

Sommaire

Actualités FWPA p. 1
Propriété intellectuelle et nouvelles technologies p. 1
Droit des affaires p. 5
Droit public des affaires p. 6
Droit du travail p. 7
Résolution des litiges p. 7
Questions européennes et internationales p. 8
Fiscalité de la propriété intellectuelle p. 9

**LA LETTRE DE FWPA
N°3 – JANVIER 2014**

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
ET NOUVELLES TECHNOLOGIES**

Edito

« LA LETTRE DE FWPA » continuera de vous accompagner tout au long de l'année 2014 par son éclairage sur l'actualité juridique française et internationale. Dans ce numéro, focus sur la **protection du secret des informations** tant pour les entreprises (p. 1) que pour les particuliers (p. 2), et sur le rôle des **douanes** concernant la **propriété intellectuelle**, droits toujours plus importants dans la **stratégie commerciale** des entreprises (p. 3 et 4). A l'international, les questions liées au **commerce des armes et des technologies sensibles** sont remises sur le devant de la scène du fait, hélas, de l'actualité (p. 8). Enfin, en ces temps économiquement incertains, différents **sujets juridiques innovants** sont évoqués (QCP, réforme judiciaire, nouveau dispositif de prévention des difficultés des entreprises), ainsi que de récentes jurisprudences y compris dans le domaine **fiscal** (p. 9). Bref, c'est un résumé du monde juridique contemporain dans toute sa diversité et sa complexité que FWPA vous propose.

Excellente année 2014 et bonne lecture à tous !

Olivier Cuperlier

Une loi pour protéger le secret des affaires ?

Dans le quotidien d'une équipe d'avocats spécialisés en propriété intellectuelle et en droit des affaires, la difficile question de la protection du secret des affaires revient souvent. Qu'il s'agisse pour un client de réagir contre la concurrence déloyale d'un ancien salarié parti avec ses secrets techniques ou commerciaux, de définir préventivement les limites à fixer aux échanges qui vont s'instaurer entre partenaires engagés dans une coopération ou un consortium, ou encore d'opposer l'exception de confidentialité à une saisie-contrefaçon trop intrusive, voire proprement abusive.

Participant par ailleurs depuis plus d'une quinzaine d'années aux réflexions sur le thème de l'intelligence économique, c'est avec grand intérêt que j'ai vu arriver sur le bureau de l'Assemblée nationale une première proposition de loi qui fut votée en première lecture en janvier 2012, et plus encore la toute récente proposition de directive émise par la Commission européenne le 28 novembre 2013.

ACTUALITES FWPA

- **Bertrand Warusfel** est rapporteur et membre du jury d'une thèse de doctorat en droit de l'Université de Nantes consacrée au contentieux du brevet d'invention, le 27 janvier 2014,
- **Marie Pasquier** participe au **Congrès annuel d'Eurojuris** qui se tiendra à Berlin, du 30 janvier au 2 février 2014,
- **Olivier Cuperlier**, est membre du jury du **9th ICC International Commercial Mediation Competition**, qui se tiendra à Paris du 7 au 12 février 2014,
- Le CAREEP, présidé par **Jean-Yves Feltesse**, organise la 4^{ème} édition de son **forum** le 4 novembre 2014 dans le centre de Congrès de Disney (Marne la Vallée). Pour en savoir plus <http://bit.ly/1e6gZEB>,
- **Bertrand Warusfel** publie, dans le nouveau rapport annuel de la Commission nationale des interceptions de sécurité, un article intitulé « *Pour un approfondissement du cadre juridique des interceptions de sécurité* » (CNCIS, 21^{ème} rapport d'activité, La Documentation française).

Le premier texte de 2012 porté par Bernard Carayon résultait d'un compromis avec l'ancienne équipe de la Délégation interministérielle à l'intelligence économique (D2IE) et il était malheureusement trop exclusivement animé d'une volonté de pénalisation du sujet et s'accompagnait de la définition d'un carcan administratif censé établir une protection du « Confidentiel Entreprise » sur le modèle du secret de la défense nationale.

En vérité, un tel texte n'aurait favorisé que les entreprises importantes pouvant déployer un service de sécurité interne et de lourdes procédures de classification et d'habilitation de leurs salariés et aurait embouteillé, pour de minces résultats, le rôle de nos tribunaux correctionnels, déjà peu à même de trancher le quotidien de la petite délinquance économique.

.../...

Avec l'arrivée d'une nouvelle administration et la nomination à la D2IE de Madame Claude Revel¹, haut fonctionnaire ayant une expérience du secteur privé et une longue familiarité de ces débats sur l'intelligence économique au cours desquels nous nous sommes souvent croisés, il a été possible de reprendre la réflexion afin de conserver le projet légitime de légaliser la protection du secret des affaires (comme dans la plupart des pays avancés) tout en lui donnant un contenu approprié aux besoins réels du monde économique.

Que ce soit au sein de la commission spécialisée de l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI) ou dans d'autres enceintes, nous n'avons pas ménagé notre temps pour faire prendre en compte quelques principes simples : d'une part, prévoir – comme en matière de contrefaçon – une double voie d'action : civile et pénale ; d'autre part, éviter de figer par des critères trop rigides la capacité pour les entreprises d'assurer la protection de leurs secrets économiques ; enfin, ne pas s'écarter des critères internationaux en la matière fixés depuis 1994 par l'article 39 des accords ADPIC de l'OMC et auxquels la France n'a jamais donné une consécration législative sur ce point particulier.

Ces propositions semblent aujourd'hui recueillir un certain soutien de la part des milieux intéressés ainsi que des praticiens concernés (à commencer par les avocats et les spécialistes de propriété intellectuelle). Il ne reste plus qu'à souhaiter que gouvernement et législateur sachent mener à bien sur un sujet complexe et d'intérêt national un projet consensuel dont chaque entreprise pourra demain tirer profit pour assurer sa sécurité économique quotidienne.

La proposition de directive que la Commission vient de rendre publique le 28 novembre 2013² constitue une forte incitation à aller dans ce sens. Celle-ci prévoit notamment d'imposer aux Etats-membres « *qu'un recours civil soit disponible contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites de secrets d'affaires* » (article 5.1 du projet).

Le seul inconvénient de cette proposition est qu'elle va inciter le législateur français à attendre le vote définitif de la directive (lequel peut se faire attendre) pour se contenter de la transposer, alors que les travaux engagés en France depuis quelques années auraient pu nous permettre d'édicter notre propre législation en la matière et d'en faire une référence qui aurait été prise en compte par le législateur européen.- **Bertrand Warusfel** – bwarusfel@fwpa-avocats.com.

Google Inc. : nouvelle sanction de la CNIL

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) en France, qui est investie depuis 2004 d'un pouvoir de sanction à l'encontre des organismes qui ne respectent pas leurs obligations, vient d'infliger, par une décision du 3 janvier, une amende de 150.000 € à l'encontre de la société Google Inc., estimant que les règles de confidentialité mises en œuvre par celle-ci depuis le 1^{er} mars 2012 ne sont pas conformes à la loi "informatique et libertés" (loi n°78-17 du 6 janvier 1978).

La CNIL a également enjoint Google Inc. de procéder à la publication d'un communiqué relatif à cette décision sur le site www.google.fr, pendant 48 heures, sous huit jours à compter de la notification de la décision. Google Inc. a déclaré déposer un recours en référé devant le Conseil d'Etat, procédure dont le caractère suspensif lui permet de ne pas payer immédiatement l'amende et de suspendre la publication de la décision.

Pour mémoire, la société américaine Google Inc. avait modifié en mars 2012 les règles de confidentialité concernant les données qu'elle collecte et traite au travers d'une soixantaine de services accessibles par différents types de terminaux de connexion (ordinateurs, téléphones mobiles, tablettes...).

Ces règles de confidentialité s'adressent à un large panel d'internautes puisqu'elles concernent les utilisateurs authentifiés sur un compte Google, les utilisateurs accédant à un service Google sans y être authentifiés et ceux ne sollicitant pas directement un service Google mais dont les données sont collectées quand ils visitent des sites tiers par le biais du moteur de recherches Google.

Après avoir analysé les règles de confidentialité de Google Inc. - conjointement avec les autorités de protection des données personnelles des autres pays de l'Union Européenne réunies en G29³ - la CNIL française, dans le cadre de sa mission de contrôle de conformité à la loi "informatique et libertés", avait pointé du doigt plusieurs manquements à cette loi estimant notamment que ces règles ne permettaient pas aux utilisateurs d'être en mesure de « *connaître l'utilisation qui peut être faite de ses données et de la maîtriser* » lorsqu'ils utilisent les services Google ou surfent sur ledit moteur de recherches.

La CNIL avait mis Google Inc. en demeure le 20 juin 2013, de se conformer, dans un délai de trois mois, à la loi française. Au dernier jour du délai de trois mois, Google Inc. avait contesté que la loi française lui soit

¹ <http://www.intelligence-economique.gouv.fr/>

² http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/trade_secrets/index_fr.htm

³ Le G29 est un groupe de travail rassemblant les représentants de chaque autorité indépendante de protection des données nationales en Europe. Cette organisation réunit l'ensemble des CNIL européennes. (cf. <http://www.cnil.fr/?id=70>).

applicable quant aux services utilisés et avait donc estimé qu'elle n'avait pas à effectuer les modifications demandées, ce qui a amené la CNIL à mettre en œuvre la procédure de sanctions.

Les nouvelles règles de « confidentialité » de Google Inc. ont également été critiquées au regard de la législation européenne de protection des données par les autres pays de l'Union Européenne; ainsi, outre la France, les autorités de cinq autres pays – Allemagne, Espagne, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni - ont engagé des procédures répressives à l'encontre de celle-ci.

La CNIL espagnole a été la première à sanctionner la société Google Inc. pour ces faits et l'a reconnue coupable de trois « violations graves » aux lois sur la vie privée, d'une amende de 300.000 € chacune.

La CNIL néerlandaise a également estimé que "*la combinaison des données personnelles par Google depuis l'introduction de sa nouvelle politique de confidentialité le 1er mars 2012 est en violation de la loi néerlandaise sur la protection des données*" mais n'a pas encore pris de sanction.

Bien que ce montant reste dérisoire pour une multinationale telle que Google Inc., cette sanction décidée par la CNIL française est la plus lourde sanction financière qu'elle puisse prononcer. En cas de manquement réitéré dans les 5 ans, la sanction peut être portée à 300.000 €. Pour mémoire, la CNIL avait déjà condamné Google Inc. à une amende de 100.000 € en 2011 pour le service « Google Cars » (les caméras roulantes) et la collecte déloyale de données personnelles sur les réseaux Wi-Fi en France et l'atteinte à la vie privée.

A l'avenir, les sanctions pécuniaires pour violation de la législation relative à la protection des données personnelles vont être durcies dès l'adoption d'un Règlement européen actuellement en discussion au Parlement européen (proposition de Règlement européen du 25 janvier 2012 sur la protection des données).

En effet, l'article 79 de ce projet prévoit l'application d'un pourcentage du chiffre d'affaires mondial des entreprises concernées et précise que la sanction administrative doit être "*effective, proportionnée et dissuasive*".

L'autorité de contrôle pourra ainsi infliger une amende allant jusqu'à 2% de son chiffre d'affaires annuel mondial (en l'état actuel du texte amendé de l'article 79), à quiconque, « *de propos délibéré ou par négligence* » ne respecterait pas les obligations du Règlement en matière de protection des données personnelles.

Il est probable que l'élargissement et le durcissement des sanctions à venir soient la seule manière de limiter les atteintes de la part de cette société dans le traitement de nos données personnelles. - *Anne-Hélène Carsin* - ahcarsin@fwpa-avocats.com

Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014 du règlement (UE) n°608/2013 du 12 juin 2013 renforçant le rôle des douanes en matière de lutte contre la contrefaçon

Le nouveau règlement étend le champ d'application du précédent règlement (CE) 1383/2003 qu'il abroge. Il prévoit également de nouvelles règles de procédure visant à améliorer l'interception des produits contrefaisants entrant ou transitant sur le territoire de l'Union européenne et à en faciliter leur destruction.

Un champ d'action plus large

Outre les principaux droits de propriété intellectuelle⁴, seront donc désormais concernés par la procédure de surveillance ou de contrôle douanier, les noms commerciaux (lorsqu'ils jouissent d'une protection nationale), les topographies de produits semi-conducteurs, les certificats d'utilité.

Il en est de même pour les dispositifs conçus pour permettre ou faciliter le contournement des moyens techniques empêchant ou limitant la copie d'une œuvre.

En revanche, les voyageurs rapportant des marchandises dans leurs bagages personnels ne seront pas plus inquiétés qu'auparavant (dans le cas où rien n'indique l'existence d'un trafic commercial). Il en est de même pour les importations parallèles illégales ou la production en surnombre, car pour les douanes, ces marchandises étant fabriquées « *de façon authentique* », il n'est pas opportun de concentrer les efforts de contrôle sur celles-ci.

L'unification de la destruction « simplifiée »

Il était précédemment prévu une procédure simplifiée permettant la saisie des marchandises contrefaisantes puis la destruction de celles-ci, sans qu'il soit besoin d'engager préalablement une action contentieuse. **Cette procédure simplifiée de destruction devient obligatoire dans toute l'Union.** Par ailleurs, un nouveau principe est introduit prévoyant que si le déclarant - ou le détenteur - des marchandises saisies ne s'oppose pas expressément à la destruction dans un délai prescrit (10 jours ouvrables, 3 jours pour des marchandises périssables), celle-ci peut être présumée acceptée. Des conditions préalables sont néanmoins nécessaires et notamment la confirmation écrite par ce

⁴ Marques, brevets, dessins et modèles, indications géographiques, droit d'auteur ou droit voisin, protection des obtentions végétales, certificat complémentaires de protection pour les médicaments ou les produits phytopharmaceutiques

dernier, qu'il est « *convaincu qu'il a été porté atteinte à un droit de propriété intellectuelle* ».

Le coût de la destruction, mais aussi du stockage des marchandises reste, comme précédemment, à la charge du titulaire des droits.

Les « petits envois » - notamment par voie postale - de marchandises de contrefaçon ou marchandises pirates seront également soumis au contrôle douanier et détruits, sans qu'il y ait besoin, dans chaque cas, d'un accord explicite du demandeur à l'intervention douanière (« *opt-in* » à préciser dans le dossier). De la même façon, le destinataire d'un petit colis peut consentir à cette destruction mais son absence de réponse pourra être considérée comme un assentiment.

La nouvelle réglementation prévoit également l'échange de données entre les douanes et les titulaires de droits ainsi qu'entre les autorités douanières, y compris hors UE. Une base de données centrale, contenant des données personnelles, devrait être opérationnelle d'ici le 1^{er} janvier 2015 ; l'accès à son contenu en sera bien sûr limité, y compris dans le temps.

Le traitement des marchandises en **transit** reste un point faible du nouveau dispositif. En effet, il ne modifie pas la solution posée par l'arrêt Nokia-Philips de la Cour de justice⁵ de 2011, à la suite duquel les douanes ne peuvent plus réellement intervenir sur les marchandises contrefaisantes sous un régime suspensif dans l'UE (transit⁶), à moins qu'elles ne disposent - les conditions sont drastiques - d'indices probants notamment sur la commercialisation de ces marchandises sur le territoire de l'Union européenne. - *Marie Pasquier* - mpasquier@fwpa-avocats.com

N'est pas déloyal le fait pour une société concurrente de réserver un nom de domaine similaire à un nom de domaine antérieur « générique et descriptif » : CA Bastia, Ch. civile B, 20 mars 2013 RG 11/00867

L'affaire sur laquelle a statué la Cour d'Appel de Bastia est relative à un conflit entre deux noms de domaines quasiment identiques : mariagesencorse.com et mariageencorse.com. Ils ont été réservés respectivement les 11 septembre 2009 et 14 février 2010. Le second réservataire a été assigné par le premier titulaire ainsi que par la société exploitant le site mariagesencorse.com, en concurrence déloyale et agissements parasitaires du fait de la réservation postérieure du nom de domaine mariageencorse.com.

Le tribunal a fait droit à cette demande, et dans son jugement rendu le 3 octobre 2011 a notamment ordonné le transfert du nom de domaine « www.mariageencorse.com », et a condamné le second réservataire à verser au premier 5.160€ en réparation de son préjudice commercial et 3.000€ en réparation de son préjudice moral.

L'affaire est alors portée devant la Cour d'Appel de Bastia qui infirme les dispositions des premiers juges en considérant que « *le nom de domaine « www.mariagesencorse.com » est une juxtaposition d'un mot usuel et d'une provenance ou d'un lieu géographique, qui évoque l'objet et le lieu de l'activité de son titulaire sur internet. Aussi, même s'il existe une confusion dans l'esprit des internautes, les intimés ne peuvent valablement se prévaloir de la protection de leur nom de domaine, qui est générique et descriptif de l'activité* ».

Le choix d'un nom de domaine est important et, outre le fait qu'il doit être disponible, pour qu'il puisse être valablement protégé contre l'usurpation par des concurrents, il faut veiller à ce qu'il ne soit ni générique ni descriptif de son activité. Cette décision vient conforter le statut du nom de domaine en tant que signe distinctif, qui le rapproche encore un peu plus de celui de la marque. - *Charlotte Gibon* - cgibon@fwpa-avocats.com

La gestion d'un portefeuille (marques, noms de domaine) par un CPI relève de l'exécution d'un mandat civil et non d'un contrat commercial : Cass., Com, 3 avril 2013, n° 12-17905

La société Galeries Lafayette avait retiré la gestion d'un portefeuille de marques et de noms de domaine à une société de conseils en propriété industrielle (CPI) pour la confier à une autre.

La société délaissée considérait ce transfert comme une rupture abusive de relations commerciales établies et réclamait de ce fait des dommages et intérêts en réparation du préjudice économique et moral qu'elle prétendait avoir subi.

La Cour de cassation, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, a rappelé que l'activité de conseils en propriété industrielle (CPI), même exercée sous forme de société commerciale, n'est jamais une activité commerciale de sorte que les dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce relatives à la rupture brutale d'une relation commerciale établie, ne sauraient s'appliquer entre une société de CPI et son client.

La Cour de cassation a estimé que la nature de la relation contractuelle entre ces deux parties n'était pas celle d'un contrat commercial, mais celle d'un mandat.

⁵ CJUE, 1^{er} déc. 2011, affaires jointes C-495/09 et C-446/09 dit arrêt « Nokia-Philips »

⁶ Marchandises qui sont donc en provenance et à destination des pays tiers.

En effet, en application de l'article L.422-12 du Code de la propriété intellectuelle « *la profession de conseil en propriété industrielle est incompatible avec toute activité de caractère commercial* » et « *l'arrêt retient exactement que si cette profession peut être exercée sous forme de société commerciale, une telle faculté ne permet pas de déroger à cette incompatibilité* ».

Sur le point de l'éventuel abus de la rupture du mandat, la Cour de cassation a pris en considération le fait qu'il avait justement été apprécié « *qu'un certain courant d'affaires [avait] été maintenu* » entre les deux parties, puisque la société Galeries Lafayette avait « *laissé le soin à la société [de CPI] de procéder, jusqu'à la fin de l'année 2008, à l'ensemble des renouvellements de marques* ».

Ainsi, bien que « *la rupture du mandat le 23 mai 2008 n'[ait] été précédée d'aucun avertissement* », cette rupture n'était pas considérée comme présentant un caractère abusif ou vexatoire et la demande d'indemnisation de la société de CPI éconduite était rejetée. - **Marie Pasquier** - mpasquier@fwpa-avocats.com (Article également publié sur le site du réseau Eurojuris).

DROIT DES AFFAIRES

Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires, premières applications jurisprudentielles : CA Paris, Pôle 5, 4^{ème} ch., 11 sept. 2013, SAS Eurauchan c/ Ministre de l'Economie - CA Paris, Pôle 5, 5^{ème} ch., 4 juil. 2013, Sté EMC Distribution c/ Ministre de l'Économie - CA Montpellier, 2^{ème} ch., 17 sept. 2013, SARL Ares c/ SAS Naja Immobilier Urbain

Créé par la loi de modernisation de l'économie (dite loi LME du 4 août 2008), l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce prévoit que « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...)2° de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». On se souvient que l'application aux relations commerciales d'une telle disposition directement inspirée du droit de la consommation avait suscité beaucoup de réactions.

Rares sont encore les décisions judiciaires mettant en œuvre ce nouvel instrument de régulation des relations contractuelles qui peut être invoqué devant un juge aussi bien par le cocontractant qui s'estime victime d'un « déséquilibre significatif » que par le Ministre de

l'économie et des finances dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique visant à garantir la préservation de relations commerciales transparentes et loyales entre professionnels.

Toutefois, sur assignation du Ministre de l'économie, la Cour d'appel de Paris, par une décision du 11 septembre 2013, a eu l'occasion de considérer que l'unilatéralisme des clauses de révision de prix et de taux de service fournisseur créait effectivement un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Elle avait auparavant jugé de même s'agissant d'une clause de retour d'invendus, sans contrepartie pour le fournisseur (CA Paris, 4 juillet 2013). Dans ces deux dossiers concernant également des clauses relatives à la fixation du prix, la Cour d'appel n'a pas hésité à prononcer une amende civile fixée respectivement à 1.000.000 € et 600.000 €.

En revanche, la Cour d'appel de Montpellier a considéré le 17 septembre 2013 que « *la faculté de mettre un terme au contrat [appartenant] de façon égale à chaque partie et celui-ci se [reconduisant] aux conditions antérieures, il n'apparaît pas que les modalités de la reconduction caractérisent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations du bailleur du mobilier urbain et de l'annonceur* ». Ainsi, comme en droit de la consommation, une clause déséquilibrée peut devenir acceptable dès lors qu'elle est bilatérale.

Il est à noter que toujours sur ce fondement, Pierre Moscovici, ministre de l'Economie et des Finances, et Benoît Hamon, ministre chargé de l'Economie sociale et solidaire et de la Consommation, ont décidé d'assigner l'enseigne Edouard Leclerc devant le Tribunal de commerce de Paris, au motif que celle-ci a inséré dans son contrat type une clause qui oblige chacun de ses fournisseurs, en cas de contentieux introduit par un tiers au contrat - y compris par le Ministre chargé de l'économie - à intervenir en justice pour défendre le contrat. Compte tenu du cadre économique général dans lequel sont conclus ces contrats et du rapport de forces entre ce distributeur et la plupart de ses fournisseurs, les ministres concernés considèrent qu'une telle clause prive le fournisseur de la possibilité de ne pas intervenir au procès et le place dans la situation de devoir choisir entre défendre ses propres intérêts, au risque de mettre en péril sa relation avec le distributeur ou de se ranger aux côtés de ce dernier, le cas échéant en allant à l'encontre de ses propres intérêts ...

Nul doute que cette jurisprudence sera appelée à se développer et que les opérateurs économiques « dominants » vont devoir apprendre à se méfier des contrats trop avantageusement rédigés. - **Olivier Cuiperlier** - ocuperlier@fwpa-avocats.com.

De nouvelles armes juridiques et financières en 2014 pour lutter contre les difficultés des entreprises : communiqué du gouvernement publié après le conseil des ministres du 13 nov. 2013

Selon Coface, le nombre de défaillances d'entreprises sera "historiquement élevé" en 2013 (environ 62.500, contre 60.500 en 2012).

Il ressort de ces chiffres que malgré la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires (qui marquent le succès de la procédure en qu'elles permettent la sauvegarde, au moins temporaire, de l'emploi), demeurent très faibles par rapport aux procédures de liquidations judiciaires qui signent la disparition de l'entreprise.

Afin de renforcer les chances de redressement des entreprises en difficulté, le Gouvernement a annoncé une nouvelle réforme du régime juridique des procédures collectives pour 2014.

Cette réforme sera guidée par quatre objectifs :

- faciliter l'accès des entreprises aux procédures de prévention (mandat et conciliation) pour maximiser leurs chances de redressement ;
- renforcer la possibilité pour les créanciers de soumettre des propositions de plans pour permettre la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif si le chef d'entreprise est défaillant ou si ses propositions sont insuffisantes ;
- simplifier au maximum les procédures de liquidation des très petites entreprises (TPE), afin de permettre aux entrepreneurs de rebondir immédiatement et de s'engager aussitôt vers une nouvelle activité ;
- améliorer la situation des créanciers dans le cadre des procédures collectives pour les inciter à injecter de l'argent frais pour faciliter les restructurations.

Le Ministre de l'économie et des finances et le Ministre du redressement productif prévoient également la mise en œuvre pour 2014 d'un dispositif exceptionnel et ciblé d'accompagnement des Entreprises de Taille Intermédiaire (ETI) qui, bien que traversant des difficultés, seront considérées comme viables.

Ce dispositif s'appuiera notamment sur le renforcement du Fonds de développement économique et social (FDES), dont les moyens seront abondés de 300 M € pour 2014 ; l'intervention du FDES se fera sous forme de prêts aux ETI dont les perspectives de rebond sont crédibles et dont la disparition emporterait parfois des conséquences majeures sur l'ensemble d'une filière ou d'une région.

Est-il utile de préciser que si ces dispositions vont dans le bon sens, seule une reprise économique solide et durable permettra de faire baisser significativement le nombre de défaillances d'entreprises ? –*Jean-Yves Feltesse* – jyfeltesse@fwpa-avocats.com.

DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) : un nouvel instrument au service des stratégies juridiques des entreprises

L'apparition de la QPC mise en place en 2010 (et qui permet de contester devant toute juridiction française la conformité à la Constitution d'une loi française invoquée devant cette juridiction) a indiscutablement élargi les possibilités d'intervention des avocats et de leurs clients.

Le Conseil national des barreaux ne s'y était d'ailleurs pas trompé en écrivant dès 2009 que : "*Ce nouveau champ d'activité, essentiel pour la profession, représente un complément indispensable et attendu de notre Etat de droit et de la protection des droits et libertés de chaque citoyen*".

Mais s'il s'agit d'argumenter sur la constitutionnalité d'une loi, ce ne sont pas les seuls spécialistes en droit public qui ont le monopole de la formulation et la défense d'une QPC devant toute juridiction.

L'enjeu pour tous les praticiens du droit est double : d'une part, il s'agit d'augmenter leur chance de gagner des litiges dans lesquels ils se heurtaient jusqu'alors à l'application de certains textes législatifs défavorables aux intérêts de leurs clients ; d'autre part, les justiciables disposent par le biais de leur avocat d'une véritable arme de contrôle législatif.

L'emploi naturel et direct de la question de constitutionnalité est celui qui vise à obtenir l'annihilation des effets d'une législation défavorable au client et dont on peut douter de sa parfaite compatibilité avec les principaux droits fondamentaux garantis par la Constitution.

D'autres effets plus indirects de la QPC peuvent être également recherchés. Outre un éventuel ralentissement (assez limité, il est vrai) de la procédure, on peut vouloir servir une véritable stratégie juridique, dont l'avocat sera le co-producteur puis l'exécutant.

Ce peut être une stratégie de communication avec les avantages en termes de visibilité et de crédibilité que peut procurer le dépôt de la QPC sur une question sensible. Ce peut aussi être l'occasion de rendre visible

un point de vue propre à certains acteurs (en fonction de leurs métiers, de leur position sur le marché, ou de leur statut juridique particulier) et d'œuvrer par une autre voie que celle du "lobbying" à la réforme du droit dans un domaine particulier.

La question prioritaire de constitutionnalité n'est donc pas un gadget de juristes idéalistes et procéduriers. Cela peut devenir une nouvelle arme de défense ou d'attaque pour une entreprise, une association, une organisation professionnelle, voire pour une collectivité territoriale (dont certaines ont lancé des QPC sur les questions de répartition des charges et des compétences avec l'Etat).

Et son impact n'est pas limité aux questions de libertés publiques ou de droit pénal. Très sollicitée dans le domaine du droit fiscal, la QPC devrait également jouer un rôle très important dans les futurs contentieux de droit économique, y compris en matière de propriété intellectuelle.

Tant la Cour européenne des droits de l'homme que le Conseil constitutionnel français reconnaissent en effet que le droit à la protection de la propriété intellectuelle est un droit fondamental qui est protégé par les conventions internationales mais aussi par la Constitution française. Et les premières QPC concernant des dispositions du code de la propriété intellectuelle (par exemple celle du 28 septembre 2012 sur le droit de suite des héritiers en matière de droit d'auteur) en appellent certainement d'autres. - **Bertrand Warusfel** – bwarusfel@fwpa-avocats.com

DROIT DU TRAVAIL

L'inversion du rapport hiérarchique ne vaut pas rétrogradation : Cass.soc, 3 juillet 2013, n°12-18.111.

En l'espèce, une salariée avait encadré un collaborateur puis était partie en congé maternité. A son retour, elle constata que ce collaborateur avait été désigné comme son supérieur hiérarchique. Offusquée, elle prit acte de la rupture de son contrat de travail au motif que cette inversion du rapport hiérarchique équivalait à sa rétrogradation et poursuivit son employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Après avoir obtenu gain de cause en première instance et en appel, la Cour de cassation lui a donné tort au motif "qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la qualification, les fonctions et les responsabilités de la salariée avaient changé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".

Ainsi, l'inversion du rapport hiérarchique ne constitue pas en lui-même un critère permettant de déterminer qu'il y a eu rétrogradation de la salariée nouvellement subordonnée. La haute juridiction "subordonne" en effet la matérialisation de la rétrogradation au changement de la qualification, des fonctions et des responsabilités du salarié.

La solution ainsi adoptée s'inscrit dans la continuité de la tendance actuelle de la Chambre Sociale de la Cour de cassation à limiter la responsabilité de l'employeur dans la gestion courante de ses ressources humaines. - **Mehdi Chouikha** - mchouikha@fwpa-avocats.com

RESOLUTION DES LITIGES

« La réforme judiciaire la plus ambitieuse depuis 1958 » ?

C'est par ces mots que Jean-Marc Ayrault et Christiane Taubira ont lancé le débat national sur la justice du 21^{ème} siècle dont l'objectif est de « rapprocher la Justice des citoyens ». Selon une étude du ministère, 87% des personnes interrogées estiment que la justice, trop lente et trop complexe, a besoin d'être réformée. Plus de la moitié d'entre elles considèrent qu'elle fonctionne mal, même si les trois quarts des justiciables se disent satisfaits de la décision rendue dans leur dossier.

Parmi les nombreuses propositions émanant de trois rapports commandés à de hauts magistrats, nous en retiendrons deux qui nous paraissent particulièrement importantes.

- la création d'un Tribunal de première instance qui regroupera une juridiction de proximité et six juridictions spécialisées autour des pôles de compétences suivants (civil, famille, enfance, pénal, commercial et social). Ceci entraînerait la création d'un greffe unique et plus largement donc d'un « guichet universel » dont l'objectif serait de faciliter l'accès au service public de la justice en le rendant plus lisible ;
- le développement de la conciliation et de la médiation avec notamment la création d'un diplôme national de médiateur et la mise en place d'une plateforme de règlement amiable en ligne des litiges de la consommation, obligation mise à la charge des Etats membres de l'UE par un règlement n°524/2013 du 21 mai 2013.

Les premières mesures devraient être mises en œuvre avant l'été 2014. - **Olivier Cuperlier** - ocuperlier@fwpa-avocats.com

QUESTIONS EUROPEENNES ET INTERNATIONALES

Le 9 janvier 2014, entrée en vigueur de la réforme des procédures d'exportation et de transfert des matériels de guerre

Les dispositions de la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts des produits liés à la défense dans la communauté, ont été transposées en France par la loi n°2011-702 du 22 juin 2011 et ses textes d'application. Cette loi redéfinit les modalités de contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre.

Il en résulte une véritable réforme des dispositions françaises relatives aux transferts (intra-UE) et aux exportations (hors UE) et une large modification des dispositions du code de la défense.

Les principes maintenus

Toutefois, le principe fondamental de l'interdiction d'exportation **sauf** « autorisation préalable » reste applicable. Sans surprise également, **l'obtention** des nouvelles autorisations est toujours nécessaire **avant** la signature du contrat avec le client. Par ailleurs, les listes de biens dont les transferts ou les exportations sont soumis à autorisation ne changent pas. Enfin, les certificats de non-réexportation continueront par exemple de pouvoir être exigés.

Les licences, nouvelles autorisations

C'est la forme de ces autorisations et leurs procédures d'obtention qui sont remaniées et qui entreront pleinement en vigueur le 9 janvier 2014 : en effet, à cette date, tant pour les exportations (hors UE) que les transferts (intra-UE), un système complet de **licences** remplacera définitivement l'ancien système à deux étages des AP (agrément préalable et des AEMG (Autorisation d'exportation des matériels de guerre)).

En effet, comme pour le secteur du « double usage », sont prévues des **licences individuelles** (transfert ou exportation) et des **licences globales** (transfert ou exportation). Ce sont ces deux types de licences seront activées à compter du 9 janvier 2014.

Le nouveau système prévoit également des **licences générales** qui sont – elles - en application depuis le 30 juin 2012 ! Il s'agit de huit licences générales de transfert et une licence générale d'exportation. Les conditions d'utilisation de ces licences générales et les biens qui peuvent en bénéficier sont précisées par les arrêtés afférents (*JORF n°0008 du 10 janvier 2012, 6 arrêtés en date du 6 janvier 2012*).

Un allègement des procédures

La loi du 22 juin 2011 a également créé un système de **certification** pour les entreprises françaises destinataires de matériels de guerre sous licence générale, afin de faciliter les échanges intra-européens.

Parmi les autres changements apportés par cette loi du 22 juin 2011, notons plus particulièrement :

- la disparition du contrôle « *a priori* », remplacé par un **système de contrôle « a posteriori »** notamment par la transmission, par les entreprises à l'administration, d'un compte-rendu (CR) semestriel et par la vérification *in situ* par la DGA de la conformité des expéditions aux licences délivrées ;
- Ce CR remplace, depuis le 30 juin 2012 **l'attestation de passage en douanes**, ce qui simplifiera les formalités douanières ;
- D'un point de vue pratique, le dépôt d'une demande de licence (jusqu'à la notification des décisions) se fera de façon **dématérialisée** par le système appelé SIGALE mis en place durant l'année 2013 *via* le portail « mon.service-public.fr » ;
- ouverture en février 2013 d'un espace dédié « *les exportations d'armement* » sur le portail www.ixarm.com.

Les délais relatifs à cette nouvelle procédure (obtention d'une autorisation, passage en douanes, ...) devraient être significativement réduits pour les industriels qui pourront alors bénéficier d'une plus grande souplesse dans le contexte concurrentiel de ce commerce particulier.

Une nouvelle nomenclature

Par ailleurs, un autre volet de la grande réforme des dispositions applicables au régime des armes de guerre, est la nouvelle nomenclature des matériels de guerre, armes et munitions qui a été mise en œuvre le 6 septembre 2013, suite à l'adoption de la loi n°2012-304 du 6 mars 2012 : quatre nouvelles catégories (A, B, C et D) se sont en effet substituées aux huit catégories précédentes. Le fameux décret n°95-589 du 6 mai 1995 est ainsi abrogé. Enfin, un dernier texte à connaître est le décret n°2013-723 de **coordination** du 12 août 2013 s'agissant notamment de dispositions transitoires sur la validité des autorisations en cours. - *Marie Pasquier* - mpasquier@fwpa-avocats.com

La sensibilité du « double usage »

L'affaire récemment révélée de l'exportation vers la Syrie par l'Allemagne de produits chimiques susceptibles d'entrer dans la fabrication du gaz sarin, est l'occasion de rappeler l'existence - et surtout l'importance - d'une réglementation européenne⁷, visant à exercer un contrôle sur les exportations de biens et technologies civils pouvant avoir une utilisation militaire, appelés biens ou services à « double usage » (civil ou militaire).

Instaurée comme un outil pour lutter contre la dissémination des armes conventionnelles et la prolifération des armes de destruction massive, ainsi que pour le respect des droits de l'homme, cette réglementation communautaire prévoit dix catégories de produits, technologies, logiciels, savoir-faire immatériel ou intangible particulièrement sensibles dont l'exportation, hors des frontières de l'Union européenne - mais voire parfois même lors des échanges intra-européens pour les technologies particulièrement performantes - est soumise à la délivrance d'autorisations spéciales. Appelées « licences », ces autorisations administratives s'obtiennent auprès de la DGCIS (direction générale de la compétitivité de l'industrie et des services).

Les listes de ces produits et technologies contrôlés font l'objet d'accords internationaux pour la non-prolifération des armes chimiques, biologiques, nucléaires, ... et les partenaires des pays européens (comme les Etats-Unis, le Japon, la Russie, la Corée du sud) sont soumis aux mêmes contraintes pour le commerce de ces produits et technologies.

Ainsi, pour les produits, technologies, logiciels contrôlés - et selon leurs utilisations prévues et les pays de destination -, les autorités nationales de chaque pays délivrent - ou non - ces licences, généralement après concertation interministérielle, sur le fondement d'informations transmises par les industriels exportateurs, mais également d'après les renseignements dont elles disposent notamment par le biais de ses services secrets. Chaque Etat est en principe laissé libre d'apprécier la dangerosité des exportations envisagées. Et d'ailleurs, à propos de cette affaire, le ministère allemand n'hésite pas à déclarer que l'usage civil prévu pour ces produits chimiques "*a été considéré comme plausible*" et que "*le gouvernement allemand ne dispose pas d'information suggérant que les produits livrés ont été par la suite utilisés pour des usages autres que les usages initialement déclarés*"⁸.

Pourtant, on le sait - et c'est même prévu par le règlement communautaire précité -, les transmissions d'informations existent entre les services des différents pays européens, concernant par exemple les licences déjà refusées sur un même destinataire. Comment interpréter alors, cette affaire ? D'autres révélations seront certainement nécessaires pour y voir plus clair. A suivre ... - *Marie Pasquier* - mpasquier@fwpa-avocats.com

FISCALITE

DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

Versement d'une indemnité transactionnelle en matière de droit d'auteur : l'administration fiscale n'a rien à dire ! Conseil d'Etat, 15 février 2013, arrêt 347606

Une affaire, récemment tranchée par le Conseil d'Etat, met en lumière le caractère incontournable des droits liés à la propriété intellectuelle pour l'appréciation d'un contexte juridique et fiscal.

Les faits

La société P. est une agence de communication et de publicité. La société C., sa filiale, est gérée par Monsieur M.

En 1990, la société P. commanda à la société C. la réalisation d'un logotype devant illustrer son papier à lettres et les cartes de visite de son personnel. La société C., en 1991, céda à la société P. les droits de représentation et de reproduction du logo qu'elle avait réalisé. En 1995, la société P. intenta, contre un groupe japonais, une action en contrefaçon de cette œuvre graphique (le logotype) à raison de l'utilisation, par le groupe, d'un logotype similaire.

La Cour d'appel de Paris jugea, en 1998, que le grief de contrefaçon était caractérisé et prononça la condamnation. Un protocole fût signé, la même année, entre la société P. et le groupe japonais en vertu duquel le groupe était autorisé à utiliser le logotype litigieux moyennant le versement, au profit de la société P., d'une indemnité de 3.750.000 F (571.684 €). Cette dernière s'engagea, en contrepartie, à renoncer à l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel.

A la fin de l'année 1998, un autre protocole fût conclu, entre la société P. et Monsieur M., gérant de la filiale C.. Cet accord reconnaissait à Monsieur M « la paternité de l'idée s'étant trouvée à l'origine de la conception du logo » et lui accordait le versement d'une indemnité transactionnelle de 1.000.000 F (152.449 €). En contrepartie, l'intéressé renonça « à se prévaloir du parasitisme résultant du développement

⁷ Règlement (CE) n° 428/2009 du Conseil du 5 mai 2009 modifié.

⁸ Sources : www.lefigaro.fr/flash-acty/2013/09/18/97001-20130918
www.lemonde.fr/europe/article/2013/09/20 www.lesechos.fr

de l'exploitation de son idée, et plus généralement à toutes les instances et actions par lesquelles il revendiquerait un droit sur la conception du logo ».

Le conflit

Il faut rappeler que les deux premiers alinéas de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle énoncent que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code...* ».

Dans la mesure où Monsieur M. avait travaillé en tant que créateur de logotypes au sein de la société C. et que, par ailleurs, l'article L.111-1 précité accorde un droit de propriété à l'auteur sur son œuvre, l'approche de la société P., visant à dédommager Monsieur M., pouvait trouver sa cohérence dans la volonté de se protéger, grâce au protocole, contre une action dudit créateur. L'appétit financier de ce dernier risquait, en effet, d'être aiguisé par la forte somme versée par le groupe japonais.

Dans le cadre d'un contrôle fiscal, l'administration fiscale considéra, au contraire, que la charge exceptionnelle représentée par l'indemnité versée à Monsieur M., déduite par la société P. de son résultat, devait être réintégrée. Pour elle, cette charge était dépourvue de contrepartie dès lors qu'il n'était pas établi que Monsieur M. pouvait se prévaloir d'un droit sur le logotype. D'autre part, l'administration affirma que la somme réintégrée devait être regardée comme un revenu distribué au profit de Monsieur M..

L'administration présumait, sans doute, que l'indemnité n'avait été versée que par complaisance. Monsieur M. n'avait, en effet, pas eu à démontrer l'efficacité de son droit de propriété sur l'œuvre à l'occasion de l'accord transactionnel. Celui-ci contesta et obtint gain de cause devant le Tribunal Administratif et la Cour administrative d'appel.

La solution

Le Conseil d'Etat (arrêt n°347606 du 15/02/2013) rejette également l'argumentation de l'administration. Il rappelle que celle-ci ne peut pas se contenter de faire valoir que les droits sur le logotype ne sont pas établis de manière certaine pour qualifier la transaction d'acte anormal de gestion. Par ailleurs, selon lui, l'appréciation de l'existence de concessions réciproques, qui commande la logique de la transaction, appartient aux juges du fond.

Cette décision est rassurante car elle permet à l'entreprise, y compris dans des relations internes, de trouver des arrangements contractuels sans que les droits des parties ne soient totalement arrêtés, notamment par de longs processus judiciaires. Ces droits devront toutefois apparaître, face aux juges du fond, comme suffisamment vraisemblables. Sur ce point, la position de force donnée à l'auteur d'une œuvre par les articles L.111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle a certainement joué, en l'espèce, un rôle prépondérant. – **Gaël Le Faou** – g.le-faou@glf-avocats.com.

MENTIONS LEGALES

« LA LETTRE DE FWPA » est une lettre d'informations juridiques éditée par la SELARL FWPA, société d'avocats à la Cour de Paris. Le responsable de la publication est Olivier Cuperlier. SELARL FWPA 15 bd du Palais F-75004 Paris. tél +33(0)142.966.000. www.fwpa-avocats.com @FWPAavocats @technojuris

Propriété intellectuelle : Cette œuvre est protégée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de la SELARL FWPA. Toutefois, les textes de LA LETTRE FWPA peuvent être reproduits et utilisés sous réserve de citer le(s) auteur(s) et la source, à savoir : « LA LETTRE DE FWPA n°3 – JANVIER 2014 ».

Données personnelles : Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cette revue est formellement interdit.

Avertissement de l'éditeur : Les informations contenues dans la présente lettre d'informations ne peuvent pas tenir lieu de conseil juridique, lequel ne peut résulter que d'une analyse préalable et circonstanciée d'une situation de fait et de droit.

Liens présents dans ce fichier PDF : Malgré le soin apporté par FWPA dans la sélection des liens hypertextes insérés dans ce document, il peut s'avérer que certains de ces liens cessent d'être actifs ou qu'ils soient corrompus. Il vous appartient de juger de la pertinence d'ouvrir les liens proposés. Aucune conséquence de l'ouverture de ces liens ne saurait engager la responsabilité de FWPA.
