

Internet face à la loi Evin

Heineken condamnée pour avoir fait de la publicité sur internet

▶ Par une ordonnance du 8 janvier 2008 (1), le juge des **référés** du Tribunal de grande instance de Paris s'est prononcé sur la publicité des boissons alcoolisées sur le réseau Internet.

▶ Le brasseur Heineken avait été assigné par l'ANPAA (Association Nationale de Prévention en Alcoologie et Addictologie) à la suite de la diffusion d'une **publicité en faveur de la bière** sur son site Internet.

▶ L'ANPAA a demandé le retrait des publicités litigieuses en raison du **trouble manifestement illicite** qui en résultait. Elle se fondait notamment, sur l'article L 3323-2 du Code de la santé public qui dresse la liste des **supports publicitaires** "exclusivement" et donc **limitativement autorisés** à diffuser la publicité, en faveur des boissons alcooliques.

▶ Parmi les supports autorisés figure notamment la publicité "*sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants (...), de messages, de circulaires commerciales (...), dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L 3323-4 (sur le contenu des messages publicitaires) et les conditions de vente des produits qu'ils proposent*".

Les enjeux

Pour les annonceurs, l'enjeu est de faire entrer les messages électroniques dans les supports autorisés à diffuser de la publicité en faveur des boissons alcooliques

(1) TGI Paris, 8/01/2008, disponible sur <http://www.alain-bensoussan.com/documents/248738.pdf>

L'interprétation stricte d'un texte d'incrimination pénale

▶ L'énumération des supports autorisés à diffuser de la publicité en faveur des boissons alcoolisées **ne mentionne pas les messages électroniques** et le support internet, lesquels sont par conséquent totalement interdit.

▶ Le juge des référés par une **interprétation stricte** et littérale du Code de la santé public, n'a pas retenu l'argument du brasseur selon lequel, les visuels, les jeux et les animations sonores relatifs à sa bière relevaient de la **publicité autorisée « sous forme d'envoi »** par les producteurs (2). En l'espèce, il a de plus considéré que ces publicités n'étaient pas « envoyés » mais mis à la disposition sur le site internet du brasseur.

▶ Le juge a ordonné le **retrait** du site Internet de la publicité en faveur de la bière sous **astreinte de 3000 euros par jour** de retard au motif que la publicité faite par le producteur d'alcool "*par messages électroniques diffusés sur son site Internet, emprunte un support qui n'entre pas dans l'autorisation limitative de l'article L 3323-2 du Code de la Santé Publique*".

Les perspectives

Si cette décision venait à être confirmée, seule une intervention législative consistant à intégrer internet dans la liste des supports autorisés, permettrait la publicité en faveur des boissons alcoolisées sur le réseau.

(2) Art. L 3323-2, al. 4 du Code de la santé public.

Céline Avignon
celine-avignon@alain-bensoussan.com

Informatique

La protection du patrimoine informationnel de l'entreprise

Préserver le patrimoine immatériel de l'entreprise

▸ Le CIGREF et la Fédération de l'ILM, du Stockage et de l'Archivage (FEDISA) ont publié fin 2007 un **livre blanc** sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise, à savoir « *l'ensemble des données, protégées ou non, valorisables ou historiques, d'une personne physique ou morale* ».

▸ Le passage des entreprises à une **économie de réseaux** fondée sur la connaissance implique pour tout chef d'entreprise, d'analyser les différentes composantes de son patrimoine informationnel (**système d'information** et **processus organisationnel**) : savoir-faire, brevets, bases de données, logiciels, etc.

▸ Par ailleurs, pour un **archivage électronique** conforme aux **normes** en vigueur (2), il convient de mettre en place des dispositifs d'archivage susceptibles d'assurer la disponibilité, l'accessibilité, la pérennité, l'intégrité et la confidentialité des données, ainsi que des moyens d'identification, d'authentification et de traçabilité des accès aux données.

▸ L'archivage électronique du patrimoine informationnel de l'entreprise va haut elà de la dématérialisation des documents papiers Il doit également prendre en compte le **cycle de vie des informations**.

▸ Dès lors, la protection du patrimoine informationnel correspondra aux risques qui entourent l'**obsolescence des données**.

Définir une politique interne de sécurité

▸ La sécurité juridique du patrimoine informationnel de l'entreprise implique la protection des informations en elles-mêmes par les différents **droits de la propriété intellectuelle**, notamment le droit d'auteur, le droit des bases de données, le droit des brevets, le droit des marques, le droit des dessins et modèles, la protection du savoir-faire et du secret de fabrique, la protection des signes distinctifs et les **mesures techniques** de protection et d'information.

▸ Le rapport préconise la création d'une **charte d'utilisation** des communications électroniques, ainsi que l'insertion de **clauses de confidentialité** dans les contrats de travail, les règlements intérieurs et les contrats avec les tiers.

▸ L'accent est également mis sur la définition du rôle et des responsabilités du personnel interne concerné : **DSI** (Directeur des Systèmes d'Information), **RSSI** (Responsable Sécurité des Systèmes d'Information), **RSI** (Responsable Sécurité de l'Information).

▸ Le rapport distingue plusieurs volets concernant la **responsabilité du chef d'entreprise**, notamment au regard de la **loi informatique et libertés**, en ce qui concerne les données à caractère personnel et la sécurité exigée.

▸ Sa responsabilité peut aussi être engagée en matière **civile** pour des fautes qui viendraient à être commises par un salarié. Enfin, la responsabilité **pénale** du chef d'entreprise peut être mise en cause pour certains types d'atteintes au patrimoine informationnel de l'entreprise (accès frauduleux, atteintes volontaire à l'intégrité des données, etc.).

L'enjeu

Informers les chefs d'entreprise sur la protection et l'enrichissement du patrimoine informationnel au regard de l'archivage électronique.

(1) Disponible sur : <http://www.alain-bensoussan.com/documents/248848.pdf>

(2) Normes AFNOR Z42-013 et Z43-400, normes NF ISO 15489-1 et FD ISO 15489-2.

L'essentiel

Ce rapport présente de manière synthétique les principaux éléments techniques et juridiques attachés au patrimoine informationnel, composante du patrimoine immatériel de l'entreprise Il précise les instruments juridiques susceptibles de permettre l'établissement d'une politique globale de sécurité au sein de l'entreprise.

Pierre Saurel
pierre-saurel@alain-bensoussan.com

Communications électroniques

Vente en ligne : de nouvelles clauses abusives à retirer des conditions générales de vente

La Commission des clauses abusives a contrôlé de nouveaux contrats

L'enjeu

▶ Le 24 décembre dernier, la Commission des clauses abusives a publié une **nouvelle recommandation** relative aux contrats de **vente mobilière** conclus par internet (1) qui préconise d'éliminer, dans les contrats de commerce électronique passés avec des consommateurs ou des non professionnels, pas moins d'une **quinzaine de clauses**, dont certaines assez courantes comme celles conférant au professionnel le droit :

- de modifier unilatéralement le prix ;
- d'ajouter unilatéralement le coût d'une livraison qui n'a pas été contractuellement fixé ;
- de refuser, pour quelque raison que ce soit, au consommateur la possibilité de confirmer l'acceptation de l'offre ;
- de stipuler que la date de livraison n'est donnée qu'à titre indicatif, etc.

▶ Cette recommandation pourrait, certes, être considérée simplement comme une recommandation de plus, sans impact majeur sur les conditions générales de vente en ligne puisque la **Commission des clauses abusives** n'a qu'un simple **pouvoir consultatif**.

▶ En effet, pour qu'une clause soit déclarée comme abusive encore faut-il qu'elle passe devant un juge qui la déclare comme telle.

▶ La sanction est alors uniquement la **nullité de la clause**, nullité qui ne s'étend pas à l'ensemble du contrat.

Faire disparaître des modèles de convention habituellement proposés par des vendeurs professionnels de biens mobiliers à leurs cocontractants consommateurs, des clauses à caractère abusif.

(1) Recommandation n°07-02 parue au BOCCRF du 24 décembre 2007.

Auditez vos conditions générales de vente en ligne

Les conseils

▶ Au vu de ce qui a été relevé par la Commission des clauses abusives au sein des modèles de convention habituellement proposés par des vendeurs professionnels de biens mobiliers, il est sans doute temps d'**auditer vos propres conditions de vente en ligne**.

▶ La présence de certaines de ces clauses risque surtout d'**anéantir les contrats** électroniques passés en application de ces conditions générales de vente. C'est le cas des clauses portant sur un **élément essentiel** du contrat ou des clauses sans lesquelles l'une des parties n'aurait pas contracté.

▶ Ainsi, la Commission des clauses abusives signale comme telle, la clause « *qui a pour objet ou pour effet de permettre au professionnel de refuser [...] au consommateur la possibilité de confirmer l'acceptation de l'offre* ».

▶ L'article 1369-5 du Code civil soumet en effet, la validité du contrat électronique à la faculté du consommateur de confirmer le détail de sa commande après l'avoir vérifié selon la procédure dite du « **double clic** ».

▶ A défaut de respecter cette procédure, le commerçant s'expose donc au **risque de nullité du contrat électronique** lui-même. L'exemple pourrait être répété et l'enjeu pour les professionnels mérite de s'y arrêter.

Auditer vos propres conditions de vente en ligne.

Philippe Ballet
philippe-ballet@alain-bensoussan.com

Concurrence

Les engagements de Skyteam sur l'ouverture de liaisons aériennes à la concurrence

La position de Skyteam sur le marché du transport aérien

► SkyTeam est l'alliance de **onze compagnies aériennes** importantes, regroupées en vue, notamment, de proposer à leurs passagers un plus grand nombre de fréquences à travers le monde.

► Une telle alliance étant susceptible d'engendrer des **pratiques commerciales restrictives**, notamment d'**entente illicite**, cette situation a conduit la **Commission européenne** à mener une **évaluation préliminaire** des pratiques de certains membres de SkyTeam, suivie de propositions d'engagements émanant des compagnies aériennes concernées, comme le prévoit un règlement européen du 16 décembre 2002 (1).

► Selon la Commission, l'alliance entre compagnies aériennes n'est pas en soi contraire à l'article 81 du traité CE, dans la mesure où ce rapprochement favorise le plus souvent **une meilleure compétitivité** débouchant sur des prix plus attractifs pour les passagers.

► La Commission a estimé toutefois que la coopération entre huit des onze membres de SkyTeam sur un certain nombre de liaisons aériennes dans le monde risquait « *d'avoir des effets anticoncurrentiels compte tenu de la forte position sur le marché des membres de SkyTeam concernés, combinée à d'importants obstacles à l'entrée* » de concurrents sur le marché du transport aérien.

► En effet, les membres de l'alliance disposent d'un avantage de fréquences lié à la rareté des ressources aéroportuaires, laissant peu de place aux nouveaux entrants. Enfin l'existence d'un **programme de fidélisation commun** permet à SkyTeam d'offrir aux passagers un plus grand nombre de correspondances, des fréquences élevées et des connexions rapides dans le monde entier.

La portée des engagements de Skyteam

► La Commission européenne a publié le **19 octobre 2007** une communication (2) concernant les engagements pris par les huit membres concernés de l'alliance SkyTeam, dont la compagnie aérienne **Air France**, sur **l'ouverture à la concurrence de liaisons aériennes** sur des paires de villes de l'Union Européenne, entre l'Union européenne et les Etats-Unis et sur la liaison Paris-Séoul.

► Ce texte invite les acteurs du marché à présenter leurs observations sur les **propositions de l'alliance**, lesquelles tendent principalement à faciliter l'exploitation des lignes en cause par de nouveaux entrants, notamment par la libération de créneaux horaires, la conclusion d'accord d'interlignes, le partage de son programme de fidélisation et la simplification des services de transport intermodal de passagers.

► Les membres de Skyteam ont proposé de désigner un **administrateur** en charge du **contrôle** du respect de leurs **engagements**, lesquels pourraient être rendus **obligatoires** par la Commission européenne si elle estimait qu'ils sont susceptibles de répondre valablement aux problèmes de concurrence posés. A défaut la Commission pourrait poursuivre la procédure et adopter éventuellement une décision d'interdiction de l'alliance sous sa forme actuelle.

Les enjeux

Favoriser la compétitivité en évitant toutes pratiques commerciales restrictives dans le secteur du transport aérien, notamment d'entente illicite.

(1) Règlement CE n° 1/2003 du 16/12/2002, Art. 9 § 1.

Les conseils

(2) Communication de la Commission européenne JOUE (C) 245 du 19/10/2007.

Doris Marcellesi

doris-marcellesi@alain-bensoussan.com

Valérie Leperlier-Roy

valerie-leperlier-roy@alain-bensoussan.com

Achats publics

La dématérialisation des marchés publics : perception et perspectives...

Etat de la pratique des acteurs de la commande publique

Depuis son apparition en 2001 dans le Code des marchés publics (1), la **dématérialisation des procédures** de passation des marchés publics n'a cessé de faire débat ; l'objectif du « zéro papier » apparaît, six ans plus tard, très difficile à atteindre.

L'initiative de l'**Observatoire économique de l'achat public** d'opérer une vaste **enquête qualitative** arrive à point nommé pour remobiliser l'ensemble des acteurs. Cette enquête, menée auprès de 33 acteurs de la commande publique est révélatrice des **craintes des acheteurs publics** qui se focalisent aujourd'hui essentiellement sur les dernières évolutions du Code des marchés publics et la **multiplication des recours** juridiques et des annulations de marchés.

Si l'étape de consultation des avis et de téléchargement des dossiers de consultation est entrée dans la pratique, le principal frein au développement de la dématérialisation demeure le **dépôt des offres par voie électronique**.

La véritable **réussite** de la dématérialisation, qui se traduit aujourd'hui par la mise en ligne des dossiers de consultation et par leur téléchargement par la majorité des entreprises, est **tempérée** par le nombre restreint des offres dématérialisées au regard du total des offres reçues du fait de la relative désaffection des acteurs de la commande publique pour l'offre électronique.

Esquisse des perspectives d'avenir de la dématérialisation

L'enquête de l'Observatoire économique de l'achat public présente le mérite de dresser un **bilan sans concession** de l'état de la dématérialisation des marchés publics, qui devrait être prochainement suivi d'une série de **propositions** destinées à **donner une impulsion** sans précédent à ce mouvement inéluctable de modernisation.

D'ores et déjà sont évoqués la **labellisation** des **plates-formes**, l'accompagnement des opérateurs économiques dans leurs réponses en ligne, l'obligation de publication des dossiers de consultation en ligne, l'extension de l'obligation de dématérialisation aux procédures adaptées ou l'établissement d'une liste de secteurs économiques pour lesquels la dématérialisation serait obligatoire.

L'**avenir** de la dématérialisation demeure encore **incertain** au regard des difficultés rencontrées par l'ensemble des acteurs et de l'absence de volonté commune des acheteurs et des entreprises pour se sensibiliser mutuellement.

Si les premiers considèrent que les pouvoirs publics ne mettent pas en place une **véritable politique de dématérialisation** soutenue par des textes dédiés à cette problématique, les seconds reprochent aux premiers l'absence de toute démarche incitative qui leur permettrait de répondre régulièrement par voie dématérialisée.

Si inéluctable que soit la généralisation de la dématérialisation, il revient aujourd'hui aux pouvoirs publics de **faire preuve d'innovation**

L'enjeu

Impulser une dynamique propice à la généralisation de la dématérialisation à toutes les étapes de la procédure et non plus seulement en phase amont des appels d'offres, ainsi qu'il est pratiqué actuellement par les acheteurs publics et les entreprises.

(1) Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001.

(2) Code des marchés publics 2004, art. 6 et Arrêté du 28 août 2006

Le calendrier

A compter du 1er janvier 2010, le pouvoir adjudicateur pourra exiger la transmission des candidatures et des offres par voie électronique (Code des marchés publics, art. 56 III 2°). Il reste à savoir quel usage les acheteurs feront de cette faculté qui leur est accordée.

François Jouanneau
francois-jouanneau@alain-bensoussan.com

Informatique & libertés

L'annulation d'un dispositif d'alerte professionnelle pour non conformité

L'essentiel

La loi du 6 janvier 1978 non respectée...

► En **octobre 2007**, le tribunal de grande instance de Nanterre a **annulé** un dispositif d'alerte professionnelle implémenté au sein d'un grand groupe en 2004, en faisant partiellement droit aux contestations de la fédération CGT de la métallurgie (1).

► Le tribunal a en effet jugé que le dispositif d'alerte instauré n'était **pas conforme** aux dispositions des articles 6, 7, 32, 34 et 36 de la loi du 6 janvier 1978 et qu'il devait en conséquence être annulé.

► Il s'agissait de **permettre à toute personne** ayant connaissance d'un manquement sérieux aux principes décrits par le Code de bonne conduite du groupe en matière comptable, financière ou de lutte contre la corruption, **de signaler** ce manquement aux personnes compétentes du groupe lorsqu'était mis en jeu « *l'intérêt vital du groupe ou l'intégrité physique ou moral d'une personne* ».

► Même si, aujourd'hui, le droit du travail, le droit pénal ou encore le droit boursier, permettent de mettre en œuvre de tels dispositifs d'alerte professionnelle (« **whistleblowing** ») et que les prérogatives du chef d'entreprise l'autorise, sans aucun doute, à y recourir, il n'en reste pas moins vrai qu'ils doivent aussi respecter certaines exigences en terme de **proportionnalité** et de protection des personnes.

Il résulte de l'article 7 de la loi Informatique et libertés que les dispositifs d'alerte ne peuvent être considérés comme légitimes que du fait de l'existence d'une obligation législative ou réglementaire imposant la mise en place de tels dispositifs ou du fait de l'intérêt légitime du responsable du traitement dès lors que celui-ci est établi et sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée.

Des données recueillies illégalement...

► Le tribunal a considéré qu'en l'espèce, la **notion de manquement grave** lorsque était « *mis en jeu l'intérêt vital du groupe (...) ou l'intégrité physique ou moral d'une personne* » apparaissait **trop vaste**.

► Les juges ont également considéré que le code de bonne conduite du groupe ne prévoyait ni une **formation spéciale**, ni une **obligation renforcée de confidentialité** des personnes chargées de recueillir et de traiter des alertes professionnelles pour **préserver la sécurité** des données recueillies.

► En outre, selon les articles 6 et 32 de la loi Informatique et libertés, la personne qui fait l'objet d'une alerte doit être **informée** par le responsable du dispositif dès l'enregistrement de données la concernant afin de lui **permettre de s'opposer** au traitement de ces données, ce qui n'était pas prévu par le présent dispositif d'alerte.

► En conséquence, les **données recueillies** dans le cadre du dispositif d'alerte l'ont été **illégalement** et ont donc du être détruites.

(1) TGI Nanterre, 19/10/2007 RG n°06/06460, disponible sur notre site : <http://www.alain-bensoussan.com/pages/915/>

Chloé Torres
chloe-torres@alain-bensoussan.com

Propriété intellectuelle

Peut-on utiliser comme signe distinctif le nom d'une collectivité territoriale ?

L'assimilation du nom d'une collectivité territoriale au patronyme

L'enjeu

▸ Il est fréquent de choisir le nom d'une collectivité territoriale pour désigner ses produits et services ou **identifier** son entreprise ou ses activités notamment lorsque l'on veut mettre l'accent sur une **localisation géographique**.

▸ La Cour d'appel de Paris a rendu le **12 décembre 2007**, un arrêt (1) qui doit conduire à la plus extrême prudence.

▸ Elle considère en effet qu'« à l'instar d'une personne physique ou d'une personne morale, une **collectivité territoriale est en droit de protéger son nom contre toute exploitation commerciale injustifiée, notamment lorsqu'un tiers, en déposant une marque, sera susceptible de lui causer un préjudice soit en l'empêchant de tirer profit de la commercialisation de son nom, soit en nuisant à son identité, son prestige ou sa renommée** ».

▸ Cette décision **renforce la protection** attachée au nom d'une collectivité territoriale par rapport aux décisions antérieures qui avaient accueilli favorablement, sur le fondement du **risque de confusion**, les actions introduites par des collectivités territoriales tendant à **obtenir l'annulation de marques** et/ou de noms de domaine déposés par des tiers, construits avec le nom de la collectivité territoriale demanderesse (2).

Ne pas risquer de porter atteinte aux droits d'une collectivité territoriale en adoptant une marque de produits ou de services composée avec le nom d'une collectivité territoriale.

(1) CA Paris 4^e ch. sec. A 12/12/2007, Ville de Paris.
(2) TGI Paris, 3^e ch., 14/03/2007; CA Versailles, 12^e ch., 13/09/2007.

Le périmètre de protection défini par les domaines d'intervention

Les conseils

▸ Dans le cas d'espèce, contrairement aux décisions antérieures, les juges ne motivent pas expressément leur décision sur le risque de confusion entre les services visés par la marque PARIS L'ETE déposée notamment pour désigner des « **services de diffusion de programmes de radio ou de télévision et des services de présentation au public d'œuvres plastiques, de littérature à but culturel ou éducatif** » et les activités de la Ville de Paris.

▸ Les juges relèvent néanmoins que la **Ville de Paris** organise de **nombreuses manifestations** lors de la saison d'été, dans les domaines culturel, économique et touristique et qu'elle fait connaître ces événements, qui lui permettent de développer sa **renommée**, par le biais de différents médias d'information.

▸ Elle utilise dans ce contexte, son nom associé au mot L'ETE. Dès lors, le dépôt de la marque PARIS L'ETE, qui crée un **monopole d'exploitation** au profit d'un tiers, prive la Ville de Paris de la possibilité d'exploiter son nom pour désigner ses propres activités et pour en contrôler l'usage.

▸ Ils prononcent donc **l'annulation de la marque PARIS L'ETE** sur les fondements de l'atteinte aux droits de la Ville de Paris sur son nom (art. L.711-4 du Code de la propr. intellect.) et du risque de tromperie en raison de l'apparence de garantie officielle que la marque revêtait (art. L711-3 du Code de la propr. intellect.).

Identifier les domaines d'intervention d'une collectivité territoriale avant d'envisager d'adopter un signe distinctif composé avec le nom d'une collectivité territoriale.

Veiller à ne pas conférer au signe distinctif une apparence trompeuse de garantie officielle.

Laurence Tellier Loniewski
laurence-tellier-loniewski@alain-bensoussan.com
Anne-Sophie Cantreau
anne-sophie-cantreau@alain-bensoussan.com

Fiscalité et sociétés

La réforme du crédit d'impôt recherche

Un nouveau dispositif applicable depuis le 1^{er} janvier 2008

▸ Dans le cadre de la politique de promotion de l'innovation, la **loi de finance pour 2008** (1) a réformé le crédit d'impôt recherche.

▸ Le crédit d'impôt recherche était jusqu'alors égal à la somme d'une part en volume égal à 10 % des dépenses de recherche exposées au cours de l'année et d'une part en accroissement égal à 40 % de la différence entre les dépenses exposées au cours de l'année et la moyenne des dépenses exposées au cours des deux années précédentes et plafonné à 16 millions d'euros.

▸ Le **nouveau régime** adopté par la loi de finances pour 2008 a **supprimé** la part en accroissement ainsi que **le plafond** et a **augmenté le taux** du crédit d'impôt recherche.

▸ Il en résulte donc que le montant du crédit d'impôt recherche imputable sur le montant de l'impôt dû est désormais calculé en faisant application des taux du crédit d'impôt recherche **sur l'intégralité des dépenses** de recherche éligibles à ce crédit d'impôt exposées au cours de l'année et **n'est plus plafonné**.

L'enjeu

Rendre le crédit d'impôt recherche plus simple et plus attractif en prévoyant la suppression de la part en accroissement, ainsi que du plafond et l'augmentation des taux du crédit d'impôt recherche.

(1) Loi 2007-1822 du 24 décembre 2007.

Un dispositif plus simple et attractif

▸ Les nouveaux taux du crédit d'impôt recherche applicables sur les dépenses de recherche exposées à compter du **1er janvier 2008** sont désormais les suivants :

- **30 %** sur la fraction des dépenses exposées au cours de l'année, inférieure ou égale à 100 millions d'euros ;

- **5 %** sur la fraction des dépenses exposées au cours de l'année, qui excède 100 millions d'euros.

▸ Par ailleurs, le nouveau dispositif instaure une **majoration des taux** du crédit d'impôt recherche pour les entreprises qui réalisent des dépenses de recherche pour la première fois. Ces taux sont les suivants :

- **50 %** au titre de la première année qui suit une période de 5 années consécutives au titre desquelles l'entreprise n'a pas bénéficié du crédit d'impôt recherche ;

- **40 %** au titre de la deuxième année qui suit une période de 5 années consécutives au titre desquelles l'entreprise n'a pas bénéficié du crédit d'impôt recherche.

▸ Enfin, et pour une plus grande **sécurité juridique** du dispositif du crédit d'impôt recherche, des aménagements ont été apportés, d'une part, à la **procédure de rescrit** permettant à une entreprise d'interroger l'administration fiscale sur l'applicabilité de ce nouveau régime à leur projet et, d'autre part, à la procédure de contrôle par l'administration fiscale.

L'essentiel

Les sociétés commerciales peuvent bénéficier du crédit d'impôt au titre des dépenses de recherche exposées au cours de l'année imputable sur la montant de l'impôt dû.

Les activités concernées sont les activités de recherche fondamentale, de recherche appliquée et les opérations de développement expérimental.

Les dépenses ouvrant droit aux crédits d'impôt sont énumérées à l'article 244 quater B, II du CGI.

Pierre-Michel Sauvage
pierre-michel-sauvage@alain-bensoussan.com

Relations sociales

Evaluation des salariés : le CHSCT doit être consulté (suite) !

▸ Dans la droite ligne de l'arrêt rendu par la cour de Cassation (1), la Cour d'appel de Paris vient de juger (2) que tout projet de mise en place d'un dispositif d'écoutes et d'enregistrements de chargés de clientèle doit donner lieu à la consultation du CHSCT, motif pris que :

- le fait, pour les opérateurs, d'être **enregistrés automatiquement** est, par nature, un **facteur** non négligeable **d'accroissement du stress** et de la charge psychique, dès lors que le manque d'autonomie renforce la pénibilité du travail ;
- la connaissance, par ces opérateurs, d'un enregistrement aléatoire de leurs communications professionnelles est un **facteur de limitation de leur autonomie** ;
- une telle incidence est accrue par le fait qu'un tel enregistrement, associé aux écoutes, est un **élément de leur évaluation**.

▸ Selon la Cour, un tel projet induit un **contrôle accru** de l'activité des salariés, en y associant des notations et sanctions possibles et a donc une influence sur les conditions de travail. Ainsi l'employeur ne peut-il se dispenser de consulter le CHSCT, lequel doit contribuer à la **protection de la santé** des travailleurs, dès lors qu'il envisage de mettre en œuvre un système de procédure d'évaluation de ses salariés.

L'essentiel

L'implantation d'un système d'écoute et d'enregistrement des communications professionnelles des salariés répondant par téléphone à la clientèle est subordonnée à la consultation préalable du CHSCT.

(1) Voir *JTIT* n°72, Cass. soc. 28/11/2007, n°06-21.964.

(2) CA Paris, 5/12/2007.

Le droit du travail en plein mouvement !

▸ Le 11 janvier courant, un **accord interprofessionnel** (3) relatif à la **modernisation du marché du travail** a été signé par quatre des cinq syndicats représentatifs au plan national (CFDT, FO, CFTC, CFE-CGC) et trois organisations patronales (Medef, CGPME, UPA).

▸ Cet accord prévoit d'apporter quelques nouveautés au contrat de travail, parmi lesquelles : l'allongement de la période d'essai ; la clarification des clauses spécifiques du contrat de travail ; l'encadrement et la sécurisation des ruptures avec, notamment, la création de la rupture « négociée » ; la création d'un nouveau CDD à terme incertain. Son entrée en vigueur est soumise à la publication d'une loi au journal officiel.

Le nouveau code du travail entrera en vigueur le 1^{er} mai 2008

▸ Après la validation par le Conseil constitutionnel (4) de la loi ratifiant l'ordonnance du 12 mars 2007 (5) relative à la **nouvelle codification** de la partie législative du Code du travail, la loi qui ratifie l'ordonnance a été publiée au journal officiel du **21 décembre 2007** (6).

▸ Selon le gouvernement, cette nouvelle version devrait être « plus lisible » et « plus facilement utilisable ».

▸ L'entrée en vigueur du nouveau code du travail est reportée au **1er mai 2008**.

L'essentiel

Un accord interprofessionnel, signé le 11 janvier 2008, est venu modifier les dispositions légales relatives au contrat de travail.

(3) Accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

L'essentiel

4) DC Cons. Const., 17/01/2008, n°2007-561.

(5) Ordonnance n°2007-329 du 12/03/2007.

(6) Loi n°2008-67, 21/12/2008.

Lætitia Boncourt
lætitia-boncourt@akain-bensoussan.com
Céline Attal-Mamou
celine-attal-mamou@akain-bensoussan.com

Indemnisation des préjudices

La mise en demeure est-elle nécessaire pour obtenir des dommages et intérêts ?

Le principe de l'obligation de mise en demeure ...

▸ L'article 1146 du Code Civil dispose que des dommages et intérêts ne peuvent être alloués que lorsque le débiteur a été mis en demeure de remplir son obligation, sans distinguer entre les **intérêts moratoires** (destinés à réparer les conséquences du retard) et les **intérêts compensatoires** (destinés à réparer les conséquences de l'inexécution). La mise en demeure a pour objet d'inciter le débiteur à exécuter son obligation et elle constitue ainsi le point de départ du calcul des intérêts moratoires, pour lesquels elle est donc par nature impérative.

▸ **L'obligation de mise en demeure** en matière de dommages et intérêts **compensatoires** disparaît lorsque **l'exécution n'est plus possible**, c'est-à-dire lorsque ce qui devait être livré ne peut plus l'être(1) (par exemple des biens périssables), ou lorsque le débiteur a fait ce qu'il s'était engagé à ne pas faire(2). La mise en demeure ne sera pas non plus exigée si les parties en ont convenu expressément (3).

▸ Cependant, la Chambre mixte de la Cour de **cassation** a récemment considéré que, malgré l'absence de mise en demeure, une indemnisation compensatoire, d'un préjudice établi, pouvait être accordée à condition que les juges du fond aient retenu que « l'inexécution du contrat était acquise » (4).

▸ Par cette décision, la chambre mixte semble donner les mêmes effets, en matière de mise en demeure, à « **l'inexécution acquise** » et à « **l'exécution impossible** » visée par l'article 1146 du Code civil. Ainsi, comme la mise en demeure perd sa **fonction initiale**, qui est de rappeler au débiteur qu'il doit s'exécuter, lorsque l'exécution est devenue impossible, elle perdrait son intérêt lorsque l'inexécution serait « acquise », et ne serait dès lors plus nécessaire.

Pourrait être écarté en cas « d'inexécution acquise »

▸ Si toute inexécution constatée par le juge constituait une « inexécution acquise », dispensant le créancier de la mise en demeure en matière compensatoire, ce dernier serait à présent doté de la **faculté de choisir** entre la recherche de l'exécution de l'obligation, par la mise en demeure du débiteur, ou l'indemnisation ultérieure des conséquences de l'inexécution, à défaut de mise en demeure, et si l'obligation n'est pas **exécutée spontanément**. La mise en demeure, laissée au libre choix du créancier, perdrait alors une partie de sa fonction **d'avertissement du débiteur**, au risque d'alourdir les dommages effectivement subis.

▸ En outre, le créancier qui n'aurait pas mis en demeure le débiteur, en raison de son **désintérêt pour l'exécution** de l'obligation, n'aurait, en cas d'exécution tardive et spontanée du débiteur, plus aucune possibilité d'obtenir le paiement des intérêts moratoires.

▸ Mais la Chambre mixte a pu entendre donner une autre signification aux termes « d'inexécution acquise », telle que « reconnue par les parties », « irrémédiable », ou encore « irréversible », et les prochaines décisions en la matière devraient encadrer la **liberté d'appréciation** des juges du fond sur ce point.

L'enjeu

Cette décision pourrait avoir une incidence sur l'économie du contrat et doit attirer l'attention de toute partie contractante sur le rôle important de la mise en demeure.

(1) Art. 1146 du Code civil dernier alinéa.

(2) Art. 1145 du Code civil

(3) Art. 1139 du Code civil

(4) **Cass., ch. Mixte, 6/07/2007.**

Les conseils

La mise en demeure vise à favoriser l'exécution du contrat de bonne foi et permet de laisser une chance à la poursuite des relations contractuelles. Elle reste donc une protection efficace, tant pour les intérêts du débiteur, que pour ceux du créancier.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoussan.com

Petit-déjeuner – Débat(*)

La loi de finances 2008 et les TIC

Lors du petit-déjeuner du 16 janvier 2008, **Maître Pierre-Yves Fagot** a évoqué les nouveautés introduites par la loi de finances pour 2008 en centrant principalement son propos sur les mesures novatrices prises en faveur des petites et moyennes entreprises. Sa réflexion s'est portée plus particulièrement sur la réforme du crédit d'impôt recherche, la création d'un statut pour les jeunes entreprises universitaires et l'amélioration du traitement fiscal des brevets.

La loi de finances pour 2008 a pour objet de rendre le crédit d'impôt recherche plus simple et plus attractif en prévoyant la suppression de la part en accroissement, ainsi que du plafond et l'augmentation des taux du crédit d'impôt recherche (voir page 8).

Une majoration des taux du crédit d'impôt recherche est également instaurée au bénéfice des entreprises réalisant des dépenses de recherche pour la première fois.

D'autres aménagements ont été apportés dans le but de renforcer la sécurité juridique du crédit d'impôt recherche, comme l'extension à toutes les entreprises de la procédure de contrôle sur demande prévue à l'article L.13 C du Livre des procédures fiscales ou encore la réduction du délai de réponse de l'administration fiscale de 6 à 3 mois dans le cadre de la procédure de rescrit fiscal.

La loi de finances pour 2008 vise également à encourager la création d'entreprises par les étudiants et les personnes qui participent aux travaux de recherche au sein des établissements d'enseignement supérieur. A cette fin, le bénéfice du statut fiscal des jeunes entreprises innovantes est étendu aux jeunes entreprises universitaires qui ont pour activité principale la valorisation de travaux de recherche d'un établissement d'enseignement supérieur. Celles-ci pourront également bénéficier, dans les mêmes conditions que les autres jeunes entreprises innovantes, des exonérations de cotisations sociales.

Enfin, la loi de finances rend à nouveau éligible les plus-values réalisées par les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés lors de la cession de brevets, d'inventions brevetables ou de procédés de fabrication au régime des plus-values à long terme.

En ce qui concerne l'apport en société de brevets, la loi de finances pour 2008 réforme le régime de report d'imposition prévu à l'article 93 quater I ter du Code général des impôts en cas d'apport en société d'un brevet par un inventeur personne physique. Les principaux aménagements sont les suivants :

- le report d'imposition ne cesse plus automatiquement au terme du délai de 5 ans suivant l'apport ;
- un abattement pour durée de détention d'un tiers s'applique à la plus-value en report d'imposition sous certaines conditions.

Un tel dispositif tend à favoriser l'innovation par la mise en oeuvre d'une politique publique visant l'accompagnement financier des entreprises qui innovent. Cette politique publique s'inscrit dans le cadre de la politique fixée par le Conseil européen de Barcelone de mars 2002, dont l'objet est de porter l'effort des dépenses de recherche dans l'Union européenne à 3 % du PIB d'ici 2010.

(*) Réservez déjà vos dates : les prochains petits-déjeuners auront lieu le 20 février 2008 (La commande publique de prestations informatiques) et le 18 mars 2008 (Opération de restructuration et transférabilité des contrats) : invitation-conference@alain-bensoissan.com

Prochains événements

Commande publique de prestations informatiques : 20 février 2008

Ce petit-déjeuner, consacré aux marchés publics informatiques, est l'occasion pour **François Jouanneau** de revenir sur la réforme du code des marchés publics de 2006, dont il esquissera les grands principes et les nouveautés, avant de vous exposer les spécificités des marchés publics informatiques, s'agissant notamment de la particularité de l'objet informatique, de la diversité des services, de la variété des partenaires, des procédures applicables et de la négociation. La rédaction de certaines clauses contractuelles, telles que la nature des obligations, la délimitation des responsabilités ou la confidentialité, sera plus particulièrement envisagée.

François Jouanneau se propose également de vous présenter le projet de CCAG "Technologies de l'Information et de la Télécommunication" et de faire le point sur les évolutions récentes du droit de l'achat public, en particulier la réduction du délai de paiement, les nouveaux seuils de passation des marchés ou l'accès des PME à la commande publique.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 15 février 2008 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoussan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Opérations de transfert de patrimoine informatique : 18 mars 2008

Jean-François Forgeron animera un petit-déjeuner débat consacré aux caractéristiques juridiques des opérations de transfert de patrimoine informatique.

La notion de « transférabilité » du patrimoine informatique est en effet au cœur de multiples opérations, du recours à l'externalisation aux restructurations d'entreprises, y compris celles incluant le recours à la délocalisation.

Du droit des contrats au risque de contrefaçon la démarche d'analyse impose d'identifier avec précision la nature juridique de l'opération envisagée, mais aussi de tenir compte des conditions réelles d'exploitation et des enjeux économiques, afin d'effectuer les arbitrages souvent nécessaires.

Jean-François Forgeron fera le point sur les principales caractéristiques juridiques à prendre en considération, les clauses essentielles et les risques associés.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 10 mars 2008 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoussan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Actualité

La Cnil « vous simplifie la déclaration ».

▸ La Cnil met à la disposition des responsables de traitements un **module interactif** destiné à leur permettre de vérifier si un fichier doit être déclaré et, dans l'affirmative, de savoir quel formulaire de déclaration compléter en ligne.

▸ Accessible gratuitement depuis janvier 2008, ce service devrait être bientôt **étendu** par la Cnil aux demandes d'autorisation et demandes d'avis.

L'essentiel

Les responsables de traitements bénéficient d'une aide en ligne, accessible gratuitement, sur le site de la Cnil.

Cnil : L'édition 2008 du guide Collectivités locales est paru !

▸ Les collectivités territoriales sont amenées à recourir de façon croissante aux moyens informatiques pour gérer les nombreux services dont elles ont la compétence. Afin d'accompagner les **élus locaux** impliqués dans la mise en oeuvre d'applications informatiques ou l'exploitation de données personnelles, la Cnil a publié l'édition 2008 du guide Collectivités locales visant à les « **informer** sur les modalités d'application de la loi » Informatique et libertés et à les « **conseiller** sur les mesures à adopter pour s'y conformer ».

L'édition 2008 du guide Collectivités locales est disponible dès à présent.

La notion de préjudice écologique enfin reconnue par la justice

▸ La décision rendue le 16 janvier 2008 par le tribunal correctionnel de Paris est novatrice en ce qu'elle accorde pour la première fois un **droit à réparation** d'une « **atteinte effective des espaces naturels sensibles** » aux collectivités dont le territoire a été souillé par la pollution induite du naufrage du pétrolier Erika le 12 décembre 1999.

▸ Le tribunal reconnaît également que les associations de défense de l'environnement sont fondées à agir en réparation d'un préjudice résultant d'une « atteinte portée à l'environnement ». Un **droit strictement encadré** puisque seule la Ligue pour la protection des oiseaux (LPO) a obtenu réparation.

Les juges ont, pour la première fois, reconnu le bien-fondé d'une action en réparation d'une « atteinte à l'environnement ».

TC Paris, 16^e ch. 16 janvier 2008.

L'accès public à l'internet : une solution à la fracture numérique ?

▸ Le Forum des droits sur l'internet a adopté, le 28 décembre 2007, une **recommandation** sur les lieux d'accès public à l'internet. Ce texte, élaboré par un groupe de travail formé le 14 mars 2006, est destiné aux gestionnaires et animateurs de ces lieux, aux collectivités locales et aux pouvoirs publics.

▸ Les propositions émises par le Forum ont pour objet de permettre un **développement pérenne et cohérent de l'accès public à l'internet**, restreint actuellement à 3 600 lieux d'accès (Cyber-base, Espaces Culture Multimédia, Points Cyb, bibliothèques, initiatives de collectivités locales, association) répartis sur l'ensemble du territoire national.

Forum des droits sur l'internet, Recommandation du 28 décembre 2007

Directeur de la publication : Bensoussan Alain

Rédigée par les avocats et juristes de ALAIN BENSOUSSAN SELAS

Animée par Isabelle Pottier, avocat

Diffusée uniquement par voie électronique

ISSN 1634-071X

Abonnement à : avocats@alain-bensoussan.com

Interview

L'informatique judiciaire est une réalité !

M. Jean-Pierre Poussin, Président de chambre de l'instruction CA d'Aix-en-Provence

par Isabelle Pottier



Pouvez-vous nous présenter brièvement votre activité et la place occupée par l'informatique ?

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence est sans doute aujourd'hui, par le nombre de procédures enrôlées, la plus importante de France après Paris. Son ressort s'étend en effet sur quatre départements : les Bouches-du-Rhône, le Var, les Alpes-de-Haute-Provence et les Alpes-Maritimes. Je partage mes activités entre mon rôle de président et mes engagements personnels sur les nouvelles technologies puisque je suis également formateur informatique en local (*) et à l'Ecole Nationale de la Magistrature à Bordeaux. J'utilise l'informatique dans mon travail depuis bientôt trente ans lorsque l'informatisation des « chaînes civiles » des cours d'appel et des tribunaux de grande instance a débuté à la fin des années 80 avec des juridictions « pilotes ». Aujourd'hui l'informatique judiciaire a largement dépassé le stade de la bureautique pour véritablement s'intégrer dans une utilisation au quotidien avec notamment les recherches sur internet.

En quoi l'informatique facilite-t-elle votre travail de magistrat ?

J'ai commencé par des applications développées au niveau local pour connaître en temps réel, la situation des dossiers retenus à l'audience, la répartition des dossiers entre les magistrats, la date à laquelle les dossiers devaient être rendus, les retards etc. Ainsi, j'ai pu remettre des états hebdomadaires aux magistrats pour la gestion de leurs jugements. Certaines applications ont également permis de développer des grilles de motivation pour « industrialiser » des décisions qui ne nécessitaient pas un traitement spécifique tout en permettant de les personnaliser par des variables libres. L'informatique a également facilité le travail des greffiers en évitant les saisies multiples et en utilisant des documents types. Aujourd'hui, un module de suivi statistique de l'activité de la chambre d'instruction me permet d'avoir une vue sur son fonctionnement, un « tableau de bord » en quelque sorte. Développé sous excel, il comprend notamment un suivi des audiences et des cabinets d'instruction de mon ressort. Il fournit aux magistrats instructeurs, des informations directement utilisables dans la gestion de leur cabinet. Il met, par exemple, en évidence tous les dossiers anciens ou dans lesquels aucun acte n'a été effectué depuis plus de six mois voire plus, avec le numéro et la date du dernier acte, les dossiers en risque de prescription. On y trouve encore les dossiers dans lesquels il y a des commissions rogatoires ou des expertises très tardives. Par ailleurs, j'utilise Outlook comme outil de suivi de dossier grâce aux alertes. Je n'hésite pas à utiliser les produits « grand public » à des fins professionnelles.

Côté plaignants et avocats, l'informatisation me permet de gérer plus facilement toutes les réclamations des uns et des autres (historisation et suivi des courriers).

Pouvez-vous nous présenter quelques outils d'aide à la gestion ou d'aide à la décision ?

La chambre de l'instruction a une application métier dénommée « ACCWIN », qui permet le suivi des dossiers avec entrée des appels, gestion des convocations, constitution de trame des décisions, pré projet, jusqu'à la mise au point des décisions. Mais il n'y a pas de workflow global, ce qui fait qu'il peut y avoir des reprises de données à faire. Il me permet cependant de gérer directement à 90% la production de mes arrêts et ordonnances ce qui allège d'autant les charges des greffiers. Il faut signaler ici le projet de la Chancellerie dénommé « Cassiopée » (Chaîne Applicative Supportant le Système d'Information Orienté Procédure pénale Et Enfants). Lancé en juillet 2001, ce projet est un applicatif qui remplacera dans les 3 ans à venir, les applications informatiques devenues obsolètes dans 175 tribunaux de grande instance. Le projet gère l'ensemble des services pénaux, du bureau d'ordre jusqu'à l'exécution des peines. Il constitue une chaîne unique qui devrait mettre fin aux doubles saisies.

(*) <http://www.poussin-web.fr/portail-formation/>