

L'externalisation de la gestion des archives publiques

La gestion des archives publiques par des entreprises privées

▸ Promulguée le **15 juillet 2008**, la loi relative aux archives est applicable tant aux archives papier qu'aux **archives électroniques**, orales et audiovisuelles. Le nouveau dispositif (1) est également étendu aux **archives privées classées** en raison de leur « **intérêt public** ».

▸ Le texte intègre toujours dans le périmètre **des archives publiques** les archives détenues par toute **personne** morale de droit public ou de **droit privé** chargée de la gestion d'un service public, dans le cadre d'une **mission de service public**.

▸ Ce texte a notamment pour finalité d'adapter le droit applicable aux archives publiques, de faciliter l'accès des citoyens aux archives et d'attribuer un **statut juridique** aux archives des autorités publiques, dont la conservation est désormais susceptible d'être confiée à des **prestataires privés**.

▸ Cette **faculté** est strictement encadrée par la loi puisque seules les archives publiques non soumises à l'obligation de versement dans un service public d'archives sont concernées, de même que les **archives courantes** et **intermédiaires**, à l'**exclusion des archives définitives**.

▸ Consacrant une pratique développée depuis une vingtaine d'années sans encadrement juridique, la loi instaure pour ces **entreprises spécialisées** dans l'archivage un régime d'**agrément préalable** et de **contrôle scientifique et technique** de la Direction des Archives de France.

Une protection renforcée par le réajustement des sanctions pénales

▸ La protection consentie aux archives publiques est consolidée par l'**aggravation des sanctions pénales** prévues en ce domaine.

▸ Ainsi, les personnes détentrices d'archives publiques qui utilisent leurs fonctions pour détourner, soustraire, ou détruire sans autorisation des archives encourent désormais une peine de **trois ans d'emprisonnement** et **45 000 euros d'amende**.

▸ Le renforcement des peines encourues vaut également pour les archives privées classées comme **archives historiques** présentant un intérêt public, dont le régime est désormais aligné sur celui des objets mobiliers classés.

Les enjeux

Permettre la conservation par des sociétés de droit privé de documents résultant d'une activité de service public tout en réaffirmant leur statut d'archives publiques.

Etendre la législation relative aux archives publiques aux archives privées classées en raison de leur « intérêt public ».

(1) [Loi n°2008-696 du 15 juillet 2008](#) relative aux archives

Les perspectives

Un rapport, initié par le Gouvernement, devrait être présenté au Parlement sur les modalités de collecte, classement, conservation et communication des archives en France au plus tard le 16 juillet 2009.

[Philippe Ballet](#)

Informatique

Sécurisation des informations de santé : adoption d'une norme internationale !

Un débat relancé par le développement des nouvelles technologies

▸ La nouvelle **norme ISO 27799:2008**, publiée le 12 juin 2008, s'inscrit dans le prolongement de la norme ISO 27002:2005 dédiée à la sécurité de l'information.

▸ Elaborée par le Comité technique sur l'informatique de la santé de l'Organisation internationale de normalisation, ce nouvel instrument juridique est dédié à la **protection d'informations** particulièrement **sensibles** que sont les données personnelles de santé.

▸ Sans distinction de forme, de support ou de moyens consacrés à leur traitement, elle vise à permettre aux **professionnels de santé** et autres dépositaires d'exercer leur mission en préservant la **confidentialité**, l'**intégrité** et la **disponibilité** des données traitées.

▸ L'engouement croissant des **prestataires de santé** pour les technologies sans fil et l'internet, ajouté au récent lancement de gestionnaires de dossier médical en ligne, ont conduit à une **recrudescence des échanges électroniques** d'informations personnelles de santé. L'avènement d'un nouveau dispositif était donc des plus attendu.

L'apport du nouveau dispositif normatif

▸ L'intérêt majeur de ce nouveau dispositif réside principalement dans les dispositions suivantes :

- un ensemble de lignes directrices et de **principes fondamentaux** destinés à préparer, mettre en œuvre et améliorer la sécurisation des données de santé ;
- un panel de **contrôles** détaillés ;
- un éventail de recommandations et **bonnes pratiques** en matière de gestion de la sécurité des informations de santé.

▸ Structurée en sept parties, complétées par des annexes et une bibliographie, la nouvelle norme constitue dès lors un véritable **guide** à l'attention des **responsables sécurité** des systèmes d'information de santé et des professionnels de santé venant en complément de la norme ISO/CEI 27002:2005.

▸ Dans ce contexte, il est recommandé aux établissements, organismes, prestataires de santé, hébergeurs de données de santé et aux **RSSI** chargés de systèmes information de santé de prendre connaissance au plus tôt de ce nouveau **référentiel commun** pour l'**implémenter sans tarder**.

L'enjeu

Garantir la capacité des systèmes informatiques à rester opérationnels en cas de catastrophes naturelles, de pannes de système ou d'attaques par refus de service tout en assurant la sécurité des données de santé objet des traitements.

(1) [ISO: Communiqué du 28 août 2008](#)

L'essentiel

L'ISO 27799:2008 renferme un plan d'action conduisant la mise en application de l'ISO/CEI 27002:2005 dans un environnement de santé.

[Jean-François Forgeron](#)

Communications électroniques

Point d'étape sur la réforme du « paquet télécom »

L'adoption d'un texte profondément remanié

▸ Face aux permanentes mutations du marché communautaire des télécommunications, la Commission européenne a entrepris de réformer le « paquet télécom » composé d'une série de directives communautaires adoptées en 2002, en lançant une **consultation publique**.

▸ Elle porte sur plusieurs axes de réflexion, notamment la **création d'un régulateur européen** chargé de superviser la régulation en Europe, l'intensification de la concurrence dans l'ensemble du marché unique ou encore l'obtention d'une plus grande flexibilité de gestion du spectre radioélectrique nécessaire au fonctionnement des nouveaux services et produits dans toute l'Union européenne.

▸ Le **24 septembre 2008**, le Parlement européen a adopté, lors de la seconde session plénière, le texte proposé par la Commission européenne, en y apportant cependant des modifications assez substantielles.

▸ Les députés européens ont préféré la création d'un **Organe des régulateurs européens de télécommunications (ORET)** à celle d'une Autorité européenne du marché des communications électroniques ou EECMA proposée par la Commission.

▸ L'ORET, composé de **27 autorités de régulation nationales**, serait en charge de faire des recommandations à la Commission européenne en vue d'harmoniser les réglementations sur les communications électroniques. Les modalités de son financement restent cependant, à définir.

L'inventaire des dispositions connexes

▸ Les députés européens ont également insisté sur le renforcement de la **sécurité de l'internet**, tout en écartant l'idée française de la « riposte graduée », en cas de violation des droits de propriété intellectuelle.

▸ Le Parlement européen propose aussi de renforcer la protection des **données à caractère personnel** notamment celle des données regroupées sur les serveurs des **réseaux sociaux** tels que Facebook ou Myspace.

▸ Par ailleurs, le numéro d'urgence 112 devrait être plus facile d'accès depuis les Etats membres et la Commission souhaite que ces derniers soient tenus de fournir aux utilisateurs l'accès au **numéro d'urgence européen 116** en cas de disparition d'enfant.

▸ Enfin le Parlement européen se prononce en faveur d'une harmonisation de la **durée maximale des contrats d'abonnement** aux services de communications électroniques à 24 mois, avec une possibilité de résiliation de ceux-ci à l'expiration d'un délai de 12 mois.

Les enjeux

Renforcer l'instauration d'un marché unique des communications électroniques en Europe sans dessaisir les autorités de régulation nationales de leurs pouvoirs dans le cadre d'une Europe élargie à 27 Etats membres.

(1) [Communiqué du Parlement européen du 24 septembre 2008](#)

Les perspectives

Le texte adopté par le Parlement européen, sera soumis au Conseil des ministres en charge du secteur, le 27 novembre prochain. En fonction des modifications adoptées par les Etats membres, le texte sera soumis à une seconde lecture au Parlement européen.

[Frédéric Forster](#)

Concurrence

Les enregistrements de conversations téléphoniques sont-ils recevables en justice ?

Les revirements de la jurisprudence

▸ Les juridictions d'appel et plus récemment la Cour de cassation, se sont penchées sur la question de l'admission à titre de **preuve**, d'enregistrements de conversations téléphoniques privées réalisés et conservés à l'insu de l'auteur des propos invoqués est une question.

▸ La Cour d'appel de Paris, par un arrêt rendu le 19 juin 2007 (1), avait entériné une décision du **Conseil de la concurrence** déclarant **recevables** de tels enregistrements dans une affaire d'**entente illicite** dans le secteur de l'électronique grand public. En l'espèce, les enregistrements avaient été produits par le requérant pour justifier de sa plainte. La Cour avait considéré « *qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante* ».

▸ La Cour de cassation s'est prononcée le **3 juin 2008** (2) pour un **rejet** de l'argumentaire développé par la juridiction d'appel. Se fondant sur les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des **droits de l'homme**, elle casse l'arrêt considérant que « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un **procédé déloyal** rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

Les enjeux

Concilier la protection des personnes et de la vie privée avec les besoins propres au monde des affaires.

- (1) [CA Paris 19 juin 2007](#)
(2) [Cass com 3 juin 2008](#)

L'état des textes applicables

▸ L'irrecevabilité d'enregistrements obtenus clandestinement est fondée sur l'article 9 du code de procédure civile qui pose le **principe de loyauté de la preuve** en matière civile.

▸ Le **droit** des justiciables à un **procès équitable**, établi par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, fonde également le rejet de telles pièces.

▸ En vertu de l'article 226-1 du Code pénal, l'enregistrement à l'insu des intéressés, de propos prononcés à titre privé et/ou confidentiel, ayant pour effet de porter **atteinte à l'intimité de la vie privée** est répréhensible.

▸ Les peines d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende sont encourues. Un correctif est ainsi apporté au principe de la liberté de la preuve en matière pénale.

▸ L'enregistrement d'une conversation téléphonique par l'un des participants sans l'**accord exprès** de tous les autres interlocuteurs l'expose donc à des **sanctions pénales**, voire à des poursuites pour dénonciation calomnieuse, faux et usage de faux.

L'essentiel

Lorsque les enregistrements ont été accomplis au vu et au su des intéressés, sans qu'ils s'y soient opposés alors qu'ils étaient en mesure de le faire, leur consentement est présumé (Code pénal, art. 226-1)

[Doris Marcellesi](#)

Achats publics

Référés pré contractuels : l'irrégularité formelle n'emporte plus la nullité de la procédure...

Un recours subordonné à la justification d'un préjudice

▸ Le Conseil d'Etat, saisie d'une procédure de passation d'un marché public entachée d'une **irrégularité de forme**, s'est prononcé le **3 octobre 2008** par un **arrêt de principe** qui fera date dans le domaine de la commande publique (1).

▸ En l'espèce, un Syndicat intercommunal sollicitait l'annulation de l'ordonnance de référé administratif rendue le 24 avril 2007, aux termes de laquelle était invalidée la procédure de passation en cause.

▸ Cette décision s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence constante qui reconnaît à une entreprise candidate à l'attribution d'un marché la faculté d'invoquer tout **manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence** de l'autorité adjudicatrice devant le juge des référés pré contractuels sans avoir à rapporter la preuve d'un préjudice à son encontre pour voir reconnaître le bien fondé de son recours.

▸ Infléchissant la jurisprudence, le Conseil d'Etat a considéré que le juge des référés commettait une **erreur de droit** en annulant la procédure litigieuse.

▸ Le pouvoir adjudicateur aurait indiqué à tort, dans les avis d'appel public à la concurrence (AAPC), que le marché était couvert par l'Accord sur les marchés publics (AMP), sans rechercher si cette irrégularité, à la supposer établie, était **susceptible d'avoir lésé ou risquait de léser** la partie requérante, fut-ce indirectement par un avantage consenti à une entreprise concurrente conduisant à en évincer une autre.

La détermination d'un intérêt à agir en référé

▸ Une entreprise dont l'offre correspond à l'objet du marché et la candidature a été acceptée, ne peut alléguer l'existence d'un préjudice de la seule survenance d'une erreur matérielle (mention erronée ou omission) se rapportant à une **phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre** lorsque son offre a été admise ou que le marché lui a été attribué. L'**appréciation de l'intérêt à agir** s'effectue donc en considération des particularismes propres à chaque stade de la procédure.

▸ Cette jurisprudence novatrice vient d'ores et déjà, de trouver application puisque, pour repousser la demande du requérant évincé d'un **marché de télécommunications**, le Tribunal administratif de Pau (2) s'est fondé sur l'argumentaire développé par le Conseil d'Etat.

▸ Désormais, en présence de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, les requêtes des plaignants pourront être rejetées au motif que ces derniers n'ont pas été lésés.

Les enjeux

Il appartient aux acheteurs publics de motiver les décisions de rejet des candidats afin qu'ils puissent utilement juger de l'opportunité d'exercer un recours en référé.

(1) [CE 3-10-2008, req. 305420 Smirgeomes](#)

(2) TA Pau 7-10-2008 société Spie Communications 0802028

L'essentiel

La Haute juridiction administrative impose désormais aux parties de fonder leur recours sur des motifs de fond et non simplement de pure forme. Le bien fondé d'une action étant désormais conditionnée par l'administration de la preuve du préjudice constaté.

[François Jouanneau](#)

Informatique & libertés

La Cnil modifie l'autorisation unique 005 encadrant le « crédit scoring »

L'assouplissement des contraintes formelles

▸ En matière d'octroi de crédit, les établissements bancaires évaluent le **risque de défaillance** des emprunteurs à l'aide de **modèles statistiques** établis par catégories d'emprunteur et de crédit.

▸ Cette technique, dite du « crédit scoring », implique le **traitement automatisé des données** à caractère personnel de l'emprunteur, des membres de son foyer et de ses garants. Le crédit sera ainsi octroyé à un demandeur lorsque le risque statistique de défaillance qui lui est attaché sera jugé satisfaisant.

▸ Dans la mesure où il s'agit d'un traitement susceptible « *d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire* », l'établissement de crédit concerné devra, conformément à l'article 25 de la loi Informatique et libertés, déposer une **demande d'autorisation** auprès de la Cnil.

▸ S'il satisfait aux conditions requises des traitements initiés pour l'analyse du risque encouru, l'établissement bancaire devra souscrire un simple **engagement de conformité** à l'autorisation unique. Dans le cas contraire, le dépôt d'une demande d'autorisation exposant les seules caractéristiques du traitement non conformes à l'autorisation unique 005 est requis.

Les innovations majeures du nouveau dispositif

▸ L'**autorisation unique**, modifiée le 9 juillet 2008, prohibe toute mention afférente au sexe de l'emprunteur, afin de lutter contre toute discrimination. Le **modèle de score** utilisé ne devra pas avoir pour conséquence d'exclure ou de disqualifier une demande sur le fondement d'une variable ne se rapportant pas à la **situation économique et financière** des personnes.

▸ En cas de refus du crédit, l'établissement doit accorder au demandeur un entretien visant à réexaminer sa demande de manière non automatisée.

▸ Les personnes concernées (demandeurs du crédit, garants, etc.) devront être informées des traitements constitués à des fins autres que **l'instruction et la gestion de la demande de crédit**.

▸ Lorsque la conclusion d'un contrat avec un commerçant est conditionnée à l'acceptation du crédit, les données de l'emprunteur ne sont susceptibles d'être utilisées qu'à la seule fin de finaliser le contrat, la **conservation des données** après la mise en place effective du financement **étant exclue**.

▸ Enfin, lorsque le dossier de demande de crédit est accessible en ligne, l'établissement a pour obligation de créer un **compte informatique provisoire et sécurisé** destiné au traitement de la demande de crédit.

Les enjeux

Favoriser la lutte contre toute forme de discrimination en restreignant l'inscription à des éléments susceptibles d'une appréciation objective ;
- Maîtriser l'impact de la modélisation et la gestion du risque de crédit sur la rentabilité des établissements financiers.

(1) [Autorisation unique n°AU-005 modifiée](#)

L'essentiel

Les variables du modèle de score ne se rapportant pas à la situation économique et financière des personnes physiques ne doivent pas recevoir une pondération susceptible d'avoir « un effet d'exclusion absolu ou disqualifiant ».

[Chloé Torres](#)

Propriété intellectuelle

Magnétoscope numérique en ligne : première condamnation judiciaire !

La préservation des intérêts des ayants-droits

▸ Les tribunaux ont eu à juger pour la première fois, un différend portant sur la licéité d'un service d'**enregistrement d'œuvres audiovisuelles à la demande** proposant aux internautes, par le biais d'un logiciel gratuit iWIZZ, l'enregistrement d'œuvres diffusées sur la télévision numérique terrestre (TNT) (1).

▸ **Sans autorisation préalable** des titulaires de droits, les œuvres sont enregistrées sur les serveurs de la société Wizzgo puis récupérées par l'abonné via un fichier QuickTime pour visionnage sur ordinateur, poste de télévision ou baladeur vidéo.

▸ Le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que le fait de permettre une **copie d'œuvre sans rétribution** des titulaires de droits était illicite.

▸ Wizzgo a invoqué à tort, le bénéfice de l'exception de copie privée et de copie provisoire pour justifier les reproductions effectuées.

▸ Selon une jurisprudence constante (2), ne peuvent bénéficier d'une telle exception (3) que les **copies** réalisées **par l'utilisateur** lui-même. Tel n'est pas le cas de la copie effectuée par un prestataire de services sur ses serveurs. De même, le bénéfice de l'exception de copie privée est subordonné à un **accès licite à l'œuvre**, ce qui ne serait pas le cas de la reproduction réalisée par l'utilisateur à partir de la copie illicite adressée.

▸ L'acte de reproduction du prestataire ne peut pas davantage constituer une **exception pour copie provisoire**, partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, sans valeur économique propre (4), dans la mesure où, la copie réalisée par Wizzgo ne s'inscrit pas dans une **finalité purement technique** et qu'elle a bien une **valeur économique propre**.

Les implications économiques d'une décision juridique

▸ La communication d'œuvres constitue une **atteinte au monopole** des ayants-droits, **sauf** à ce qu'elle s'effectue dans le **cadre strict du cercle de famille**, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Mais ce n'est pas un raisonnement juridique axé sur les exceptions au droit d'auteur qui a conduit à la condamnation de Wizzgo.

▸ Le tribunal s'est fondé sur des **considérations d'ordre économique**, retenant le risque de détournement de téléspectateurs, en jugeant qu'un tel service « *qui n'est pas de l'ordre du don, [et] qui permet la réalisation par son utilisateur d'une copie [d'œuvre,] est illicite quel que soit le montage technologique employé* ».

▸ Il s'agit en effet « *de créer et de s'approprier une richesse économique à partir d'un service de copies d'œuvres ou de programmes audiovisuels qui se soustrait à la rémunération des titulaires des droits de propriété intellectuelle* ».

▸ Le tribunal a donc interdit à Wizzgo de copier, reproduire ou mettre à la disposition du public les œuvres et programmes diffusés sur les chaînes M6 et W9. Ce jugement fait l'objet d'un appel.

Les enjeux

La gratuité de ce nouveau service pour l'utilisateur, équivalant à celui d'un magnétoscope numérique en ligne, n'exclut pas la réalisation de bénéfices, notamment publicitaires, incompatibles pour le juge avec « *la copie privée (...) [qui] est par définition sans valeur économique, ne pouvant supporter pratiquement un acquittement de droits de reproduction et n'étant pas placée sur un marché* ».

(1) [TGI Paris, 6 août 2008](#)

(2) Cass. 1ère civ. 7 mars 1984 et CA Grenoble, 18 janvier 2001

(3) CPI, art. L122-5, 2°

(4) CPI, art. L122-5, 6°

L'essentiel

Le tribunal a considéré que le défendeur n'étant pas un simple intermédiaire technique, il ne lui appartenait pas « d'é luder toute rétribution des droits de propriété intellectuelle » consentis sur les œuvres et programmes diffusés.

[Laurence Tellier-Loniewski](#)
[Anne Platon](#)

Marque & noms de domaine

Vers un dépôt électronique des marques françaises...

La dématérialisation de la procédure d'enregistrement

▸ L'arrêté du **2 septembre 2008** consacre le principe du dépôt électronique des marques françaises.

▸ A ce jour, seul un **formulaire de dépôt interactif** était disponible en ligne. Cette démarche ne constituant pas un dépôt électronique par le truchement d'Internet, le déposant devait imprimer la demande de dépôt et constituer un dossier papier à adresser par voie postale à l'Institut national de la propriété industrielle (INPI).

▸ Désormais, s'ils sont **établis et transmis par voie électronique** à l'INPI, les **documents** relatifs à des demandes d'enregistrement de marques (descriptifs avec couleurs, énoncé des caractéristiques, code d'identification internationalement reconnu de couleur, etc.) sont réputés satisfaire aux exigences relatives au nombre d'exemplaires requis.

▸ Il incombe à la personne intéressée de **s'identifier** en tant que déposant, de décrire les caractéristiques de la marque proposée à l'enregistrement et de préciser les produits ou les services pour lesquels est requise la protection de la marque, ainsi que les classes dont ils relèvent.

Le particularisme des marques de couleurs

▸ L'arrêté du 2 septembre 2008 impose au déposant de spécifier un **code d'identification internationalement reconnu** dans la description d'une marque exclusivement constituée de la représentation d'une couleur ou d'une combinaison de couleurs. Le recours à un **référentiel** communément admis est donc obligatoire pour déterminer avec précision la couleur objet du dépôt.

▸ Cette disposition reflète la jurisprudence actuelle qui admet qu'une **nuance de couleur** puisse faire l'objet d'un dépôt de marque et être réservée à un acteur économique en tant que **caractéristique distinctive** de ses produits ou services à l'égard de ses concurrents. Il revient au déposant de la désigner très précisément, notamment avec des critères scientifiques ou des données relatives à la chromaticité ou la luminosité de la nuance.

▸ Il reste à savoir si l'enregistrement de couleurs ou combinaisons de couleurs ne contreviendrait pas à l'intérêt général par une restriction induite de la **disponibilité des couleurs** pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé.

▸ Il appartient à l'autorité compétente d'apprécier la demande au regard de toutes les circonstances de l'espèce, notamment de la pérennité de l'usage des couleurs proposées au dépôt à titre de signe distinctif.

L'essentiel

Le dépôt électronique est moins onéreux. La redevance perçue par l'INPI pour le 1^{er} dépôt est minorée pour les 3^{es} classes (200 € au lieu de 225 € pour un dépôt papier). Les taxes de dépôt sous forme électronique sont également réduites à l'OHMI par comparaison avec un dépôt papier.

(1) [Arrêté du 2 septembre 2008](#) complète l'arrêté du 31 janvier 1992.

Les perspectives

Le dépôt électronique est désormais opérationnel. L'examen dans les prochains mois du nombre de marques déposées par cette voie permettra de déterminer son impact sur les pratiques des déposants et de leurs mandataires.

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

Fiscalité et sociétés

Les principales innovations du projet de loi de finances pour 2009...

Améliorer la compétitivité de l'économie

▸ Malgré la crise économique, le gouvernement souhaite poursuivre son effort en faveur de la **baisse des charges** des entreprises pour **favoriser l'investissement**, après l'affectation de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) au capital des PME créées par la loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (1) et le triplement du crédit d'impôt recherche (2) qui porte désormais sur l'intégralité des dépenses de recherche, prises en charge jusqu'à 50 % la 1^{ère} année et 30 % au-delà.

▸ La principale mesure du projet de loi de finances pour 2009 concerne la **suppression** à 3 ans **de l'imposition forfaitaire annuelle (IFA)**, actuellement payée par les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés (IS) dont le chiffre d'affaires hors taxes, majoré des produits financiers, est égal ou supérieur à 400 000 euros. Ne seraient donc plus assujetties à l'IFA :

- en 2009, les personnes morales passibles de l'IS dont le chiffre d'affaires hors taxes, majoré des produits financiers, est inférieur à 1 500 000 €;

- en 2010, les personnes morales passibles de l'IS dont le chiffre d'affaires hors taxes, majoré des produits financiers, est inférieur à 15 000 000 €

▸ En d'autres termes, le **seuil de taxation** à l'IFA serait **relevé** en 2009 et 2010 pour être porté de 400 000 € actuellement à 1 500 000 € en 2009, puis à 15 000 000 € en 2010.

Accroître l'équité du système fiscal

▸ Le projet de loi prévoit également l'aménagement de certains dispositifs permettant aux contribuables de **réduire l'impôt sur le revenu** sans limitation de montant. C'est ainsi que le dispositif « Malraux » serait profondément modifié pour les opérations de **restauration immobilière** pour lesquelles une demande de permis de construire ou une déclaration de travaux aura été déposée après le 1^{er} janvier 2009. A compter de cette date, l'imputation des charges sur les autres revenus serait désormais plafonnée.

▸ Les réductions d'impôt accordées au titre des **investissements** réalisés **outre-mer** seraient limitées, pour un même foyer fiscal, à 40 000 € ou, si ce second montant est plus élevé, à 15 % du revenu du foyer.

▸ Le régime des **loueurs en meublé professionnel** qui permet l'imputation sur le revenu global des déficits relatifs à cette activité sans limitation, serait réservé aux seuls professionnels. Les conditions de 23 000 € de recettes annuelles ou de la moitié des revenus d'activité professionnelle pour bénéficier du régime, aujourd'hui alternatives, deviendraient cumulatives. Le régime des **loueurs en meublé non professionnel** serait, quant à lui, rapproché du régime de droit commun des revenus fonciers.

Les enjeux

Améliorer la compétitivité de l'économie.

Accroître l'équité du système fiscal.

Promouvoir un développement durable, notamment en privilégiant les économies d'énergie.

(1) [Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007](#) en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, dite loi Tépà, ou « paquet fiscal »
(2) [Loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007](#) de finances pour 2008

Les perspectives

Le projet de loi de programmation des finances publiques pour les années 2009 à 2012, dévoilé simultanément, met en œuvre, pour la première fois, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui consacre une nouvelle catégorie de loi appelée à définir « les orientations pluriannuelles des finances publiques ».

[Pierre-Yves Fagot](#)

Relations sociales

Evaluation des salariés : l'obligation de déclaration préalable à la Cnil

▸ Une société a mis en œuvre un **outil d'évaluation** des salariés qui prévoit un plan de développement professionnel et un plan individuel de développement. Elle a consulté les institutions représentatives du personnel (IRP) pour avis, lesquelles ont refusé de se prononcer.

▸ Le CHSCT, le CE et les syndicats ont assigné la société devant le Tribunal de grande instance de Nanterre et sollicité la justification de ce que le système d'évaluation avait bien été **préalablement déclaré auprès de la Cnil**.

▸ La juridiction saisie a déclaré **illicite le projet « e Valuation »** : « *les critères mis en place restent flous et ne permettent pas de savoir si ce sont des compétences et des objectifs concrets qui sont jugés ou si (...) ce sont des comportements qui sont évalués avec le risque d'objectivité d'une notation basée sur le comportement du salarié devant adhérer à des valeurs d'entreprise (...)* ».

▸ Le tribunal a jugé que, dans la mesure où le mode d'évaluation des salariés sur un support informatique permettait un **accès à des données personnelles**, l'employeur devait faire une déclaration préalable à la Cnil.

L'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail des salariés, lorsque la notation a pour effet de justifier des différences de traitement c'est à la condition que les critères d'évaluation soient objectifs et transparents.

(1) TGI Nanterre, 5 septembre 2008.

Les conditions de mise en œuvre de la clause de mobilité

▸ Elles sont déterminées aux termes de cinq arrêts rendus le même jour :

- une clause de mobilité doit définir de façon précise sa **zone géographique** d'application et ne peut conférer à l'employeur la faculté d'en étendre unilatéralement la portée (2) ;

- en utilisant la clause de mobilité de manière abusive, l'employeur manque à l'obligation d'**exécution de bonne foi** du contrat de travail et sa résiliation intervient à ses torts (3) ;

- la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne peut porter atteinte au droit du salarié à une **vie personnelle et familiale** que si une telle atteinte est justifiée par la tâche à accomplir et est proportionnée au but recherché (4) ;

- le recours à la clause de mobilité doit être conforme à l'**intérêt de l'entreprise**.

Le salarié doit démontrer que la décision de l'employeur a été prise pour d'autres raisons ou que ce dernier manque à l'obligation d'**exécution de bonne foi** (5) ;

- lorsqu'elle s'accompagne du passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour ou inversement, la mise en œuvre de la clause de mobilité suppose que le salarié ait accepté la modification d'un **élément essentiel du contrat de travail**. Elle ne peut donc pas lui être imposée (6).

(2) Cass. soc. 14 octobre 2008, n°06-46.400.

(3) Cass. soc. 14 octobre 2008, n°07-40.092.

(4) Cass. soc. 14 octobre 2008, n°07-40.523.

(5) Cass. soc. 14 octobre 2008, n°07-43.071.

(6) Cass. soc. 14 octobre 2008, n°07-40.345.

Le régime de l'indemnité de rupture conventionnelle

▸ Il diffère selon que le salarié bénéficie ou non d'une **pension de retraite**.

▸ **Dans la négative**, il est prévu l'exonération : d'impôt sur le revenu, de cotisations de sécurité sociale et de charges alignées dans la limite des plafonds applicables aux indemnités de licenciement ; l'exonération de CSG et CRDS dans la limite du montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective, l'accord professionnel ou interprofessionnel ou la loi (7).

▸ **Dans l'affirmative**, les indemnités sont intégralement soumises aux cotisations de sécurité sociale et à CSG et CRDS alors qu'elles sont exonérées d'impôt sur le revenu dans la limite de 3 050 €(8).

(7) [Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008](#)

(8) Lettre circ. ACOSS n°2008-081, 16 oct. 2008

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

Indemnisation des préjudices

Préjudices résultant de l'extraction illicite de base de données

L'extraction non autorisée des données de l'annuaire électronique...

▸ Depuis 1987 sur minitel, puis 2001 sur internet, Lectiel, qui exploite des fichiers de marketing, **téléchargeait, réutilisait et commercialisait** sans autorisation, les données de l'annuaire électronique de France Télécom.

▸ C'est cependant Lectiel qui en 1992, engage une procédure contre l'opérateur, pour obtenir la fourniture de la liste des personnes ne souhaitant faire l'objet d'aucune sollicitation commerciale (liste dite « orange »), gratuitement ou au même tarif que celui de l'annuaire électronique. L'opérateur commercialisait en effet la **liste « orange »**, dans le cadre de son service « Marketis », à un **prix jugé excessif** par Lectiel.

▸ Le Tribunal de commerce a rejeté les demandes de Lectiel (1), qui a fait appel. Parallèlement, Lectiel saisissait le Conseil de la concurrence de cette question et obtenait, à l'issue du recours contre la décision de celui-ci, un arrêt de la Cour d'appel de Paris sanctionnant l'opérateur pour le **caractère abusif de la tarification** de la liste « orange » (2).

▸ Dans le cadre de l'appel du jugement au commerce, la Cour d'appel de Paris (3) ordonnait une **expertise** pour déterminer l'étendue des droits de propriété intellectuelle de France Telecom sur l'annuaire électronique.

A fait supporter un préjudice à France Telecom pendant 18 ans

▸ Les conclusions du rapport d'expertise, non contestées, conduisent la Cour à dire que l'annuaire électronique de l'opérateur est protégé à la fois par le **droit d'auteur** et par celui des **producteurs de base de données** (4).

▸ La Cour en conclut que l'opérateur est fondé à **interdire** ou **restreindre l'utilisation** de sa base de données, et à obtenir une rémunération au titre de ses droits, du moment que celle-ci respecte les **principes de tarification** énoncés par la décision de la Cour d'appel du 29 juin 1999.

▸ Une décision du Conseil de la concurrence du 12 septembre 2003, confirmée en appel, a précisé les **modalités de calcul des tarifs** de location des fichiers découlant de ces principes, que l'opérateur a appliqué à partir de décembre 2003. Selon la Cour, la responsabilité de l'opérateur ne peut être engagée pour ne pas avoir respecté ces principes avant cette date, dans la mesure où il ne disposait pas de toutes les informations nécessaires pour s'y conformer.

▸ Les demandes de réparation de Lectiel, chiffrées selon une formule non précisée, à la somme de **375.742.000 €**, sont donc rejetées, alors que celle-ci est condamnée à réparer le préjudice résultant pour l'opérateur des extractions illicites et non rémunérées, effectuées pendant 18 ans...

▸ L'opérateur a chiffré son préjudice sur la base des tarifs 2003 (5), en considérant que les extractions représentent 1.000 livraisons par an (200.000 €) et 5 millions de requêtes par an (15.000 €), soit un total de **3.870.000 €** sur 18 ans (3.600.000 € et 270.000 €). La Cour retient **l'intégralité de cette demande** et interdit de nouvelles extractions sans autorisation, sous astreinte de 100.000 € par jour (6).

L'enjeu

A l'issue d'une procédure longue de seize années, le demandeur initial, doit supporter une très lourde condamnation, au titre d'un préjudice causé pendant dix-huit ans.

(1) TC Paris 05/01/1994.

(2) CA Paris 29/06/1999.

(3) CA Paris 13/06/2001.

Les conseils

Les décisions rendues par les autorités de la concurrence en application des articles L 420-2 du Code de commerce et 86 du traité de Rome (abus de position dominante) sanctionnent les dommages causés à l'économie et ne préjugent pas des conséquences que peuvent avoir les pratiques sanctionnées en matière de responsabilité civile.

(4) Art. L. 341-1 et s. CPI.

(5) 200 € par livraison de fichier et 0,003 € par requête.

(6) **CA Paris 1re Ch. 30/09/2008.**

Bertrand Thoré

Prochains événements

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-bensoissan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Comment gérer les courriers électroniques ? 17/12/2008

Philippe Ballet animera un petit-déjeuner débat consacré à la gestion des courriers électroniques.

L'augmentation exponentielle des courriers électroniques pose la question des modalités de leur gestion, tant d'un point de vue financier, que juridique et économique.

Juridiquement, les courriers électroniques revêtent un caractère polymorphe, eu égard à leur objet. En interne, les courriers électroniques caractérisent tantôt une correspondance privée, tantôt une correspondance professionnelle ; les règles d'accès qui en résultent en sont profondément modifiées et leur inobservation génératrices de sanctions pénales.

Economiquement, les difficultés d'accès aux courriers électroniques peuvent entraîner la perte d'informations, voire l'apparition de contentieux. En outre, la divulgation à des tiers non autorisés de courriers électroniques peut être la cause de la perte de marchés et de droits, notamment en matière de propriété intellectuelle. Cela peut également engager la responsabilité de l'entreprise en cas de violation de la confidentialité.

Les lois et règlements relatifs au contrôle interne, telle la loi pour la sécurité financière du 1er août 2003, impliquent de veiller à la protection du patrimoine et à la qualité de l'information.

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, d'aborder les instruments juridiques permettant d'assurer la conformité de la gestion de vos courriers électroniques tout au long de leur cycle de vie, de leur création à leur destruction, y compris leur conservation à fins de preuve.

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

Délai de prescription pour les diffamations par Internet porté à un an

▸ La proposition de loi a été adoptée en 1ère lecture par le Sénat et transmise à l'Assemblée nationale le **5 novembre 2008** (1).

▸ Le délai de prescription prévu au premier alinéa de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 serait porté à **un an** pour les infractions commises par l'intermédiaire d'un service de communication au public en ligne (**diffamation** et **injures**, etc.).

(1) Doc. Sénat [Petite loi](#) n°10 et Ass. nat. 1234 du 4 et 5 novembre 2008.

Dématérialisation : signature du premier acte notarié électronique

▸ Signature du premier acte authentique sur support électronique, le **28 octobre 2008** par le Conseil supérieur du notariat (2).

▸ Techniquement, l'authenticité de la signature électronique du notaire est garantie par la clé REAL, **clé USB sécurisée** dont chaque notaire est équipé dans le cadre de ses échanges avec la conservation des hypothèques (télé@ctes).

(2) [Dossier de presse, Conseil supérieur du notariat](#), 28 octobre 2008.

Vers un renforcement des droits du cyberacheteur européen

▸ La Commission européenne a adopté une **proposition de directive** qui va permettre d'encourager l'essor du e-commerce en facilitant les achats sur internet et en harmonisant les droits du cyberacheteur européen (3).

▸ Ce texte va permettre de **réviser l'acquis communautaire** en matière de consommation en simplifiant les quatre directives existantes.

(3) [COM\(2008\) 614 final](#), 2008/0196 (COD) du 8 octobre 2008.

Le CSA publie son avis sur le projet de loi "paquet audiovisuel"

▸ Le CSA a publié son avis, adopté en séance plénière le **7 octobre 2008**, sur le projet de loi modernisant le secteur public de la communication audiovisuelle et relatif aux nouveaux services audiovisuels. Le projet a été adopté le **22 octobre** en **Conseil des ministres** (4).

(4) CSA [Avis 2008-7](#) du 7 octobre 2008.

Dématérialisation des marchés publics : un état des lieux décevant

▸ La Direction des Journaux Officiels a fait réaliser une intéressante étude quantitative sur la dématérialisation dans les marchés publics dans laquelle elle dresse un **état des lieux** plutôt **inquiétant**, à 14 mois de l'échéance qui va rendre obligatoire la transmission des candidatures et des offres par voie électronique (5).

(5) [Etude quantitative Ifop](#), septembre 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'archivage des méls dans le secteur bancaire : un chantier de longue haleine

Mr François COUPEZ, Adjoint du Responsable Juridique CIT, Groupe SOCIÉTÉ GÉNÉRALE (*)



par Isabelle Pottier

Pouvez-vous nous présenter brièvement votre activité au sein de la Société Générale ?

Les actions du service « Droit de la Communication, de l'Information et des Technologies » sont multiples et concernent tous les aspects de ce que l'on regroupe habituellement sous le terme générique de « droit des nouvelles technologies » : contrats informatiques, gestion des marques, propriété littéraire et artistique, données personnelles, sécurité des systèmes, e-commerce, etc. Quant à moi, j'interviens plus particulièrement sur l'accompagnement juridique des projets technologiques impactant le Groupe SG, comme les projets de dématérialisation, de signature, d'archivage électronique de documents, de services financiers en ligne, ou encore de charte d'utilisation des moyens de communication électronique du Groupe. Notre service comprend 16 personnes, dont 14 juristes.

Que pouvez-vous nous dire du « chantier » relatif à l'archivage électronique des méls ?

Nous travaillons sur l'archivage électronique depuis plusieurs années déjà. Nous avons par exemple accompagné la direction marketing lors de la mise en place du relevé de compte électronique archivé sur nos systèmes informatiques. Mais la problématique de la gestion des messageries électroniques est plus vaste et plus complexe. D'une part, il peut exister plusieurs solutions de messageries électroniques au sein d'un grand groupe. D'autre part, suivant les pays, il existe des obligations réglementaires parfois très spécifiques (ex. aux Etats-Unis). Or la problématique doit être prise dans sa globalité car les messageries sont souvent des systèmes partagés au plan mondial. Il faut donc gérer la mise en cohérence de l'ensemble des règles des pays concernés. Enfin, les réglementations en gestation, qui peuvent bouleverser la pérennité du chantier en cours, doivent être suivies avec beaucoup d'attention afin d'anticiper au mieux leurs impacts.

Comme tous les grands établissements de crédits internationaux et afin de respecter les règles de marché, nous avons organisé l'archivage systématique de certains flux de messagerie, en plus bien sûr des procédures visant à la continuation d'activité en cas d'indisponibilité des serveurs. Mais la question se pose au sein de beaucoup d'établissements d'élargir l'archivage à un spectre plus étendu, compte tenu notamment d'obligations réglementaires grandissantes, d'où la création d'un groupe de travail du Forum des Compétences auquel la SG participe et qui rendra un document détaillé à ce sujet début 2009.

Comment avez-vous résolu le problème des spams et des méls privés ?

Selon plusieurs estimations, les spams représenteraient plus de 90% des méls en circulation. Les archiver serait très coûteux et surtout inutile car ils ne sont à l'évidence pas concernés par les réglementations visant à conserver une trace des échanges dans et hors de l'entreprise. Étant donné que le spam est automatiquement filtré à l'extérieur du système d'information par un prestataire et que son contenu n'a pas été accédé par l'entreprise, il n'est tout simplement pas archivé. Conservé en quarantaine pendant une brève période, il peut toutefois être retrouvé au besoin et téléchargé. Il sera alors archivé comme un mél classique. Tout message privé et personnel, qui doit être spécifiquement labellisé en tant que tel selon une charte d'utilisation des moyens de communication électronique, est traité et archivé comme les autres messages. Mais l'accès à celui-ci sera spécifiquement protégé afin que son contenu reste confidentiel.

Quelle autre difficulté peut-on rencontrer dans l'archivage des méls ?

Mis à part la capacité serveur (on compte en téraoctets quasiment journaliers) lorsqu'on développe ce genre d'outils, un élément primordial est le développement d'un moteur de recherche simple et efficace, dont l'accès sera bien évidemment très encadré et restreint. Cela permettra de faire face, aux Etats-Unis notamment, aux requêtes ciblées mais souvent volumineuses du régulateur ou du juge (procédure de e-discovery). La vraie problématique est en effet de savoir retrouver l'information que l'on a archivée...

(*) <http://www.societegenerale.fr>