

La réversibilité dans les contrats : enjeux et modalités

Une opération complexe ...

▸ La clause de réversibilité est une **clause très importante** dans les contrats d'infogérance, les contrats d'ASP et plus généralement toutes les prestations de services informatiques externalisées (outsourcing). Elle vise à **permettre une réinternalisation** par l'entreprise ou une reprise par un tiers.

▸ Elle s'inscrit dans un **dispositif global** en amont du contrat d'infogérance, puisqu'elle implique en phase de négociation, des **prérequis techniques, économiques, sociaux** d'organisation, notamment en cas de transfert d'une partie du personnel de l'entreprise vers le prestataire.

▸ Dans la phase de **mise en œuvre** du contrat d'infogérance ou d'outsourcing, elle implique une **gestion du transfert des droits** de propriété intellectuelle et la prise en compte de **modalités économiques** propre à chaque situation.

▸ La réversibilité peut en effet intervenir soit lors d'une sortie aux termes du contrat, soit une **sortie anticipée sans faute** (moyennant contrepartie financière), soit de manière plus brutale, à la suite d'une **défaillance du prestataire**.

▸ Il est donc nécessaire à **minima**, que l'on mette en œuvre dans le cadre de cette possible réversibilité, les obligations qui vont s'exécuter non pas en période de crise uniquement, mais pendant toute l'exécution du contrat.

.... qui doit être gérée bien en amont du contrat

▸ L'ensemble des **documents techniques** nécessaires à l'exploitation doit être fournie tout au long de la relation contractuelle et constitue des **prérequis** pour la reprise en interne ou par un tiers de l'exploitation dans de bonnes conditions (dossiers d'exploitation, plan de réversibilité, etc.).

▸ Au moment où le contrat est signé, on peut au moins mettre les **grands titres d'une plan de réversibilité**, même si on n'en connaît pas le contenu précis, on connaît au moins des éléments qui vont apparaître comme nécessaires.

▸ La clause de réversibilité doit comporter clairement énoncée les **obligations de chacune des parties**, ainsi que celles de tous les tiers qui seraient impliqués (loueurs de matériels, éditeurs de logiciels, opérateurs réseaux télécoms etc.), cela pour **éviter d'avoir à renégocier** avec chacun d'eux, par exemple, le transfert des licences, sans complément de redevance.

▸ Il peut y avoir également la nécessité de prévoir **une formation complémentaire** des utilisateurs, en cas de modification entre le système qui a été externalisé chez le prestataire et celui qui sera réinternalisé ou externalisé chez un autre prestataire.

Les enjeux

Permettre une réinternalisation par l'entreprise de son exploitation ou une reprise par un tiers.

On estime que seulement 6% des entreprises vont reprendre directement en interne l'exploitation d'une informatique qui a été externalisée.

Une fois qu'elles sont externalisées la fonction informatique, les entreprises de taille moyenne et les PME, ont du mal à réinternaliser.

Les conseils

Anticiper de manière globale, en fonction du domaine d'activités et de la nature des fonctions à externaliser, l'ensemble des conditions techniques et dominantes.

Pascal Arrigo
pascal-arrigo@alain-bensoussan.com

Informatique

Responsabilité informatique : le déclin annoncé des clauses limitatives de réparation

Manquement à une obligation essentielle

▸ La Cour de cassation vient de rendre une décision dans le domaine informatique, sur une notion fondamentale du droit des contrats, **l'obligation essentielle**. En l'espèce, une entreprise avait conclu une série de contrats avec un important éditeur pour le déploiement d'un logiciel.

▸ **La version commandée du logiciel n'ayant pas été livrée**, l'utilisateur a cessé de régler ses redevances, ce qui a conduit la société de financement à laquelle l'éditeur avait cédé ses créances, à l'assigner en paiement. L'utilisateur appelle alors l'éditeur en garantie et assigne ce dernier en résolution des contrats de fourniture des logiciels concernés pour inexécution de ces derniers.

▸ **L'éditeur se prévaut alors d'une clause limitative de réparation contenue dans le contrat de licence** faisant valoir que seule une faute lourde pouvait permettre de l'écarter. La Cour d'appel fait droit à la demande de l'éditeur (1).

▸ La chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel sur ce point, en se fondant sur la notion juridique de cause (2) constatant que **la livraison du logiciel, objectif final des contrats conclus, n'avait pas été exécutée et ce, sans justifier d'un cas de force majeure. Il résulte dès lors un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation** (3).

Résolution de l'ensemble contractuel

▸ La Cour d'appel souligne que **les quatre contrats conclus**, licences, maintenance, formation et mise en œuvre, **poursuivaient le même but et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres**, que les prestations de maintenance et de formation ne se concevaient pas sans les licences sur lesquelles elles portaient et que l'acquisition de ces licences n'aurait aucune raison d'être si le contrat de mise en œuvre n'était pas exécuté. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel.

▸ **Tous les engagements contractuels ont ainsi été résolus aux torts de l'éditeur qui** a été condamné au paiement de la somme de **3 584 878 euros** à l'utilisateur.

▸ Ainsi, cet arrêt vient, d'une part, **confirmer le principe**, appliqué en matière de contrat de transport, **de mise en échec d'une clause limitative de réparation en présence d'un manquement à une obligation essentielle, en le prolongeant au domaine informatique**, et, d'autre part, **préciser la notion d'indivisibilité des contrats**.

▸ En pratique, les contrats devraient tirer de cette nouvelle décision deux conséquences : les ensembles contractuels devraient être souvent mieux définis et les obligations essentielles seront plus fréquemment pré qualifiées.

L'enjeu

Le manquement à une obligation essentielle d'un contrat est de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation prévue au contrat.

L'objectif final d'un contrat ne saurait être limité qu'en vertu d'un cas de force majeure.

(1) CA Versailles 12^e Ch. 31/03/2005.

(2) Article 1131 du Code civil.

(3) Cass. com. 13/02/2007.

Les conséquences

L'indivisibilité entre plusieurs contrats se déduit de leur objectif final, et non de la volonté des parties, dès lors qu'ils ont été conclus par le même prestataire.

Jean-François Forgeron
jean-francois-forgeron@alain-bensoussan.com

Vera Lukic
vera-lukic@alain-bensoussan.com

Sécurité du système d'information

Le vote électronique, un nouveau défi pour les responsables de SI

Le vote électronique pour l'élection des représentations du personnel

▸ Comme s'ils n'en manquaient pas, un **nouveau chantier** vient d'arriver sur les bureaux des DSI et/ou RSSI : le vote électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise.

▸ Pour ceux qui, ont déjà franchi le pas, il semblerait que les **économies financières** réalisées en pratiquant des élections par voie électronique soient telles qu'il faut bien s'attendre à une **généralisation de ces procédures**.

▸ Le seul frein à la généralisation de cette pratique était jusqu'ici l'absence de **référentiel juridique dédié** permettant de réaliser ce type d'opération sans trop de contestation. Ce frein vient de sauter avec l'adoption le 25 avril dernier d'un **décret** relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel aux comités d'entreprise et son **arrêté d'application**.

▸ Il s'agit là du **troisième grand rendez-vous du SI** et de la RH (ressources humaines) après la charte des personnels et l'expression syndicale par voie électronique.

L'enjeu

L'enjeu est triple :

- réduire le coût résultant pour l'entreprise de l'organisation des opérations de vote ;
- augmenter la participation des salariés, notamment des travailleurs « nomades » ;
- faciliter le dépouillement du scrutin.

L'encadrement technique du système de vote électronique

▸ Il s'agit bien d'un rendez-vous dont le **leader** doit nécessairement demeurer la **DRH** du fait des enjeux en cause, de la sensibilité du sujet et du nombre impressionnant de risque de manquer une procédure ou une obligation.

▸ Cependant comme toute **opération à caractère juridico-technique**, la DRH ne pourra pas piloter ce type d'opération sans l'appui métier de la DSI car au-delà des règles propres au droit du travail le décret et l'arrêté comprennent un grand nombre de règles et d'**impératifs éminemment technique**.

▸ De fait tant pour la partie concernant l'appréciation des qualités de l'offre d'un prestataire, que pour la réalisation des tests ou répondre aux obligations documentaires, le **DSI** sera nécessairement **mis à contribution**.

▸ Mais ce texte n'intéresse pas seulement l'entreprise, son DRH, son DSI et les instances représentatives du personnels.

▸ Il impacte également les **éditeurs de solutions de vote en ligne** et des prestataires externes car le décret prévoit notamment que si un prestataire extérieur est choisi « *le système de vote électronique, préalablement à sa mise en place ou à toute modification substantielle de sa conception, est soumis à une expertise indépendante, destinée à vérifier le respect des prescriptions énoncées* ».

Les conseils

Il conviendra de mettre en place un cadre technique strict et de se conformer aux prescriptions des décret n°2007-602 et arrêté du 25 avril 2007 (parus au *JO* du 27 avril 2007).

Eric Barbry
eric-barbry@alain-bensoussan.com

Utilisateurs informatiques

T_{MA} : enjeux et tendances

La tierce maintenance applicative : quels risques ?

▸ A l'origine, la tierce maintenance applicative est un concept qui s'est développé lorsque les **éditeurs**, au lieu d'effectuer la maintenance de leur propre produit, ont confié cette maintenance à des sociétés tierce.

▸ Puis la tierce maintenance applicative est devenue un **service à part entière** qu'un certains nombres d'entreprises privées ont confiés à des **professionnels externes** avec l'objectif pour ces derniers de **maintenir les applicatifs** de leur entreprise.

▸ Elle concerne essentiellement les **logiciels spécifiques** d'une entreprise ou les modules spécifiques ou adaptations réalisés sur la base de progiciel, puisque les progiciels eux-mêmes sont maintenus par leurs éditeurs.

▸ L'un des enjeux principaux est d'assurer un équilibre entre la sécurité et les services internes qui vont être externalisés pour **éviter tout risque de déperdition** de connaissance et de savoir-faire et d'une manière générale, du lien fort entretenue entre le service informatique interne avec ses applications.

▸ Il va donc falloir **conserver le niveau de sécurité** qui pourrait être assuré en interne de manière beaucoup plus direct et obtenir une **qualité de service** qui soit au moins équivalent à celle qui était obtenue en interne sinon meilleure et en tout cas un coût inférieur.

Un domaine en voie de normalisation

▸ De plus en plus d'entreprises de TMA ont mis en place des **normes** et des **méthodologies** extrêmement structurées à travers des processus industriels de type **CMM** (*Capability Maturity Model*).

▸ Il est donc très important de se renseigner pour savoir si votre futur prestataire a une **certification qualité** quelconque ou une certification par rapport à une norme.

▸ Cela permet d'avoir une **meilleure connaissance des processus de qualité** et de vérification qui sont mis en œuvre par le prestataire pour s'assurer de son sérieux et de son expérience.

▸ Cette normalisation fait entièrement partie du **référentiel légal**. Sa connaissance est donc essentielle en cas de manquement difficile à cerner ou d'un mécontentement général sur une mauvaise qualité de service difficile à démontrer.

▸ Elle permet de vérifier si part rapport à la norme de qualité ou à la méthode contractualisée, il n'y a pas eu d'écarts. Elle permet aussi de **constater un manquement** par rapport à un **état de l'art** que le prestataire s'était engagé à respecter.

L'enjeu

Arrivé à conjuguer de manière équilibrée et raisonnable le droit et les technologies, en combinant un certain nombre de documents qui ont une connotation à la fois technique et juridique (en particulier le cahier des charges).

Les conseils

La tendance est aux centres de services de TMA mutualisés auprès d'un ensemble de clients.

Cette tendance conduit à mettre en place des méthodologies rigoureuses permettant de fonctionner un peu comme un service externalisé de type infogérance.

Isabelle Tellier
isabelle-tellier@alain-bensoussan.com

Propriété intellectuelle

Vista contre Windows Vista : Microsoft assignée en contrefaçon de marque.

Une marque non exploitée est opposable à une marque postérieure

▸ Le 30 janvier 2007, Microsoft lançait son nouveau système d'exploitation, **WINDOWS VISTA**.

▸ La **marque éponyme** a été déposée au cours de l'été 2005, auprès de l'OHMI(1) pour désigner, notamment les « *logiciels informatiques, à savoir programmes de systèmes d'exploitation* ».

▸ Une société de production de programmes télévisés, cessionnaire, selon inscription au Registre National des Marques (2), d'une **marque française VISTA** déposée en 2003, protégée notamment pour les équipements pour le traitement de l'information et les ordinateurs ainsi que les logiciels, a assigné la société américaine en **contrefaçon** de sa **marque**.

▸ La marque **VISTA** n'est pas encore exploitée, mais il est prévu qu'elle identifie une chaîne de télévision à vocation généraliste.

WINDOWS VISTA et VISTA soumis à l'appréciation des juges

▸ Le **défaut d'exploitation** d'une marque française enregistrée depuis moins de cinq ans ne fait pas obstacle à l'action en contrefaçon.

▸ En effet, l'identité ou la **similitude** des produits **s'apprécie par rapport au libellé** de la marque et non par rapport aux produits effectivement exploités.

▸ L'imitation suppose une **similitude visuelle** et/ou **phonétique** et/ou **intellectuelle** des signes en conflit.

▸ L'appréciation du risque de confusion est fondée sur **l'impression d'ensemble des signes** en tenant compte de tous les **facteurs pertinents** du cas d'espèce.

▸ En défense, la société américaine ne pourra pas, dans le cadre d'une action en déchéance de marque, invoquer le défaut d'exploitation de la marque **VISTA**.

▸ En revanche, la société américaine pourrait tenter de démontrer qu'il n'existe **pas de risque de confusion** entre les marques en cause, l'élément d'attaque « **WINDOWS** » de la marque **WINDOWS VISTA** étant notoire pour désigner des produits et services dans le domaine informatique.

Les enjeux

L'atteinte portée au droit du propriétaire sur sa marque est susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur même si la marque antérieure n'est pas encore exploitée.

(1) Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) <http://oami.europa.eu>

(2) Le cessionnaire d'une marque ne peut agir en contrefaçon qu'à compter de l'inscription de la cession au registre national des ~~marques~~.

Les conseils

- Avant le lancement d'une nouvelle marque, identifier les antériorités les plus pertinentes.

- Evaluer les risques d'action de la part de titulaires de droits ~~antérieurs~~.

- Sécuriser la ~~dénomination~~ par des acquisitions de droits antérieurs ou par des accords de coexistence.

- Inscrire au Registre National des marques les actes affectant la propriété ou la jouissance d'un titre.

Claudine Salomon
claudine-salomon@alain-bensoussan.com

Virginie Brunot
virginie-brunot@alain-bensoussan.com

Fiscalité et société

L'introduction de la fiducie en droit français : vers le trust anglo-saxon

L'institution d'une fiducie « à la française »

▸ La loi du 19 février 2007 a introduit la fiducie en droit français (1), laquelle se rapproche par ses effets du **trust anglo-saxon**.

▸ Le **contrat de fiducie** se définit comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (2).

▸ La fiducie permet donc, à une personne (le constituant ou le **fiduciant**), de transférer la propriété d'un bien, d'un droit ou d'une sûreté lui appartenant à un **fiduciaire chargé de l'administrer** dans un but déterminé à charge pour le fiduciaire de le restituer.

▸ Le contrat de fiducie ne peut toutefois, être utilisé en droit français que pour gérer un **patrimoine mobilier** ou immobilier (fiducie « gestion ») ou afin de garantir une créance (fiducie « sûreté »). Il ne peut être utilisé dans le cadre de l'organisation de la succession de personnes physiques en vue d'opérer la transmission d'un patrimoine à titre gratuit (fiducie « transmission » ou « libéralité »).

Les relations entre les constituants et les fiduciaires

▸ En droit français, seuls peuvent être constituants ou **fiduciant**s d'une fiducie, les **personnes morales** soumises de plein droit ou sur option à l'**impôt sur les sociétés**. Seuls peuvent avoir la qualité de **fiduciaires** d'une fiducie, les **personnes morales** du **secteur de la banque** et de **l'assurance**, ainsi que les institutions monétaires et financières agréées par l'Etat, afin de protéger les constituants contre les conséquences d'une insolvabilité du fiduciaire et d'assurer un minimum de transparence sur la destination des fonds (**lutte contre le blanchiment** de capitaux).

▸ La loi ne contient **aucune disposition sur la qualité du bénéficiaire**, lequel peut être une personne physique ou une personne morale. De même, le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.

▸ Le **contrat de fiducie** doit être **enregistré** dans le mois de sa date au **service des impôts** du siège du fiduciaire, à défaut le contrat est nul (3). Un **registre national des fiducies** doit être créé pour centraliser les informations sur ces nouveaux contrats afin de faciliter le contrôle dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les modalités de création et de fonctionnement de ce registre seront précisées par décret.

▸ La loi a institué ou modifié un certain nombre d'articles du Code général des impôts pour **appréhender fiscalement la fiducie** et éviter que cette institution ne devienne un vecteur d'évasion fiscale. Enfin, le Code monétaire et financier s'est intéressé à la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Les principes

L'enjeu est triple :

- éviter les délocalisations vers des pays appliquant le mécanisme attractif du trust ;
- limiter les risques de blanchiment de capitaux et d'évasion fiscale ;
- garantir le respect des règles d'ordre public applicables aux successions et libéralités.

(1) Loi n° 2007-211 du 19/02/2007, JO 21/02/2007.

(2) C. civ. art. 2011 nouv.

(3) C. civ. art. 2019, al. 1er.

Les conseils

Vérifier que le contrat de fiducie comporte, à peine de nullité, les mentions suivantes :

- les biens, droits ou sûretés transférés ;
- la durée du transfert ;
- l'identité respective du ou des constituants, du ou des fiduciaires, du ou des bénéficiaires ;
- l'étendue de leur pouvoir d'administration et de disposition.

Pierre-Yves Fagot

pierre-yves.fagot@alain-bensoussan.com

Relations sociales

Le respect de l'obligation de loyauté en cas de dispense du préavis

L'extrait

▸ A la suite de son **licenciement** pour **insuffisance professionnelle** et désaccord sur la stratégie du groupe, un salarié a été **dispensé** d'exécuter son **préavis** de six mois. Son contrat de travail contenait une **clause de non-concurrence** sans contrepartie financière et la lettre de licenciement énonçait que la dispense de préavis n'était accordée qu'avec le maintien express durant cette période de son **obligation de loyauté** envers l'entreprise et l'interdiction, sauf accord express, de travailler à la concurrence.

▸ Suite à la **création d'une société concurrente** au cours du préavis dont il avait été dispensé, le salarié a reçue de son employeur une mise en demeure de cesser ses actes de concurrence.

▸ Les juges ont considéré que la **clause** de non-concurrence était **nulle** en raison de son **absence de contrepartie financière** et qu'à lui seul, le fait pour un salarié non tenu par une clause de non-concurrence, de se mettre après la rupture de son contrat, au service d'une entreprise concurrente, n'était que la manifestation du principe de **libre exercice d'une activité professionnelle**.

▸ Le salarié dispensé de l'exécution de son préavis **n'était plus tenu** par une **obligation de loyauté** envers son employeur. En conséquence, la société ne pouvait imposer au salarié, libre de toute obligation, de cesser sa nouvelle activité, fut-elle concurrente

« (...) l'employeur ne pouvait, pendant le délai-congé, interdire au salarié de travailler pour la concurrence, a estimé à bon droit que le salarié dispensé de l'exécution de son préavis, n'était plus tenu par une obligation de loyauté envers son employeur ».

(1) Cass. soc. 28 mars 2007, n°05-45.423

Les salariés peuvent consulter leurs données d'évaluation

L'essentiel

▸ Lors de sa séance du **8 mars 2007**, la **CNIL** (2) après avoir examiné des plaintes dirigées à l'encontre d'une grande entreprise internationale pour refus de communication à ses cadres de leur « **classement** » et de leur « **potentiel de carrière** » précis, a conclu que les valeurs de « classement annuel » (« ranking ») et de « potentiel » sont des **données communicables au salarié** concerné dès lors qu'elles ont été prises en compte pour décider de son augmentation de salaire, de sa promotion, de son affectation, etc...

▸ Un employé doit donc pouvoir accéder à des **données de gestion** des ressources humaines qui ont servi à prendre une décision à son égard.

L'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 octroyait déjà la possibilité pour le salarié de demander une copie du document comportant ces données d'évaluation ainsi que la signification des codes ou des valeurs qui lui sont appliqués.

(2) www.cnil.fr

Précisions sur le vote électronique pour l'élection des IRP au CE

L'essentiel

▸ Le Journal officiel vient de publier un **arrêté** (3) pris en application du **décret** n°2007-602 du 25 avril 2007 relatif aux conditions et modalités de vote par voie électronique pour l'**élection des délégués du personnel** et des représentants du personnel au **comité d'entreprise**.

▸ Deux articles sont créés dans le code du travail : **R.423-1-2** pour l'élection des DP et **R.433-2-2** pour celle du CE. Ils précisent les **modalités pratiques** de mise en œuvre du vote électronique. La LCEN (4) avait déjà ouvert la voie au vote électronique pour les élections des représentants du personnel au sein de l'entreprise (art. L.423-13 et L.433-9 C. trav.)

Cf. article ci-dessus p. 3.

(3) Arrêté du 25 avril 2007 JO du 27 avril 2007.

(4) L.2004-575 du 21 juin 2004.

Céline Attal-Mamou
celine.attal-mamou@alain-bensoussan.com

Indemnisation des préjudices

Condamnation à double tranchant dans la guerre des tarifs de l'ADSL

Des préjudices invoqués au titre de la publicité trompeuse...

▸ L'opérateur de téléphonie Tele2 propose depuis septembre 2006 une offre ADSL comprenant l'accès à internet à haut débit, la téléphonie fixe illimitée vers la France et certains pays et l'accès à plusieurs chaînes de télévision numérique, pour un **prix mensuel forfaitaire**. Les abonnés dont la ligne est éligible au dégroupage total peuvent bénéficier de cette offre sans supporter le **coût de l'abonnement téléphonique** auprès de l'opérateur France Télécom.

▸ Ce dernier propose une offre comprenant des services comparables, mais Tele2 estime que la communication faite pour promouvoir cette offre en masque certains aspects tarifaires, comme l'obligation de supporter le coût de l'abonnement téléphonique « classique », de manière à rendre le tarif de son offre identique à celui de l'offre de Tele2, alors que celui-ci est nettement plus élevé pour les abonnés dont la ligne est éligible au dégroupage total.

▸ Tele2 a donc saisi le tribunal de commerce de Paris pour faire constater le **caractère trompeur des publicités** de France Télécom, ordonner la cessation de leur diffusion et obtenir la réparation de son préjudice, chiffré à **7.080.000 €**

Retenus par le jugement, mais en définitive non indemnisés...

▸ Le tribunal constate en effet que les publicités de France Télécom fournissent une information incomplète, de nature à créer la confusion dans l'esprit du consommateur et à l'induire en erreur sur le prix réel de l'offre. Il considère que ces **publicités** sont **intentionnellement trompeuses** et ordonne la cessation de leur diffusion ⁽¹⁾.

▸ La décision examine alors les demandes de réparation de Tele2 qui invoque un **préjudice d'image** (perte de l'image de compétitivité de ses tarifs dans l'esprit du public), et un **préjudice commercial** (perte de 4.000 clients).

▸ Le préjudice d'image de Tele2 n'est pas retenu car la campagne en cause ne visait pas nommément son offre, alors qu'il est valorisé à partir d'éléments sans lien avec le préjudice invoqué (une partie du montant des investissements publicitaires engagés par France Télécom). La décision estime qu'un quart des résiliations invoquées par Tele2 (dont le nombre total est justifié par une étude interne) est lié à la publicité trompeuse et, sur la base du coût de la perte d'un client évalué par Tele2, fixe son préjudice à la somme de **400.000 €**

▸ Cependant, France Télécom a formulé des **demandes reconventionnelles** à l'encontre de Tele2, estimant qu'une publicité comparative de Tele2 relative à la même offre ADSL est également trompeuse. Le tribunal considère que deux caractéristiques essentielles de l'offre de Tele2 ne sont pas mentionnées clairement dans cette publicité, dont le **caractère trompeur** est alors retenu.

▸ France Télécom invoque un préjudice d'un montant identique à celui de Tele2, soit **7.080.000 €**. La décision retient le caractère dénigrant de la publicité à l'égard de celle-ci et, tout en soulignant qu'elle ne produit **aucun élément justifiant l'étendue** de son préjudice, fixe celui-ci à la somme de **400.000 €**. Ainsi, par le jeu de la **compensation** des deux condamnations, ordonnée par le jugement, aucune des parties n'obtient d'indemnisation.

L'enjeu

Cette décision fait ressortir les enjeux de la justification des demandes de réparation d'une part et de la démonstration de la causalité d'autre part.

(1) TC Paris 16 mai 2007, Tele2 France c. France Télécom

Les conseils

En l'espèce, même si Tele2 avait fourni un effort de justification notable (sondage, étude des résiliations, valorisation de la clientèle), elle obtient une réparation modérée pour ne pas avoir convaincu sur le lien de causalité entre la publicité trompeuse et les dommages invoqués. Son adversaire peut se satisfaire de cette décision car, il aurait pu obtenir une indemnisation symbolique pour n'avoir aucunement justifié le montant de sa demande.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoussan.com

Evénement - Petit-déjeuner – Débat (*)

Informatique et libertés : Bilan et perspectives

Lors du petit déjeuner « *Bilan 2006 Informatique et Libertés et perspectives 2007* » du 20 juin 2007 animé par **Maître Bensoussan** ont été mis en perspective l'évolution des pratiques de la CNIL au regard de ses prises de positions en 2006, le rapport d'activité n'étant pas encore publié au moment de cet événement.

2006 a été riche en évolutions : ce furent tout d'abord les premiers pas de la CNIL en tant que « juridiction », puisqu'elle a en effet prononcé quatre décisions en 2006 infligeant des sanctions pécuniaires (de 20 000 à 45 000 euros) (1), puis le droit à la vie privée de l'individu numérique est devenu un concept à part entière et enfin l'anonymat a pris le pas sur le nominatif, la CNIL prônant un renforcement de l'anonymisation dans de nombreux cas.

Ce dernier point est sans doute une des nouvelles tendances à surveiller. Un véritable droit à l'anonymat « relatif » est en train de se créer. Face aux évolutions technologiques (puce RFID, biométrie, etc.), la CNIL demande en effet, à ce que soit justifié le fait qu'une information doive nécessairement être « nominative » au sein d'un traitement.

Par ailleurs, un constat s'impose, celui de la multiplication des régimes dérogatoires depuis que la loi a été modifiée en août 2004. Or les régimes dérogatoires sont souvent plus contraignants que le régime de déclaration général en raison des obligations supplémentaires qu'ils imposent. De plus, le concept de « loyauté » est en train d'émerger et va être amené à prendre une place de plus en plus importante dans l'appréciation que fait la CNIL des dossiers qui lui sont soumis.

L'attention des participants a particulièrement été retenue par deux pratiques : le fait que la CNIL agisse parfois au-delà de ses prérogatives, en particulier dans le cas du contrôle de légalité (2) et l'insécurité juridique qui règne dans le secteur public du fait que lorsqu'elle est nécessaire, l'autorisation de la CNIL peut être donnée relativement longtemps après le dépôt d'une demande.

Au regard de ces évolutions plus ou moins marquées, la loi Informatique et libertés couvre un champ d'application de plus en plus large comprenant tous les droits associés à la personne (vie privée, libertés privées et publiques, droit de l'homme, identité humaine, etc.). Si du côté de la personne « fichée » elle apporte d'énormes garanties, du côté du responsable du traitement, cela conduit à allonger considérablement les délais. Il faut donc en tirer les conséquences et se préoccuper de saisir la CNIL dès la conception d'un projet.

(1) Délib. n°2006-173 et 174 du 28 juin 2006, n°2006-245 du 23 novembre 2006, n°2006-281 du 14 décembre 2006.

(2) Dans une décision du 23 mai 2007, le Conseil d'Etat a estimé que la Cnil a commis « une erreur manifeste d'appréciation » en refusant aux sociétés d'auteur la mise en oeuvre d'un traitement visant à lutter contre le peer to peer (cf. <http://www.alain-bensoussan.com/documents/245629.pdf>).

(*) Réservez déjà vos dates : les prochains petits déjeuners auront lieu les 16 octobre 2007 (Le rapport de l'ARCEP), 21 novembre 2007 (Environnement : Comment devenir REACH ?) et 19 décembre 2007 (La DADVSI un an après) : invitation-conference@alain-bensoussan.com

Actualité

L'essentiel

Harmonisation européenne de la répression pénale des infractions

▸ Le 25 avril 2007 (3), le Parlement européen a adopté en première lecture la proposition modifiée de directive relative aux **mesures pénales** visant à assurer le respect des droits de **propriété intellectuelle**.

▸ Sont concernés **l'ensemble des droits de propriété intellectuelle**, sauf les brevets, les modèles d'utilité publique, les obtentions végétales et les atteintes aux DRM dont la protection a été instaurée par la loi DADVSI du 1er août 2006.

Instaurer des sanctions pénales dissuasives applicables sur tout le territoire européen et **faciliter** les enquêtes pénales entre états.

(3) Réf. P6_TA-PROV(2007)0145

Fin de la réforme du régime des outils de cryptologie

▸ Le **décret du 2 mai 2007** relatif aux moyens et aux prestations de cryptologie parachève la réforme initiée par la loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécoms en listant les **opérations dispensées** de toute formalité préalable.

▸ L'**arrêté du 25 mai 2007** définit la forme et le contenu des dossiers de déclaration et de demande d'autorisation d'opérations relatives aux moyens et aux prestations de cryptologie.

Rationaliser et simplifier les démarches administratives concernant la cryptologie.

(2) Décr. n° 2007-663, JO du 04/05/2007 et arrêté du 25/05/2007, JO du 04/06/2007.

Une base de données sur les principaux impôts en vigueur en Europe

▸ La Commission européenne vient de lancer « **Les impôts en Europe** », une nouvelle base de données en ligne destinée à fournir à toute personne intéressée des renseignements sur les **500 principaux impôts** des Etats membres (1).

▸ Pour chaque type d'impôt concerné, la base fournit des informations concernant sa base légale, son assiette, les principales dérogations, ainsi que le ou les taux applicables. La base est sous la forme d'un **fichier téléchargeable gratuitement**.

Favoriser la transparence et la comparaison des différents régimes fiscaux en Europe.

(1) Réf. IP/07/662
Bruxelles, le 11 mai 2007

Rapport public d'activité 2006 de l'ARCEP

▸ Cette année, l'Autorité fête ses dix ans « **1997-2007** ». Le rapport d'activité est donc l'occasion de dresser un **bilan décennal** de l'activité de régulation. L'année 2006, aura également été marquée par une **activité riche** : lancement de la 4ème licence UMTS, arrivée des réseaux très haut débit (FTTx), intervention des collectivités locales dans le haut débit mobile (Wimax), etc.

Dresser un bilan décennal de l'activité de régulation.

(4) Disponible sur le site de l'Arcep.

Directeur de la publication : Bensoussan Alain

Rédigée par les avocats et juristes de ALAIN BENSOUSSAN SELAS

Animée par Isabelle Pottier, avocat

Diffusée uniquement par voie électronique

ISSN 1634-071X

Abonnement à : avocats@alain-bensoussan.com

Interview

Un site portail offrant une vision de synthèse sur les NTIC

David Fayon (*)

par Isabelle Pottier



Pouvez-vous nous dire brièvement en quoi votre site se distingue des autres sites d'information ?

À l'ère de la révolution informationnelle et du partage, j'ai souhaité créer ce site portail à la fois comme un lieu de partage des connaissances et un lieu d'informations pratiques sur les NTIC (sites de référence, interviews de spécialistes, etc.), dans l'optique de faire avancer le débat. Mon but est de permettre une vision des nouvelles technologies sur leurs trois facettes interdépendantes, à savoir technique, organisationnelle et humaine. Avant d'introduire les nouvelles technologies dans l'entreprise ou la sphère privée, il faut en effet tenir compte de ces trois dimensions. Un « tout technique » aboutira à choisir une solution qui risque d'être rejetée par les utilisateurs par un phénomène de résistance au changement face à la nouveauté. Par ailleurs, il est nécessaire de tenir compte de l'organisation car l'intégration des nouvelles technologies modifie les pouvoirs de chacun. Inversement, si l'on met la « technicité » au second plan, on risque d'aboutir à une solution qui ne sera pas évolutive et qui aura coûté cher. Cette approche interdépendante est donc indispensable. Or aujourd'hui sur le web, on est submergé d'information qui sont parfois même contradictoires et il est très difficile de distinguer ce qui est pertinent, et l'important de l'accessoire. Mon ambition est donc de donner, par un système de brèves, des informations clés, structurées et hiérarchisées offrant une vision de synthèse qui peut être approfondie par renvoi vers des liens pertinents. Ce portail évolutif a donc pour vocation d'apporter la dimension « transverse » sur les nouvelles technologies qui fait défaut aujourd'hui sur le web. Informer sans prendre parti ni être partisan est un autre challenge.

Est-il plus particulièrement destiné aux entreprises ?

Il s'adresse à toutes les sphères, privée comme publique, dans la mesure où elles sont aujourd'hui indissociables. Les frontières entre « vie professionnelle » et « vie privée » s'estompent. Chaque internaute a aujourd'hui une double casquette. Il utilise des outils professionnels dans sa vie pratique et ce qu'il acquiert dans la vie professionnelle lui sert dans sa vie personnelle et vice-versa. C'est pourquoi, à l'heure du web 2.0, j'ai souhaité concrétiser les informations générales qu'on trouve sur le site, dans un ouvrage, présenté comme un guide avec des repères essentiels qui permettent à tout un chacun d'être informé (**). Son but n'est pas d'accompagner les professionnels dans un choix au sein de leur entreprise, mais de leur permettre d'être plus efficaces dans leur utilisation d'Internet au quotidien tout en intégrant la culture high-tech.

Quelles tendances voyez-vous en matière de développement des NTIC ?

On entre aujourd'hui dans la troisième révolution informatique, celle des « données » (après celle du matériel puis celle du logiciel). La donnée est la matière première des services et la tendance est à vouloir la verrouiller pour en faire une donnée « propriétaire » (« Gmail » pour les méls et ses pièces jointes, « Viadeo » avec les carnets d'adresses des membres du réseau, « del.icio.us » avec les listes de sites favoris, etc.). En réalité, il ne s'agit pas d'une révolution radicale, mais d'une succession d'évolutions. En combinant des technologies existantes, on produit une nouvelle application. C'est la tendance du « mashup ». La deuxième tendance à signaler est la convergence, c'est-à-dire le fait d'utiliser des technologies comme l'informatique, les télécoms, l'électronique avec des outils qui permettent d'être « multifacettes ». On peut ainsi imaginer un téléphone portable couplé avec le GPS qui permettrait non seulement de localiser les personnes mais également de leur adresser des messages d'information en fonction des lieux où elles se trouvent en tenant compte de leurs centres d'intérêt préalablement renseignés (produits préférés soldés, personnes appartenant au même réseau associatif localisées à proximité, etc.).

(*) <http://david.fayon.free.fr>

(**) "Clés pour Internet" chez Economica, préface d'André Santini