

Les règles de gouvernance de l'expertise en matière de contentieux informatique

L'organisation et la conduite des réunions d'expertise

▸ La Compagnie Nationale des Experts de Justice en Informatique et Techniques associées (CNEJITA) vient de publier des recommandations visant à **homogénéiser** et à **améliorer les pratiques des experts** en informatique et techniques associées.

▸ Elle a élaboré **seize recommandations** en matière d'**organisation** et de **conduite des réunions d'expertise** parmi lesquelles :

- l'**exposition** par l'expert, lors de la première réunion, de sa compréhension de la mission et de son périmètre ;
- la fixation d'un **ordre du jour** préalablement communiqué aux parties pour leur permettre de se préparer avec efficacité à la discussion des pièces techniques ;
- la réalisation d'une **synthèse** en fin de réunion et la récapitulation ainsi les faits marquants et notamment les décisions arrêtées ;
- l'**exposition** par l'expert d'une **méthodologie expertale** adaptée au système informatique qui fera l'objet des débats en expertise ;
- **respect du délai** des opérations, tout dépassement de délai faisant l'objet d'une relance écrite de l'expert, puis d'une demande de prorogation au juge.

Les enjeux

La très grande majorité des litiges informatiques fait l'objet d'une expertise judiciaire dont les résultats sont extrêmement importants pour l'issue de la procédure. Dès lors, le rôle de l'expert judiciaire est prépondérant et l'expertise est une phase essentielle du procès.

(1) [Recommandations CNEJITA](#).

Le contradictoire et la communication dans l'expertise informatique

▸ La CNEJITA propose **dix-huit recommandations** qui vont de la **convocation** des parties par lettre recommandée avec accusé de réception, au **référencement** des pièces communiquées à l'aide d'un bordereau de communication, en passant par la **communication** de pièces électroniques sous la forme d'un courriel unique adressé explicitement à l'ensemble des destinataires, ou encore par l'obtention de **pièces non communiquées** spontanément (communication confidentielle de pièces).

▸ Enfin, la CNEJITA préconise que les **griefs** soient **formulés** par le demandeur **par écrit** de façon claire précise et non ambiguë et recommande que la liste en soit arrêtée **dès le début** de l'expertise.

▸ La CNEJITA a fait un travail important d'**uniformisation des pratiques** tout à fait utile pour les praticiens de l'expertise informatique et qui devront être appliquées de manière adaptées, à la variété des situations rencontrées dans les expertises informatiques.

Les perspectives

Les travaux de la CNEJITA ne doivent pas occulter la diversité et la complexité des expertises en matière d'informatique de sorte que chaque expert doit naturellement les interpréter et les adapter en fonction des singularités spécifiques de chaque affaire qui pourrait lui être confiée.

[Pascal Arrigo](#)

Informatique

Le rapport du CLUSIF 2008 sur la sinistralité informatique

Un inquiétant sentiment de stagnation...

▸ Les **indicateurs nombreux** et précis présentés dans le dernier rapport annuel du Clusif (club de la sécurité de l'information français) permettent de constater « un inquiétant sentiment de stagnation » dans la mise en application concrète des **politiques de sécurité** :

- 40 % des entreprises ne disposent pas de plan de continuité d'activité pour traiter les crises majeures ;
- 30 % admettent ne pas être en conformité avec la loi Informatique et libertés.

▸ Bon nombre d'entreprises et de collectivités locales organisent leur politique de sécurité conformément à un **environnement normatif** de type ISO 17799 ou 27001, ce qui paraît encourageant à la condition que les aspects juridiques de la sécurité soient pris en compte et intégrés le plus en amont possible dans les **systèmes de management de la sécurité** de l'information.

▸ Même si le risque zéro n'existe pas, l'actualité montre l'impérieuse nécessité de **se doter des moyens** techniques organisationnels, budgétaires mais aussi juridiques permettant de minorer ou d'éliminer de tels risques.

La gestion des droits de propriété intellectuelle dans les SI

▸ En matière de **logiciels**, des pratiques de commercialisation ou de distribution extrêmement variées sont ainsi développées : de la licence propriétaire la plus stricte jusqu'aux licences de logiciels libres les plus libérales. Or, le **contrôle des droits d'exploitation** des composants logiciels semble être une précaution élémentaire et indispensable.

▸ Il en est de même pour les **données** et les **bases de données** protégeables par le droit d'auteur. L'importation et la diffusion par exemple sur l'intranet de l'entreprise, de données protégées ne sont pas libres et doivent donc faire l'objet de **mesures préventives** pour éviter des **téléchargements illicites** et des mesures de contrôle pour valider les droits d'exploitation des données utilisées.

▸ Ces quelques exemples ne portent que sur la gestion des droits de propriété intellectuelle dans les composants des SI. Mais les aspects juridiques de la sécurité ne se limitent pas à ce type de risques.

▸ On peut aussi évoquer l'obligation de conformité de la collecte et des **traitements de données à caractère personnel** au regard de la loi Informatique et libertés ou encore les exigences de **traçabilité** et de transparence des systèmes et des traitements en matière de **comptabilités informatisées** ou de **sécurité financière**.

Les enjeux

Souligner que les risques ne faiblissent pas en matière de menaces informatiques qu'il s'agisse de malveillance sur un système d'information ou de défaillance affectant la disponibilité des services.

(1) [Rapport 2008 du Clusif](#).

Les perspectives

Le volet juridique est bien une composante structurelle des politiques de sécurité en ce qu'il ne doit pas seulement être le recours ultime quand le risque s'est réalisé mais un ensemble de mesures et pratiques concourant à la gestion de ce risque.

[Benoît de Roquefeuil](#)

Communications électroniques

Le conseil de la concurrence rend un avis sur les MVNO

Une faible pression concurrentielle du fait des clauses liant les NVNO

▸ Le conseil de la concurrence a analysé les **clauses des contrats** signés entre les MVNO et les opérateurs de réseaux afin de rechercher si elles pouvaient être la **cause** de leur **développement très limité** en France.

▸ L'examen de la situation des MVNO sur le **marché de détail** de la téléphonie mobile a confirmé que leur **part de marché plafonnait** aux alentours de 5 % depuis le début de l'année 2008 là où, dans d'autres pays, elle peut atteindre 20 %, voire plus.

▸ Selon le Conseil de la concurrence, la **pression concurrentielle** que les MVNO peuvent exercer sur les opérateurs de réseaux n'est perceptible que sur le segment des **offres prépayées**. Or, ces offres sont celles qui sont les moins représentées dans les offres tarifaires disponibles en France, et **économiquement les moins rentables** par rapport aux offres post payées.

▸ Le Conseil fait un lien entre cette **faible pression concurrentielle** et les clauses contractuelles liant les MVNO aux opérateurs, notamment à travers :

- l'absence d'autonomie technique des MVNO par rapport à leur opérateur ;
- les conditions tarifaires consenties par certains opérateurs à leurs MVNO favorise le maintien de prix de détail élevés chez les MVNO ;
- les relations d'exclusivité instaurées dans les contrats contraignent les MVNO à ne pas conclure de contrats similaires avec d'autres opérateurs ;
- les clauses limitant les possibilités de valorisation des MVNO.

Les incitations recommandées par le Conseil de la concurrence

▸ Fort de ce constat, le Conseil de la concurrence **recommande** de créer les conditions pour que de nouvelles incitations concurrentielles apparaissent. Il propose **trois types d'incitations** :

- les opérateurs doivent accepter de modifier leur clauses contractuelles afin de **déverrouiller les contraintes** qui pèsent sur les MVNO ;
- l'attribution de la **quatrième licence mobile UMTS**, toujours disponible. Le titulaire de cette licence pourrait, d'après le Conseil, utilement s'appuyer sur les MVNO pour accélérer la rentabilisation de ses investissements ;
- des **initiatives légales** ou **réglementaires** pour agir sur les facteurs expliquant le caractère atone du marché et, notamment pour rééquilibrer les conditions techniques et tarifaires des contrats.

▸ Saisi pour avis, le Conseil de la concurrence n'a pu se prononcer, comme il aurait pu le faire en cas de saisine contentieuse. Ces premières conclusions se sont donc limitées à des recommandations.

Les enjeux

Proposer des incitations concurrentielles pour développer les opérateurs mobiles virtuels (MVNO) sur le marché de la téléphonie mobile en France.

(1) [Avis 08-A-16 du 30 juillet 2008](#).

Les perspectives

Le Conseil recommande :

- un allègement significatif de la durée des contrats et des clauses d'exclusivité ;
- un encadrement voire une suppression des clauses de préemption et de préférence portant sur la cession des actifs des MVNO.

[Frédéric Forster](#)

Concurrence

Loi de modernisation de l'économie (1) : conséquences sur les conditions générales de vente

La liberté de négocier

▸ Comme le prévoyait le projet de loi, il est désormais 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 » ;

- **L'interdiction en soi des pratiques discriminatoires**, est supprimée, même si ces pratiques peuvent toujours être poursuivies dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles ;

- il est désormais interdit 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 **amendes civiles** pouvant être prononcées, à la demande du ministre de l'économie ou du ministère public, en cas de pratiques restrictives, sont alourdies (**2 millions d'euros**, pouvant être portés au triple du montant des sommes indûment versées).

▸ Les litiges relatifs aux pratiques restrictives seront réservés à certaines juridictions spécialisées, dont les pouvoirs sont accrus.

Les enjeux

La loi vise à protéger les fournisseurs, mais également à favoriser la baisse des prix par l'instauration d'une plus grande liberté de négociation.

(1) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

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

Des délais de paiement réduits

▸ Dans les contrats conclus à compter du **1^{er} janvier 2009**, les **délais de paiement** ne pourront dépasser **45 j. fin de mois ou 60 j.** à compter de la date d'émission de la facture (3), à peine d'une amende de 15 000 €. Des **accords professionnels** pourront proposer de retenir la date de réception des marchandises ou de la prestation de services, comme point de départ du délai de règlement. Un décret pourra étendre ce nouveau délai à tous les opérateurs du secteur. La loi prévoit aussi la faculté de fixer par des **accords interprofessionnels**, un délai de paiement supérieur au maximum légal, la durée des accords ne pouvant dépasser le 1^{er} janvier 2012.

Le respect de ces dispositions devrait être assuré par l'obligation pour les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes de **publier des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs ou de leurs clients** ; ces informations feront l'objet d'un **rapport des commissaires aux comptes** qui pourront l'adresser au ministre de l'économie s'ils constatent des manquements aux dispositions légales.

▸ Les **intérêts de retard** ne pourront être inférieurs à **trois fois** (et non plus une fois et demie) le taux d'intérêt légal.

Les perspectives

Les entreprises devront réviser leurs conditions générales de vente ou d'achat, pour tenir compte de la nouvelle loi.

(3) Art. L. 441-6 du Code de commerce.

[Doris Marcellesi](#)

Achats publics

L'indication des niveaux minimaux de capacité est facultative dans les avis de publicité

La fin d'une insécurité juridique

▸ **Trois arrêts** rendus par le Conseil d'Etat le **8 août 2008** sont venus lever l'incertitude sur certaines exigences à faire figurer dans les **avis d'appel public à la concurrence (AAPC)** (1).

▸ L'article 52 du Code des marchés publics dispose que « *les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des **niveaux de capacités** professionnelles, techniques et financière mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence* ».

▸ Dans les trois cas, à la suite de **référé précontractuels**, le juge des référés administratifs avait jugé irrégulières les procédures de concours lancées au motif que les avis d'appel public à la concurrence ne mentionnaient pas les exigences minimales de capacités requises par le pouvoir adjudicateur.

▸ Le Conseil d'Etat a estimé que le juge des référés avait commis une **erreur de droit** en jugeant irrégulières les procédures de concours.

Les enjeux

Mettre fin à l'ambiguïté entretenue par la rédaction de l'article 52 du Code des marchés publics sur l'indication ou non des niveaux minimaux de capacités des candidats dans les avis d'appel public à la concurrence.

(1) [CE 8 août 2008 n° 309136](#), n° 307143 et n° 309652.

Contrôler les garanties sans exiger de niveaux minimaux

▸ Le Conseil d'Etat a bien confirmé que les dispositions de l'article 52 du Code des marchés publics font obligation au pouvoir adjudicateur de **contrôler les garanties** professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à concurrence.

▸ Le Conseil d'Etat a tenu à préciser qu'en revanche, le pouvoir adjudicateur **n'est pas tenu de préciser** dans les avis d'appel public à la concurrence **des niveaux minimaux** de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats.

▸ Ces décisions mettent donc fin à l'ambiguïté entretenue par la rédaction de l'article 52 du Code des marchés publics qui **ne contraint nullement les acheteurs publics** à indiquer dans les AAPC les niveaux minimums de capacité des entreprises.

▸ La seule obligation des acheteurs publics est de contrôler l'existence d'une capacité suffisante des entreprises.

Les perspectives

Les acheteurs publics approuveront la position du Conseil d'Etat qui facilitera la rédaction des avis d'appel public à la concurrence, diminuant ainsi les risques de recours.

[François Jouanneau](#)

Utilities & environnement

Reach : le régime transitoire de pré-enregistrement s'achève le 30 novembre 2008 !

Le régime transitoire de pré-enregistrement

▸ Le règlement REACH pour l'industrie traitant des **liquides chimiques** entré en vigueur il y a déjà un an (1), a prévu la possibilité pour les fabricants et importateurs de substances chimiques, de procéder à un **pré-enregistrement** des substances qu'ils fabriquent ou commercialisent, durant une période transitoire allant jusqu'au **30 novembre 2008**.

▸ Passé cette période, ils ne pourront bénéficier du **régime transitoire** et devront obligatoirement enregistrer leurs substances en fournissant un certain nombre d'informations avant leur commercialisation en Europe.

▸ Les substances bénéficiant du régime transitoire sont les substances mentionnées dans l'**inventaire EINECS**, ou qui ont été fabriquées dans l'Union européenne ou l'un des pays y ayant adhéré avant 2004 mais n'ayant pas (encore) été mises sur le marché de l'Union, au moins une fois après le 1er juin 1992, ou sont les « **ex-polymères** » (communément qualifiées de **substances existantes**).

▸ Toute personne pouvant bénéficier du régime transitoire sont les **fabricants** et les **importateurs** de substances, les **producteurs** et importateurs d'articles contenant des substances ainsi que les **représentants exclusifs de fabricants** établis en dehors de l'UE.

Les avantages du pré-enregistrement

▸ L'enregistrement préalable permet aux entreprises de **poursuivre** leur **fabrication**, **importation** et **utilisation** des substances bénéficiant d'un régime transitoire qui peut aller jusqu'au **31 mai 2018** selon les propriétés des substances et le volume annuel produit.

▸ En effet, selon leurs **propriétés** et les **quantités** mises sur le marché communautaire, les substances pré-enregistrées peuvent bénéficier de périodes transitoires variant **entre 2 et 10 ans** (2008-2018), précédant leur procédure d'enregistrement.

▸ L'enregistrement préalable accorde également aux entreprises du **temps supplémentaire** pour organiser la collecte et la sélection des données disponibles, le partage des données existantes, et la production collective des informations manquantes.

▸ Les informations relatives à l'enregistrement préalable doivent être **communiquées à l'AEPC** (agence européenne des produits chimiques) **entre le 1^{er} juin 2008 et le 1^{er} décembre 2008**. Cette communication d'information peut se faire **par voie électronique**.

Les enjeux

Pour les fabricants et importateurs de substances chimiques, il s'agit de pouvoir bénéficier des délais d'enregistrement prolongés institués par le règlement REACH.

L'enregistrement préalable permet ainsi aux entreprises de poursuivre leur fabrication, importation et utilisation des substances bénéficiant du régime transitoire.

(1) [Règl. \(CE\) 1907/2006 du 18 décembre 2006](#).

Les perspectives

Selon leurs propriétés et les quantités mises sur le marché communautaire, les substances pré-enregistrées peuvent bénéficier de périodes transitoires variant entre 2 et 10 ans (2008-2018), précédant leur procédure d'enregistrement

[Didier Gazagne](#)

Propriété intellectuelle

La communication sur une affaire judiciaire en cours

La liberté d'information dans le respect des droits de la personnalité

▸ Le juge peut prescrire toutes mesures pour faire cesser l'atteinte à la **présomption d'innocence** lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire (1).

▸ La Cour de cassation considère qu'il y a atteinte à la présomption d'innocence lorsqu'un écrit « *contient des conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité de la personne visée* » (2). La protection de la présomption d'innocence est donc un **principe supérieur** à la liberté d'expression à laquelle il s'oppose et qu'il tend à limiter (3).

▸ Aussi, indépendamment de la **liberté d'expression** (4), l'auteur de propos, publics ou non, est toujours soumis au respect de la présomption d'innocence (5), et aux prescriptions de la loi sur la liberté de la presse, ainsi qu'au **respect de la vie privée** (6). Toute personne est ainsi soumise à un **devoir d'objectivité** lorsqu'en application de sa liberté, voire de son devoir d'information, elle communique sur une affaire judiciaire en cours, à l'instar des journalistes.

▸ Les circonstances selon lesquelles un contentieux est engagé devant les **juridictions civiles** (et non pénales) ne modifient en rien ces principes. Par exemple, la poursuite de **faits de contrefaçon au civil** et non devant les juridictions répressives, n'autorise pas à conclure avant tout délibéré, à la réalité des faits en cause et à leur attribuer la qualification juridique de contrefaçon.

Une information objective publiée de bonne foi

▸ Toute personne, partie ou non à un procès, qui souhaite communiquer sur une instance en cours, doit faire preuve de la plus grande mesure.

▸ Les faits doivent être décrits de façon **objective** et être étayés par des éléments de preuve indiscutables. Ainsi, deux sites internet présentant des similitudes ne peuvent être qualifiés de « **contrefaçon** », terme à connotation délictuelle, avant que les autorités judiciaires se soient prononcées sur cette question. De même, l'identification de l'adversaire n'est pas conseillée.

▸ Toute communication doit répondre aux questions suivantes : la publication est-elle réalisée dans un **but légitime d'information** ? la teneur des propos n'a-t-elle pas été dictée par une animosité personnelle à l'encontre de la personne mise en cause ? l'**expression** utilisée est-elle **prudente** et **mesurée** ? enfin, les propos dénoncés sont-ils étayés par une **enquête fiable** ? (7).

▸ La communication sur une **procédure en cours**, notamment dans le cadre de procès en contrefaçon ou pour concurrence déloyale, risque d'entraîner des **poursuites en diffamation** ou, le cas échéant, en **dénigrement** lorsqu'elle intervient dans un climat de tension entre des adversaires économiques. La plus **grande prudence** est préconisée.

Les enjeux

Ne pas encourir les sanctions prévues par la loi sur la presse, ni voire sa responsabilité engagée pour atteinte à la présomption d'innocence :

Le délit de diffamation est puni d'une peine d'amende allant de 12 000 à 45 000 euros selon la qualité de la personne diffamée.

- (1) Art. 9-1 du Code civil.
- (2) Cass. civ. 1, 12/07/2001.
- (3) Cour EDH, 3/10/2000.
- (4) Art. 10 CEDH.
- (5) Art. 6 § 2 CEDH.
- (6) Art. 8 CEDH.
- (7) Cass. civ. 2, 27/03/2003

Les conseils

- Déterminer l'opportunité de communiquer sur une affaire en cours : les risques de poursuites pour diffamation justifient-ils ?

- En cas de communication, faire preuve d'objectivité, de bonne foi et de modération pour diminuer les risques de poursuite.

- Malgré la modération, risque important de poursuites notamment en diffamation.

[Anne Stutzmann](#)
[Marie Soulez](#)

Marque & noms de domaine

Une nouvelle procédure extrajudiciaire de résolution des litiges sur les noms de domaine « .fr »

Une procédure extrajudiciaire au champ d'application strictement défini

▶ Anticipant sur les fonctions mises à la charge des offices d'enregistrement par le décret du 6 février 2007 (1), le gestionnaire actuel du « .fr », l'AFNIC, propose désormais une **procédure de résolution des litiges**, portant sur les noms de domaine « .fr », qui lui est spécifique.

▶ Cette procédure est **limitée** aux seuls cas de **violations manifestes** des dispositions du décret du 6 février 2007. En l'absence de ce caractère manifeste, le litige devra être résolu par les procédures habituelles (procédures PARL ou saisine des tribunaux judiciaires).

▶ Au titre des violations manifestes, il est permis de citer notamment la **reproduction à l'identique** ou quasi-identique :

- de la **dénomination** d'une entité **publique** (Etat, collectivités, établissements publics, services publics, etc.) ;

- ou encore du **nom patronymique** d'une personne physique ou d'une **marque**, associée ou non à un détournement de préfixe tel que "www", sans que le titulaire dispose d'un droit ou d'un intérêt légitime et sans qu'il agisse de bonne foi (**Typosquatting, Dotsquatting**).

L'enjeu

Pouvoir demander le transfert ou la suppression d'un nom de domaine portant manifestement atteinte à certains droits antérieurs par le biais d'une procédure extrajudiciaire rapide et peu coûteuse.

(1) [Décret n°2007-162 du 6 février 2007](#).

(2) [Règlement AFNIC de procédure de résolution](#).

Un mécanisme novateur et original

▶ Dans le cadre de cette procédure, l'AFNIC **examine le bien-fondé des demandes** dont elle est saisie et procède elle-même à l'exécution de ses décisions une fois écoulé un délai de **quinze jours** civils à compter de la notification de la décision aux parties. L'exécution sera suspendue en cas d'ouverture d'une procédure judiciaire ou extrajudiciaire (PARL) par l'une des parties pour le nom de domaine litigieux.

▶ Cette procédure s'applique à **toute personne physique ou morale**, qu'elle ait la qualité de requérant ou de titulaire du nom de domaine en cause et ne concerne qu'un seul nom de domaine à la fois.

▶ Toutes les **opérations** portant sur le nom de domaine incriminé sont **suspendues** jusqu'à la clôture de la procédure, voire même au-delà, par l'AFNIC, ainsi que le lui permettent les dispositions du règlement (2).

▶ Le **dépôt** de la demande est effectué **sous forme électronique**, ainsi que toutes les communications entre l'AFNIC et les parties en cause.

▶ Seules des mesures de **transmission**, de **blocage** ou de **suppression** du nom de domaine contesté peuvent être ordonnées. **Aucune indemnité financière** n'est susceptible d'être accordée.

▶ Les **décisions** de l'AFNIC, **motivées**, sont **publiées** sur son site web après anonymisation du nom des personnes physiques.

L'essentiel

Cette procédure a pour caractéristiques :

- d'être applicable aux seuls noms de domaine en « .fr » ;

- d'être limitée aux violations manifestes du décret du 6 février 2007 ;

- de respecter le principe du contradictoire ;

- de se dérouler sous forme électronique ;

- d'être rapide (45 jours) et peu coûteuse (250 €HT par nom de domaine).

[Claudine Salomon](#)
[Annabelle Sébille](#)

Fiscalité et sociétés

La Société privée européenne : une nouvelle forme juridique pour les PME

Un objectif : favoriser le déploiement d'activité des PME en Europe

- La Commission européenne a adopté, le 25 juin 2008, une proposition de règlement visant à établir un **statut de société privée européenne (SPE)** (1), sorte de « **label** » **européen**.
- Il s'agit d'une nouvelle forme juridique plus **souple** que la Société Européenne (SE) visant à accroître la compétitivité des petites et moyennes entreprises (PME) désireuses d'**exercer** leurs activités **dans toute l'Union** européenne tout en réduisant leurs coûts.
- La SPE a en effet été conçue pour **remédier aux obligations actuelles** onéreuses qui pèsent sur les PME exerçant des **activités transfrontalières**, notamment la constitution de filiales en conformité avec la législation propre à chaque Etat membre du marché européen.
- En pratique, la SPE permettra aux PME de créer leur société sous une **forme unique**, indépendamment des dispositions nationales en droit des sociétés.
- Le choix de ce statut permet aux PME de **gagner du temps et de l'argent** par la réduction des coûts de conseil juridique, de gestion et l'allègement des formalités administratives induites par la création et la poursuite de l'activité au sein de l'Union.

Une liberté contractuelle renforcée par un nouvel instrument juridique

- Le projet de règlement sur la SPE diffère du règlement sur la SE en ce qu'il **privilegie la liberté contractuelle** et ne comporte pas de renvois aux droits des sociétés nationaux, dont les dispositions diffèrent sensiblement entre les Etats de l'Union.
- L'activité de la SPE pourrait être fondée sur le **respect d'un règlement communautaire** et des statuts, sans référence particulière aux législations des Etats membres, hormis en matière de fiscalité, de comptabilité, de participation des salariés et de responsabilité des dirigeants notamment.
- Ce nouveau dispositif, plus flexible, pourrait en cela consacrer une véritable **structure juridique commune européenne** au bénéfice des PME qui coexisterait au sein des Etats membres avec les formes sociales nationales en évitant la refonte, même partielles, des législations nationales sur les sociétés en vue de leur harmonisation au niveau européen.
- Le statut de société privée européenne figure parmi les propositions du **projet de Small Business Act européen**. Cette proposition de règlement a été transmise au Parlement européen et au Conseil.

Les enjeux

- encourager la libre entreprise et accroître le dynamisme et la mobilité des entreprises en Europe ;
- avoir un instrument juridique plus adapté aux PME que la SE ;
- accroître la sécurité juridique recherchée par les investisseurs étrangers ;
- faciliter l'intégration des entreprises des nouveaux Etats membres.

(1) [Proposition de règlement du 25.06.2008.](#)

Les perspectives

Viser à constituer une véritable « identité européenne », porteuse de notoriété, de compétitivité et de dynamisme pour les entreprises concernées.

[Pierre-Yves Fagot](#)

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

Accès aux fichiers du salarié pour raison légitime

▸ Une société employait une responsable d'agence qui a démissionné pour rejoindre une **société concurrente**. La société soupçonnant sa collaboratrice d'avoir utilisé l'ordinateur mis à sa disposition pour effectuer des actes de concurrence déloyale, a obtenu du président du tribunal de commerce une **ordonnance de référé**, sur le fondement de l'article 145 du CPC, pour autoriser un **huissier** à procéder à la **copie des messages** échangés avec des personnes susceptibles d'être concernées par les faits de concurrence déloyale.

▸ Saisie par la salariée, la **cour d'appel** a considéré que « *l'employeur avait des raisons légitimes et sérieuses de craindre que l'ordinateur mis à la disposition de la salariée avait été utilisé pour favoriser des actes de concurrence déloyale* ». Ce fait justifiait qu'un huissier soit autorisé par ordonnance, à accéder à l'ensemble des fichiers, exceptés ceux portant la mention « personnel », contenus dans l'ordinateur de la salariée.

▸ Cette dernière a formé **pourvoi** invoquant le respect de l'intimité de la vie privée et le secret des correspondances, au visa des articles 9 du code civil, 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme.

▸ La Cour de **cassation** (1) **confirme la décision** attaquée motif pris que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ».

L'essentiel

L'employeur ne peut avoir accès librement aux mails personnels du salarié. Il devra obtenir une ordonnance du juge des référés autorisant un huissier de justice à en prendre connaissance en présence du salarié.

(1) Cass. soc., 10 juin 2008 n°06-19-229.

Quelle est la nature juridique d'un Code de déontologie ?

▸ Un établissement de Crédit a adressé à ses collaborateurs un **code de déontologie**, sanctionné selon les dispositions du règlement intérieur de l'entreprise et imposant à une catégorie de personnel « en situation sensible » des obligations d'information et de **levée du secret bancaire** sur leurs comptes professionnels, prévues par le règlement de l'autorité des marchés financiers.

▸ Le syndicat FO, estimant que ce code constituait une **adjonction au règlement intérieur** qui n'avait pas fait l'objet des formalités prévues par l'article L.122-36 du Code du travail en a **demandé la nullité** et la suppression de la clause du règlement intérieur relative au droit de retrait des salariés.

▸ Les juges du fond ont déclaré nulles les dispositions du code de déontologie considérant que ce code comportait de nouvelles règles de discipline par rapport au règlement intérieur mais la **Cour de cassation** (2) ne les a pas suivis.

L'essentiel

« *les obligations d'information ou de levée du secret bancaire (...) figuraient déjà dans le règlement intérieur, de sorte que le code de déontologie n'en constituait pas une adjonction, mais une simple modalité d'application* ».

(2) Cass. soc., 28 mai 2008 n° 07-15-744

[Laëtia Boncourt](#)
[Céline Attal-Mamou](#)

Indemnisation des préjudices

Préjudices subis dans le cadre de la rupture de négociations contractuelles

Développement d'une solution de téléphonie mobile embarquée

▸ La société Airbus France a été à l'origine de la création de la société Icarelink qui devait développer et mettre au point une solution permettant **l'utilisation de téléphones mobiles GSM dans les avions** commerciaux.

▸ Dans le cadre d'un **accord de confidentialité** conclu en 2003, elles fixent les grandes lignes de leur futur contrat de partenariat dont la signature est **conditionnée** à la réussite du programme d'expérimentation de la solution. Il est prévu qu'Icarelink développe la solution, et uniquement celle-ci, sous le contrôle d'Airbus France, qui pourra l'exploiter à **titre exclusif** pendant 4 ans à compter de la signature du contrat. En contrepartie, Airbus devra verser à Icarelink une avance de 800.000 €, lui assurer un **revenu minimum** de un million d'euros par an pendant les quatre années d'exclusivité, et lui verser des **redevances proportionnelles** aux revenus issus de l'exploitation commerciale de la solution.

▸ Bien qu'elle ait annoncé publiquement la **réussite du programme**, Airbus lance un appel d'offres pour un système de télécommunication mobile embarqué, puis annonce à Icarelink qu'elle n'est pas retenue pour ce programme.

▸ Icarelink a saisi le Tribunal de commerce de Toulouse qui a ordonné une **expertise** pour déterminer les conditions de la rupture des relations entre les deux sociétés et, le cas échéant, chiffrer les préjudices subis.

Dans le cadre d'un projet de partenariat non abouti

▸ Le Tribunal juge que les engagements futurs prévus par l'accord de confidentialité sont devenus contractuels dès lors qu'Airbus a annoncé le succès de l'expérimentation, condition de conclusion de l'accord définitif. Il retient le **caractère abusif et brutal de la rupture** des relations contractuelles (1).

▸ La société Icarelink, dont Airbus était le seul client, a subi des **pertes d'exploitation** suite à la rupture, évaluées à **698 571 €** par celle-ci et à **192 169 €** par le rapport d'expertise. La décision considère que cette dernière estimation apparaît bien fondée et fixe le montant de l'indemnisation à ce titre à **150 000 €** en tenant compte d'une période d'évaluation plus courte.

▸ Icarelink demandait aussi à être indemnisée des **4 000 000 €** qu'elle devait percevoir pour les 4 premières années d'exploitation. Sur ce point, le rapport d'expertise n'a retenu que la **perte de marge brute**, dès lors qu'Icarelink n'a pas eu à supporter les **coûts d'exploitation**, et pour une période de 2 ans seulement, car la solution n'avait pas été certifiée, soit **1 167 874 €**. Après avoir annoncé une indemnisation minimale de 4 000 000 €, la décision ramène ce montant à **2 000 000 €** en considérant que la technologie aurait pu devenir rapidement obsolète en s'appuyant sur l'évaluation du rapport d'expertise, fondée sur les résultats.

▸ Au titre des redevances sur l'exploitation commerciale de la solution et compte tenu du potentiel de ce marché, Icarelink invoquait une **perte de chance** de gain de **50 millions €**. Le Tribunal ne s'estime pas suffisamment informé sur ce point et ordonne une nouvelle expertise pour chiffrer cette perte de chance de gains. Il accorde encore **100 000 €** à Icarelink pour ses frais irrépétibles, incluant les coûts de la première expertise.

L'enjeu

La victime de la rupture abusive dont la survie aurait pu être compromise sans cette décision, obtient une indemnisation d'un montant total de 2 250 000 € au titre de l'exécution provisoire. Mais Airbus France peut demander la suspension de l'exécution provisoire et faire appel de cette décision.

(1) TC Toulouse 25 septembre 2008

Les conseils

Sous réserve d'appel, cette première indemnisation, pourrait être considérablement augmentée à l'issue de la seconde expertise, ordonnée afin de chiffrer les gains non réalisés sur un marché en pleine expansion.

[Bertrand Thoré](#)

Prochains événements

Communications électroniques, bilan et perspectives : 15/10/2008

Frédéric Forster animera un petit-déjeuner débat consacré à la Communications électroniques : bilan Arcep 2007 et perspectives.

L'Arcep a rendu public son rapport d'activité pour l'année 2007. Au cours de cette année, l'activité de régulation de l'autorité est restée à un niveau extrêmement dense puisqu'elle a adopté 1 114 avis et décisions. Il est intéressant de noter que, sur les 69 avis rendus en 2007, 9 l'ont été à la demande du Conseil de la concurrence, reflétant ainsi les fortes interactions existant entre ces deux autorités, s'agissant de la régulation des conditions de concurrence sur les marchés des communications électroniques.

762 opérateurs se sont déclarés ou ont été autorisés à exercer leurs activités au 31 décembre 2007, soit 364 de plus qu'à fin 2006. Enfin, dans le secteur de la téléphonie mobile, l'Arcep comptabilise 12 opérateurs mobiles virtuels (MVNO) et 8 opérateurs actifs dans l'outre-mer.

L'année 2008 a également été marquée par l'adoption de la loi Chatel, le 3 janvier 2008, et de la loi de modernisation de l'économie, du 4 août 2008. Ces deux textes ont très profondément modifiés les relations entre les opérateurs, les consommateurs et les collectivités locales dans la perspective, pour le premier, d'un accroissement de la transparence des offres et, pour le second, d'une accélération du déploiement du très haut débit sur l'ensemble du territoire.

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, d'échanger les expertises et les expériences sur ces différents sujets.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 10 octobre 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.

Responsabilité de l'entreprise et enjeux environnementaux : 18/11/2008

Didier Gazagne animera un petit-déjeuner débat consacré aux stratégies à adopter par les entreprises afin d'éviter la mise en œuvre de leur responsabilité.

L'application par les entreprises des nombreux textes environnementaux est devenue une véritable gageure compte tenu de leur multiplication et de leur éparpillement. A ceci s'ajoute la facilitation de l'engagement de leur responsabilité notamment par la récente loi n°2008/757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement. Elles doivent donc gérer un risque juridique majeur en matière environnementale.

En conséquence, les entreprises ne peuvent plus se contenter d'une adaptation juridique au coup par coup : l'anticipation grâce à une approche stratégique est devenue indispensable. Pour ce faire, la mise en place d'un système de management environnemental (ISO 14 000 ou EMAS) et le recours à un correspondant environnement constituent le moyen le plus efficace.

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, d'échanger les expertises et les expériences sur ces différents sujets.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 10 novembre 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

L'essentiel

Téléchargement illégal : l'Europe contre la réponse graduée

▸ Lors de la révision du « paquet télécom », le Parlement européen a adopté le **24 septembre 2008**, une résolution législative dont l'un des amendements pourrait bien entraîner une modification des dispositions relatives à la riposte graduée du projet de loi « Création et Internet ».

▸ L'**amendement n°138** propose qu'aucune restriction ne puisse « être imposée aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires, (...), sauf lorsque la sécurité publique est menacée, auquel cas la décision peut intervenir ultérieurement » (1).

(1) [Résolution législative du Parlement européen du 24 septembre 2008.](#)

Google prêt à réduire à 9 mois la conservation des données

▸ Dans une réponse adressée le **8 septembre** aux autorités européennes (groupe de l'article 29), Google annonce qu'il va réduire à 9 mois la conservation des **données de ses utilisateurs**.

▸ Les **adresses IP** associées aux requêtes effectuées sur le moteur seront anonymisées à l'expiration d'un délai de 9 mois (au lieu de 18 actuellement) (2).

(2) [Communiqué de presse du G29 sur la réponse de Google, 8 septembre 2008.](#)

Projet de décret sécurité publique : EDVIGE devient EDVIRSP

▸ Le fichier EDVIGE (Exploitation documentaire et valorisation de l'information générale) devient **EDVIRSP** (Exploitation documentaire et valorisation de l'information relative à la sécurité publique) (3).

▸ La nouvelle version du décret sur le fichier Edvige ne verra pas le jour avant un mois, **après l'avis de la CNIL**.

(3) [Projet de décret](#)

Sécurité des informations de santé : une norme internationale

▸ La **norme ISO 27799:2008** s'inscrit dans le prolongement de la norme ISO 27002 : 2005 dédiée à la sécurité de l'information fournit (4).

▸ Elle constitue un nouveau guide à l'attention des responsables sécurité des systèmes d'information de santé et des professionnels de santé soucieux d'assurer la **confidentialité** et la **sécurité** des informations de santé.

(4) [Communiqué de l'ISO du 28 août 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 : paris@alain-bensoussan.com

Interview

L'informatique dans les nuages ou le « Cloud computing » en toute sécurité !

Mr Louis Naugès, Président fondateur de Revevol (*)



par Isabelle Pottier

Pouvez-vous nous présenter brièvement l'activité de votre jeune société ?

Revevol est la contraction de REVolution et EVOLution. Créée en 2007, notre société de conseil met en œuvre des solutions innovantes qui facilitent le changement des entreprises vers les services Web 2.0. Nous offrons une approche « évolutive » vers une situation « révolutionnaire » car il se trouve qu'aujourd'hui le monde l'entreprise est en retard sur le grand public. Notre métier consiste donc à y faire entrer le plus rapidement possible les nouvelles technologies pour que l'entreprise devienne une entreprise 2.0. Nous ne développons pas de nouveaux produits car il y a une innovation extraordinaire sur le marché et que l'offre est très en avance sur les usages. Nous faisons du « conseil-mise en œuvre » et de l'assemblage d'applications. On prend des briques, un wiki par ci, un blog par là, un Google Apps ou Salesforce et nous assemblons le tout pour proposer un montage à la carte en fonction des attentes d'un client.

Comment faire pour convaincre une grande entreprise de passer au Cloud Computing ()?**

Une vraie rupture technologique se prépare. Les entreprises, grandes et moyennes, vont devoir basculer leur informatique au cours des 5 à 10 années à venir, sur des solutions « Cloud Computing », c'est-à-dire sur des infrastructures qui ne leur appartiennent pas, avec des logiciels en mode SaaS (Software as a Service). Tout comme il y a eu la vague du mainframe gros système, du client / serveur et du Web 1.0 et 2.0, il y a aujourd'hui, dans le Web 2.0, la vague du « Cloud Computing », littéralement « Informatique dans les nuages ». C'est un modèle permettant l'accès à des ressources matérielles et logicielles via Internet, à partir d'un simple navigateur, de manière distribuée et sous forme de services qui sont proposés à de multiples utilisateurs. L'avantage est que les applications qui fonctionnent sur le Cloud Computing et qui peuvent être personnalisées, sont partageables par des centaines d'entreprises. Les fonctionnalités nouvelles, proposées par le fournisseur des services sont immédiatement disponibles pour l'ensemble des clients puisque la notion de versioning disparaît totalement. Par ailleurs le coût est très attractif (5 à 10 fois moins cher) par rapport à une informatique traditionnelle.

Les réticences liées à la sécurité et à la confidentialité sont-elles levées ?

De nombreuses entreprises se posent encore des questions quant à la sécurité des échanges et à la confidentialité des données. En ce qui concerne le premier point, nous n'avons pas trop de difficultés à leur expliquer que le Cloud Computing est très sécurisé. Les échanges se font en « https » c'est-à-dire en mode transfert codé et sécurisé. Ils arrivent ensuite sur des centres de calcul et de traitement qui sont de véritables « bunkers ». Rares sont les entreprises ayant un centre de calcul aussi sécurisé que ceux de Google ou Salesforce. Mais le vrai bénéfice en terme de sécurité, est que l'entreprise n'a plus de données « sensibles » sur ses PC puisque toutes les informations sont sur le Cloud. C'est une véritable sécurité globale lorsque l'on sait que 95 % des entreprises ont des PC portables avec des données non cryptées qu'elles peuvent perdre à tout moment en cas de perte ou de vol des PC. Google a par exemple une quarantaine de centres de calcul et les données sont répliquées dans plusieurs d'entre eux répartis aux Etats-Unis mais également en Europe. La question de la confidentialité est plus délicate car elle repose entièrement sur la confiance. Les données sont certes inattaquables de l'extérieur mais comment garantir leur confidentialité ? Des solutions commencent désormais à exister autour d'offres CaaS (Confidentiality as a Service) telles que celle d'ETSEM, qui permet de crypter de manière très forte les données stockées dans les serveurs des fournisseurs de solutions SaaS et « On the Cloud », avec des clefs de très haut niveau auxquelles les fournisseurs n'ont pas accès (**).

(*) <http://www.revevol.eu/> ; (**) voir le blog de Louis Naugès : <http://nauges.typepad.com/>