



L'HADOPI DRESSE UN BILAN CHIFFRE DE SON ACTIVITE SUR 18 MOIS

2011, l'année des constats ...

- L'autorité a réalisé un bilan chiffré de son activité sur la période de janvier 2010 à juin 2011. En 18 mois d'activité, l'autorité a envoyé près d'**un demi-million de recommandations** aux internautes suspectés d'avoir téléchargé illégalement des oeuvres protégées.
- Lors de sa présentation du rapport devant la presse, la présidente de la Haute Autorité a souligné que son objectif n'est pas la répression, mais avant tout « un **rappel à la loi** adressé à l'internaute ».
- Elle a revendiqué la **nature pédagogique du dispositif** qui, contrairement à la saisine justice, immédiatement répressive, enclenche, dans un premier temps, un **dispositif d'avertissements** pédagogiques.
- Les trois quarts des internautes ayant reçus des messages d'alertes ne contestent pas les faits et ont répondu, ce qui témoigne « d'une **réalité bien acceptée** ». En outre, le dispositif aurait incité plus de 50 % des internautes français à se procurer du contenu sous droits d'auteurs via des moyens légaux.
- De fait, seule une **soixantaine de personnes** pourraient être concernées par la troisième phase de la réponse graduée (**phase judiciaire**) si la Commission de protection des droits transmet leurs dossiers au parquet.
- Ils risquent 1500 euros d'amende et/ou la suspension de leur accès à Internet pour un mois maximum, s'ils sont reconnus coupables.

2012, l'année du diagnostic : il faut encourager l'offre légale

- Si la présidente d'Hadopi se dit satisfaite des résultats, elle a conscience que la réponse graduée n'est pas suffisante et qu'il faut encourager le développement de l'offre légale en ligne.
- Le rappel à la loi ne sera efficace que si parallèlement, l'**offre légale est accessible** que ce soit en terme de prix, de contraintes d'usage, de diversité et de visibilité.
- La tâche n'est pas simple car la situation des oeuvres est très disparate et propre à chaque catalogue (films, musiques, photographies, ouvrages, jeux vidéos, etc.). En septembre, **l'institution n'a labellisée que 33 services** dont 70% concernent la musique en ligne.
- Les prochaines actions porteront sur la visibilité de l'offre légale, à travers la mise en œuvre d'un **portail de référencement** des offres qui devrait être en ligne fin 2011, début 2012.
- En attendant, le site <http://www.pur.fr> préfigure, dans une version simple, ce portail de référencement.
- 2012 est décrite comme l'année du diagnostic sur le dispositif actuel de protection des droits pour le faire évoluer et **gagner en efficacité**.

Bilan chiffré

• 470 935 premières recommandations envoyées aux abonnés.

• 20 598 secondes recommandations envoyées aux abonnés.

• 35 003 échanges avec les abonnés concernés (courrier / téléphone) dont 76 % portant sur la demande de détail des oeuvres.

(1) [Rapport d'activité 2010](#).

Les perspectives

Une seconde étude quantitative *ad hoc*, à vocation barométrique (T2) sera conduite dans les prochaines semaines en vue d'une publication des indicateurs avant la fin de l'année 2011.

[LAURENCE TELLIER-LONIEWSKI](#)
[ISABELLE POTTIER](#)



MEDICAMENTS : TRACE D'UNE FRONTIERE ENTRE INFORMATION ET PUBLICITE EN LIGNE

Une distinction longtemps attendue

- Une récente décision (1) de la Cour de Justice de l'union européenne (CJUE) différencie l'information de la publicité en ligne sur les médicaments.
- La directive 92/28/CEE (2) définit la publicité pour les médicaments comme « toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments ». Ces dispositions, intégrées à l'article L5122-1 du Code de la santé publique, sont susceptibles de créer une confusion.
- Si la directive exclue « l'étiquetage et la notice (...), les informations concrètes et les documents de référence (...)», la question se pose de savoir si toute information concernant un **médicament soumis à prescription médicale ne pouvant pas faire l'objet de publicité auprès du grand public** (3) peut être considérée comme une forme de publicité.
- C'est dans ce contexte que la CJUE a été saisie d'une **question préjudicielle** tendant à déterminer si était interdite une publicité auprès du public pour des médicaments soumis à prescription qui ne comporte que des indications communiquées à l'autorité compétente dans le cadre de la procédure d'autorisation et, de toute façon, accessibles à toute personne qui achète les produits, ces indications étant accessibles sur Internet, lorsqu'elles ne sont pas présentées à l'intéressé sans qu'il en fasse la demande.

Proposition d'une grille de lecture pertinente

- La Cour a affirmé que « la finalité du message » constitue « le trait caractéristique essentiel de la publicité et l'élément déterminant pour distinguer la publicité de la simple information ».
- L'intérêt de l'arrêt ne réside pas tant dans la réaffirmation par la Cour du **critère de la finalité** que dans le cadre d'analyse dudit critère qu'elle livre. Elle recommande ainsi de s'attacher successivement à l'identité de l'auteur, l'objet de la communication, le contenu de la communication et ses destinataires pour déterminer si la **finalité** est **promotionnelle ou non**.
- La Cour a conclu que n'est pas interdite la diffusion sur un site internet, par une entreprise pharmaceutique, d'informations relatives à des médicaments soumis à prescription médicale lorsque ces **informations** ne sont **accessibles** qu'à **la personne qui cherche à les obtenir** et qu'elles consistent uniquement en une **fidèle reproduction de l'emballage, de la notice ou du résumé des caractéristiques du produit**.
- Est en revanche interdite la diffusion, sur un tel site, d'informations relatives à un médicament qui ont fait l'objet, de la part du fabricant, d'une sélection ou d'un remaniement ne pouvant s'expliquer que par une finalité publicitaire.
- Si ces éclaircissements pouvaient être considérés comme assouplissant les règles de la publicité en ligne des médicaments, l'IGAS a cependant réaffirmé en juin dernier la nécessité du « *maintien d'une opposition absolue de notre pays dans le concert européen à toute amodiation des règles actuelles de non promotion des médicaments vers le public* » (4).

L'enjeu

L'application stricte du principe d'interdiction de la publicité, s'agissant de médicaments soumis à prescription médicale, établi dans un objectif de protection de la santé publique.

(1) [CJUE 5-5-2011 aff. C-316/09](#)

(2) Art. 86 de la Directive 92/28/CE du 31-3-1992, codifiée par la Directive 200/83/CE du 6-11-2001

(3) Ar. 88 1. de la Directive 2001/83/CE, intégré en substance à l'article L.5122-6 du CSP.

Le conseil

S'assurer de ce que l'information diffusée en ligne soit dépourvue de tout caractère publicitaire ou promotionnel, dès lors qu'elle concerne un médicament susceptible d'être délivré uniquement sur prescription médicale.

(4) IGAS, [Rapport du 1-6-11](#)

[MARGUERITE BRAC DE LA PERRIERE](#)

Communications électroniques

CONTRATS D'« INDEFEASABLE RIGHT OF USE » ET CABLAGE EN FIBRE OPTIQUE DES IMMEUBLES

Caractérisation et régime juridique des contrats d'IRU

- Le 3 mars 2011, l'Arcep a publié le résultat d'une étude visant à analyser le régime juridique de l'« Indefeasable Right of Use » (« IRU ») en droit français.
- Pour mémoire, les **contrats d'IRU** sont des **contrats sui generis** « *particuliers au secteur des télécommunications, visant la mise à disposition de fourreaux, de fibres optiques ou de bande passante sur une longue durée* ». Ils permettent donc de commercialiser de la capacité sur des systèmes de câbles sous-marins et / ou de pré-financer des câbles, fibres ou capacité de transmission terrestre.
- L'objectif de l'étude (1) est d'évaluer les conditions dans lesquelles ce contrat pourrait constituer un moyen juridique adapté pour répondre à la **problématique du co-investissement** des opérateurs d'immeubles ou commerciaux **dans le câblage en fibre optique**, tant des immeubles que de la partie terminale des réseaux à très haut débit.
- Le **régime juridique** le plus apte à encadrer les accords d'investissement entre opérateurs pour le déploiement de la fibre à très haut débit dans les immeubles devrait présenter les caractéristiques suivantes :
 - être stable et assurer un droit d'usage soit dédié, soit partagé, pérenne et de très longue durée (60 à 90 ans, soit la durée de vie d'une fibre noire) ;
 - permettre de traiter le droit concédé comme un actif amortissable ;
 - garantir l'opposabilité des droits concédés aux opérateurs commerciaux en cas de changement de propriétaire de la fibre ou de procédure collective ;
 - pouvoir sous-concéder le droit d'usage ou proposer des offres de gros ;
 - être adapté à la commercialisation d'offres d'usage partagé de la fibre.

Nature juridique des droits constitués aux termes du contrat

- Afin de répondre à l'objectif fixé par l'Arcep, l'étude distingue **deux phases de contributions financières : ab initio et a posteriori**.
- Dans le cadre d'une **opération de co-investissement ab initio**, il semblerait qu'un **régime de copropriété indivise**, sous forme contractuelle ou au travers d'un véhicule commun d'investissement, soit préféré. En revanche et surtout dans le cadre d'une phase postérieure à de lourds investissements, la **concession de droits d'usage de longue durée** serait plus intéressante.
- Deux régimes se fondant sur la constitution, soit de droits réels (droit de propriété, usufruit, usufruit indivis, futur droit de jouissance spécifique), soit de droits personnels mobiliers (contrats d'IRU), se démarqueraient.
- Or, dans le cadre d'une **opération a posteriori**, le contrat d'IRU serait une solution particulière, mais la plus adaptée et adaptable aux besoins des différents opérateurs, essentiellement en raison de son caractère sui generis. En effet, le contrat d'IRU répond aux différents besoins définis ci-dessus, et bien qu'il n'emporte pas, par nature, constitution de **droits réels opposables à tous**, ce contrat peut être aménagé afin d'y remédier.

Les avantages

Ce contrat :

- confère à son détenteur un droit d'usage exclusif, permanent, complet, de longue durée, irrévocable et transférant un droit personnel ;
- permet à son bénéficiaire de disposer d'une grande liberté dans l'exploitation du droit d'usage qui lui est concédé.

Toutefois, le bénéficiaire doit respecter les conditions d'utilisation et l'intégrité du bien et des installations du concédant.

(1) [Arcep, Etude de mars 2011](#)

Les conseils

Le concédant pourrait s'engager à :

- informer le propriétaire ou le syndic de l'immeuble de l'existence d'IRU et de l'identité de leur titulaire ;
- faire reconnaître et accepter, en cas de cession de la fibre à un tiers, les droits des titulaires d'IRU par ce tiers cessionnaire.

[FRÉDÉRIC FORSTER](#)
[KARIM MORAND-](#)
[LAHOVAZI](#)



DECISION DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE SUR LES PRATIQUES DU GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES

Caractère impératif des engagements du Groupement

- Par décision du 7 juillet 2011 et au terme d'une procédure négociée avec le Groupement des Cartes Bancaires (GIE CB), l'Autorité de la concurrence a rendu obligatoires les engagements du GIE CB tendant à faire baisser substantiellement la plupart des **tarifs des commissions interbancaires liées aux transactions par carte**, qui n'avaient pas évolué en faveur du consommateur depuis plus de vingt ans (1).
- En fixant les commissions interbancaires, le Groupement des Cartes Bancaires était susceptible d'être le support d'une entente entre ses membres.
- Cette fixation en commun n'apparaît pas condamnable en elle-même, dès lors que le montant des commissions est justifié par des éléments objectifs.
- Par conséquent, l'Autorité a lancé une procédure d'instruction à l'encontre du Groupement, qui a proposé des engagements se traduisant par la **baisse de la plupart des commissions interbancaires**.
- Dans ce cadre, il a été procédé à un **test de marché**, au terme duquel les observations des acteurs concernés ont été recueillies et confrontées.
- A l'issue de cette procédure, l'Autorité a obtenu que le Groupement propose des baisses plus importantes des commissions interbancaires que celles avancées dans le cadre de ses propositions antérieures :
 - la **commission interbancaire de paiement** (CIP), versée par la banque du commerçant à la banque du porteur de la carte à chaque paiement, baisse de 0,47 % à 0,30 %, soit une **baisse de 36%** ;
 - la **commission interbancaire de retrait** (CIR), versée à chaque retrait par la banque du porteur de carte à la banque gestionnaire du distributeur de billets, passe de 0,72 € à 0,57 €, soit une **baisse de 20%**.

Extension du périmètre des engagements du Groupement

- L'Autorité a par ailleurs obtenu du Groupement des Cartes Bancaires un **élargissement du périmètre des commissions** concernées par les engagements, ainsi qu'une **modification de leur durée**.
- Seront concernées, non seulement les **cartes « consommateurs »**, mais également les **cartes professionnelles**.
- La durée des engagements a été raccourcie d'un an, passant de 5 ans à 4 ans, en raison du contexte évolutif du marché.
- Le Groupement des Cartes Bancaires ne sera pas le seul système de paiement à être impacté par les décisions de l'Autorité de la concurrence.
- En effet, l'Autorité de la concurrence devrait s'intéresser prochainement aux commissions interbancaires fixées par d'autres systèmes de paiement par cartes (Mastercard, Visa, etc.) et à celles pratiquées pour les autres moyens de paiement, dont les prélèvements.
- Mis en œuvre à compter du **1er octobre 2011**, les engagements sont rendus obligatoires pour une **durée de quatre ans** à compter de la notification de la présente décision au GIE CB.

Les enjeux

Provoquer une baisse substantielle des deux principales commissions liées aux paiements et aux retraits effectués par carte bancaire.

Favoriser, en conséquence, une diminution des frais appliqués par les banques à leurs clients porteurs de cartes bancaires

(1) [Décision n° 11-D-11 du 7-7-2011](#)

Le conseil

Consulter le site internet du GIE CB, afin de connaître le montant révisé des commissions interbancaires couvertes par les engagements.

[FREDERIC FORSTER](#)

LOGICIELS DEDIES AU DPE : EVALUATION A RENFORCER POUR ASSURER LA FIABILITE DU DIAGNOSTIC

Les particularités distinctives de la procédure d'évaluation

- La **procédure d'évaluation** des logiciels de diagnostic de performance énergétique (DPE) concerne uniquement les logiciels dont les calculs de consommation conventionnels d'énergie sur les bâtiments existants sont basés sur la **méthode 3CL-DPE**.
- Les logiciels utilisant les deux autres méthodes de calcul, DEL6-DPE et Comfie-DPE, ne font pas l'objet d'une évaluation par le Centre Scientifique et Technique du Bâtiment (CSTB).
- Le logiciel soumis par un éditeur pour évaluation par le CSTB ne consiste pas dans l'obtention d'une certification ou d'une labellisation du logiciel, mais dans une simple **évaluation effectuée néanmoins par des experts du domaine en trois étapes** :
 - étape 1 : vérification des méthodologies de DPE ;
 - étape 2 : vérification de cas selon deux méthodes, la méthode dite «facture» et la méthode dite «bâtiments neufs» ;
 - étape 3 : analyse de la sensibilité sur 9 cas tests sur la méthode conventionnelle «bâtiments existants».

Les vecteurs d'amélioration de la procédure d'évaluation

- Procédant d'une **démarche volontaire de l'éditeur**, l'évaluation d'un DPE est réalisée pour une version unique du logiciel. Chaque **nouvelle version du logiciel contenant des modifications mineures et/ou majeures** n'est ainsi évaluée qu'à la demande expresse de l'éditeur.
- L'évaluation du CSTB n'est, en outre, qu'un **avis technique à dire d'experts**, formulé en l'état des connaissances disponibles, mais surtout sur la base des documents remis par l'éditeur du logiciel.
- Or, le **dossier transmis pour évaluation** ne comporte que deux exemplaires de la documentation associée et des fichiers sources des auto-tests de recevabilité. L'éditeur n'est ainsi pas tenu de préciser le code d'implémentation des algorithmes utilisés pour chaque méthode de calcul, conformément aux dispositions de l'arrêté du 9 novembre 2006.
- Pas davantage l'éditeur n'a à justifier de la prise en considération, lors de la phase de conception, de l'ensemble des **textes réglementaires de référence du DPE** ayant des incidences sur les résultats produits par le logiciel.
- Par ailleurs, le dossier de demande d'évaluation peut présenter des **erreurs de contenu**, desquelles le comité d'évaluation du CSTB ne peut être tenu responsable.
- Enfin, rappelons que ce n'est pas moins de 2 millions de location de logement et 650 000 actes de vente qui interviennent chaque année, dont autant de DPE location et vente.
- Outre l'**obligation d'information issue de la loi Grenelle 2**, les résultats du DPE conditionnent également le montant du prêt à taux zéro plus depuis le 1er janvier 2011.
- Afin d'éviter le développement d'un contentieux de masse, le législateur pourrait être conduit à **renforcer les conditions de réalisation et de contrôle de conformité de l'implémentation du code des algorithmes de calcul** dans les logiciels de diagnostic de performance énergétique.

Les enjeux

- information les acquéreurs potentiels de la consommation énergétique d'un bien immobilier ;
- sensibiliser le grand public à la lutte contre le réchauffement climatique,
- inciter les propriétaires à réaliser des travaux en vue d'améliorer la performance énergétique de leur bien.

Les conseils

Il est conseillé aux éditeurs de :

- prendre en compte, lors de la conception du logiciel, l'ensemble de la réglementation applicable au DPE ;
- joindre au dossier d'évaluation toute information jugée utile au CSTB
- requérir du CSTB une évaluation de chaque nouvelle version comportant des modifications mineures et/ou majeures du logiciel de DPE.

Les logiciels de DPE sont recensés sur le site web rt-batiment.fr.

DIDIER GAZAGNE



Droit de la concurrence

L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE REND SON AVIS SUR LE TARIF SOCIAL D'ACCES A L'INTERNET

Conditions posées à l'octroi du label « Tarif social mobile »

- Par avis du le 8 juillet 2011, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée sur l'**offre sociale « haut débit »** (1).
- Depuis l'adoption du **projet de loi renforçant les droits et la protection des consommateurs** par le Conseil des ministres le 1er juin 2011, l'Autorité peut donner son avis, préalablement à la conclusion de toute convention entre l'Etat et les opérateurs, pour la mise en œuvre du label.
- Contrairement au dispositif de service universel de téléphonie fixe (2), fondé sur un tarif unique souscrit auprès de l'opérateur historique et compensé en partie par un fonds de service universel, le procédé envisagé en matière d'internet haut débit consiste à **labelliser certaines offres considérées comme abordables en raison de leur prix et du service rendu**.
- Dans le secteur de la **téléphonie mobile**, le procédé a d'ores et déjà été discuté entre les autorités publiques et les opérateurs de téléphonie lors d'une table ronde et a fait l'objet d'une convention signée le 7 mars de cette année.
- Les offres des opérateurs seront examinées en fonction d'un cahier des charges et d'une convention types. Les offres conformes porteront le **label « Tarif social mobile »**, faisant l'objet d'un règlement d'usage de marque. L'offre sociale « haut débit » devrait, quant à elle, être mise en place pour un **tarif avoisinant les 20 euros et disponible sur tout le territoire**.

Critères d'éligibilité de la réduction sociale aux offres multiservices

- L'Autorité de la concurrence insiste sur la nécessité d'établir un **diagnostic portant sur la fracture numérique** pour raisons financières, mais également pour des raisons générationnelles, culturelles ou géographiques.
- Elle souligne également que la mise en place d'un tel tarif est **compatible avec le droit de la concurrence**, dans la mesure où elle se limite à corriger une défaillance du marché et à remplir un **objectif d'intérêt général** en introduisant le moins de distorsions de concurrence possible.
- L'Autorité constate en outre que le service universel des télécommunications est limité au service téléphonique et que l'inclusion, en son sein, du service de l'accès internet haut débit est impossible en l'état actuel du «*paquet télécom*».
- Néanmoins, sous réserve de l'appréciation de la Commission européenne, le gouvernement pourrait étendre l'éligibilité de la réduction sociale aux offres multiservices haut débit incluant les deux services.
- Une **labellisation, sans subvention, des offres Internet haut débit à tarif social** pour les bénéficiaires de minima sociaux, constituerait une solution alternative à certaines conditions.
- Une telle solution soulève le **risque concurrentiel d'un potentiel effet de ciseau tarifaire**, compte tenu de la position particulière de l'opérateur historique sur les marchés de gros et de détail concernés. C'est pourquoi, la solution, pour être valable, devra permettre à tous les fournisseurs d'accès à Internet de participer au dispositif de manière effective.

L'enjeu

Lutter contre la fracture numérique en étendant les tarifs sociaux aux services mobiles et à l'internet haut-débit.

(1) [Avis 11-A-11 du 29-6-2011](#) ; [Communiqué du 8-7-2011](#)

(2) CPCE, art. R.20-34

Le conseil

Prendre connaissance des orientations relatives à la conduite d'un test de ciseau tarifaire, publiées par l'Autorité en annexe de l'avis, destinées à faciliter l'identification, très en amont, des niveaux de prix qui pourraient être compatibles avec les règles de concurrence.

[FREDERIC FORSTER](#)



Propriété industrielle : contentieux

REFERENCEMENT PAYANT ET ATTEINTES AUX FONCTIONS DE LA MARQUE : RENOMMEE OU PAS ?

L'atteinte aux fonctions de la marque, condition de la contrefaçon

- La CJUE, par arrêt du 23 mars 2010 (1), s'est déjà prononcée sur les conditions dans lesquelles le titulaire d'une marque était habilité à interdire l'usage d'un mot clé identique à ladite marque dans le cadre d'un service de référencement sur Internet pour promouvoir des **produits ou des services identiques à ceux protégés**.
- Par cette décision, la Cour écarte le principe de l'atteinte au droit des marques par le **prestataire du service de référencement** au motif que ce dernier **ne fait pas lui-même usage du signe contesté**.
- S'agissant des annonceurs, la Cour relève la possibilité d'une **atteinte à la fonction d'identification d'origine de la marque**. Laissant le soin aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas l'existence de l'atteinte effective ou potentielle, elle retient toutefois qu'il y a lieu de conclure à une telle atteinte dès lors que l'annonce déclenchée par le mot clé « ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ».
- Par un arrêt récent du 22 septembre 2011 (2), la Cour précise les conditions dans lesquelles le référencement payant est susceptible de porter **atteinte aux autres fonctions de la marque** et, notamment à sa « fonction d'investissement » lorsque l'usage qu'en fait l'annonceur « gêne de manière substantielle l'emploi, par le titulaire, de la marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs ».

Les atteintes propres à la marque de renommée

- Bien qu'interrogée par la Cour de cassation sur le cas particulier de la marque de renommée dans le cadre des affaires Google, la CJUE n'a pas à l'époque, opéré de distinction entre marque et marque de renommée.
- C'est chose faite désormais, puisque, dans l'**arrêt du 22 septembre 2011**, la Cour de justice précise également les conditions spécifiques dans lesquelles le titulaire de la marque notoire ou de renommée peut invoquer cette renommée pour voir **interdire l'usage d'un mot clé identique à la marque**, dans le cadre du référencement payant sur les moteurs de recherche.
- Le titulaire de la marque renommée peut interdire un tel usage « lorsque ledit concurrent tire ainsi un **profit indu** du caractère distinctif ou de la renommée de la marque (parasitisme) ou lorsque ladite publicité porte **préjudice** à ce caractère distinctif (dilution) ou à cette renommée (ternissement) ».
- La Cour définit l'**atteinte au caractère distinctif** (dilution) au cas particulier, précisant que « la publicité, à partir d'un mot-clé identique à la marque de renommée, porte préjudice à son caractère distinctif lorsqu'elle contribue à une **dénaturation de cette marque** en terme générique ».
- Tel n'est pas le cas lorsque, « sans offrir une simple imitation des produits ou des services du titulaire de ladite marque, sans causer une dilution ou un ternissement et sans au demeurant porter atteinte aux fonctions de la marque renommée » l'annonceur se contenter de proposer « **une alternative** » par rapport aux produits ou aux services visés par la marque de renommée (1).

Les enjeux

Concilier les droits du titulaire de la marque et l'exercice d'une libre concurrence sur les moteurs de recherche.

Prendre en considération les caractéristiques propres à la marque notoire ou de renommée.

(1) [CJUE, aff. Jointes C-236/08 à C-238/08 du 23-3-2010](#).

(2) [CJUE, aff. C-323/09 Interflora du 22-9-2011](#).

Les conseils

Analyser l'utilisation de la marque pour en définir les principales fonctions au cas d'espèce.

Porter une attention particulière aux conditions d'utilisation sur les moteurs de recherche d'une marque potentiellement notoire.

[VIRGINIE BRUNOT](#)



FACILITATION DE L'ACCES DES ENTREPRISES INNOVANTES ET DES PME AUX MARCHES PUBLICS

Les dispositions novatrices du décret du 25 août 2011

- Par décret du 25 août 2011, de nombreuses dispositions du code des marchés publics ont été modifiées (1).
- Au titre des innovations, il est à noter l'introduction, à l'article 73 du code, des **contrats globaux de performance** pour les marchés associant la conception, la réalisation et l'exploitation.
- Ce type de contrat, qui devra comporter des objectifs de performance mesurables notamment en terme écologique ou énergétique, permet de **déroger à la règle de l'allotissement**, mais non pas à l'interdiction du paiement différé ni à la règle de séparation de la rémunération des prestations de construction de celles de maintenance ou d'exploitation.
- Le recours à la **procédure de dialogue compétitif** est par ailleurs étendu aux marchés de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager. De même, la **procédure du système d'acquisition dynamique**, à l'origine réservée aux seules fournitures courantes, est étendue aux services courants.
- Les **marchés dotés d'une clause de reconduction** doivent désormais être considérés comme automatiquement reconduits en cas de silence gardé par l'acheteur public. L'article 5 du code des marchés publics relatif à la durée des marchés est modifié en ce sens.
- L'**accès des entreprises innovantes aux marchés publics** est favorisé par l'introduction, à l'article 50 du code, de la possibilité de présenter des offres variantes, même en l'absence de présentation d'une offre de base.
- Enfin, l'article 51 du code n'impose plus désormais aux **groupements conjoints** de préciser le montant des prestations confiées à chaque membre dans les marchés à bons de commande et les accords-cadres. La réponse de groupements d'entreprise aux marchés est donc facilitée, permettant ainsi aux PME de proposer leurs services aux acheteurs publics.

Le nouvel environnement juridique des marchés publics

- Le texte du décret comporte également des **éclaircissements** concernant :
 - les modalités d'actualisation et de révision des prix ;
 - les cas de dispense de procédure ;
 - les dispositions relatives à la publicité et à la dématérialisation ;
 - la dispense du respect du délai de suspension de la signature du marché ;
 - le régime des avances ;
 - les délais de paiement.
- Le décret procède à l'**harmonisation des textes de la commande publique** avec les textes communautaires, mais également avec les dispositions de la loi MOP (2) et du « Grenelle II » (3).
- Enfin, les **seuils et les règles générales de passation** décrites dans le code des marchés publics sont désormais applicables uniformément aux personnes soumises ou non à ce code.

Les enjeux

- favoriser l'accès des entreprises innovantes et des PME à la commande publique ;
- responsabiliser les titulaires des marchés par la modulation de leur rémunération selon le niveau de satisfaction des objectifs de performance ;
- mettre à disposition des acheteurs publics de nouveaux outils ;
- faciliter le suivi des marchés reconductibles ;
- renforcer la sécurité juridique des acheteurs et des entreprises.

(1) [Décret n° 2011-1000 du 25-8-2011](#)

(2) Loi n° 85-704 du 12-7-1985.

(3) Loi n° 2010-788 du 12-7-2010.

Le conseil

Veiller au respect des dispositions du décret pour les projets de contrat pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication postérieurement au 27 août 2011, date d'entrée en vigueur du présent décret.

[FRANÇOIS JOUANNEAU](#)



Propriété littéraire et artistique

REFORME D'AMPLEUR DU DROIT DES BREVETS AUX ETATS-UNIS

Les dispositions novatrices majeures de la loi HR1249

- L'adoption de la loi « **Leahy-Smith America Invents Act** » (HR1249), signée par le président Barack Obama le 16 septembre 2011, modifie en profondeur le cadre juridique du brevet aux Etats-Unis (1).
- Il s'agit d'un véritable bouleversement en matière de **droit américain des brevets** puisque ce texte constitue la plus profonde modification en la matière depuis 60 ans.
- La réforme de l'American Invents Act (AIA) est marquée par l'**alignement du régime américain sur celui du droit européen** en substituant à la règle actuelle « first-to-invent » (le premier inventeur), le régime du « first-to-file » (premier déposant).
- Par ailleurs, après l'obtention du brevet auprès de l'Office des brevets et des marques des États-Unis (USPTO), une période d'examen de 9 mois sera ouverte permettant à tout tiers de contester le demande de dépôt.
- Cette **procédure d'opposition** complète les possibilités spécifiques au droit américain d'introduire une **demande de réexamen « inter partes » ou « ex parte »** en vue de modifier le dépôt, afin d'anticiper notamment des motifs de nullité invoqués par un contrefacteur dans l'éventualité d'une demande reconventionnelle devant les tribunaux.

L'admissibilité à la protection par brevet des « business method »

- La nouvelle législation laisse toutefois substituer la possibilité de breveter des inventions ayant trait à des **méthodes d'affaires** ou « business method », spécificité outre-atlantique permettant de revendiquer l'exclusivité sur une **procédure immatérielle innovante**.
- Cependant, il semble que, depuis l'arrêt rendu par la Cour suprême des Etats-Unis le 28 juin 2010 dans l'affaire Bilski (2), la **condition de caractère technique** posée à l'obtention d'un brevet portant sur une méthode d'affaires soit examinée de manière plus rigoureuse qu'auparavant.
- Dans cette affaire, l'USPTO, puis la Chambre des recours de l'Office américain des brevets, avaient rejeté la demande de brevetabilité d'un procédé de gestion du coût du risque associé à la vente d'une marchandise à prix fixe, arguant du fait que l'invention revendiquée était assimilable à une méthode d'affaires, sans aucun lien avec une machine.
- La Juridiction suprême, par arrêt confirmatif, a affirmé la pertinence du nouveau **test de brevetabilité « machine-ou-transformation »** qui, bien que n'étant pas déterminant, soit un test important pour déterminer la brevetabilité d'un procédé en vertu des dispositions de l'article 101 de la loi sur les brevets.
- Rappelons qu'au regard de ce critère, un procédé est éligible à la protection par brevet dès lors qu'il est « lié à une machine ou un appareil » ou encore qu'il « transforme un article en un état ou un objet différent ».
- Bien que ce test ne soit pas, le seul critère pour statuer sur la brevetabilité d'un procédé, les demandes de dépôt de brevet ne satisfaisant pas les conditions de ce test devraient être plus difficilement acceptées par l'USPTO.

L'enjeu

Harmoniser les principes du droit américain des brevets avec le droit européen des brevets.

(1) Maison Blanche, [Communiqué du 16-9-2011](#)

(2) [US Sup. Court. 28-6-2011 Bilski c./ Kappos](#)

Les conseils

- redéfinir la stratégie de protection des innovations ;

- réduire le délai courant entre l'obtention des résultats brevetables et le dépôt de la demande ;

- dans l'intervalle, procéder à des «dépôts provisoires».

[LAURENCE TELLIER-LONIEWSKI](#)
[CONSTANCE MARCADE](#)



CONDITIONS DE PRISE EN COMPTE DE CERTAINES DEPENSES EXTERNALISEES DANS LE CALCUL DU CIR

Plafonnement des dépenses de R&D sous-traitées

- Une entreprise peut prendre en compte, dans le calcul du crédit d'impôt recherche (CIR), les dépenses exposées pour la réalisation d'**opérations de recherche scientifique et technique** confiées à des organismes de recherche publics, des établissements d'enseignement supérieur délivrant un diplôme conférant un grade de master, des fondations de coopération scientifique, des établissements publics de coopération scientifique et des fondations reconnues d'utilité publique du secteur de la recherche agréées.
- Ces **dépenses de sous-traitance** ou « dépenses externalisées » sont retenues pour le double de leur montant dans l'assiette de calcul du CIR, sous certaines conditions et dans la limite de certains plafonds.
- La loi de finances rectificative pour 2009 (1) a modifié, à partir du **1er janvier 2010**, certaines des conditions de prise en compte des dépenses externalisées. Par une instruction du 26 avril 2011 (2), l'administration fiscale a commenté ces nouvelles dispositions.

Révision des conditions propres aux prestataires de recherche

- Pour que les dépenses de recherche confiées à des fondations de coopération scientifique soient éligibles au CIR, ces **fondations** doivent avoir été **agréées** par le ministère de la recherche.
- Les associations concernées sont les **associations** régies par la **loi du 1er juillet 1901** ayant pour fondateur(s) et membre(s) un ou plusieurs organisme(s) de recherche public(s) ou établissement(s) d'enseignement supérieur délivrant un diplôme conférant un grade de master.
- La qualité de membre de l'association s'apprécie à la date à laquelle les dépenses externalisées sont engagées par la société donneuse d'ordre.
- Les sociétés concernées sont les **sociétés de capitaux** dont le capital ou les droits de vote sont détenus directement et non par l'intermédiaire d'autres structures, pour plus de 50% par un ou plusieurs organisme(s) de recherche public(s) ou établissement(s) d'enseignement supérieur délivrant un diplôme conférant un grade de master. Il s'agit, donc, de sociétés dans lesquelles les associés ne sont tenus qu'à concurrence de leurs apports.
- Ces associations ou sociétés de capitaux doivent également satisfaire aux **conditions cumulatives** suivantes :
 - être agréées par le ministère chargé de la recherche ;
 - avoir conclu (à la date à laquelle les dépenses externalisées sont engagées par l'entreprise donneuse d'ordre) avec les organismes précités qui en sont membres ou qui en détiennent plus de 50% du capital ou des droits de vote, une convention dans le cadre de laquelle elles peuvent exécuter des prestations de services, gérer des contrats de recherche, exploiter des brevets et licences et commercialiser les produits de leurs activités ;
 - réaliser ces travaux de recherche au sein d'une ou plusieurs unités ou équipe(s) de recherche relevant du ou des organisme(s) de recherche public(s) ou établissements d'enseignement(s) supérieur délivrant un diplôme conférant un grade de master.

L'enjeu

Renforcer la sécurité juridique du crédit d'impôt recherche pour faciliter son utilisation par les entreprises et son contrôle par l'administration

(1) Loi n°2009-1674 du 30-12- 2009, art. 87 II)

(2) [Instruction fiscale n°4 A-2-11 du 26-4-2011](#)

Le conseil

Insérer, dans les factures émises par les associations et sociétés précitées, des mentions relatives au CIR afin :

- d'informer les entreprises donneuses d'ordre sur les conditions dans lesquelles les opérations de recherche ont été réalisées ;

- de les sécuriser, s'agissant de la prise en compte de ces dépenses pour le double du montant facturé dans l'assiette de calcul du CIR.

Les modalités antérieures de plafonnement de ces dépenses éligibles demeurent cependant applicables.

[PIERRE-YVES FAGOT](#)
[CELESTE TRAVAUX](#)



MESSAGERIE PROFESSIONNELLE : DES ECHANGES PRIVES NE PEUVENT JUSTIFIER UNE SANCTION DISCIPLINAIRE

Conditions d'accès par l'employeur à la messagerie pro du salarié

- La Cour de cassation a rappelé, aux termes d'un arrêt rendu le 5 juillet 2011, que si l'employeur peut consulter les **fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels** par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils relèvent de sa vie privée (1).
- En l'espèce, un salarié a été licencié pour avoir détenu, dans sa messagerie professionnelle, des **messages à caractère érotique** et entretenu une **correspondance intime avec une salariée de l'entreprise**.
- La Cour de cassation a approuvé les juges du fond pour avoir jugé le **licenciement sans cause réelle et sérieuse**.
- Cet arrêt est rendu conformément aux règles posées par la jurisprudence en matière d'**accès à la messagerie professionnelle du salarié**. Les **courriers** adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont **présumés avoir un caractère professionnel** en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels.

Consécration du droit du salarié au respect de sa vie privée

- Toutefois, ce n'est pas parce que l'employeur peut légitimement contrôler les messages figurant sur la messagerie professionnelle du salarié qu'il est en droit de se prévaloir de leur contenu au titre d'une **procédure disciplinaire**.
- Après avoir rappelé le principe selon lequel « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* » (2), la Cour de cassation a considéré que le **caractère privé des messages échangés** entre les salariés excluait une sanction disciplinaire.
- La Cour avait déjà jugé de la sorte dans deux récentes affaires (3) à propos de courriers échangés via la messagerie professionnelle entre des **salariés dénigrant leur hiérarchie**. Les licenciements ont été jugés fondés par les juges parce que les messages avaient un caractère professionnel et n'étaient pas en lien avec la vie privée des salariés.
- Si les employeurs doivent faire preuve d'un minimum de tolérance vis-à-vis d'une **utilisation raisonnable de la messagerie professionnelle à des fins privés**, la possibilité de sanctionner un salarié pour son utilisation abusive n'est pas remise en cause par la Cour de cassation.
- En d'autres termes, le fait d'envoyer un grand nombre de fichiers pornographiques via la messagerie de l'entreprise, affectant ainsi le trafic normal de courriers professionnels, reste fautif (4).
- En l'espèce, le salarié n'avait fait qu'entretenir une relation très intime avec une collègue sans les diffuser ni les enregistrer. D'ailleurs, la Cour de cassation avait déjà jugé que la seule **réception de courriers pornographiques sans enregistrement sur le disque dur du salarié** ne relevait pas d'un comportement fautif (5).

L'enjeu

Préserver un juste équilibre entre le droit du salarié au respect de sa vie privée et la défense des intérêts légitimes de l'entreprise.

(1) [Cass soc 5-7-2011 n°10-17284 Gan Assurances IARD c./ X](#)

(2) Cass., soc. n°99-42942 du 2-10-2001.

(3) Cass.soc. n°09-72313 et 09-72449 du 2-2-2011.

Les conseils

- identifier les messages à caractère privé en insérant la mention «perso», «personnel» dans l'objet ;

- rédiger, à destination des salariés, une charte précisant les règles d'usage des moyens informatiques de l'entreprise.

(4) Cass., soc. n°09-42691 du 15-12-2010.

5) Cass., soc. n°08-43258 du 14-4-2010.

EMMANUEL WALLE
ANNE ROBINET



Prochains événements

Faible ou défaut de sécurité : ce qui (v)a changé (er) : 5 octobre 2011

- **Alain Bensoussan, Eric Barbry, Céline Avignon** animeront un petit-déjeuner débat consacré à la nouvelle obligation de notification des failles de sécurité introduite par l'Ordonnance du 24 août 2011 de transposition du nouveau « Paquet télécom »
- S'agissant de la protection de la vie privée et des données personnelles dans le cadre des services de communications électroniques, l'ordonnance complète la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés par de nouvelles obligations figurant à l'article 34 bis.
- Cet article est une véritable révolution juridique qui s'applique à « toute violation de la sécurité entraînant accidentellement ou de manière illicite la destruction, la perte, l'altération, la divulgation ou l'accès non autorisé à des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement dans le cadre de la fourniture au public de services de communications électroniques ».
- Quelles sont les personnes soumises à ces nouvelles obligations ? Qu'est ce qu'une violation de sécurité : une faille ou un défaut ? Comment informer la Cnil et notifier les clients ? Quelles sont les « mesures de protection appropriées » qui permettent d'éviter une notification client ?
- Nous vous proposons, à l'occasion d'un petit-déjeuner, de faire le point sur ces nouvelles dispositions.

Inscription gratuite sous réserve de confirmation avant le 1^{er} octobre 2011 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoussan.com ou en faxant le [bulletin d'inscription](#) au 01 41 33 35 36.

Nouvelles extensions de noms de domaine sur internet : 19 octobre 2011

- **Virginie Brunot et Anne-Sophie Cantreau, en partenariat avec Bruce Tonkin, Chief Strategy Officer, Christophe Gérard et Arnaud Astier du registrar IT Melbourne, ainsi qu'avec Bertrand Louveau et Matthieu Crédou de l'AFNIC**, animeront, le 19 octobre 2011, un petit-déjeuner débat consacré aux nouvelles extensions sur Internet.
- Dès le 12 janvier 2012, les personnes morales publiques ou privées, titulaires de marques, institutions publiques ou encore organismes représentatifs d'une communauté d'intérêts, pourront déposer leur candidature pour devenir leur registre et gérer leurs propres extensions.
- Véritable séisme dans la géographie actuelle des noms de domaine, qu'elles correspondent à une marque ou à un terme générique, ces nouvelles extensions ouvrent de formidables perspectives de renforcer et consolider sa présence et son identité sur internet, de valoriser son image, de créer de nouveaux services ou encore de renforcer la cohésion de son réseau de partenaires et de clients.
- Cette opportunité, d'une durée de trois mois, se refermera le 12 avril 2012, sans qu'une nouvelle période de candidature ne soit prévue de manière certaine à ce jour.
- Le délai est court et le dossier de candidature complexe. C'est donc maintenant qu'il convient d'engager une réflexion.
- Quelles sont les actions à mener pour décider de déposer sa candidature, choisir ses extensions, anticiper les conflits et monter son dossier ?
- Quelle est la procédure conduisant à l'activation des nouvelles extensions ?
- Telles seront quelques-unes des questions abordées lors de ce petit-déjeuner.
- **Inscription gratuite** sous réserve de confirmation avant le 15 octobre 2011 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoussan.com ou en faxant le bulletin d'inscription au 01 41 33 35 36.



NOTRE RESEAU DE CORRESPONDANTS ORGANIQUES LEXING VOUS INFORME

Vente sur internet et redevance pour copie privée



Cabinet Elegis

(1) [CJUE aff. C-462/09 du 16-6-2011](#)

Les Etats membres de l'Union européenne seraient titulaires d'une « obligation de résultat », au titre de laquelle ils seraient tenus de s'assurer de la perception effective de la redevance par les auteurs.

- Saisie par la Cour de cassation néerlandaise de **deux questions préjudicielles** en matière de redevance pour copie privée, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'est prononcée par arrêt du **16 juin 2011** (1).
- La société de droit allemand Opus procédait à la vente sur internet, de supports de reproduction vierges au bénéfice de consommateurs néerlandais, sans s'acquitter de la redevance pour copie privée ni aux Pays-Bas ni en Allemagne.
- Elle justifiait du non-paiement auprès de l'organisme néerlandais collecteur (la Stichting), en arguant du fait qu'elle ne pouvait être considérée comme l'importateur des supports vierges et que seul le client, en qualité d'importateur, était assujéti au paiement de cette redevance.
- La cour de cassation néerlandaise, devant laquelle l'affaire a été portée après que les juridictions de première et seconde instance ont fait droit aux arguments de la société Opus, saisit alors la CJUE pour savoir :
 - si la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 fixe des règles permettant de déterminer l'imputabilité de la redevance pour copie privée ;
 - et, dans l'éventualité d'un contrat conclu à distance entre un commerçant et un consommateur établis dans des Etats distincts de l'Union, si la redevance est susceptible d'être imputée au commerçant.
- La Cour européenne a précisé que la directive 2001/29/CE doit être interprété en ce sens que **l'utilisateur final** qui effectue, à titre privé, la reproduction d'une oeuvre protégée est en principe considéré comme le **seul débiteur de la redevance**.
- Cependant, les **Etats membres** de l'Union ont la **faculté d'instaurer une redevance** pour copie privée à la charge des personnes qui mettent à la disposition de cet utilisateur final des équipements, des appareils ou des supports de reproduction, dès lors qu'elles peuvent répercuter le montant de la redevance dans le prix acquitté par l'utilisateur final.



Maître Sébastien Fanti

(2) [Article du 4-2011](#)

Atteinte à l'image de l'entreprise à raison d'un vol de données

- Relevant de l'**article 143 du Code pénal suisse**, l'infraction de soustraction de données présuppose que les données aient fait l'objet d'une **protection informatique**, voire physique, visant à proscrire un vol de données commis soit de l'extérieur soit en interne, par un membre de l'entreprise.
- Il en ressort que la seule mention, dans le contrat de travail, de l'interdiction faite au salarié d'accéder aux données est insuffisante sur le plan pénal.
- Au regard de la brièveté du délai pour agir (3 mois), il est vivement conseillé aux entreprises de déposer une **plainte contre X** pour préserver l'ensemble de leurs droits.
- Toutefois, l'atteinte à l'image de l'entreprise et la perte de confiance de la clientèle consécutives au vol de données ne pourront recevoir réparation.
- Il serait souhaitable de procéder à une révision du Code pénal afin d'intégrer les nouvelles formes de délinquance informatique, « *par le biais de normes technologiquement neutres permettant une adaptation plus rapide dans un domaine où les révolutions numériques se succèdent à la fulgurance du net* ».



Téléprocédures fiscales et sociales

▪ Le **seuil** de l'obligation faite aux entreprises de recourir aux téléprocédures, fixé auparavant à 500 000 euros de chiffre d'affaires ou de recettes réalisées au titre du précédent exercice clos, **est abaissé à 230 000 euros** depuis le 1er octobre 2011 (1).

(1) [Minéfi/DGFIP, communiqué du 15-9-2011](#)

Licences 4G de téléphonie mobile

▪ L'Arcep a publié, le **22 septembre 2011**, les résultats de l'attribution des premières licences 4G aux quatre opérateurs de téléphonie mobile présents sur le marché français, qui devrait intervenir dans les premiers mois de l'année 2012 (2).

(2) [Arcep, Décision n° 2011-1080 du 22-9-2011](#)

▪ Les fréquences ont été attribuées dans la bande 2,6 GHz aux **quatre sociétés** suivantes : Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange France et la Société Française du Radiotéléphone (SFR).

Vidéoprotection dans les espaces publics ou privés

▪ Par voie de circulaire publiée le **15 septembre 2011**, a été précisé le cadre juridique applicable à l'installation de caméras de vidéoprotection sur la voie publique et dans des lieux ou établissements ouverts au public, d'une part, et d'autre part, dans des lieux non ouverts au public (3).

(3) [Circulaire du 14-9-2011](#)

Jeux d'argent et de hasard en ligne

▪ L'Autorité de régulation des jeux en ligne (Arjel) a publié, le 21 juillet 2011, le **bilan d'activité 2010-2011**, une année après l'entrée en vigueur de la loi n°2010-476 du 12 mai 2010 portant ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (4).

(4) [Arjel, Bilan du 21-7-2011](#)

Marchés publics de défense ou de sécurité

▪ Un décret de transposition de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009, harmonise les règles de passation des marchés publics de défense ou de sécurité et précise les modalités d'application de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011, **depuis le 15 septembre 2011** (5).

(5) [Décret n° 2011-1104 du 14-9-2011](#)

▪ Entré en vigueur le lendemain de sa publication, ce décret porte modification de la troisième partie du Code des marchés publics réglementant les modalités de passation et d'exécution de ces marchés.

Directeur de la publication : Bensoussan Alain

Rédigée par les avocats et juristes d'ALAIN BENSOUSSAN SELAS

Animée par Isabelle Pottier, avocat

Diffusée uniquement par voie électronique

ISSN 1634-071X

Abonnement à : paris@alain-bensoussan.com