

## A LA UNE :

### LOI POUR UNE REPUBLIQUE NUMERIQUE : COMPRENDRE LES ENJEUX JURIDIQUES DE L'OUVERTURE DES DONNEES

La **loi pour une République numérique** (ou « loi Lemaire ») a été adoptée et publiée au Journal Officiel le **8 octobre 2016**. La loi étant très générale, de nombreux décrets d'application sont attendus dans les prochains mois.

La loi fixe plusieurs objectifs : favoriser la **circulation des données publiques** et du savoir, œuvrer pour la **protection des individus** dans la société du numérique et **garantir l'accès au numérique** pour tous.

Les principaux apports de la loi Lemaire (en dehors du volet « opérateurs de plateformes numériques ») seront ici envisagés.

#### **La circulation des données publiques : la politique d'open data**

La politique de l'*open data* implique qu'un certain nombre d'acteurs publics et privés **mettent à disposition leurs données en libre accès** au bénéfice des usagers et pour une meilleure communication entre les administrations.

Les entités concernées par l'*open data* sont les administrations de l'Etat, les établissements publics, les collectivités locales et entreprises délégataires d'un service public.

Le droit d'accès concerne également **les données** détenues par (i) des entreprises qui, par délégation, poursuivent une **activité liée au service public** (et indispensables à l'exécution du contrat de concession) ou (ii) par les structures ayant reçu des subventions dans les conditions déterminées.

Ces acteurs doivent s'assurer que les données sont accessibles dans un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé.

Ils doivent également **anonymiser ou pseudonymiser les données à caractère personnel** susceptibles de figurer dans les données soumises à l'*open data* ou susceptibles d'apparaître ou de réapparaître par le croisement de données.

#### **La loi exclut certaines données de l'obligation d'open data :**

-Les bases de données (i) produites ou reçues par les administrations, (ii) dans l'exercice d'une **mission de service public à caractère industriel ou commercial** (iii) et soumises à la concurrence. Toutefois, s'agissant de celles-ci, **la communication des données nécessaires à l'exécution du contrat de concession de service public est imposée**. Ainsi, le délégataire d'un service public à caractère industriel et commercial doit communiquer ces données, notamment au profit de ses concurrents et potentiels futurs délégataires. Cependant, le délégataire peut prévoir une exemption à cette obligation dans le contrat de concession ;

-Les données soumises aux droits des tiers (les éléments protégés par le droit d'auteur par exemple) ;

-Les données soumises au secret professionnel

**Tous les acteurs seront soumis à une licence d'utilisation**, qu'ils choisiront dans une liste de licences qui sera fixée par décret, afin **d'aménager les modalités de réutilisation des données**. Deux modèles principaux de licence existent actuellement qui seront probablement d'inspiration de:

-**la licence Ouverte** qui s'applique à l'ensemble des réutilisations libres et gratuites de données publiques issues des administrations de l'Etat et de ses établissements publics administratifs ;

-**la licence ODBL (Open database License)** autorisant les utilisateurs à partager, modifier et utiliser librement la base de données tout en maintenant ces mêmes libertés pour les autres.

---

### **La circulation du savoir : les nouvelles exceptions au droit d'auteur**

---

La propriété intellectuelle étant un frein « naturel » à l'*open data*, la mise en œuvre de la loi impose de **limiter le droit de la propriété intellectuelle**. Ainsi, le texte de la loi Lemaire pose **quatre nouvelles exceptions au droit de la propriété intellectuelle**.

-**L'exception de « Panorama »** autorise « les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial » (L122-5-11° CPI).

-**L'exception « d'exploration et de fouille de textes »** implique que l'auteur d'une œuvre divulguée ne pourra interdire « les copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale » (L122-5-10° CPI).

-**La limitation d'« open access »** facilite l'accès aux publications scientifiques (périodiques paraissant au moins une fois par an) issues de travaux de recherche financés majoritairement par des fonds publics.

-**L'exception concernant certaines bases de données publiques** signifie que les producteurs de base de données qui sont des administrations ne peuvent interdire la réutilisation de certaines de leurs bases mises à jour régulièrement sans diffusion publique.

---

### **La protection des droits des usagers : une anticipation du Règlement européen sur la protection des données personnelles**

---

**Le Règlement européen** relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (Règlement (UE) 2016/679) entrant **en vigueur le 25 mai 2018**, la loi Lemaire anticipe en partie ses dispositions en prévoyant en modifiant la loi Informatique et Libertés de 1978.

Ainsi, après adoption des différents décrets d'application, toute personne disposera du droit de :

-**demander la portabilité de ses données**, c'est-à-dire récupérer ses données auprès du responsable de traitement pour les transférer auprès d'un autre prestataire;

-**décider et contrôler les usages** qui sont faits de ses données à caractère personnel;

-**définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication** de ses données à caractère personnel après son décès;

-**obtenir d'un responsable de traitement l'effacement, dans les meilleurs délais**, de ses données personnelles lorsque celles-ci ont été collectées alors qu'elle était mineure.

---

### Une adresse IP dynamique constitue une donnée à caractère personnel dont la collecte nécessite une déclaration préalable auprès de la CNIL

---

Sur injonction du Tribunal de commerce, des fournisseurs d'accès à internet ont communiqué les identités de titulaires d'adresses IP à la demande d'une société qui avait remarqué des connexions extérieures à son réseau.

La société défenderesse a sollicité la rétractation de l'ordonnance du Tribunal en soutenant que **la conservation sous forme de fichier des adresses IP aurait dû faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL.**

La Cour de cassation confirme cet argument et casse l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, considérant que : *« les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, de sorte que leur collecte constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL ».*

**La Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE)** avait rappelé sa position quelques jours auparavant, **en jugeant que l'adresse IP est**, bien que ne se rapportant pas à une personne physique identifiée, **une donnée personnelle** dès lors qu'elle permet de rendre la personne physique à qui elle est associée simplement « identifiable ».

Cette solution est l'occasion de rappeler un des risques encourus en cas de non-respect de l'accomplissement des formalités auprès de la CNIL : **l'impossibilité d'utiliser le fichier de données personnelles dans le cadre d'une instance judiciaire.**

*Cass, 1<sup>ère</sup> civ. 3 novembre 2016, 15-22.595, C-101184 et CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14*

---

### L'analyse du risque de confusion dans le délai de grâce de 5 ans à compter de l'enregistrement de la marque

---

La Cour suprême suédoise a saisi la CJUE d'une question préjudicielle, sur le point de savoir si le juge saisi d'une action en contrefaçon de marque de l'Union européenne enregistrée depuis moins de cinq ans devait **analyser le risque de confusion au regard des produits et services enregistrés ou sur la base de ceux pour lesquels la marque est effectivement utilisée.**

La CJUE a rappelé que le délai de grâce permet au titulaire d'entamer un usage sérieux de la marque dans les cinq premières années à compter de l'enregistrement de la marque de l'Union européenne.

Dès lors, **l'appréciation du risque de confusion s'apprécie eu égard aux produits et services tels que visés par l'enregistrement de la marque et non pas par rapport à l'usage que le titulaire a pu faire de cette marque pendant cette période de cinq ans.**

*CJUE – 21 décembre 2016, C-654/15, Länsförsäkringar / Matek*

---

### La preuve du caractère distinctif acquis par l'usage doit être rapportée dans tous les Etats membres concernés

---

En 2006, l'EUIPO (Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle) a enregistré la **marque tridimensionnelle** correspondant au « **Kit Kat 4 barres** » à la demande de la société Nestlé.

En 2007 un concurrent a demandé l'annulation de l'enregistrement à l'EUIPO, ce que l'Office refusa, considérant que **la marque avait acquis un caractère distinctif en raison de l'usage qui en avait été fait dans l'Union Européenne.**

Sur recours, le Tribunal a retenu entre autres points que **la preuve du caractère distinctif acquis par l'usage doit être rapportée dans la partie de l'Union Européenne où la marque était dépourvue de caractère distinctif intrinsèque à la date du dépôt.** Or, la marque litigieuse était dépourvue de caractère distinctif intrinsèque à la date du dépôt dans l'ensemble des Etats membres. Nestlé ayant rapporté la preuve du caractère distinctif acquis par l'usage seulement dans 10 Etats membres contre 15 composants l'Union Européenne à l'époque, le Tribunal a considéré que la preuve du caractère distinctif acquis par l'usage devait être rapportée **dans tous les Etats membres concernés.**

L'office doit ainsi réexaminer si la marque en question avait, à la date du dépôt, acquis un caractère distinctif par l'usage que Nestlé en avait fait dans les 15 états membres concernés.

*TUE, 15 décembre 2016, T-112/13, Mondelez/EUIPO – Nestlé (gaufrette Kit Kat)*

### **Le droit d'usage d'un nom de domaine peut constituer une immobilisation incorporelle imposable**

Le Conseil d'Etat a considéré, dans un arrêt du 7 décembre 2016, que le droit d'utilisation d'un nom de domaine est **soumis au régime fiscal des éléments incorporels de l'actif immobilisé de l'entreprise**, dès lors que (i) ce droit constitue une **source régulière de profits** (ii) est **doté d'une pérennité suffisante** et (iii) est **susceptible de faire l'objet d'une cession.**

Ainsi le Conseil d'Etat a validé l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris,

considérant que le droit d'usage sur le nom de domaine <ebay.fr> constitue effectivement un actif incorporel de la société Ebay France.

En l'espèce le nom de domaine exploité constitue une source régulière de profit. Puisqu'il est renouvelable sur simple demande, il est doté d'une pérennité suffisante.

Enfin, selon le Conseil d'Etat « *la renonciation par la société iBazar, moyennant indemnisation par le groupe eBay, au renouvellement de l'enregistrement du nom de domaine 'ebay.fr', qui a permis à la société eBay France d'enregistrer immédiatement ce nom de domaine, **devait être regardée comme ayant exercé des effets équivalents à ceux d'une cession par iBazar du droit d'utilisation de ce nom de domaine** » et **traitée fiscalement comme telle.***

*Conseil d'Etat, 9<sup>ème</sup>-10<sup>ème</sup> chambres réunies, 7 déc. 2016, 369814*

## **EN BREF**

**Le 6 décembre 2016**, l'Assemblée nationale a adopté, à travers un amendement au projet de loi de finances rectificative pour 2016, la « **taxe YouTube** ».

Cette taxe affecte les éditeurs de services de médias audiovisuels à la demande ainsi que les plateformes communautaires permettant d'accéder à des contenus audiovisuels, type

Youtube, Dailymotion ou Vimeo. Le taux appliqué sera de **2% sur les revenus publicitaires des sites** mettant à **disposition des vidéos gratuites ou payantes** sur internet, au bénéfice du Centre national du cinéma.

*Projet de Loi n°852, 7 décembre 2016, article 24 ter nouveau*

## LE COIN DU PRATICIEN :

### L'ENJEU DU MODE DE PREUVE CHOISI DANS LE PROCES EN CONTREFAÇON OU CONCURRENCE DELOYALE

Dans un arrêt du **25 janvier 2017**, la première chambre civile de la Cour de cassation a accueilli la demande d'**annulation d'un procès-verbal de constat pour manque d'indépendance de la personne assistant l'huissier**.

Cet arrêt est l'occasion de rappeler combien **le choix du mode de preuve d'actes de contrefaçon est essentiel au succès du procès**.

---

#### Le constat d'huissier réalisé sans autorisation judiciaire

---

Par principe, la contrefaçon peut être prouvée par tous moyens, y compris par un simple constat d'huissier qui ne nécessite pas d'autorisation du juge.

Les huissiers peuvent, sur simple demande de particuliers ou de sociétés, effectuer des **constatations purement matérielles exclusives de tout avis** sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter.

Un huissier peut procéder à tout type de constat (physique, sur internet, d'achat) pour prouver un acte de contrefaçon.

Sous peine de nullité du constat, il convient d'être vigilant sur la réalisation des opérations réalisées par l'huissier dans ce cadre, qui doivent être limitées à de simples constatations.

---

#### La personne qui accompagne l'huissier doit être indépendante

---

Dans le cadre d'un **constat physique**, l'huissier doit demeurer sur la voie publique et le lieu doit être accessible au public.

C'est la raison pour laquelle, lors d'opération de **constat d'achat, l'huissier doit se limiter à constater l'achat par une personne indépendante**.

Cela a été réaffirmé très récemment par la Cour de cassation dans son arrêt précité qui a considéré que **le stagiaire du cabinet de l'avocat de la société requérante n'était pas suffisamment indépendant**.

La Cour de cassation a considéré que cela pouvait constituer une **violation au droit à un procès équitable** (article 6 de la CEDH et article 9 du Code civil).

Cet arrêt est publié au Bulletin de la Cour de cassation, et devrait recevoir un écho considérable en pratique.

La pratique censurée par la Cour était pourtant ancienne et habituelle.

La portée de cet arrêt est à préciser, notamment quant à savoir si cette interdiction s'appliquera aux **constats d'achats réalisés sur internet**.

Plus encore, il reste à savoir si ce grief de manque d'indépendance s'appliquera aux constats réalisés **avec l'assistance du titulaire lui-même, ou d'un des salariés de la société requérante**.

Il est de plus en plus difficile de s'assurer de la bonne conduite d'un constat d'huissier réalisé sans autorisation judiciaire, tant la validité de ces constats est contestée devant les juridictions.

---

#### La procédure de saisie-contrefaçon

---

La saisie-contrefaçon est une alternative de droit spécial offerte à une partie qui souhaiterait prouver des faits de contrefaçon.

Bien que plus contraignante, en ce qu'elle se déroule sur **autorisation du Tribunal**, cette procédure confère **plus de pouvoir à l'huissier**.

Dans les limites des pouvoirs accordés par l'ordonnance, l'huissier pourra par exemple entrer dans des locaux privés et procéder à la saisie de documents, d'échantillons, recevoir des déclarations qui lui seraient faites, etc.

En conséquence, cette procédure plus intrusive mais encadrée par l'autorisation du Tribunal permet (i) de recueillir plus d'éléments pour prouver les faits et (ii) une plus grande sécurité juridique.



Une précaution procédurale est toutefois à respecter : s'il s'agit de constater une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, seul le Président Tribunal de grande instance sera compétent, et non celui du Tribunal de Commerce.

Pour des faits de pure concurrence déloyale ne se fondant pas sur un quelconque droit de propriété intellectuelle, il faut recourir à l'article 145 du Code de procédure civile. La frontière étant ténue entre les différents fondements susceptibles de fonder des actions

qui ont une nature très proche, il peut parfois être utile de recourir à des mesures différentes selon le fondement utilisé.

***Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 2017, 15-25.210***

## VIE DU CABINET

**Jean-Guy** est intervenu dans le cadre du colloque « **Local Government Open Data Forum** » consacré aux **enjeux juridiques de l'open data** et associé au Sommet mondial du Partenariat pour un gouvernement ouvert, que la France a accueilli début décembre.

**Les équipes IP-IT et Pénal** étaient présentes au **Forum International de la Cybersécurité** les 24 et 25 janvier 2017 à Lille.

**ALTANA**  
VOCATS • PARIS

---

45 rue de Tocqueville • 75017 Paris, France  
Tél. : +33 (0)1 79 97 93 00  
[www.altanalaw.com](http://www.altanalaw.com)

---



### L'équipe IP /IT d'Altana

Pierre Lubet / [plubet@altanalaw.com](mailto:plubet@altanalaw.com)  
Jean-Guy de Ruffray / [jgderuffray@altanalaw.com](mailto:jgderuffray@altanalaw.com)  
Camille Raclet / [craclet@altanalaw.com](mailto:craclet@altanalaw.com)