RJCom.

Revue de jurisprudence commerciale

Ancien journal des agréés

Étude

Les chausse-trapes de la location financière
par Édith Merle

Bibliographie

par Mathilde du Mesnildot

Boulevard des arts

Anniversaire Mai-Juin 1940 – Mai-Juin 2020
par Jean-Marie Leloup

Chroniques

Droit de la concurrence
Covid-19 et droit de la concurrence
par Georges Decocq

Propriété intellectuelle
Covid-19 : questions et réponses
par Christophe Alleaume et Delphine Martin

Droit du commerce international
par Fabienne Kutscher-Puis

Droit des sociétés
Commentaire des ordonnances du 25 mars 2020
Chronique d'actualité
par Arnaud de Bissy et le Grog

Entreprises en difficulté
par Nicolas Borga et Julien Théron

Droit judiciaire privé
par Gaëlle Deharo

Droit pénal des affaires
par Guillaume Beaussonie

64e année

Mai-Juin 2020 – Numéro 3

REUTERS FRANCE
TRANSACTIVE

Sommaire

Étude

Les chausse-trapes de la location financière 157
par Édith Merle

Chroniques

Droit de la concurrence 168
Covid-19 et droit de la concurrence
par Georges Decocq

Propriété intellectuelle 181
Covid-19 : questions et réponses
par Christophe Alleaume et Delphine Martin

Droit du commerce international 186
par Fabienne Kutscher-Puis

Droit des sociétés 195
Commentaire des ordonnances du 25 mars 2020
Chronique d'actualité
par Arnaud de Bissy et le Grog

Entreprises en difficulté 249
par Nicolas Borga et Julien Théron

Droit judciaire privé 278
par Gaëlle Deharo

Droit pénal des affaires 285
par Guillaume Beaussonie

Bibliographie 296
par Mathilde du Mesnildot

Boulevard des arts 309
Anniversaire Mai-Juin 1940 – Mai-Juin 2020
par Jean-Marie Leloup

Chronique
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

COVID-19 : QUESTIONS ET RÉPONSES

*PAR CHRISTOPHE ALLEAUME ET DELPHINE MARTIN**

La pandémie actuelle bouleverse tout particulièrement l'exercice des droits de propriété intellectuelle et suscite chez les praticiens de cette spécialité de nombreuses interrogations. Nos chroniqueurs, Christophe Alleaume et Delphine Martin, ont accepté de répondre aux questions de nos lecteurs

La RJCom : Pensez-vous qu'il y ait lieu de proroger de la durée du confinement européen la durée de protection des droits d'auteur comme cela a été fait, par le passé, en raison des guerres ?

Christophe Alleaume : Il est vrai qu'une loi du 3 février 1919 a compensé le manque à gagner subi par les auteurs durant la première guerre mondiale en augmentant la durée des droits d'un temps égal à celui qui s'était écoulé entre le 2 août 1914 et la fin de l'année suivant le jour de signature du Traité de Paix (soit 6 ans et 152 jours). De même, une loi du 21 septembre 1951 avait prolongé les droits d'auteurs pour tenir compte du second conflit mondial (allongement de 8 ans et 120 jours). Aujourd'hui, même si le Président de la République a parlé de « guerre » contre la pandémie, la question d'un nouveau prolongement de la durée des droits d'auteur n'a jamais été évoquée. Elle serait d'ailleurs probablement symbolique : la durée des droits se calcule par année entière, à compter du 1er janvier suivant le décès de l'auteur. Autrement dit, tant qu'une catastrophe ne dure que quelques semaines, en tout cas ne s'étend pas au 1er janvier de l'année qui suit, il n'y a pas d'intérêt à étendre la durée des droits – outre que ce sont les héritiers qui profitent de l'allongement de la durée des droits… Les mesures de chômage partiel pour les auteurs salariés, les assouplissements concernant le paiement des charges sociales ou fiscales pour les auteurs indépendants ou les entreprises de la création, sont la réponse concrète du Gouvernement aux dégâts économiques causés par la pandémie.

La RJCom : Des artistes ont proposé des téléchargements gratuits de leurs spectacles, de leur dernier album, etc. Que dit le Code de la propriété intellectuelle à ce sujet ?

Delphine Martin : Il s'agit en l'occurrence de téléchargements légaux à l'initiative des artistes. Toutefois, cette mise à disposition ne dispense pas l'internaute de l'obligation d'en faire un usage privé à des fins non commerciales[1].

Dans le cas contraire, donc dans l'hypothèse d'un téléchargement illégal non autorisé par l'auteur, trois cas de figure doivent être distingués : celui de l'internaute diffuseur, celui de l'hébergeur et celui de l'internaute spectateur.

S'agissant du premier, rappelons que l'internaute qui met en ligne des œuvres (vidéo, musique etc…), protégées par le droit d'auteur, sans autorisation de l'auteur, que ce soit en téléchargement ou streaming, commet un délit de contrefaçon de droit d'auteur même si l'internaute a licitement acquis un enregistrement de l'œuvre protégée, et même si l'accès est gratuit. Il s'expose dès lors aux poursuites des

* Christophe Alleaume est professeur à l'Université de Caen Normandie, directeur de l'Institut Demolombe (EA 967), avocat associé (Apollinaire société d'avocats, Paris - Caen). Delphine Martin est maître de conférences à l'Université de Franche-Comté.

1 - Article L-122-5 CPI.

auteurs et des titulaires de droits voisins et s'expose à de lourdes sanctions[2].

Le deuxième, l'hébergeur, qui reçoit ces fichiers dans ses serveurs est civilement et pénalement irresponsable, sauf à avoir été prévenu, et à ne pas avoir promptement supprimé les contenus litigieux[3].

Enfin, l'internaute spectateur ne se rend pas complice du délit de contrefaçon n'en ayant pas « *facilité la préparation ou la consommation* »[4].

La RJCom : Quel impact a la gratuité de la diffusion en ligne de spectacles de danse sur les droits des chorégraphes et des artistes-interprètes ?

D. M. : Le ton a été donné par l'Opéra de Paris qui a diffusé en streaming gratuitement des ballets pendant la durée du confinement. D'autres structures comme les Scènes nationales, le Théâtre national de Chaillot, le Théâtre de la Ville ont suivi. Les diffusions ont pour cible des spectacles qui tournent encore mais aussi des « capsules » audio et vidéos créées pour l'occasion.

Rappelons d'abord que les œuvres chorégraphiques sont considérées comme des œuvres de l'esprit protégeables par le droit d'auteur et visées par l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Pour les chorégraphes et sur le plan juridique, il s'agit d'une cession à titre gratuit de leurs droits d'exploitation, plus précisément de leur droit de représentation et de leur droit de reproduction, le premier consiste en « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque (…)* »[5], le second en « *la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés quelconques qui permettent de la communiquer au public* »[6]. La représentation est en l'occurrence indirecte puisqu'il s'agit d'une mise en ligne sur Internet d'une captation vidéo.

Pour les artistes-interprètes, la diffusion en ligne est sans impact direct. En effet, les contrats d'engagement comportent un volet relatif à l'engagement d'assurer gratuitement les prestations nécessaires à la promotion et la publicité du spectacle : photographies, interviews, relations publiques…Cet engagement inclut également la participation aux retransmissions fragmentaires du spectacle pour une diffusion dans un journal ou un magazine d'actualités générales ou une émission spécialisée dans les informations d'actualités culturelles. Tout au plus, la diffusion en intégralité d'une pièce pourrait alors faire l'objet d'un avenant au contrat d'engagement, à supposer qu'il ne prévoit pas déjà cette hypothèse.

La RJCom : Des spectacles sont annulés partout en France : les spectateurs ont-ils droit au remboursement de leur billet ?

C. A. : Cette question relève plus du droit commun. Il n'est pas contestable que la pandémie de Covid 19 peut constituer un cas de force majeure. Les ordonnances Covid-19 des 25, 27 mars et 1er avril 2020 le disent clairement. L'interdiction d'organiser des spectacles résulte d'une décision gouvernementale faisant elle-même suite à une situation sanitaire gravissime. L'exécution des contrats est donc empêchée. Or l'article 1218 du code civil prévoit que lorsque l'empêchement d'exécuter le contrat qui résulte d'un cas de force majeure est temporaire, « *l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat* » ; en revanche, si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations « *à due concurrence* ». Sous réserve de conditions générales dérogatoires, il faut en déduire que les remboursements sont dus pour les spectacles dont le report n'est pas possible à organiser (je pense par exemple aux spectacles prévus en Normandie pour fêter le Débarquement du 6 juin 44 : il n'y a ni intérêt ni possibilité de les reporter, même si j'ai lu dans la presse que des chocolatiers ont demandé le report des fêtes de Pâques…).

D. M. : En pratique, la situation semble variable, propositions de remboursement ou bons d'achat pour la saison prochaine. Un fonds de solidarité a été créé par certaines scènes comme le Théâtre de la ville à Paris alimenté par les spectateurs qui feraient le choix de renoncer au remboursement de leurs places en soutien aux artistes.

La RJCom : Les représentations du spectacle vivant annulées (et non reportées) seront-elles payées aux artistes ?

D. M. : Comme pour la question du remboursement des places, cette question doit être traitée sous l'angle du droit commun, en distinguant selon que l'empêchement est définitif ou temporaire, le second ne posant pas de problème puisqu'il signifie report des représen-

2 - Article L-335-1-2 CPI.

3 - Articles 6.I.2. et 6.I.3. de la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN).

4 - Article 121-7 Code pénal.

5 - Art. L-122-2 CPI.

6 - Art. L-122-3 CPI.

tations. Dans le premier cas les parties seront libérées de leurs obligations et les contrats de cession résolus de plein droit. C'est d'ailleurs ce que les contrats de cession de droits d'exploitation stipulent généralement dans la partie relative à l'annulation du contrat[7].

En pratique, la situation est variable d'une structure à l'autre. Certaines font le choix de rémunérer au minimum le coût plateau, soit les salaires des équipes, d'autres verseront intégralement le prix de cession, d'autres pas. Parmi ces dernières, un certain nombre fonctionnent avec des subventions publiques destinées à la programmation. Or, les DRAC et les Régions ont pris l'engagement de maintenir ces subventions (communiqué du Ministère de la Culture en date du 27 mars). Rien ne s'oppose donc au versement sinon du prix total de cession, au moins de celui qui correspond aux salaires et frais engagés par les compagnies. Par ailleurs, les structures qui bénéficient de subventions publiques (scènes conventionnées, labellisées, associations..) ne rémunèrent pas les artistes par la billetterie, celle-ci n'étant que complémentaire au titre de l'exception culturelle française.

La RJCom : Les visites virtuelles d'ateliers ne risquent-elles pas de porter atteinte aux artistes-peintres par la surexposition de leurs œuvres (captation/imitation du processus créatif) ?

D. M. : La proposition de visite virtuelle d'atelier, en particulier lorsqu'elle implique un visionnage du processus créatif (film en accéléré des étapes de création où l'œuvre est révélée à différents degrés d'achèvement) n'est pas en elle-même problématique pour l'artiste. Effectivement, selon la loi du 11 mars 1957, il n'est pas nécessaire qu'une œuvre soit achevée pour être protégée[8]. L'œuvre de l'esprit est, en effet, protégée dès lors que la mise en forme originale est perceptible, et peu importe son degré d'achèvement. D'un point de vue pratique, le procédé créatif est peut-être davantage perceptible pour un œil averti mais le risque juridique reste donc maîtrisé.

C. A. : En outre la méthode utilisée par l'artiste, son tour de main pour créer ne sont pas protégés. Seule la forme de sa création l'est.

La RJCom : De nouvelles façons d'enseigner sont apparues : mise à disposition de liens hypertextes vers des plateformes de partage de contenus en ligne afin de faciliter l'apprentissage des enfants scolarisés, voire des étudiants…

C. A. : Ainsi que des tchats, des forums, des web-conférences audio et visio, parfois accessibles aux seuls apprenants d'une classe ou d'un amphithéâtre grâce aux espaces numériques de l'Éducation nationale et/ou des établissements ; mais aussi, parfois, disponibles pour tous sur des plateformes commerciales : Facebook, You Tube, etc. Le monde de l'enseignement a été particulièrement réactif. Il est clair que la crise a changé la façon d'enseigner et que l'exception de pédagogie – dont il faut rappeler qu'elle est d'apparition relativement récente dans notre droit (2006) – a rendu service : il est quand même bien pratique, aujourd'hui, de pouvoir joindre aux élèves ou aux étudiants des extraits d'articles, d'ouvrages, de commentaires d'arrêts, voire des illustrations, des graphiques, des images et des photographies, en toute légalité ! Il est vrai qu'à y regarder de plus près, il n'est pas certain qu'en toutes hypothèses les conditions du bénéfice de l'exception de pédagogie auront été respectées ... Par exemple, les écrits communiqués ne doivent être rendus disponibles qu'aux seuls élèves ou étudiants (directive 2019/790) ; et seuls des « extraits » peuvent être utilisés aux fins d'enseignement. Mais, dans ces temps difficiles, la solidarité a primé sur le strict respect des textes. Nécessité fait loi…

La RJCom : L'utilisation de l'hydroxychloroquine pour traiter le Covid 19 est-elle brevetable ?

C. A. : L'article L.611-16 CPI énonce que « *Ne sont pas brevetables les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux produits, notamment aux substances ou compositions, pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes* ». Mais il est vrai que la nouvelle application thérapeutique d'une invention antérieure est brevetable. Il est toutefois nécessaire que l'effet thérapeutique ne soit pas simplement énoncé, mais que sa démonstration en soit au moins partiellement esquissée. C'est, du moins, ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation (Cass., com., 6 déc. 2017, pourvoi n°15-19726) : « *lorsqu'une revendication porte sur une application thérapeutique ultérieure d'une substance ou d'une composition, l'obtention de cet effet thérapeutique est une caractéristique technique fonctionnelle de la revendication, de*

7 - Clause-type « annulation du contrat » dans un contrat de cession de droits d'exploitation d'un spectacle : « Le présent contrat se trouverait suspendu ou annulé de plein droit et sans indemnité d'aucune sorte dans tous les cas reconnus de force majeure par la loi et la jurisprudence.

8 - Article L-111-2 CPI.

sorte que si, pour satisfaire à l'exigence de suffisance de description, il n'est pas nécessaire de démontrer cliniquement cet effet thérapeutique, la demande de brevet doit toutefois refléter directement et sans ambiguïté l'application thérapeutique revendiquée, de manière que l'homme du métier comprenne, sur la base de modèles communément acceptés, que les résultats reflètent cette application thérapeutique ».

La RJCom : Des dérogations à l'application du Règlement européen pour la protection des données personnelles (RGPD) sont-elles possibles en raison de la crise sanitaire et du traitement en urgence de certaines données qu'elle implique, en particulier des données à caractère médical ?

D. M. : Oui le traitement des données dites sensibles, telles que les données médicales, doit nécessairement intégrer l'urgence sanitaire de la situation que nous vivons dans le respect des principes de licéité et de nécessité inscrits au RGPD. Or, le traitement de ces données est possible dès lors que « *le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique (…)* ». Nous sommes incontestablement dans cette situation lorsque l'on songe aux patients déplacés en urgence et à la nécessité de permettre de leur apporter les soins nécessaires en toute connaissance de cause[9].

La RJCom : Les maires des communes contactent les administrés sur leur mail personnel ou par SMS afin de leur communiquer des informations, par exemple sur les déplacements autorisés (comme à Sanary-sur-Mer). Est-ce autorisé par le RGPD ou, dans le cas contraire, quelle disposition du Règlement européen permet de justifier cette démarche ?

D. M. : La mission d'intérêt public est bien une des bases légales prévues par le RGPD sur laquelle peut se fonder un traitement de données personnelles, comme l'a rappelé la CNIL[10]. Cette mission d'intérêt public peut, notamment, fonder les traitements de données tournés vers les usagers de l'autorité publique concernée, en l'occurrence les administrés des communes. C'est aussi dans ce cadre que la CNIL a justifié l'envoi aux Français le 16 mars dernier d'un SMS leur rappelant les consignes de sécurité à appliquer pour lutter contre la propagation du COVID-19[11]. Rappelons qu'en situation normale une telle utilisation des données personnelles ne pourrait être admise qu'avec le consentement des intéressés et dans le cadre de la diffusion d'informations utiles et ciblées.

La CNIL reste néanmoins vigilante, le caractère inédit de la situation, si elle autorise des traitements exceptionnels au titre de la préservation des intérêts vitaux des personnes concernées et pour la bonne continuité des missions essentielles du service public tels que prévus par l'article 6 du RGPD, ne saurait cependant justifier de s'affranchir des règles de traitement que la législation prévoit par ailleurs, en particulier du principe de nécessité lequel implique « *un traitement pertinent et approprié* », et du principe de proportionnalité. Par ailleurs, la CNIL précise que « *l'intérêt public doit être défini par le droit européen et le droit national* ».

En l'occurrence, l'utilisation des coordonnées personnelles des administrés s'inscrit incontestablement dans la mission des communes tenues d'assurer la sécurité de leurs administrés avec un maximum de réactivité. L'utilisation des coordonnées personnelles apparaît dès lors appropriée à condition qu'elle reste proportionnée et non détournée de sa finalité, en particulier dans la perspective de l'organisation du second tour des élections municipales. La consultation préalable de la CNIL par le responsable de traitement, bien que ne présentant pas un caractère obligatoire, ne peut qu'être préconisée.

La RJCom : Quelles leçons tirer de cette crise ?

C. A. : Il y en a sans doute plus à tirer ailleurs qu'en droit de la propriété intellectuelle. Reconnaissons que la dématérialisation complète des procédures devant l'INPI (marques, dessins et modèles, brevets) a permis à toutes les entreprises qui en avaient besoin de déposer leurs créations, de formuler des oppositions, d'y répondre, de demander la prorogation de leurs droits, etc. Ceux qui sont impactés, ce sont ceux qui devaient organiser des rassemblements physiques de personnes – le public – pour l'exploitation de leurs droits. Pour eux, c'est la solidarité nationale qui doit prendre le relais.

D. M. : Je partage la même conclusion en ce qui concerne le droit de la propriété intellectuelle, sur le plan du droit d'auteur en particulier, la conséquence principale est sur-

9 - RGPD n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, article 6, I, d).

10 - Communication du 2 décembre 2019.

11 - Communication du 19 mars 2020

tout un accès plus libre aux œuvres protégés mais qui reste maîtrisé par les auteurs. En revanche, sur le plan du traitement des données personnelles, en particulier dans la perspective du déconfinement, l'utilisation d'outils tels que le *tracking* (utilisation des données de géolocalisation) remettront probablement en question notre façon d'appréhender la protection de la vie privée dans le futur.

REUTERS FRANCE
TRANSACTIVE