Edité par l'association

Lex Pia

Palimpseste

Imprimé et diffusé par

LexisNexis®

REVUE COMMUNICATION COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Revue des étudiants du Master 2 Droit de la Propriété Intellectuelle Appliquée, Université Paris Est
Direction du Master 2 : Professeur Christophe Caron

Sommaire

Chronique du mois **:** *Cloud computing* : Les données personnelles dans les nuages, une sécurité évaporée ? p.2

Décision du mois **:** Compétence judiciaire internationale et brevet européen p.4

Brèves **:** p.5
> Révélation par l'ICANN de la liste des demandes des nouvelles extensions Internet
> Brevet unitaire et juridiction unique : un débat houleux
> Lancement d'une consultation publique sur l'Internet ouvert

Article **:** Vers un nouveau cadre juridique pour la gestion collective des droits d'auteur dans l'Union Européenne ? p.6

Focus **:** The giants of digital technology on the boxing ring again p.7

Interview **:** Marie-Aimée de Dampierre, avocat associé au cabinet Hogan Lovells p.8

L'équipe Palimpseste

Rédactrice en chef
Fanny CONY

Responsables de rubriques
Floriane CHARTIER
Mathilde DAUMAS-CONDOMINES
Amélie LE BRETON DE VANNOISE
Julie GEMPTEL

L'association LEXPIA

Présidente
Diane PELLET

Vice-présidente
Sophie DE MAREZ OYENS

Pôle communication
Julie GEMPTEL
Lucille JUMEL
Laurène LABORDE
Eva NAUDON
Marion PERRUCHE

Secrétaire
Pierre-Emmanuel MEYNARD

Trésorière
Najma BICHARA

Webmaster
Coralie BENARD
Alexandra CHARNOIS

Retrouvez Palimpseste
sur : **www.masterpia.com**

Editorial

C'était bien !

Charles de HAAS
Avocat associé, Cabinet Jacobacci
Chargé d'enseignement, Université Paris-Est

Quand notre vénéré directeur m'a proposé d'animer ces trente heures sur les procédures appliquées en PI, j'ai accepté tout de suite. Je me suis dit que cela fera une bien belle ligne de plus à mon curriculum vitae (chargé d'un enseignement du Master 2 de PIA - traduisez : G. O. d'un séminaire sur la procédure) sans me douter de ce qui m'attendait.

J'ai d'abord découvert une vraie matière qui pourrait donner de bonnes idées de rubrique ou de chronique à nos revues spécialisées et tous les étudiants de cette promotion s'y sont plongés pour apercevoir avec moi quelques redoutables défauts dans l'articulation de nos procédures spéciales avec le droit commun processuel.

J'ai ensuite eu la chance de voir tous nos étudiants s'investir bien plus que je ne l'espérais pour préparer aussi bien qu'ils le pouvaient leurs plaidoiries, pour réussir quelques fois à développer la bonne argumentation, ou, plus souvent encore, pour déraper sans contrôle et multiplier ainsi leurs propres effets pédagogiques puisque chacun sait que ce sont nos erreurs qui nous apprennent le plus.

Et puis à l'occasion de toutes nos simulations d'audiences, j'ai enfin pris cette redoutable et fascinante position du juge. Plus jamais je ne regarderai nos juges comme avant.

Enfin, confidentialité oblige, je ne peux pas tout vous dire mais nous avons vécu ensemble quelques grands moments. Bref, je sais bien que ce n'était pas le but de l'opération, mais, moi, j'ai énormément appris au cours de ces séminaires et je veux en remercier sincèrement tous les étudiants de cette promotion.

C'était si bien que je crains de ne pouvoir faire que moins bien à l'avenir mais j'attends pourtant « ma » rentrée avec impatience car j'ai quelques idées nouvelles à explorer pour essayer néanmoins d'améliorer encore mes chères audiences à l'Université, pour rire et pour apprendre tout à la fois.

Cloud computing : Les données personnelles dans les nuages ...une sécurité évaporée ?

Selon la vice-présidente de la Commission européenne, Neelie Kroes, la protection des données personnelles est un enjeu majeur du *Cloud computing*. En accord avec ces considérations, la CNIL a publié en juin 2012 une recommandation à ce sujet, suite à une consultation lancée auprès des professionnels du *Cloud* fin 2011 (clients, prestataires, conseils). Le 1er juillet 2012, le groupe de l'Article 29 (G29), regroupant les autorités européennes de protection des données personnelles, a également diffusé un avis (05/2012) clarifiant le cadre juridique du *Cloud computing*.

Compte tenu de l'adoption probable de la proposition de règlement européen relatif à la protection des données personnelles (publiée le 25 janvier 2012), il semble essentiel de s'attarder sur les recommandations émanant de ces diverses entités.

La sécurité des données

En premier lieu, la CNIL recommande l'identification claire et précise des données et traitements qui seront hébergés dans le *Cloud*. Cette identification suppose une distinction entre ce qui relève des données personnelles, des données sensibles et des données stratégiques pour l'entreprise afin d'appliquer le régime de protection adéquat. Cette distinction permettra de définir le type de *Cloud* adapté à la catégorie de données concernée, compte tenu des différentes offres de services et de déploiement (public, privé, hybride) existantes.

Dès lors, la CNIL et le G29 s'accordent sur diverses clauses devant impérativement figurer dans les contrats de prestation de service de *Cloud computing*, dans le respect des principes français et européens de base en matière de protection des données personnelles, repris, notamment, par la proposition de règlement européen précitée.

Ainsi, la CNIL met en garde le client responsable de traitement contre les offres standard du prestataire se traduisant par des contrats d'adhésion. Le client doit donc définir ses propres exigences au regard des contraintes légales (localisation des données, règlementation spécifique à certains types de données, etc.), pratiques (réversibilité / portabilité, etc.) et techniques (interopérabilité avec le système existant, etc.), afin que le niveau d'exigence du prestataire soit équivalent au sien.

Pour définir ses besoins, le client doit conduire une analyse de risques afin de mesurer les effets de la mutualisation de la solution informatique. La CNIL énumère ainsi dix risques principaux : la perte de gouvernance sur le traitement, la dépendance technologique vis-à-vis du fournisseur du *Cloud*, les failles dans l'isolation des données, les réquisitions judiciaires, les failles dans la chaîne de sous-traitance, la destruction ineffective ou non sécurisée des données ou leur durée de conservation trop longue, la mauvaise gestion des droits d'accès par le prestataire, l'indisponibilité du service du prestataire (notamment les problèmes de réseaux), la fermeture du service ou l'acquisition du prestataire par un tiers et la non-conformité règlementaire de la solution.

Le G29 classe comme risque principal la perte de contrôle des données par le client et l'absence de transparence de la part du prestataire sur les moyens utilisés. Ainsi, des mesures de sécurité et de confidentialité doivent être contractuellement prévues, afin de garantir la réalisation des différentes exigences précitées à la fois par le prestataire et par ses éventuels sous-traitants. L'exigence en matière de sécurité se traduit par une analyse des procédures internes du prestataire de *Cloud* (chiffrement des données, protection du réseau, sécurité des accès, etc.) et par l'organisation d'audits par le client. Les garanties mises en œuvre par le prestataire doivent dès lors être détaillées dans le contrat, avec mention de la durée de conservation des données, du sort des données en cas de rupture de contrat, etc. Par ailleurs, une clause devra formaliser l'obligation pour le prestataire d'informer le client quant aux formalités à remplir auprès de la CNIL, afin de répondre au principe de transparence.

Le prestataire de *Cloud computing* : responsable de traitement ou sous-traitant ?

En second lieu, comme l'ont relevé la CNIL et le G29, la qualification juridique du prestataire de *Cloud* est discutée. La réponse à la question de savoir s'il est un simple sous-traitant ou un responsable de traitement de données influe principalement sur sa sphère de responsabilité. Rappelons qu'aux termes de l'article 3 de la loi dite « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée, le responsable de traitement de données à caractère personnel est « *la personne [...] qui détermine ses finalités et ses moyens* ». Le sous-traitant, quant à lui, traite les données à caractère personnel pour le compte du responsable de traitement et selon ses instructions.

Suite à la consultation publique lancée par la CNIL, il semblerait que cette dernière soit arrivée à une conclusion similaire à celle de ses homologues européens. Ainsi, le client est toujours considéré comme responsable de traitement puisqu'il collecte des données et externalise le traitement. Au contraire, le prestataire est en principe un sous-traitant puisqu'il agit pour le compte et sur instruction du client.

La CNIL proposait de mettre en place une présomption de sous-traitance simple qu'il est possible de renverser à l'aide d'un faisceau d'indices. Elle suggérait de prendre en compte comme critères le niveau d'instruction donné au prestataire par le client, le degré de contrôle opéré par ce dernier sur la prestation, la valeur ajoutée fournie par le prestataire sur le traitement et le degré de transparence sur le recours à un prestataire. Elle précisait que la présomption serait plus difficile à renverser si le prestataire était un prestataire privé puisque cela implique généralement une offre plus personnalisée et une plus grande maîtrise du client sur le traitement, que dans l'hypothèse où le contrat serait assimilé à un contrat d'adhésion.

Les participants à la consultation ont majoritairement souhaité retenir une solution indépendante d'une présomption et liée plutôt à l'offre proposée. Selon eux, la nature publique ou privée du *Cloud* et le modèle de service devraient être pris en compte.

La CNIL a alors admis que, dans des hypothèses de contrats d'adhésion, le prestataire puisse *a priori* être considéré comme conjointement responsable. Elle continue toutefois à prôner tout particulièrement un partage clair des responsabilités dans le contrat de prestation. En outre, si le prestataire traite les données pour d'autres finalités que celles déterminées par les clients (après avoir obtenu l'autorisation indispensable), il sera responsable du traitement pour les finalités qu'il a choisies.

S'il est vrai que la qualification est primordiale, notamment en ce qui concerne des tiers qui souhaiteraient voir engager la responsabilité de l'une ou l'autre personne pour un traitement illégal, notons que la proposition de règlement précitée instaure un régime légal du sous-traitant qui impose des obligations communes avec le responsable de traitement (notamment des obligations de documentation, sécurité, encadrement des transferts). Selon la CNIL, « *la création d'un tel statut légal soumettant le sous-traitant à un nombre important d'obligations est une solution intéressante permettant de rééquilibrer la balance des pouvoirs, et donc des responsabilités* ».

Les transferts internationaux de données

En dernier lieu, un des principaux risques juridiques identifiés concerne les transferts internationaux de données.

En effet, la multiplicité des lieux de stockage des données, propre aux services de *Cloud*, génère davantage de risques en termes de protection des données lors des transferts internationaux.

Aux termes de la consultation de la CNIL, il apparaît que les BCR (*Binding Corporate Rules* ou règles contraignantes d'entreprise) sont largement plébiscitées par les parties prenantes. Ces BCR sous-traitants permettraient à un client du prestataire de confier des données personnelles à ce sous-traitant en étant assuré que les données transférées au sein du groupe du prestataire bénéficient d'un niveau de protection adéquat. Le 6 juin 2012, le G29 a d'ailleurs publié un document de référence (WP 195) sur les BCR sous-traitants posant les conditions que doivent remplir les BCR pour être adoptées, telles que les mesures de sécurité inhérentes aux transferts internationaux relatives à la confidentialité des données.

En tout état de cause, les BCR sous-traitants devront être approuvées par les autorités de protection des données personnelles de l'UE, cette exigence étant facilitée par la procédure de reconnaissance mutuelle à laquelle dix-neuf de ces autorités ont adhéré.

Les articles 42 et 43 de la proposition de règlement européen reconnaissent les BCR sous-traitants, en prévoyant que les transferts de données vers des pays tiers sont possibles « *si le responsable du traitement ou le sous-traitant met en place des instruments permettant d'offrir des garanties de protection appropriées* » approuvées préalablement par une autorité de contrôle (ex : la CNIL).

Une alternative aux BCR demeure la signature de clauses contractuelles types approuvées par la Commission européenne. Il s'agit des clauses contractuelles types 2010/87/UE ou 2001/497/CE (ou 2004/915/CE), selon que le client transfère les données à un prestataire situé hors UE en qualité de sous-traitant ou de responsable de traitement. Dans le cas où le client transfèrerait les données à un prestataire localisé dans l'UE, les clauses contractuelles s'appliqueraient plus difficilement, selon le G29, dans la mesure où celles-ci concernent uniquement les transferts de données entre un responsable de traitement situé dans l'UE et un sous-traitant situé hors UE, aux termes du considérant 23 de la décision de la Commission européenne sur les clauses types 2010/87/UE.

Par ailleurs, la CNIL recommande d'indiquer clairement et de façon exhaustive les pays hébergeant les centres de traitement des données du prestataire, dans le contrat de prestation de services de *Cloud computing*.

Les parties peuvent aussi « *limiter les transferts de données uniquement vers des pays membres de l'Espace Economique Européen ou vers des pays tiers reconnus comme assurant un niveau de protection adéquat par décision de la Commission européenne* », afin d'accroître le niveau de protection des données personnelles.

Aussi, l'autorité de contrôle française recommande que le contrat de service de *Cloud* contienne une clause aux termes de laquelle « *le Client doit s'assurer que des garanties suffisantes sont apportées pour encadrer les transferts des Données, notamment par la mise en œuvre de règles contraignantes d'entreprise (« BCR ») sous-traitants ou par la signature des clauses contractuelles types 2010/84/UE adoptées par la Commission européenne avec les parties intéressées, comprenant le Prestataire et les éventuels sous-contractants* ».

Enfin, le G29 met en avant les limites du *Safe Harbor* dans le cadre du *Cloud computing* : il considère que cette certification du prestataire de service ne suffit pas à couvrir un transfert international en tant que tel. Ainsi, le client responsable de traitement doit, d'une part, s'assurer que le prestataire sous-traitant respecte effectivement les principes du *Safe Harbor* et, d'autre part, vérifier que le contrat de service rédigé par le prestataire n'enfreint pas les dispositions légales sur la protection des données. Enfin, dans certains pays, des garanties supplémentaires tenant à la sécurité des données doivent être prévues contractuellement.

Najma BICHARA

Fanny CONY

Sophie DE MAREZ OYENS

Compétence judiciaire internationale et brevet européen

Dans un arrêt du 12 juillet 2012 (aff. C-616/10), la Cour de Justice de l'Union européenne est venue apporter un nouvel éclairage à la question de la connexité des actions en contrefaçon d'un brevet européen engagées à l'encontre d'une pluralité de défendeurs.

L'article 2 du règlement Bruxelles 1 du 22 décembre 2000 attribue compétence aux juridictions de l'Etat membre dans lequel le défendeur est domicilié. Dans l'hypothèse où le demandeur souhaite agir contre plusieurs entités établies dans différents Etats membres, la disposition l'oblige à multiplier les actions devant de nombreuses juridictions, ce qui constitue une contrainte considérable. Aussi, l'article 6§1 du règlement prévoit qu'en cas de connexité des demandes formées à l'encontre de plusieurs défendeurs, ces derniers peuvent être attraits devant le tribunal du domicile de l'un d'eux. Il y a connexité lorsque les demandes sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions inconciliables.

Confronté à la question de l'applicabilité de cette règle en matière de contrefaçon de brevet européen, l'arrêt Roche Nederland (CJCE, 13 juil. 2006, aff. C-539/03) a précisé les conditions nécessaires à la caractérisation effective de la connexité, soulignant qu' *« il ne suffit pas qu'il existe une divergence dans la solution du litige*, [pour que les demandes soient considérées comme connexes mais qu'il faut encore] *que cette divergence s'inscrive dans le cadre d'une même situation de fait et de droit »* (point 26). Dans cette affaire, diverses actions en contrefaçon étaient exercées dans différents Etats membres à l'encontre de plusieurs filiales du groupe Roche, auxquelles il était reproché de contrefaire les produits sur le seul territoire de leur établissement. Le demandeur souhaitait qu'une seule et même juridiction puisse se prononcer sur l'intégralité de ses requêtes. Or, bien qu'il résulte d'une procédure unique auprès de l'OEB, le brevet européen éclate en un faisceau de titres nationaux et indépendants, lesquels sont régis par leur propre loi nationale conformément à la Convention de Munich de 1973. Aussi, chacune des actions en contrefaçon des parties nationales d'un brevet européen doit être examinée au regard de la réglementation nationale correspondante. Par conséquent, la Cour a jugé que ces actions ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'une même situation de droit, et a rejeté la possibilité d'attraire les prétendus contrefacteurs devant la même juridiction. Il semblait alors impossible de réunir les conditions d'application de l'article 6.1, lorsque les actions en contrefaçon se fondaient sur un brevet européen.

L'arrêt Solvay rendu cet été par la CJUE vient pourtant d'admettre la connexité dans une hypothèse où plusieurs sociétés établies dans deux Etats membres étaient accusées, devant une juridiction d'un de ces Etats, de contrefaire les mêmes parties nationales d'un brevet européen, du fait de la commercialisation des mêmes produits dans les mêmes Etats membres. Néanmoins cette dernière décision de la Cour de justice est loin de constituer un revirement de jurisprudence. En effet, si l'arrêt semble ouvrir la voie de la connexité et admettre une possible application de l'article 6§1 en matière de contentieux international du brevet européen, c'est parce que les sociétés ont commis des actes de contrefaçon à l'égard du même produit dans un même Etat, chacune violant la même partie du brevet européen valable dans cet Etat. En effet, une solution inverse aurait pour effet, selon l'Avocat général, de faire que « *chaque juridiction serait amenée à apprécier suivant le même droit finlandais l'atteinte portée par les défenderesses à la partie finlandaise du brevet européen du fait de la commercialisation d'un produit contrefait sur le territoire finlandais* ». Le risque de solutions contradictoires est donc flagrant ici, contrairement à l'affaire Roche, dans laquelle les juridictions saisies devaient apprécier des faits de contrefaçon différents pour tous les défendeurs et n'avaient pas, par conséquent, à appliquer le même droit.

Les conditions du lien de connexité sont donc remplies et si la Cour semble démontrer la possible application de l'article 6§1 en matière de contrefaçon de brevet européen, l'arrêt Solvay n'annonce pas de véritable assouplissement de ses conditions d'application. L'arrêt Painer rendu le 1er décembre dernier (aff. C-145/10) avait au contraire, laissé entendre que, lors de l'appréciation de l'existence du lien de connexité entre différentes demandes, l'identité des fondements juridiques des actions introduites n'était qu'un facteur pertinent et non une condition indispensable de l'application de l'article 6§1 (point 80).

Cette nouvelle jurisprudence de la Cour ne peut finalement qu'accélérer le souhait général de voir se mettre en place une juridiction unique compétente sur le brevet unitaire. La centralisation garantira une uniformisation bienvenue des décisions.

Julie GEMPTEL

Pierre-Emmanuel MEYNARD

Diane PELLET

Brèves

Révélation par l'ICANN de la liste des demandes des nouvelles extensions Internet

<.corsica>, <.lancome>, <.leclerc>, <.makeup>, <.total> seront peut être les gTLDS de demain. L'internaute habitué au <.com> et autres <.net> devra très prochainement s'habituer à voir apparaître sur le web plusieurs centaines de nouveaux noms de domaine génériques de premier niveau.

En effet, l'ICANN a révélé, le 13 juin dernier, la liste des 1930 candidatures déposées entre le 12 janvier 2012 et le 30 mai 2012 par les entités souhaitant acquérir une nouvelle extension générique.

Sans surprise, les Etats-Unis comptabilisent 911 demandes de candidatures ; la France 54 dont une dizaine de candidatures demandées par l'Oréal parmi lesquelles Lancôme, Beauty, Kerastase. L'entreprise française a même pris la précaution de poser une demande de candidature sur des signes chinois.

Les collectivités territoriales sont également présentes avec la demande de dépôt de <.alsace>, .aquitaine, <.bzh> (pour la Bretagne), <.corsica>, <.paris>. Le Club Med, Hermès, Canal Plus et la MAIF ont aussi déposé une demande.

Les premières extensions devraient être opérationnelles au premier semestre 2013. D'ici là, l'ICANN va procéder à une vérification administrative des dossiers et à une évaluation initiale des candidatures avec, entre autres, la délicate mission d'arbitrer entre pas moins de 8 entreprises réclamant le <.music>, 7 entreprises se disputant le <.news> et entre Google et Microsoft revendiquant le <.docs>.

Selon le vice-président de l'organisation, Kurt Pritz, l'ICANN devrait publier les résultats de ses évaluations initiales en décembre prochain ou en janvier 2013.

Brevet unitaire et juridiction unique : un débat houleux

Le brevet unitaire est un projet discuté depuis plusieurs années, qui vise à mettre en place un titre de brevet unique pour la plupart des pays membres de l'Union européenne ainsi qu'une juridiction unifiée pour ces brevets.

Fin mai, la présidence danoise et la future présidence chypriote ont publié une déclaration commune établissant une feuille de route pour le « paquet brevet », avec pour objectif un démarrage en 2014.

Ce paquet comprend deux propositions de règlements sur le brevet unitaire et l'accord sur la juridiction unifiée, qui aura compétence exclusive en matière de brevet unitaire et européen. Il a été décidé par le Conseil européen, le 29 juin dernier, que le siège de la division centrale de la cour de première instance serait situé à Paris et que deux sections de cette division centrale seraient basées à Munich et à Londres. Les chefs d'États et de gouvernements ont concédé le retrait des dispositions organisant le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Toutefois, les 3 et 4 juillet 2012, le Parlement Européen, qui devait débattre et voter sur le projet, a refusé de se plier à la volonté du Conseil concernant les modifications demandées et a renvoyé le texte en commission pour y être à nouveau examiné. Ainsi, le 10 juillet 2012, la commission des affaires juridiques du Parlement Européen a débattu et a violemment critiqué les méthodes des États membres. Le débat sur les dispositions du texte est rouvert et les eurodéputés sont invités à l'améliorer. Affaire à suivre...

Lancement d'une consultation publique sur l'Internet ouvert

La Commission Européenne a lancé le 23 juillet dernier une consultation publique sur la préservation de l'Internet ouvert, s'inscrivant dans le prolongement de son engagement en faveur de la neutralité du net.

Après une première consultation publique plus générale ouverte en juin 2010 sur le sujet et la publication d'une communication en avril 2011, elle a chargé l'Organe des régulateurs européens (ORECE) d'effectuer une analyse des aspects déterminants pour l'ouverture et la neutralité de l'Internet. Le 29 mai dernier, celui-ci a publié les résultats de son enquête, montrant que plusieurs opérateurs de réseau fixe et mobile et fournisseurs de services mettent en œuvre des restrictions d'utilisation (blocage ou limitation de débit pour certains services) touchant un nombre non négligeable d'abonnés en Europe.

Neelie Kroes, vice-présidente de la Commission Européenne, a effectivement précisé que « *les consommateurs ne disposent pas d'un réel choix en ce qui concerne les offres internet » ; ainsi, les éclairages apportés permettront « d'élaborer des recommandations qui élargiront le choix [...] et de formuler de véritables recommandations pratiques sur la base des conclusions de l'ORECE ».*

La Commission souhaite donc recueillir des avis sur certains aspects de la gestion du trafic, y compris sur les questions de respect de la vie privée, la transparence, en ce qui concerne notamment les performances réelles de l'Internet (vitesse et qualité) et les modalités du changement d'opérateur.
Les réponses à la consultation devront être remises avant le 15 octobre 2012.

Alexandra CHARNOIS

Laurène LABORDE

Marion PERRUCHE

Vers un nouveau cadre juridique pour la gestion collective des droits d'auteur dans l'Union européenne ?

Le 11 juillet dernier, Michel Barnier, Commissaire européen en charge du Marché Intérieur, a présenté la proposition de directive de la Commission sur la gestion collective des droits d'auteur et sur l'octroi de licences transfrontalières pour l'utilisation des œuvres musicales en ligne.

Contexte de la proposition

Les sociétés de gestion collective ou sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) centralisent la gestion des droits d'auteur en jouant le rôle d'intermédiaire entre les titulaires de droits et les utilisateurs des œuvres. Elles concèdent à ce titre des licences de droits et perçoivent les redevances qu'elles redistribuent ensuite aux titulaires de droits, évitant ainsi aux utilisateurs de négocier individuellement avec chaque auteur l'obtention d'une licence sur ses droits. Il en existe à ce jour plus de 250 dans l'UE gérant des recettes d'environ six milliards d'euros par an.

Cependant, le système actuel est loin d'être parfait. Les SPRD font ainsi régulièrement l'objet de critiques concernant les conditions de rémunération des auteurs. Ainsi, les redistributions, en principe effectuées de manière « équitable et proportionnelle », sont loin de l'être en pratique. Mais est aussi en cause la transparence dans la gestion des fonds suite à la perte en 2008 de 35 millions d'euros par la Société Italienne des Auteurs et des Editeurs ayant investi dans la banque Lehman Brothers juste avant sa faillite. Enfin, selon la Commission, seulement 27 à 45% des sommes collectées seraient redistribuées dans l'année et 10% des paiements seraient même versés aux auteurs avec trois ans de retard. De plus, une partie des sommes ne serait en réalité jamais redistribuée et serait finalement acquise par les SPRD à titre définitif.

En outre, la recommandation de la Commission en 2005 ouvrant à la concurrence les sociétés de gestion collective, a entraîné un morcellement des catalogues musicaux, rendant caducs les accords de réciprocité par lesquels les prestataires en ligne pouvaient acquérir les licences nécessaires sur les répertoires mondiaux auprès de la SPRD du pays concerné. Aujourd'hui, les exploitants en ligne tels qu'Apple via iTunes, Amazon, ou encore Deezer doivent négocier leurs licences pays par pays et répertoire par répertoire. Les conséquences néfastes se ressentent tant du coté des ayant droits, qui perçoivent tardivement les recettes des droits d'auteur, que du coté des prestataires numériques, certains services musicaux en ligne (Deezer, Spotifty etc.) n'étant pas accessibles dans tous les Etats européens.

Objectifs et contenu de la directive

La future directive vise donc, d'une part, à améliorer l'efficacité et la transparence de la gestion collective des droits d'auteur et, d'autre part, à faciliter « *la concession de licences de droits d'auteur multiterritoriales et multirépertoires pour l'utilisation d'œuvres musicales en ligne dans l'Union européenne* », afin de favoriser le développement et l'accès à l'offre numérique légale.

Afin de promouvoir cet objectif de transparence, la Commission souhaite ainsi mettre en place une meilleure répartition des montants, une rémunération plus rapide des artistes ainsi que l'élaboration d'un rapport annuel de transparence, qui contribuera à une meilleure « *transparence des flux financiers générés par l'exploitation des droits d'auteur* ». L'institution européenne recommande enfin une codification des pratiques ainsi qu'« une participation des titulaires de droits dans le processus décisionnel ».

Les licences multiterritoriales existent déjà en pratique, mais elles sont rares et généralement imprécises quant à leur étendue. Aussi, afin de favoriser la concession de ce type de licences, la Commission a prévu la création d'un « passeport » pour les sociétés de gestion souhaitant acquérir le statut de « guichet unique européen ». Elles devront pour ce faire répondre à un certain nombre de critères tenant notamment à leur capacité à maintenir à jour une base de données des œuvres représentées, un suivi de leur exploitation à l'échelle européenne, mais aussi à effectuer des comptes-rendus à l'attention des ayants droit. Ce statut leur permetttra d'afficher leur capacité à distribuer efficacement des licences transfrontalières. L'avantage pour les exploitants de musique en ligne sera substantiel puisqu'ils pourront conclure, avec une SPRD, une licence multiterritoriale et multirépertoire couvrant toute l'UE et n'auront alors plus besoin de négocier les licences pays par pays.

Critiques de la proposition

Pourtant, l'accueil de cette proposition par les SPRD et certains ayants droit a été plus que mitigé.

Tout d'abord, la SACD se dit « *scandalisée* » par la méthode d'élaboration de la directive qui s'est faite en dehors de toute concertation avec les représentants des auteurs de l'audiovisuel.

Ensuite, la SCAM et la SACD dénoncent le manque de prise en compte des spécificités du domaine audiovisuel et reprochent à la Commission sa vision de la gestion collective à travers le prisme de la musique, au détriment des auteurs de l'audiovisuel. La directive aurait ainsi pour conséquence un fractionnement des droits audiovisuels alors que les auteurs ont besoin d'apporter l'ensemble de leurs droits à une SPRD afin de pouvoir négocier au mieux leur rémunération.

La critique principale tient à ce que la Commission européenne privilégie l'intérêt des agents et opérateurs commerciaux au détriment des sociétés de gestion collective et des auteurs. Les grands groupes musicaux (éditeurs et maisons de disques) seraient donc encore plus favorisés qu'ils ne le sont actuellement (suite à l'ouverture des SPRD à la concurrence, ceux-ci ont pu créer leurs propres sociétés de gestion).

Sur ordre ministériel, le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) s'est saisi d'urgence de la proposition de directive. Sylvie Hubac, présidente du CSPLA, vient ainsi de lancer deux missions « rapides », respectivement confiées à Valérie-Laure Benabou et Jean Martin, destinées à analyser la proposition de directive. Les études seront présentées au Conseil fin octobre.

Floriane CHARTIER

Amélie LEBRETON

The giants of digital technology on the boxing ring again

The decision

It is in the middle of a fierce battle opposing Apple and Samsung around the world that was issued the long-awaited decision of the United States District Court for the Northern District of California, San Jose Division, on the last August 24th. The jury agreed with the American giant, and condemned Samsung to pay US$ 1,049,393,540 to Apple for damages.

In this case, on the one hand, Apple claimed, besides a trade dress infringement, the violation of three utility patents relating to some usability features (notably the pinch to zoom and the double tap) and four design patents about the shape (a rectangle with rounded corners) and the interface (icons grouped intuitively) of the iPhone and the iPad. On the other hand, Samsung claimed the invalidity of Apple's utility patents and the violation of its own patents concerning the 3G technology.

As a result, by means of a simple multiple choice questionnaire, the Court rejected outright the South-Korean giant's claims. Indeed, it decided that Samsung had infringed, and for most intentionally, Apple's intellectual property rights, counterfeiting six of the seven invoked patents.

Immediately after the deliberation, Samsung expressed its intention to introduce an appeal. Due to congestion on California Court of Appeal, the review of the case is estimated to take place around 2014. During this time we can imagine that Samsung will innovate to concurrence Apple's technology and not lose market shares.

"Consumers are the losers" of this decision said the South-Korean giant, but in reality is it not a technological breakthrough that consumers are above all looking for?

"For all, we will need to make the creation an ambition, the invention a requirement, the novelty a necessity" (Jacques Attali).

The patents' protection

The complete victory of Apple in the American case may come as a surprise in the intellectual property field.

This decision allows us to focus on the protection given by the U.S. patents: there is no exclusion to claim patent protection because, according to the famous case Diamond vs. Chakrabarty issued by the U.S. Supreme Court in 1980, *"anything is protectable under the sun"* except the human being.

Contrary to French patents, it requires an invention of "technical nature". That is certainly why the American jury asserted the validity of Apple's patents in this case. In the United States, inventions are, obviously, more widely protected.

Nevertheless, the American Patent Act of 1952 introduced a strict prior review of the conditions of patentability in order to limit monopolies. Despite everything, the cleavage between U.S. patent protection and French patent protection remains.

If patents were originally dedicated to encourage companies to innovate by ensuring a limited monopoly for a few years, it seems that Apple took this opportunity to exclude any competition including protecting its designs, by the design patents. Indeed, patents have become *"real weapons to stop the innovation"* (Virginia Malbos).

In addition, to understand this decision, we must not forget that the case was decided by a civilian jury, who does not know the subtleties of industrial property.

Was this victory of the American giant torn or really deserved? Worldwide, judges have had to know of the question and have not always ruled in favor of Apple.

The following steps

It is important to note that this decision is not the only one: indeed, this is not the only battle taking place between these two giants around the world. Both companies consequently initiated an endless process of attacks and counter-attacks with complaints for patents violation on all continents (almost fifty proceedings).

In these other cases, it can be observed that Apple is not always the great winner: British judges as well as Dutch judges rejected Apple's claims, whereas in Seoul, the birth nation of Samsung, the two competitors have both been condemned for infringement. More recently, on last August 31th, Tokyo's Tribunal decided that the products of the south-Korean giant did not infringe Apple's patents.

Because of the diversity of laws, the American decision shall not be expected to have a great impact on the various proceedings taking place in other countries, such as France, United Kingdom or Germany.

However, this decision is not a good omen for Samsung to the extent that it could be designated as a "counterfeiter" all around the world. It may affect its development, its reputation and its image, so it appears necessary for this giant of telephony to clearly distinguish its products in the upcoming months.

In the end, Apple may have won a battle, but it certainly has not won the war and the hostilities are obviously not over.

Coralie BENARD

Lucille JUMEL

Interview

Marie-Aimée de Dampierre

Avocat associé,
Cabinet Hogan Lovells

Palimpseste : Pouvez-vous brièvement nous raconter votre parcours ?

Marie-Aimée de Dampierre : J'ai débuté par une Maîtrise de droit des affaires - fiscal. C'est, à l'époque, une intervention en cours de droit des affaires qui m'a donné le goût de la propriété intellectuelle. J'ai donc par la suite fait un DESS de propriété industrielle, puis travaillé chez Novamark en tant que ce qui serait l'équivalent aujourd'hui de Conseil en propriété industrielle, spécialité marques. Après avoir passé l'examen pour rentrer à l'Ecole du Barreau, j'ai effectué une collaboration au sein du cabinet Duclos Thorne et Mollet Vieville. J'y suis restée pendant huit ans, et y ai appris le contentieux de la propriété intellectuelle. Parallèlement, j'ai aussi passé l'examen d'avocat spécialisé en la matière. Ce que j'ai toujours, et dès mes débuts, beaucoup apprécié dans notre domaine, outre l'intérêt de la matière et des dossiers, c'est de travailler avec des confrères et/ou juristes que nous connaissons en général bien et avec lesquels nous entretenons souvent des liens d'amitié. J'ai ensuite rejoint le cabinet Lovell White Durrant, devenu Lovells, puis Hogan Lovells en 2010. Je me suis alors et définitivement spécialisée en droit des marques, droit d'auteur, dessins et modèles et concurrence déloyale. Je suis aujourd'hui en charge de la pratique Propriété Intellectuelle du bureau parisien de Hogan Lovells dont je suis aussi l'associé gérant.

P : Que pensez-vous d'une future fusion entre les métiers d'avocat et de CPI ?

MADD : Ce projet a fait couler beaucoup d'encre ! Je pense qu'il est raisonnable de distinguer la situation entre les Conseils propriété industrielle, spécialité marques, d'une part, et les Conseils en propriété industrielle, spécialité brevets, d'autre part.
Les premiers sont pour la plus grande part titulaires d'un Master I de droit. La passerelle dont ils bénéficient leur permet de devenir avocats au bout de quelques années d'exercice de leur métier initial. La profession d'avocat est donc pour eux aisément accessible et cela ne pose pas de problème particulier d'intégration. C'est une réalité qu'il faut simplement accompagner par une formation continue adaptée. Pour ma part, je trouve que c'est une bonne chose.
Pour les conseils de la spécialité brevets non diplômés en droit, la problématique est toute autre. La fusion pendant un temps envisagée s'est d'ailleurs heurtée à cette réalité et elle n'est plus, pour l'heure tout du moins, à l'ordre du jour.

P : La fusion du cabinet américain Hogan & Hartson avec le cabinet anglo-saxon Lovells est présentée comme un modèle de réussite.
Quel regard portez-vous sur cette fusion et comment l'avez-vous vécue dans votre secteur?

MADD : Cette fusion transatlantique de deux cabinets de taille et de réputation équivalente avait été préparée avec soin. Elle marquait la volonté d'offrir à nos clients une couverture globale. De fait, Lovells était un cabinet majoritairement européen, avec quelques bureaux en Asie, aux Etats-Unis et aux Emirats, tandis que Hogan & Hartson avait une présence principalement américaine avec quelques bureaux en Europe et en Asie également. Au moment du rapprochement, nous avions déjà des clients communs, une véritable volonté de créer des synergies en profitant de notre organisation par pratiques et groupes d'industrie, et cette ambition de continuer à développer notre activité de façon globale. Il y a bien évidemment eu une nécessaire période d'adaptation, pour concilier nos approches par exemple en matière de « *business development* ». Mais grâce à cette fusion, nous avons aujourd'hui des dossiers d'envergure que nous n'aurions pas traités auparavant. La structure internationale du cabinet est tout à fait enrichissante et passionnante. Et il nous reste encore énormément à faire pour continuer à nous développer.
En ce qui concerne plus particulièrement ma pratique, la propriété intellectuelle, celle-ci continue de grandir. Nous sommes plus de 400 à exercer dans cette spécialité. De nombreux recrutements sont récemment intervenus, aux Etats-Unis. Nous comptons poursuivre dans cette voie.

Mathilde DAUMAS CONDOMINES

Eva NAUDON