



MECENAT ET PARRAINAGE POUR UNE VALORISATION DU PATRIMOINE PUBLIC

La valorisation du patrimoine public

- Des trois grâces de Lucas Cranach, en passant par la rénovation de la galerie des glaces du château de Versailles, au soutien 2012-2013 sollicité par la fondation Vasarely en vue de la restauration de son bâtiment et de ses œuvres, les **engagements de mécènes** sont de plus en plus nombreux.
- C'est dans ce contexte et dans le prolongement de l'arsenal législatif relatif au mécénat, dont la loi du 4 janvier 2002 ou celle du 1^{er} août 2003 (1), que l'**agence du patrimoine immatériel de l'Etat (APIE)** a publié une **brochure** intitulée « conduire des actions d'intérêt général avec le concours de financements privés : mécénat, fonds de dotation, parrainage » (2).
- Ce document définit les principes juridiques du mécénat et du parrainage, dont les conditions d'éligibilité, et détaille le **régime fiscal attractif**.
- Cette publication rappelle qu'aux termes de l'arrêté du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière (3), le **parrainage** est un « *soutien matériel apporté à une manifestation, une personne, à un produit ou à une organisation en vue d'en retirer un bénéfice direct* », alors que le **mécénat** correspond à « *un soutien matériel apporté sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un caractère d'intérêt général* ».

Les nouvelles tendances du parrainage et du mécénat

- Après avoir énoncé les **différents types de mécénat** et leur mode de gestion (gestion interne des fonds ou la création d'une structure intermédiaire telle que les fondations ou les fonds de dotation), l'APIE détaille ses **nouvelles tendances**, en particulier son extension, au-delà du secteur culturel, à d'autres secteurs, tels les hôpitaux, les universités et les collectivités territoriales.
- Elle évoque les **contreparties** dont peut bénéficier le mécène, telles que l'**aposition de son logotype** sur les supports de communication ou encore la **réservation d'espaces** pour des soirées privatives.
- Elle précise que l'administration fiscale reste attentive à la nature et aux limites de la contrepartie et souligne notamment que « *le bénéficiaire ne doit pas offrir en contrepartie du don un lien vers le site internet commercial du mécène* ».
- L'APIE insiste par ailleurs sur le risque de **requalification** d'un parrainage en marché public et recommande une attention particulière aux dispositions du code des marchés publics.
- Cette documentation complète les publications et autres outils élaborés par l'APIE dans le cadre plus général de la valorisation du patrimoine public.

L'enjeu

Le mécénat et le parrainage s'ouvrent à de nouveaux secteurs contribuant à valoriser le patrimoine public entendu au sens large.

(1) Loi n° 2002-5 et loi n° 2003-709.

(2) [Conduire des actions d'intérêt général](#), APIE mai 2012.

(3) [Arr. du 6-1-1989](#).

Les conseils

Pour le mécénat :

- étudier les conditions d'éligibilité ;
- être attentif aux conditions d'exercices des contreparties.

Pour le parrainage :

étudier les dispositions du Code du marché public et éviter une requalification en marché public.

[ANNE-SOPHIE CANTREAU](#)

[CLAUDINE SALOMON](#)



LA PORTEE PROBATOIRE D'UNE EXPERTISE NON JUDICIAIRE ET NON CONTRADICTOIRE

Le principe du contradictoire en matière d'expertise

- Le **principe du contradictoire** prévu par l'article 16 du Code de procédure civile s'applique naturellement en matière d'expertise et doit donc être scrupuleusement observé. La Cour de cassation y veille rigoureusement.
- Dans un arrêt en date du **28 septembre 2012**, la chambre mixte de la Cour de cassation précise la portée probatoire d'une **expertise non judiciaire** et non contradictoire.
- En l'espèce, à la suite de la destruction d'un véhicule automobile par incendie, la société d'assurance de la propriétaire mandate un expert afin de déterminer l'origine du sinistre.
- Cet expert ayant conclu que l'origine du sinistre se situe dans un défaut de câblage de la centrale électrique du véhicule, l'assureur assigne en conséquence le constructeur et sa société d'assurance, en vue d'obtenir leur condamnation solidaire au remboursement de l'indemnité versée à l'assuré.
- Par un arrêt du 29 mars 2011, la Cour d'appel de Paris rejette cette demande, considérant que le **rapport d'expertise amiable**, dépourvu de caractère contradictoire, est **insuffisant** à établir le bien-fondé de la demande de l'assureur.
- Ce dernier forme par conséquent un **pourvoi contre l'arrêt**, soutenant que tout rapport d'expertise amiable peut valoir titre de preuve dès lors qu'il est soumis à la libre discussion des parties et ce, alors même qu'il n'a pas été établi contradictoirement.
- Il soutient en conséquence qu'en refusant d'examiner le rapport d'expertise amiable régulièrement communiqué aux débats par la société d'assurance et ayant fait l'objet d'un débat contradictoire, **faute d'avoir été établi contradictoirement**, la cour d'appel a violé les articles 15, 16 et 132 du Code de procédure civile. Le pourvoi est pourtant **rejeté**.

Expertise judiciaire et expertise privée : quelle valeur ?

- Dans la lignée de la jurisprudence récente de la première et troisième chambre civile de la Cour de cassation, la **Chambre mixte** (1) décide que si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut toutefois se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties.
- Pour se voir reconnaître une **valeur probante**, l'expertise non judiciaire doit par conséquent être établie **contradictoirement** ou être étayée par d'autres pièces.
- Cette position, plutôt sévère à l'égard des rapports d'expertise privée est à rapprocher de l'arrêt de la chambre mixte rendu à la même date (2).
- Dans cette seconde affaire, une cour d'appel a pu tenir compte d'un rapport d'expertise judiciaire dont le **contenu clair, détaillé et précis**, a été débattu contradictoirement devant le juge, ce alors même qu'une partie estimait ne pas avoir été régulièrement convoquée et appelée par l'expert. La Cour de cassation a considéré que la cour d'appel avait eu raison de tenir compte des appréciations de l'expert pour fixer l'indemnisation.
- Le caractère judiciaire de l'expertise, même non contradictoire, semble donc conférer au rapport, une force probante plus importante.

Les enjeux

Le juge ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties.

Il doit s'assurer de l'exact périmètre opposable du rapport privé.

(1) [Cass. civ. mixte, 28-9-2012 n°11-18710](#).

Les conseils

Les conclusions d'un rapport privé ne peuvent être prises en compte dans la décision finale que si elles sont corroborées par d'autres éléments corroborants.

(2) [Cass. civ. mixte, 28-9-2012, n°11-11381](#).

[BENOIT DE ROOQUEFEUIL](#)
[HELENA REGOLI](#)



MUTUALISATION ET ITINERANCE SUR LES RESEAUX MOBILES

Saisine pour avis de l'Autorité de la concurrence

▪ L'Autorité de la concurrence a été saisie par le gouvernement pour émettre un avis sur les conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobile (1), en particulier sur :

- la **poursuite de l'accord d'itinérance Free et Orange**. Dans l'hypothèse du maintien ou de la pérennisation de cet accord, se pose la question de savoir dans quelle mesure Free ne bénéficierait pas d'un modèle de déploiement durablement plus avantageux que ses concurrents ;

- la **mutualisation ou le recours à l'itinérance dans la bande des 800 MHz pour les zones les moins denses du territoire**.

Certains opérateurs souhaitent, dès à présent, procéder à la mutualisation de leurs réseaux pour accélérer les déploiements dans la bande 800 MHz dans les zones les moins denses du territoire dont font notamment partie les centres-bourgs du programme zones blanches.

Face aux difficultés qu'ils rencontrent, ils souhaitent être éclairés sur les différentes possibilités compatibles avec le respect des règles de concurrence ;

- la **mutualisation des réseaux entre les opérateurs dans les zones les plus denses du territoire**. Il s'agit de savoir si, au-delà des zones de déploiement prioritaire, une mutualisation est envisageable pour les zones les plus denses du territoire, sans porter préjudice à la concurrence, à l'emploi et à l'investissement.

Partage d'infrastructures et groupement en droit de la concurrence

▪ S'il est susceptible de restreindre la concurrence, le **partage de réseaux** n'est pas interdit en lui-même par le droit de la concurrence, particulièrement lorsqu'il peut être établi qu'il produit des **effets positifs** sur la concurrence (1).

▪ La Commission européenne et le tribunal de première instance des communautés européennes ont eu à cet égard l'occasion de se prononcer sur un accord de partage de réseaux entre opérateurs concurrents (2).

▪ Il en ressort que le partage est d'autant plus admissible en droit de la concurrence qu'il concerne des **installations neutres technologiquement** et se situant en bas de la chaîne de valeur.

▪ Le TPICE n'exclut cependant pas des partages plus poussés, susceptibles de limiter la liberté technique et économique des acteurs, s'ils peuvent produire des **effets pro-concurrentiels**. Tel était le cas, en l'espèce, d'un **accord d'itinérance mobile** au profil d'un nouvel entrant sur le marché.

▪ Cependant, le caractère pro-concurrentiel des conditions de partage dépend de leurs modalités : équité entre les opérateurs, absence de barrières artificielles, et restrictions à la concurrence limitées au strict nécessaire.

▪ Aussi, il est impossible de se prononcer de manière générale sur la licéité de ce type de montage au regard du droit de concurrence.

▪ L'Autorité de la concurrence, qui auditionnera l'ensemble des acteurs concernés, devrait rendre son avis à la **fin du mois de février 2013**.

Les enjeux

Garantir la compatibilité des conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles avec le bon fonctionnement de la concurrence.

(1) [Communiqué du 5-11-2012](#).

L'essentiel

Le caractère pro-concurrentiel des conditions de mutualisation et d'itinérance dépend de leurs modalités de mise en œuvre.

(2) Avis de l'Autorité de la concurrence 10-A-07 du 17-3-2010.

(3) Décision de la Commission du 16-7-2003 ; TPICE 2-5-2006 aff. T-328/03, O2 GmbH and Co. OHG c/ Commission.

[FRÉDÉRIC FORSTER](#)

[EDOUARD LEMOALLE](#)



« DUPLICATE CONTENT » ET PREUVE DU COMPORTEMENT DELOYAL

Copie servile visible et preuve du détournement de clientèle

▪ Le Tribunal de commerce de Paris s'est prononcé récemment dans une affaire de « duplicate content » (copie servile de codes d'un site). Une société exploitant un moteur de recherche de voyages soutenait qu'un site concurrent constituait une **copie servile** du sien et qu'il devait être condamné sur le fondement du **parasitisme et de la concurrence déloyale**.

▪ Après avoir été assigné, le présumé concurrent a modifié l'aspect visuel de son site, tout en gardant le code des pages identique, de manière à conserver l'**impact du référencement** de son site internet depuis la mise en place par Google de son nouvel algorithme « **Panda** ».

▪ Selon le tribunal, « *Google, pour améliorer la pertinence des réponses données aux internautes cherche à identifier les sites ayant un contenu identique pour les pénaliser, si les conditions dans lesquelles il autorise une telle duplication ne sont pas réunies* ».

▪ Sur la copie servile éventuellement perceptible par l'internaute, selon le tribunal, « *s'agissant d'une concurrence déloyale visant à détourner la clientèle abusée par la confusion, la faute suppose également d'avoir cherché à **atteindre la clientèle que l'on souhaite détourner*** ».

▪ Or, le trafic du site en cause étant pratiquement nul, le tribunal juge que la pratique reprochée n'a pas pu entraîner une confusion dans l'esprit des internautes pour détourner la clientèle.

Duplicate content invisible et preuve de l'impact négatif sur le référencement

▪ Sur la copie servile du code du site visant au déréférencement, le tribunal admet que **nuire au référencement d'un site peut être constitutif de concurrence déloyale**. Ce principe pourrait potentiellement être appliqué à toutes méthodes de « spamdexing » utilisées à l'encontre de concurrents.

▪ Ainsi, le tribunal précise que « *la concurrence déloyale ne doit pas s'apprécier au regard de la seule confusion auprès des internautes mais de toute action déloyale visant à détourner la clientèle d'un concurrent ; (...) la mise en ligne d'un site internet, copie servile des codes informatiques d'un concurrent, dans le but de nuire à son référencement est un acte déloyal même si son aspect visuel ne porte pas à confusion pour l'internaute moyen* ».

▪ Cependant, le tribunal juge insuffisantes les preuves apportées pour établir la copie servile du code du site, la société n'ayant pas versé « **d'expertise contradictoire** permettant d'apprécier la réalité des similitudes et surtout son caractère anormal au regard des contraintes de l'algorithme de Google ».

▪ Il ressort également de cette décision que pour **prouver** que le référencement du site a effectivement souffert des agissements du concurrent, les baisses de trafic alléguées doivent notamment :

- tenir compte d'une éventuelle saisonnalité ;
- préciser si les autres variables influençant le trafic (publicité, affiliation) sont restées constantes ;
- tenir compte de l'évolution du marché.

▪ En effet, en l'absence de ces éléments, le tribunal a considéré que les comportements déloyaux n'étaient pas démontrés en l'espèce.

Les enjeux

La copie servile de codes informatiques d'un site concurrent peut être sanctionnée sur le fondement de la concurrence déloyale, s'il est visible et cause un détournement de clientèle, mais également s'il est invisible et nuit au référencement

(1) [TC Paris 12-10-2012 CNI c. Luteciel et Viaticum](#).

Les conseils

La preuve de la copie du site et de la baisse de trafic est capitale dans la constitution d'un dossier de duplicate content contre un concurrent

[MATHIEU PRUD'HOMME](#)

[KATHARINA BERBETT](#)



ANNULATION DU « CAHIER ELECTRONIQUE DE LIAISON »

Le cahier électronique de liaison de l'administration pénitentiaire

- Le cahier électronique de liaison a pour objet de **faciliter la mise en œuvre du parcours de détention**, la prévention des comportements à risques, la tenue de la commission pluridisciplinaire unique de l'établissement pénitentiaire, ainsi que la **gestion des requêtes**, des audiences, des rendez-vous, des visites et du courrier des détenus.
- La section française de l'Observatoire international des prisons a **demandé** en justice **l'annulation** de la décision du ministre de la Justice de créer un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « cahier électronique de liaison » et la note de service du directeur de l'administration pénitentiaire du 24 décembre 2008 prévoyant le déploiement de cette application informatique.
- Dans sa décision du **4 juin 2012** (1), le Conseil d'Etat a annulé la décision du ministre de la Justice de créer le cahier électronique de liaison, ainsi que la note de service du directeur de l'administration pénitentiaire qui en fixe les modalités de déploiement.
- Pour le Conseil d'Etat, ce type de fichier qui vise à contribuer à l'exécution des condamnations pénales par le biais du **recueil d'informations** sur les personnes détenues relatives notamment à leur état de santé, leur comportement quotidien en détention et leur pratique religieuse **aurait dû**, conformément à l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée en 2004, **être autorisé par décret** en Conseil d'Etat, pris après avis motivé et publié de la Cnil.
- Or, aucun texte réglementaire n'a été pris préalablement à la mise en œuvre du traitement.

La question de la destruction des données contenues dans le cahier électronique de liaison

- La section française de l'Observatoire international des prisons demandait également au Conseil d'Etat d'enjoindre au directeur de l'administration pénitentiaire de faire procéder à la **désinstallation du cahier électronique** de liaison et de **détruire les données collectées** pour son alimentation.
- Le Conseil d'Etat a rejeté la demande de destruction des données illégalement recueillies dès lors :
 - d'une part, que depuis l'introduction de la requête de la section française de l'Observatoire international des prisons, un décret en Conseil d'Etat du **6 juillet 2011** pris après avis de la Cnil et portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion informatisée des détenus en établissement (GIDE) a été publié (2) ;
 - d'autre part, que ce **décret autorise la collecte** et le traitement des données initialement contenues dans le cahier électronique de liaison ;
 - et qu'enfin il existe un intérêt à la **conservation de ces données** notamment pour ce qui concerne la prévention des risques suicidaires en détention.

L'enjeu

Annulation du cahier électronique de liaison par le Conseil d'Etat pour non-respect de la procédure de l'article 26 de la loi Informatique et libertés.

(1) CE 4-6-2012 n°334777.

(2) Décr. n° 2011-817 du 6-7-2011.

[VIRGINIE BENSOUSSAN-BRULE](#)

CONFERENCE ENVIRONNEMENTALE 2012 : METHODOLOGIE, ENGAGEMENTS ET FEUILLE DE ROUTE

Les chantiers jugés prioritaires

- **Filière nucléaire et arrêt centrale de Fessenheim.** La part de l'énergie nucléaire dans la production d'électricité passera de 75% à 50% en 2025 et la fermeture de la centrale de Fessenheim est prévue fin 2016.
- **Stratégie de transition énergétique.** Elle donne la priorité aux énergies renouvelables et définira la trajectoire pour atteindre le mix énergétique en 2025.
- **Biodiversité.** La stratégie mondiale 2011-2020 constitue le cadre de référence et des engagements de la Stratégie Nationale Biodiversité (SNB).
- **Risques sanitaires environnementaux.** La mise en cohérence des réglementations environnement/santé publique/santé au travail sera renforcée.
- **Fiscalité écologique.** L'objectif est de converger ici vers le taux de 6,19% des prélèvements obligatoires, qui est la moyenne dans l'UE.
- **Gouvernance environnementale.** Le cadre normatif de la RSE sera amélioré et surtout consolidé du fait de la suppression du critère tiré de la cotation ou non des entreprises.

Les engagements et la fiscalité écologique

- **Fracturation hydraulique.** La technologie de la fracturation hydraulique restera interdite compte tenu de ses risques.
- **Politique énergétique.** Une loi de programmation doit être adoptée d'ici la fin du premier semestre 2013.
- **Fiscalité écologique.** L'évolution de la fiscalité obéira à une d'identification dans chacun des objectifs de la politique économique liés à l'environnement des domaines dans lesquels la fiscalité peut influencer les changements de comportement et d'examen de l'impact de la fiscalité sur l'ensemble des acteurs économiques.
- L'adaptation du régime de la TGAP sur les matériaux d'extraction, la création d'une taxe sur les transactions financières réservées aux objectifs de développement et du climat sont aussi annoncés dans le programme de travail.

La structure des instances de gouvernance

- Le débat national sur la transition énergétique s'articulera autour des instances de gouvernance suivantes :
- **Commission nationale.** Elle veille au respect de l'équilibre et constituera le «Parlement» du débat et sera animée par un Comité de pilotage, s'appuyant sur un comité d'experts scientifique et d'un comité citoyen. Elle assure le dialogue avec le Parlement, le CESE et la CNDP.
- **Comité des experts scientifiques.** Les experts choisis parmi la communauté scientifique nationale et internationale, donneront des avis, afin de permettre un dialogue « informé et argumenté ».
- **Comité citoyen.** Il sera partie prenante à l'élaboration des recommandations.
- **Débat national.** Le débat national qui se déroulera en 3 étapes, devrait déboucher sur une loi de programmation en **juin 2013**.

Les enjeux

La promotion d'un nouveau dialogue environnemental et d'un nouveau partenariat pour relever les défis écologiques et énergétiques.

Intégrer le développement durable au centre des préoccupations des politiques publiques.

(1) [Rapport pour la conférence environnementale](#)

Le calendrier

De novembre 2012 à mai 2013 articulé en 3 étapes :

- Pédagogie et information (novembre à décembre 2012) ;
- Participation du grand public (janvier-avril 2013) ;
- Synthèse et recommandations (mai 2013).

Synthèse

Climat & Énergie :

Accord global climat 2015, réduction émissions GES 40% en 2030, 60% en 2040, plan de rénovation thermique logements anciens.

Risques sanitaires :

Interdiction du bisphénol A.

Biodiversité : Plan abeilles fin 2012, Trame verte & bleue.

[DIDIER GAZAGNE](#)



LA REPRISE DE L'ANCIENNE QUALIFICATION DE « DIFFUSEUR DE PRESSE »

Le principe de non-responsabilité d'un kiosque de presse numérique

- Par jugement du **9 février 2012** (1), Le Tribunal de grande instance de Nanterre a reconnu le principe de non-responsabilité d'un kiosque de presse numérique à l'égard du contenu qu'il commercialise via son **site de presse en ligne**.
- Ce jugement fait suite à la condamnation, par jugement du 22 septembre 2011 du même tribunal, de l'éditeur d'un magazine dit « people » pour avoir publié, en couverture, la photographie d'une actrice et mannequin espagnole en maillot de bain, sans son consentement.
- Se rangeant sous la qualification de « **diffuseur de presse** », la société exploitant ce kiosque de presse en ligne a emporté l'assentiment du tribunal, ne manquant pas de surprendre par ses arguments.
- Elle a soutenu n'être en aucun cas responsable de la publication de la photographie litigieuse, étant simplement un « diffuseur de presse » en ligne, une **qualification ancienne** née à une époque où le commerce électronique n'existait pas.

Sortir de l'alternative classique consistant à distinguer éditeur de presse et fournisseur d'hébergement

- Pourquoi s'écarter de la qualification de **fournisseur d'hébergement**, pourtant appréciée pour le régime de responsabilité allégée dont jouit celui qui s'en prévaut? Il semble, en effet, qu'elle aurait pu être appliquée, au regard des critères posés par l'article 6.I-2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.
- Forts de cette qualification, les fournisseurs d'hébergement **ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée s'ils n'ont pas « effectivement connaissance » du « caractère illicite » des contenus fournis** par les destinataires de leurs services ou « *de faits et circonstances* » faisant apparaître ce caractère. Leur responsabilité ne l'est **pas davantage si**, dès le moment où ils ont eu cette connaissance, **ils ont agi promptement pour retirer ces données** ou en rendre l'accès impossible.
- Cet article verrouille complètement les cas de responsabilité des fournisseurs d'hébergement. En dehors des deux hypothèses ainsi prévues par le texte, leur responsabilité civile ne peut pas être engagée, excluant par là-même la responsabilité pour faute prouvée (art. 1382 et 1383 du C. civ.) et, a fortiori, celle du fait des choses (art. 1384, al. 1^{er} du même Code).

Remettre au goût du jour l'ancienne qualification de « diffuseur de presse » appliquée à la presse numérique

- La société défenderesse a donc revendiqué le statut de diffuseur de presse. A cette fin, versant aux débats le contrat de diffusion numérique la liant à la société éditrice, elle a démontré que son intervention se faisait uniquement en qualité d'**intermédiaire**. En conséquence, elle ne pouvait assumer aucune responsabilité éditoriale quant au contenu des titres diffusés, à la différence de la société éditrice.
- En reconnaissant le principe de **non responsabilité d'un kiosque de presse** numérique à l'égard du contenu qu'il diffuse via son site de presse en ligne, le tribunal fait clairement primer la **liberté d'expression** sur le droit à l'image et le droit au respect de la vie privée (pourtant eux aussi protégés par le même article de la Convention européenne).

Les enjeux

Non-responsabilité totale du kiosque de presse numérique à l'égard du contenu litigieux qu'il peut diffuser via son site de presse en ligne.

(1) TGI Nanterre, 1e ch., 9-9-2012, RLDI 2012/80, n°2689.

Les conseils

► La qualification de « *diffuseur de presse* » est un choix avisé.

► Bien mieux qu'un fournisseur d'hébergement à responsabilité allégée, le diffuseur de presse jouit d'une irresponsabilité civile au regard du contenu des titres qu'il diffuse, rendant impossible sa condamnation à des dommages-intérêts.

► Les victimes de cette diffusion en ligne sont donc faiblement armées et peuvent simplement espérer qu'un juge leur accordera le droit à l'oubli numérique.

[VIRGINIE](#)

[BENSOUSSAN-BRULÉ](#)



PRECISION DU CADRE JURIDIQUE DE LA PUBLICITE DES PRODUITS DE SANTE

Publication des listes de dispositifs médicaux dont la publicité doit être autorisée par l'ANSM

- **Deux arrêtés** du 24 septembre 2012 (1) dressent la liste des dispositifs médicaux (DM) dont la **publicité** doit être **autorisée** par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM).
- Ces arrêtés sont été respectivement pris en application des articles L. 5213-4 et L. 5223-3 du Code de la santé publique (CSP) et concernent, d'une part, certains DM présentant un risque important pour la **santé humaine** et d'autre part, certains dispositifs médicaux de **diagnostic in vitro** (DMDIV) dont la défaillance est susceptible de causer un risque grave pour la santé.
- La liste figurant en annexe des arrêtés susvisés distingue les dispositifs médicaux dont la **publicité** est destinée au **grand public** de ceux dont la publicité est destinée aux **professionnels de santé**.
- Ainsi, à titre d'exemple, la publicité pour le grand public des DMDIV destinés à des **autodiagnostic**s ou encore la publicité de certains DM de cardiologie, comme le défibrillateur cardiaque implantable ou le **stent coronaire** (endoprothèse vasculaire), à destination des professionnels est soumise à autorisation préalable de l'ANSM.

Renforcement du cadre juridique de la publicité des produits de santé

- Le cadre juridique et en particulier le régime de contrôle de la publicité des médicaments à usage humain et des dispositifs médicaux s'est vu considérablement renforcé ces dernières années, à raison de l'adoption de la loi du 29 décembre 2011 (2) complétée par les récents **décrets du 9 mai 2012** (3).
- Ce nouveau régime convient d'être décrit en distinguant la publicité de ces produits de santé en fonction de leur destination.
- S'agissant ainsi de la publicité des médicaments à usage humain auprès des professionnels, elle fait désormais l'objet d'un **contrôle a priori**. Une demande d'autorisation préalable, dénommée visa PM, doit, dans ce cadre, être adressée à l'ANSM par les laboratoires pharmaceutiques (CSP art. L. 5122-9).
- La **publicité des médicaments** auprès du grand public est également assujettie à l'autorisation préalable de l'ANSM. Toutefois, celle-ci n'est admise qu'à la condition que le médicament ne soit pas soumis à prescription médicale, ni remboursable par les régimes obligatoires d'assurance maladie et que son autorisation de mise sur le marché ou que son enregistrement ne comporte pas d'interdiction ou de restrictions en raison d'un risque possible pour la santé publique (CSP art. L. 5122-6).
- S'agissant des **dispositifs médicaux remboursables** et non remboursables, comme précédemment indiqué, leur publicité auprès des professionnels fait l'objet d'un **contrôle a priori** pour ceux inscrits sur une liste de DM (CSP art. L. 5213-4 et L. 5223-3). La publicité des autres DM fait l'objet d'un contrôle a posteriori.
- Enfin, auprès du public, la publicité des DM pris en charge est prohibée, à moins qu'ils ne soient inscrits sur une liste de DM (non arrêtée à ce jour) présentant un faible risque pour la santé humaine (CSP art. L. 5213-3).
- Quant aux **dispositifs médicaux non remboursables**, leur publicité fait l'objet d'un **contrôle a posteriori** à l'exception de ceux présentant un risque important pour la santé humaine. Dans un tel cas, l'autorisation préalable de l'ANSM sera requise.

L'essentiel

Les arrêtés du 24 septembre 2012 fixent la liste des dispositifs médicaux présentant un risque important pour la santé humaine et des DM de diagnostics in vitro dont la publicité est subordonnée à l'autorisation préalable de l'ANSM.

(1) Arr. du 24-9-2012 JO du 3-10-2012.

L'enjeu

Les industriels veilleront à ce que la promotion de leurs produits de santé respecte le nouveau cadre juridique applicable en matière de publicité.

(2) Loi 2011-2012 du 29-12-2011.

(3) Décr. 2012-741 et 2012-743 du 9-5-2012.

[MARGUERITE BRAC](#)

[DE LA PERRIERE](#)

[TIPHAINE DELANNOY](#)



LE DROIT D'USAGE D'UN NOM DE DOMAINE PEUT ETRE UN ELEMENT D'ACTIF IMMOBILISE

Conditions d'immobilisation du droit d'usage d'un nom de domaine

- La société eBay France titulaire du nom de domaine « **eBay.fr** » a mis ce dernier à disposition de sa société mère, la société eBay International AG, société de droit Suisse, sans percevoir de redevances en contrepartie.
- A l'occasion d'un **contrôle fiscal**, l'administration a réintégré dans les résultats imposables de la société eBay France le montant de la redevance qu'elle aurait dû percevoir.
- Selon l'administration, le renoncement à percevoir une redevance d'exploitation pour la mise à disposition du nom de domaine à la société eBay International AG constituait un **transfert indirect de bénéfices** en vertu de l'article 57 du Code général des impôts (CGI).
- Par jugement en date du **9 février 2012**, le Tribunal administratif de Montreuil a confirmé la position de l'administration fiscale.
- Dans la mesure où la société eBay France est titulaire à titre exclusif du droit d'usage sur internet du nom de domaine eBay.fr et qu'elle peut dès lors en tirer régulièrement des revenus, ce **droit d'usage** constitue une **source potentielle de revenus**, doté d'une pérennité suffisante.
- Il doit donc être regardé comme un **élément d'immobilisation incorporelle** devant figurer à l'actif du bilan de la société eBay France et ce, sans qu'il soit nécessaire d'analyser si ce nom de domaine est cessible ou non (1).

Vers une disparition du critère de cessibilité des droits concédés ?

- Cet arrêt semble donc marquer une **rupture avec la jurisprudence antérieure**.
- Jusqu'à présent la jurisprudence considérait que les redevances versées pour la concession de droits de propriété industrielle devaient être regardées comme donnant naissance à des **éléments incorporels** de l'actif immobilisé lorsqu'elles permettaient à l'entreprise d'acquies des droits qui constituent une source régulière de profits, sont dotés d'une pérennité suffisante et présentent un caractère cessible.
- La cessibilité des droits concédés était ainsi un critère essentiel d'immobilisation des **redevances de licence** de droits de propriété industrielle dans la mesure où si ce critère faisait défaut, les versements effectués étaient compris dans les charges déductibles de la société utilisatrice des droits, dans les conditions de droit commun.
- De nombreux auteurs considèrent d'ailleurs que la **condition de cessibilité** est un préalable nécessaire à une immobilisation dans la mesure où l'inscription à l'actif du bilan d'un droit suppose que l'entreprise soit titulaire de tous les attributs du droit de propriété, en ce compris la capacité de le transférer à des tiers
- Cependant, avant de tirer toute conclusion relative à un éventuel revirement de jurisprudence, il conviendra d'attendre une éventuelle confirmation de la part d'une Cour administrative d'appel et/ou du Conseil d'Etat.

L'enjeu

Déterminer si les redevances versées en contrepartie de l'usage d'un nom de domaine constituent des charges déductibles ou une immobilisation

(1) TA Montreuil 9 février 2012 1^{er} ch.

Les conseils

Dans les contrats conclus entre entités d'un même groupe, la recherche de la déductibilité immédiate des redevances devrait conduire à prévoir un droit de regard contraignant du concédant sur la transmission des droits par le concessionnaire

[PIERRE-YVES FAGOT](#)

[STEVE MOCHEE](#)

L'ENCADREMENT DE LA VIE PRIVÉE RÉSIDUELLE

Clarifications bienvenues (des contours) du droit à la vie privée résiduelle

- **Présomption du caractère professionnel** des « **documents** détenus par un salarié dans le bureau de l'entreprise ». Seuls ceux identifiés comme étant « **personnels** » - portant une « mention relative à son caractère personnel » - ne peuvent faire l'objet d'un contrôle par l'employeur hors la présence de l'intéressé (1).
- Présomption du caractère professionnel des « **fichiers** créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail ». Seuls les fichiers identifiés comme étant « **privés** » « selon les préconisations de la charte informatique » ne peuvent être régulièrement ouverts par l'employeur (2).
- La seule dénomination "D:/données personnelles" du **disque dur** de l'ordinateur du salarié ne peut lui permettre d'utiliser celui-ci à des fins purement privées ni « conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient » et en interdire ainsi l'accès à l'employeur.
- Présomption du caractère professionnel des « **courriels** adressés ou reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail ». Les courriels « identifiés comme personnels » ne peuvent être ouverts hors l'absence du salarié (3).
- **Restrictions possibles** du pouvoir de consultation des courriels du salarié par l'employeur lorsque des dispositions du **règlement intérieur** le prévoient explicitement.

La solution du « guide des opérations de contrôle »

- L'employeur peut certes **instaurer des règles** par le biais du règlement intérieur, de notes de service ou de la charte des systèmes d'information permettant de limiter l'**usage abusif** des outils de l'entreprise.
- Mais seule l'élaboration d'un « guide des opérations de contrôle » permet de répondre aux difficultés de détermination des modalités licites de contrôle.
- Si la Cour vient préciser les limites de la **vie privée résiduelle**, ses clarifications mettent par ailleurs en lumière l'importance de la situation de fait (tiroir fermé à clé ou non, existence d'une charte ou non, etc.).
- Or, ses arrêts ne sauraient répondre à la **pluralité** et la **complexité des situations** possibles.
- D'où, l'affirmation de l'impératif de création d'un « guide des opérations de contrôle » pour **clarifier les prérequis** nécessaires à tout contrôle sur le poste d'un collaborateur et ainsi **accroître le niveau de sécurité** tant de l'employeur que de ses salariés.
- Le **règlement intérieur** ayant un effet impératif, il s'impose tant aux salariés qu'aux employeurs et au juge.
- Par conséquent, en l'absence de « guide des opérations de contrôle » les **limites** à l'exercice du contrôle posées par ledit règlement leur seront également **opposables**.

L'enjeu

Conciliation du respect du droit à la vie résiduelle du salarié et du droit de contrôle de l'employeur.

(1) Cass. soc., 4-7-2012 [n°11-12330](#).

(2) Cass. soc., 4-7-2012 [n°11-12502](#).

(3) Cass. soc., 26-6-2012 [n°11-15310](#).

Les conseils

► Mise en place d'un mode opératoire documenté permettant la fixation des conditions matérielles de contrôle.

► L'employeur, non plus que le juge, ne peuvent s'exonérer des obligations découlant du règlement intérieur lorsque celles-ci instituent une procédure particulière renforçant les droits de la défense du salarié.

[EMMANUEL WALLE](#)

[ANNE ROBINET](#)

[NAOMI SUCHOD](#)



Actualité juridique et tendances du droit des sites et projets web : 14 novembre 2012

- **Aurélien Van De Wiele** animera aux côtés d'**Isabelle Daviaud**, Responsable juridique Distribution des Systèmes d' Information du Groupe ACCOR, un petit déjeuner consacré à l'actualité juridique et aux tendances du droit des sites et projets web.
- En une décennie, les modifications structurelles et technologiques qu'a connues la sphère internet ont modifié en profondeur la manière de créer, d'exploiter et de maintenir un site web en conditions opérationnelles juridiques. Dans un contexte d'appréhension toujours plus affinée de la sphère internet par le droit, de multiplication des référentiels, normes et labels professionnels spécifiques et de multiplication des contrôles de conformité par les autorités de régulation (Cnil, DGCCRF ou AMF), il convient de redoubler de vigilance.
- Ce petit-déjeuner a pour objectif de présenter, à partir d'exemples choisis remontés de la législation, de la jurisprudence et de la pratique contractuelle récentes, les tendances juridiques et bonnes pratiques correspondant aux différentes étapes d'un projet web et de la vie d'un site web :
 - Quel est le cadre contractuel d'un projet web ? : les outils juridiques permettant de sélectionner le bon partenaire ; les incidences de la refonte d'un site web ; le pilotage par un contrat de gouvernance du risque juridique tenant aux multiples acteurs (hébergeur, prestataire e-marketing ou de référencement).
 - Quels sont les outils juridiques du site web et leurs conditions d'implémentation ? : l'opposabilité des conditions générales d'utilisation (CJUE 5-7-2012 sur la notion de support durable).
 - Comment prendre en compte le droit sectoriel applicable ? : l'impact du droit sectoriel applicable ; la responsabilité des plates-formes de mise en relation ; la commercialisation de produits issus de réseaux de distribution sélective (Avis n°12-A20 18-9-2012), etc.
- Telles sont les questions et thématiques qui seront abordées lors de ce petit-déjeuner débat.
- **Inscription gratuite** sous réserve de confirmation avant le 9 novembre 2012 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](#) en ligne au 01 41 33 35 36.

Anticiper l'adoption du nouveau règlement européen sur la protection des données personnelles : 21 novembre 2012

- **Alain Bensoussan** animera un petit-déjeuner débat consacré au projet de règlement visant à réformer le cadre de la protection des données personnelles en Europe.
- Si pour les entreprises, le projet va vers une simplification en matière de formalités administratives, il les soumet à des obligations accrues pour une meilleure protection des personnes :
 - reconnaissance d'un droit à l'oubli et d'un droit à la portabilité des données ;
 - clarification des règles sur le recueil du consentement ;
 - désignation obligatoire d'un CIL ;
 - politique de Privacy by Design ;
 - étude d'impact obligatoire, etc.
- Ce petit-déjeuner débat a pour objectifs :
 - d'évaluer l'impact de la future réglementation sur la politique de protection des données personnelles de l'entreprise pour, le cas échéant, adapter cette politique ;
 - d'appréhender, en amont, les modifications induites par le projet de règlement, afin d'assurer la conformité de l'entreprise dès l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.
- S'agissant d'un règlement européen, il ne fera pas l'objet d'une transposition dans le droit national et sera d'application immédiate.
- **Inscription gratuite** sous réserve de confirmation avant le 16 novembre 2012 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](#) en ligne au 01 41 33 35 36.

NOTRE RESEAU DE CORRESPONDANTS ORGANIQUES LEXING VOUS INFORME : SPECIAL UIA 2012

56e congrès de l'UIA : 31 octobre - 4 novembre 2012



Les membres du [réseau Lexing®](#) étaient présents au 56^e congrès de l'Union internationale des avocats qui s'est déroulé à Dresde, en Allemagne, du 31 octobre au 4 novembre 2012 :

[56^e congrès UIA 2012](#)

- Alain BENSOUSSAN (Alain Bensoussan Selas) France
- Sébastien FANTI (Étude de Me Sébastien Fanti) Suisse
- Marcos GALLARDO MESEGUER (Alliant Abogados Asociados) Espagne
- Alain GROSJEAN (Bonn & Schmidt) Luxembourg
- Jean-François HENROTTE (Philippe & Partners) Belgique

Vers une charte des droits de l'homme numérique ?

▪ Parmi tous les sujets abordés par les commissions scientifiques, les aspects juridiques des réseaux sociaux ont été abordés lors de la session de la Commission des droits de l'Homme numérique présidée par Alain Bensoussan :

Jeudi 01 novembre

14h00 - 17h30

DROITS DE L'HOMME NUMERIQUE

Centre International des Congrès - Seminar 1

Président : Alain BENSOUSSAN

Orateurs : Marcos GALLARDO MESEGUER, Jean-François HENROTTE, Alain BENSOUSSAN, Sébastien FANTI, Alain GROSJEAN, Elisabeth THOLE

Vers une charte des Droits de l'Homme Numérique

.....
Web 3.0, réseaux sociaux, multiplication des traitements de données à caractère personnel, vidéo-protection, cyber-surveillance, le numérique est en usage partout dans le quotidien et les risques d'atteinte aux droits de l'Homme numérique sont importants. Il existe de nombreuses lois à caractère technique encadrant les usages des technologies mais aucune ne consacre en tant que tels les droits de l'homme numérique. La commission propose des bases de réflexion pour transposer les droits de l'homme à l'homme numérique.

Depuis plus de 85 ans, l'Union internationale des avocats ([UIA](#)) défend la profession d'avocat et stimule les contacts internationaux, la coopération et l'échange de connaissances entre avocats, dans le respect de leur diversité culturelle et professionnelle.

L'UIA regroupe plusieurs milliers de membres et des centaines de barreaux, fédérations et associations répartis dans plus de 110 pays.



Cloud computing bientôt soumis à la redevance pour copie privée

- Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) vient de formuler un avis prônant l'application de la redevance pour copie privée aux services du cloud computing (1).
- Pour le CSPLA, la redevance pour copie privée doit s'étendre aux services de stockage en ligne.

(1) [Avis CSPLA du 23-10-2012.](#)

L'achat public de prestations informatiques : un segment à enjeux

- Le Service des achats de l'Etat (SAE), service interministériel rattaché au ministère de l'économie et des finances, a publié son **rapport d'activité 2011** (2).
- Les prestations informatiques représentent environ **650 millions d'euros** de dépenses annuelles, soit environ la moitié des dépenses informatiques de l'État. Ces dépenses sont réparties sur un nombre important de marchés avec un nombre non moins important de fournisseurs, plus de 1 000.

(2) [SAE, Rapport d'activité 2011.](#)

Zones bloc note et commentaires : attention aux dérapages

- La Cnil qui a déjà sanctionné à plusieurs reprises des dérives, rappelle les **réflexes** à adopter en ce qui concerne l'utilisation de zones de commentaires libres (dite également "zones bloc-notes") (3).

(3) [Communiqué Cnil du 15-10-2012.](#)

Biométrie et contrôle d'horaire des salariés

- La Cnil a **modifié l'AU-007** en ce qu'elle autorisait l'utilisation du contour de la main aux fins de gestion des horaires. Désormais, aucune autorisation unique ne permet de contrôler les horaires des salariés par un dispositif biométrique (4).
- Les organismes ayant souscrit un engagement de conformité avant la publication de cette nouvelle délibération pourront continuer de l'utiliser pendant une période de cinq ans.

(4) [Délib. Cnil 2012-322 du 20-9-2012 AU-007.](#)

Une circulaire sur l'usage des logiciels libres dans l'administration

- La Direction interministérielle des systèmes d'information et de communication (DISIC) a publié le **19 septembre 2012** une circulaire d'orientations et de recommandations sur le bon usage des logiciels libres dans l'administration (5). Ce texte précise notamment les environnements dans lesquels leur usage est approprié.

(5) [Circulaire du 19-9-2012.](#)

La JTIT est éditée par Alain Bensoussan Selas, société d'exercice libéral par actions simplifiée, 29, rue du colonel Pierre Avia 75015 Paris, président : Alain Bensoussan

Directeur de la publication : Alain Bensoussan – Responsable de la rédaction : Isabelle Pottier

Diffusée uniquement par voie électronique – gratuit –

ISSN 1634-0701

Abonnement à partir du site : <http://www.alain-bensoussan.com/outils/abonnement-juristendance>

©Alain Bensoussan 2012

par Isabelle Pottier



E-réputation : les résultats des moteurs de recherche ne sont pas une fatalité !

Bertrand Girin, Président co-fondateur de ReputationVIP*

Pouvez-vous nous dire brièvement en quoi consiste votre activité et l'innovation qui en est à la source ?

Créée début 2012, notre société est spécialisée dans la gestion de l'E-réputation pour les entreprises et dirigeants. A travers plusieurs services, nous proposons à nos clients de maîtriser, réparer et créer leur E-réputation. L'idée est née lorsque dans mon ancienne activité consistant à financer de jeunes sociétés innovantes, l'une d'elle a été confrontée à un problème d'E-réputation qui l'a empêché d'obtenir les fonds pour financer sa croissance, malgré une innovation incontestable. Son dirigeant a été la cible de détracteurs très virulents sur internet, et particulièrement vicieux allant jusqu'à changer les serveurs de juridictions pour rendre toute poursuite judiciaire vaine compte tenu du caractère international de l'affaire. En tapant son nom sur Google, les cinq premiers résultats étaient systématiquement les diffamations dont il était victime. J'ai eu l'idée d'utiliser une technologie très puissante de référencement développée par Nicolas Nguyen (co-fondateur de ReputationVIP). Par une approche technique, nous avons pu résoudre son problème en trois mois, simplement en reléguant ces résultats à la troisième page de Google, atténuant ainsi leur effet néfaste. Trop d'entreprises subissent comme une fatalité les résultats de Google sur leur marque ou leur nom.

Pouvez-vous nous en dire un peu plus sur votre innovation ? Est-elle facile à appréhender pour un client ?

Notre innovation consiste à faire de la programmation anti-algorithmique pour contrer les robots d'indexation des moteurs de recherche (en particulier Google) et aider ainsi l'entreprise à reprendre le contrôle de son E-réputation. Pourquoi laisser à l'algorithme du moteur de recherche le soin d'ordonner ses premières pages ? Nous faisons en sorte que la première page de Google mette en avant ce que l'entreprise souhaite donner à voir d'elle-même. En effet, 90% des internautes cliquent seulement sur les résultats de la première page retournés par les moteurs de recherche. Comme le dit Woody Allen, on a rarement l'occasion de faire deux fois une première impression !

C'est une réelle souffrance pour certains clients. 80 % d'entre eux se plaignent de contenus négatifs visibles en première page de Google. Inversement, leurs efforts de contenus positifs passent inaperçus car n'apparaissent qu'en quatrième page. Ils sont aussi confrontés à une autre problématique, celle d'apparaître en première page avec des contenus très anciens. Google a une mémoire d'éléphant. Le cas classique est une société de e-commerce qui a eu des difficultés de livraison lors de son lancement parce qu'inexpérimentée. Cinq ans après, on lit encore les messages de mécontentement des clients, même s'ils ont été dédommagés. Mais notre technologie ne s'arrête pas à déplacer les commentaires négatifs. Nous créons ce qu'on appelle une Forteresse Digitale™. Cela consiste à choisir les dix premiers résultats qui s'affichent sur une marque, à les sécuriser dans le temps, à les surveiller et à les faire évoluer avec les besoins du client, sans contrainte pour ce dernier car ce n'est pas un projet informatique.

Qu'avez-vous à dire aux entreprises qui ont encore des réticences d'ordre éthique ?

Nous nous interdisons d'utiliser notre technologie de manière négative, c'est-à-dire pour noircir la réputation d'autrui. Conscient des enjeux, nous avons constitué un Comité éthique pluridisciplinaire, qui a pour seule prétention, de réfléchir humblement aux répercussions d'un travail sur le SEO** pour la réputation de chacun et d'ouvrir des pistes dans ce domaine et d'élaborer des guidelines.

(*) www.reputationvip.com

(**) Search Engine Optimization, qui se traduit par Optimisation pour les Moteurs de Recherche.

