

Sommaire

- 1 Éditorial
- 2 SOCIÉTÉ : Gouvernement d'entreprise des sociétés : Points clés de la révision du Code AFEP MEDEF
- 4 DROIT FISCAL : Le nouveau régime d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières des particuliers
- 5 DROIT SOCIAL : Dumping social – la France prend de l'avance sur Bruxelles
- 7 PÉNAL : Aggravation législative des délits d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale
- 8 PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : Logiciel et originalité : rappel des contours de la protection au titre du droit d'auteur
- 9 PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : Petit rappel : Cloud Computing et réversibilité des données
- 10 PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : Le point sur l'usage des images dites « libres de droit »
- 11 DROIT DE LA SANTÉ : Complément alimentaire ou médicament ? Les juridictions se retranchent derrière l'appréciation de l'ANSM
- 12 DROIT DE LA SANTÉ : EFPIA / Régime français
- 14 LE COIN LEXFORMATION
- 15 VIE DU CABINET

Éditorial

10 ans après l'adoption des actuelles Directives Marchés (2004), de nouvelles directives Marchés Publics viennent d'être publiées, le 28 mars 2014, au Journal Officiel de l'Union¹.

Les États membres disposeront de 24 mois pour les transposer, soit avant le 18 avril 2016.

Le Gouvernement français vient déjà d'élaborer un décret d'application pour transposer de façon accélérée les mesures de simplification favorables aux PME et à l'innovation (entrée en vigueur du décret prévue pour octobre 2014).

En France, les différentes formes de commande publique représentait en 2012 près de 79 Milliards d'euros (Source : Observation économique de l'achat public). **La commande publique correspond en valeur à 17% du PIB de l'Union européenne et à environ 10% du PIB français.**

Les marchés publics sont donc

plus que jamais un levier de développement économique pour les entreprises et également une source d'économies/dépenses à surveiller pour les collectivités publiques.

Les nouvelles Directives n'échappent pas à la définition, habituelle mais néanmoins délicate, d'un équilibre entre contraintes réglementaires nouvelles et besoin de souplesse.

Des premières nous retiendrons que les dispositions nouvelles allant dans le sens d'un encadrement plus strict (réglementation des conditions d'exécution du contrat, élargissement du champ d'application de la réglementation, organisation d'un régime de passation plus complet pour les services auparavant soumis à des règles allégées) restent peu contraignantes.

En particulier, l'élargissement du champ de la mise en concurrence s'accompagne d'un régime souple pour les contrats

>>

¹ DIRECTIVES 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014

Gouvernement d'entreprise des sociétés : Points clés de la révision du Code AFEP MEDEF

>>

nouvellement soumis aux directives.

À l'opposé les directives assouplissent le régime de passation des marchés qui relevaient déjà du champ d'application des directives en remettant la négociation au cœur de l'achat : causes d'exonération de mise en concurrence élargies, recours à la négociation renforcée au travers de la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation, justifications du recours au dialogue compétitif simplifiées, nouveauté des partenariats d'innovation.

Ces évolutions permettent de remettre la négociation au cœur de l'achat public au service tant des acheteurs que des vendeurs. Il faut saluer cette modernisation qui nous l'espérons trouvera sa transposition rapide en France.

Afin de vous accompagner, nous proposerons, dans le cadre des prochains numéros de Lex&Case des chroniques plus détaillées pour présenter les aspects fondamentaux de cette importante réforme.

Les associés

Outil de référence pour la gouvernance des sociétés cotées et dont l'application est également recommandée aux sociétés non cotées, le code AFEP MEDEF (« le Code »), initié en 1995 et d'ores et déjà modifié à plusieurs reprises depuis, a fait l'objet d'une nouvelle révision en juin 2013 axée sur l'accroissement de la transparence et du contrôle des sociétés.

Les mesures phares de cette révision concernent les nouvelles recommandations relatives aux rémunérations des mandataires sociaux et, en particulier, l'introduction du *say on pay*.

En effet, il incombera, dès cette année, au conseil d'administration de présenter aux actionnaires, lors de l'assemblée générale ordinaire annuelle, dans le cadre de résolutions spécifiques, la rémunération versée, au titre de l'exercice écoulé, aux dirigeants mandataires sociaux par toutes les sociétés du groupe (i.e au sens du Code : président du conseil, directeurs généraux, directeurs généraux délégués). Ces rémunérations pourront être détaillées dans les résolutions elles-mêmes ou dans le rapport annuel auquel il sera

fait référence. Les actionnaires devront émettre un avis sur ces rémunérations, positif ou négatif. Dans l'hypothèse d'un avis négatif, le conseil d'administration devra (i) délibérer sur ce sujet lors de sa prochaine réunion, après avoir demandé l'avis du comité des rémunérations, et (ii) publier immédiatement sur le site Internet de la société un communiqué sur les suites données aux attentes des actionnaires.

À noter que ces aspects pourraient encore évoluer prochainement, la commission européenne devant faire une proposition sur le *Say on Pay* sous la forme d'une modification de la directive sur le droit des actionnaires, prévue en avril 2014 au plus tôt.

Il est, en outre, préconisé un encadrement plus strict des rémunérations des mandataires (notamment pour les stocks options, retraites complémentaires, indemnité de non concurrence, golden hello ...).

Les règles de limitations du cumul des mandats sont également modifiées, les dirigeants mandataires sociaux ne pouvant pas exercer plus de deux autres

 DROIT DES SOCIÉTÉS

mandats d'administrateurs dans des sociétés cotées extérieures à son groupe (y compris des sociétés étrangères), contre quatre autres mandats pour les administrateurs non dirigeants.

Enfin, un Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise est institué, auxquelles devront adhérer les sociétés se référant au Code. Il pourra être saisi par les conseils des sociétés, notamment pour des questions d'interprétation, ou même s'auto-saisir en cas de constatation de la défaillance de sociétés. Il étudiera également les mises à jour nécessaires du Code en fonction de l'évolution des pratiques.

De manière générale, la règle du *comply or explain* est renforcée, les sociétés devant fournir des explications circonstanciées et adaptées à leur cas particuliers en cas de non application d'une des dispositions du Code. Ces cas de non application et les explications correspondantes devront figurer dans le rapport annuel ou le document de référence des sociétés.

Guillaume Pierson
gpierson@lexcase.com

Florent Faurisson
ffaurisson@lexcase.com

Brèves

Dissolution par transmission universelle de patrimoine : Maintiendudélaid'opposition des créanciers de 30 jours

La loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, adoptée le 5 novembre 2013, prévoyait une disposition prolongeant le délai d'opposition des créanciers le portant ainsi à 60 jours au lieu de 30 jours à compter de la parution de l'avis de dissolution, en application de l'article 1844-5 du Code de Commerce, dans un journal d'annonces légales.

L'allongement de ce délai de 30 à 60 jours devait permettre à l'administration fiscale d'exercer son opposition plus efficacement.

Saisi de ce projet de loi le 6 novembre 2013 le Conseil

Constitutionnel a déclaré, le 4 décembre 2013, que cette disposition était contraire à la Constitution. Cet article ayant été considéré comme n'ayant aucun lien avec le projet de loi.

Le délai d'opposition des créanciers aux transmissions universelles de patrimoine demeure donc fixé à 30 jours.

Suppression du régime de déclaration préalable imposé aux commerçants étrangers ne résidant pas en France :

La loi n°2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, publiée au Journal Officiel du 3 janvier 2014 a abrogé les articles L.122-1 et L.122-2 du Code de commerce. Ces articles prévoyaient qu'un étranger exerçant sur le territoire français, sans y résider, une profession commerciale,

industrielle ou artisanale, imposant une inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, devait en faire la déclaration au préfet du département dans lequel l'activité devait être exercée.

Sans ce récépissé, il n'était légalement pas possible de procéder à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés de la Société que l'entrepreneur étranger envisageait de constituer et de diriger.

La suppression du régime de déclaration préalable auprès des services de la Préfecture tend donc à alléger, de manière significative, les formalités administratives imposées jusqu'alors aux commerçants étrangers non-résidents.



Le nouveau régime d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières des particuliers

La loi de finances pour 2014 est venue à nouveau modifier (rétroactivement) le régime d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières réalisées par les particuliers.

A compter du 1^{er} janvier 2013, les plus-values sont désormais imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu après application, le cas échéant, d'un abattement de droit commun ou d'un abattements dérogatoire majoré.

Abattement de droit commun

L'abattement de droit commun est appliqué sur le gain net de cession, et s'élève à :

- 50 % lorsque les titres sont détenus depuis plus de deux ans et moins de huit ans à la date de la cession ;
- 65 % lorsque les titres sont détenus depuis plus de huit ans à la date de la cession.

Abattement majoré

Les contribuables peuvent bénéficier d'un abattement majoré lorsque la société dont les titres sont cédés remplit notamment les conditions suivantes :

- à la date de clôture du dernier exercice précédant la souscription ou l'acquisition des titres, la société était une PME au sens communautaire ;
- la société était créée depuis moins de dix ans à la date de souscription ou d'acquisition des titres, et n'était pas issue d'une restructuration ou d'une reprise d'activités préexistantes ;
- la société exerce, depuis sa création, une activité commerciale, industrielle, artisanale libérale ou agricole, à l'exception de la gestion de son propre

patrimoine mobilier ou immobilier ;

- le siège de la société a toujours été situé dans un Etat de l'Espace économique européen ;
- la société est passible, depuis sa création, de l'impôt sur les bénéfices ou d'un impôt équivalent.

L'abattement majoré s'élève à :

- 50 % lorsque les titres sont détenus depuis au moins un an et moins de quatre ans à la date de la cession ;
- 65 % lorsque les titres sont détenus depuis au moins quatre ans et moins de huit ans à la date de la cession ;
- 85 % lorsque les titres sont détenus depuis au moins huit ans à la date de la cession.

Remarque : Depuis le 1^{er} janvier 2014, l'abattement majoré s'applique également aux cessions de titres réalisées entre les membres d'un même groupe familial, lorsque certaines conditions sont remplies (notamment, la cession doit porter sur plus de 25% des titres détenus par les membres du groupe familial, l'acquéreur devant conserver les titres pendant cinq ans).

Cas particuliers des dirigeants de PME partant en retraite

Jusqu'au 31 décembre 2013, les plus-values sur titres des dirigeants de PME partant en retraite pouvaient bénéficier de l'abattement d'un tiers par année de détention des titres au-delà de la cinquième (soit une exonération totale après huit ans de détention).

À compter du 1^{er} janvier 2014, ce dispositif est

 DROIT FISCAL

remplacé, sous conditions, par un abattement fixe de 500.000 euros, étant précisé que la plus-value nette résultant de cet abattement pourra ensuite bénéficier de l'abattement majoré dans les conditions développées ci-dessus.

Le piège : les abattements ne s'appliquent pas aux contributions sociales

En effet, les contributions sociales (CSG, CRDS, etc.), au taux global de 15,5%, restent applicables sur la plus-value de cession, sans aucun abattement.

Exemple : en cas d'application de l'abattement

maximum de 85%, en présupposant que la plus-value est taxée au taux marginal de l'impôt sur le revenu à 45%, le taux effectif d'imposition ressort à 22,25% de la plus-value (soit $15\% \times 45\% + 15,5\%$).

Philippe Drouillot
pdrouillot@lexcase.com

Matthieu Philippe
mphilippe@lexcase.com

 DROIT SOCIAL

Dumping social – la France prend de l'avance sur Bruxelles

Selon la directive 96/71/CE, est considéré comme travailleur détaché « *tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un état membre autre que l'état sur le territoire duquel il travaille habituellement* ».

La France et l'Allemagne, appuyées par l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, et le Luxembourg, souhaitaient l'adoption d'une directive modifiant la « directive détachement » de 1996 dans l'objectif de renforcer les contrôles et durcir les règles de détachement.

Après plusieurs mois de négociation difficiles, les ministres du travail de l'Union européenne étaient parvenus à un accord le 9 décembre 2013 à Bruxelles afin de lutter contre le dumping social. Le Parlement européen, la Commission et le Conseil européen sont parvenus, le 27 février 2014, à un texte de compromis.

Sans attendre l'adoption au niveau européen, les députés socialistes ont déposé, le 19 décembre, une proposition de loi visant, à lutter contre le dumping social. Le texte a été adopté en première lecture le 25 février 2014, il devrait être examiné par le Sénat en avril et pourrait entrer en

vigueur début mai 2014. Cette loi permettrait de transposer par anticipation, la future directive européenne.

Le texte prévoit des mesures préventives et répressives pour lutter contre le « dumping social », la concurrence déloyale et les abus de la sous-traitance.

L'article 1^{er} de la proposition prévoit de renforcer les obligations et la responsabilité des bénéficiaires d'une prestation de services internationale. Le cocontractant serait ainsi tenu de vérifier, lors de la conclusion mais aussi durant l'exécution du contrat, que son sous-traitant établi à l'étranger a bien respecté son obligation de déclarer le détachement à l'inspection du travail. A défaut il pourrait engager sa responsabilité solidaire en cas de non paiement au salarié détaché en France de tout ou partie du salaire.

De la même façon un donneur d'ordre pourrait être sanctionné si le sous-traitant ne respecte pas le socle des règles minimales et serait débiteur solidaire du salaire minimum dû par le sous-traitant.

En outre, l'entreprise établie à l'étranger serait tenue



DROIT SOCIAL

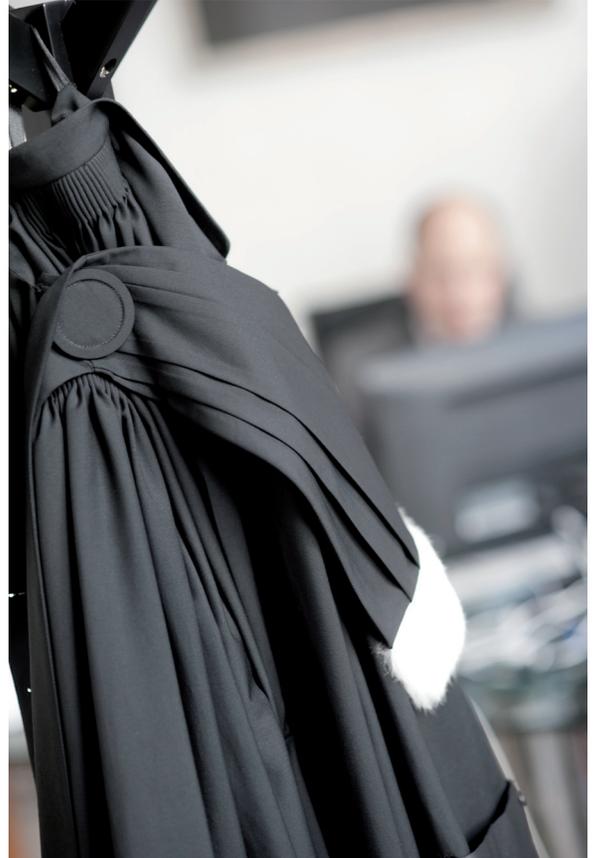
de désigner un représentant en France sous peine de sanctions et les formalités liées au détachement seraient inscrites dans le registre unique du personnel.

Les entreprises condamnées pour travail dissimulé, prêt de main d'œuvre ou marchandage pourraient se voir inscrites sur une « liste noire ».

Enfin une disposition importante devrait modifier la réglementation en matière de transports routiers. Le repos hebdomadaire des conducteurs devrait être obligatoirement pris en dehors des véhicules, et les conducteurs routiers ne pourraient plus être rémunérés en fonction des kilomètres parcourus.

Florence Drapier Faure
fdrapierfaure@lexcase.com

David Lachassagne
dlachassagne@lexcase.com



●● POUR ALLER PLUS LOIN

- Un article de notre partenaire anglais, le cabinet **Gateley** : «*Posting workers abroad: Key issues for UK employers to consider*» :
<http://talkinghrblog.gateleyuk.com/2014/04/16/posting-workers-abroad-key-issues-for-uk-employers-to-consider/>
- La *Newsletter Personal und Arbeit* de notre partenaire allemand, **GÖRG** :
<http://www.goerg.de/en/news/newsletter.15742.html>

Brèves

A l'issue des élections, le président du bureau de vote doit mentionner au procès verbal, établi immédiatement après la fin du dépouillement,

les heures d'ouverture et de clôture du scrutin. A défaut cette irrégularité justifie, à elle seule, l'annulation des élections. La Cour de cassation précise

qu'aucune régularisation a posteriori n'est possible.

Cass. Soc., 16 octobre 2013, n°12-21680



Aggravation législative des délits d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale

La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 après avoir institué un Procureur financier prévoit une aggravation de l'abus de biens sociaux (I) et de l'infraction de fraude fiscale (II).

I- Un délit d'abus de biens sociaux aggravé :

Selon les articles L 241-3 et L 242-6 du Code de commerce, le délit d'abus de biens sociaux consiste pour les dirigeants de droit ou de fait, à « *faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

La loi du 6 décembre 2013 crée désormais un abus de biens sociaux dit aggravé, dont les sanctions initialement fixées à 5 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende sont désormais portées à 7 années d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende lorsque le délit « *a été réalisé ou facilité au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger* ».

A cette considérable aggravation de l'infraction d'abus de biens sociaux, est ajouté une autre aggravation par la loi du 6 décembre 2013, celle du délit de fraude fiscale.

II- Un délit de fraude fiscale aggravée :

Selon l'article 1741 du code général des impôts, l'infraction de fraude fiscale est commise par « *quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres*

au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse ».

Le délit de fraude fiscale initialement puni d'une amende de 500 000 euros et d'un emprisonnement de 5 ans est désormais, si certaines conditions sont réunies, puni de peines portées à 2 millions d'euros et 7 années d'emprisonnement. Les conditions d'aggravation sont les suivantes :

- Lorsque le délit de fraude fiscale est commis en bande organisée.
- Lorsque les faits ont été commis, réalisés ou facilités au moyen :

Soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger ;

Soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger ;

Soit de l'usage d'une fausse identité ou de faux documents, ou de toute autre falsification ;

Soit d'une domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger ;

Soit d'un acte fictif ou artificiel ou de l'interposition d'une entité fictive ou artificielle ;

La loi du 6 décembre 2013 prévoit également une disposition relative aux repentirs : par laquelle l'auteur ou le complice du délit de fraude fiscale peut voir sa peine réduite de moitié si il collabore et avertit l'autorité administrative ou judiciaire, ou permet l'identification d'autres auteurs ou complices.

La pénalisation de la vie des affaires annoncée il y a plusieurs mois est donc désormais une réalité législative.

Nicolas Kéramidas
nkeramidas@lexcase.com



Logiciel et originalité : rappel des contours de la protection au titre du droit d'auteur

La Cour de cassation a rendu le 14 novembre 2013 dernier un arrêt important qui dans laquelle elle rappelle utilement les contours de la protection du logiciel au titre du droit d'auteur.

En l'espèce, les concepteurs d'une solution logicielle de traitement de l'information comptable ont assigné en contrefaçon Microsoft pour avoir reproduit leur logiciel et l'avoir commercialisé dans la version de la suite « Office Edition PME ».

Les juges du fond ont rejeté leur action au motif que la preuve de l'originalité du logiciel contrefait n'est pas rapportée. La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel et juge donc irrecevable l'action des auteurs revendiqués du logiciel, au motif qu'ils « n'avaient fourni aucun élément de nature à justifier de l'originalité des composantes du logiciel, telles que les lignes de programmation, les codes ou l'organigramme, ou du matériel de conception préparatoire ».

Si cet arrêt ne bouleverse pas le droit positif sur le terrain probatoire (1.), sa portée peut néanmoins s'avérer lourde de conséquences pour les propriétaires de programmes informatiques (2.).

1. De manière fort classique, la Cour de cassation rappelle qu'il appartient à celui qui prétend bénéficier de la protection par le droit d'auteur de rapporter la preuve de l'existence d'un apport original.

2. La jurisprudence a néanmoins toujours fait preuve de souplesse dans l'appréciation de cette condition d'originalité lorsque l'œuvre contrefaite est un logiciel. A ce titre, la question de l'originalité d'un logiciel est d'ailleurs souvent présumée dans les procédures en contrefaçon.

En effet, le principe selon lequel une œuvre est originale dès lors qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur paraît difficilement transposable au logiciel.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a souvent eu recours aux notions de nouveauté des choix techniques ou de caractère innovant de la solution, empruntées au droit des brevets, lorsque la question de l'originalité d'un logiciel se posait.

Le concepteur d'un logiciel était ainsi titulaire de droit d'auteur sur sa solution dès lors qu'il rapportait la preuve du caractère innovant de sa solution, ou lorsque des investissements importants avaient été engagés.

De telles solutions, particulièrement favorables aux titulaires de droits, semblent cependant être remises en cause par l'arrêt du 14 novembre 2013, qui (i) replace la preuve de l'originalité au centre des débats, et (ii) précise où l'originalité du logiciel doit être détectée, en abondant les emprunts au droit des brevets.

La Cour de cassation précise ainsi que l'originalité d'un logiciel doit s'apprécier dans « les lignes de programmation, les codes ou l'organigramme, ou du matériel de conception préparatoire ».

En d'autres termes, le logiciel sera considéré comme original, et bénéficiera d'une protection par le droit d'auteur, si son écriture ou sa composition sont elles-mêmes originales. En l'espèce, le caractère innovant dudit logiciel n'était pas suffisant à caractériser la condition d'originalité.

Le code du logiciel est ainsi ramené à son écriture comme s'il s'agissait d'une œuvre littéraire et comme s'il était découpé en chapitres tel un roman.

Les concepteurs de logiciel devront donc se montrer particulièrement vigilants dans la rédaction de leurs travaux préparatoires en faisant preuve de créativité pour éviter de se trouver démunis en cas de contentieux.

Anne-Sophie Uccello-Jammes Thibaud Le Conte Des Floris
asjammes@lexcase.com tlecontedesfloris@lexcase.com



Petit rappel : Cloud Computing et réversibilité des données

Si le Cloud Computing présente de nombreux avantages, notamment en termes de coûts et d'accessibilité des données, cette technologie comporte un certain nombre de risques, notamment au regard de la réversibilité des données. Le contentieux ayant opposé l'UMP et la société Oracle devant le Tribunal de grande instance de Nanterre en constitue une bonne illustration.

Dans cette affaire, le parti politique et Oracle avaient conclu un contrat ayant pour objet la mise à disposition d'un logiciel de gestion et d'hébergement d'une base de données nominatives selon la technique du Cloud Computing.

A l'expiration dudit contrat, l'UMP a souhaité changer de prestataire, mais a dû assigner Oracle pour récupérer ses données personnelles en temps voulu. Oracle invoquait, en effet, une impossibilité de restituer les données à cause d'un bug du à des difficultés techniques.

Le Président du Tribunal de grande instance de Nanterre, saisi par l'UMP, a prononcé, le 30 novembre 2012, deux injonctions alternatives : Oracle devait ainsi :

- (i) soit fournir les moyens techniques de nature à lui permettre sans délai l'exportation de l'ensemble des données nominatives hébergées ;
- (ii) soit garantir à l'UMP, sans frais, la prolongation de l'accès complet au service, jusqu'à l'expiration du délai de deux mois, quand il sera en mesure de procéder à l'exportation de ses données.

En l'espèce, il est intéressant de relever que le contrat de Cloud Computing conclu entre Oracle

et l'UMP précisait qu'Oracle ne garantissait pas que ses services soient exempts d'erreurs ni qu'il les corrigerait.

Le juge a estimé, qu'en dépit de ces stipulations, « la société Oracle ne peut soutenir, de bonne foi, qu'elle ne manquerait pas à ses obligations contractuelles si elle ne permettait pas à l'UMP de bénéficier en temps utile de ses données pour permettre à son nouveau prestataire de les exploiter et d'être opérationnel dès la fin de sa propre prestation ».

Cette affaire témoigne de l'un des nombreux risques juridiques pouvant être attribués au Cloud Computing.

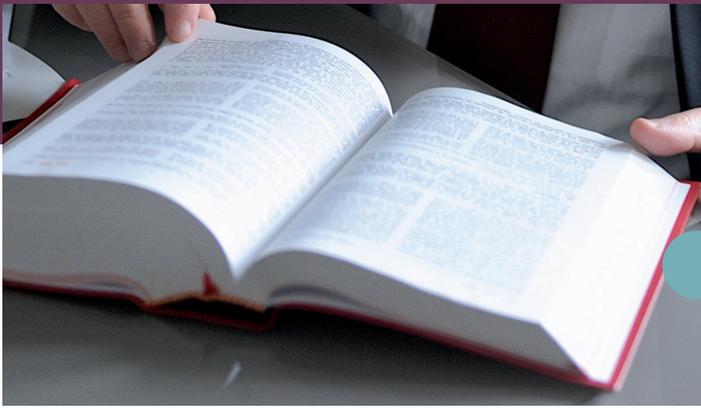
Afin de limiter au maximum de tels risques, il est primordial de soigner la rédaction des clauses des contrats de Cloud Computing, en imposant au prestataire une obligation de résultat quant à la réversibilité des données hébergées, notamment à l'expiration du contrat ou lors de sa résiliation.

Cette obligation de réversibilité pourrait également être assortie de pénalités de retard conséquentes afin de sanctionner le prestataire en cas de retard dans la restitution desdites données, objet du contrat.

Anne-Sophie Uccello-Jammes
 asjammes@lexcase.com

Thibaud Le Conte Des Floris
 tlecontedesfloris@lexcase.com





Le point sur l'usage des images dites « libres de droit »

Le développement d'internet a favorisé la mise à disposition et l'accès à des images ou photographies dites « libres de droit ». Cette notion induit souvent en erreur la personne qui souhaite utiliser de telles images, qui pense pouvoir en faire un usage de façon totalement libre, et éventuellement à titre gracieux. Il n'en est cependant en rien.

En effet, la notion d'œuvres « libres de droit » n'existe pas en droit français, et de manière générale dans aucun autre système juridique. En règle générale, soit les images en question ne sont pas originales et ainsi non créatrices de droit, soit elles sont protégées par le droit d'auteur en France, ou par un régime de copyright dans les systèmes de Common Law.

C'est ainsi, qu'en droit français, les images ou photographies sont, si elles ne sont pas tombées dans le domaine public, protégées par le droit d'auteur à condition d'être originales, c'est-à-dire « *empreintes de la personnalité de leur auteur* ».

L'utilisation de telles images ou photographies suppose donc notamment (i) d'obtenir l'autorisation de leur auteur (licence ou cession), et (ii) de respecter leur droit moral (pour mémoire : droit à la paternité de l'œuvre, droit au respect de l'œuvre, etc.).

La qualification « libre de droits » ne signifie en aucun cas que ces images ou photographies sont tombées dans le domaine public, ou encore que leur auteur a renoncé à ses droits.

En effet, la notion de « libre de droit » est en réalité un abus de langage qui juridiquement. Juridiquement elle n'existe pas. En réalité une image ou photographie « libre de droit » voit généralement son utilisation réglementée par une licence qui

autorise à la reproduire sous certaines conditions, en contrepartie d'un prix forfaitaire.

A titre d'exemple, les banques d'images (telles que GettyImages, Fotolia, etc.), qui ont vu leur développement s'accélérer ces dernières années, proposent le téléchargement d'images « libres de droit » moyennant la souscription d'un forfait et assorti de l'acceptation de « *terms of use* » ou licences d'utilisation.

En amont, ces banques d'images ont rémunéré l'auteur de la photographie, et ont, à ce titre, négocié l'étendue de la cession de leurs droits d'exploitation sur cette photographie.

En aval, les utilisateurs sont de simples licenciés de la banque d'images : ils doivent donc respecter les modes d'utilisation prévus au sein du contrat, notamment quant aux supports de reproduction autorisés (support papier, numérique, sites internet, etc.), au nombre de reproductions autorisées (limité ou non), et à la destination (reproduction à des fins commerciales ou non, publicitaires, etc.).

Les utilisateurs de telles images doivent donc se montrer attentifs quant au périmètre de la licence d'utilisation qui leur est ainsi concédée : s'ils ne respectent pas les termes du contrat, ils peuvent voir leur responsabilité engagée au titre de la violation du droit d'auteur de ladite photographie. Ils doivent en outre veiller à respecter le droit moral de l'auteur, en indiquant notamment son nom (crédits photo)

Enfin, dans la plupart des cas, des droits en cascade s'appliquent à une image ou une photographie mises en ligne sur Internet :

- Les droits du diffuseur desdites images ;

- Les droits d'auteur du photographe ;
- Les droits (i) de la personne photographiée et/ou (ii) du propriétaire d'un bien photographié (par exemple, de l'architecte d'une œuvre architecturale).

Cette superposition de droits d'auteur complexifie l'exploitation de ces images « libres de droits », dont

on voit que leur utilisation n'est pas si « libre » que leur désignation le laisse supposer...

Anne-Sophie Uccello-Jammes
asjammes@lexcase.com

Thibaud Le Conte Des Floris
tlecontedesfloris@lexcase.com

DROIT DE LA SANTÉ

Complément alimentaire ou médicament ? Les juridictions se retranchent derrière l'appréciation de l'ANSM

A propos de Crim. 21 janvier 2014, n°12-87377

Pour qualifier un produit de santé, ou un produit « frontière », la position de l'Autorité sanitaire est déterminante. Il y a souvent matière à hésiter entre deux qualifications, aussi les opérateurs économiques cherchent-ils naturellement à se prévaloir de celle qui engendre le moins de contraintes. De ce fait, la qualification de médicament est éludée plus souvent qu'à son tour, ce qui entraîne de nombreux contentieux administratifs ou même pénaux (exercice illégal de la pharmacie). D'où le grand intérêt de la décision commentée.

Une société française commercialisant des compléments alimentaires était poursuivie pour exercice illégal de la pharmacie à la suite d'une plainte déposée par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (« CNOP »), qui considérait que les produits litigieux répondaient en réalité à la définition du médicament par fonction et par présentation.

Au cours de l'information judiciaire l'AFSSaPS (devenue l'ANSM), saisie par le juge d'instruction, n'a pas retenu cette qualification. En conséquence, un non-lieu a été ordonné.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le CNOP, aux motifs que l'ANSM « *qui dispose de moyens d'investigation scientifique et de l'autorité que lui confère son statut* » n'ayant pas considéré

que les produits litigieux étaient des médicaments, il ne pouvait être reproché à un vendeur de les avoir commercialisés sous un autre statut.

Ainsi, en l'absence de fraude, la fabrication ou la commercialisation de produits qui **ne sont pas présentés comme possédant des propriétés curatives** à l'égard des maladies humaines, ne saurait constituer le délit d'exercice illégal de la pharmacie.

PORTÉE DE LA DÉCISION

En cas de conflit de qualification, les juridictions font primer l'interprétation de l'ANSM sur celle du CNOP, ou a fortiori sur celle de la personne poursuivie. Si l'ANSM considère qu'un produit donné n'est pas un médicament, alors le délit d'exercice illégal de la pharmacie ne sera pas constitué, si du moins le produit litigieux n'est pas présenté comme un médicament.

A contrario, si elle venait à considérer qu'un produit ou une substance répond à la définition du médicament, tout distributeur qui le commercialise s'expose à des poursuites.

Alain Gorny
agorny@lexcase.com

Mathilde Merckx
mmerckx@lexcase.com



EFPIA / Régime français

L'EFPIA, la Fédération européenne des entreprises du médicament, a mis en place une transparence renforcée entre les industriels du médicament, d'une part, et les professionnels, établissements et organismes de santé, d'autre part.

La Fédération a adopté, à l'échelle des associations de 33 Etats membres (dont le LEEM) un nouveau code qui régit la publication des liens d'intérêt.

Le Code EFPIA entre en vigueur le 1er janvier 2016 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2015.

Nous rappellerons le régime français (I) avant de présenter ses points de dysharmonie avec le régime EFPIA (II).

I. Le régime français et la loi du 29 décembre 2011

A. Le périmètre de la transparence

La loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (ou la LRSS) a mis en place un **dispositif** « **transparence** » afin d'améliorer l'information du public s'agissant des liens existants entre, d'une part, les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire ou cosmétique destinés à l'homme ou assurant des prestations associées à ces produits, et d'autre part, les différents acteurs de santé.

Ainsi, ce dispositif français impose aux producteurs de produits ou de services l'obligation de rendre publique **l'existence de l'ensemble des conventions conclues** entre les entreprises et les catégories d'acteurs de santé ainsi que le **détail des avantages** en nature ou en espèces qu'ils procurent directement ou indirectement aux acteurs de santé, au-delà d'un seuil supérieur ou égal à 10 euros TTC.

Cependant, trois types de conventions sont écartées

du dispositif telles que les conventions d'achat de biens ou de services par ces acteurs auprès des entreprises soumises au dispositif, les conventions relatives à la coopération commerciale ainsi que les conventions passées avec certaines professions réglementées tenues au secret professionnel (avocats, notaires, experts comptables, banquiers...)

Pour mémoire, les entreprises de produits à finalité cosmétique, également concernées par le dispositif, sont soumises à un régime différent.

B. La publication

Depuis l'arrêté du 3 décembre 2013, entré en vigueur le 19 décembre 2013, la publication des liens d'intérêt s'effectue désormais sur un **site internet public unique**.

Celui-ci sera accessible au public au plus tard le 1^{er} avril 2014.

C. La protection des données à caractère personnel

L'objectif de transparence doit être concilié avec la protection des données à caractère personnel des professionnels de santé et étudiants concernés par le dispositif.

En conséquence, la personne responsable du traitement informatique (site internet public unique), le Ministre chargé de la santé, doit se conformer aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés, en accomplissant, auprès de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, les formalités nécessaires pour les traitements des données à caractère personnel. Cette loi protège uniquement les personnes physiques, non les personnes morales.

Ainsi, la LRSS prévoit que les personnes soumises au

dispositif doivent être **explicitement informées** du traitement automatisé de leurs données.

De plus, toute personne ayant des données nominatives publiées sur le site bénéficie d'un **droit d'accès et de rectification** des données la concernant.

En revanche, compte tenu du caractère obligatoire du dispositif, elles ne bénéficient pas d'un droit d'opposition à la publication des données les concernant.

II. La dysharmonie EFPIA / régime français

Le droit français et le Code EFPIA diffèrent à de **nombreux égards**.

A. Le périmètre

Le Code EFPIA s'applique aux adhérents de l'EFPIA et plus particulièrement à toutes les associations regroupant les fabricants ainsi qu'à toutes les entreprises qui en sont adhérentes.

Tandis que le régime français vise toutes les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire et cosmétique, destinés à l'homme ou assurant des prestations associées à ces produits, ce qui vise notamment de nombreux organismes de conseil.

De surcroît, les produits visés par le Code EFPIA sont uniquement les médicaments de prescription, ce qui exclut notamment les dispositifs médicaux et les produits cosmétiques, au contraire du régime français.

La transparence mise en place par le Code EFPIA concerne uniquement les professionnels, établissements et organismes de santé.

Alors que la législation française vise les professionnels de santé, les associations de professionnels de santé, des établissements de santé, les fondations, les sociétés savantes, les organismes de conseil non réglementés ainsi que certains éditeurs de presse...

A l'échelle européenne, le Code EFPIA impose la publication des transferts de valeur de toute nature

entre les acteurs de santé, les montants doivent obligatoirement être publiés.

Au contraire, le droit français n'impose pas la publication des montants mais uniquement celle de l'existence des conventions conclues.

L'EFPIA dispense les entreprises de publier les repas et boissons tandis que la LRSS est plus contraignante à cet égard.

Enfin, un décalage apparaît également dans le seuil de publication. Le droit français impose aux entreprises concernées l'obligation de rendre publics tous les avantages, au-delà d'un seuil supérieur ou égal à **10 euros TTC**, alors que le droit européen prévoit un seuil variable d'un pays à l'autre.

B. Les modalités de publication

Aux termes de l'arrêté du 3 décembre 2013, les informations doivent demeurer accessibles au public pendant **5 ans** à compter de leur mise en ligne.

Tandis qu'à l'échelle européenne, cette durée est limitée à **3 ans**.

L'autorité responsable du site internet doit les conserver pendant **10 ans** à compter de la date à laquelle est intervenue leur dernière modification, tandis que le Code EFPIA prévoit une durée de 5 ans.

Enfin, le droit français contraint les entreprises à deux publications annuelles alors que le Code EFPIA n'en prévoit qu'une.

Il reste moins de deux ans aux entreprises du médicament pour mettre en place les outils et process qui permettront de satisfaire à la fois aux exigences de la LRSS et à celles du Code EFPIA. Encore un challenge !

*Alain Gorny
agorny@lexcase.com*

*Mathilde Merckx
mmerckx@lexcase.com*



Vous trouverez ci-dessous les prochaines formations organisées par LexFormation ou sur notre site : <http://www.lexformation.com/>

MAI		
PARIS	Ma 13	Le droit de la téléphonie mobile (9.7)
	Me 14	Les politiques tarifaires en droit de la concurrence (1.3)
	J 15 & V 16	Lettre recommandée électronique (3.10.1)
	Me 21	Commerce électronique : dématérialisation des contrats (3.11.2)
	J 22	Présider et animer le CE (6.7)
	V 23	Opérations de restructuration (7.7)
	L 26	Opérations de restructuration (7.7)
	Ma 27	Le démarchage : une pratique commerciale règlementée (3.13)
LYON	Me 28	Promouvoir ses ventes en toute sécurité (3.14)
	Me 14	Exécution des marchés publics (5.7)
	J 22 & V 23	Les risques pénaux liés à la vie des affaires (4.6)
MARSEILLE	Me 28	Les allégations nutritionnelles et de santé (11.5)
	J 15	Les conflits d'intérêts (11.7)
	V 16	La responsabilité pénale des personnes morales et de leurs dirigeants (4.5)
	J 22	Les modes de règlement des litiges : action en justice, médiation, conciliation, arbitrage (3.9)
	V 23	Notification de concentrations (1.4)
	L 26	Délégation de service public (5.5)
	Ma 27	Gestion fiscale des flux intragroupes dans un contexte international / prix de transfert (7.5)
	Me 28	La passation des contrats de partenariat (5.9)
JUIN		
PARIS	Ma 3	Comment protéger ses marques ? (8.4)
	Me 4 & J 5	Le droit pénal des affaires : appréhender les principes et phases d'une procédure pénale (4.7)
	V 6	Sécuriser la rupture de vos contrats de travail (6.8)
	Me 11	TVA intracommunautaire (7.8)
	V 13	La sous-traitance et la cotraitance dans les marchés publics (5.10)
	Me 18	Le droit de la fibre optique (9.6)
LYON	Me 11	Les sociétés cotées (2.5)
	V 13	Notification de concentrations (1.4)
	Ma 17	Les rendez-vous des DRH (6.4)
	V 20	Statut des commerciaux : agent, VRP, apporteur d'affaires : mieux identifier pour mieux distribuer (3.15)
	Me 25	La négociation dans les marchés publics (5.8)
	J 26	Le temps de travail : conséquences des dernières évolutions sur votre pratique dans l'entreprise (6.10)
MARSEILLE	V 27	Les produits frontière (11.8)
	Ma 3	Répondre à un marché public par voie électronique (5.16)
	Me 4	Les clauses abusives (3.12)
	J 5	Les compléments alimentaires (11.6)
	V 6	Domaine public - définition, principes, règles d'occupation (5.6)
	Me 11	Commerce électronique : vendre ses produits ou ses services sur internet (3.11.1)
	J 12	Animer et gérer les délégués de personnel (6.11)
	V 13	Intégration fiscale (7.6)
J 19	Le licenciement économique dans les entreprises en difficulté (6.9)	
V 27	Les rendez-vous des DRH (6.4)	



5 ans !

le 1^{er} mai, nous avons célébré le cinquième anniversaire de la création de LexCase, anniversaire qui est, dit-on, le signe d'une certaine maturité d'un cabinet d'avocats.

Comment abordons-nous cette échéance ?

Avec une modeste satisfaction et une réelle confiance dans l'avenir, certes, mais surtout avec une volonté réitérée de parfaire le service rendu à nos clients.

1. Satisfaction par rapport à l'offre que nous avons construite en poursuivant ce projet entrepreneurial :

- une offre pluridisciplinaire et une forte spécialisation sectorielle, avec 10 associés, 4 consultants of counsel, près d'une vingtaine de collaborateurs, sans oublier l'aide de nos 7 précieuses assistantes et de notre secrétaire générale,
- une présence régionale forte que représente l'ancrage (et l'agrandissement à venir) de nos trois bureaux de Paris, Lyon et Marseille,
- une offre nationale reconnue dans différents secteurs, notamment par des autorités sectorielles de premier plan,
- une offre internationale avec un réseau de partenaires privilégiés avec des cabinets en Grande-Bretagne et en Allemagne, et avec tous nos correspondants étrangers.

2. Confiance dans l'avenir malgré ce contexte économique difficile, dans la mesure où nous espérons avoir su nouer avec nos clients un lien de partenariat qui dépasse la seule mission de conseil ou de défense, par la compréhension de leurs problématiques et de leurs enjeux, par volonté toujours affirmée de faire œuvre de pragmatisme, de transparence et d'efficacité.

3. Mais cet anniversaire est aussi fêté avec la volonté réitérée de parfaire encore notre intervention, d'enrichir notre offre et de faire évoluer le cabinet pour répondre encore mieux à vos attentes. C'est pourquoi nous restons à votre écoute pour recueillir toutes vos suggestions en ce sens.

Les associés



LC LexCase
Société d'Avocats ●●
www.lexcase.com
contact@lexcase.com

PARIS
17, rue de la Paix 75002 Paris
Téléphone : +33 1 40 20 22 22
Télécopie : +33 1 56 72 84 99

LYON
24, rue Childebert 69002 Lyon
Téléphone : +33 4 37 23 11 11
Télécopie : +33 4 37 23 11 00

MARSEILLE
50, rue Paradis 13001 Marseille
Téléphone : +33 4 91 33 22 22
Télécopie : +33 4 91 33 20 85

Cette lettre d'information a été conçue uniquement afin de donner des informations générales sur la réglementation et la jurisprudence, ainsi que sur la vie du Cabinet, de ses membres et de leurs activités. Les informations contenues dans cette lettre ne constituent pas une consultation juridique et ne doivent pas être interprétées comme l'établissement d'une relation entre avocat et clients. Les personnes destinataires sont encouragées à consulter un avocat pour toutes leurs problématiques juridiques.

Dans l'hypothèse où vous ne souhaiteriez plus recevoir la présente lettre d'information, nous vous invitons à nous l'indiquer à l'adresse contact@lexcase.com.

Directeur de la publication : Nicolas Kéramidas, Avocat associé, LexCase - Crédits photos : Jean-Jacques Bernard & Anne Bouillot - Maquette : une bonne com - Mise en page : Véronique Girot
LEXCASE, SELARL D'AVOCATS INSCRITS AUX BARREAUX DE PARIS, DE LYON ET DE MARSEILLE, AU CAPITAL DE 400.000 EUROS, IMMATRICULÉE SOUS LE NUMÉRO 512 642 950 RCS PARIS.