

Quel contrat pour les architectures orientées services (SOA) ?

Définir des règles d'urbanisme et d'architecture

▸ Les **architectures orientées services** ou systèmes **SOA** sont conçus autour de la notion de services correspondant à une action exécutée par un fournisseur et consommée par un client alors que l'interaction entre le producteur (fournisseur) et le consommateur (client) du service est assurée par un médiateur «bus».

▸ L'un des intérêts de ces architectures est de permettre une **grande modularité** des systèmes et surtout une réutilisation de services pouvant contribuer au traitement de nombreux processus distincts. Ils présentent toutefois une **contrainte** forte au regard de l'**intégration** de composants nouveaux.

▸ En matière d'intégration, le **client** maître d'ouvrage se voit investi d'une obligation de **description de ses besoins**, en termes de système cible et de description de son existant ou à tout le moins des composants avec lesquels les fournitures nouvelles « matériels et ou logiciels » devront interagir.

▸ Si l'existant est conçu avec une architecture de type SOA, cette organisation sera **structurante** pour le **schéma d'intégration** de composants nouveaux.

▸ Si le **fournisseur** ne dispose pas d'un **accès** ou d'une description de l'annuaire des services assez documentée, il y a un risque de **dérive** des coûts et des délais de réalisation et surtout d'**inadéquation** de la méthodologie d'intégration par rapport aux contraintes urbanistiques et architecturales du client.

Le respect des normes d'architecture par tous les intervenants

▸ Les **prestataires de TMA** (tierce maintenance applicative) ou les centres de services doivent être informés des normes d'architecture utilisées tant pour les services existants que pour de la création de nouveaux services.

▸ Les relations contractuelles du maître d'ouvrage avec ses prestataires devront intégrer une **garantie de compatibilité** des fournitures et prestations avec l'existant et les principes et méthodes qui régissent cet existant.

▸ Dès lors que le client a mis en œuvre un schéma directeur intégrant une SOA, il paraît cohérent qu'il s'assure de l'**évolutivité des fournitures** diverses des prestataires de façon cohérente avec ce type d'architecture.

▸ Enfin, la dimension « SOA » devra nécessairement être intégrée dans les **protocoles de tests** des fournitures ainsi que dans les **plans de réversibilité** pour toutes les prestations de services récurrentes.

Les enjeux

L'adoption de standard d'architecture uniformes permet une rationalisation des différents composants des systèmes d'informations et des flux qui leur sont associés.

Cela permet aussi une mutualisation et une réutilisation des composants.

Les systèmes SOA (*Services Oriented Architecture*) permettent une grande modularité.

Le conseil

Sur des systèmes complexes, l'architecture constitue une valeur considérable qui doit être identifiée, documentée et prise en compte dans le cadre des contrats.

Benoît de Roquefeuil
benoit-de-roquefeuil@alain-bensoussan.com

Commerce électronique

L'affiliation en marque blanche : un service Web 2.0

Comment marche l'affiliation en marque blanche ?

▸ L'affiliation en marque blanche de site internet permet aux éditeurs de site internet (« les **affiliés** ») d'intégrer sur leurs sites les services ou produits de prestataires en tout genre (« les **affiliés** ») et de **tirer profit du trafic** que génèrent leurs propres sites de cette association.

▸ En matière de **e-tourisme**, ce procédé d'affiliation a pour effet de permettre aux futurs clients en mal de dépaysement d'associer, au moins visuellement, les éditeurs de site à une offre de séjours et de voyages, dès lors que les pages des affiliés sont personnalisées à la charte graphique des affiliés.

▸ Dans ce secteur, l'affiliation en marque blanche permet le cas échéant aux affiliés, **producteurs de services autres** que des voyages et séjours individuels ou collectifs, d'offrir à leur clientèle un forfait ou un « package dynamique » et ce faisant, d'**accroître l'attrait de leurs offres**.

Les enjeux

Tirer profit d'une audience de masse grâce à un système d'intégration de publicité en ligne.

Les dangers dans le secteur du e-tourisme

▸ Le Code du tourisme vise toutes les formes d'intermédiation, y compris les services de **commerce électronique** (1).

▸ Dès lors, l'affilié qui, du fait de son activité initiale ne relèverait pas des dispositions du Code du tourisme applicables à la commercialisation de services touristiques, devrait observer l'exigence d'une **habilitation** (2), d'une **assurance** de responsabilité civile professionnelle et d'une **garantie financière** suffisante voire, s'agissant de la vente de forfaits ou packages dynamiques, d'une **licence d'agent de voyage**.

▸ L'application de ces dispositions semble écartée dans le cas des « **portails** », renvoyant directement (et visiblement) les internautes vers les sites des agents de voyages mais, sans offrir la même attractivité.

▸ En outre et contrairement à une opinion répandue, les **conditions générales de vente** devront (forfait ou pas), **respecter scrupuleusement** les dispositions relatives aux contrats de vente (3), dès lors que la commercialisation ne se limite pas aux services de leur producteur et réserve faite des voyages et séjours individuels ou collectifs.

▸ Echappent néanmoins à cette réglementation, les titres de transport secs et la location de meublés touristiques. La location de meublés touristiques relève de la loi « Hoguet » du 2 janvier 1970.

Les perspectives

L'inobservation des règles relatives au Code du tourisme est passible de sanctions pénales pour les opérateurs qui y sont soumis.

(1) Art. L.211-1 du Code du tourisme.

(2) Art. L.213-6 Code du tourisme.

(3) Art. L.211-8 à L.211-16 Code du tourisme.

Philippe Ballet
philippe-ballet@alain-bensoissan.com

Communications électroniques

La décision Arcep sur les numéros surtaxés

L'encadrement des numéros surtaxés par l'Arcep

▸ Conformément aux dispositions des articles 16 et 18 de la loi du 3 janvier 2008, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) a adopté, le **6 mai 2008**, une décision fixant l'utilisation des catégories de numéros du plan national de numérotation.

▸ L'article 16 de la loi du 3 janvier 2008 a modifié les dispositions de l'article L.121-84 du **Code de la consommation**.

▸ Il a inséré un alinéa 5 par lequel l'Arcep doit **identifier**, au sein du plan national de numérotation téléphonique, **la liste des numéros** ou des blocs de numéros pouvant être **surtaxés** lorsqu'un consommateur appelle un **service après-vente**, un service d'assistance technique ou encore tout autre service chargé du traitement des réclamations se rapportant à l'exécution d'un contrat conclu avec un fournisseur de services de communications électroniques.

▸ L'article 18 de la loi prévoit, par ailleurs, que **certains numéros**, identifiés spécifiquement au sein du plan national de numérotation, puissent être **appelés gratuitement** par les clients des opérateurs commercialisant un service téléphonique ouvert au public.

La liste des numéros pouvant être surtaxés : le cas des hot lines

▸ La **décision de l'Autorité** fixe ainsi la liste des numéros pouvant être surtaxés. Ces numéros correspondent aux numéros ou blocs de numéros suivants :

- numéros de la forme **3BPQ** (à l'exception des numéros commençant par 30 et 31) ;
- numéros de la forme **118XYZ** ;
- numéros de la forme **10XY** ;
- blocs de numéros de la forme **08ABPQ** (à l'exception des numéros commençant par 080).

▸ A l'exception de ces numéros ou blocs de numéros, l'ensemble des autres numéros du plan de numérotation ne peuvent faire l'objet d'une surtaxation.

▸ S'agissant des numéros pouvant être appelés **gratuitement**, ceux de la forme **08088PMCDU** sont dédiés à l'utilisation, à partir de tous les réseaux de communications électroniques sur le territoire national pour l'acheminement des appels vers les **organismes sociaux** dont la liste est fixée périodiquement par décret en Conseil d'Etat.

Les enjeux

Faire suite à la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (loi Chatel), dont certaines dispositions viennent d'entrer en vigueur le 1er juin.

(1) Déc. ARCEP n°2008-0512 du 6/05/2008, www.arcep.fr

Les perspectives

Dans un souci de transparence de la facturation de leur service après vente, les opérateurs de télécommunications et les FAI doivent se mettre en conformité avec cette décision afin que les appels destinés à leurs hot-lines puissent être dirigés vers des numéros fixes, non géographiques et non surtaxés .

Frédéric Forster
frederic-forster@alain-bensoussan.com

Concurrence

Vers la liberté de négociation des conditions de vente ...

Le volet concurrence du projet de loi de modernisation de l'économie

▸ Le projet de loi (1) vise à instaurer une **plus grande liberté de négociation** des conditions commerciales :

- il sera possible de **différencier** plus largement les **CGV et de négocier des conditions particulières** de vente, sans plus avoir à justifier de la « spécificité des services rendus » ;

- surtout, la liberté de négociation sera consacrée par la **suppression de l'interdiction en soi, des pratiques discriminatoires**, actuellement prévue par l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, qui contraint les opérateurs à justifier toute différenciation par des contreparties réelles.

- l'abus de puissance d'achat, qui peut être aujourd'hui poursuivi sur un plan civil, sera remplacé par l'interdiction de « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

- dans les contrats, les **clauses du client le plus favorisé** sont ajoutées à la liste des clauses nulles qui figure dans le Code de commerce (2).

▸ Les pratiques discriminatoires pourront néanmoins toujours être poursuivies si elles constituent une pratique **anticoncurrentielle**, qu'il s'agisse d'un abus de position dominante, d'un abus de dépendance économique ou d'une entente illicite, c'est-à-dire de pratiques ayant des effets sur le marché.

La création d'une « super » Autorité de concurrence

▸ Le projet de loi annonce une grande **réforme** du Conseil de la concurrence, par la voie d'une ordonnance qui interviendrait dans les six mois de la publication de la loi, et le transformerait en « Autorité de concurrence ».

▸ Il vise notamment à :

- **unifier** au sein de l'Autorité de concurrence **les attributions du Conseil de la concurrence** et du Ministre chargé de l'économie, tant en ce qui concerne le contrôle des concentrations que les enquêtes de concurrence, aujourd'hui menées par la **DGCCRF** ;

- permettre à l'Autorité de concurrence de « *donner de sa propre initiative des avis sur les effets concurrentiels de mesures législatives et administratives* ».

▸ Ceci aboutirait, selon le projet de loi, à réformer la composition, l'organisation et les règles de fonctionnement et de procédure de l'Autorité.

▸ Le projet de loi, qui a fait l'objet d'une déclaration d'urgence, doit être discuté à l'Assemblée nationale au cours du mois de mai 2008.

Les enjeux

La fin de la justification « ligne à ligne » des différences de traitement... sous réserve du respect du droit de la concurrence.

(1) LME : Projet de loi de modernisation de l'économie.

(2) Art. L. 442-6, II. du Code de commerce.

Les perspectives

La plus grande liberté de négociation instaurée par le projet de loi serait contrebalancée par l'augmentation du pouvoir de répression des autorités de concurrence.

Doris Marcellesi
doris-marcellesi@alain-bensoissan.com

Achats publics

Le rôle du règlement de consultation

A quoi sert le règlement de consultation ?

▸ Le règlement de consultation, document phare de l'achat public, n'a cessé de conduire à de multiples interrogations. Il comporte les **éléments essentiels de l'appel d'offres**. Il rappelle ou établit, l'objet de la consultation, la date et l'adresse où doivent être déposés les dossiers de candidatures, les **critères de choix** pour la sélection du candidat, la durée d'exécution du marché, le délai de validité et les coordonnées pour avoir des renseignements techniques et administratifs.

▸ S'il n'est pas obligatoire au sens strict, selon les dispositions de l'article 42 du Code des marchés publics, le règlement de consultation traduit les **grandes orientations de la procédure** souhaitées par l'acheteur public et les entreprises y voient un mode d'emploi nécessaire à la finalisation de leurs offres.

▸ Un arrêt du **24 janvier 2008** de la Cour administrative d'appel de Nancy a jugé que les dispositions du règlement de consultation sont d'**application stricte** et ne sauraient octroyer au maître d'ouvrage, notamment lors de l'analyse des offres, une liberté d'interprétation risquant de rompre l'**égalité de traitement des candidats**.

▸ En l'espèce, une commune avait lancé une **procédure d'appel d'offres** concernant la réalisation d'un programme d'assainissement. Une société dont l'offre avait été rejetée, s'est rapprochée de la commune pour obtenir la motivation de cette décision.

▸ La réponse apportée au **candidat évincé** faisait notamment mention de la prise en compte du **critère du délai d'exécution** pour examiner et classer les offres.

Une décision qui conforte le rôle du règlement de consultation

▸ Il a alors obtenu du Tribunal administratif de Nancy l'**annulation de l'attribution** du marché au motif que le **critère** du délai d'exécution **ne figurait pas parmi les critères de choix** des offres listés dans le règlement de consultation. La commune a fait appel du jugement.

▸ La cour d'appel a **confirmé le jugement** en considérant que les dispositions du règlement de consultation et, notamment, celles relatives aux critères de choix des offres, **base de la détermination de l'offre** économiquement la plus avantageuse, ne peuvent être soumises à appréciation.

▸ Cet arrêt met en évidence l'importance à accorder aux prescriptions du règlement de consultation.

Les enjeux

Malgré sa présence au sein du dossier de consultation remis aux entreprises, le règlement de consultation ne figurera pas dans les pièces contractuelles constitutives du marché.

Le juge revient sur les modalités d'appréciation de la valeur des offres au regard de l'ensemble des critères énoncés dans le règlement de consultation.

(1) CAA Nancy 24 janvier 2008, Commune d'Euville.

Les perspectives

L'appréciation de la valeur des offres se fait au regard de l'ensemble des critères énoncés dans le règlement de consultation.

François Jouanneau
francois-jouanneau@alain-bensoussan.com

Informatique & libertés

Désigner un Correspondant Informatique et libertés « Monde »

Pourquoi nommer un CIL « Monde » ?

▸ La loi Informatique et libertés permet depuis 2004 de désigner au sein d'un **groupe international** un CIL. La création de cette fonction a principalement pour objectif de faciliter les formalités de mise en œuvre des traitements et de mener une **politique mondiale de protection** des données au sein du groupe.

▸ La désignation d'un CIL apporte aussi au groupe d'autres avantages. Elle lui permet notamment de **faciliter les relations avec la CNIL** et de créer un dialogue continu avec elle, de mettre en œuvre une **approche qualité** et de diminuer les risques liés à l'application de la loi.

▸ Toute la difficulté consistera, pour le **groupe**, à trouver, en interne ou en externe (1), la meilleure personne pour assurer cette fonction.

▸ Cette personne doit, en effet, avoir une **maîtrise** complète de la loi Informatique et libertés et être susceptible de développer des contacts harmonieux et productifs avec la CNIL pour que le groupe puisse développer une véritable **stratégie** autour de ces questions.

L'implémentation de règles internes gérant les flux transfrontières

▸ Avant de désigner un Correspondant Informatique et libertés au niveau du groupe, il convient d'adopter un **code de bonne conduite** « Informatique et libertés » qui permettent de définir et de finaliser les lignes directrices du groupe en cette matière.

▸ Le CIL aura ensuite pour tâche d'implémenter les **règles internes** permettant de gérer notamment les **flux transfrontières** au sein du groupe.

▸ Il convient de rappeler que pour les **pays tiers n'ayant pas une protection suffisante**, les flux transfrontières ne sont **licites** que s'ils entrent dans les **dérogations** définies de manière restrictive à l'article 69 de la loi de 1978 modifiée, à défaut de quoi, une **autorisation de la Cnil** est nécessaire. Elle s'obtient en encadrant le flux d'échanges par une convention de flux transfrontières ou des **règles internes**.

▸ Le CIL devra mettre en place un **plan d'action** non seulement pour l'implémentation dans chaque filiale étrangère, des règles internes mais également pour s'assurer du bon respect de ces règles.

▸ Pour cela, le CIL devra avoir des **relais** dans chacune des sociétés du groupe située **hors union européenne**. Cela passera notamment par des actions de sensibilisation des personnels et des plans de formation, mais également par la mise en place de points de contrôle et d'audit.

Les enjeux

La désignation d'un correspondant dispense d'effectuer les déclarations auprès de la CNIL et permet de maîtriser le risque Informatique et libertés.

(1) Décret n° 2005-1309 du 20/10/2005, JO du 22/10/2005.

Les conseils

Rédiger des documents de référence avant la désignation d'un CIL:

- un référentiel initial commun entre le groupe et le correspondant ;

- les règles de concertation CIL / Direction générale ;

- un code de bonne conduite « Informatique et libertés » contenant les lignes directrices du groupe.

Chloé Torres
chloe-torres@alain-bensoussan.com

Utilities & environnement

P rémisses de transposition de la directive sur la responsabilité environnementale

Fondement de la mise en œuvre de la responsabilité environnementale

▸ Le principe du pollueur-payeur posé par la **directive du 21 avril 2004** (1) qui est le fondement de la mise en œuvre de la responsabilité environnementale, consacre pour les entreprises, l'**obligation** de reconnaître et d'assumer les **conséquences** de leur activité sur l'environnement.

▸ Le régime de responsabilité issue de la directive instaure soit une **responsabilité** objective ou **sans faute**, soit une responsabilité **pour faute selon l'activité** qui est à l'origine du dommage.

▸ Sa transposition en droit français pose de **nombreuses questions**, notamment concernant l'**évaluation du préjudice écologique**, du lien de causalité entre le dommage et la faute par imprudence. Cette directive n'a toujours pas été transposée en droit français malgré le dépôt très récent d'un projet de loi qui fera l'objet de notre prochaine analyse dans un article distinct.

▸ Contrairement à la directive européenne, le **droit français** ne prévoit **aucune obligation** de réparer le préjudice écologique causé à un élément de l'environnement, lequel ne répond pas à l'exigence de préjudice personnel.

▸ Toutefois, une **tendance récente** de la jurisprudence semble favorable à la prise en compte élargie des atteintes à l'environnement. En effet, amené à trancher des demandes de réparation suite à des atteintes à l'environnement, le juge a reconnu le principe de **responsabilité écologique**.

▸ Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 16 janvier 2008 dans l'**affaire Erika** (2) et celui de Narbonne du 4 octobre 2007 (3) ont reconnu la possibilité d'indemniser les pertes écologiques en raison d'**imprudence**.

Elargissement du champ des opérateurs responsables de la pollution

▸ Dans l'affaire Erika, le juge reconnaît la **responsabilité pénale** - outre celle du propriétaire du navire, de son gestionnaire et de la société de classification Rina - d'une société pétrolière pour le délit de pollution (4).

▸ Le tribunal a considéré la société mère d'une société pétrolière comme un des responsables de la catastrophe de l'Erika en raison de son **service de vetting** (processus par lequel une société pétrolière détermine si un navire peut être utilisé à l'affrètement pour ses besoins) qui lui a fait acquérir de fait, un **pouvoir de direction** et de contrôle sur la gestion du navire, pouvoir dont le juge a tiré des conséquences.

▸ La condamnation de la société mère correspond à un **élargissement du champ des pollueurs** afin d'assurer une meilleure réparation du préjudice écologique. En effet, la société pétrolière a été sanctionnée en raison d'un comportement imprudent et dangereux à l'égard de l'environnement.

▸ Ce jugement constitue une nouvelle **étape importante** dans la construction juridique d'une **reconnaissance du préjudice écologique**.

L'enjeu

Faire que l'exploitant dont l'activité a causé un **dommage environnemental** ou une **menace imminente** d'un tel dommage soit tenu financièrement responsable de la réparation.

(1) Dir. n° 2004/35/CE, *JOUE* (L) 143 du 30/04/2004.

(2) TGI Paris, 1601/2008, n°9934895010 aff. Erika.

(3) TGI Narbonne, 04/10/2007, n°935-07, Assoc. Eccla et autres.

Les perspectives

Le législateur dispose d'une marge de manœuvre importante sur des aspects aussi novateurs du texte de la directive. Il peut étendre l'application de la directive à des activités ou des responsables non spécifiquement visés par la directive.

(4) Art. L. 218-22 Code environ.

Didier Gazagne
didier-gazagne@alain-bensoissan.com

Propriété intellectuelle

Jeux vidéos et propriété intellectuelle

La protection des jeux vidéos par le droit d'auteur

▸ Les idées n'étant pas protégeables en tant que telles par le droit d'auteur, la protection des jeux a toujours été **refusée**, notamment aux **jeux de société** et aux **jeux télévisés**. La Cour de cassation a ainsi considéré qu'un contrat de licence sur un jeu télévisé était dépourvu de cause (1), le jeu télévisé n'étant pas protégeable en tant qu'œuvre.

▸ Si les jeux en tant que tels sont exclus du bénéfice de la protection conférée par le droit d'auteur, les **éléments détachables** des jeux comme la présentation de la notice ou les créations graphiques sont en revanche **protégeables**. Un jeu peut ainsi devenir une œuvre «protégeable» par un simple changement de support.

▸ Les **jeux vidéos** semblent accéder plus facilement à la protection conférée par le droit d'auteur (2), même si leur nature juridique fait l'objet de nombreux débats en jurisprudence : logiciel (3), œuvre audiovisuelle (4), œuvre collective (5), ou encore œuvre de collaboration (6). Ce débat pourrait toutefois aujourd'hui prendre fin avec la **loi du 5 mars 2007** relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur qui **qualifie expressément de logiciel les jeux vidéos** (7).

L'organisation de la protection des éléments du jeu

▸ Selon la qualification que l'on attribue aux jeux vidéos (logiciel, œuvre audiovisuelle, œuvre collective ou de collaboration), le **régime juridique** n'est pas le même et les **titulaires des droits** sur l'ensemble de la création et sur chacun des éléments détachables du jeu, peuvent se multiplier.

▸ Les professionnels ont toujours eu pour pratique de **négoier des droits** sur les jeux sous forme de **licence** au sens du Code de la propriété intellectuelle, notamment s'agissant des jeux vidéos qui ne sont pas que le résultat de la mise en œuvre d'un programme logiciel automatique.

▸ La protection doit s'appréhender pour chaque élément du jeu pris individuellement, tels que les **personnages**, qui sont des créations de forme originale, détachables du jeu en lui-même et qui peuvent être qualifiés d'œuvre de l'esprit au sens du Code.

▸ Avec le développement des jeux en ligne de type **MMOG** (Massive Multiplayers On Line Game), les éditeurs de jeux vidéo voient émerger un véritable **commerce parallèle** des éléments détachables du jeu.

▸ Or, la **cession** des éléments du jeu protégés est **interdite** sans l'autorisation de l'éditeur. Pour éviter des pertes trop importantes et bénéficier de l'économie générée par les **produits dérivés**, les professionnels mettent aujourd'hui en ligne des plates-formes d'échange, imposant aux joueurs que toute **acquisition** soit faite **par l'intermédiaire de l'éditeur**.

Les enjeux

Bénéficier d'une protection pleine et efficace des jeux vidéos.

(1) Cass. civ. 1, 6/10/1981.

(2) Cf tableau des protections <http://www.alain-bensoussan.com/pages/648/>

(3) Cass. civ. 1, 27/04/2004.

(4) Cass., Ass. Plén., 7/03/1986.

(5) CA Versailles, 18/11/1999.

(6) CA Paris, 2009/2007, RG 07/01793.

(7) Loi n° 2007-309, JO du 7 mars 2007.

Le conseil

- Encadrer contractuellement l'utilisation des jeux vidéos.

- Appréhender la protection pour l'ensemble du jeu, ainsi que pour chaque élément le constituant.

Anne Stutzmann
anne-stutzmann@alain-bensoussan.com
Marie Soulez
marie-soulez@alain-bensoussan.com

Fiscalité et sociétés

TVA sur les services : de nouvelles règles européennes

Le lieu de prestation des services

▸ L'Union européenne a adopté de nouvelles mesures concernant le **lieu** de prestation de services, la **procédure** de remboursement de TVA et l'**échange d'informations** entre Etats membres (1).

▸ A compter du **1er janvier 2010**, le lieu d'imposition des prestations de services d'entreprise à entreprise sera le **lieu où se trouve le preneur**, et non plus celui où le prestataire est établi.

▸ Pour les prestations de services d'entreprise à consommateur, le lieu d'imposition restera celui où le prestataire est établi. Mais

▸ Pour les prestations de **services de télécom**, de radiodiffusion et de télévision ainsi que les **services fournis par voie électronique**, les règles relatives au lieu de prestation de services fournis par une entreprise à un consommateur est **reportée au 1er janvier 2015**, date à compter de laquelle, ces services seront imposés dans le pays où le consommateur est établi.

▸ En outre, au 1er janvier 2015, ces mêmes prestataires de services seront également autorisés à remplir leurs obligations en matière de TVA (immatriculation, déclaration et paiement) en ayant recours à un système de « **guichet unique** ».

▸ Ce système de « guichet unique » leur permettra de s'acquitter de leurs obligations **dans leur Etat membre d'origine**, y compris pour les services fournis dans les Etats membres dans lesquels ils ne sont pas établis.

▸ Les **recettes** de TVA tirées de ces services seront **transférées** du pays où le prestataire est établi vers le pays où le consommateur est établi. Les taux de TVA applicables seront ceux du pays du consommateur.

La procédure électronique de remboursement de TVA

▸ A compter du **1er janvier 2010**, la procédure actuellement applicable au remboursement de la TVA en faveur des entreprises de l'Union européenne dans les Etats membres où elles ne sont pas établies sera remplacée par une **nouvelle procédure entièrement électronique**.

▸ Cette nouvelle procédure est destinée à **garantir un remboursement plus rapide** de la TVA aux entreprises créditrices avec le versement d'intérêts au profit de ces dernières en cas de remboursement tardif par les Etats membres.

▸ Ces nouvelles règles produiront leurs effets en France dès que les textes de transposition seront adoptés par le Parlement et au plus tôt, au 1er janvier 2010 et au 1er janvier 2015.

Les enjeux

Moderniser et simplifier le système commun de TVA.

La TVA sur les services reviendra au pays de consommation et une nouvelle procédure de demande des remboursements de TVA sera mise en place afin d'assurer un traitement plus rapide.

(1) Dir. n° 2008/8/CE et 2008/9/CE et Règl. n° 143/2008 du 12/02/2008 : JOUE(L) 44, 20/02/2008.

Les perspectives

La nouvelle procédure comporte une nouvelle caractéristique selon laquelle des intérêts seront versés aux entreprises en cas de remboursement tardif par les États membres.

Pierre-Yves Fagot
pierre-yves-fagot@alain-bensoussan.com

R e l a t i o n s s o c i a l e s

Entrée en vigueur du nouveau code du travail au 1^{er} mai 2008

▸ Les dispositions du Code du travail sont désormais regroupées autour de **trois principaux corps de règles** : celles relatives au travail, celles relatives à l'emploi et celles propres à la formation professionnelle.

▸ La recodification qui s'est effectuée à droit constant, adopte une numérotation des articles à quatre chiffres et le plan du code s'articule autour de **huit parties** :

- partie I : **relations individuelles** de travail. Règles applicables au contrat de travail, sa formation à sa rupture et différents événements susceptibles d'en affecter l'exécution, y compris livre III relatif au règlement intérieur et au droit disciplinaire.
- partie II : **relations collectives** de travail : cette partie inclut le livre III consacré aux institutions représentatives du personnel.
- partie III : dispositions relatives à la **durée du travail**, au salaire, à l'intéressement, à la participation et à l'épargne salariale.
- partie IV : dispositions relatives à la **santé** et à la **sécurité** au travail.
- parties V et VI : respectivement relatives à l'**emploi**, d'une part, et à la formation professionnelle, d'autre part.
- partie VII : dispositions particulières applicables à **certaines professions et activités** qui n'ont pu être accueillies dans des codes spécialisés.
- partie VIII : **contrôle** l'application de la législation du travail.

Le conseil

La nouvelle numérotation impose donc un « toilettage » des contrats de travail, des chartes internet, des règlements intérieurs ainsi que des formulaires de marchés publics, des actes de procédure de licenciement, des notes d'information en vue de la consultation des IRP dans les matières donnant lieu à information et consultation, notamment.

Une table de concordance des articles fréquemment utilisés et référencés par les praticiens du droit du travail est disponible sur [notre site](#).

Conditions de validité de la fouille de l'armoire individuelle d'un salarié

▸ Un salarié a été **licencié** pour « *dissimulation et détention illicite, dans son vestiaire personnel, d'objets appartenant à l'entreprise* ».

▸ L'employeur avait procédé à l'ouverture de son casier personnel, en présence d'un représentant du personnel et d'un agent de sécurité, après avoir averti personnellement l'intéressé, 3 semaines avant l'ouverture.

▸ Considérant son licenciement sans cause réelle ni sérieuse, le salarié a saisi la juridiction prud'homale, puis la cour d'appel et la cour de cassation (1).

▸ Considérant le **licenciement justifié**, la Cour d'appel puis la Cour de cassation l'ont débouté de sa demande motif pris qu'il « *avait été personnellement avisé trois semaines à l'avance par affichage sur son propre casier de la date d'ouverture de tout vestiaire non identifié et revendiqué et que l'ouverture, limitée aux seuls casiers non identifiés dans le délai prévu à cette fin, avait eu lieu en présence d'un représentant du personnel et d'un agent de sécurité dans les conditions prévues par la procédure d'identification et d'attribution des vestiaires mise en place avec l'accord des partenaires sociaux, a exactement décidé que celle-ci était licite* ».

▸ Cet arrêt se situe dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour de cassation qui fait de l'information individuelle de l'intéressé, de la faculté qu'il a de s'y opposer et de la **présence d'un témoin** (généralement un représentant du personnel) des garanties procédurales conditionnant la **validité de la fouille** et, partant, la **licéité de la preuve** recueillie dans le cadre de cette fouille.

L'essentiel

L'ouverture d'un vestiaire ou de l'armoire individuelle d'un salarié est licite lorsqu'elle est effectuée dans les cas et aux conditions prévues par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu, ce qui était le cas en l'espèce.

(1) Cass. soc. 15/04/2008, n°06-45.902.

Laëtitia Boncourt

laetitia-boncourt@alain-bensoissan.com

Céline Attal-Mamou

celine-attal-mamou@alain-bensoissan.com

Indemnisation des préjudices

Le typosquatting de nom de domaine à l'origine d'une perte de chance de gain

Le typosquatting, acte de concurrence déloyale et parasitaire

▸ Les sociétés Pneus-Online Suisse et Pneus-Online SARL (France) exploitent un **site internet de vente** de pneumatiques, destiné notamment à la clientèle française. Elle ont constaté, au cours de l'année 2002, que leur concurrent allemand exploitait un site internet, accessible depuis la France et rédigé en français, à partir de trois **noms de domaine très similaires** au leur, ne s'en différenciant que par quelques **caractères distincts**.

▸ Saisi par les victimes de ces actes de typosquatting, le Tribunal de commerce de Lyon s'est déclaré compétent et a qualifié l'enregistrement de ces noms de domaine **d'actes de concurrence déloyale et parasitaire**, mais a débouté les sociétés Pneus-Online de leur demande de dommages et intérêts (1).

▸ La Cour d'appel de Lyon a également rejeté l'exception d'incompétence soulevée, dès lors que les sites litigieux étaient **accessibles depuis la France** et visaient notamment une **clientèle française**, ce qui suffit à établir que le **fait dommageable** s'est produit en France, notamment dans le ressort du Tribunal. L'arrêt confirme également le caractère déloyal des actes litigieux en soulignant que la société allemande ne pouvait ignorer le **risque de confusion** généré (2).

▸ Les sociétés Pneus-Online demandaient à la Cour de leur accorder **900.000 €** de dommages et intérêts au titre de la **marge non réalisée** pendant la durée des actes litigieux (2002 à 2005), chiffrée en estimant le **chiffre d'affaires** qu'elles auraient dû réaliser en l'absence d'actes de concurrence déloyale, sur la base du **taux de croissance** enregistré par leur concurrent pendant la période.

A ralenti la croissance du chiffre d'affaires des victimes

▸ Après l'ordonnance de clôture, la Cour avait réouvert les débats pour permettre au partie de débattre de l'évaluation du préjudice et notamment de la qualification de la perte de chiffre d'affaires invoquée, afin de déterminer s'il s'agissait d'une **perte effective** de chiffre d'affaires supplémentaire, ou d'une **perte de chance** de réaliser un chiffre d'affaires supplémentaire.

▸ Le risque de confusion généré par les actes de typosquatting n'était pas de nature à faire perdre des commandes ou à détourner une clientèle acquise aux appelantes, mais seulement, comme le soutenaient les appelantes, à détourner une **clientèle potentielle** qu'elles auraient pu **conquérir**, sur ce marché émergent, pendant la période des actes litigieux. Leur chiffre d'affaires avait d'ailleurs enregistré une progression constante pendant cette période. Le gain non réalisé était donc par nature **indéterminé** et son montant discutable, car soumis à plusieurs **aléas**, tels que l'évolution de la **situation concurrentielle** sur le marché et des performances respectives des concurrents.

▸ La perte de chiffre d'affaires invoquée devait donc être qualifiée de perte de chance de gain, ce que retient l'arrêt. L'indemnité réparant la perte de chance de gain doit être appréciée selon la **probabilité de réalisation** des gains attendus (3). La Cour l'estime en considérant le taux de croissance du chiffre d'affaires respectif des parties, l'expérience plus importante de l'auteur des actes sur le marché et la présence d'autres concurrents sur celui-ci, pour évaluer la perte de marge subie à la somme de **300.000 €**, soit **un tiers** de la demande formulée.

L'enjeu

Pour un site de commerce électronique, la protection du nom de domaine représente un enjeu financier majeur.

(1) TC Lyon, 16 novembre 2005.

(2) Cour d'appel de Lyon, 31 janvier 2008, **Pneus-Online suisse et Pneus-Online SARL c. Delticom AG**.

(3) Cass. com. 6 mai 2003 ou Cass. civ. 15 janvier 2002.

Les conseils

Pour être indemnisé d'une croissance de chiffre d'affaires non réalisée, dont le montant est par nature incertain, il est nécessaire de réunir le maximum d'éléments permettant de justifier des gains espérés : business plans détaillés, plans marketing, études du marché et de la concurrence, résultats financiers des principaux opérateurs et analyse de l'évolution du marché depuis avant les faits jusqu'au jugement.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoissan.com

Petit-déjeuner – Débat(*)

Audiovisuel, nouveaux modes de distribution et contrats

Lors du petit-déjeuner du 21 mai, Maître **Jean-Pierre Roux** a évoqué les principales évolutions des modes de distribution et l'aménagement des contrats en conséquence, dans la chaîne qui va de l'auteur au consommateur, en passant par le producteur et le distributeur.

Vidéo à la demande, Paiement à la séance, Télévision de rattrapage ou encore convergence technologique télévision, ordinateur, téléphone, révolutionnent l'industrie audiovisuelle et cinématographique, par la dématérialisation de la consommation audiovisuelle.

Face à ces transformations, les professionnels doivent sécuriser les contrats afin d'éviter les blocages, en particulier en matière de droit moral (modification des œuvres), d'exclusivités (médiaterritoires) et optimiser l'exploitation de l'œuvre par des Mesures Techniques de Protection (MTP) dans un souci de marquage, traçabilité et filtrage.

La mise en place de normes se faisant prioritairement par la voie de l'autorégulation, il appartient aux professionnels d'anticiper contractuellement les évolutions et d'aménager les contrats par voie d'accords professionnels.

Par exemple, le recours à des MTP (= DRM) nécessite, malgré l'existence d'une présomption légale de cession, que soit prévue, dans les contrats avec les auteurs, la possibilité d'y recourir ; à défaut, ceux-ci pourraient considérer l'intégrité de leur œuvre comme violée.

De même, la diversification des supports nécessite un « versionnage » des œuvres, c'est-à-dire différentes versions sur le plan technique voire artistique (coupes, recadrages). Ce versionnage doit être autorisé par les auteurs.

Le morcellement de l'exploitation entraîne également des complications en termes de remontée des recettes. Les clauses de reddition de comptes et d'audit financier sont appelées à devenir beaucoup plus précises et exigeantes.

Enfin, les contrats doivent s'adapter et prévoir des clauses de mutation technologique pour anticiper les futures évolutions.

L'aspect que les nouvelles technologies n'a pas modifié, c'est la nécessaire gestion notamment financière, de la bonne exécution des contrats

Jean-Pierre Roux a donc proposé au cours de ce petit-déjeuner, de répondre aux interrogations et de partager son expérience sur ces problématiques pour permettre de mettre en place ou d'optimiser une politique contractuelle dans un environnement juridique sécurisé et serein.

(*) Réservez déjà vos dates : les prochains petits-déjeuners auront lieu le 18 juin 2008 sur le thème « La responsabilité pénale de l'entreprise et de ses dirigeants » et le 17 septembre sur le thème « Informatique et libertés : bilan et perspectives » : invitation-conference@alain-bensoissan.com

Prochains événements

La responsabilité pénale de l'entreprise et de ses dirigeants : 18 juin 2008

Claude-Michel Corcos animera un petit-déjeuner débat consacré à la responsabilité pénale de l'entreprise et de ses dirigeants.

Depuis le 1er janvier 2006, la responsabilité pénale des personnes morales a vu son champ d'incrimination étendu à tout type d'infraction commise pour leur compte, faisant ainsi peser des risques pour l'entreprise et ses dirigeants. Dès lors, toute personne morale de droit privé ou de droit public peut être concernée au titre d'infractions qui seraient retenues comme ayant été accomplies pour son compte par ses organes ou représentants.

Les peines encourues peuvent aller jusqu'au quintuple de celles concernant des personnes physiques au titre des mêmes infractions. La dissolution de la personne morale peut de même être prononcée. Un casier judiciaire des personnes morales a été créé.

Les dispositions légales en cours n'excluent pas la possibilité de cumul entre sanction administrative et sanction pénale. Ces dispositions appellent pour l'instant un certain nombre d'interrogations sur les notions visées telles que celles « d'organes ou de représentants ». La mise en œuvre de la responsabilité pénale d'une personne morale n'exclue pas celle, cumulative, des dirigeants en tant que personnes physiques.

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, de mieux vous éclairer sur la mise en œuvre de ces dispositions qui concernent tous les dirigeants d'entreprises.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 11 juin 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-bensoissan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36 en joignant le [présent bulletin](#).

Informatique et libertés, bilan et perspectives : 17 septembre 2008

Maître Alain Bensoussan animera un petit-déjeuner débat consacré à la loi Informatique et libertés qui fête cette année, ses 30 ans. Ce sera l'occasion de mettre en perspective les évolutions de cette loi, l'activité de la Cnil et la jurisprudence associée.

L'année 2007 a quant à elle été riche d'activités puisque la Cnil a reçu 4 455 plaintes (+ 25 % par rapport à 2006), concernant principalement les secteurs de la banque-crédit, la prospection commerciale, le travail et les télécommunications.

Elle a adressé 101 mises en demeure, 5 avertissements et a prononcé 9 sanctions financières correspondant à des amendes allant de 5 000 à 50 000 euros.

L'année a également été marquée par le développement des technosurveillances en entreprise (géolocalisation, vidéosurveillance, contrôles d'accès, biométrie, etc.).

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 5 septembre 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-bensoissan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Actualité

L'essentiel

Parution du 28ème rapport d'activité de la Cnil

▸ La Cnil a rendu public son rapport d'activité pour l'année 2007. Au cours de cette année, la Commission a reçu **4 455 plaintes** (+ 25 % par rapport à 2006) et mené 164 missions de contrôle qui ont donné lieu à 101 mises en demeure, 5 avertissements, 9 sanctions financières (amendes allant de 5 000 à 50 000 €) (1).

▸ Les secteurs d'activité qui, par ordre décroissant, ont suscité le nombre le plus important de plaintes sont la **banque-crédit**, la **prospection commerciale**, le **travail** et les **télécommunications**.

(1) Cnil 28ème rapport d'activité 2007, www.cnil.fr

Favoriser l'accès des PME innovantes à la commande publique

▸ Le projet de modernisation de l'économie introduirait à **titre expérimental** et pour une période de **cinq ans**, la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics de **réserver une partie** de leurs **marchés de haute technologie**, de recherche et développement et d'études technologiques d'un certain montant aux PME innovantes (2).

(2) Projet de loi de modernisation de l'économie, <http://www.modernisation-economie.fr/>

Liste des numéros pouvant être surtaxés pour les hot line

▸ L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a adopté le **6 mai 2008**, une décision qui fixe la liste des numéros pouvant être surtaxés lorsqu'un consommateur appelle un **service après-vente**, un service d'**assistance technique** ou tout autre service chargé du traitement des réclamations se rapportant à l'exécution d'un contrat conclu avec un fournisseur de services de communications électroniques (3).

(3) Déc. ARCEP n°2008-0512 du 6/05/2008, www.arcep.fr

La gratuité des frais de port n'entre pas dans la vente à prime

▸ La gratuité des frais de port pour l'**achat de livres en ligne** n'est pas constitutive d'une vente à prime. La cour de cassation dans un arrêt du **6 mai 2008** vient en effet de considérer que la prise en charge par le vendeur du coût de la livraison, constituant un **coût afférent à l'exécution de son obligation** de délivrance du produit vendu, ne caractérise pas une prime au sens de l'article précité du code de la consommation (4).

(4) Cass. com. 6 mai 2008.

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

Faire passer la culture de la propriété intellectuelle dans les pôles de compétitivité !

Michel Chantrein, Chargé de mission, DRIRE Lorraine (*)

par Isabelle Pottier



Pouvez-vous nous présenter brièvement l'activité de la DRIRE Lorraine et votre rôle ?

Les missions et les actions des Directions Régionales de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement (DRIRE) sont multiples, elles s'exercent principalement dans la métrologie et la sécurité industrielle, l'environnement, l'énergie, ou encore le développement économique local, à travers notamment la stratégie nationale de mise en place des pôles de compétitivité. Mon activité relève de ce dernier point, puisque je participe au développement économique de la région Lorraine à travers des projets relatifs à l'intelligence économique et aux TIC et à l'innovation. Sur le modèle Silicon Valley, le gouvernement a choisi de lancer la thématique de l'innovation en termes de pôles de compétitivité orchestrés par les DRIRE sur le terrain. Concrètement, il s'agit d'associer des entreprises, centres de recherche et organismes de formation, engagés dans une démarche partenariale pour dégager des synergies autour de projets innovants conduits en commun. Les entreprises partenaires d'un pôle bénéficient de subventions, d'exonérations fiscales, d'allègement de charges sociales et d'interventions prioritaires du groupe OSEO. Il existe deux pôles de compétitivité lorrains, le pôle MIPI (« matériaux innovants – produits intelligents ») et le pôle FNGE (« fibres naturelles Grand Est »).

Pourquoi une réflexion sur la propriété intellectuelle au sein des pôles de compétitivités ?

Il faut savoir que les pôles de compétitivité sont gérés par une structure de gouvernance qui prend généralement la forme d'une association regroupant les principaux partenaires membres des pôles (entreprises, universités, organismes de recherche et de formation, collectivités territoriales, etc.). Or la réussite d'un projet commun autour de l'innovation implique que les droits de propriété intellectuelle de chacun, en particulier les brevets et savoir-faire, soient clarifiés et sécurisés. C'est ainsi que nous avons engagé une réflexion sur ces questions au sein des pôles de compétitivités après avoir fait un état des lieux en matière d'ingénierie de la propriété intellectuelle. Au sein du réseau des DRIRE, j'ai été chef de projet autour de la question de savoir « comment sécuriser les pôles de compétitivité » et créer un cadre de confiance qui permette aux PME/PMI d'entrer dans de gros projets sans trop d'appréhension. Cette réflexion a abouti à la rédaction d'un guide juridique et pratique d'aide à la compréhension et à la maîtrise de ces questions par les pôles de compétitivité (**). Sa mise en ligne s'est accompagnée de 18 fiches pratiques, d'un module documentaire (29 fiches synthétiques des textes juridiques), d'outils contractuels (23 modèles de contrats) et méthodologiques (tableau de bord, check list, plan de route commun etc.) pour permettre aux animateurs et responsables de pôles d'acquiescer de bons réflexes, d'instaurer des bonnes pratiques, de sensibiliser les partenaires engagés dans des projets collaboratifs.

Comment le guide est actuellement déployé et diffusé au sein des DRIRE ?

Son déploiement est assuré par un programme de formation dans six métropoles d'accueil pour des inter-régionales permettant une appropriation, tant sur le plan technique que dans ses stratégies d'utilisation par exemple, à l'aide de scénarios d'utilisation présentés aux DRIRE qui sont en situation d'intermédiation sur ces questions mais aussi aux pôles de compétitivité et aux délégations de l'INPI. Nous nous sommes aperçu que les enjeux n'étaient pas encore bien connus et qu'il y avait un besoin important de sensibilisation et de pédagogie en ce qui concerne la propriété intellectuelle. Par ailleurs, une version 2 du guide est prévue qui tiendra compte de la nouvelle loi sur la contrefaçon et des questions qu'elle pose.

(*) <http://www.lorraine.drire.gouv.fr/> (**) <http://www.industrie.gouv.fr/guidepropintel/presentation.htm>