

Société d'avocats dédiée au droit de l'immatériel, du numérique et du sport

LETTRE D'INFORMATION

Juillet 2023

Au sommaire :

- 1. DROIT D'AUTEUR & PRESCRIPTION :** Les actions en contrefaçon de droits d'auteur se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, peu important, selon la Cour d'appel de Paris, que les actes litigieux se soient poursuivis postérieurement à cette date (*CA Paris, pôle 5, ch.1, 17 mai 2023, RG n°21/15795*).
- 2. DONNÉES PERSONNELLES :** L'absence de contrat organisant la responsabilité conjointe de coresponsables de traitements et l'absence de registre des activités de traitement, exigés pourtant par le RGPD, n'entraînent pas l'illicéité des traitements en cause, qui justifierait l'exercice du droit à l'effacement ou la limitation desdits traitements à la demande des personnes concernées, ces carences ne constituant pas en tant que telles une violation du principe de responsabilité édicté par le RGPD (CJUE, 4 mai 2023, Aff. C-60/22, *UZ c./ Bundesrepublik Deutschland*).
- 3. DROIT D'AUTEUR, DROITS VOISINS ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE :** L'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), fondée par Victor Hugo pour œuvrer à la défense du droit d'auteur, qui regroupe des spécialistes du monde entier, a consacré son congrès annuel, les 22 et 23 juin derniers à Paris, à ce thème d'actualité. Pour patienter jusqu'à la publication des actes, nous vous proposons une courte synthèse de ces passionnants travaux (*ALAI, congrès de Paris, 22-23 juin 2023*).
- 4. DROIT DES MARQUES & DEMANDE RECONVENTIONNELLE EN NULLITÉ :** L'objet d'une demande reconventionnelle en nullité d'une marque de l'Union européenne ne saurait être restreint par celui de l'action en contrefaçon dans le cadre de laquelle elle est introduite ; partant, un défendeur peut solliciter, à titre reconventionnel, l'annulation de toute la marque, et non pour les seuls produits et services visés dans la demande principale en contrefaçon (CJUE, 8 juin 2023, Aff. C-654/21, *LM/KP*).
- 5. ENCADREMENT DES INFLUENCEURS SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX :** Le « marketing d'influence » fait désormais l'objet en France d'une réglementation spécifique (*loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux*).
- 6. MATINÉE DÉBATS :** Nous organisons une matinée débat dont l'intitulé est « Manifestations sportives : quels enjeux pour les organisateurs et leurs partenaires ? », le 4 octobre 2023, à l'Institut du Patrimoine (INP), 2 Avenue Vivienne, 75002 Paris. Les intervenants sont d'ores et déjà connus :

12 rue Tronchet 75008 PARIS Tél. : +33(0)1 85 08 68 40 – Fax. : +33(0)1 85 08 68 41

✉ contact@vpk-avocats.com

SELARL au capital de 15.015 euros – N°SIRET : 802 395 301 00020 – N°TVA : FR 62 802 395 301

CODE NAF : 6910Z – Toque C.1258



Lise BARBE
Legal Manager, Alpine Renault

Anne-Sophie Grimard
directrice juridique adjointe, sport et digital, Canal +

Sophie POTTIER LACOURT
DJ Hopscotch

Eric CONRAD
Directeur Général, Hopscotch Sport

Olivier Godallier
Fondateur et organisateur de la Polo Rider Cup,
ancien directeur marketing de la FIBA et de la FIM, ancien agent sportif

Jean-François Vilotte
Directeur Général, Fédération Française de Football

Nos trois associés interviendront également : Vincent Varet, Xavier Près et Rhadamès Killy.

Inscription préalable obligatoire : contact@vpk-avocats.com Attention les places sont limitées !

En savoir plus :

1. DROIT D'AUTEUR & PRESCRIPTION : Les actions en contrefaçon de droits d'auteur se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, peu important, selon la Cour d'appel de Paris, que les actes litigieux se soient poursuivis postérieurement à cette date (CA Paris, pôle 5, ch.1, 17 mai 2023, RG n°21/15795).

La Cour d'appel de Paris a statué le 17 mai 2023 sur la prescription d'une action en paiement de dommages-intérêts en raison d'actes de contrefaçon de droits d'auteur, dans une affaire de reprise d'une œuvre musicale A au sein d'une nouvelle œuvre musicale B. Si l'application de la prescription quinquennale prévue en droit commun par l'article 2224 du Code civil est conforme à la jurisprudence, les modalités retenues par la Cour pour déterminer le point de départ du délai, et plus précisément la date à laquelle le titulaire du droit a connu les faits litigieux ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action, méritent d'être signalées.

S'agissant du demandeur, la Cour retient que la prescription quinquennale était acquise au jour de l'assignation dès lors qu'un délai de cinq ans s'était écoulé depuis la mise en demeure que celui-ci avait adressée aux prétendus contrefacteurs, autrement dit depuis le jour où il a connu les faits lui permettant d'exercer l'action. Or, les actes de commercialisation et de diffusion de l'œuvre musicale B s'étaient poursuivis après la date de la mise en demeure, et l'œuvre musicale était disponible à la vente et au téléchargement en streaming encore quelques mois avant l'assignation. Pourtant, la Cour d'appel affirme que la poursuite de ces actes n'a aucune incidence sur le point de départ de la prescription dès lors qu'ils ne sont que le prolongement normal de la commercialisation et de la diffusion réalisées antérieurement à la mise en demeure. Elle applique ainsi, en matière de droits d'auteur, une solution retenue par la Cour de cassation en matière de concurrence déloyale.

Et, à l'égard de l'intervenant volontaire qui n'était pas mentionné dans la mise en demeure, la Cour d'appel de Paris juge qu'il ne pouvait ignorer les faits litigieux, compte tenu du succès rencontré par l'œuvre B, de sa profession d'auteur-compositeur-interprète et de ses liens avec les ayants droit de l'œuvre A ; elle en conclut que la prescription est également acquise à son égard.

Les titulaires de droits d'auteur devront donc être vigilants à l'égard de ces solutions strictes, qui leur sont peu favorables.

2. DONNÉES PERSONNELLES : L'absence de contrat organisant la responsabilité conjointe de coresponsables de traitements et l'absence de registre des activités de traitement, exigés par le RGPD, n'entraînent cependant pas l'illicéité des traitements en cause, qui justifierait l'exercice du droit à l'effacement ou la limitation desdits traitements à la demande des personnes concernées, ces carences ne constituant pas en tant que telles une violation du principe de responsabilité édicté par le RGPD (CJUE, 4 mai 2023, Aff. C-60/22, UZ c./ Bundesrepublik Deutschland).

La solution énoncée par Cour de Justice dans l'arrêt rapporté est contre-intuitive et mérite, pour cette raison, d'être commentée.

On sait que, par application de l'article 30 du RGPD, tout responsable de traitement doit établir et tenir à jour un registre de ses activités de traitements, ce registre devant comporter un certain nombre d'informations listées par le texte relativement à chaque traitement. Cette obligation est centrale dans la logique de « responsabilité » qui sous-tend le RGPD, puisque ce registre vise à permettre aux tiers, et en particulier aux autorités de contrôle, de vérifier que le responsable de traitements met effectivement en œuvre ses traitements conformément à la description figurant au registre, en d'autres termes, qu'il fait bien ce qu'il dit.

Et l'on sait également que, selon l'article 26 du RGPD, lorsqu'un traitement est mis en œuvre par plusieurs responsables conjoints, ce qui est de plus en plus fréquent, ceux-ci doivent organiser contractuellement, dans la même logique, leurs obligations respectives à l'égard dudit traitement.

Par ailleurs, les articles 17 et 18 du RGPD prévoient, au profit des personnes concernées par un traitement, respectivement un droit à l'effacement de leurs données et un droit à la limitation du traitement, notamment dans le cas où un tel traitement est « illicite ».

Naïvement sans doute, on aurait pu penser que le non-respect des articles 26 et 30 du RGPD, dont on rappelle qu'il s'agit d'un règlement européen, d'application directe dans les 27 Etats membres, suffisait à rendre les

traitements en cause illicites et donc à permettre le jeu des droits à l'effacement et à la limitation des traitements en cause, au profit des personnes concernées.

Aux termes d'une interprétation exégétique du RGPD, la CJUE décide cependant qu'il n'en est rien : elle relève d'abord que l'article 6 du RGPD énonce les conditions auxquelles un traitement est licite (il s'agit du texte énonçant le fondement possible d'un traitement : consentement, exécution d'un contrat, obligation légale, intérêt légitime, etc.) ; or, n'y figurent pas le respect des articles 26 et 30, lesquels relèvent en outre d'un chapitre distinct, intitulé « Obligations Générales », tandis que l'article 6 est placé dans un chapitre intitulé « Principes ».

La Cour de Justice relève ensuite que le but du RGPD est de protéger les droits et libertés fondamentales des personnes concernées ; or, selon elle, l'absence de registre et de contrat entre responsables conjoints de traitements ne démontre pas, « en elle-même », une violation de ces droits et libertés. Enfin, selon la Cour, le RGPD permet à l'autorité de contrôle, face à de telles carences des responsables de traitement, d'adopter des « mesures correctrices » (sous-entendu : les violations en cause ne sont pas irrémédiables).

On peut n'être pas convaincu par cette interprétation du RGPD, qui limite significativement les droits des personnes concernées d'une manière qui paraît, précisément, peu conforme à son objectif. Surtout lorsque l'on sait que le responsable de traitements en cause était l'Office fédéral allemand gérant les demandes de protection internationale des réfugiés et que la demande du requérant au principal lui avait été refusée sur la base d'un traitement non conforme aux articles 26 et 30...

3. DROIT D'AUTEUR, DROITS VOISINS ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE : L'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), fondée par Victor Hugo pour œuvrer à la défense du droit d'auteur, qui regroupe des spécialistes du monde entier, a consacré son congrès annuel, les 22 et 23 juin derniers à Paris, à ce thème d'actualité. Pour patienter jusqu'à la publication des actes, nous vous proposons une courte synthèse de ces passionnants travaux (ALAI, *congrès de Paris, 22-23 juin 2023*).

Les principales questions soulevées par les IA génératives en matière de droit d'auteur et de droits voisins sont bien identifiées : en amont, c'est celle de savoir si l'utilisation d'œuvres et autres objets protégés pour entraîner et « nourrir » les outils d'IA est soumise à l'autorisation des titulaires de droits ; en aval, c'est celle de savoir si les productions réalisées par les outils d'IA ou avec son aide sont protégeables par le droit d'auteur ou un droit voisin.

Après avoir, en préambule, écouté des artistes présenter les opportunités et les risques suscités selon eux par les IA génératives, c'est à ces deux questions qu'ont été consacrées l'essentiel du congrès.

S'agissant de la question amont, à admettre que l'utilisation des œuvres existantes pour nourrir les IA génératives implique des actes soumis aux droits d'exploitation (essentiellement le droit de reproduction), ce qui est parfois discuté et surtout dépend des circonstances, se pose alors la question du jeu d'une exception en faveur de tels actes. Les échanges ont montré que les solutions existantes étaient, sur ce point, disparates : seul le Japon, semble-t-il, connaît une exception claire justifiant l'utilisation des œuvres protégées pour nourrir les IA génératives, fondée sur une limite intrinsèque au droit d'auteur (les œuvres en cause n'étant pas, alors, utilisées en tant qu'œuvres). L'exception existante au Royaume-Uni, conçue pour les créations assistées par ordinateur, s'applique en réalité difficilement aux IA génératives, tandis que le jeu des exceptions en faveur de la fouille de textes et de données créées par le droit européen est incertain : la portée de la première de ces exceptions est drastiquement limitée par sa finalité de recherche ; la seconde ne vaut qu'en l'absence d'*opt-out* des titulaires de droits, et il n'est pas certain que ses conditions permettent son application aux IA génératives.

S'agissant de la question aval, un net consensus existe en faveur de la protection par le droit d'auteur ou le droit voisin des artistes-interprètes des seules productions de l'esprit humain. Par suite, il est nécessaire de distinguer entre les productions générées par l'IA *stricto sensu*, et celles créées avec l'aide de l'IA. Dans le cas des premières, l'absence d'intervention humaine dans le processus de création suffit, en principe, à écarter toute protection (sauf à envisager une protection *sui generis*, dont la nécessité et la justification ne sont pas apparues manifestes). Dans le cas des secondes, il convient d'appliquer les critères classiques de protection (originalité ou caractère personnel de l'interprétation) à l'intervention humaine qui a utilisé l'IA, selon une appréciation nécessairement *in concreto* et au cas par cas. Avec sans doute une divergence, selon les cultures juridiques, sur le point de savoir si des choix arbitraires, ou libres et créatifs pour employer la terminologie européenne, au cours du processus, suffisent, ou s'il faut aussi démontrer en quoi le résultat final en est le fruit.

Une chose est sûre : la rapidité de l'évolution des IA est telle que ces outils n'ont pas fini d'interroger le droit d'auteur et les droits voisins ; et il vaut mieux rechercher les réponses dans les grands principes qui régissent ces matières que dans l'adoption de textes de circonstance, vite dépassés.

4. DROIT DES MARQUES & DEMANDE RECONVENTIONNELLE EN NULLITÉ : L'objet d'une demande reconventionnelle en nullité d'une marque de l'Union européenne ne saurait être restreint par celui de l'action en contrefaçon dans le cadre de laquelle elle est introduite ; partant, un défendeur peut solliciter, à titre reconventionnel, l'annulation de toute la marque, et non pour les seuls produits et services visés dans la demande principale en contrefaçon (CJUE, 8 juin 2023, Aff. C-654/21, LM/KP).

Le titulaire d'une marque de l'Union européenne a introduit devant le juge polonais une action en contrefaçon. Dans le cadre de cette procédure, le défendeur a présenté une demande reconventionnelle en nullité de la marque invoquée, pour les produits et services visés par la demande principale, mais également pour d'autres produits et services. L'action en contrefaçon ayant été rejetée dans son intégralité, le juge polonais s'est interrogé, s'agissant de la demande reconventionnelle, sur l'étendue de l'examen qu'il doit effectuer.

Plus précisément, le juge polonais souhaitait savoir si l'objet d'une demande reconventionnelle en nullité d'une marque de l'Union européenne est limité au cadre défini par la demande principale en contrefaçon ou, à l'inverse, s'il est possible pour un défendeur, à titre reconventionnel, de solliciter l'annulation de toute une marque ? La Cour de justice de l'Union européenne retient qu'une demande reconventionnelle « est une demande distincte et autonome dont le traitement procédural est indépendant de la demande principale ». Ainsi, compte tenu de ce caractère autonome, l'objet de la demande reconventionnelle « ne saurait être restreint par celui de l'action en contrefaçon dans le cadre de laquelle ladite demande est introduite ».

Dès lors, une demande reconventionnelle en nullité d'une marque de l'Union européenne peut porter sur l'ensemble des produits et services pour lesquels cette marque est enregistrée, peu important que seuls certains de ces produits et services aient été visés par leur titulaire dans le cadre de l'action en contrefaçon qu'il a introduite initialement.

Les titulaires de marques de l'Union européenne devront donc être vigilants au moment d'introduire une action en contrefaçon en s'assurant que, dans l'hypothèse où le défendeur formerait une demande reconventionnelle en nullité, leurs marques ne sont susceptibles d'annulation pour aucun des produits et services pour lesquelles elles ont été déposées.

5. ENCADREMENT DES INFLUENCEURS SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX : Le « marketing d'influence » fait désormais l'objet en France d'une réglementation spécifique (loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux).

La proposition de loi relative au « marketing d'influence », présentée et adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture et à l'unanimité le 30 mars 2023, a été promulguée et publiée, après modifications, au journal officiel de la République française du 10 juin 2023.

En substance, le texte régit l'activité d'influenceur commercial sur internet et les relations existant entre l'influenceur et son agent d'une part, ainsi qu'avec l'annonceur, d'autre part ; il comporte enfin certaines mesures spécifiques relatives aux sites d'hébergement de contenus et autres plateformes en ligne ou encore s'agissant du jeune public.

Le texte pose d'abord les bases du statut de l'influenceur commercial. Ce dernier est ainsi défini : « Les personnes physiques ou morales qui, à titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique, des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique ».

Le texte de loi évoque ainsi le caractère « onéreux » de la prestation, en lieu et place de la notion qui figurait dans la proposition de loi visant l'exercice de l'activité d'influence commerciale « en contrepartie d'un bénéfice économique ou d'un avantage en nature ». De là à dire que la pratique consistant pour un opérateur économique à offrir des produits ou services à un influenceur en contrepartie de la prestation consistant à en faire la promotion sur les réseaux sociaux est hors du champ d'application de la nouvelle loi, il est un pas que l'on ne saurait franchir. Lors des travaux de la commission mixte paritaire, il a en effet été décidé de « conserver le mot « onéreux », terme adopté au Sénat » en ce que ce terme « reprend une définition du code civil, permettant

d'inclure à la fois la notion de rémunération économique et financière et d'intégrer la question des avantages en nature. Ce mot condense les deux notions ».

Le dispositif issu de la loi du 9 juin dernier n'est pas nouveau. Il rappelle ainsi notamment que *« les dispositions législatives et réglementaires et prévues par des règlements européens relatives à la diffusion par voie de services de communication au public en ligne de la publicité et de la promotion des biens et des services sont applicables à l'activité d'influence commerciale définie à l'article 1^{er} ».*

Le dispositif a ainsi le mérite de rappeler que le « marketing d'influence », y compris sur internet, n'est pas une zone de non-droit.

En substance, la loi oblige les influenceurs à la transparence en ce que la mention « publicité » ou « collaboration commerciale » doit être indiquée lors de toute promotion de biens, de services ou d'une cause quelconque et ce de manière *« claire, lisible et identifiable sur l'image ou sur la vidéo, sous tous les formats, durant l'intégralité de la promotion ».* La violation de cette obligation constitue une *« pratique commerciale trompeuse par omission »* au sens de l'article L. 121-3 du code de la consommation. Le non-respect cette obligation est notamment pénalement sanctionné.

Cette obligation de transparence se dédouble : les influenceurs en ligne ont également l'obligation, sous peine de sanction pénale, de mentionner le recours à des procédés *« de traitement d'image visant à affiner ou à épaissir la silhouette ou à modifier l'apparence du visage »* ou *« d'intelligence artificielle visant à représenter un visage ou une silhouette »* par l'apposition des mentions suivantes : *« images retouchées »* dans le premier cas, *« images virtuelles »* dans le second.

Mais la loi va plus loin.

Certaines publicités sont en effet interdites. La loi prohibe ainsi par exemple toute promotion, directe ou indirecte, (i) d'actes, procédés, techniques et méthodes à visée esthétique, (ii) de l'abstention thérapeutique, (iii) de certains produits et services financiers (y compris crypto actifs), (iv) des sachets de nicotine, (v) en faveur d'abonnements à des conseils ou des pronostics sportifs ou encore (vi) de jeux d'argent et de hasard lorsque les plateformes en ligne ne permettent pas d'exclure les utilisateurs âgés de moins de 18 ans. Là encore, le non-respect de ces interdictions est pénalement sanctionné, étant précisé qu'est notamment encourue la peine d'interdiction, définitive ou provisoire, notamment d'exercer l'activité d'influenceur commercial par voie électronique.

Le texte de loi a en revanche supprimé l'interdiction qui figurait dans la proposition de loi visant à prohiber la promotion de *« produits illicites et contrefaisants »*, probablement en ce que cette interdiction était curieusement limitée à la seule contrefaçon de marque, oubliant ainsi le droit d'auteur, le droit des dessins et modèles ou le droit des brevets, ainsi que nous l'avions signalé dans notre lettre d'informations d'avril 2023. Cette publicité n'est bien évidemment pas pour autant autorisée, notamment parce que la nouvelle loi aborde à plusieurs reprises le nécessaire respect de la propriété intellectuelle au sens large, et pas seulement le droit des marques (v. ci-dessous).

Le texte de loi concerne également l'activité d'agent d'influenceur. Il en donne une définition : *« L'activité d'agent d'influenceur consiste à représenter, à titre onéreux, les personnes physiques ou morales exerçant l'activité d'influence commerciale par voie électronique définie à l'article 1^{er} avec des personnes physiques ou morales et, le cas échéant, leurs mandataires, dans le but de promouvoir, à titre onéreux, des biens, des services ou une cause quelconque ».* L'agent devra être vigilant puisqu'il est précisé qu'il doit prendre toutes les mesures nécessaires *« pour garantir la défense des intérêts des personnes qu'ils représentent, pour éviter les situations de conflit d'intérêts et pour garantir la conformité de leur activité à la présente loi ».* Là encore la référence à la préservation de toute *« atteinte au droit de la propriété intellectuelle »* a disparu du texte de loi. Pas complètement toutefois.

Le texte précise, ainsi que le faisait la proposition de loi, que les contrats conclus par l'influenceur tant avec son agent qu'avec les annonceurs doivent être conclus, à peine de nullité, par écrit et qu'ils doivent comporter certaines mentions obligatoires, dont notamment l'identité des parties, la nature des missions confiées, la contrepartie (en numéraire ou en nature) et les droits et obligations des parties, *« notamment en termes de propriété intellectuelle ».*

Le texte va plus loin et impose, à peine de nullité encore, « *la soumission du contrat au droit français, notamment au code de la consommation, au code de la propriété intellectuelle et à la présente loi, lorsque ledit contrat a pour objet ou pour effet de mettre en œuvre une activité d'influence commerciale par voie électronique visant notamment un public établi sur le territoire français* ».

Le nécessaire respect du droit de la propriété intellectuelle n'a donc pas totalement disparu du texte de loi publié.

Afin de responsabiliser influenceurs et annonceurs, la loi prévoit un mécanisme de solidarité légale entre le premier et le second (ou son agence) en cas de « *dommages causés aux tiers dans l'exécution du contrat d'influence commerciale qui les lie* ». Reste à savoir si cette responsabilité solidaire peut être conventionnellement aménagée malgré son caractère légal.

La loi soumet enfin l'activité des influenceurs aux règles applicables aux fournisseurs d'hébergement de contenus et autres plateformes en ligne : les plateformes en ligne ont ainsi obligation notamment de mettre en place les mécanismes permettant de signaler tout contenu illicite et de prendre les mesures nécessaires à la suppression rapide desdits contenus illicites.

Des mesures spécifiques ont enfin été apportées s'agissant du jeune public, qu'il s'agisse de l'influenceur de moins de 16 ans ou de l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de 16 ans sur les plateformes en ligne. Les enfants influenceurs commerciaux sont ainsi protégés par le code du travail. Leurs parents devront signer les contrats avec les annonceurs et consigner une part de leurs revenus.

Bref, la loi s'applique aussi au « marketing d'influence ». Et pour ceux qui en douteraient, un guide de bonne conduite des influenceurs et des créateurs de contenus a été publié. Il est [disponible en ligne](#).

A noter enfin que la loi devrait être complétée par décrets sur de nombreux points, tels que principalement (i) les obligations d'information afférentes à la promotion de certains biens et services, (ii) le seuil du montant des avantages en nature en dessous duquel le contrat avec un influenceur est exempté de formalisme ou encore (iii) les mesures de publicité qui peuvent accompagner les astreintes prononcées par l'autorité administrative, à savoir la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), dont les pouvoirs ont été, au passage, renforcés par la nouvelle loi.