



LA DIRECTIVE PROTECTION DES PROGRAMMES D'ORDINATEUR

Un objectif affiché de « clarté et de rationalité »

- La directive européenne du 23 avril 2009 relative à la protection des programmes d'ordinateur (1) remplace la directive du 14 mai 1991 qui avait déjà été transposée dans le Code de la propriété intellectuelle (2).
- A première lecture, il y a **peu de modification**. Le nouveau texte réaffirme le principe d'une protection du logiciel par le droit d'auteur en tant qu'œuvre littéraire tout comme l'affirmait déjà la directive de 1991.
- Elle ne modifie pas la définition même du « **programme d'ordinateur** », terme qui recouvre « les programmes **sous quelque forme que ce soit** », ainsi que « les travaux préparatoires de conception aboutissant au développement d'un programme, à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur ».
- On note toutefois certains **changement de terminologie**. Ainsi le terme « déroulement » a été remplacé par « **exécution** » et ceux d' « acquéreur légal » par « **acquéreur légitime** ».
- Les actes soumis à restriction et leurs exceptions sont aussi intégralement repris de la directive remplacée. Le principe de l'**autorisation « d'une » copie** de sauvegarde qui a pu faire couler tant d'encre sur la question des copies illicites reste donc inchangé.
- Sauf disposition contractuelle différente qu'il conviendra de prévoir, l'exploitant d'un progiciel ne devrait pas pouvoir réaliser de **multiples copies** de sauvegarde, ce qui est **contraire à la pratique** et aux exigences de sécurité et de continuité d'exploitation qui commandent la définition et la mise en place d'un plan de sauvegarde total des serveurs sur de multiples supports.

Peu de changement au cadre juridique ...

- La directive en vigueur depuis le **25 mai 2009**, apporte relativement peu de changement au cadre juridique de la protection des programmes d'ordinateurs.
- Par ailleurs, elle ne prévoit toujours pas les modalités d'**accès aux codes sources** pour exercer les droits conférés à l'acquéreur légitime, tels que par exemple, la réalisation de l'interopérabilité de programmes.
- Enfin, la directive ne contient plus aucune disposition sur la **durée de protection**, qui couvre donc **soixante-dix ans** à compter du 1er janvier de l'année civile suivant l'année de la publication du programme, conformément à la directive du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.
- Rappelons que la date de publication est déterminée par tout mode de preuve de droit commun, et notamment par le **dépôt légal**.

L'enjeux

L'adoption de cette directive est motivée par un objectif de « clarté et de rationalité », le contenu de la directive de 1991 ayant été modifié en 1993 par la directive 93/98/CEE sur l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

(1) [Directive 2009/24/CE du 23-4-2009](#).

(2) Art. L. 122-6 et s.

Les conseils

Comme par le passé, il demeure très important d'apporter des précisions dans les contrats sur les modalités de corrections des erreurs.

[PASCAL ARRIGO](#)
[BENJAMIN OHAYON](#)



L'AGENCE DES SYSTEMES D'INFORMATION PARTAGES DE SANTE

Favoriser le développement des systèmes d'information de santé

- L'Agence nationale des systèmes d'information partagés de santé (**ASIP Santé**) est une agence d'Etat placée sous la tutelle du Ministère de la santé et qui a pour mission de favoriser le développement des systèmes d'information partagés dans les secteurs de la santé et du médico-social.
- L'ASIP Santé a été créée par la **réunion du GIP DMP**, du GIP « carte de professionnel de santé » (**GIP CPS**) et d'une partie du groupement pour la modernisation du système d'information hospitalier (**GMSIH**).
- Son but est de permettre aux systèmes d'information de santé, et en particulier à tous les projets impliquant un **partage** ou un **échange de données de santé** personnelles, de mieux contribuer à l'amélioration de la coordination et de la qualité des soins, dans le respect des droits des patients.
- La **convention constitutive** de l'Agence pour les systèmes d'information partagés de santé, a été adoptée et approuvée par un **arrêté du 8 septembre 2009** (1).
- Le texte de cette convention peut être consulté auprès du siège du groupement et sur le site internet www.dm-p.org

Assurer l'interopérabilité et la sécurité des systèmes d'échanges

- Le groupement est constitué **jusqu'au 16 juillet 2024** pour :
 - mettre les TIC au service de la coordination des soins, la pertinence et la qualité des soins dans le respect des droits des malades ;
 - **assurer la maîtrise d'ouvrage des projets** réalisés à l'initiative de l'Etat portant sur le partage de données de santé entre les PS et avec leurs patients (dont le DMP, le système CPS, le RPPS, l'identifiant national de santé) ;
 - au-delà des projets pilotés par l'Etat, l'ASIP Santé veille à l'**interopérabilité**, la cohérence avec la stratégie globale et les **conditions de sécurité** de tous les projets assurant le partage et l'échange des données de santé.
- L'ASIP Santé émet en particulier l'avis préalable auquel l'article L. 1111-8 du code de la santé publique soumet les **référentiels d'interopérabilité** et de sécurité arrêtés par le ministre chargé de la santé.
- Elle s'est notamment vu confier l'élaboration des **référentiels** de constitution des dossiers de candidatures aux fonctions d'hébergement, ainsi que l'instruction des dossiers de candidatures en appui des travaux du **comité d'agrément des hébergeurs** de données de santé dans le cadre du Dossier Médical Personnel.
- Elle assure également l'accompagnement et l'encadrement des initiatives publiques et privées concourant à son objet, notamment sous forme de **conventions** d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de conventions de partenariat ou de mise à disposition de services permettant de garantir la bonne utilisation, la cohérence, l'interopérabilité et la sécurité des systèmes d'échanges et de partage des données de santé.
- Elle peut à ce titre attribuer des **financements** dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de la santé.

Les enjeux

Accroître l'efficacité de l'action des pouvoirs publics dans le champ de l'informatique de santé, en unifiant la maîtrise d'ouvrage des projets de systèmes d'information de santé partagés initiés par l'Etat.

(1) [Arrêté du 08-09-2009](#) paru au JO du 15-09-2009.

L'essentiel

L' ASIP Santé doit notamment :

- assurer la cohérence des nombreuses initiatives qui émergent dans ce domaine
- contribuer à l'élaboration et veiller au respect des règles d'interopérabilité et de sécurité qui doivent être garanties tant aux professionnels de santé qu'aux patients.

[JEAN-FRANÇOIS FORGERON](#)
[ANNE-LISE BENEAT](#)



Communications électroniques

L'INSTITUTION DE L'AUTORITE EUROPEENNE DU MARCHE DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

Un super régulateur européen

- La Commission européenne a émis un avis sur la position du Parlement européen en deuxième lecture le **29 juillet 2009** relative à l'adoption d'une proposition instituant une autorité européenne du marché des communications électroniques (1).
- Cet avis a été émis dans le cadre de la **réforme du Paquet Télécom**, actuellement en cours de discussion au sein des instances communautaires.
- A l'issue de ce travail, les autorités sont convenues de mettre en place un super régulateur européen, dénommé « **Organe des régulateurs européens** des communications électroniques (**Orece**) ».
- Les **missions** de l'Orece seront les suivantes :
 - servir de **point d'appui** aux autorités nationales de régulation en leur transmettant les meilleures pratiques réglementaires, méthodes ou lignes directrices constatées au sein des différents pays de l'Union européenne ;
 - fournir une **assistance** à ces autorités nationales de régulation sur des questions relevant de la réglementation des communications électroniques ;
 - émettre des **avis** sur les projets de décisions, de recommandations ou sur les lignes directrices que la Commission souhaite adopter dans le domaine des communications électroniques ;
 - élaborer des **rapports**, rendre des avis au Parlement européen et au Conseil.

Une structure à deux niveaux

- Dans son avis du **29 juillet 2009**, la Commission européenne indique avoir repris l'ensemble des amendements votés par le Parlement européen en mai dernier, lesquels prévoient la création d'une **structure à deux niveaux** :
 - l'Orece, composé d'un conseil dénommé **Conseil des régulateurs**, comprenant un représentant de chaque Etat membre, qui sera le directeur ou le représentant à haut niveau de l'autorité de régulation nationale, et un représentant de la Commission assistant aux séances avec un statut d'observateur. L'Orece ne serait **pas doté de la personnalité juridique** ;
 - l'**Office**, composé d'un comité de gestion de 28 membres (1 par Etat membre et 1 membre représentant la Commission) et d'un responsable administratif qui exercera un rôle de soutien. L'office serait **doté de la personnalité juridique** et assurerait un appui administratif et professionnel à l'Orece pour lui permettre d'accomplir ses tâches.
- L'Office serait doté financièrement par une **subvention** de la Commission et de **contributions** versées, sur une base volontaire, par chacune des autorités de régulation nationales.

Les enjeux

Mettre sur pied un organe d'expertise indépendant qui contribuerait efficacement à promouvoir l'achèvement du marché intérieur dans le secteur des télécoms.

(1) Avis sur la position du PE en deuxième lecture, [COM\(2009\)0422](#) du 29-7-2009.

Les perspectives

L'ORECE apportera son soutien aux régulateurs nationaux en fournissant des conseils d'experts et s'appuiera, pour ce faire, sur les ressources financières et professionnelles dont sera doté l'Office.

[FREDERIC FORSTER](#)



LES 10 CONSEILS DE LA CNIL POUR SECURISER SON SYSTEME D'INFORMATION

La Cnil publie 10 conseils en matière de sécurité

- Les 10 conseils s'inscrivent dans le cadre de la **loi Informatique et libertés**, laquelle organise la gestion des données personnelles autour de quatre axes :
 - les formalités préalables (déclarations normale, simplifiée, autorisations) ;
 - le droit des personnes (droit à l'information, droit d'accès, droit de modification, etc.) ;
 - les flux transfrontières de données ;
 - la **sécurité des traitements** et de leurs données.
- Ce dernier axe relatif à la sécurité, bien trop souvent ignoré, repose essentiellement sur les **articles 34 et 35** de la loi Informatique et libertés.
- L'article 34 fait peser sur le responsable du traitement l'**obligation** de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour **préserver la sécurité** des données et, notamment, d'empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès.
- L'article 35 vise les cas où le responsable du traitement **sous-traite** tout ou partie du traitement auprès d'un tiers et définit les relations entre le sous-traitant et le responsable du traitement, pour ce qui concerne la sécurité.

Un référentiel de « bonnes pratiques »

- Si la Cnil s'est déjà prononcée de très nombreuses fois sur les questions de sécurité, lorsqu'un dossier ou un projet lui est soumis, c'est en revanche l'une des premières fois qu'elle se penche sur cette question en l'abordant selon une **approche générale**.
- S'agissant du statut du document lui-même, il s'agit de « **conseils** » et non d'une « délibération » ; mais leur **portée juridiques** ne sauraient être pour autant sous-estimée. A tout le moins, ils s'intègrent dans ce qu'on peut qualifier de **référentiel de « bonnes pratiques »**.
- Sans y être contraintes, les entreprises sont vivement invitées à suivre ces conseils de la Cnil, gardienne de l'application de la loi Informatique et libertés. Ainsi, le **conseil n°2** « Concevoir une procédure de création et de suppression des comptes utilisateurs » doit être mis en place au sein des entreprise, mais également intégré dans la charte de l'utilisation des systèmes d'information.
- Les **conseils n°9 et 10**, respectivement « Anticiper et formaliser une politique de sécurité du système d'information » et « Sensibiliser les utilisateurs aux risques informatiques et à la loi informatique et libertés », imposent à l'entreprise de dépasser le stade de la simple charte.
- Ils nécessitent de passer au stade d'une véritable **gouvernance de la sécurité** au sein de laquelle on retrouvera la **charte** des personnels pour l'utilisation des systèmes d'information mais aussi la charte « administrateur », la charte « accès » ou encore la charte « Informatique et libertés ».
- Le conseil n°10 impose le passage d'une gouvernance statique à une gouvernance **dynamique** à travers des **plans de formations** ou de sensibilisation encore bien peu nombreux dans les entreprises.

Les enjeux

Dresser la liste de l'ensemble des mesures que les détenteurs de fichiers doivent mettre en œuvre, essentiellement par l'intermédiaire de leur direction des systèmes d'information (DSI) ou de leur responsable informatique pour sécuriser le système d'information.

(1) www.cnil.fr/ actualité du 12-10-2009.

Les conseils

Ces 10 conseils s'intègrent dans le cadre des conditions d'application des articles 34 et 35 de la loi.

Pour plus d'informations, ces dix conseils seront abordés lors du [petit déjeuner-débat le 18 novembre 2009](#) relatif à la question de la sécurité des systèmes d'information.

[ERIC BARBRY](#)

[EMMANUELLE NAHUM](#)



GOOGLE SUGGEST ET LES BLOGS "ANTI-ARNAQUE" : ABUS OU LIBERTE D'EXPRESSION ?

La licéité de l'exploitation de « Google Suggest » remise en cause

- **Deux décisions contradictoires** ont été récemment prononcées sur la question de la licéité de l'exploitation par Google de la fonction d'aide à la recherche baptisée « Google Suggest ».
- Cette fonction permet à l'internaute, qui tape les premières lettres ou les premiers mots de sa requête dans la barre de recherches Google, de se voir proposer plusieurs mots-clés qui y sont associés et qui correspondent à des résultats référencés par le moteur de recherches.
- Les **suggestions de recherche** sont établies sur la base de statistiques, qui recensent les mots-clés les plus fréquemment sélectionnés par les internautes.
- Des contentieux commencent à naître, en raison de l'**association**, via cette fonctionnalité, d'une entreprise, de sa marque ou de son nom de domaine avec un **terme péjoratif**, de type « arnaque », bien souvent situé parmi les premières suggestions proposées.
- Tel était le cas, dans les deux affaires portées respectivement devant le Tribunal de Commerce (« Direct Energie arnaque ») et le Tribunal de Grande instance de Paris (« CNFDI arnaque »).

La jurisprudence hésite encore

- Dans son ordonnance de référé du **7 mai 2009**, le Président du Tribunal de Commerce de Paris (1), saisi sur le fondement du **dénigrement** (art. 1382 du Code civil), a fait droit à la demande de la société Direct Energie considérant que celle-ci était associée, par l'emploi du terme « arnaque », à « un **comportement pénalement répréhensible** ».
- Selon l'ordonnance, une telle association jetait sur cette société, « une suspicion de comportement au minimum commercialement douteux ».
- Le tribunal a ainsi estimé que la société Google Inc avait commis une **faute** en participant, même involontairement, à une **campagne de dénigrement**, à laquelle elle donnait ainsi un écho particulièrement important, considérant le nombre considérable d'internautes utilisant ses services, et ce, d'autant que le classement des suggestions ne présentait pas de caractère objectif.
- A l'inverse, dans la seconde affaire du **10 juillet 2009**, le CNFDI, qui fondait son action sur l'article 29 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 (**injure publique**), s'est vu **débouter** de l'ensemble de ses demandes.
- En effet, bien que le Président du Tribunal de Grande instance de Paris ait considéré que la suggestion de recherche litigieuse était susceptible de constituer une injure publique, il a relevé qu'une **contestation sérieuse** existait sur la question de l'**intention coupable** de la société Google (2).
- Au demeurant, le juge a estimé qu'une telle suggestion n'était pas illicite en elle-même. En effet, aux termes de son dispositif, les suggestions de recherches litigieuses, en permettant effectivement d'obtenir des résultats pertinents, contribuent à la **libre circulation des informations** sur le réseau.
- Aussi, le juge a-t-il décidé que, les interdire, « en cet état de référé, constituerait une restriction de liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées qui excéderait, dans une société démocratique, les nécessités de la protection des droits d'autrui ».

Les enjeux

Limiter le préjudice qui peut résulter de la prolifération de blogs associant des entreprises à des « arnaques », et dont le référencement « remonte » en première page grâce à la fonction « Google Suggest ».

Les perspectives

Dans l'attente d'une nouvelle affaire, ces deux décisions laissent les justiciables dans une désagréable incertitude juridique, s'agissant aussi bien du fondement de leur éventuelle action, que de l'issue prévisible de celle-ci.

- (1) [TC Paris 7-5-2009](#).
- (2) [TGI Paris 10-7-2009](#).

[DORIS MARCELLES](#)
[ANNE PLATON](#)



LE NOUVEAU CCAG-TRAVAUX

Une refonte très attendue

- Très attendu par les acheteurs publics et les acteurs de la construction, le cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés de travaux vient de paraître par arrêté publié au Journal officiel du **1er octobre 2009** (1).
- Il est le fruit d'une **concertation** qui s'est étalée sur 3 années **depuis 2007**, permettant à l'ensemble des acteurs concernés de se prononcer et d'apporter des idées sur le projet de texte.
- Le nouveau CCAG-travaux **entrera en vigueur le 1er janvier 2010**, facilitant ainsi la **transition** entre les marchés en cours, qui continueront à s'appuyer sur l'ancien CCAG-travaux, et les marchés résultant des consultations lancées à compter du 1er janvier 2010.
- Si sa numérotation a changé, le nouveau CCAG-travaux a vu son texte **modernisé** et mis en cohérence avec les évolutions du cadre législatif et réglementaire.
- Pour mémoire, l'actuel CCAG-travaux **datait de 1976** et n'avait subi que de légères modifications en plus de 30 ans.

La prise en compte des évolutions législatives et réglementaires depuis 1976

- Le nouveau CCAG-travaux prend en compte les évolutions du cadre législatif et réglementaire, notamment en ce qui concerne la sous-traitance, la gestion des déchets de chantier, les délais de paiement, la coordination SPS, la lutte contre le travail dissimulé ainsi que des dispositions pour favoriser la dématérialisation dans les échanges.
- Il procède également à la rénovation de dispositions plus spécifiques comme celles relatives à :
 - l'application du mécanisme d'**actualisation du prix ferme** ;
 - la mise en œuvre de l'actualisation en cas d'affermissement de tranches conditionnelles ;
 - la **poursuite du chantier** en l'absence d'ordre de service prescrivant d'arrêter celui-ci ;
 - la **réception tacite** des travaux quand le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre sont défaillants ;
 - la suppression de la distinction des délais réservés aux marchés de courte durée ;
 - un dispositif de règlement des litiges avec l'introduction d'une possibilité de **recours à la médiation** ou à l'arbitrage ;
 - la prise en compte des conséquences d'une réquisition formelle ;
 - l'introduction d'une **indemnisation** par défaut en cas de résiliation pour un motif d'intérêt général en l'absence de clauses particulières dans le contrat.
- Pour faciliter la prise en main de ce nouveau CCAG, une **table de correspondance** ainsi qu'un document comparatif des dispositions de l'ancien et du nouveau texte seront publiés **prochainement** par la direction des Affaires juridiques du ministère de l'Economie.

Les enjeux

Simplifier, rééquilibrer le dispositif contractuel et intégrer des dispositions à vocation générique, communes à l'ensemble des CCAG.

(1) [Arrêté du 8-9-2009](#).

Les perspectives

Le CCAG-travaux s'applique aux marchés qui s'y réfèrent expressément. Son application n'est donc pas obligatoire. Il reste toutefois possible de prévoir de déroger à certaines de ces stipulations en indiquant dans le Cahier des clauses administratives particulières (CCAP) une liste récapitulative des articles du CCAG auxquels il est dérogé.

[FRANÇOIS JOUANNEAU](#)

LA CNIL DISPENSE DE DECLARATION LES TRAITEMENTS RELATIFS A LA PANDEMIE GRIPPALE

Quelles informations personnelles peut-on recenser auprès des salariés ?

- Depuis le **10 septembre 2009**, même en l'absence de Cil et de déclaration de fichier de gestion du personnel, les responsables d'un traitement mis en œuvre dans le cadre d'un plan de continuité de l'activité (PCA) permettant de faire face à une épidémie grippale de grande ampleur ne sont plus tenus d'effectuer de formalités préalables s'ils respectent les dispositions de la dispense n°14 (1).
- En août 2009, la Cnil publiait ses **recommandations** relatives aux traitements de données à caractère personnel dans le cadre de l'établissement et du suivi du PCA devant permettre de faire face à une épidémie grippale de grande ampleur.
- Elle indiquait que sous réserve que les données collectées ne soient pas soumises à un régime particulier, le traitement mis en œuvre dans ce cadre pouvait bénéficier d'une **dispense de déclaration** en cas de désignation d'un correspondant à la protection des données par l'organisme responsable du traitement ou être déjà couvert par une déclaration de fichier de gestion du personnel si une telle déclaration a déjà été effectuée par l'organisme (2).
- Un tel traitement est considéré comme légitime par la Cnil mais, afin de bénéficier de la dispense, il ne peut intervenir qu'à la condition que la France ait atteint le seuil d'alerte de **situation 4**. Lorsque le seuil d'alerte de situation 7 (fin de pandémie) est atteint, les données nominatives doivent être supprimées.
- La dispense a un **effet immédiat** puisqu'à ce jour, le seuil d'alerte de situation 4 (cas groupés humains) a été dépassé, la France se trouvant en **situation 5**, à savoir une situation dans laquelle il existe une « transmission interhumaine d'un virus grippal dans au moins deux pays non limitrophes d'un même continent ».

Quelles sont les conditions de la dispense de déclaration auprès de la Cnil

- La dispense n°14 vise les traitements ayant pour finalités :
 - l'élaboration d'un plan de continuité de l'activité dans le contexte d'une pandémie grippale en identifiant les **personnes susceptibles d'être indisponibles** en raison de leur situation familiale ou / et de leur mode de déplacement ;
 - l'**information du personnel** quant aux mesures prises par l'organisme ;
 - la réalisation de **traitements statistiques** non nominatifs liés à l'élaboration et à l'activation du plan dans l'entreprise.
- Les données traitées dans ce cadre ne peuvent en aucun cas comprendre le numéro de sécurité sociale ni **aucune donnée relative à la santé** des personnes.
- Seules pourront être traitées un **nombre restreint de données** énumérées par la dispense, par exemple, celles relatives à l'identité et aux coordonnées personnelles, à la présence au foyer d'enfants de moins de trois ans (sous la forme de réponse oui et non uniquement) ; aux caractéristiques du poste (contact avec le public, déplacements etc.), à la volonté de travailler à distance en cas de pandémie ou encore au mode de transport habituel et alternatif.
- Quand bien même l'ensemble de ces dispositions serait respecté, la dispense ne s'appliquera pas en cas de mise en œuvre de **transferts de données** à caractère personnel à destination de pays tiers. La mise en œuvre de tels transferts devra faire l'objet d'une demande d'**autorisation** préalable.

L'enjeu

Simplifier les obligations des employeurs mettant en œuvre un traitement d'informations personnelles des salariés lié à un plan de continuité de l'activité (PCA) en cas de Pandémie grippale.

(1) [Délib. Cnil 2009-476 du 10-9-2009](#), norme simplifiée n°14.

(2) [Délib. Cnil 2005-002 du 13-1-2005](#), norme simplifiée n°46.

Les conseils

Comme tout traitement de données à caractère personnel, celui mis en œuvre dans le cadre d'un PCA destiné à lutter contre la pandémie grippale doit faire l'objet d'une information conforme à l'article 32 de la loi Informatique et libertés portée à la connaissance des personnes concernées.

[CELINE AVIGNON](#)
[CLAIRE ALBREKTSON](#)



Propriété industrielle : contentieux

VERS LA CONSECRATION DU REFERENCEMENT PAYANT CONTRE LES TITULAIRES DE MARQUES ?

Les services de référencement payant dans la tourmente...

- C'est ce qui pourrait se produire si la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) suit les conclusions rendues le 22 septembre 2009 par l'avocat général dans le cadre des **questions préjudicielles** posées par la Cour de cassation concernant les **affaires Google**.
- Pour mémoire, dans la **première affaire**, Google France, Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier, la société Louis Vuitton Malletier, titulaire des marques françaises et communautaire renommées VUITTON, LOUIS VUITTON et LV reprochait aux sociétés Google France, Google, Inc 1) de proposer aux annonceurs d'acheter les mots clefs correspondant aux marques précitées seuls ou associés à des termes tels que « imitation », « réplique » et « copie » et 2) l'affichage de liens commerciaux vers des sites proposant des produits de contrefaçon de ses marques.
- La **seconde affaire** opposait les sociétés Viaticum et Luteciel, titulaires des marques françaises BOURSE DES VOLS, BOURSE DES VOYAGES et BVD à la société Google France. Les premières reprochaient à la seconde le déclenchement de liens commerciaux pointant vers de sites proposant des produits identiques ou similaires à ceux couverts par leurs marques.
- Dans la **troisième affaire**, le Centre National de recherches en relations humaines SARL (CNRRH), licencié de la marque EUROCHALLENGES et le titulaire de cette dernière avait assigné Google France et la société Tiger SARL aux motifs qu'une requête « eurochallenges » réalisée à partir du moteur de recherche Google permettait d'accéder à des annonces commerciales pointant vers des sites proposant des produits identiques ou similaires à la marque.

Une tendance favorable aux moteurs de recherche

- Dans les **trois cas**, il a été établi que le moteur de recherche permettait de sélectionner, à titre de mot clés, les **marques litigieuses** et Google a été condamnée en première instance et en appel.
- La Cour de cassation a interrogé la CJCE dont la réponse très attendue, devrait intervenir dans les prochains mois.
- Une première tendance peut être dégagée des conclusions de l'avocat général rendues le **22 septembre 2009** à savoir :
 - Que l'achat d'un mot clé correspondant à une marque et déclenchant, l'affichage d'un lien vers un site exploité offrant des produits ou services identiques ou similaires à ceux visés par la marque ne constitue pas en soi une atteinte au droit exclusif garanti au titulaire de la marque ;
 - Que le titulaire d'une marque communautaire ou de renommée ne peut, interdire à un moteur de recherche de mettre à la disposition d'annonceurs des mots clefs reproduisant ou imitant des marques déposées ou d'organiser la création et l'affichage privilégié de liens publicitaires vers des sites sur la base de ces mots clefs ;
 - Que le prestataire du service de référencement payant ne peut pas être considéré comme fournissant un service de stockage des informations fournies par le destinataire du service au sens de la directive sur le commerce électronique.
- La **décision à intervenir**, si elle suit les conclusions de l'avocat général, serait clairement favorable aux opérateurs économiques et aux moteurs de recherche.

Les enjeux

Faire taire la vive polémique entre les partisans du droit des marques d'une part et les tenants de la liberté du commerce voire de la liberté d'expression sur internet.

Définir les contours d'une définition de l'usage « à titre de marque » d'un signe sur les moteurs de recherche.

(1) [Conclusions du 22-9-2009, aff. C-236/08.](#)

Les conseils

Identifier la reproduction du mot clé correspondant à la marque dans le corps de l'annonce et démontrer le risque de confusion qu'il en résulte pour le consommateur.

Démontrer que l'usage n'entre pas dans le champ des exceptions au droit des marques prévu par la loi : liberté d'expression, publicité comparative ou encore usage purement descriptif

[VIRGINIE BRUNOT](#)



L'OPPOSABILITE A L'ADMINISTRATION DE SES INSTRUCTIONS FISCALES

L'administration est tenue de mettre en ligne les circulaires et instructions

- Le décret du 8 décembre 2008 (1) relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires dispose que les instructions administratives doivent être publiées sur un **site Internet** relevant du Premier ministre et, qu'à défaut d'une telle publication, elles sont inapplicables et **inopposables aux usagers**.
- Ce même décret prévoit également que cette obligation de publication s'applique à compter du **1er mai 2009** et que les instructions antérieures à cette date non reprises sur le site du Premier ministre sont réputées abrogées, à l'exception de celles dont la loi permet à un usager de se prévaloir.
- L'administration fiscale vient de commenter ces dispositions dans une **instruction** (2), en précisant notamment l'incidence de ce décret sur l'opposabilité par les usagers des instructions fiscales publiées, en application de l'article L 80 A du Livre des procédures fiscales.
- Le décret précise que la publication sur le site du Premier ministre n'est **pas exclusive** des autres formes de publication prévues par ailleurs.
- Les instructions jusqu'alors seulement publiées au Bulletin officiel des impôts ou au Bulletin officiel de la comptabilité publique sont désormais **publiées** à la fois sur le **site Internet** du Premier ministre (3) et au **Bulletin officiel des impôts** ou au Bulletin officiel de la comptabilité publique, consultables sur le site internet du ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat.

A défaut de publication ces textes ne sont pas opposables aux administrés

- Cela étant, le décret du 8 décembre 2008 n'a **aucune incidence sur le droit** dont disposent les usagers en application de l'article L 80 A du Livre des procédures fiscales d'opposer à l'administration les instructions publiées comportant une interprétation d'un texte fiscal ou relatives aux pénalités fiscales ou au recouvrement de l'impôt.
- En effet, s'agissant des **instructions antérieures au 1er mai 2009**, il résulte des termes mêmes du décret que les contribuables pourront continuer à se prévaloir de l'ensemble des instructions publiées qu'ils peuvent opposer à l'administration en application de l'article L 80 A du Livre des procédures fiscales, alors même que l'instruction en cause ne serait pas reprise sur le site Internet du Premier ministre.
- Quant aux **instructions postérieures au 1er mai 2009**, la double publication au Bulletin officiel et sur le site Internet du Premier ministre est nécessaire à leur application par l'administration, mais n'est pas requise pour qu'elle puisse être invoquée par les contribuables à son encontre.
- Ainsi, une **circulaire opposable** à l'administration sur le fondement de l'article L 80 A du Livre des procédures fiscales peut être invoquée par un contribuable dès lors que cette instruction a été publiée au Bulletin officiel des impôts, au Bulletin officiel de la comptabilité publique ou au Journal officiel, alors même qu'elle n'aurait pas été publiée sur le site Internet du Premier ministre.

L'enjeu

Faciliter la consultation des circulaires et instructions administratives en les centralisant sur un site internet unique relevant du Premier ministre.

(1) Décret n° 2008 -1281 du 8-12-2008.

(2) Inst. du 3-7-2009, BOI 13 A-4-09.

(3) www.circulaires.gouv.fr

Les perspectives

Les textes publiés avant le 1er mai 2009 restent applicables même s'ils ne figurent pas sur le site du Premier ministre
www.circulaires.gouv.fr

[PIERRE-YVES FAGOT](#)

Accessibilité des lieux de travail aux handicapés

▪ Publication d'un décret du **21 octobre 2009** prévoyant que les lieux de travail, y compris les locaux annexes, aménagés dans un bâtiment neuf ou dans la partie neuve d'un bâtiment existant doivent être accessibles aux personnes handicapées, quel que soit leur type de handicap (1).

Cotisations sociales

▪ Dans le cadre de l'**examen du PLFSS**, la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a adopté un amendement assujettissant les **sommes versées au salarié**, par une personne ou une entreprise autre que son employeur habituel, à une contribution forfaitaire libératoire ou au paiement de cotisations dans les mêmes conditions que les salaires (2).

Prévention des risques de stress au travail

▪ La prévention du stress et des **risques psychosociaux** au travail est placé au centre de la réflexion gouvernementale. L'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT) a élaboré un dossier consultable en ligne et destiné à prévenir ces risques.

▪ Le ministre du travail, Xavier Darcos, a présenté, à l'occasion du Conseil d'Orientation sur les Conditions de Travail du **9 octobre 2009**, un plan d'urgence pour la prévention du stress au travail (3).

Un fichier professionnel peut être ouvert hors la présence du salarié

▪ La **Cour de cassation** vient de rappeler que « les 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 sont **présumés** avoir un caractère **professionnel**, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé » (4).

▪ En l'espèce, dans la mesure où les fichiers en cause n'avaient **pas été identifiés** comme personnels, la cour a considéré comme valide, le constat d'huissier, qui avait ouvert l'ordinateur en l'absence du salarié.

Utilisation fautive de la messagerie à des fins personnelles

▪ Faute d'avoir été autorisée ou à tout le moins tolérée par l'employeur, l'utilisation à des fins personnelles de la messagerie électronique interne de l'entreprise mise à la disposition des salariés par l'employeur est en soi fautive **dès lors qu'elle est habituelle voire systématique** (5).

▪ En diffusant des messages à l'ensemble de ses collègues, pour formuler des critiques à l'encontre de leur employeur et les inciter à tenter des actions en justice et à signer une pétition contre celui-ci, le salarié a commis une **violation caractérisée de l'obligation de loyauté** constitutif d'une faute grave.

Source

(1) [Décr. n° 2009-1272 du 21-10-2009](#) : JO du 23-10-2009.

(2) [Rapport Ass. nat. n° 1994 tome I du 22-10-2009](#).

(3) [Communiqué du Ministère du travail du 9-10-2009](#).

(4) Cass. soc., 22-10-2009, n° 07-43.877.

(5) C. Limoges ch. soc., 23-2-2009.

[ISABELLE POTTIER](#)
[MATHIEU PRUD'HOMME](#)



Indemnisation des préjudices

PREJUDICES CAUSES A UN CONCURRENT PAR UNE CAMPAGNE DE PUBLICITE POUR L'ACCES A INTERNET

Une publicité qui crée une confusion entre les services de deux concurrents

- En 2004, l'opérateur historique de télécommunications a diffusé, dans de nombreuses publications, des **publicités** mettant en avant le fait que ses concurrents devaient nécessairement **utiliser son réseau** pour proposer une offre d'**accès à internet**.
- L'un de ces concurrents a saisi le Tribunal de commerce de Paris qui a retenu une faute de **concurrence déloyale** à l'encontre de France Télécom et l'a condamné à verser une somme totale de **6 millions d'euros** en réparation du préjudice matériel (5.000.000 €) et de l'atteinte à l'image (1.000.000 €) de ce concurrent (1). L'opérateur historique a fait appel du jugement.
- La Cour d'appel relève que la **convention d'accès à la boucle locale** conclue entre les deux parties prévoit des dispositions spécifiques en matière de communication et interdit notamment toute communication pouvant créer une **confusion entre les services** dans l'esprit du client final. Constatant que les publicités en cause pouvaient faire croire à certains clients que l'opérateur historique était le seul à disposer de la **maîtrise complète du réseau** et les inciter à conclure avec ce dernier, l'arrêt retient que France Télécom a **violé ces dispositions contractuelles**, au préjudice de son concurrent (2).

Cause une perte de chance de conquérir de nouveaux clients

- Le concurrent chiffre les conséquences de la **baisse de ses recrutements de clients** au cours du 4ème trimestre de l'année 2004 à **38 millions d'euros** et demande à être autorisé à publier la décision dans les journaux ayant diffusé la campagne de l'opérateur historique, à hauteur de **1.525.000 euros**.
- Selon l'arrêt, l'opérateur a subi « une **perte de chance** d'un **accroissement de sa clientèle** plus important que celui qu'elle a réalisé ». En considérant l'expansion du marché à l'époque des faits, l'ampleur de la campagne, sa durée (huit jours), l'intervention de multiples autres facteurs et l'ensemble des éléments évoqués par les parties, l'arrêt évalue la perte de l'opérateur liée aux agissements à **6.000 nouveaux clients** (environ 30.000 invoqués par Free) et rejette tout préjudice lié à des résiliations.
- Pour évaluer les **gains rapportés par abonné**, la décision relève que l'évaluation de Free (1.270 € par abonné) est manifestement **excessive**, au motif que le rapport de la **valeur boursière de l'entreprise au nombre de clients** n'est pas un critère pertinent, du moins à titre exclusif, car la valeur boursière inclut un facteur de spéculation et tient compte des **autres actifs** de l'entreprise et non uniquement de sa clientèle.
- Au contraire, l'évaluation adverse est jugée trop faible (217 € par abonné), notamment en ce qui concerne la **durée des relations contractuelles** retenue (4 ans). Ainsi, l'arrêt retient une valeur intermédiaire de **500 € par client perdu** par Free.
- En considérant que le préjudice d'image invoqué par la victime se confond avec son préjudice commercial, dès lors que la campagne visait à améliorer l'image de France Télécom pour attirer la clientèle, l'arrêt rejette la demande de publication de la décision et chiffre son préjudice à la somme de **3 millions d'euros** (6.000 clients x 500 €).

L'enjeu

Même si elle ne présente pas de caractère dénigrant ou parasitaire, la publicité qui utilise le nom ou l'image d'un concurrent est de nature à lui causer un important préjudice commercial.

(1) TC Paris, 25-11-2005, Free c. France Télécom.

2) **CA Paris, Pôle 5, 4e ch., 10-6-2009, Free c. France Télécom.**

Les conseils

Pour les motifs relevés par l'arrêt, les revenus supplémentaires générés par les nouveaux clients ne peuvent être évalués exclusivement à partir de la valeur, comptable ou boursière, de l'entreprise qui subit le préjudice. Celle-ci doit également justifier des revenus et de la marge générés par ses clients actuels et de la durée des relations entretenues avec ceux-ci.

[BERTRAND THORE](#)



Prochains événements

Sécurité des systèmes d'information, la nouvelle donne juridique : 18 novembre 2009

▪ **Eric Barbry** animera un petit-déjeuner débat consacré à la nouvelle donne juridique en terme de sécurité des systèmes d'information.

L'année 2009 marque à n'en pas douter une « nouvelle donne » dans le droit de la sécurité des systèmes d'information en plaçant « l'abonné » au cœur du dispositif, comme en témoigne la récente loi Hadopi ou encore le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Loppsi.

A titre d'exemple, l'article 11 de l'Hadopi modifiant l'article 336-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits (...) lorsqu'elle est requise ».

En environnement professionnel la personne titulaire de l'accès sera, sans nul doute, l'entreprise. De fait, c'est à elle qu'il appartient de veiller à ce que l'accès à internet ne fasse pas l'objet d'une utilisation de nature à réaliser des actes de contrefaçon.

De même, la « nouvelle donne » se matérialise par un ensemble de nouvelles menaces qui dépassent de loin, le système d'information de l'entreprise. Il importe aujourd'hui tout autant de s'intéresser à ce qui se passe au sein du SI de l'entreprise, qu'à ce qui peut se dire à son sujet, au sein des réseaux sociaux, nouveau terrain de prédilection des pirates en tout genre ou des concurrents peu scrupuleux.

Nouvelles menaces, nouvelle donne, nouvelle régulation en termes de sécurité des systèmes d'information, sont les principaux thèmes qui seront abordés lors de notre prochain petit-déjeuner.

▪ Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 9 novembre 2009 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes assistant au petit-déjeuner à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoissan.com ou en faxant le [bulletin d'inscription](#) au 01 41 33 35 36.

La médiation conventionnelle dans les contentieux informatiques : 16 décembre 2009

▪ **Benoît de Roquefeuil** animera avec Madame **Sophie Henry**, Secrétaire générale du CMAP, un petit-déjeuner débat consacré à la médiation conventionnelle dans les contentieux informatiques.

En matière informatique, les différends ayant souvent pour origine des incompréhensions liées à la technicité, il n'est pas rare de prévoir des clauses de règlement amiable permettant aux parties de tenter de trouver une solution au différend qui les oppose avant d'engager une procédure judiciaire.

Il peut en être ainsi pour des litiges sur des licences de logiciels (contestations sur l'étendue des droits concédés aux utilisateurs, sur le paiement des royalties, etc.) ou sur des projets informatiques tels que l'intégration de progiciels, le développement de logiciels spécifiques, ou encore la fourniture de solutions clé en main.

Dans des projets d'envergure, des conflits peuvent naître sur une difficulté d'interprétation du cahier des charges du client, des avis divergents sur l'adéquation du logiciel fourni aux besoins exprimés, un désaccord dans les phases de validation des spécifications fonctionnelles ou sur la conformité à l'état de l'art, des documents livrés, autant de situations qui peuvent très vite « judiciariser » un conflit.

La médiation conventionnelle, encadrée par la « loi du contrat », consiste à prévoir dans le contrat une clause de médiation qui permettra de recourir à une tierce personne ou à un organisme tiers pour tenter de trouver un accord amiable, comme par exemple le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) qui s'est rapproché en juillet 2007 du Syntec informatique et du Cigref.

Comment choisir entre les différents modes de règlement des litiges (médiation, arbitrage) ? Comment se déroule une médiation ? Comment choisir un médiateur spécialisé ? Quelles sont ses missions types ? À quel moment le faire intervenir ? Que peut-il arriver si les parties n'aboutissent pas à une solution ? Telles sont les quelques questions qui seront abordées lors de notre prochain petit-déjeuner.

▪ Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 9 décembre 2009 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes assistant au petit-déjeuner à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoissan.com ou en faxant le [bulletin d'inscription](#) au 01 41 33 35 36.



Hadopi 2 revue et corrigée enfin parue au JO

- La loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (« Hadopi 2 ») revue et corrigée suite à la précédente censure du Conseil constitutionnel, est parue au Journal officiel du 28 octobre 2009 (1).
- Elle ajoute un nouvel article au Code de la propriété intellectuelle qui prévoit la suspension des connexions Internet en cas d'infraction aux droits d'auteurs.

Source

(1) Loi n° 2009-1311 du 28-10-2009.

Deux fichiers de prévention des atteintes à la sécurité publique

- Création de deux traitements de données à caractère personnel relatifs respectivement à la prévention des atteintes à la sécurité publique et aux enquêtes administratives liées à la sécurité publique (2).

(2) [Décret n° 2009-1249](#) et [n° 2009-1250](#) du 16-10-2009.

Marchés publics : parution du CCAG-TIC

- Le cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux techniques de l'information et de la communication vient de paraître par arrêté publié au Journal officiel du 16 octobre 2009 (3).

(3) [Arrêté du 16-10-2009](#).

Juridictions compétentes Pour les actions civiles en contrefaçon

- Publication des décrets d'application fixant par voie réglementaire la liste des tribunaux spécialement désignés par les lois du 29 octobre 2007 et du 4 août 2008 qui ont attribué aux seuls tribunaux de grande instance (TGI) les actions civiles en contrefaçon (4).

(4) [Décret n° 2009-1204](#) et [n° 2009-1205](#) du 9-10-2009

Marchés publics : parution du nouveau CCAG-travaux

- Le nouveau CCAG-travaux a vu son texte modernisé et mis en cohérence avec les évolutions du cadre législatif et réglementaire (5).

(5) [Arrêté du 8-9-2009](#).

Lignes directrices CE pour le déploiement des réseaux à haut débit

- La Commission européenne a publié les lignes directrices qui ont pour objectif d'apporter un cadre aux conditions dans lesquelles les Etats membres pourront apporter leur aide en matière de financement de l'accélération et de l'extension du déploiement des réseaux à haut débit.

(6) [Communiqué CE IP/09/ 1332, 17-9-2009](#).

Directeur de la publication : Bensoussan Alain
Rédigée par les avocats et juristes d'ALAIN BENSOUSSAN SELAS
Animée par Isabelle Pottier, avocat
Diffusée uniquement par voie électronique
ISSN 1634-071X
Abonnement à : paris@alain-bensoussan.com