Une telle situation pourrait-elle menacer l'application du principe de proportionnalité à la sanction en droit de la propriété intellectuelle ? C'est ce qu'il reste à déterminer.

Chapitre 2 : La nécessité de l'application du contrôle de proportionnalité des sanctions

279. — **Présentation.** Le contrôle de proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle, s'il est encore insuffisamment effectué par les juges du fond, pourrait induire différentes problématiques. En effet, le droit de la propriété intellectuelle a une spécificité supplémentaire, rencontrée lors d'une action civile en justice pour contrefaçon. Il est assez courant que cette action coexiste avec une action en concurrence déloyale fondée sur la responsabilité civile de droit commun. Parallèlement, la victime peut également introduire une action pénale fondée sur l'infraction pénale de la contrefaçon. Ces différentes actions sèment régulièrement le trouble au sein de la doctrine et posent la question de la mise en œuvre du principe de proportionnalité à l'égard de ces différentes sanctions. Comment faire accepter que ce principe doit être appliqué en droit de la propriété intellectuelle quand une sanction est prononcée parallèlement à une autre pour des faits quasiment identiques (Section 1) ? Pourtant, malgré ces interrogations légitimes et auxquelles le principe de proportionnalité tend à répondre, son application demeure une nécessité qui crée de nouvelles perspectives (Section 2).

Section 1 : Le cumul des sanctions

280. — **Présentation.** La problématique du cumul des sanctions de la propriété intellectuelle à l'aune du principe de proportionnalité, se pose surtout entre les sanctions civiles et celles de la concurrence déloyale (et en particulier du parasitisme). La résolution de cette problématique se focalise sur la notion de fait distinct, encore souvent imprécise dans la jurisprudence (I). Cependant, il ne s'agit pas de négliger les difficultés soulevées par le cumul des sanctions civiles (potentiellement punitives) et pénales. Néanmoins, ce cumul devrait plus logiquement concerner le principe *non bis in idem* que le principe de proportionnalité (II).

I - Le cumul des sanctions de la concurrence déloyale, du parasitisme et de la contrefaçon

281. — Définition des actions en concurrence déloyale et en parasitisme et rapport avec le droit de la propriété intellectuelle. Déjà évoqué¹²⁵⁰, le droit de la concurrence déloyale est lié à la propriété intellectuelle et accompagne souvent l'action en contrefaçon lors des procès civils¹²⁵¹. Pourtant, il semble indispensable d'en rappeler la singularité et ce dont il est question quand on évoque ce droit. Fondées sur la responsabilité civile de l'article 1240 du Code civil¹²⁵², « *la concurrence déloyale* » et la notion connexe de « *parasitisme* » ne sont pas spécifiquement définies par une loi. Elles procèdent essentiellement de la jurisprudence et de la doctrine. L'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 a défini néanmoins l'acte de concurrence déloyale comme « *tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* ». Pour le parasitisme, qui peut exister entre concurrents et non-concurrents¹²⁵³, la Cour de cassation l'analyse comme « *l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* »¹²⁵⁴. À la lecture de ces deux définitions, il paraît clair que l'action en contrefaçon se distingue de celle en concurrence déloyale ou parasitisme. La première a pour fondement l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle tandis que la seconde sanctionne une faute commise à l'encontre d'une personne qui peut justifier d'un fait distinct de l'atteinte portée à ce droit¹²⁵⁵. Ainsi, les deux actions peuvent être exercées séparément ou simultanément et le résultat de l'une n'influence pas, en principe, sur le résultat de l'autre.

¹²⁵⁰ *Supra*, n° 260.

¹²⁵¹ J. Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997 ; A. Puttemans, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruylant, 2000 ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, « Concurrence Déloyale », *Rep. Com. Dalloz*, n° 65 et s. ; P. Roubier, « Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD civ.* 1952, p. 161 ; S. Durrande, « Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *D.* 1984, chron. 187 ; J. Schmidt-Szalewski, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD com.* 1994, p. 455 ; Ch. Caron, « L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire », *JCP G* 2010, p. 235.

¹²⁵² « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

¹²⁵³ Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, « Concurrence Déloyale », *Rep. Com. Dalloz*, n° 192 et s.

¹²⁵⁴ Cass. com., 26 janv. 1999, n° 96-22.457 : *D. Affaires* 1999. 508, obs. C. Émery ; *D.* 2000. 87, note Y. Serra.

¹²⁵⁵ CA Paris, 14 mai 2003, n° 2001/12885 : *Prop. intell.* 2004, n° 11, p. 676, obs. J. Passa ; *JCP E* 2003, 1627, obs. Ch. Caron.

282. — Problématique et nécessité du fait distinct pour le principe de proportionnalité.

Cependant, l'impérative caractérisation d'un fait distinct permet théoriquement de séparer les deux actions. En pratique, l'exercice simultané de ces dernières, lors d'un même litige (soit cumulativement, soit subsidiairement avec l'action en contrefaçon en demande principale et l'action en concurrence déloyale en demande subsidiaire), entraîne certains effets inattendus aux conséquences directes sur le principe de proportionnalité appliqué à la sanction. En effet, comme démontré par la jurisprudence et regretté par la doctrine¹²⁵⁶, la démonstration du fait distinct est faite d'incertitudes, de subtilités et de contradictions entre les juridictions du fond et la Cour de cassation. La situation fait même dire à M. Caron que cette caractérisation du fait distinct « *obéit surtout à une casuistique bien souvent dominée par une équité officielle* »¹²⁵⁷. Ainsi, selon le choix d'exercer l'action en concurrence déloyale ou parasitisme cumulativement ou subsidiairement à l'action en contrefaçon, la caractérisation du fait distinct ne sera pas la même. Dans le second cas, la Cour de cassation, malgré la résistance de certaines juridictions du fond¹²⁵⁸, adopte une approche plus souple selon laquelle le titulaire prétendu du droit de propriété intellectuelle peut agir en se fondant sur les mêmes faits que la contrefaçon, en démontrant simplement l'existence d'une faute¹²⁵⁹. Même dans le cas d'une action en concurrence déloyale ou parasitisme exercée cumulativement à une action en contrefaçon, les doutes sur la caractérisation du fait distinct ne sont pas levés. Si le fait distinct, lors d'une action en concurrence déloyale, est reconnu à propos d'un fait « *matériellement* » distinct de la

¹²⁵⁶ M. Malaurie-Vignal, « Contrefaçon et concurrence déloyale : pour en finir avec les incertitudes sur la notion de fait distinct », *Prop. indu.* 2017, étude 14 ; A. Lawrynowicz-Drewek, « L'évolution de l'appréciation d'un fait distinct de la contrefaçon », *Prop. indu.* 2017, étude 21.

¹²⁵⁷ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 2015, 4^e éd. p. 471.

¹²⁵⁸ CA Paris, 12 avr. 2016, n° 14/23137 ; CA Paris, 27 janv. 2017, n° 15/23740 ; CA Versailles, 26 janv. 2017, n° 15/01073.

¹²⁵⁹ Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349 : « *l'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif* » ; Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-21.723 : « *l'action en responsabilité pour parasitisme peut être fondée sur les mêmes faits que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon de marque rejetée pour défaut de droit privatif, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif* ».

contrefaçon¹²⁶⁰, d'un risque de confusion¹²⁶¹ ou d'un effet de gammes¹²⁶², il ne l'est pas systématiquement à propos d'une économie d'investissement résultant de la copie¹²⁶³, de la modestie du prix d'un produit contrefait¹²⁶⁴ ou de l'atteinte à la notoriété d'un produit et de l'entreprise¹²⁶⁵. Néanmoins, certains de ces faits distincts peuvent être indirectement pris en compte pour caractériser la contrefaçon comme le risque de confusion qui, s'il n'est pas requis en droit d'auteur, en droit des brevets et en droit des dessins et modèles ; peut être confondu dans l'appréciation de la contrefaçon par les juges du fond¹²⁶⁶. Toutes ces difficultés dans l'appréciation du fait distinct créent donc un risque d'une sanction attentatoire au principe de proportionnalité, car en disproportion par rapport à des faits non strictement distincts de l'acte de contrefaçon. Il est ainsi évident que l'impératif jurisprudentiel de qualification d'un fait distinct est essentiel au respect du principe de proportionnalité appliqué à la sanction. Il doit donc être un élément central de l'analyse de cette proportionnalité si les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale sont exercées cumulativement.

283. — Risque d'amalgame des dommages-intérêts de la concurrence déloyale avec ceux de la contrefaçon. L'action en concurrence déloyale ou en parasitisme se fonde sur la responsabilité civile : la sanction donne logiquement lieu au versement de dommages-intérêts. Elle peut aussi prendre la forme de mesures de cessation du trouble anticoncurrentiel¹²⁶⁷ ou de mesures de publicité de la décision de condamnation¹²⁶⁸. Si, pour ces deux derniers types de

¹²⁶⁰ Par exemple : une atteinte portée à l'image de la marque (Cass. com., 3 mai 2016, n° 13-23.416) ou des objets non protégés par un droit de propriété intellectuelle comme les présentoirs (Cass. com., 31 mars 2004, n° 02-14.902).

¹²⁶¹ Apprécié *in concreto* pour bien le distinguer de l'appréciation *in abstracto* requise en droit des marques, alors qu'elle est indifférente pour les autres droits de propriété intellectuelle. Ce fait distinct est un des plus délicats à apprécier, car il ne suffit pas d'apprécier les similitudes entre le modèle protégé et le modèle copié. V. sur la reproduction d'initiales sur des étiquettes : CA Paris, 6 déc. 2013, n° 13/13641 ; sur la reproduction de chaussures : CA Paris, 15 nov. 2016, n° 15/14677.

¹²⁶² CA Paris, 15 janv. 2014, n° 12/09291 ; CA Paris, 2 juin 2015, n° 14/01233.

¹²⁶³ Cass. com., 15 juin 2010, n° 08-20.999 ; Cass. com., 1er juill. 2008, n° 07-14.741.

¹²⁶⁴ Cass. com., 26 févr. 2008, n° 05-13.860 ; Cass. com., 2 déc. 2008, n° 07-19.436.

¹²⁶⁵ Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-15.338, 08-16.459 et 08-16.469 ; Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.914.

¹²⁶⁶ C'est le cas notamment dans sa distinction avec certaines notions comme « *l'impression visuelle globale* » en droit des dessins et modèles. V. arrêt rejetant l'action en contrefaçon d'un modèle du fait de l'absence d'un risque de confusion dans l'esprit du public : CA Paris, 1er déc. 2006, n° 05/00752. Pour d'autres exemples sur la difficulté d'appréciation du fait distinct : M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, étude 21.

¹²⁶⁷ Comme la destruction des produits : Cass. com., 6 mai 1991, n° 89-16.048 : *RJDA* 1991, p. 571, n° 672 ; ou des mesures d'interdiction : Cass. com., 26 févr. 1985, n° 83-12.466 : *JCP G* 1985, IV, p. 169.

¹²⁶⁸ CA Paris, 18 mai 2005, n° 04/09008 ; CA Paris, 18 févr. 2005, n° 03/21309.

sanctions, les impératifs vus précédemment peuvent s'appliquer¹²⁶⁹, il est primordial d'évaluer les dommages-intérêts efficacement pour que soit prononcée une sanction conforme au principe de proportionnalité. Si, concernant la contrefaçon, les réformes de 2007 et 2014 ont établi des critères pour l'évaluation du préjudice¹²⁷⁰, l'évaluation du dommage fondée sur la responsabilité civile obéit aux règles du droit commun. Il revient donc aux juges du fond d'apprécier souverainement l'existence du préjudice et d'évaluer le montant des dommages-intérêts dus à la victime de l'acte de concurrence déloyale ou de parasitisme¹²⁷¹. La jurisprudence établit traditionnellement que les dommages-intérêts doivent se fonder sur la diminution constatée du chiffre d'affaires pendant la période où les agissements litigieux ont été commis¹²⁷². Là aussi, les juges du fond disposent d'un plus large pouvoir souverain pour utiliser d'autres critères qu'en matière de contrefaçon¹²⁷³. Cela peut entraîner un amalgame avec les dommages-intérêts de la contrefaçon. En effet, à la suite de la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, l'article L. 331-1-3, 3° du Code de la propriété intellectuelle a ajouté : « *les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels* » aux éléments à prendre en compte dans le calcul des dommages-intérêts. Or, le parasitisme, en particulier, vise à réparer le fait d'avoir tiré profit des efforts et investissements déployés par autrui. Il apparaît dès lors indispensable de bien caractériser le fait distinct y compris au moment de l'évaluation de la sanction puisque comme le souligne M. Latil : « *les économies d'investissements s'analysent en un bénéfice (une dépense évitée) qui ne correspond pas aux investissements réalisés par le titulaire de droits* »¹²⁷⁴. Dès lors, un fait distinct peut être caractérisé, mais si, au moment de l'évaluation des dommages-intérêts, le juge se fonde sur les bénéfices de la contrefaçon plutôt que sur ceux de la concurrence déloyale, la proportionnalité de la sanction s'en trouve biaisée.

À cet égard, il convient de revenir sur l'arrêt *Cinquième élément*¹²⁷⁵ qui concernait un annonceur ayant repris pour une publicité de téléphonie mobile, sans autorisation des ayants

¹²⁶⁹ *Supra*, n° 275 et suiv.

¹²⁷⁰ *Supra*, n° 248 et suiv.

¹²⁷¹ Cass. com., 19 janv. 1965, Bull. civ. 1965, III, n° 54 ; Cass. com., 17 mars 1965 : Bull. civ. 1965, III, n° 204.

¹²⁷² Cass. com., 25 janv. 2005, n° 01-10.423.

¹²⁷³ Par exemple en se basant sur les nouveaux investissements pour effectuer des modifications dans la présentation d'un produit : Cass. com., 17 mars 2004, n° 02-13.242.

¹²⁷⁴ A. Latil, « Les économies d'investissements du contrefacteur », *Comm. com. électr.* 2015, étude 6.

¹²⁷⁵ CA Paris, 8 sept. 2004, n° 04/09673. V. pour la portée de cet arrêt concernant la proportionnalité de la sanction en droit de la propriété intellectuelle : *supra*, n° 267.

droit, le personnage de Leeloo tiré du film « *le Cinquième élément* » de Luc Besson. Parallèlement à l'action en contrefaçon pour la reproduction du personnage, une action en parasitisme avait été intentée du fait de la reprise de l'univers et de l'ambiance du film. La caractérisation du fait distinct semble exister en l'espèce puisque la reprise d'un univers cinématographique n'est pas la reprise contrefaisante de l'un de ses personnages. La Cour d'appel de Paris l'a bien compris en jugeant que les sociétés défenderesses ce sont « *outré leur comportement contrefaisant, délibérément placé dans le sillage du film Le Cinquième élément, en s'efforçant constamment d'établir une filiation entre le produit objet de la campagne publicitaire et cette œuvre cinématographique* ». Cependant, lors de la motivation de sa condamnation à 1.000.000 d'euros de dommages-intérêts en réparation de ce parasitisme, les juges d'appel les amalgament réellement avec ceux destinés à réparer la contrefaçon. En effet, la partie de la décision concernant les mesures réparatrices est commune aux deux actions. Après avoir rappelé le coût de diffusion d'une campagne publicitaire télévisée (sur le parasitisme spécifiquement), la cour d'appel juge que la société de production a, pour la production du film, « *investi des sommes très importantes compte tenu, notamment, de la nature de cette œuvre qui a imposé de nombreuses contraintes techniques dont [les sociétés assignées] ont par, par leur comportement parasitaire, tiré des avantages pécuniaires indus* », sans apporter davantage de données chiffrées pour justifier les 1.000.000 d'euros au titre du parasitisme et la différence d'évaluation avec les dommages-intérêts de la contrefaçon. La décision date de 2004 : il semble donc, au-delà des réformes de 2007 et 2014 concernant l'évaluation des dommages-intérêts de la contrefaçon, qu'une telle motivation n'assurerait pas aujourd'hui le respect du principe de proportionnalité eu égard à la faiblesse de la Cour à justifier et distinguer réellement les sommes qu'elle prononce dans sa condamnation. L'exigence de proportionnalité existe autant en propriété intellectuelle qu'en concurrence déloyale.

284. — Impératif de proportionnalité dans la détermination et la motivation de la sanction en concurrence déloyale lors d'une action conjointe ou subsidiaire en contrefaçon. Même lorsque la présence d'un fait distinct, donc de pertes distinctes est caractérisée, un blanc-seing n'est pas donné aux juges du fond lors d'une action en concurrence déloyale couplée à une action en contrefaçon, pour déterminer librement les sanctions. En effet, l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme démontre que l'exigence de proportionnalité de la sanction n'est pas propre au droit de la propriété intellectuelle. Plusieurs décisions ont retenu directement ou indirectement l'exigence de proportionnalité à propos de la sanction de

la concurrence déloyale. C'est le cas notamment, comme vu précédemment, de l'arrêt *Culturespace*¹²⁷⁶ qui avait cassé une décision d'appel ayant ordonné une mesure de publication sans limite de temps. Cette décision n'est pas isolée puisque les juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation l'ont confirmée l'année suivante, à l'occasion d'un litige en dénigrement¹²⁷⁷. En l'espèce, une société, qui avait gagné un procès contre une société concurrente ayant enfreint une clause de non-concurrence, a informé par courrier un groupe de clients de cette victoire judiciaire en indiquant que les faits litigieux avaient été qualifiés de « concurrence déloyale ». L'information était donc fautive. La société victime de la violation de la clause de non-concurrence a été condamnée à son tour pour dénigrement. La cour d'appel lui a interdit « de faire mention auprès de tout tiers, lié de près ou de loin au groupe [client], quel qu'en soit le support ou l'expression, de la société [demanderesse], de son dirigeant ou de ses produits ». Toutefois, la Cour de cassation juge « qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier si la mesure ordonnée n'était pas disproportionnée, au regard des faits de dénigrement, en ce qu'elle empêcherait la société [condamnée] de travailler sur ses principaux contrats et avec ses principaux partenaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Si cet arrêt de cassation ne concerne pas directement le droit de la propriété intellectuelle, il confirme que, lors d'une action conjointe ou subsidiaire en concurrence déloyale, la sanction qui pourrait en découler serait également soumise au principe de proportionnalité. De ce fait, comme le démontre la cassation pour défaut de base légale, il appartient aux juges du fond de motiver correctement les sanctions qu'ils prononcent en propriété intellectuelle comme en concurrence déloyale. Une telle motivation doit évidemment prendre en compte les droits fondamentaux, également pour les actions en concurrence déloyale, comme cela a déjà été illustré par l'arrêt *Camel*¹²⁷⁸.

II - Le cumul des sanctions civiles punitives et pénales

285. — Problème de cumul de l'action pénale et de l'action civile en droit de la propriété intellectuelle. Plusieurs auteurs ont soulevé l'idée que le principe de proportionnalité appliqué à la sanction pourrait être menacé par le potentiel cumul des sanctions civiles punitives avec les

¹²⁷⁶ Cass 1^{re} civ., 31 janv. 2018, n° 15-28.352, inédit : *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 108, M. Malaurie-Vignal. V. sur cet arrêt : *supra*, n° 260.

¹²⁷⁷ Cass. com., 13 mars 2019, n° 18-11.046, inédit : *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 122, M. Malaurie-Vignal.

¹²⁷⁸ *Supra*, n° 204.

sanctions pénales du droit de la propriété intellectuelle¹²⁷⁹. En principe, les sanctions civiles ne visent qu'à la cessation du dommage et à la réparation du préjudice, tandis que les sanctions pénales sont prévues avant tout pour punir le contrefacteur (elles servent également à faire cesser le dommage). Ainsi, un même acte de contrefaçon peut faire l'objet d'une action civile pour réparer le préjudice subi par les ayants droit et d'un procès pénal pour punir le contrefacteur de l'atteinte portée à l'ordre public et à la société. Cependant, comme vu précédemment, il arrive que les sanctions prononcées lors d'une action civile en droit de la propriété intellectuelle puissent revêtir le caractère d'une punition. L'évaluation du préjudice qui indemniserait alors les ayants droit au-delà de la simple réparation : ce sont des dommages-intérêt punitifs¹²⁸⁰. Ceci nous interroge sur son cumul avec une action pénale au regard du principe de proportionnalité. Si, dans le cadre du cumul de la sanction de la concurrence déloyale ou du parasitisme avec la sanction en contrefaçon, la violation du principe de proportionnalité peut être avérée eu égard au risque de confusion dans l'appréciation du fait distinct (susceptible d'impacter l'évaluation d'un préjudice distinct), la situation est bien différente en droit pénal. En effet, si l'action pénale peut se fonder sur les mêmes faits que l'action civile, ce n'est pas le risque de se tromper (potentiellement de manière disproportionnée) dans l'évaluation du préjudice qui est déterminant, mais le fait que l'action civile soit punitive et qu'un même fait soit donc puni deux fois. Serait ainsi méconnu le principe *non bis in idem*. L'exemple du cumul des sanctions civiles punitives et pénales est donc l'occasion pour nous de distinguer ce principe du principe de proportionnalité.

286. — Distinction du principe de proportionnalité du principe *non bis in idem*. Comme déjà dit à de nombreuses reprises, le principe de proportionnalité est avant tout un principe de modération du pouvoir, reconnu par plusieurs textes européens¹²⁸¹. Appliqué à la sanction, il vise notamment à la pondérer pour en éviter la démesure législative (dans la détermination législative des sanctions) ou juridictionnelle (dans l'évaluation et l'appréciation de cette sanction lors d'un litige). À l'inverse, le principe *non bis in idem*, également reconnu par plusieurs textes européens, notamment par l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention

¹²⁷⁹ F. Stasiak, « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2009, étude 1 ; F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », *JCP G* 2018, doct. 686.

¹²⁸⁰ *Supra*, n° 245.

¹²⁸¹ *Supra*, n° 102.

européenne des droits de l'homme¹²⁸² et à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹²⁸³, tend à désigner le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois. Sans rentrer dans les détails de sa mise en œuvre, les juridictions européennes¹²⁸⁴ adoptent un raisonnement en deux étapes : d'abord, elles déterminent si la sanction met en œuvre une accusation en matière pénale, puis, dans l'affirmative, si les deux sanctions répressives ont pour origine des faits identiques. La qualification pénale peut se déduire de plusieurs critères tels que la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature même de l'infraction et l'ampleur de la sanction¹²⁸⁵. Le principe de proportionnalité et le principe *non bis in idem* ne partagent donc pas les mêmes objectifs ni la même méthode. Le premier ne sera que peu utile à la résolution du problème du cumul des sanctions civiles potentiellement punitives et les sanctions pénales du droit de la propriété intellectuelle. De plus, même sur la base du principe *non bis in idem* et ses critères, la réponse légale à ce cumul reste difficile à déterminer et mériterait presque un ouvrage dédié¹²⁸⁶.

287. — La possibilité d'une approche globale des sanctions. Cependant, le principe de proportionnalité peut éclairer l'application du *principe non bis in idem* ainsi que l'illustre l'arrêt *Menci* rendu par la Cour de justice de justice de l'Union européenne¹²⁸⁷. En l'espèce, il s'agissait d'étudier la conformité à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux (donc au principe *non bis in idem*) d'une législation nationale prévoyant une sanction administrative et

¹²⁸² « 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.
3. Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention ».

¹²⁸³ « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ».

¹²⁸⁴ CEDH, 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, n° 12547/86 : *Dr. fisc.* 1994, n° 21-22, comm. 989, étude J.-P. Le Gall et L. Gérard ; *JCP G* 1995, 22372, note S. N. Frommel ; *RJF* 6/1994, chron. G. Goulard, p. 383 ; *AJDA* 1994, p. 512, chron. J.-F. Flauss
CJUE, 7 mai 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10 : *Dr. fisc.* 2013, comm. 460, note C. Brokelind ; *JCP G* 2013, 312, obs. F. Picod ; *Europe* 2013, comm. 154, obs. D. Simon.

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ En effet, comme le constate Mme Schiller, la question des dommages-intérêts punitifs, de leur qualification, de leur légalité et de leur potentielle présence en droit français de la propriété intellectuelle, à côté de ses dispositions pénales, pourraient « accroître et augmenter les perspectives d'application déjà fort riches du principe *non bis in idem* » (S. Schiller, « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », *JCP E* 2015, p. 1399).

¹²⁸⁷ CJUE, GC, 20 mars 2018, *Menci*, aff. C-524/15.

une sanction pénale pour les mêmes faits (un défaut de versement de la TVA). Si l'arrêt statue en faveur de la conformité, sous certaines conditions¹²⁸⁸, il convient de relever, dans le raisonnement de la Cour de justice, une référence au principe de proportionnalité. Selon la Cour : « *S'agissant du respect du principe de proportionnalité, celui-ci exige que le cumul de poursuites et de sanctions prévu par une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, ne dépasse pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par cette réglementation, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés par celle-ci ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés* »¹²⁸⁹. La Cour de justice en conclut qu'« *il appartient à la juridiction nationale de s'assurer, compte tenu de l'ensemble des circonstances au principal, que la charge résultant concrètement pour la personne concernée de l'application de la réglementation nationale en cause au principal et du cumul des poursuites et des sanctions que celle-ci autorise n'est pas excessive par rapport à la gravité de l'infraction commise* »¹²⁹⁰. Par analogie, la sanction civile punitive semble pouvoir être cumulée avec la sanction pénale de la contrefaçon si leur cumul respecte le principe de proportionnalité (concrètement, les sanctions cumulées ne doivent pas être excessives par rapport à la gravité de l'infraction). La Cour de justice adopte ainsi une approche globale des sanctions d'un même fait au regard du principe de proportionnalité. En allant plus loin dans l'analogie, il convient de s'interroger : une telle approche globale des sanctions pourrait-elle être transposée au cumul des sanctions de la concurrence déloyale et du parasitisme avec celles de la contrefaçon ? En effet, si la caractérisation du fait distinct est déterminante pour le respect du principe de proportionnalité appliqué aux sanctions de la propriété intellectuelle, il convient de rappeler qu'en pratique cette caractérisation peut paraître teintée d'équité et difficile à démontrer sérieusement. Pour pallier cette difficulté et éviter toute sanction excessive, il pourrait être judicieux d'apprécier le respect du principe de proportionnalité sur le fondement de l'ensemble des sanctions d'une même action (contrefaçon, parasitisme et/ou concurrence déloyale). En pratique, une telle possibilité serait, selon nous, rejetée par la Cour de cassation en ce que sa jurisprudence rend inenvisageable qu'un même

¹²⁸⁸ *Ibid*, pt. 63. La réglementation doit : « *vise[r] un objectif d'intérêt général qui est de nature à justifier un tel cumul de poursuites et de sanctions, à savoir la lutte contre les infractions en matière de taxe sur la valeur ajoutée, ces poursuites et ces sanctions devant avoir des buts complémentaires, Cont[enir] des règles assurant une coordination limitant au strict nécessaire la charge supplémentaire qui résulte, pour les personnes concernées, d'un cumul de procédures, et Prévoi[r] des règles permettant d'assurer que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée* ».

¹²⁸⁹ *Ibid*, pt. 50.

¹²⁹⁰ *Ibid*, pt. 64.

fait entraîne la condamnation à réparer à la fois la contrefaçon et la concurrence déloyale ou le parasitisme.

Malgré les divergences et débats quant au respect du principe de proportionnalité concernant le cumul des sanctions de la propriété intellectuelle (civiles et pénales) et de la concurrence déloyale, ce principe semble plus que jamais nécessaire à la réparation de la contrefaçon.

Section 2 : La réparation de la contrefaçon

288. — Une prévention contre les « *mauvaises actions en contrefaçon* ». Un des principaux intérêts de l'application du principe de proportionnalité en matière de sanctions réside dans le fait qu'il constitue un des meilleurs outils de prévention contre ce que M. Caron appelle les « *mauvaises actions en contrefaçon* »¹²⁹¹. L'éminent auteur les définit comme les actions « *intentée[s] par un titulaire de droits, qui n'a pas investi, ni créé et s'est contenté d'acquérir des droits sans aucune intention de les exploiter ou de les utiliser au soutien d'une activité économique propre, ni à l'encontre de concurrents qui n'existent pas, mais afin de solliciter, généralement de façon réitérée, des demandes d'interdiction et/ou de réparation pécuniaire, souvent exorbitantes, à l'encontre d'un prétendu contrefacteur pourtant de bonne foi, qui est diligent et qui se comporte comme un professionnel avisé en ayant la volonté de respecter la propriété intellectuelle légitime d'autrui* »¹²⁹². À la lecture d'une telle définition, il semble que de telles actions pourront prospérer dans les différents droits de propriété intellectuelle même si, logiquement, elles ont beaucoup plus d'ampleur dans les droits de propriété industrielle, notamment en droit des brevets en raison de l'existence des « *patent trolls* ». Ces derniers peuvent être définis comme des entités qui utilisent la concession de licences et le litige de brevets en tant que principale activité économique, en achetant un ou plusieurs brevets (souvent litigieux) sans volonté de les exploiter puis en multipliant les actions judiciaires contre des entreprises qui, par peur des mesures d'interdiction et des sanctions, acceptent de contracter des licences d'exploitations avec ces entités¹²⁹³. Une telle pratique relève logiquement des

¹²⁹¹ Ch. Caron, « Les mauvaises actions en contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2019, n° 4, p. 8.

¹²⁹² *Ibid.*

¹²⁹³ V. à ce sujet : C. Le Stanc, « L'abus dans l'exercice du droit de brevet : les "patent trolls" », *Prop. indu.* 2010, n° 10, dossier 8 ; C. Le Stanc, « Les malfaisants lutins de la forêt des brevets : à propos des patent trolls », *Prop. indu.* 2008, étude 3 ; L. Slits, *Les Patent Trolls : Approche descriptive et prospective*, Mémoire-recherche ss. la dir. de P. Belleflamme, Louvain School of Management, 2010 [dispo en ligne].

« *mauvaises actions en contrefaçon* ». Ce n'est qu'un bref aperçu de l'originalité avec laquelle certains détournent les droits de propriété intellectuelle à des fins complètement étrangères à leur fonction d'origine¹²⁹⁴. Au-delà des mécanismes existants pour faire échec à de telles actions (abus de droit, fraude...) le principe de proportionnalité pourrait-il les prévenir ? Deux moyens sont envisageables. Tout d'abord, la voie légale : en prévoyant dans les législations européennes et nationales des sanctions et mesures qui assurent le respect de ce principe, à l'image de l'article 3.2 de la directive 2004/48 qui le reprend explicitement, ou de son article 12, non transposé dans la législation française, qui prévoit, sous certaines conditions, la substitution d'une condamnation à une mesure d'interdiction au paiement de dommages-intérêts¹²⁹⁵. Ensuite, par la voie judiciaire car le juge dispose d'un pouvoir souverain dans la détermination de la sanction de la contrefaçon. Ainsi, s'il relève « *une mauvaise action en contrefaçon* », il peut adapter les mesures et sanctions à l'espèce et décider si, au regard du principe de proportionnalité, il est opportun d'opérer une mesure d'interdiction, de publication ou une réparation pécuniaire qui devra ainsi être proportionnée à l'atteinte faite au droit de propriété intellectuelle. Si elle découle, au regard des faits, d'une « *mauvaise action en contrefaçon* », nous pouvons imaginer que le juge puisse accorder, si la contrefaçon est établie, qu'une réparation symbolique pour signifier au demandeur que son préjudice était moindre par rapport à l'exploitation qu'il faisait de son droit de propriété intellectuelle.

289. — Un outil indispensable au respect de l'obligation de motivation. De manière plus générale, la nécessité du principe de proportionnalité appliqué à la sanction s'exprime dans son rôle de garantie du respect de l'obligation de motivation. En matière civile, cette obligation est reconnue, en droit civil, par l'article 455 du Code de procédure civile qui dispose que : « *Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé* ». En matière pénale, si l'article 132-24 du Code pénal dispose que « *Les peines peuvent être personnalisées selon les modalités prévues à la présente section* », le juge pénal reste libre, dans les limites fixées par la loi, de déterminer la nature et

¹²⁹⁴ On peut notamment évoquer hors des mauvaises actions en contrefaçon, la pratique en droit des marques du *cybersquatting* (couramment désigné par l'anglicisme *cybersquatting*) qui consiste à enregistrer un nom de domaine sur internet correspondant à une marque enregistrée, avec l'intention de le revendre ensuite à l'ayant droit. V. à ce sujet : B. François, *Rép. Soc.* Dalloz, v° Dénomination sociale (sociétés), n° 169-170 ; M.-A. Gallot Le Lorier, V. Varet, « Les cybersquatteurs de marques défaits par le juge », *Les Echos*, 26 janv. 2000, p. 59 ; Y. El Shazly, « Noms de domaine, « cybersquatting » et campagne présidentielle », *Prop. indu.* 2007, étude 8.

¹²⁹⁵ *Supra*, n° 244.

la mesure de la peine qu'il prononce à l'encontre du coupable (même si l'obligation de motivation prend de plus en plus d'importance selon la situation de récidive du coupable et le type de peine prononcée¹²⁹⁶). Une telle obligation est confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁹⁷ et par la Cour de justice de l'Union européenne¹²⁹⁸. Elle oblige à motiver non seulement la culpabilité ou la responsabilité, mais également la sanction découlant de cette culpabilité ou responsabilité. À la lecture de ces lignes, le lien entre l'obligation de motivation de la sanction et le principe de proportionnalité est tangible en ce que l'application à la sanction du principe de proportionnalité contribue au respect de l'obligation de motivation. En effet, le but principal du contrôle de proportionnalité de la sanction, opéré par le juge du fond, est de prononcer une sanction qui est nécessaire et proportionnée aux faits de l'espèce. Cela implique de motiver la décision en justifiant les sommes et les mesures prononcées, en droit de la propriété intellectuelle, pour réparer la contrefaçon et/ou punir le contrefacteur.

290. — Un moyen de réparer plus justement la contrefaçon : Outil d'adhésion sociale. Ainsi, l'application du principe de proportionnalité à la sanction permet, grâce à la motivation opérée par le juge du fond, une décision non arbitraire, justifiée et intelligible pour les justiciables. Ces derniers auront plus de facilité à accepter cette décision et éviter d'en contester l'excès, qu'elle aurait pu comporter si le principe de proportionnalité n'avait pas été appliqué. Cette nécessité d'adhésion sociale à la décision¹²⁹⁹ peut paraître utopique et tend à s'appliquer à l'ensemble des décisions de justice¹³⁰⁰. Elle prend cependant un sens particulier en droit de la propriété intellectuelle à une époque où celui-ci est contesté¹³⁰¹. En effet, comment justifier la

¹²⁹⁶ V. article 132-19, al. 4 du Code pénal. Pour plus de précisions sur cette question : M. Daury-Fauveau, « La motivation des sanctions pénales : entre renouveau et archaïsmes », in *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, ss. la dir. de C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin, Dalloz, 2013, p. 169.

¹²⁹⁷ L'obligation de motivation est en ce sens inhérent au procès équitable (CEDH, 9 déc. 1994, *Ruiz Torija c/ Espagne*, n° 18390/91. V. à ce sujet : N. Fricero, « La motivation des sanctions selon la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, ss. la dir. de C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin, Dalloz, 2013, p. 83.

¹²⁹⁸ Qui est un principe général qui impose à toute juridiction l'obligation de motiver ses décisions (CJCE, 1^{er} oct. 1991, *Vidranyi c/ Commission*, aff. C-283/90. V. à ce sujet : V. Michel, « La motivation des sanctions selon le droit de l'Union européenne », in *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, ss. la dir. de C. Chainais, D. Fenouillet, G. Guerlin, Dalloz, 2013, p. 95.

¹²⁹⁹ V. sur ce point : J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Forum, Flammarion, 1996, p. 101 : « [i]l ne suffit pas que le droit prenne son envol en direction de la société, encore faut-il que celle-ci le reçoive ».

¹³⁰⁰ J. Arletaz, « Le juge, le citoyen et le justiciable : les droits et libertés dans un contexte démocratique », *RLDF* 2017, chron. 22.

¹³⁰¹ Note *supra*, n° 159.

nécessité de protéger la création d'autrui si cette protection aboutit à des sanctions ridicules pour les ayants droit ou écrasantes pour les contrefacteurs ? Une atteinte au droit de propriété intellectuelle doit évidemment être réparée et punie, mais la sanction qui en découle devrait toujours être justifiée par rapport à la gravité de cette atteinte. Or, comme vu précédemment, ce n'est pas systématiquement le cas. Le prononcé d'une sanction en conformité avec le principe de proportionnalité apporte ainsi une meilleure exemplarité aux sanctions du droit de la propriété intellectuelle.

291. — Un élément déterminant lors d'un conflit de droits fondamentaux. Enfin, comme vu précédemment¹³⁰², si le principe de proportionnalité permet de résoudre un conflit de droits fondamentaux, il doit nécessairement considérer la sanction prononcée à l'issue de ce conflit. Lors du contrôle de proportionnalité dans le cadre d'un conflit de droits fondamentaux, l'étape du test de la proportionnalité *stricto sensu* doit ainsi prendre en compte la gravité de la sanction par rapport à l'atteinte faite aux droits fondamentaux en conflit. Une telle prise en considération de la sanction invite les juges à penser la réparation et la punition de la contrefaçon comme potentiellement déterminantes dans la résolution d'un conflit de droits fondamentaux. Le principe de proportionnalité s'inscrit ainsi dans une démarche globale en droit de la propriété intellectuelle entraînant le prononcé de décisions plus justes, pour les justiciables.

292. — Conclusion du chapitre et du titre. En conclusion, il semble que l'application du principe de proportionnalité en matière de sanctions du droit de la propriété intellectuelle est toujours en construction. Les décisions du fond se multiplient ces dernières années précisant ses modalités d'application. Une motivation impliquant l'appréciation de la gravité du manquement et l'évaluation des conséquences de la sanction sur les parties, pourrait être une piste pertinente. Les juges seront également confrontés à la problématique du cumul des sanctions civiles et pénales du droit de la propriété intellectuelle avec celles du droit de la concurrence déloyale, qui dépend de la caractérisation du fait distinct pour garantir le respect du principe de proportionnalité. Celui-ci semble, à l'heure actuelle, plus que jamais nécessaire, en tant que fondement des sanctions de la contrefaçon, dans un contexte où les usages détournés du droit de la propriété intellectuelle se multiplient (« *mauvaises actions en contrefaçon* ») et où un climat de défiance envers ce droit fondamental s'installe. Il semble donc indispensable de se fonder sur le principe de proportionnalité pour confirmer le caractère essentiel à la vie

¹³⁰² *Supra*, n° 225 et suiv.

sociale du droit de la propriété intellectuelle et ses sanctions, marqué par l'espoir de parvenir à des sanctions toujours mieux motivées et plus justes.

293.— Conclusion de la seconde partie. Le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle a ainsi des conséquences directes en matière de sanctions et se manifeste par un contrôle de proportionnalité propre à ces dernières. Celui-ci est inhérent à un conflit fondamental, puisque la proportionnalité des sanctions, en plus d'être essentielle à la protection des droits fondamentaux, est un critère majeur de la résolution d'un tel conflit. Néanmoins, le contrôle de proportionnalité des sanctions s'affirme également hors de tout conflit fondamental pour être, de manière plus large, un instrument de pondération des sanctions en droit de la propriété intellectuelle. Ces dernières, du fait de leur variété et de leurs conséquences importantes pour les justiciables, nécessitent une analyse approfondie par les juridictions du fond souveraines quant à leur détermination. Cette application est encore en construction et demeure relativement absente de la motivation des juges, mais le développement de critères tels que l'appréciation de la gravité du manquement (pour assurer l'adéquation de la sanction) et l'évaluation des conséquences de la sanction sur les parties (pour assurer la nécessité de la sanction) pourrait rendre l'usage de ce contrôle plus efficient et sûr juridiquement. Le contrôle de la proportionnalité de la sanction devra également prendre en considération les autres sanctions proches du droit de la propriété intellectuelle, telle que celles du droit de la concurrence déloyale, et apprécier la proportionnalité d'un potentiel cumul.

CONCLUSION GÉNÉRALE

294.— **Synthèse des conséquences du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle.** Que retenir du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle ? D'abord, il recouvre un champ d'application large, découlant de la protection des droits fondamentaux, dont la propriété intellectuelle fait indéniablement partie. Sa mise en œuvre, par plusieurs types de contrôles de proportionnalité, a bouleversé les certitudes doctrinales et enclenché une réflexion relative à la motivation et l'interprétation juridique. Le plus discuté desdits contrôles de proportionnalité est celui utilisé en cas de conflit fondamental.

Le premier bouleversement a lieu au niveau constitutionnel : l'utilisation du principe par le Conseil constitutionnel français implique un contrôle de proportionnalité qui impose la recherche d'un équilibre entre les atteintes portées aux droits et libertés constitutionnels et les objectifs poursuivis. Particulièrement dans l'arrêt *Hadopi*, l'étendue du contrôle, en ce qu'il est soit plein ou restreint, apprécie le droit constitutionnel opposé au droit de la propriété intellectuelle. Le législateur est ainsi contraint d'anticiper, lors de l'élaboration de la loi, quels autres droits peuvent lui être opposés, notamment la liberté d'expression, le droit à la vie privée et la liberté d'entreprendre.

Néanmoins, le vrai bouleversement intervient au niveau judiciaire en plusieurs étapes. Il a pour origine la jurisprudence des deux cours européennes, elle-même inspirée du principe de proportionnalité allemand. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne ont développé leurs propres contrôles de proportionnalité pour résoudre un conflit entre droits fondamentaux. Si la première entreprend une démarche plus concrète que la seconde, liée à la nature de sa mission, ces deux juridictions confirment toutes deux le caractère non absolu du droit de la propriété intellectuelle et la nécessité de le concilier avec les autres droits fondamentaux (reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Lors de leur contrôle de proportionnalité, les deux cours réservent une certaine marge d'appréciation aux États membres mais donnent des indications afin de le réaliser à leur tour. Au-delà du développement d'un test en trois étapes (adéquation, nécessité et proportionnalité *stricto sensu*), les cours européennes révèlent des éléments à prendre en compte selon le droit fondamental opposé au droit de la propriété intellectuelle et les faits de l'espèce (type de discours en cause pour la liberté d'expression invoqué pour une utilisation d'un bien intellectuel hors des exceptions légales ; durée, complexité, coût, nécessité pour la liberté d'entreprise ou le droit à la vie privée invoquée

pour une mesure de blocage sur internet...).

Les juridictions nationales effectuent leur propre contrôle de proportionnalité depuis plusieurs années, malgré certaines résistances (en Belgique et en Suède) dans le cadre duquel elles utilisent les faits pour confirmer l'équilibre interne posé par la loi ou très exceptionnellement, pour reconnaître le droit fondamental en tant que limite justifiée au droit de propriété intellectuelle. Les rares jugements dans lesquels l'application peut sembler maladroite (notamment dans la prise en compte des faits) sont corrigés en appel ou expliqués par leur antériorité par rapport aux décisions rendues par les juridictions européennes.

La France a lancé ce processus d'adoption du contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental au niveau judiciaire le 15 mai 2015 : l'arrêt *Klasen* de la première chambre civile de la Cour de cassation impose désormais aux juges du fond d'expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre le droit de la propriété intellectuelle et un autre droit fondamental opposé commande la condamnation prononcée. Les premiers jugements et arrêts au fond ont appliqué cette jurisprudence de la Cour de cassation, notamment en cas de conflit de la liberté d'expression à travers la notion de nécessité d'usage. Leur motivation devrait assurément s'étoffer dans les prochaines années.

En parallèle, il ne faut pas négliger le contrôle de proportionnalité de la sanction, qui découle également du principe de proportionnalité et qui a des applications déterminantes pour le contrôle lors d'un conflit fondamental. Une sanction disproportionnée pourrait menacer directement l'application et la cohérence des droits fondamentaux et ce risque rend indispensable la conjonction des deux contrôles. Si le législateur, tant national et européen, a adopté différentes mesures inspirées par la volonté de parvenir à une sanction proportionnée, le juge demeure essentiel dans l'application du principe de proportionnalité, puisqu'il choisit la sanction la mieux adaptée aux faits. L'enjeu est central pour le droit de la propriété intellectuelle en ce qu'il offre une grande variété de sanctions, tant pénales que civiles, afin de lutter contre la contrefaçon. Cependant, son application reste timide, autant que son intérêt pour la doctrine. Cette application est appelée à se développer davantage à travers la jurisprudence.

295. — Apports du principe de proportionnalité au droit de la propriété intellectuelle. Le principe de proportionnalité crée ainsi un nouveau cadre analytique pour le droit de la propriété intellectuelle. Plutôt que de perturber les équilibres internes à la matière, ainsi que certains auteurs l'ont pensé, il vient au contraire les conforter en rappelant le caractère conciliatoire originel de cette matière, à la croisée des droits fondamentaux, tout en questionnant la pertinence des solutions du droit positif. Le principe de proportionnalité appelle à une réflexion

sur la portée des décisions de justice en propriété intellectuelle : il convient d'envisager chaque affaire sous tous ses aspects, en ne se limitant pas à la lecture rigoriste du texte de lois. Il fournit ainsi aux justiciables une motivation plus précise rendant les décisions de justice plus intelligibles et acceptables. Cet aspect prend un sens particulier dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la sanction puisque, grâce à lui, la décision ne doit plus se fonder sur une évaluation approximative du juge, mais sur des critères précis pour réparer plus efficacement le préjudice subi. Enfin le principe de proportionnalité donne une existence concrète au droit de la propriété intellectuelle. Souvent considéré comme une matière artificielle, nous avons vu qu'il était possible d'envisager des méthodes communes aux différentes composantes de la matière en ce qu'elle constitue le droit à la protection des biens intellectuels (reconnu comme tel par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) qui doit être concilié avec d'autres droits fondamentaux et qui partage des sanctions spécifiques à ces biens. Cependant, cette approche globale n'exclut pas la prise en compte des aspects particuliers de chacune des formes de la propriété intellectuelle (exceptions légales et droit moral en droit d'auteur, limites législatives en propriété industrielle...).

296. — Apports du droit de la propriété intellectuelle au principe de proportionnalité. Le droit de la propriété intellectuelle éclaire également le principe de proportionnalité et en fournit l'illustration juridique parfaite. En effet, le droit de la propriété intellectuelle a su démontrer un effort de conciliation avec des intérêts différents et la volonté de répondre aux droits tant des propriétaires que des utilisateurs. Au niveau législatif, le droit de la propriété intellectuelle dispose de limites et d'exceptions qui avant que soit théorisé le principe de proportionnalité, avaient répondu en partie aux exigences de ce principe (ce que vérifie et confirme le Conseil constitutionnel dans la pratique de son contrôle de proportionnalité). Au niveau judiciaire, l'application en droit de la propriété intellectuelle du principe de proportionnalité démontre qu'il est possible pour les juges de réaliser un des buts de ce principe : rendre une décision adéquate, nécessaire et proportionnée entre les intérêts en présence, à la lumière des faits de l'espèce.

297. — Propositions pour la résolution du conflit fondamental en droit français. Pour autant, du fait de la nature évolutive de la valeur des droits fondamentaux et de l'application du principe de proportionnalité par les juges français, il reste encore beaucoup à construire pour parvenir à des solutions intelligibles, respectueuses des droits fondamentaux et assurant la sécurité juridique.

Dans ce travail, les cours européennes jouent un rôle déterminant et nous ne saurions que conseiller aux hautes juridictions nationales d'interroger plus souvent la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, quand un doute émerge sur l'application du principe de proportionnalité. Ces cours européennes l'utilisent depuis plusieurs décennies. Si, parfois, leurs décisions à ce sujet peuvent laisser songeur du fait de leurs contradictions ou leurs occultations sur certains points, l'expérience¹³⁰³ et une certaine continuité dans la méthode l'emportent à long terme¹³⁰⁴. En ce sens, leur jurisprudence fournit déjà de précieuses indications dont les juridictions nationales peuvent user. Le test en trois étapes (adéquation, nécessité, proportionnalité *stricto sensu*) doit être la boussole des juridictions mais ne doit pas être utilisé de manière identique et systématique. En effet, les critères de chaque test ne peuvent pas être les mêmes pour tous les droits fondamentaux invoqués (liberté d'expression, vie privée, liberté d'entreprendre...) voire pour chaque droit fondamental selon les circonstances (droit d'auteur et droit des marques dans le droit de propriété intellectuelle et liberté d'opinion, de création, et d'information dans le droit à la liberté d'expression). De plus, la certaine marge d'appréciation accordée aux États permet de s'adapter aux spécificités nationales et de développer un contrôle de proportionnalité propre au droit français de la propriété intellectuelle.

Aujourd'hui, ce contrôle, dont la charge de la preuve pèse sur celui qui invoque un autre droit fondamental face au droit de propriété intellectuelle, a plusieurs critères selon le conflit en cause. Nous appelons les juges et les avocats en demande, à développer ces derniers. Lors d'un conflit entre le droit d'auteur et la liberté de création – le plus fréquemment examiné par les juridictions françaises - les juges insistent particulièrement sur la preuve de la nécessité de reproduire l'œuvre originelle protégée par le droit d'auteur dans une nouvelle œuvre pour y exprimer la liberté de création, en se fondant, principalement, sur la connaissance de l'œuvre première par le public. Nous sommes d'avis qu'un tel conflit ne peut être résolu selon ce seul critère. Le test de nécessité devrait être étoffé car il nous semble être l'étape essentielle du contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental en droit de la propriété intellectuelle. Il conviendrait d'y inclure l'analyse de la nature de l'œuvre copiée, la réalité et la consistance du message véhiculé par l'œuvre seconde et sa potentielle participation à un débat d'intérêt général. Le test de proportionnalité *stricto sensu* pourrait alors prendre la forme d'une comparaison entre les rapports existants et les rapports qui existeraient si la mesure litigieuse

¹³⁰³ M. Guyomar, « Contrôle in concreto : beaucoup de bruit pour rien de nouveau » in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexis Nexis, 2018, p. 323.

¹³⁰⁴ S. Van Drooghenbroeck, X. Delgrange, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue de droit des religions* 2019, n° 7, p. 41.

était adoptée, en privilégiant le rapport le plus « *durable, équilibré et satisfaisant* ». Lors d'un conflit avec le droit à la vie privée, notamment en matière de protection des données (qui peut être associé à un conflit avec la liberté d'entreprise), le test de nécessité devrait être centré sur la question de savoir si la façon de collecter des données est indispensable à la protection des droits de propriété intellectuelle. Le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* devrait ensuite s'attarder sur le rapport coût-bénéfice de la mesure litigieuse (en termes de coût, durée, impact...) et sur qui sa charge doit peser. Pour autant, ces critères devraient toujours être laissés à l'appréciation des juges du fond, sans être figés dans la loi, pour ainsi permettre leur adaptation dans le temps et leur inscription dans la logique même des droits fondamentaux. Concernant le droit de la propriété industrielle, s'il est l'objet d'un contentieux, pour l'instant, moins important que celui de la propriété littéraire et artistique, il est également concerné par de tels conflits fondamentaux. Quelques contentieux existent, notamment en droit des marques, et les conflits en droit des brevets sont appelés à se développer dans les prochaines années, du fait de l'essor du droit fondamental à la protection de la santé ou à la liberté d'information.

À travers ces quelques illustrations, il convient surtout d'appeler les juges du fond et les avocats à considérer tous les aspects d'un conflit. Ainsi, son issue, tout en permettant la prise en compte des droits fondamentaux, permettra de garantir une sécurité juridique forte eu égard au caractère exceptionnel d'une espèce impliquant un droit fondamental qui menacerait l'équilibre interne au droit de la propriété intellectuelle.

298. — Propositions pour la méthode du contrôle de proportionnalité de la sanction. Dans cette prise en compte des droits fondamentaux et l'établissement d'un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental, la prise en compte de la sanction est indispensable lors du test de proportionnalité *stricto sensu*. Au-delà d'un tel conflit, cette prise en compte est une des applications logiques du principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle. Nous appelons, à ce sujet, les juges à renouveler leur motivation pour se saisir pleinement de leur pouvoir souverain d'appréciation.

En l'absence de méthode efficace d'application du principe de proportionnalité à la sanction en droit de la propriété intellectuelle, deux critères souples sont proposés et applicables à l'ensemble des sanctions : l'appréciation de la gravité du manquement (pour assurer l'adéquation de la sanction) et l'évaluation des conséquences de la sanction sur les parties (pour assurer la nécessité de la sanction). L'usage de ces deux critères semble, de plus, pertinent dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux. Au-delà de la sanction en droit de la propriété intellectuelle en tant que telle, il convient également

d'appeler les juges à caractériser efficacement un fait distinct pour établir des sanctions en droit de la concurrence déloyale afin de garantir le respect du principe de proportionnalité.

299. — Des contrôles de proportionnalité en construction. Le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle est ainsi appelé à se développer dans les prochaines années. Il est impossible d'imaginer aujourd'hui les affaires et les nouveaux conflits que pourront examiner les juridictions nationales et européennes. Il s'agit seulement d'espérer que la sécurité juridique sera garantie. En suivant cette valeur sociale primordiale, le droit de la propriété intellectuelle pourra véritablement assurer un équilibre entre tous les droits en présence. Nous sommes confiants en la capacité des juges à relever ce défi et à continuer à améliorer les contrôles de proportionnalité pour les rendre toujours plus intelligibles, utiles et justes.

BIBLIOGRAPHIE JURISPRUDENTIELLE

(les décisions en gras sont commentées dans le corps de texte au numéro de paragraphe indiqué)

Commission européenne des droits de l'Homme

4 octobre 1990, *Smith Kline et French Lab. c/ Pays-Bas*, n° 12633/87 : 130

14 juin 1996, *Pierre Marais c/ France*, n° 31159/96

Conseil constitutionnel (France)

16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC

12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC

25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n° 79-105 DC

20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, n° 80-127 DC.

16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132 DC

25 juillet 1984, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, n° 84-176 DC

3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, n° 86-215 DC

17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC

28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, n° 98-260 DC

8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, n° 90-283 DC : 87

18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, n° 94-352 DC

16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, n° 96-377 DC

23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, n° 96-378 DC

12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, n° 2001-455 DC

1er juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC : 87

29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 2004-499 DC : 87

8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, n° 2005-527 DC

27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC

21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, n° 2008-562 DC

10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC : 90

22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, n° 2009-590 DC : 234

9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, n° 2011-631 DC

8 juin 2012, *M. Mickaël D. [Ivresse publique]*, n° 2012-253 QPC

4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, n° 2013-679 DC

28 février 2014, *M. Marc S. et autre [Exploitation numérique des livres indisponibles]*, n° 2013-370 QPC : 95

13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, n° 2014-690 DC

23 janvier 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*, n° 2014-439 QPC

21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, n° 2015-727 DC : 96

22 juillet 2016, *M. Gilbert B.*, n° 2016-554 DC

10 février 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]*, n° 2016-611 QPC

8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, n° 2017-752 DC

Conseil d'État (France)

19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. 541

20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243

19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470

16 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827

Cour d'appel (France)

CA Paris, 30 mai 2001, n° 2000/17996

CA Paris, 14 mai 2003, n° 2001/12885

CA Paris, 31 mars 2004, n° 2003/06582

CA Paris, 8 septembre 2004, n° 04/09673 : 267

CA Paris, 17 janvier 2007, n° 05/08545

CA Paris 14 janvier 2011, n° 09/19057

CA Paris, 6 décembre 2011, n° 11/11455

CA Paris, 31 octobre 2012, n° 10/21777

CA Paris, 13 décembre 2012, n° 11/13072

CA Paris, 20 mars 2013, n° 11/14436

CA Paris, 18 septembre 2013, n° 12/02480

CA Paris, 6 décembre 2013, n° 13/13641

CA Paris 10 janvier 2014, n° 12/14361

CA Paris, 15 janvier 2014, n° 12/09291

CA Paris, 27 janvier 2015, n° 14/22328

CA Paris, 17 février 2015, n° 14/01816

CA Paris, 2 juin 2015, n° 14/01233

CA Paris, 25 septembre 2015, n° 14/01364 : 215

CA Paris, 13 octobre 2015, n° 14/08900

CA Paris, 12 avril 2016, n° 14/23137

CA Paris, 15 novembre 2016, n° 15/14677

CA Versailles, 26 janv. 2017, n° 15/01073

CA Paris, 27 janvier 2017, n° 15/23740

CA Paris, 22 décembre 2017, n° 13/14419 : 273

CA Versailles, 16 mars 2018, n° 15/06029 : 216

CA Paris, 11 septembre 2018, n° 18/01099 : 271

CA Versailles, 30 novembre 2018, n° 17/08754

CA Paris, 17 décembre 2019, n° 15/01086 : 217

CA Paris, 13 mars 2020, n° 19/04127 : 218

CA Paris, 6 novembre 2020, n° 19/15536

CA Paris, 10 novembre 2020, n° 19/23000

CA Paris, 27 novembre 2020, n° 19/16128

Cour de cassation (Belgique)

27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 886

9 mars 1999, *Pasicrisie*, 1999, I, p. 361

25 septembre 2003, R. W., 2003-2004, p. 1179 : 191

Cour de cassation (France)

Crim., 24 mai 1845, S., 1845.I.765

Civ., 24 janvier 1893, D.P., 1893.I.144, S., 1893.I.368

Com., 13 janvier 1971, pourvoi n° 69-14.388

1^{re} Civ., 24 mai 1975, pourvoi n° 73-13.556

1^{re} Civ., 31 janvier 1989, pourvoi n° 87-15.139

1^{re} Civ., 29 octobre 1990, pourvoi n° 88-19.366

Com., 18 février 1992, pourvoi n° 87-12.844

Com., 10 mars 1992, pourvoi n° 90-16.298

Com., 26 mai 1992, pourvoi n° 90-13.499

Crim., 16 janvier 1995, pourvoi n° 93-85.863

1^{re} Civ., 18 juillet 1995, pourvoi n° 93-16.338.

Crim., 6 mars 1996, pourvoi n° 95-83.310

Com., 26 janvier 1999, pourvoi n° 96-22.457

Crim., 29 mars 2000, pourvoi n° 98-82.979.

1^{re} Civ., 9 juillet 2003, pourvoi n° 00-20.289 : 211

1^{re} Civ., 13 novembre 2003, pourvoi n° 01-14.385 : 201

1^{re} Civ., 20 janvier 2004, pourvoi n° 00-19.577

Com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-13.242

Com., 28 avril 2004, pourvoi n° 02-20.330

Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 01-10.423.

2e Civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.489 : 204

1^{re} Civ., 30 janvier 2007, pourvoi n° 04-15.543 : 203

Com., 12 juin 2007, pourvoi n° 05-17.349

Crim., 3 septembre 2007, pourvoi n° 07-88.502
1^{re} Civ., 2 octobre 2007, pourvoi n° 05-14.928 : 202
1^{re} Civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 04-19.774
Crim., 5 février 2008, pourvoi n° 07-81.387
Com., 26 février 2008, pourvoi n° 05-13.860
1^{re} Civ., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.251 : 205
Com., 8 avril 2008, pourvoi n° 06-10.961 : 205
1^{re} Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-21.514 : 268
Com., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-14.741
Com., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.436
Crim., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-85.732
Com., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 08-17.187
Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-15.338, 08-16.459 et 08-16.469
Com., 15 juin 2010, pourvoi n° 08-20.999
Com., 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-20.914
Com., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-21.723
1^{re} Civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.666, n° 11-13.669 : 258
1^{re} Civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-15.165 et 11-15.188.
1^{re} Civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066
1^{re} Civ., 15 mai 2015, pourvoi n° 13-27.391 : 208 et suiv.
Crim., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-86.507
1^{re} Civ., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.273 : 228
Com., 5 juillet 2016, pourvoi n° 14-10.108
1^{re} Civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-28.467, 16-11.759 : 229
1^{re} Civ., 6 juillet 2017, pourvoi n° 16-18.595, 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348 : 212
3^e Civ., 5 octobre 2017, pourvoi n° 16-21.971
Crim., 20 décembre 2017, n° 17-90.018
Crim., 16 janvier 2018, pourvoi n° 17-81.884
1^{re} Civ., 31 janvier 2018, pourvoi n° 15-28.352 : 260
Com., 14 février 2018, pourvoi n° 15-25.346
1^{re} Civ., 11 juillet 2018, pourvoi n° 17-22.381
Ass. plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° 10-19.053
Com., 23 janvier 2019, pourvoi n° 17-21.481 : 259

Com., 13 mars 2019, pourvoi n° 18-11.046

1^{re} Civ., 22 mai 2019, pourvoi n° 18-12.718 : 210

1^{re} Civ., 11 mars 2020, pourvoi n° 19-13.716

Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*)

7 juillet 1971, *Kirchen- und Schulgebrauch*, 1 BvR 765/66 : 179

29 juin 2000, *Germania 3*, 1 BvR 825/98 : 179

31 mai 2016, *Metall auf Metall*, 1 BvR 1585/13 : 180

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, n° 1474/62

7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72

7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, n° 5095/71, 5920/72, 5926/72

29 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni*, n° 6538/74

13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74

9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, n° 6289/73

26 mars 1987, *Leander c/ Suède*, n° 9248/81

22 mai 1990, *Autronic AG c/ Suisse*, n° 12726/87

25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, n° 14307/88

24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, n° 12547/86

23 septembre 1994, *Jersild c/ Danemark*, n° 15890/89

23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, n° 15318/89

30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, n° 19392/92

24 mars 1998, *Olsson c/ Suède (n° 1)*, n° 10465/83

25 août 1998, *Hertel c/ Suisse*, n° 25181/94

29 avril 1999, *Chassagnou et a. c/ France*, n° 25088/94, n° 28331/95 et n° 28443/95

8 juillet 1999, *Ceylan c/ Turquie*, n° 23556/94

4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, n° 28341/95

29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02

13 février 2003, *Refah Partisi (parti de la prospérité) c/ Turquie*, n° 41340/98
24 juin 2003, *Garaudy c/ France*, n° 65831/01
17 avril 2004, *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark*, n° 49017/99
18 mai 2004, *Jacques Seurot c/ France*, n° 57383/00.
24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, n° 59320/00
2 septembre 2004, *W.P. et autres c/ Pologne*, n° 42264/98
15 février 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, n° 68416/01
12 mai 2005, *Öcalan c/ Turquie*, n° 46221/99
26 juillet 2005, *Siliadin c/ France*, n° 73316/01
13 décembre 2005, *Witzch c/ Allemagne*, n° 7485/03
26 juin 2006, *Weber et Saravia c/ Allemagne*, n° 54934/00
11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, n° 73049/01
20 février 2007, *Pavel Ivanov c/ Russie*, n° 35222/04
10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/05
4 décembre 2007, *Volkov c/ Russie*, n° 64056/00
29 janvier 2008, *Balan c/ Moldavie*, n° 19247/03
29 janvier 2008, *Saadi c/ Royaume-Uni*, n° 13229/03
21 février 2008, *Guja c/ Moldova*, n° 14277/04
27 mai 2008, *N. c/ Royaume-Uni*, n° 26565/05
1^{er} juin 2008, *Gäfgen c/ Allemagne*, n° 22978/05
3 décembre 2009, *Zaunegger c/ Allemagne*, n° 22028/04
6 juillet 2010, *Jokitaipale et autres c/ Finlande*, n° 43349/05
16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08
7 février 2012, *Axel Springer c/ Allemagne*, n° 39954/08
9 juillet 2012, *Harkins et Edwards c/ Royaume-Uni*, n° 9146/07 et n° 32650/07
9 juillet 2012, *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n° 66069/09, n° 130/10, et n° 3869/10
8 janvier 2013, *Willcox et Hutford c/ Royaume-Uni*, n° 43759/10 et n° 43771/12
10 janvier 2013, *Ashby Donald et a. c/ France*, n° 36769/08 : 123 et suiv., 226
10 février 2013, *F. Neij et P. Sunde Kolm isoppi c/ Suède [The Pirate Bay]*, n° 40397/12 : 128
14 mars 2013, *Eon c/ France*, n° 26118/10
5 décembre 2013, *Kismoun c/ France*, n° 32365/10
5 novembre 2015, *Henrioud*, n° 21444/11

16 avril 2019, *Kamoy Radyo Televizyon Yayincilik Ve Organizasyon A.S. c/ Turkey*, n° 19965/06 : 131

Cour fédérale du Canada

Glaxo Wellcome PLC v. Minister of National Revenue [1998] 4 F.C.R. 439

BMG Canada Inc. v. John Doe [2004] 3 F.C.R. 241 : 82

Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*)

10 janvier 1968, *Pelzversand*, Ib ZR 43/66

7 mars 1985, *Lili Marlene*, I ZR 70/82 : 177

16 janvier 1997, *CB-Infobank I*, I ZR 9/95

16 janvier 1997, *CB-Infobank II*, I ZR 38/96

24 janvier 2002, *Verhüllter Reichstag*, I ZR 102/99

11 juillet 2002, *Elektronischer Pressespiegel*, I ZR 255/00

3 février 2005, *Lila-Postkarte*, I ZR 159/02

13 décembre 2012, *Metall auf Metall II*, I ZR 182/11

21 octobre 2015, *Davidoff Hot Water II*, I ZR 51/12 : 178

Cour de justice de l'Union européenne / Cour de justice des communautés européennes (CJUE / CJCE)

29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière*, p. 304

17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70

20 février 1979, *Buitoni*, aff. 122/78

13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79

23 février 1983, *Fromançais*, aff. 66/82

17 mai 1984, *Denkavit*, aff. 15/83

22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85

11 juillet 1989, *Schräder HS Kraftfutter*, aff. 265/87

13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88

27 juin 1990, *Lingenfelser*, aff. C-118/89

13 novembre 1990, *Fedesa e.a.*, aff. C-331/88

1^{er} octobre 1991, *Vidranyi c/ Commission*, aff. C-283/90

21 novembre 1991, *Technische Universität München c/ Hauptzollamt München-Mitte*, aff. C-269/90

21 janvier 1992, *Pressler*, aff. C-319/90

20 octobre 1993, *Phil Collins e.a.*, aff. C-92/92 et C-326/92

5 octobre 1994, *Crispoltoni e.a.*, aff. C-133/93, aff. C-300/93 et C-362/93

30 juillet 1996, *Bosphorus*, aff. C-84/95

17 juillet 1997, *National Farmers' Union e.a.*, aff. C-354/95,

29 avril 1999, *Standley e.a.*, aff. C-293/97

6 juillet 2000, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, aff. C-356/97

12 juillet 2001, *Jippes e.a.*, aff. C-189/01

23 avril 2002, *Boehringer Ingelheim e.a.*, aff. C-143/00

12 novembre 2002, *Arsenal Football Club*, aff. C-206/01

12 juin 2003, *Schmidberger c/ Autriche*, aff. C-112/00

6 novembre 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/1

12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA*, aff. C-347/03

12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health E.A.*, aff. jtes C-154/04 et C-155/04

12 septembre 2006, *Laserdisken c/ Kulturministeriet*, aff. C-479/04

26 avril 2007, *Boehringer Ingelheim e.a.*, aff. C-348/04 : 253

5 juillet 2007, *Ntioni et Pikoulas*, aff. C-430/05

11 septembre 2007, *Merck Genéricos*, aff. C-431/05

29 janvier 2008, *Promusicae c/ Telefonica de Espana SAU*, aff. C-275/06 : 65, 150

21 février 2008, *Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-328/07

15 mai 2008, *Commission c/ Royaume de Suède*, aff. C-341/07

5 juin 2008, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-395/07

5 juin 2008, *Industria Lavorazione Carni Ovine*, aff. C-534/06

3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P

19 février 2009, *LSG-Gesellschaft c/ Tele2 Telecommunication*, aff. C-557/07

5 mars 2009, *Age Concern England*, aff. C-388/07

8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c/ Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07,

9 mars 2010, *ENI SpA et ERG*, aff. jtes. C-379/08 et 380/08

8 juillet 2010, *Afton Chemical*, aff. C-349/09

12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.*, aff. C-324/09 : 254

18 octobre 2011, *Olivier Brüstle c/ Greenpeace*, aff. n° C-34/10

24 novembre 2011, *Scarlet Extended (Sté) c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeur SCRL*, aff. C-70/10 : 151

1^{er} décembre 2011, *Painer*, aff. C-145/10

9 février 2012, *Urbán*, aff. C-210/10,

16 février 2012, *SABAM c/ Netlog*, aff. C-360/10 : 151

19 avril 2012, *Bonnier Audio AB*, aff. C-461/10

23 octobre 2012, *Nelson e.a.*, aff. jtes. C-581/10 et C-629/10

6 novembre 2012, *Otis*, aff. C-199/11

15 novembre 2012, *Al-Aqsa/Conseil*, aff. jtes. C-539/10 P et C-550/10 P

22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11 : 136 et suiv.

25 avril 2013, *Asociația Accept*, aff. C-81/12

7 mai 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10

18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo*, aff. C-414/11

15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12

27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12 : 152 et suiv.

27 mars 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, aff. C-565/12

8 avril 2014, *Digital Rights*, aff. jtes. C-293/12 et C-594/12 : 145 et suiv.

3 septembre 2014, *Deckmyn c/ Vandersteen*, aff. C-201/13

16 juillet 2015, *Coty Germany GmbH c/ Stadtparkasse Magdeburg*, aff. C-580/13 : 156 et suiv.

16 juillet 2015, *Chmielewski*, C-255/14

6 octobre 2015, *Schrems I*, aff. C-362/14

17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, aff. C-157/14

15 février 2016, *N.*, aff. C-601/15

4 mai 2016, *Philip Morris c/ Secretary of State for Health*, aff. C-547/14 : 142 et suiv.

28 juillet 2016, *United Video Properties*, aff. C-57/15 : 255

8 septembre 2016, *GS Media BV c/ Sanoma*, aff. C-160/15

15 septembre 2016, *Mc Fadden*, aff. C-484/14 : 161 et suiv.

16 novembre 2016, *Soulier et Doke*, aff. C-301/15

21 décembre 2016, *Tele2 Sverig*, aff. jtes. C-203/15 et C-698/15

25 janvier 2017, *Stowarzyszenie « Olawska Telewizja Kablowa » c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich*, aff. C-367/15 : 245

26 janvier 2017, *Villeroy & Boch Austria GmbH c/ Commission*, aff. C-626/13

4 avril 2017, *Fahimian*, aff. C-544/15

5 avril 2017, *Orsi et Baldetti*, aff. C-217/15 et C-350/15

20 mars 2018, *Menci*, aff. C-524/15

17 avril 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16

31 mai 2018, *Zheng*, aff. C-190/17

7 août 2018, *Renckhoff*, aff. C-161/17 : 66

11 septembre 2018, *IR*, aff. C-68/17

4 octobre 2018, *Link Logistik N&N*, aff. C-384/17

6 novembre 2018, *Bauer and Willmeroth*, aff. C-569/16 et C-570/16

6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, aff. C-684/16

10 décembre 2018, *Wightman and Others*, aff. C-621/18

22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, aff. C-193/17

29 juillet 2019, *Funke Medien*, aff. C-469/17 : 67, 165 et suiv.

29 juillet 2019, *Spiegel Online*, aff. C-516/17 : 67, 165 et suiv.

29 juillet 2019, *Pelham*, aff. C-476/17 : 67, 165 et suiv.

24 septembre 2019, *Google c/ CNIL*, aff. C-507/17

27 février 2020, *Constantin Film Produktion c/ EUIPO*, aff. C-240/18

6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, aff. C-511/18

Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*)

17 décembre 1996, *Head-Kaufvertrag*, 4 Ob 2363/96

9 décembre 1997, *Karikaturwiedergabe*, 4 Ob 361/97k

12 juin 2001, *Medienprofessor*, 4 Ob 127/01g : 182

14 juillet 2009, *LSG/Tele2 (MediaSentry II)*, 4 Ob 41/09x : 183

17 novembre 2015, *Markenparfums*, 4 Ob 170/15a : 184

Cour suprême canadienne

Hunter v. Southam Inc [1984] 2 S.C.R. 145

R v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103

R v. Dymment [1988] 2 S.C.R. 417

Irwin Toy, Irwin Toy Ltd v Quebec (AG), [1989] 1 S.C.R. 927

Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc [2002] 2 S.C.R. 336

CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339

Cour suprême des États-Unis

Union Pacific R. Co. v. Botsford, 141 U.S. 250 (1891)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n N.Y.C., 447 U.S. 557, 563–66 (1980)

***Harper & Row Publishers Inc. c/ Nation Enterprise*, 471 U.S. 539 (1985) : 72**

Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997)

***Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) : 73**

Recording Ind. Assoc. v. Verizon Internet Servs., 543 U.S. 924 (2004)

***Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012) : 74**

Matal v. Tam, U.S. 582 U.S. __ (2017)

Iancu v. Brunetti, n° 18–302, 588 U.S. __ (2019)

Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad*)

20 octobre 1995, *Dior v. Evora*, n° 15.735 : 186

3 avril 2015, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV et A*, n° 14/01158 : 189

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I – Traités, manuels, ouvrages généraux

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012

BINCTIN Nicolas, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2018

BORÉ Jacques et Louis, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2008

BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, *Droit de la peine*, Lexis Nexis, 3^{ème} édition, 2019

BRIAND Luc, DUPIC Emmanuelle, *La question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*, PUF, 2013

CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Forum, Flammarion, 1996

CARBONNIER Jean, *Droit civil, Volume 1 : Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant et le couple*, PUF, 2004

CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 5^{ème} édition, 2017

CHEVALIER Jean, GHEERBRANT Alain, *Dictionnaire des symboles*, Robert Laffont, Bouquins, 1969 (éd. 2012)

CORNU Gérard (sous la direction de), *Vocabulaire Juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014

EMPTOZ Gérard, MARCHAL Valérie, *Aux sources de la propriété industrielle*, INPI, 2002

DERIEUX Emmanuel, *Droit des médias*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2018

DESBOIS Henri, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} édition, 1978

FAVOREU Louis, PFERSMANN Otto, SCOFFONI Guy, ROUX André, MESTRE Jean-Louis, GHEVONTIAN Richard, et GAÏA Patrick, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^e édition, 2018

GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^{ème} édition, 2019.

GOESEL-LE BIHAN Valérie, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010

HARRIS David, O'BOYLE Michael, BATES Ed, BUCKLEY Carla, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 3^e édition, 2014

JESTAZ Philippe, *Le Droit*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2002

JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, BACHELLIER Xavier, BUK LAMENT Julie, *La technique de cassation*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2018

LUCAS André et Henri-Jacques et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^{ème} édition, 2006

LUCHAIRE François, *Le Conseil constitutionnel, tome III : Jurisprudence, deuxième et troisième parties : l'État*, Economica, 2^{ème} édition, 2000

MAGNON Xavier (sous la direction de), *QPC – la question prioritaire de constitutionnalité*, Lexis Nexis, 2^{ème} édition, 2013

MANGÜÉ Christine, STAHL Jacques-Henri, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2017

MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2016

MARINO Laure, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, Thémis, 2013

MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel droits fondamentaux*, LGDJ, 2002

PASSA Jérôme, *Traité de droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2013

PLAISANT Marcel, *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Sirey, 1949

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit d'auteur*, Economica, 2^{ème} édition, 2014

RENOUARD Augustin-Charles, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard et cie, 1838

ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} édition, 2011

SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique*, La mémoire du droit, réimpression de l'édition de 1910, 2003

SCHWARZE Jürgen, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2009

SERIAUX Alain, *Le droit naturel*, PUF, Que sais-je n° 2806, 2^{ème} édition, 1999

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^{ème} édition, 2021

TILLIÈRE, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Ch. Vanderauwera, 1854

VILLEY Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2^{ème} édition, 1962

VILLEY Michel, *Le Droit et les Droits de l'homme*, PUF, 1983

VIVANT Michel, Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009

ZOLLER Elizabeth, *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} édition, 1999

II – Monographie, thèses, rapports, ouvrages spécialisés

ABBADIE Alice, *La cassation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité*, Mémoire Univ. Paris II, 2017

AFROUKH Mustapha, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011

ALEXY Robert, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2010

BALLOT Élodie, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2014

BALZAC (de) Honoré, *Notes à Messieurs les députés composant la commission de la loi sur la propriété littéraire*, Hetzel, 1841

BARAK Aharon, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012

BENSAMOUN Alexandra, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, coll. IDA, 2008

BOUCHET-LE MAPPIAN Émilie, *Propriété intellectuelle et droit de propriété : droits anglais, allemand et français*, P.U.R., 2013

BRONZO Nicolas, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007

BUYDENS Mireille, *La propriété intellectuelle, évolutions historique et philosophique*, Bruylant, 2012

CAMPION Léo, *La théorie de l'abus des droits*, Bruylant, 1925

CARON Christophe, *Abus de droit en droit d'auteur*, Litec, 1998

CHEYREARD Guillaume, *La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, LGDJ, 2020

CLERGERIE Jean-Louis, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, 1997

COLELLA Stéphanie, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 2019

COHEN-ELIYA Moshe, PORAT Iddo, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013

COUR DE CASSATION, *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, 2020

DUCOULOMBIER Peggy, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011

GEIGER Christophe, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004

GÉNIAUT Benoît, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, 2009

GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, LGDJ, 1919, 2e éd., t. II, n° 173

GIOBANELLA Federica, *Copyright and Information Privacy: Conflicting Rights in Balance*, Edward Elgar Publishing, 2017

GIROUX Valéry, *Les droits fondamentaux des animaux : une approche anti-spéciste*, Thèses et mémoires de l'UdeM, 2011

GRIGNON Francis, *L'utilisation des brevets par les entreprises françaises*, Rapp. d'information n° 377 (Sénat), 13 juin 2001

GUIBAULT Lucie, *Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, 2002

HOCHMANN Thomas, REINHARDT Jörn, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Pédone, 2018

HUGENHOLTZ Bernt, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, Oxford University Press, 2001

IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2012

JACQUES Sabine, *The Parody Exception in Copyright Law*, Oxford University Press, 2019

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1927

KAHN Anne-Emmanuelle, *Le droit des musiciens dans l'environnement numérique*, thèse Dijon, 1998

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, traduction française par EISENMANN Charles, LGDJ, 1999

LE BARS Thierry, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997

LE GAC-PECH Sophie, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000

LENAERTS Koen, GUTIÉRREZ-FONS José, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2020

LÉONARD Thierry, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Larcier, 2005

LESUEUR Justine, *Conflits de droits, illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité*, PUAM, 2002

MARTENS Paul, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, Presses universitaires de Namur, 2007

MARZAL-YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité, essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2014

MASTOR Wanda, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2020.

MÜLLER Markus, *Proportionnalité, le Rubik's Cube du droit*, Stämpfli Editions, 2016

MUZNY Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005

PALANCO Alexandre, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2019

PASSA Jérôme, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997

PHILIPPE Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica-PUAM, 1990

PIATEK Dariusz, *La crise des exceptions en droit d'auteur : Étude paradigmatique*, Institut Universitaire Varenne, 2017

PLATON Sébastien, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2008

PORTUESE Aurélien, *Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, Publibook Des Écrivains, 2014

PUTTEMANS Andrée, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruylant, 2000

RAND Ayn, *La Vertu d'égoïsme* (éd. or. 1964), traduction française par MEUNIER Marc et LAURENT Alain, Les belles lettres, 2011

RIVERO Jean et VEDEL Georges, *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Librairie sociale et économique, coll. Droit social, 1947

ROSSELET Sébastien, *Les contre-mesures à travers le prisme du principe de proportionnalité: étude en droit de la paix et en droit international humanitaire*, Éditions romandes, 2020

RUZEK Vincent, *Communautarisation et mondialisation du droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2016

SABATIER Marc, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Litec, 1976

SÉRIAUX Alain, *Le droit naturel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e édition, 1999

SEUX Marie-Joseph, *Lois de l'Ancien Orient*, Le Cerf, coll. « Cahiers Évangile », 1986

SLITS Laurent, *Les Patent Trolls : Approche descriptive et prospective*, Louvain School of Management, 2010

TINIÈRE Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007

TORREMANS Paul, *Copyright and Human Rights: Freedom of Expression, Intellectual Property, Privacy*, Kluwer Lax International, 2004

TRJET Grégoire (ss. la dir. de), « Propriété industrielle : le coût des litiges », Étude comparée entre la France, l'Allemagne, l'Angleterre, Les États-Unis, l'Espagne et les Pays Bas, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Études, mai 2000

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2001

VANNES Viviane, *Le droit de grève : Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Larcier, 2013

WEBER Max, *Le savant et le politique*, UGE, 1963 (or. 1919)

XENOU Lamprini, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruylant, 2017

XYNOPOULOS Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, 1995

ZATTARA Anne-Françoise, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, 2001

ZOLLINGER Alexandre, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008

III – Articles doctrinaux, fascicules, contributions

ABRAMS Howard, « Eldred Golan and Their Aftermath », *Journal of the Copyright Society of the USA* 2013, n° 60, p. 491

AFROUKH Mustapha, « La Cour européenne aux prises avec un nouveau conflit de droits : liberté d'expression versus droit de propriété intellectuelle », *JCP G* 2013, n° 14, p. 397

AFROUKH Mustapha, « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RLDF* 2019, chron. 4

ANGELOPOULOS Christina, « Freedom of expression and copyright: the double balancing act », *I.P.Q.* 2008, n° 3, p. 328

ANGELOPOULOS J. Christina, « Are blocking injunctions against ISPs allowed in Europe? Copyright enforcement in the post-Telekabel EU legal landscape », *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2014, n° 9, p. 819

ANGELOPOULOS J. Christina, « Sketching the Outline of a Ghost: The Fair balance between Copyright and Fundamental Rights in Intermediary Third Party Liability », *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications, Information and Media* 2015, n° 17(6), p. 72

ANGELOPOULOS J. Christina, SMET Stijn, « Notice-and-Fair-Balance: How to reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability », *Journal of Media Law* 2016, n° 8, p. 268

ARLETTAZ Jordane, « Le juge, le citoyen et le justiciable : les droits et libertés dans un contexte démocratique », *RLDF* 2017, chron. 22

ATIAS Christian, « Destins du droit de propriété », *Droits* 1985, p. 5.

AZOULAI Loïc, « L'effectivité du droit de l'union et les droits fondamentaux », in *L'effectivité du droit de l'union européenne*, sous la direction de BOUVERESSE Aude et RITLANG Dominique, Bruylant, 2018, p. 221

BACHELLIER Xavier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », Colloque de la Cour de cassation sur : Droit et technique de cassation, *Bull. inf.* n° 702 du 15 mai 2009.

BAILEY Jane, « Deflating the Michelin Man », in *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, sous la direction de CRAIG Carys, Irwin Law, 2005, p. 141

BARAK Aharon, « Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations », *CUP* 2012, p. 340

BAUDEL Jules-Marc, « Le droit d'auteur français et le copyright américain : les enjeux », *Revue Française d'Études Américaines* 1998, n° 78, p. 48

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « Rapport introductif : le principe de proportionnalité existe-t-il en droit privé ? », *LPA* 1998, n° 117, p. 3

BÉNABENT Alain, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137

BENSAMOUN Alexandra et SIRINELLI Pierre, « Droit d'auteur vs liberté d'expression : suite et pas fin... », *D.* 2015, p. 1672

BETOULLE Jérôme, « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP G* 2002, n° 41, doct. 171

BINCTIN Nicolas, « L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », *CDE* 2007, n° 4, dossier 22

BINCTIN Nicolas, « Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels », *CDE* 2008, n° 4, p. 36

BINCTIN Nicolas, « La preuve et l'évaluation du préjudice », *Comm. com. électr.* 2010, étude 7

BINCTIN Nicolas, « Paquet neutre et propriété intellectuelle », *JCP G* 2016, n° 9-10, p. 250

BISMUTH Yves, « L'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon de logiciel : pour une charte du préjudice équitable ? », *CDE* 2007, n° 4, dossier 24

BLAIZOT-HAZARD Catherine, « Savoir et droits fondamentaux, de l'ère industrielle à l'ère communicationnelle », *RFDA* 2016, p. 707

- BLAY-GRABARCZYK Katarzyna, « Le droit de propriété, un droit fondamental comme les autres ? », *Europe* 2014, n° 6, étude 4
- BODDINGTON Émilie, « Introduction », *RJA* 2020, n° 24, p. 5
- BOFFA Romain, « Propriété contre proportionnalité », *RJA* 2020, n° 24, p. 106
- BOISSON Alexis, « La « Fondamentalisation » des contentieux relatifs à la propriété intellectuelle, L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'UE », *RAE* 2018, n° 2, p. 259
- BONNET Baptiste, « Le dialogue des juges, un non-concept... », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexis Nexis, 2018, p. 81
- BOULANGER Jean, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 51
- BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, « Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence », *LPA* 1998, n° 117, p. 44
- BOUYSSOU Fernand, « Les garanties supralégislatives du droit de propriété », *D.* 1984, chron. p. 231
- BRAIBANT Guy, « Le Principe de proportionnalité. Le juge et le droit public », in *Mélanges offert à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, t. 1, p. 297
- BREILLAT Dominique, « La hiérarchie des droits de l'homme », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 353
- BRUGUIÈRE Jean-Michel, « Loi « sur la protection de la création sur internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? », *D.* 2009, p. 1770
- CABRILLAC Séverine, « L'identification légale du cautionnement disproportionnée », *RJA* 2020, n° 24, p. 87
- CARBONNIER Jean, « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF 1999, p. 5
- CARON Christophe, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *Comm. com. électr.* 1999, n° 1, p. 9
- CARON Christophe, « LCEN. Aspects de propriété intellectuelle : analyse d'un saupoudrage discret », *Comm. com. électr.* 2004, n° 9, étude 23

CARON Christophe, « L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire », *JCP G* 2010, p. 235

CARON Christophe, « Au pilori moderne des publications judiciaires ! », *Comm. com. électr.* 2011, n° 11, repère 10

CARON Christophe, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », in *Les exceptions au droit d'auteur*, sous la direction de BENSAMOUN Alexandra, LUCAS André, SIRINELLI Pierre, Dalloz, 2012, p. 19

CARON Christophe, « Les mauvaises actions en contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2019, n° 4, étude 8.

CARON DE BEAUMARCHAIS Pierre-Augustin, « Pétition à l'Assemblée nationale contre l'usurpation des auteurs par des directeurs de spectacles », in *Œuvres complètes de Beaumarchais*, Paris, 1829, tome VI, p. 188

CASSIA Paul, « L'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G* 2012, n° 10, p. 298

CASSIN René, « L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits de créateurs des œuvres de l'esprit », in *Études sur la propriété industrielle, littéraire, artistique : Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 225

CAVALLINI Joël, « L'invocabilité des principes de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JCP soc.* 2014, n° 23, p. 1232

CHANTREL Étienne, « Efficience économique », in *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. n° 86411

CHAUVET Alex, « Le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge judiciaire à la lumière du droit constitutionnel », *RJA* 2021, n° 24, p. 30

CHAZAL Jean-Pascal, « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016, p. 121

CHEMERINSKY Erwin, « Balancing Copyright Protection and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2002, n° 36, p. 83

CHÉNEDÉ François, « Le droit à l'épreuve des droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139

CHÉNEDÉ François, « Contre révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796

CHÉROT Jean-Yves, « Les formulations d'objectifs dans le contrôle de constitutionnalité des lois en France », *RRJ* 1989, n° 4, p. 898

CHRISTOFFERSEN Jonas, « Human rights and balancing: the principle of proportionality », in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, sous la direction de GEIGER Christophe, EE Elgar, 2015, p. 19

CIAMPI Antonio, « Droit d'auteur, droit naturel », *RIDA* 1957, n° 14, p. 3

COHEN Dany, « Le droit à... », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 393

COHEN-ELIYA Moshe, PORAT Iddo, « American balancing and German proportionality: The historical origins », *International Journal of Constitutional Law* 2010, vol. 8, issue 2, p. 263

COHEN-JONATHAN Gérard, « Commentaire de l'article 10 », in *La convention européenne des droits de l'homme*, ss. la dir. de PETTITI Louis-Edmond, , DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, Economica, 1999, 2^e éd., p. 366

CORNU Marie et MALLET-POUJOL Nathalie, « Le droit d'auteur à l'épreuve du droit à la culture », in *Droit d'auteur et culture*, sous la direction de BRUGUIÈRE Jean-Michel, Dalloz, 2007, p. 129

COSTA Jean-Paul, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434

CROZE Hervé, « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 101

DANNENBERG Ross., SMITH-CARRA Heather, « Balancing Free Speech and Trademark Rights », *Intellectual Property Update*, Banner & Witcoff, 2017, p. 6

DAURY-FAUVEAU Morgane, « La motivation des sanctions pénales : entre renouveau et archaïsmes », in *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, sous la direction de CHAINAIS Cécile, FENOUILLET Dominique, GUERLAIN Gaëtan, Dalloz, 2013, p. 169.

DE BÉCHILLON Denys, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP G* 2016, suppl. au n° 1-2, p. 29

DEBET Anne, « Des limites strictes posées au filtrage des contenus sur internet par la CJUE », *Comm. com. électr.* 2012, n° 6, comm. 63

DESBOIS Henri, « L'évolution des droits de l'auteur en matière de reproduction et d'exécution publique », *RTD civ.* 1939, p. 1

DE SCHUTTER Olivier, TULKENS Françoise, « Rights in conflict: The European Court of Human Rights as a pragmatic institution », in *Conflicts between Fundamental Rights*, sous la direction de BREMS Eva, Intersentia, 2008, p. 169

DE SENARCLENS Pierre, « La mondialisation et les droits de l'homme: une perspective politique », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme. Les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Bruylant, 2001, p. 19.

DEUMIER Pascale, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 2022

DHENNE Matthieu, « Covid-19 : fabrication des vaccins et licence d'office », *D.* 2021, p. 416

DOUKAS Dimitrios, « Commercial Speech and Freedom of Expression in EU Law : A Paradigm of a Sliding Scale of Review for the European Court of Justice? », *E.L. Rev.* 2019, n° 44, p. 741

DRAGO Guillaume, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, p. 265

DREYER Emmanuelle, « L'information par l'image et le droit d'auteur », *Comm. com. électr.* 2004, n° 3, p. 6

DREYER Emmanuelle, « La liberté d'expression comme "droit" concurrent », *RLDI* 2009, suppl. 49, n° 1635

DUBOUT Édouard, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, Les droits de l'Homme à la croisée des Droits*, Lexis Nexis, 2018, p. 183

DUCLERCQ Jean-Baptiste, « Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, oct. 2015, p. 121.

DUCOULOMBIER Peggy, « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, sous la direction de POTVIN-SOLIS Laurence, Bruylant, 2012, p. 319

DUCOULOMBIER Peggy, « Interaction between human rights: are all human rights equal? » in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, sous la direction de GEIGER Christophe, EE Elgar, 2015, p. 39

DUCOULOMBIER Peggy, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017, p. 1778

DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, « Regards extérieurs sur une jurisprudence en procès », *JCP G* 2016, doct. 552

DUPUIS Michel, « L'immixtion de la Convention EDH dans la propriété industrielle », *RLDA* 2009/41, n° 2492

DURRANDE Sylvianne, « Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *D.* 1984, chron. 187

DUVERT Cyrille, « Qu'est-ce qu'une peine ? », *D.* 2020, p. 2407

EDELMAN Bernard, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1946

EISSEN Marc-André, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La CEDH, commentaire article par article*, sous la direction de PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri, LGDJ, 1995, p. 65

EL SHAZLY Yassin, « Noms de domaine, « cybersquatting » et campagne présidentielle », *Prop. indu.* 2007, étude 8

EMERSON Thomas, « Toward a General Theory of the First Amendment », *Yale Law Journal* 1962-1963, n° 72, p. 877

ENGLE Eric, « The General Principle of Proportionality and Aristotle » in *Aristotle and The Philosophy of Law : Theory Practice and Justice*, sous la direction de HUPPES-CLUYSENAER Liesbeth et COELHO Nuno, Dordrecht, Springer, 2013, p. 265

EPSTEIN Richard, « Dubious Constitutionality of the Copyright Term Extension Act », *Loyola of Los Angeles Law Review* 2002, n° 36, p. 123

ERMACORA Félix, « Le principe de proportionnalité en droit autrichien et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heildeberg, 1985, p. 76

FLAUSS Jean-François, « L'abus de droit dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme », *RUDH* 1992, p. 463

FLAUSS Jean-François, « Propos conclusifs sous forme d'opinion séparée », in *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François, Bruylant, 2005, p. 180

FORGERON Jean-François, DE ROQUEFEUIL Benoit, « Digitalisation et échantillonnage numérique : quelques perspectives juridiques », *Légicom* 1994, n° 3, p. 75

FOROWICZ Magdalena, « State Discretion as a Paradox of EU Evolution », *EUI Working Paper*, MWP 2011/27

FOURLON Armelle, LABORDE Anne-Sophie, « L'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon de brevet », *Propri. intell.* 2014, n° 50, p. 4

FRAISSE Régis, JENSEL-MONGE Priscilla, « Le contrôle de proportionnalité devant le Conseil constitutionnel », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité, Actes du colloque du 19 mai 2017*, sous la direction de AGRESTI Jean-Philippe, PUAM, 2018, p. 27

FRICERO Nathalie, « La motivation des sanctions selon la Cour européenne des droits de l'homme », *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, sous la direction de CHAINAIS Cécile, FENOUILLET Dominique, GUERLAIN Gaëtan, Dalloz, 2013, p. 83

FROMONT Michel, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p. 156

FULCHIRON Hugues, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656

GAILLET Aurore, « Contre le formalisme de la « jurisprudence des concepts » : Philippe Heck et la jurisprudence des intérêts en Allemagne », in *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, sous la direction de JOUANJAN Olivier et ZOLLER Elizabeth, Panthéon-Assas, 2015, p. 195

GALETTA Diana-Uriana, « Le principe de proportionnalité », in *Traité de droit administratif européen*, sous la direction de AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL Jacqueline, Bruylant, 2^e édition, 2014, p. 501

GALLOCHAT Aurélien, « Brevetabilité des animaux », *RD propri. intell.* 1992, n° 43, p. 14

GALLOUX Jean-Christophe, « Propriété intellectuelle (Droit de la) », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, sous la direction de CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume, Dalloz, 2010, p. 632

GALOPIN Benoît, « Conséquences sur la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur : retour sur quelques décisions récentes », *RIDA* 2015, n° 243, p. 175

GAUDRAT Philippe, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011, p. 562

GAUMONT-PRAT Hélène, « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain – Inventions biotechnologiques et contexte socio-juridique », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4240

GAUTIER Pierre-Yves, « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, act. 902

GAUTIER Pierre-Yves, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189

GAZIN Fabienne, « Conciliation des droits et libertés », *Europe* 2013, n° 3, comm. 109

GEIGER Christophe, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G* 2004, n° 29, p. 150

GEIGER Christophe, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur : une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Prop. Intell.* 2004, n° 13, p. 882

GEIGER Christophe, « L'avenir du droit d'auteur en Europe : vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP G* 2009, n° 48, p. 493

GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de la propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510

GEIGER Christophe, « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité », in *Droits de la propriété intellectuelle, Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010, p. 249

GEIGER Christophe, « Marques et droits fondamentaux », in *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle*, sous la direction de GEIGER Christophe et SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, Lexis Nexis 2011, p. 163

GEIGER Christophe, RAYNARD Jacques, RODÀ Caroline, « Quelles évolutions pour le cadre juridique européen de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle ? Observations sur le rapport d'évaluation de la Commission européenne du 22 décembre 2010 », *Prop. indu.* 2011, n° 6, étude 12

GEIGER Christophe, « L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : Quels apports ? Quelles perspectives ? », in *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, sous la direction de GEIGER Christophe, Lexis Nexis, 2013, p. 193

GEIGER Christophe, IZYUMENKO Elena, « Copyright on the Human Right's Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression », *IIC* 2014, n° 45, p. 316

GEIGER Christophe, « La copie privée, un espace de liberté menacé dans l'environnement numérique ? », *JCP G* 2014, n° 38, p. 10135

GEIGER Christophe, « De la propriété intellectuelle dans l'ordre des droits fondamentaux », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, sous la direction de VIVANT Michel, Dalloz, 2015, 2e éd., p. 16

GEIGER Christophe, « Implementing intellectual property provisions in human rights instruments : Toward a new social contract for the protection of intangibles », in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, sous la direction de GEIGER Christophe, EE Elgar, 2015, p. 661

GEIGER Christophe, « Appropriation créative et droit d'auteur, réflexions sur les évolutions récentes de la jurisprudence française à la lumière du droit de l'union et droit comparé », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LGDJ, 2018, p. 327

GEIGER Christophe, « Droit d'auteur et liberté d'expression artistique : art « autorisé » et libre création ne font pas bon ménage », *JCP G* 2019, n° 38, p. 967

GERVAIS Daniel J., « How intellectual Property and Human Rights: Can Live Together: An updated Perspective », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, sous la direction de TORREMANS Paul L.C., Wolters Kluwer Law & Business, 3e éd., 2015, p. 3

GHESTIN Jacques, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, p. 379

GHOSH Shubha, « Free Speech, Free Markets & the Death of Trademark Law », *Journal of National Law University Delhi* 2018, n° 5(I), p. 61

GIRARDET Alain, « Le rôle de la Cour de cassation dans les évolutions du droit d'auteur et des droits voisins », *Comm. com. électr.* 2017, n° 1, entretien 1

GISCLARD Thibault, « La nature des 'dommages et intérêts' sanctionnant la contrefaçon, À propos de l'arrêt de la CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c/ Stowarzyszenie Filmowców Polskich », *Prop. indu.* 2017, n° 5, étude 18

GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 22, p. 141

GUILLEMAIN Maïté, « Propriété intellectuelle et données personnelles », *Comm. com. électr.* 2019, n° 11, étude 18

GUILMAIN Antoine, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal* 2015, Vol. 61 (1), p. 87

GUTMANN Daniel, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », *APD* 1999, p. 75

GUTMANN Daniel, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit », in *Mélanges à François Terré*, PUF 1999, p. 329

GUYOMAR Mattias, « Contrôle in concreto : beaucoup de bruit pour rien de nouveau » in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexis Nexis, 2018, p. 323

GUYOMAR Mattias, « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du contrôle du respect du principe de proportionnalité : 'le contrôle du contrôle' », *RJA* 2020, n° 24, p. 15

GUYOMAR Mattias, « Contrôle in concreto : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexis Nexis, 2018, p. 323

HAAS (de) Charles, « Quelques réflexions sur l'origine de l'irrésistible émergence du principe de proportionnalité avec la balance des intérêts in situ », *Prop. intell.* 2016, p. 418

HELPER Laurence R., « The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, sous la direction de TORREMANS Paul L.C., Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 27

HELLERINGER Geneviève, GARCIA Kiteri, « Le rayonnement des droits de l'homme et des droits fondamentaux en droit privé », *RIDC* 2014, n° 2, p. 283

HENRY Guillaume, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Comm. com. électr.* 2009, étude 2

HOTTELIER Michel, « Le noyau intangible des libertés », in *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Actes du VIIe colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, sous la direction de MEYER-BISCH Patrice, Éditions universitaires de Fribourg, 1991, p. 67

HUGENHOLTZ Bernt, « Copyright and Freedom of Expression in Europe », in *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, sous la direction de DREYFUSS Rochelle, ZIMMERMAN Diane et FIRST Harry, Oxford University Press, 2001, p. 343

IENILIEIEVA Amal, « Basic approaches to the history of the principle of proportionality », Notes scientifiques de l'Université Vernadsky Taurida, 2013, Vol. 26 (65)

JACQUE Jean-Paul, « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'UE », *Mélanges en l'Honneur de Jean Charpentier. La France, l'Europe, Le Monde*, Pedone, 2008, p. 345

JAMIN Christophe, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263

JESTAZ Philippe, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, JAMIN Christophe, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061

JEULAND Emmanuel, « Réforme de la Cour de cassation, une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G* 2016, supp. n° 1-2, p. 20

JOHANSEN David, « Property Rights and the Constitution », *Law and Government Division, Library of Parliament*, 1991

JÜTTE Bernd Justin, « The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe », *EIPR*, 2016, vol. 38, p. 11

KAMINA Pascal, « Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Légicom* 2001, n° 25, p. 7

KELSO Randall, « The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and “Reasonableness” Balancing », *Elon Law Review* 2016, n° 8, p. 291

KENNEDY Duncan, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in *The Foundations of European Private Law*, sous la direction BROWNSWORD Roger, MICKLITZ Hans-W., NIGLIA Leone et WEATHERILL Stephen, Hart Publishing, 2011, p. 185

KLEINER Caroline, « La CJUE limite le secret bancaire en faveur des droits de propriété intellectuelle et d'accès à la justice : un message pour les juridictions françaises ? », *D.* 2015, p. 2168

KORTMANN Constantijn, « Le juge et le contrôle de constitutionnalité aux Pays-Bas », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2007, n° 21

LACABARATS Alain, « La réflexion de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité », *RJA* 2020, n° 24, p. 76.

LACHAUME Jean-François et PAULIAT Hélène, « Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 373

LASSALE Alice, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », in dossier n° 7, *La reconfiguration de l'office du juge de la conventionnalité de la loi*, *RDLF* 2018, chron. n° 18

LATIL Arnaud, « Les économie d'investissements du contrefacteurs », *Comm. com. électr.* 2015, étude 6

LATIL Arnaud, « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *Juris art etc.* 2016, n° 39, p. 18

LAWRYNOWICZ-DREWEK Anna, « L'évolution de l'appréciation d'un fait distinct de la contrefaçon », *Prop. indu.* 2017, étude 21

LEAFFER Marshall, « Fair Use, Transformative Use and the First Amendment », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, sous la direction de TORREMANS Paul L.C., Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 397

LÉCUYER Hervé, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 31

LE GAC-PECH Sophie, « Retour sur la proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrestien, 2012, p. 473

LE GAC-PECH Sophie, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, p. 1715

LE GAC-PECH Sophie, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC* 2017, n° 11, p. 48

LE GAC-PECH Sophie, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *RJA* 2020, n° 24, p. 46

LEGEAIS Dominique, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *LPA* 1998, n° 117, p. 38

LEFRANC David, « Fragments sonores et création musicale », *D.* 2000, chron. p. 497

LEMARCHAND Aude, « Le vaccin contre le SARS-CoV-2 comme bien public mondial : compatibilité avec les droits de propriété intellectuelle », *Prop. indu.* 2021, étude 7

LENAERTS Koen, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in *20 ans de nouveau droit d'auteur*, sous la direction de CABAY Julien, DELFORGE Véronique, FOSSOUL Virginie, LAMBRECHT Maxime, Anthemis, 2015, p. 243

LE STANC Christian, « Les malfaisants lutins de la forêt des brevets : à propos des patent trolls », *Prop. indu.* 2008, étude 3

LE STANC Christian, « L'abus dans l'exercice du droit de brevet : les "patent trolls" », *Prop. indu.* 2010, n° 10, dossier 8

LESUEUR Justine, « Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *Comm. com. électr.* 2008, n° 7-8, p. 15

LIBCHABER Rémy, « Une motivation en trompe-l'oeil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, p. 1088

LOISEAU Grégoire, « La fondamentalisation du droit des personnes », *Revue de droit d'Assas*, 2015, n° 11, p. 37

LOUVEL Bertrand, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326

LUCAS André, « Durée de la protection. Allongement de la durée du *copyright*. Conformité avec la Constitution », *Prop. Intell.* 2003, n° 7, p. 170

LUCAS André, « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, sous la direction de BUYDENS Mireille et DUSSOLIER Séverine, Bruylant, 2008, p. 177

LUCAS André, GINSBURG Jane, « Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information », *RIDA* 2016, n° 249, p. 5

LUCAS André, « Le droit d'auteur, un droit fondamental comme un autre ? », in *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, sous la direction de BENSAMOUN Alexandra, Mare & Martin, Presse Universitaire de Sceaux, 2018, p. 31

MACKAAY Ejan, « La propriété intellectuelle et l'innovation. Analyse économique du droit », *Droit et patrimoine*, n° 119, oct. 2003, p. 61.

MALAUURIE Philippe, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », *JCP G* 2016, n° 12, p. 318

MALAUURIE-VIGNAL Marie, « Contrefaçon et concurrence déloyale : pour en finir avec les incertitudes sur la notion de fait distinct », *Prop. indu.* 2017, étude 14

MALAUURIE-VIGNAL Marie, « La sanction prononcée par les juges au titre d'un comportement parasitaire ne peut être illimitée dans le temps », *Contrats, conc. consom.* 2018, n° 6, comm. 108

MALENOVSKY Jirí, « La contribution de la Cour de justice à l'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union Européenne », in *ERA Forum : scripta iuris Europaei; journal of the Academy of European Law (Europäische Rechtsakademie Trier)*, nov. 2012, volume 13, number 3, p. 411

MARCHADIER Fabien, « Le contrôle de proportionnalité in concreto – Comment éviter une atteinte (disproportionnée) à l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions ? », *JCP G* 2020, n° 48, p. 1301

MARÉCHAL Camille, « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », in *L'interprétation de la CEDH*, sous la direction de SUDRE Frédéric, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé à Montpellier I, Bruylant, 1998, p. 231

MARINO Laure, « La non-responsabilité des prestataires de l'internet », *RCA* 2004, n° 9, alerte 2

MARINO Laure, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2010, n° 30-34, p. 829

MARINO Laure, « La lutte contre le piratage en Europe... dans le tourbillon des droits fondamentaux », in *Technique et droits humains*, sous la direction du RERDH, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2011, p. 306

MARINO Laure, « Quand le droit d'auteur rencontre la liberté d'expression artistique », *Gaz. Pal.* 2015, n° 309, p. 13

MARTENS Paul « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, t. I, p. 49

MARTENS Paul, RENAULD Bernadette, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Die Keure – La Charte, 2006, p. 44

MAY Benjamin, « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon : la loi ne suffira pas », *Prop. indu.* 2008, étude 4

MAZEAUD Antoine, « Proportionnalité en droit social », *LPA* 1998, n° 117, p. 64

MAZEAUD Denis, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 12.

MCGINTY William, « First Amendment Rights to Protected Expression: What are the Traditional Contours of Copyright Law », *Berkeley Technology Law Journal* 2008, n° 23, p. 1099

MENA PARRAS Francisco, « From Strasbourg to Luxembourg? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *ULB Working Paper*, n° 2015/7

MERLAND Guillaume, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, p. 261

MICHEL Valérie, « La motivation des sanctions selon le droit de l'Union européenne », in *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, sous la direction de CHAINAIS Cécile, FENOUILLET Dominique, GUERLAIN Gaëtan, Dalloz, 2013, p. 95

MINERO Gemma, « Intellectual Property Rights and Human Rights: Coinciding and Cooperating », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, sous la direction de TORREMANS Paul L.C, Wolters Kluwer Law & Business, 3e éd., 2015, p. 163

MOLFESSIS Nicolas, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 1998, n° 117, p. 21

MOTULSKY Henri, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Écrits*, tome 1, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 85

MOUSSERON Jean-Marc, « L'abus du monopole conféré par le brevet d'invention », in *Mélanges H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 345

MOUSSERON Jean-Marc, « Valeurs, biens droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 135.

MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, REVET Thierry, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281

MOUSSERON Jean-Marc, SCHMIDT Joanna, GALLOUX Jean-Christophe, « Les règles de la Convention européenne des droits de l'homme font partie du système juridique de l'Office européen des brevets », *D.* 1996, p. 292

MYLLY Tuomas, « The constitutionalization of the European legal order: Impact of human rights on intellectual property in the EU », in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, sous la direction de GEIGER Christophe, Edward Elgar, 2015, p. 103

NIMMER Melville, « Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? », *UCLA Law Review* 1969-1970, n° 17(6), p. 1180

NERI Alexandra, « L'injonction de filtrage rendue à l'égard d'un intermédiaire : une mesure controversée aux conséquences redoutables », *Comm. com. électr.* 2012, n° 1, étude 3

- NORMAND Jacques, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, LGDJ, 2000, p. 17
- NOZARADAN Christine, « Brevet et intérêt général », in *Brevet, Innovation et intérêt général?*, sous la direction de REMICHE Bernard, Larcier, 2012, p. 445
- OHLY Angar, « European Fundamental Rights and Intellectual Property », in *The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology*, sous la direction de OHLY Angar et PILA Justine, OUP, p. 345
- OLIVER Peter, STOTHERS Christopher, « Intellectual property under the Charter: are the Court's scales properly calibrated? », *Common Market Law Review* 2017, n° 54, p. 517
- PAILLER Ludovic, « L'invocabilité de la charte des droits fondamentaux », in *Le rôle de la cour de justice de l'Union européenne*, sous la direction de CLÉMENT-WITZ Laure, Bruylant, 2018, p. 121
- PEZARD Alice, « Les limites à la protection - vers une nouvelle proportionnalité judiciaire », *Prop. indu.* 2018, dossier 12
- PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *LPA* 2009, n° 46, p. 6
- PHILIPS Jeremy, « It's my party and I'll cry if I want to », *Journal of Intellectual Property Law & Practice (JIPLP)* 2009, vol. 4, n° 7, p. 451
- PICARD Étienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6
- PICARD Étienne, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, Quadriga / Lamy, PUF, 2003, p. 544
- PICOD Fabrice, « La mise en œuvre du droit de l'Union européenne, condition énigmatique d'applicabilité de la charte des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexis Nexis, 2018, p. 499
- PIOTRAUT Jean-Luc, « Propriété intellectuelle, droits fondamentaux et valeurs européennes », in *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, sous la direction de POTVIN-SOLIS Laurence, Bruylant, p. 251
- POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Liberté de création. Droit d'adaptation. Droit moral. CEDH », *RTD Com.* 2015, p. 515
- POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Quo vadis lex ? », *RTD Com.* 2016, p. 641
- POOLE Thomas, « Proportionality in Perspective », *LSE Legal Studies*, 2010, n° 16/2010, p. 4

POTVIN-SOLIS Laurence, « Le Dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexis Nexis, 2018, p. 591

PUIG Pascal, « L'excès de proportionnalité. À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes », *RTD civ.* 2016, p. 70

RAMSEY Lisa, « Free Speech Challenges to Trademark Law After *Matal v. Tam* », *Houston Law Review* 2018, Vol. 56, p. 401

RASSON Anne, VERDUSSEN Marc, « Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2010, n° XXV-2009, p. 123

RITLENG Dominique, « Les constitutions nationales et la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne », in *Europe(s), Droit(s) européen(s), Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, 2015, p. 491

RIZZO Fabrice, « La Cour de justice de l'Union européenne apporte une nouvelle pierre à l'édification d'un droit du public à l'information sportive », *Comm. com. élect.* 2013, n° 5, étude 9

ROJINSKY Cyril, « Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », *Prop. Intell.*, 2018, n° 27, p. 160

ROUBIER Paul, « Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD civ.* 1952, p. 161

ROUSSEAU François, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », *JCP G* 2018, doct. 686

ROUVIÈRE Frédéric, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité », *RJA* 2020, n° 24, p. 35.

ROUX Marie-Avril, « Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne », *Gaz. Pal.* 2006, n° 264, p. 4

RUSE-KHAN Henning Grosse, « Proportionality and Balancing within the Objectives for Intellectual Property Protection », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, sous le direction de TORREMANS Paul L.C., Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 185

SABATIER Marc, « Mesures autoritaires sur brevet d'invention (licences autoritaires) », *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4780

SAINT-JAMES Valérie « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric, PUF, 2008, p. 477

SALEILLES Raymond, « Préface » à *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, reprint 1995, p. XVIII-XIX

SAUVÉ Jean-Marc, « Le juge administratif et les droits fondamentaux », *AJDA* 2016, p. 2424

SAUVÉ Jean-Marc, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », *Les Cahiers Portalis* 2018, n° 5, p. 9

SAVOLA Paula, « Proportionality of Website Blocking: internet Connectivity Providers as Copyright Enforcers », *JIPITEC* 2014, n° 5, p. 116

SCHILLER Sophie, « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », *JCP E* 2015, p. 1399

SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD com.* 1994, p. 455

SCHOETTL Jean-Éric, « Intérêt général et Constitution », in *Conseil d'État, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La Documentation française, 1999, p. 375

SEUBE Jean-Baptiste, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », *LPA* 2009, n° 46, p. 86

SIBONY Anne-Lise, « Peut-il y avoir des fondements économiques à la motivation des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain, Volume 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, sous la direction de CHAINAIS Cécile, FENOUILLET Dominique, GUERLIN Gaëtan, Dalloz, 2013, p. 49

SOBEL Lionel, « Copyright and the First amendment: A Gathering Storm? », *Copyright Law Synopsium (ASCAP)* 1969, n° 19, p. 43

SOOFI Rabeh, « First Amendment Challenges to Copyright after Eldred v. Ashcroft: The DMCA's Circumvention of Free Spech », *Journal of Legislation* 2003, n° 1, vol. 30, p. 169

SORDINO Marie-Christine, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, LexisNexis 2012, p. 725

SORDINO Marie-Christine, « Le contrôle de proportionnalité d'origine légale en droit pénal à la lumière des faits justificatifs », *RJA* 2020, n° 24, p. 81

STASIAK Frédéric, « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2009, n° 1, étude 1

STROWEL Alain, TULKENS Françoise, « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur : à propos des libertés de créer et d'user des œuvres », in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, sous la direction de STROWEL Alain et TULKENS Françoise, Larcier, 2006, p. 9

STROWEL Alain, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 100, n° 2014/100, p. 889

SUDRE Frédéric, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 381

SUDRE Frédéric, « À propos du dynamisme interprétatif de la CEDH », *JCP G* 2001, doctr. 335

SUDRE Frédéric, « La mystification du 'consensus' européen », *JCP G* 2015, doctr. 1369

SUDRE Frédéric, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme, de quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, n° 11, p. 289

SWANSON James, « Copyright versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm », *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 1987, n° 7(2), p. 263

SZYMCZAK David, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, sous la direction POTVIN-SOLIS Laurence, Bruylant, 2012, p. 445

TAWFIK Myra, « Copyright and Freedom of Expression in Canada », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, sous la direction de TORREMANS Paul, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 257

TERRÉ François, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009, étude 31

TEUNISSEN Peter, « The Balance Puzzle: the ECJ's Method of Proportionality Review for Copyright Injunctions », *European intellectual property review* 2018, n° 40(9), p. 579

TEXIER Pascal, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation*, LGDJ, 2000, p. 5

THOMAS-RAQUIN Carole et LE GUERER Martin, « Pratique du contrôle de proportionnalité en droit d'auteur devant la Cour de cassation », *Comm. com. électr.* 2018, n° 1, p. 2

TINIÈRE Romain, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 161-25, § 125

TORREMANS Paul L.C., « Article 17(2) », in *The Eu Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, sous la direction de PEERS Steve, HERVEY Tamara, KENNER Jeff et WARD Angela, Hart publishing, 2014, p. 489

TORREMANS Paul L.C., « Copyright (and other intellectual Property Rights) as a Human Right », in *Intellectual Property Law and Human Rights*, sous la direction de TORREMANS Paul, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 3e éd., p. 221

TREPPOZ Édouard, « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », *Comm. com. électr.* 2010, étude 14

TREPPOZ Édouard, « Klasen : liberté de création en tension », *Juris art etc.* 2016, n° 39, p. 28

TREPPOZ Édouard, « Du bon usage du contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 1011

TROMMETTER Michel, « Propriétés intellectuelles et intérêt général : que peut dire un économiste ? », in *Brevet, Innovation et intérêt général*, sous la direction de REMICHE Bernard, Larcier, 2012, p. 499

VAILHÉ Judith, *La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Doc. fr., 2001, p. 96

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme incertain et inutile ? » in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupement liberticides et droit*, sous la direction de DUMONT Hugues, MANDOUX Patrick, STROWEL Alain, TULKENS Françoise, Bruylant, 2000, p. 139

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité, actes du Xe colloque de l'association « Famille et droit »*, sous la direction de RENCHON Jean-Louis, Bruylant, 2009, p. 315

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, RIZCALLAH Cecilia, « Article 52, paragraphe 1, de la Charte », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne : Commentaire article par article*, sous la direction de PICOD Fabrice, Bruylant, 2018, p. 1083

VAN GERVEN Walter, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.* 1992, p. 305

VARET Vincent, « Liberté d'expression vs droit d'auteur : haute tension », *Legipresse* 2015, n° 330, p. 474

VARET Vincent, « Droit d'auteur et liberté d'expression : la Cour de justice entre régression et innovation », *Légipresse* 2019, n° 375

VATINET Raymonde, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés », *LPA* 1998, n° 117, p. 58

VERBIEST Thibault, « Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique », *Comm. com. électr.* 2003, n° 2, chron. 4

VIALA Alexandre, « Droits fondamentaux (Notion) », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, sous la direction de CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume, Dalloz, 2010, p. 303

VIGNEAU Vincent, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123

VIVANT Michel, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Prop. Intell.* 2007, n° 23, p. 193

VIVANT Michel, « La balance des intérêts... enfin », *Comm. com. électr.* 2015, n° 10, étude 17

VIVANT Michel, « Intellectual property rights and their functions: determining their legitimate 'enclosure' », in *Kritika: essays on intellectual property*, sous la direction de GHIDINI Gustavo, ULLRICH Hanns, DRAHOS Peter, Edward Elgar Publishing, Vol. 2, 2017, p. 44

VON DANWITZ Thomas, « Thoughts on Proportionality and Coherence in the Jurisprudence of the Court of Justice », in *Constitutionalising the EU Judicial System : Essays in Honour of Pernilla Lindh*, sous la direction de CARDONNEL Pascal, ROSAS Allan et WAHL Nils, Hart Publishing, 2012, p. 367

VON LEWINSKI Silke, « Les limitations à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand », in *Les exceptions au droit d'auteur*, sous la direction de LUCAS André, SIRINELLI Pierre, BENSAMOUN Alexandra, Dalloz, 2012, p. 147

VRINS Olivier, « The EU policies and actions in the fight against piracy », in *EU Copyright Law*, sous la direction de STAMATOUDI Irini et TORREMANS Paul, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 799

WEBER Jean-François, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* 2009, n° 702.

XYNOPOULOS Georges, « Proportionnalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, PUF, 2003, p. 1251

ZENATI Frédéric, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305

ZOLLINGER Alexandre, « Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode », *Comm. com. électr.* 2013, n° 5, étude 8

ZOLLINGER Alexandre, « Comment procéder à la balance des intérêts in concreto ? », *Comm. com. électr.* 2017, n° 4, étude 7

IV – Articles de presse

COHEN Daniel, « La propriété intellectuelle c'est le vol », *Le Monde*, 8-9 avril 2001

GALLOT LE LORIER Marie-Anne, VARET Vincent, « Les cybersquatteurs de marques défaits par le juge », *Les Echos*, 26 janv. 2000, p. 59 [disponible en ligne]

DREYFUS Stéphane, « Pourquoi Jeff Koons est-il à nouveau condamné pour contrefaçon ? », *La Croix*, 23 déc. 2019 [disponible en ligne]

ESCANDE Philippe, « Droit d'auteur : « Un combat plus philosophique qu'économique », *Le Monde*, 26 mars 2019

HERTIG RANDALL Maya, HOTTELIER Michel, « Comment la Convention européenne des droits de l'homme a changé la Suisse », *Le Temps*, 27 novembre 2014 [disponible en ligne]

KOPP Robert, « De Diderot à Hadopi : La longue querelle du droit d'auteur », *L'Histoire*, mars 2019, n° 457, p. 12

LITTAUER Jacques, « Brevets, Vaccinons-nous contre le secret », *Charlie Hebdo*, 17 février 2021, n° 1491, p. 5

O'MAHONY Paul, « Wikimedia 'breaks copyright' with Swedish statue photos », *The Local SE*, 4 avril 2016 [disponible en ligne]

PAULET Alicia, « Suède : Wikipédia condamné pour des photos d'œuvres d'art », *Le Figaro*, 4 avril 2016 [disponible en ligne]

PIERRU Frédéric, STAMBACH Frédérick, VERNAUDON Julien, « Les brevets, obstacle aux vaccins pour tous », *Le Monde Diplomatique*, mars 2021, n° 804

RAHAL Sophie, « Cette photo de deux enfants nus a-t-elle été plagiée par Jeff Koons ? », *Télérama*, 13 janvier 2017 [disponible en ligne]

NOISETTE Thierry, « Liberté de panorama : Wikimedia Suède condamnée en justice », *L'Obs*, 21 novembre 2016 [disponible en ligne]

SFEZ Zoé, « Jeff Koons condamné pour plagiat, l'art de l'appropriation contre la propriété intellectuelle », France Culture, *Le Journal de la Culture*, 13 mars 2017 [disponible en ligne]

VULSER Nicole, « Jeff Koons à nouveau condamné pour contrefaçon », *Le Monde*, 23 déc. 2019 [disponible en ligne]

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes. Les chiffres en gras indiquent les paragraphes qui traitent à titre principal du thème concerné)

Abus de droit : 108 et suiv., 201, 245

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) :

- article 27 : 62
- article 41 : 32
- général : 241

Adresse « IP » : 76 et suiv., 82, 152, 182, 196

Allemagne : 6, 175 et suiv.

Amende : 92, 236, 249

Autriche : 181 et suiv.

Belgique : 191

Blocage : 152 et suiv.

Brevet d'invention : 29, 43, 52, 55, 62, 113, 130, 259

Canada : 80 et suiv.

Contrat : 249

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

- article 8 : 157, 178
- article 11 : 139, 142 et suiv., 152, 161, 165
- article 17 : **27, 28, 46**, 137
- article 35 : 144
- article 47 : 39
- article 49 : **236**
- article 51 : **133**
- article 52 : 7, 43, 104, **134, 138, 143**
- article 54 : **109**

Citations : *V. Exceptions au droit exclusif*

Clause d'ordre public : 103, 122

Commission européenne des droits de l'Homme :

- affaire *Smith Kline et French Laboratories Ltd* : **130**

**Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
(Convention européenne des droits de l'homme) :**

- article 10 : 123 et suiv., 181 et suiv., 191 et suiv., 200 et suiv., 226 et suiv.
- article 15 : **42**, 103
- article 17 : **109**
- article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 : **28**, 123 et suiv., 130 et suiv.

Copyright : 68 et suiv.

Concurrence déloyale : 260, 281 et suiv.

Conseil constitutionnel (français) :

- question prioritaire de constitutionnalité : **92 et suiv.**

Contrôle de proportionnalité léger : 209 et suiv.

Contrôle de proportionnalité restreint : 95 et suiv.

Contrôle de proportionnalité simplifié : 130 et suiv.

Cour de cassation :

- arrêt *Bernanos (Dialogue des carmélites)* : **229**
- arrêt *Klasen* : **206 et suiv.**
- arrêt *Utrillo* : **200 et suiv.**
- réforme : **206**

Cour européenne des droits de l'Homme :

- affaire *Ashby Donald* : **123 et suiv.**, 169, 171, 216, **226**
- affaire *Fredrik Neij c/ Suède* : **128**

Cour de justice de l'Union européenne :

- affaire *Digital Rights* : **145 et suiv.**
- affaires *Funke Medien, Spiegel et Pelham* : **67, 165 et suiv.**
- affaire *Promusicae* : **65, 150**
- affaire *Scarlet* : **151**
- question préjudicielle : **149 et suiv.**

- renvoi préjudiciel en appréciation de la validité : **135 et suiv.**

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 :

- article 2 : **22, 85**
- article 8 : **233 et suiv.**
- article 17 : 85
- bloc de constitutionnalité : 84

Déclaration universelle des droits de l'Homme :

- article 27 : **26**

Dessins et modèles : 188

Dignité de la personne humaine : 43

Directives de l'Union européenne :

- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur : 161
- Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : **59, 66, 67, 166, 168**
- Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle : 156 et suiv., **242 et suiv.**
- Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques : **63, 114**
- Directive 2019/789/CE du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique : **61**

Domaine public : 52

Dommages-intérêts (évaluation) : 238, 241, **245, 247, 248, 266, **274****

Données personnelles (protection) : 65, 77 et suiv., 82, 145 et suiv., 150, 151, 157, 196

Droit à l'information du public : 193, 201, 202

Droit à la vie privée : 65, 76 et suiv., 80 et suiv., 145 et suiv., 150 et suiv., 211 et suiv., 228

Droit au respect de l'œuvre : 229

Droit de propriété (qualification) : **22, 27, 28**

Droit de reproduction : 166, 202

Droit de l'Union européenne :

- directive : *V. à ces mots*
- harmonisation : **58 et suiv.**, 105, 166
- règlement : *V. à ces mots.*

Droit moral : 203, 229

Droit naturel : 25

Droit pénal : 249, 285

Droit révolutionnaire : 25, 52

Droits voisins : 180

Équilibre interne (théorie) : **51 et suiv.**, 112 et suiv., 191, 192, 195

États-Unis : **69 et suiv.**

Exceptions au droit exclusif :

- citation : 166, 176, 179, 186, 200
- généralité : **54 et suiv.**
- interprétation stricte : 169 et suiv.
- parodie : 81, 117, 210, 218
- triple test des exceptions : **60, 107**

Fair Use : **69 et suiv.**,

HADOPI : **90 et suiv.**, 234

Hiérarchisation (des droits fondamentaux) : **37 et suiv.**

Histoire de la proportionnalité : **3 et suiv.**

Intérêt général : **86 et suiv.**, 130 et suiv.

Intermédiaire technique de l'internet : 154

Liberté de création : 165, 179, 180, 208, 217, 229

Liberté d'entreprise : 136 et suiv., 151, 152 et suiv., 161 et suiv., 212

Liberté d'expression : 45, 54, 62, 72 et suiv., 80 et suiv., 90 et suiv., 109, 114, 123 et suiv., 142 et suiv., 167, 170, 176, 181 et suiv., 185 et suiv., 192 et suiv., 200 et suiv., 226 et suiv.

Licences autoritaires : **55**

Liens hypertextes : 189

Limites : *V. Exceptions*

Livres indisponibles : 95

Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) : 59

Marge nationale d'appréciation : 150 et suiv., 151, 166, 167

Marques : 63, 75, 85, 96, 114, 131, 142, 156 et suiv., 177, 178, 184, 186, 194, 204 et suiv., 253 et suiv.

Mises en scènes : 229

Motivation : 16, 189, 206, 208, 265, 284, 289

Musée : 230

Musique : 165 et suiv., 183

Organisation mondiale du commerce (OMC) : *V. ADPIC*

Parasitisme : *V. Concurrence déloyale*

Parfums : 156 et suiv., 178, 184, 186, 265, 273

Parodie : *V. Exceptions au droit exclusif*

Pays-Bas : 185 et suiv.

Peer to peer : 76 et suiv., 82, 151

Photographies : 66, 123 et suiv., 185, 189, 190, 207 et suiv., 216, 217, 226

Presse (journal) : 131, 165 et suiv., 177, 191, 210

Preuve (charge) : 215 et suiv.

Principe général du droit : 9, 10, 104, 252

Producteur :

- **phonogrammes** : 165 et suiv., 180
- **vidéogrammes** : 229

Propriété industrielle : 29, 158, 194, 204, 259, 288

Question prioritaire de constitutionnalité : *V. conseil constitutionnel*

Règlement de l'Union européenne :

- Règlement n° 816/2006 du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique : 62
- Règlement n° 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne : 104

Responsabilité civile : *v. Concurrence déloyale*

Responsabilité des intermédiaires techniques : *V. Intermédiaire technique de l'internet*

Saisie-Contrefaçon : 271

Sampling : 165 et suiv., 168, 180

Sources (proportionnalité) : 3 et suiv., 103 et suiv.

Suède : 190

Suisse : 195 et suiv.

Suspension de l'accès à internet : 234, 237, 249

Syllogisme : 115

Télévision : 136 et suiv., 176, 200 et suiv., 218, 228, 245

Vidéogrammes : *V. Producteur de vidéogrammes*

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	4
REMERCIEMENTS.....	6
LISTE DES PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS.....	8
INTRODUCTION GÉNÉRALE	11
§ 1 : Un principe dépendant de son contexte, aux sources et applications diverses	12
§ 2 : Un principe au cœur du débat juridique et du droit de la propriété intellectuelle	25
§ 3 : Un principe donnant lieu à une application propre au droit de la propriété intellectuelle	29
PARTIE I : LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ, INSTRUMENT DE RÉOLUTION DES CONFLITS FONDAMENTAUX.....	33
TITRE I : PERTINENCE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EN CAS DE CONFLIT FONDAMENTAL.....	35
Chapitre 1 : L'existence relative d'une hiérarchie des droits fondamentaux	36
Section 1 : Le droit de la propriété intellectuelle comme droit fondamental de propriété.....	37
I - Fondamentatisation de la propriété intellectuelle	38
II - Conséquences de la fondamentatisation	45
Section 2 : La perspective d'une hiérarchisation des droits fondamentaux	48
I - Le principe d'égalité de valeur entre les droits fondamentaux	48
II - La hiérarchisation des droits fondamentaux : une vision doctrinale controversée	51
A) Supériorité des droits subjectifs face aux libertés et hiérarchisation implicite dans la loi.....	52
B) Une hiérarchie fondée sur les textes fondamentaux et la jurisprudence européenne	55
1) Une hiérarchie textuelle	55
2) Une hiérarchie matérielle	59
Chapitre 2 : L'insuffisance d'une proportionnalité légale.....	65
Section 1 : La conciliation des droits fondamentaux par la loi.....	65
I - La théorie de l'équilibre interne en droit français.....	66
A) Un équilibre à l'origine du droit de la propriété intellectuelle.....	66
B) Une traduction de la théorie de l'équilibre interne par les aménagements législatifs	69
II - Une rationalisation de l'équilibre interne en droit européen	73
A) Une européanisation des équilibres à respecter.....	73
B) Un équilibre législatif recherché par la Cour de justice de l'Union européenne.....	78
III - Proportionnalité légale outre-Atlantique ou « <i>balancing</i> »	83
A) Application aux États-Unis.....	84

1) Un faux jumelage avec le <i>fair use</i>	84
2) Une analyse structurée en droit de la vie privée (<i>privacy</i>)	93
B) Application canadienne	96
Section 2 : La conciliation des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel français ...	103
I - La protection et la conciliation des droits fondamentaux au cœur de la mission du Conseil constitutionnel	104
II - L'application du principe de proportionnalité à la conciliation des droits fondamentaux constitutionnels.....	109
A) Le contrôle de proportionnalité entier en droit de la propriété intellectuelle selon le Conseil constitutionnel.....	110
B) Le contrôle de proportionnalité restreint	114
Chapitre 3 : La nécessité d'une résolution par le principe de proportionnalité	119
Section 1 : Le principe de proportionnalité comme solution européenne aux conflits fondamentaux.....	119
I - Une méthode de résolution des conflits fondamentaux.....	120
II - La seule méthode efficiente de résolution du conflit de droits fondamentaux	127
Section 2 : Conséquences du contrôle de proportionnalité lors d'un conflit fondamental en droit de la propriété intellectuelle	134
I - Une fausse remise en cause de l'équilibre interne aux droits de propriété intellectuelle	134
II - Une rénovation de l'interprétation judiciaire ou un raisonnement juridique en mutation	139

TITRE II : APPLICATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EN CAS DE CONFLIT

FONDAMENTAL.....	144
Chapitre 1 : Application par les cours européennes	145
Section 1 : Le contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme ..	146
I - Conciliation du droit de la propriété intellectuelle avec le droit à la liberté d'expression : contrôle de proportionnalité global	148
II - Conciliation du droit de la propriété intellectuelle avec l'intérêt général : contrôle de proportionnalité simplifié	157
Section 2 : Le contrôle de proportionnalité par la Cour de justice de l'Union européenne	161
I - Contrôle de proportionnalité dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité : formation d'un conflit de droits fondamentaux.....	163
A) L'arrêt <i>Sky Österreich</i> : liberté de recevoir des informations et liberté d'entreprise.	164
B) L'arrêt <i>Philips Morris</i> : protection de la santé et liberté d'expression.	169
C) L'arrêt <i>Digital Rights</i> : droit à la vie privée et protection des données personnelles	173
II - Contrôle de la proportionnalité dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation : Transfert aux États membres et à leurs juridictions de la charge d'arbitrer le conflit	177
A) Premiers arrêts : une certaine marge d'appréciation laissée aux États membres	179

B) Arrêts intermédiaires : pleine affirmation du rôle actif de la Cour de justice dans la méthode du contrôle de proportionnalité	184
1) Arrêt <i>UPC Telekabel</i> : droit d'auteur et obligations d'un FAI de bloquer un site internet	184
2) Arrêt <i>Coty Germany</i> : droit des marques et secret bancaire du contrefacteur	189
3) Arrêt <i>Mc Fadden</i> : propriété intellectuelle, liberté d'entreprise, liberté d'information et sécurisation de l'accès wifi gratuit	193
C) Arrêts <i>Funke Medien, Pelham, et Spiegel</i> : ultime précision des contours du contrôle de proportionnalité pour les exceptions au droit d'auteur	197
Chapitre 2 : Application par les juridictions nationales	209
Section 1 : Application in concreto dans les États membres de l'Union européenne.....	209
I - Allemagne : à l'origine du principe et à l'avant-poste de son application.....	210
II - Autriche : une application prudente	219
III - Pays-Bas : une particularité constitutionnelle propre à une application plus large	223
IV - Suède et Belgique : résistance face à l'application du principe	228
V - Autres États : Royaume-Uni et Suisse	232
Section 2 : Application par les juridictions françaises : de la réticence à la reconnaissance	238
I - Les balbutiements d'un contrôle de proportionnalité lors d'un conflit de droits fondamentaux en droit des marques et en droit d'auteur	238
A) Premières confrontations du droit d'auteur avec le droit à la liberté d'expression ..	240
1) Affaire <i>Utrillo</i>	240
2) Arrêts postérieurs	242
B) Premières applications en droit des marques	245
II - La reconnaissance explicite : l'arrêt <i>Klasen</i> et ses conséquences	249
A) Conflit avec le droit à la liberté d'expression artistique.....	251
B) Conflit avec le droit à la vie privée et la liberté d'entreprendre	257
III – L'affaire <i>Klasen</i> , pivot dans la construction d'une nouvelle motivation.....	262

PARTIE II : LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ, INSTRUMENT DE PONDÉRATION DES SANCTIONS278

TITRE 1 : EXISTENCE D'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS	280
Chapitre 1 : Un contrôle inhérent à un conflit fondamental	281
Section 1 : La gravité des sanctions prise en compte dans l'évaluation de la proportionnalité d'une ingérence dans un droit fondamental	281
I - Prise en compte de la proportionnalité des sanctions lors du contrôle de proportionnalité par les cours européennes	282
II - Jurisprudence française et proportionnalité de la sanction lors d'une ingérence dans les droits fondamentaux.....	285
Section 2 : Un principe admis comme corollaire des droits fondamentaux	292

I - Une affiliation au principe de nécessité des délits et des peines	292
II - Un élargissement partiel aux autres sanctions.....	300
Chapitre 2 : Un contrôle indépendant d'un conflit fondamental	304
Section 1 : Une transposition légale du principe de proportionnalité	304
I - La directive 2004/48 ou l'exigence générale de proportionnalité des sanctions en droit de l'Union européenne	305
II - Une transposition de la proportionnalité des sanctions dans le droit français.....	314
Section 2 : La reconnaissance par les hautes juridictions d'un contrôle de proportionnalité ..	318
I - Devant la Cour de justice de l'Union européenne.....	318
II - Devant la Cour de cassation	326
TITRE 2 : APPLICATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS	333
Chapitre 1 : L'exercice juridictionnel du contrôle de proportionnalité des sanctions	334
Section 1 : Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond à l'épreuve de l'arbitraire	334
Section 2 : La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité des sanctions.....	341
I - Arrêts des juridictions du fond évoquant la proportionnalité de la sanction.	341
II - Élaboration de critères	346
Chapitre 2 : La nécessité de l'application du contrôle de proportionnalité des sanctions	350
Section 1 : Le cumul des sanctions.....	350
I - Le cumul des sanctions de la concurrence déloyale, du parasitisme et de la contrefaçon	351
II - Le cumul des sanctions civiles punitives et pénales	356
Section 2 : La réparation de la contrefaçon	360
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	365
BIBLIOGRAPHIE JURISPRUDENTIELLE	371
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE.....	383
INDEX ALPHABÉTIQUE	413
TABLE DES MATIÈRES	419