

Les mesures phares de la loi de modernisation de l'économie

Stimuler la croissance en levant les blocages réglementaires

▸ Le Parlement a **adopté cet été**, la loi de modernisation de l'économie (1), quasiment un an après le vote de la loi en faveur du Travail, de l'Emploi et du Pouvoir d'Achat (loi Tepa) (2).

▸ Cette nouvelle loi qui constitue le second volet de la **réforme économique** en faveur de la **croissance** et de l'**emploi** est destinée à mettre en œuvre les réformes structurelles pour moderniser l'économie en profondeur.

▸ Outre les dispositions en faveur des entreprises, la loi opère également une grande **réforme du Conseil de la concurrence** en créant l'Autorité de la concurrence, met en place de nouvelles règles dans la **grande distribution**, renforce les aides en faveur du **commerce de proximité** et fait encore progresser le déploiement du **très haut débit** afin d'en faciliter l'accès à tous.

Les principales nouveautés en faveur des entreprises

▸ La création d'un **statut simplifié d'auto entrepreneur** pour les français qui souhaitent se mettre « à leur compte » avec l'objectif de simplifier les démarches de création, de gestion et de cessation d'une activité.

▸ La mise en place d'un **droit des sociétés simplifié** pour les sociétés à responsabilité limitée uni-personnelles (création de statut type, allègement des obligations de publicité légale, simplifications comptables, etc.) et pour les sociétés par actions simplifiées (suppression du capital social minimum, etc.) ainsi que des mesures s'appliquant à chaque étape de l'existence des PME et TPE pour encourager leur création et faciliter leur fonctionnement.

▸ Le **traitement préférentiel des PME innovantes** dans les conditions d'accès aux marchés publics de haute technologie, d'études technologiques, de recherche et de développement.

▸ La réduction des délais de paiement entre entreprises (de 68 à 57 jours).

▸ L'instauration d'un **régime fiscal de faveur** pour la **reprise d'entreprise** avec une diminution des droits de mutation à titre onéreux (de 5% à 3% pour les cessions de fonds de commerce) et une exonération des droits en cas de reprise de l'entreprise par des salariés ou un membre de la famille du propriétaire.

Les enjeux

Mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance.

(1) [Loi n° 2008-776 du 4 août 2008](#).

(2) [Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007](#).

Les perspectives

Si certaines de ces mesures sont applicables depuis le 6 août 2008, il conviendra d'attendre pour d'autres, les textes d'application qui doivent être adoptés au plus tard, le 1er janvier 2009, de manière à rendre l'ensemble du texte pleinement opérationnel à cette date.

[Pierre-Yves Fagot](#)

Informatique

Vente d'ordinateurs pré-équipés de logiciels d'exploitation : oui, à condition de détailler les prix !

L'interdiction des ventes liées

▸ Les règles relatives à la vente liée ont toujours été d'application très difficile en matière de **vente de micro-ordinateurs**, ces derniers résultant de l'assemblage de très nombreux éléments dont il est difficile de savoir s'ils constituent des **éléments « distincts » ou « complémentaires »** (composants électroniques, logiciels d'exploitation et d'utilisation) (1).

▸ Cette question semble en voie de trouver une solution. Le Tribunal de grande instance de Paris (2) vient tout récemment de juger que l'infraction de vente liée n'était pas constituée à l'encontre des magasins Darty, dans la mesure où l'**intérêt « légitime » du consommateur** (seule exception permettant d'échapper à la prohibition) était justifié (3).

▸ Le Tribunal a ainsi considéré qu'à ce jour, le consommateur n'était pas suffisamment familiarisé avec l'informatique pour effectuer les opérations de remplacement d'un **logiciel d'exploitation**, et qu'il était par conséquent, juste de lui « proposer » la vente d'**ordinateurs pré-équipés** de tels logiciels.

▸ Il en aurait peu être jugé autrement s'il avait existé une procédure de remplacement des logiciels simple et accessible aux **consommateurs néophytes**.

Un affichage détaillé des prix s'impose

▸ Si cette pratique présente un intérêt pour le consommateur qui achète pour la première fois un micro ordinateur, ce dernier doit néanmoins être **clairement informé** de ce qu'il achète et des droits qu'il a.

▸ Les juges ont donc décidé d'imposer à la célèbre chaîne de magasin, l'affichage détaillé du **prix de chaque produit constituant le lot**, afin de se conformer à la réglementation applicable en matière d'affichage des prix.

▸ Logiciels et matériel ne formant pas un produit « unique » mais bien deux produits « distincts », les consommateurs doivent pouvoir connaître le **prix exact** du matériel sans les logiciels et avoir la **liberté de choisir** un seul élément du lot, logiciel ou matériel.

▸ L'obligation d'affichage distinct des prix permettra en outre à tous ceux qui le souhaitent, de se **faire rembourser** plus facilement les logiciels d'exploitation au regard des montants indiqués. Les licences logicielles devraient donc devenir une **option d'achat**.

▸ Mais la **question** demeure entière en ce qui concerne les **autres logiciels** préinstallés (microprogrammes tels que le **BIOS**) dans certains composants matériels du micro-ordinateur et dont l'évolution technologique permet désormais le remplacement au même titre que les logiciels d'exploitation.

Les enjeux

Pouvoir proposer la vente des ordinateurs pré-équipés de logiciels d'exploitation sans léser l'acheteur.

(1) Cf. [JTIT 76](#), mai 2008, p.7.

(2) C. conso. art. L.122-1.

(3) TGI Paris, [24 juin 2008](#).

Les conseils

Rien ne saurait exonérer les fournisseurs d'informer l'acheteur quant à :

- la procédure de désactivation des logiciels préinstallés ;

- l'annulation et le remboursement des licences correspondantes.

[Pascal Arrigo](#)
[Ludovic Schurr](#)

Communications électroniques

LME : l'amendement « Numericable » non voté

La loi de modernisation de l'économie adoptée

▸ La loi de modernisation de l'économie (LME) votée le 4 août 2008 (1) contient de nombreuses dispositions de nature à lever les obstacles liés au **câblage des immeubles** et à faciliter l'accès des opérateurs aux immeubles existants.

▸ Ainsi, lorsque l'immeuble n'est pas équipé de lignes à très haut débit en fibre optique, **toute proposition** émanant d'un opérateur d'installer, à ses frais, de telles lignes en vue de permettre la desserte de l'ensemble des occupants par un réseau à très haut débit ouvert au public (2) est **inscrite de droit** à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale.

▸ En revanche, parmi les dispositions qui ont animé les débats de la loi figurait un **amendement** visant à dispenser de l'autorisation expresse de l'assemblée générale des copropriétaires, les projets de transformation des lignes en fibre optique, présentés par les opérateurs ayant déjà déployé dans un immeuble un réseau à haut débit (amendement dit «**Numericable**»).

Les raisons du rejet de l'amendement dit « Numericable »

▸ Si cet amendement avait été maintenu, la loi aurait introduit un **régime à deux vitesses** :

- favorisant les opérateurs « historiques », principalement cablo-opérateurs
- exigeant des « nouveaux entrants » qu'ils se soumettent aux délais de convocation et de tenue des assemblées générales de copropriétaires ainsi qu'aux majorités qualifiées requises pour obtenir leur accord.

▸ L'amendement a été **repoussé au Sénat** car il aurait limité le choix des copropriétaires de recourir aux services d'**opérateurs alternatifs**, celui en place bénéficiant toujours d'une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

▸ De plus, l'opérateur n'aurait pas été incité à favoriser la **mutualisation** de ses infrastructures avec celles de concurrents puisque bénéficiant d'un avantage évident lié à sa présence dans les immeubles, le rendant quasi inexpugnable.

▸ Ainsi, l'amendement dit « **Numericable** » a-t-il été retiré, alors même que cette société avait lancé sur internet une pétition aux termes véhéments à l'encontre de l'opérateur historique, ce qui lui a valu d'être **assigné en référé**.

▸ Le Tribunal de commerce de Paris a **condamné Numericable** à modifier sa **pétition** sur la fibre optique, dont certaines parties ont été jugées « **dénigrantes** » à l'égard de France Télécom, mais non à la retirer (3).

Les enjeux

Lever les obstacles liés au câblage des immeubles et à faciliter l'accès des opérateurs aux immeubles existants, sans favoriser certains opérateurs et fausser la concurrence.

(1) [Loi n° 2008-776 du 4 août 2008](#).

(2) En conformité avec les articles L.33-6 et L.34-8-3 du CPCE.

Les perspectives

La mutualisation des infrastructures est l'une des clés du déploiement rapide des technologies d'accès à très haut débit.

(3) TC Paris 17.07.2008 Orange c/ Numéricable.

[Frédéric Forster](#)

Pénal numérique

Le casier judiciaire européen : une avancée rapide

ECRIS : système européen d'informations sur les casiers judiciaires

▸ Depuis le « Livre blanc » (1) portant sur l'échange d'informations sur les condamnations pénales des personnes physiques et leur effet dans l'Union européenne, les propositions de **décisions-cadres** ont évolué depuis celle de janvier (2) jusqu'à celle de mai (3) et la résolution législative de juin (4).

▸ Le texte adopté en juin vise à donner à l'ensemble des **27 Etats membres** des outils concrets pour l'échange d'informations facilement exploitables entre eux, alors que leurs systèmes judiciaires et pénaux, leurs langues et leurs alphabets sont différents. Le but est de permettre aux juges, aux membres du Ministère public et aux autorités policières d'**accéder** plus rapidement **aux condamnations** d'une personne dans un autre pays.

▸ Pour la Commission, la juridiction nationale prononce fréquemment des peines sur la seule base du relevé des condamnations produit par le registre national, en totale méconnaissance des condamnations éventuellement prononcées dans d'autres Etats membres. Précisons que ces décisions-cadres sont des textes qui **lient les Etats membres quant au résultat** à atteindre, mais les laissent libres quant aux moyens pour y parvenir.

Le casier judiciaire européen : un mécanisme de coopération interétatique

▸ Il n'est pas question d'organiser un **registre central européen**, mais bien de définir un **mécanisme d'échanges** entre Etats membres d'informations relatives aux antécédents judiciaires des ressortissants. L'un des objectifs est le développement d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice. Les principes mis en œuvre sont ceux de la **réciprocité**, ainsi que du caractère pénal de l'affaire dans laquelle ces informations sont demandées, mais cette organisation s'avère difficile du fait de l'hétérogénéité juridique.

▸ Une première évolution a été le **projet d'interconnexion des casiers** judiciaires entre l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne et la France. Mais depuis la décision du 21 novembre 2005 (5), le Conseil de l'Union européenne a entamé une démarche plus construite et plus permanente.

▸ Les points essentiels sont : un **formulaire type unique** concernant les demandes d'informations sur les antécédents judiciaires et les réponses à ces requêtes ; un **délai maximum** (10 jours ouvrables) dans lequel l'Etat requis doit répondre ; l'obligation de conserver et d'inscrire dans son propre casier judiciaire toutes les condamnations ; et bien sûr leur mise à jour.

▸ Cette décision-cadre est **en voie d'achèvement** et les logiciels d'interconnexion devraient être fournis dès 2009. Il n'est toutefois pas question de créer une gigantesque base de données centralisées. En revanche, le système est conçu pour garantir que les informations soient transmises sous une forme immédiatement compréhensible par leur destinataire.

Les enjeux

Lutter contre les actes de terrorisme, de grand banditisme et la délinquance économique.

(1) Livre blanc du Conseil de l'UE du 25.01.2005.

(2) Note du 31.01.2008 du Secrétariat général aux délégations sur la proposition de décision-cadre.

(3) CE Communiqué IP/08/823, 30.05.2008

(4) Résolution législative du Parlement européen du 17.06.2008.

L'essentiel

Une coopération menée dans le cadre de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale.

Un casier complet malgré l'hétérogénéité juridique :

- un formulaire type unique,

- un délai de réponse de 10 jours, maximum,

- un casier national à jour avec toutes les condamnations européennes.

(5) Décis. 2005/876 /JAI du 21.11.2005 relative à l'échange d'informations extraites du casier judiciaire.

[Claude-Michel Corcos](#)

Contentieux internet

Google est-il coupable de contrefaçon de marques dans ses liens publicitaires ?

La Cour de cassation interroge la CJCE

▸ Google propose aux annonceurs le service «Adwords» qui permet, moyennant la **réservation de mots-clefs**, de faire apparaître de manière privilégiée, sous la rubrique **liens commerciaux**, les coordonnées de leur site en marge des résultats d'une recherche sur internet, en cas de concordance entre ces mots et ceux contenus dans la requête adressée au moteur de recherches de cette société sur internet. Il est aussi possible de recourir au **générateur de mots-clefs** proposé par Google.

▸ Des exploitants de site ayant constaté qu'une requête sur Google faisait apparaître, à titre de liens commerciaux, des liens hypertextes pointant vers des **sites concurrents**, ont respectivement assigné Google en **contrefaçon de marque**, et, pour l'un d'entre eux, les sociétés concurrentes en contrefaçon de marque et **concurrence déloyale**.

▸ Se trouvent ainsi posées les questions de savoir si :

- la réservation d'un **signe reproduisant ou imitant une marque** enregistrée pour inviter le public à consulter les offres faites par un concurrent pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement de cette marque, est un usage que le titulaire peut interdire ;

- le prestataire de service de **référencement payant** est coupable de contrefaçon de marque lorsqu'il met à la disposition des annonceurs des mots-clefs reproduisant ou imitant des marques et organise la création et l'affichage privilégié de liens promotionnels vers des sites sur lesquels sont proposés des produits identiques ou similaires à ceux couverts par la marque ;

- le prestataire de service de référencement payant peut être considéré comme un simple **prestataire de stockage d'information** (hébergeur), de sorte que sa responsabilité ne pourrait être recherchée avant qu'il ait été informé par le titulaire de marque de l'usage illicite du signe par l'annonceur.

Une réponse très attendue...

▸ Par **3 arrêts** du 20 mai 2008 (1), la **Cour de cassation** sursoit à statuer sur les pourvois formés par le moteur de recherche **Google** à l'encontre de décisions qui l'ont **condamnée pour contrefaçon** et qui lui ont refusé le bénéfice du statut de prestataire de stockage au sens de la directive CE (2).

▸ La Cour de cassation saisit la Cour de justice des Communautés européennes de plusieurs **questions préjudicielles**, qui sont toutes directement liées au régime juridique applicable au service « AdWords » proposé par Google, corollaire de son activité principale bien connue de moteur de recherche.

▸ La réponse à ces questions représente un **enjeu majeur** dans le monde de l'Internet, non seulement pour Google mais aussi pour l'ensemble des acteurs de l'économie numérique qui utilise les **services de référencement**.

Les enjeux

Rechercher si :

- un concurrent du titulaire d'une marque peut faire usage de celle-ci pour inviter le public à consulter ses propres offres ;

- la mise à disposition par un prestataire qui propose un service de référencement payant sur internet de mots-clefs reproduisant ou imitant une marque peut être interdite par son titulaire.

(1) Cass. com. 20/05/08 Google n°611, 609 et 610.
(2) Art. 14 de la Directive 2000/31 du 8 juin 2000.

Les perspectives

La solution rendue impactera directement l'ensemble du réseau partenaire de Google, c'est-à-dire la majorité des moteurs de recherche européens, et indirectement, l'ensemble des sociétés proposant un service de référencement par mots-clefs.

[Mathieu Prud'homme](#)

Achats publics

Le dialogue compétitif : une opportunité en matière de nouvelles technologies

Une solution adaptée aux projets complexes

- La procédure de dialogue compétitif (1) ne rencontre pas le succès qu'elle mérite bien qu'elle apporte une **réponse** à la mise en œuvre des **marchés de technologies avancées complexes** pour lesquels l'acheteur public n'est logiquement pas en mesure de définir précisément ses besoins.
- Pour ce type de marchés, la procédure d'appel d'offres montre bien souvent ses limites. Par exemple, elle ne permet pas à l'acheteur public d'engager des négociations avec les opérateurs économiques.
- Avec le dialogue compétitif, les **acheteurs publics**, sans perdre leur qualité de maître d'ouvrage, peuvent **piloter l'opération** et bénéficier de la maîtrise technologique et de la capacité d'innovation développées par les entreprises du secteur.
- Ils sont invités à donner, dans le cadre d'un **programme fonctionnel** ou d'un projet partiellement défini, les grandes orientations de leur achat.
- En outre, ils peuvent renvoyer la charge du risque sur les entreprises engagées dans les différentes phases du dialogue qui vont devoir faire évoluer leur offre en fonction de leurs connaissances technologiques mais aussi des desiderata de l'acheteur public.
- Pour autant, cette **procédure** apparaît encore comme **longue** et **compliquée** aux yeux des acheteurs publics. Du côté des entreprises, la crainte majeure demeure le **non-respect du secret industriel** dans le cadre des discussions.

Une procédure qui doit demeurer encadrée

- La **constitution de l'équipe projet** de l'acheteur public est une **étape primordiale** de réussite puisque devront figurer en son sein des profils d'interlocuteurs divers capables de traiter les aspects financiers, juridiques et techniques du marché.
- Cette préparation rigoureuse s'accompagnera d'un **phasage du dialogue** annoncé dès le lancement de l'avis d'appel public à la concurrence afin d'obtenir des évolutions adaptées aux besoins de l'acheteur public et éviter ainsi des discussions inutiles avec les candidats.
- Pour éviter le « pillage des idées » des candidats et respecter le principe d'égalité de traitement des candidats, la **traçabilité de la procédure** sera assurée par la rédaction systématique de **compte-rendu du dialogue** et la **spécification par écrit**, de ce qui relève du secret industriel.
- La **remise des offres finales** représente également une étape primordiale de la procédure. Elle s'appuiera obligatoirement sur les solutions discutées et proposées par les prestataires.

Les enjeux

Proposer une solution adaptée aux projets complexes par une procédure d'appel d'offres demeurant encadrée.

L'objet du dialogue compétitif n'est pas de faire converger les offres mais d'apporter une solution innovante à l'acheteur et de permettre aux candidats de défendre leur projet en démontrant que leur solution est la plus adaptée aux besoins de l'acheteur public.

(1) Article 36 du Code des marchés publics.

Les conditions

Deux conditions alternatives au recours à cette procédure, le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure :

- de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins

- d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

[François Jouanneau](#)

Informatique & libertés

Traitement des données personnelles par les moteurs de recherche : quelles sont les limites ?

Quel est le statut des moteurs de recherche ?

▸ Dans son **avis du 4 avril 2008** sur les moteurs de recherche (1), le groupe de l'article 29 qui regroupe les autorités européennes de protection des données, précise que les **données** à caractère personnel enregistrées par les moteurs de recherche doivent être **effacées au plus tard au bout de 6 mois**.

▸ Ce délai n'est toutefois fondé sur **aucun cadre juridique** existant dans l'Union européenne et peut sembler bien **trop court** pour constituer une règle efficace.

▸ Actuellement, le **statut des moteurs de recherche** ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique dans la loi sur le commerce électronique (LCEN) (2), pas plus que dans la directive qu'elle a transposé (3).

▸ Bien au contraire, il a été prévu la remise d'un **rapport** sur l'application de la directive, qui examinerait la nécessité de présenter des propositions relatives à la **responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes** et de services de moteurs de recherche.

Les enjeux

Protéger les ressortissants de l'Union européenne dont les données font l'objet d'un traitement par des moteurs de recherche non établis dans l'Union européenne en limitant à 6 mois la conservation des données personnelles.

- (1) Avis du 4 avril 2008
 (2) Loi du 21/06/2004.
 (3) Dir. CE n°2000/31 du 08/06/2000.

Quelle loi peut s'appliquer ?

▸ En fait, la détermination de la **loi applicable** aux moteurs de recherche (à défaut de statut) trouve sa source à la fois dans la **LCEN** et dans la **loi informatique et Libertés**.

▸ La première assimile les moteurs de recherche aux activités de commerce électronique lesquelles sont soumises à la **loi de l'Etat membre** sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie.

▸ La seconde modifiée en août 2004, retient le critère de « **l'établissement stable** » pour déterminer la **loi nationale** qui s'impose au responsable de tout traitement de données à caractère personnel (celui qui en détermine les finalités et les moyens).

▸ En l'absence d'établissement stable sur le territoire européen, la loi dispose que le **responsable d'un tel traitement** est néanmoins soumis à la loi nationale lorsqu'il recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire français, à l'exclusion des traitements qui ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur ce territoire.

▸ Or, les moteurs de recherche détiennent de nombreuses données (Fichiers log, adresse IP, cookies, etc.), dont ils assurent la conservation pour des durées indéterminées.

▸ Les moteurs de recherche non établis en Europe doivent donc **désigner un représentant** établi sur chaque territoire national afin de se soumettre aux exigences de la loi locale.

Les perspectives

La qualification des adresses IP dynamiques en données « à caractère personnel » fait actuellement l'objet d'intenses débats entre la Cnil et la Cour d'appel de Paris.

Le Groupe 29 se prononce quant à lui pour une application extensive de la loi aux moteurs de recherche considérant que le recours aux « cookies » (témoins de connexion) ou JavaScripts caractérise le recours à un moyen de traitement situé nécessairement, sur le territoire national.

[Chloé Torres](#)

Propriété industrielle

Contrefaçon : de nouveaux délais pour agir

La refonte des délais d'assignation au fond...

▸ La nouvelle **loi sur la lutte contre la contrefaçon** du 29 octobre 2007 (1) a profondément modifié le régime de la procédure de référé en matière de contrefaçon en permettant au titulaire d'un droit de brevet, d'agir en référé avant toute action en contrefaçon au fond.

▸ Si l'action en référé est toujours indissociable de l'**action au fond**, cette dernière peut désormais être engagée après l'action en référé « *dans un délai fixé par voie réglementaire* ». Jusqu'à présent, aucun décret d'application ne prévoyait les conditions d'introduction d'une action en contrefaçon à la suite d'une procédure de référé.

▸ Le **décret du 27 juin 2008** (2) précise ces délais en les fixant aux maxima prévus par la directive européenne du 9 avril 2004 (3) dont s'inspire la loi.

▸ Ainsi l'action en contrefaçon au fond doit être engagée dans un délai de **vingt jours ouvrables ou trente et un jours** civils si ce délai est plus long suivant l'ordonnance se prononçant sur l'action en référé.

▸ Le décret applique les **mêmes délais** à l'introduction de l'action en contrefaçon de brevet, étendant ainsi le délai de quinzaine applicable sous l'ancienne loi. Mais le point de départ du délai est la mise en œuvre des mesures de saisie-contrefaçon.

...mais une uniformisation relative

▸ Les dispositions prises en matière de contrefaçon de brevet ont été adoptées de manière **identique** en matière d'action en contrefaçon de **marques** engagée postérieurement à une procédure dite de « référé-marque ».

▸ Le décret du 27 juin 2008 confirme ainsi la solution retenue par les **tribunaux** appelés à ce prononcer sur la question durant la période comprise entre l'entrée en vigueur de la loi du 29 octobre 2007 et le 27 juin dernier.

▸ Confronté au **silence de la loi**, le tribunal de grande instance de Paris avait en effet, décidé, dans une ordonnance du **11 février 2008** que la loi nouvelle était applicable nonobstant l'absence de décret d'application et que le demandeur à l'action en référé n'était donc pas tenu d'agir au fond avant d'introduire un référé-marques.

▸ S'agissant des délais pour agir au fond, le juge s'en était, à juste titre, rapporté aux dispositions de la **directive communautaire**, anticipant, on le voit, le contenu du décret d'application.

▸ Ces nouveaux délais s'appliquent également en matière de contrefaçon de **droits d'auteur**, de **dessins et modèles** ainsi qu'en matière d'atteinte à une **indication géographique**. Des points de départ spécifiques s'appliquent en matière de logiciels et de bases de données.

L'enjeu

Ne pas échouer dans la défense de ses droits de propriété intellectuelle, en raison du non respect des délais.

(1) Loi n°2007-1544 du 29.10.2007.

(2) Décr. n° 2008-624 du 27.06.2008.

(3) Dir. n°2004/48/CE du 9.04.2004.

Les conseils

Identifier les délais d'action applicables et être vigilant sur leur respect.

Anticiper la procédure judiciaire en rédigeant un projet d'assignation au fond dès le lancement de la procédure de référé.

[Virginie Brunot](#)

Propriété intellectuelle

Bien gérer la fin de contrat au regard de la propriété intellectuelle

Des droits nés discrètement

▶ Tout contrat passé avec une personne physique ou une personne morale est susceptible de donner naissance à des **droits de propriété intellectuelle**.

▶ Ainsi, à l'occasion d'un **contrat de travail** ou d'une **prestation de services**, des écrits, photos, brochures, documents d'études, objets, et autres dispositifs sont souvent créés et échangés, sur lesquels l'auteur jouit d'un **droit de propriété** incorporelle exclusif et opposable à tous (1).

▶ Lorsque l'objet même du contrat est une création artistique, publicitaire ou industrielle, la question de la titularité, de la **cession éventuelle** et de l'exploitation des droits est généralement traitée dans le contrat.

▶ Il n'en va pas de même dans le cas où l'**aspect créatif** de la prestation n'est qu'**accessoire**, par exemple pour le contrat de travail d'un cadre commercial ou un contrat de création de site web.

▶ En revanche, dans le cas d'un **logiciel** créée par un salarié dans l'exercice habituel de ses fonctions ou dans le cadre d'études qui lui sont confiés mais qui n'entrent pas dans son activité habituelle (2), les droits d'auteur sont **dévolus** automatiquement à **l'employeur** (3).

Les enjeux

Ne pas se trouver privé des droits attachés aux investissements et aux dépenses réalisés.

(1) Art. L111-1 Code de la propriété intellectuelle.

(2) Exception faite des stagiaires et intérimaires.

(3) Art. L113-9 Code de la propriété intellectuelle.

Un intérêt indiscutable

▶ Le cadre qui remet **spontanément** le lundi à son employeur une maquette de brochure commerciale avec texte et photos, voire un nouveau logo, en est l'**auteur**.

▶ Le **graphiste** qui réalise une création visuelle, une illustration, ou des effets spéciaux lors de la création d'un site **internet** en est l'auteur.

▶ Dans les deux cas, la propriété matérielle n'emporte pas **cession des droits** de propriété intellectuelle qui sont attachés à l'objet.

▶ Il ne sera donc pas possible de reproduire ces brochures pour les distribuer ou d'utiliser les créations visuelles du site comme nouveau logo sans l'accord de l'auteur.

▶ En conséquence, il convient de prévoir quasi systématiquement une **clause de propriété intellectuelle** dans tous les types de contrats. De cette façon, en fin de contrat (par rupture anticipée ou terme normal), chacune des parties connaît ses droits et leur limite.

▶ Si la question n'a pas été réglée, fut-ce par **avenant**, avant la fin des relations, il peut être utile, pour celui qui y a intérêt, de **notifier** à l'autre partie sa position sur les aspects de droits d'usage, d'adaptation et d'exploitation ainsi que sur les questions d'exclusivité de ces droits.

Le conseil

- stipulez, dès la naissance du contrat, sur les aspects de propriété intellectuelle.

- à défaut, régularisez la situation contractuelle dès que possible par voie d'avenant.

- à l'extrême, notifiez vos droits à titre préventif.

[Jean-Pierre Roux](#)

Fiscalité et sociétés

Un rapport ministériel sur la sécurité juridique en matière fiscale

54 propositions susceptibles d'accroître la sécurité juridique

▸ Un **rapport** sur les dispositifs susceptibles d'accroître la sécurité juridique en matière fiscale a été remis le **23 juin 2008** au ministre du Budget.

▸ Ce rapport préconise **54 propositions** variées et opérationnelles pour sécuriser les relations entre l'administration et les contribuables autour des trois thèmes suivants :

- la production de la réglementation fiscale et son interprétation par l'administration,
- les modalités pratiques d'application de la réglementation fiscale,
- le contentieux fiscal.

▸ Les principales mesures concernent :

- l'inscription dans le préambule de la Constitution du principe de **non-rétroactivité** des dispositions fiscales ;
- la création d'un « **label** » pour des entreprises acceptant d'entrer dans une relation de transparence réciproque avec l'administration ;
- l'organisation **d'échanges réguliers** entre l'administration et les organisations professionnelles ;
- l'incitation des vérificateurs à **signaler** aux contribuables les **erreurs** qu'ils ont commises à leur détriment, etc.

▸ Sur la base de ces propositions, le **ministre du Budget** proposera au gouvernement un volet sécurité juridique qui pourrait être inséré dans la **prochaine loi de finances**.

Les enjeux

Sécuriser les relations entre l'administration et les contribuables lors de :

- la production de la réglementation fiscale et son interprétation par l'administration ;
- les modalités pratiques d'application de la réglementation fiscale ;
- le contentieux fiscal.

(1) [Rapport Fouquet](#)

Reconstituer une documentation administrative consolidée opposable

▸ L'une des principales mesures consistera à reconstituer une documentation de référence **consolidée** « opposable » qui fait défaut – y compris pour les vérificateurs de la DGI – car c'est une publication d'un éditeur privé, qui n'est pas **juridiquement opposable**.

▸ La documentation administrative de base, **accessible sur internet**, n'est plus mise à jour depuis 2002. Les services sont parfois conduits à élaborer leur propre synthèse de la doctrine, au risque de discordances et au prix d'une surcharge de travail liée à la duplication de cet exercice dans différentes structures.

▸ En outre, l'**absence de mise à jour** de la documentation de base conduit à alourdir les nouvelles instructions qui sont obligées de reprendre, pour en faire la synthèse, le contenu des instructions antérieures.

▸ La reconstitution de cette documentation nécessitera la création d'une **cellule dédiée** à la DGFIP, réorganisée à cet effet. Il s'agit d'une mesure de sécurité juridique pour les contribuables mais aussi pour l'administration.

Les perspectives

Le maintien d'une documentation administrative de base à jour devrait passer par une actualisation en continu de la doctrine publiée sur Internet, qui permettrait de faire l'économie de travaux redondants (écriture d'une instruction puis reprise dans la documentation administrative de base).

[Pierre-Yves Fagot](#)

Relations sociales

Les connexions internet au bureau sont présumée à caractère professionnel

▸ Un salarié, responsable de production et de contrôle informatique, a été **licencié pour faute grave**, pour avoir **utilisé à des fins personnelles** et de manière **abusive** l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur.

▸ Le salarié a saisi la juridiction prud'homale, laquelle a considéré le licenciement pour faute grave justifié. Ce dernier a donc interjeté appel puis a formé pourvoi, finalement **rejeté par la Cour de cassation** (1).

▸ Le salarié invoquait le caractère illicite des **moyens de preuve** utilisés par la société. Il faisait valoir que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret de ses communications ; l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des sites Internet consultés par le salarié grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail* » ; et que, « *sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut rechercher les sites Internet consultés par un salarié en inspectant le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition par la société qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé* ».

▸ La Cour de cassation ne retient pas ces arguments et considère que les **connexions** du salarié sur un site Internet pendant le temps de travail au moyen d'un outil informatique mis à sa disposition pour des fins professionnelles sont **présumées** avoir un **caractère professionnel** de sorte que la présence du salarié n'est pas requise lorsque l'employeur inspecte l'ordinateur.

L'extrait

« *les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence* ».

Les fonctions occupées par le salarié dans cette affaire ne doivent pas être étrangères à la qualification de faute grave.

(1) Cass. soc. 9 juillet 2008, n°06-45.800

L'essentiel

Une faute même isolée peut justifier un licenciement sans avertissement

▸ Deux salariés ont été licenciés pour faute grave car ils avaient été surpris en train de **fumer un « joint »** dans la salle de pause de leur entreprise, réservée aux fumeurs. Contestant leur licenciement, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale pour obtenir l'indemnisation de leur licenciement dénué de cause.

▸ En appel, la cour a considéré que, s'agissant d'un **fait isolé**, la sanction immédiate de la perte d'emploi, sans mise en garde, apparaissait disproportionnée. Elle a retenu que la réalité d'une **consommation de substance illicite** par les salariés était établie mais que l'employeur aurait dû rappeler l'interdiction de fumer un « joint » par la notification d'une sanction.

▸ La Cour de **cassation** (2) n'a pas suivi les juges du fond et a cassé la décision rendue considérant, au contraire, que « *la commission d'un fait fautif isolé peut justifier un licenciement, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait donné lieu à un avertissement préalable* ».

(2) Cass. soc. du 01.07.2008, n°07-40.053 et 07-40.054

Modernisation du marché du travail : Publication des textes d'application

▸ Deux décrets portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail et un arrêté (3) fixant les **modèles** de la **demande d'homologation** d'une rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée ont été pris.

▸ Ils portent, pour l'essentiel, sur les modalités de calcul montant de l'indemnité de licenciement ; la rupture conventionnelle et la compétence du DDTEFP, la conciliation, l'indemnisation de la maladie et la consultation du CE en matière de formation.

(3) D. n°2008-715 et 716 et Arr. du 18.07.2008, JO 19.07.2008.

[Laëtitia Boncourt](#)
[Céline Attal-Mamou](#)

Indemnisation des préjudices

Préjudices résultant de la contrefaçon de logiciels à grande échelle

L'éditeur a subi un manque à gagner certain et considérable

▸ De 1997 à 1999, plusieurs personnes ont exploité **un réseau de distribution de logiciels contrefaisant** des produits de la société Microsoft Corporation, commercialisés à **grande échelle**, en utilisant de fausses licences reproduisant la marque Microsoft.

▸ Un jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre du 18 juin 2002 a prononcé diverses condamnations pénales à l'encontre des prévenus et a accordé une somme de **100.000 €** à Microsoft en réparation de **l'atteinte à sa marque**.

▸ Dans un arrêt du 9 septembre 2005, la Cour d'appel de Versailles a rejeté la demande de réparation formulée par Microsoft au titre de son préjudice matériel, à hauteur de **19.936.912 €**, au motif que son **manque à gagner** ne pouvait être égal à l'intégralité du **chiffre réalisé** par les prévenus. L'arrêt lui a accordé une somme de 70.000 € en réparation de son **préjudice moral**.

▸ La Cour de Cassation (1) a cassé et annulé les dispositions civiles de cet arrêt car **l'existence du préjudice** matériel résultait des propres constatations de la Cour, qui devait en conséquence apprécier l'étendue du préjudice subi, même si le **mode de calcul** invoqué par Microsoft était **hypothétique**. Saisie sur renvoi de cet arrêt, la Cour d'appel de Paris (2) a eu à examiner les demandes de réparation formulées par Microsoft.

Dont le montant est apprécié selon une formule non précisée

▸ Celle-ci invoque une **masse contrefaisante** minimale de 43.982 licences distribuées. Considérant un **prix de vente** minimum de 503,08 € (3.300 francs) par licence, Microsoft chiffre son préjudice matériel résultant de la contrefaçon à la somme de **22.126.542 €** celui-ci comprenant son **manque à gagner** ainsi que les conséquences négatives et autres **coûts induits**, tels les coûts de gestion de la crise et la perte de ses investissements. Elle demande également une indemnisation à hauteur d'un millions d'euros pour la contrefaçon de sa marque sur 100.000 pochettes imprimées reproduisant sa marque et un million d'euros au titre du préjudice moral résultant de la contrefaçon de sa marque.

▸ Considérant que les agissements en causé ont porté sur « des quantités très importantes de licences contrefaites », l'arrêt retient l'existence des trois postes de préjudices invoqués par Microsoft et **apprécie souverainement** leur montant à partir des éléments dont il dispose.

▸ Ainsi, sans préciser le mode de calcul retenu, la Cour accorde à Microsoft les sommes de **1.630.000 €** au titre du préjudice matériel résultant de la contrefaçon (soit 7,4% de la demande), **120.000 €** au titre de la contrefaçon de marque sur les pochettes (12%) et **80.000 €** au titre du préjudice moral (8%).

▸ Les six prévenus sont condamnés solidairement à payer à Microsoft une somme totale de **1.830.000 €** ainsi que 20.000 € pour la publication de la décision dans deux publications au choix de Microsoft et 15.000 € pour ses frais de défense.

L'enjeu

Alors que l'enjeu de la décision est considérable au regard de la masse contrefaisante, des demandes de réparation, et du montant des condamnations prononcées, l'arrêt fournit peu de précisions quant aux formules d'évaluation et aux éléments d'appréciation retenus.

(1) **Cass.crim.24.10.2006, pourvoi n°05-85995.**

(2) **CA Paris, 13^e ch., 26.05.2008.**

Les conseils

La cour de cassation permet aux juges du fond d'apprécier souverainement les préjudices à partir des éléments exposés par les parties. Celles-ci ont donc tout intérêt à leur fournir, dans le cadre des débats, tous les éléments permettant une évaluation précise et documentée des dommages réellement subis.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoissan.com

Prochains événements

Informatique et libertés : Bilan et Perspectives : 17/09/2008

Alain Bensoussan animera un **petit-déjeuner débat** consacré à la loi Informatique, fichiers et libertés qui fête cette année ses 30 ans. Ce sera l'occasion de mettre en perspective les évolutions de cette loi, l'activité de la Cnil et la jurisprudence associée.

L'année 2007 a, quant à elle, été riche d'activités puisque la Cnil a reçu 4 455 plaintes (+ 25 % par rapport à 2006), concernant principalement les secteurs de la banque-crédit, la prospection commerciale, le travail et les télécommunications, d'où la nécessité pour ces secteurs d'activité d'établir un plan de mise en conformité à la réglementation Informatique et libertés.

La Cnil a par ailleurs adressé 101 mises en demeure, 5 avertissements et a prononcé 9 sanctions financières correspondant à des amendes allant de 5 000 à 50 000 euros.

L'année a également été marquée par le développement des technosurveillances en entreprise (géolocalisation, vidéosurveillance, contrôles d'accès, biométrie, etc....).

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, de faire le point sur les plans de mise en conformité qui s'imposent aux entreprises.

Inscription gratuite. Nous vous remercions toutefois de bien vouloir confirmer votre présence avant le 5 septembre 2008 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 joint au 01 41 33 35 36

Communications électroniques : bilan et perspectives : 15/10/2008

Frédéric Forster animera un **petit-déjeuner débat** consacré à l'activité extrêmement dense de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en 2007 : plus de 1000 avis et décisions rendus (dont certains à la demande du Conseil de la concurrence), 762 opérateurs déclarés ou autorisés, 12 opérateurs mobiles virtuels (MVNO) comptabilisés, etc.

Par ailleurs, la publication de ce rapport a été l'occasion pour son président de rappeler les grands enjeux du secteur pour l'année 2008 : levée de toute régulation ex-ante des marchés de détail de la téléphonie fixe et des marchés du transit, offre de France Télécom pour l'accès à son génie civil, mutualisation des parties terminales des réseaux très haut débit, affectation d'une partie du dividende numérique, attribution de la quatrième licence 3G.

L'année 2008 a en outre été marquée par l'adoption de la loi Chatel le 3 janvier 2008 et de la loi de modernisation de l'économie le 4 août 2008, lesquelles ont très profondément modifié les relations entre opérateurs, consommateurs et collectivités locales.

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, d'échanger les expertises et les expériences sur ces différents sujets.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 8 octobre 2008 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 joint au 01 41 33 35 36.

Actualité

L'essentiel

Adoption de la loi de modernisation de l'économie

▸ La loi de modernisation de l'économie adoptée le **4 août 2008** (1) constitue le second volet de la **réforme économique** en faveur de la croissance et de l'emploi.

▸ Elle est destinée à mettre en œuvre les réformes structurelles pour moderniser l'économie **en profondeur** : nouvelles règles dans la grande distribution, réforme du Conseil de la concurrence, droit des sociétés simplifié, déploiement du très haut débit (fibre optique), etc.

Mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance.

(1) [Loi n° 2008-776 du 4 août 2008](#).

Adoption de la loi sur les contrats de partenariat

▸ La loi sur les contrats de partenariat adoptée le **28 juillet 2008** (2) élargit le recours à ce nouveau mode contractuel qui existe depuis juin 2004.

▸ Elle ajoute **deux nouvelles voies d'accès** : celle de l'intérêt économique et financier pour la personne publique (État ou collectivités territoriales, y compris de faible taille) qui pourra plus facilement confier à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale relative au financement d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public.

Stimuler le partenariat public-privé pour financer, réaliser et gérer des équipements publics.

(2) [Loi n°2008-735 du 28 juillet 2008](#).

Ouverture à la concertation publique du projet de CCAG-TIC

▸ Les technologies de l'information et de la communication auront bientôt leur propre **référentiel contractuel**, le CCAG-TIC (cahier des clauses administratives générales).

▸ Ce projet de texte vient d'être ouvert à la concertation publique **jusqu'au 29 septembre 2008** pour une adoption prévue avant fin 2008 (3).

Avoir des clauses standards dans les marchés publics de TIC.

(3) [Projet de CCAG-TIC \(version au 5 août 2008\)](#).

Le standard OOXML de Microsoft devient une norme internationale

▸ Le format OOXML supporté par OpenOffice devient une norme internationale, l'**ISO/IEC DIS 29500**, Technologies de l'information – Formats de fichier «Office Open XML» (4).

▸ Elle vient d'être **confirmée** par les bureaux techniques de l'ISO (organisation regroupant les instituts nationaux de normalisation de 157 pays) et de la CEI (organisation mondiale pour l'élaboration et la publication de Normes internationales pour tout ce qui a trait à l'électricité, à l'électronique et aux technologies apparentées).

Standardiser le format de fichier bureautique de Microsoft.

(4) [Communiqué de l'ISO du 15 août 2008](#).

Directeur de la publication : Bensoussan Alain

Rédigée par les avocats et juristes de ALAIN BENSOUSSAN SELAS

Animée par Isabelle Pottier, avocat

Diffusée uniquement par voie électronique

ISSN 1634-0701

Abonnement à : avocats@alain-bensoussan.com

Interview

L'Acsel : l'association de l'économie numérique et lieu de transversalité

M. Pierre Kosciusko-Morizet, Président de l'ACSEL (*) et PDG de PriceMinister (**)

par Isabelle Pottier



Pouvez-vous nous présenter brièvement l'ACSEL dont vous venez de prendre la présidence ?

L'Association pour le commerce et les services en ligne (Acsel) est l'organisation française représentative du domaine des services en ligne et du commerce électronique. Elle regroupe environ 200 entreprises et organismes tout secteur confondu. A la différence d'une fédération qui aura d'avantage une démarche de lobbying et de défense d'intérêts corporatistes, notre association est davantage prospective et transverse pour l'ensemble des métiers de l'économie numérique. L'Acsel se veut l'association de l'économie numérique dont l'e-commerce n'est qu'une partie. Nous nous intéressons également aux contenus, au marketing, aux banques, au paiement, à la logistique, ou encore aux prestataires de services que ce soit des fournisseurs d'accès ou des hébergeurs.

Par quels chantiers allez-vous commencer ?

L'Acsel est en pleine redéfinition de ses priorités stratégiques et s'il est un peu prématuré de connaître les futurs chantiers, on sait déjà les grands thèmes sur lesquels nous allons travailler avec un certain nombre de commissions et comment cela va se structurer. L'une des idées à laquelle je souhaite œuvrer est de structurer l'Acsel encore plus qu'avant afin de rendre son action plus lisible pour ses membres. Nous avons en effet des entreprises qui viennent de secteurs très divers, et il est important que l'on parvienne à montrer à chacune en quoi le travail de l'Acsel les intéresse et concerne leur activité. En ce qui concerne les grands axes de réflexion, il y a la mobilité, le marketing et le « 2.0 », les TPE et les PME sur internet, sans oublier l'e-commerce, qu'il faudra structurer autour de thèmes comme l'internet mobile, le BtoB, le Rich media, la banque en ligne, le paiement, la logistique ou encore le fonds de commerce numérique. La plupart de ces thèmes ont fait l'objet de précédents chantiers qu'il faudra structurer afin de s'assurer que nous avançons au bon rythme sur tous les thèmes. Les chantiers arriveront au fur et mesure des questions qui vont se poser.

A votre avis va-t-on assister à une explosion de l'internet mobile ?

En France, il y a un nombre important d'abonnés en téléphonie mobile, mais il n'y a pas un parc très orienté « nouveaux usages » comme au Japon, très en avance et depuis plusieurs années déjà. C'est probablement vers ce pays qu'il faut se tourner pour savoir où sera la téléphonie mobile de demain en France. Peu de personnes équipées d'un téléphone mobile s'en servent pour surfer sur l'internet car on n'associe pas encore le mobile à l'internet. En dehors de la voix, l'un des usages le plus développé sur le mobile est d'ailleurs le sms, une utilisation somme toute assez « basique » du téléphone. Il est vrai que les terminaux ne sont par toujours adaptés à l'internet. Pour l'heure, l'internet en terme mobilité reste un phénomène encore peu développé même si c'est probablement là où dans les années à venir, internet va le plus changer.

Quel peut être le rôle de l'Acsel dans le développement des nouveaux usages en mobilité ?

La force de L'Acsel est d'avoir pour membre les trois opérateurs mobiles et lorsque nous allons travailler sur ces questions, nous aurons nécessairement les bons interlocuteurs. Au delà de cela, il y a différents axes de travail qui peuvent être liés au paiement (comment est-ce que l'on paye avec son mobile ?) ou à la relation entre contenu et réseau (quel type de contenus on peut trouver sur son mobile ?, quelles peuvent être les relations entre les opérateurs et les fournisseurs de contenu sur le mobile ?). Il y a déjà deux groupes de travail à l'Acsel sur ces thèmes (internet mobile et multimédia mobile) mais ça n'est qu'un début.

(*) <http://www.acsel.asso.fr> (**) <http://www.priceminister.com>