

Flash : Troisièmes assises des Correspondants Informatique et libertés

Le mercredi 23 mai se tiendront les troisièmes assises annuelles de l'AFCDP. L'AFCDP, crée en 2004, a pour objet principal de promouvoir et développer une réflexion quant au statut et aux missions des correspondants à la protection des données personnelles, de favoriser dans ce domaine la concertation entre les entreprises et les pouvoirs publics, de développer les échanges entre ses membres pour favoriser les meilleures pratiques professionnelles.

Les troisièmes assises seront l'occasion d'aborder trois questions extrêmement importantes pour les Cil ou toute personne susceptible d'assumer cette fonction : la formation du Cil, la responsabilité du Cil et les outils au service du Cil. Ces sessions seront suivies d'une table ronde relative à l'identité numérique dans l'entreprise.

La première session sera l'occasion de faire un point sur les besoins en formation des Cil et d'identifier les moyens pour eux de bénéficier d'une formation adaptée. A cette occasion le groupe de travail « formation » de l'AFCDP présentera le résultat de ses travaux et évoquera notamment la boîte à outils formation du correspondant de l'ISEP. Il en sera de même de la présentation, par la Cnil, de ses propres plans de formation à destination des Cils.

La seconde session porte sur la responsabilité du Cil et les premiers retour d'expériences, difficultés et solutions rencontrées par des Cil dans le cadre de leur mission. Cette session sera notamment l'occasion pour l'AFCDP de présenter les lignes directrices Assurances et Cil.

Enfin la troisième session sera l'occasion d'identifier et de présenter les outils à disposition du Cil afin que celui-ci puisse mener à bien sa mission. Nombreuses sont en effet les questions qui se posent en la matière notamment s'agissant des produits de traçabilité et autres outils disponibles. Au cours de cette session, les présidents de la commission référentiels et labels et de la commission cybersurveillance présenteront état de l'art en la matière.

A la suite de ces sessions se déroulera une table ronde sur le thème de l'identité numérique dans l'entreprise.

Informations relatives aux troisièmes assises accessibles à l'adresse www.afcdp.org

Le marché de la tierce maintenance et les risques d'atteinte à la concurrence

La tierce maintenance

▸ Le **Conseil de la concurrence** vient de rendre une décision qui illustre les difficultés que rencontrent bien souvent les acheteurs d'équipements industriels ou informatiques, pour confier la **maintenance des matériels** à des tiers mainteneurs et pour survivre sur un marché souvent préempté par les fabricants.

▸ Passée inaperçue puisqu'elle a conduit au prononcé d'un **non-lieu** (1), elle mérite qu'on s'y attarde. En effet, les équipements industriels – comme les serveurs informatiques – sont de plus en plus sophistiqués et leur **maintenance préventive** et **curative** nécessite l'utilisation d'**outils logiciels** de diagnostic.

▸ Ainsi, certains fabricants peuvent avoir la tentation d'invoquer notamment leurs **droits de propriété intellectuelle** sur ces logiciels pour se réserver l'accès au marché fort rentable de la maintenance de ces équipements.

▸ La saisine concernait ici la **maintenance des onduleurs** de puissance moyenne et forte, destinés à sécuriser des systèmes sensibles (serveurs informatiques, appareils électroniques hospitaliers) et qui requièrent une maintenance **préventive ou curative**.

▸ La **structure du secteur** de cette maintenance est proche de celle des équipements informatiques assurée par les fabricants eux-mêmes, les « facility managers » (installateurs) et les tiers mainteneurs.

Un possible verrouillage du marché et un abus de position dominante

▸ Pour prononcer un non-lieu, le Conseil s'est fondé sur l'enquête et l'instruction qui n'ont pas permis de démontrer que la mise en place de **logiciels embarqués** a rendu l'intervention du fabricant « *incontournable dans le cadre de l'exercice des activités des sociétés de tierce maintenance* ».

▸ En revanche, le verrouillage par une entreprise en position dominante, de l'**accès à des fonctions essentielles** des appareils fabriqués, « *sans nécessité objective, au risque d'éliminer toute concurrence dans la maintenance (...) pourrait constituer un abus prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce* ».

▸ Il refuse également de poursuivre la procédure concernant la **fourniture des pièces détachées** par ces mêmes fabricants, estimant qu'aucune démonstration d'un refus de livraison n'a été effectuée.

▸ Il précise que le fabricant en cause étant le **seul à fabriquer les pièces détachées**, le fait de **refuser de livrer** ces pièces, « *sans nécessité objective, ou de les livrer à des conditions de prix et de délais discriminatoires pourrait avoir pour objet ou pour effet de réserver le marché de la réparation (...) au seul fabricant et pourrait constituer ainsi un abus prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce* ».

Les enjeux

Pouvoir confier la maintenance des matériels à des tiers mainteneurs et survivre sur un marché souvent préempté par les fabricants.

(1) Déc. Cons. conc. n° 06-D-35 du 21/11/2006.

La conclusion

Le Conseil de la concurrence ouvre la porte à une action fondée sur le droit de la concurrence, face à des pratiques de verrouillage par les fabricants du marché de la maintenance, notamment par des restrictions d'accès aux outils de diagnostic, ou logiciels embarqués.

Doris Marcellesi
doris-marcellesi@alain-bensoussan.com

Informatique

Protéger ses logiciels informatiques

Toute utilisation non expressément autorisée d'un logiciel est interdite

▸ Dans un litige opposant un **informaticien indépendant** ayant développé en tant que **sous-traitant** une application informatique pour un client final, la Cour d'appel rappelle que la transmission des droits de l'auteur étant soumise à un **formalisme strict** (1), on ne peut déduire de **correspondances électroniques** échangées pendant la durée du projet, une autorisation de poursuivre l'utilisation d'un composant logiciel dénommé « framework », à l'issue du projet en dehors de **toute cession expresse** des droits d'auteur (2).

▸ La Cour précise que le caractère forfaitaire de la rémunération convenue entre les parties et le fait que le **composant logiciel** ait été mis à disposition par l'auteur lui-même sont indifférents et écarte la possibilité pour le contrefacteur présumé d'invoquer une autorisation implicite d'usage.

▸ Enfin, le Cour réformant sur ce point la décision des premiers juges n'a pas retenu de **manquement** du professionnel informaticien à une **obligation de conseil** pour ne pas avoir **alerté son client** sur le fait que le composant logiciel litigieux n'était pas intégré dans les logiciels développés et cédés.

▸ Une circonstance paraît avoir été prise en compte par les magistrats qui relèvent dans leur décision que le contrefacteur présumé n'avait pas répondu à une lettre de **mise en demeure** adressée deux mois après la fin de la mission rappelant la nécessité d'acquiescer les droits d'utilisation du composant logiciel.

▸ Pour classique et logique au regard des dispositions du code de la propriété intellectuelle, cette décision n'en est pas moins intéressante car elle illustre parfaitement les dangers d'une **mauvaise appréciation** par l'entreprise des droits qu'elle détient sur les logiciels qu'elle utilise dans le cadre de ses activités.

Quels conseils aux utilisateurs et aux auteurs de logiciel ?

▸ Avant de commander le **développement d'un logiciel spécifique** ou d'acquiescer un progiciel, il convient de s'assurer des droits concédés et de leur nature.

▸ Il convient de s'assurer de façon précise, le cas échéant en faisant procéder à un **audit juridique** de situation, que les **logiciels exploités** au sein de l'entreprise le sont dans des conditions licites.

▸ Pour les auteurs d'œuvres logicielles, outre la preuve de la **date de la création** qui nécessite en pratique de recourir à un **dépôt** (3), il est important préalablement à la procédure judiciaire proprement dite de faire **délivrer une sommation** au contrefacteur présumé d'avoir à cesser l'utilisation non autorisée des logiciels afin de se pré-constituer la **preuve de la mauvaise foi** de l'adversaire.

▸ En pratique, cette étape importante sera conduite avec l'assistance d'un spécialiste habitué de ce type de procédure.

Les principes

Le logiciel bénéficie de la protection des droits d'auteur définie par le Code de la Propriété Intellectuelle (Art. L.335-2 et L.335-3).

La contrefaçon de logiciel recouvre la copie et l'utilisation non autorisée par l'auteur ou ses ayants droits.

Depuis le 1^{er} mars 1994, la responsabilité pénale des sociétés peut être recherchée en vertu de l'article 121-2 du nouveau code pénal pour certaines infractions dont la contrefaçon.

(1) Art. L. 131-3 du CPI.
(2) CA Paris, 4^e ch. sect.A, 13/12/2006, RG05/21466.

Les conseils

Procéder à un dépôt auprès d'un tiers tel un notaire, un huissier ou l'Agence pour la protection des programmes ou encore le recours au procédé de l'enveloppe Solo proposé par l'INPI.

Pascal Arrigo
pascal-arrigo@alain-bensoussan.com

Communications électroniques

La DGCCRF poursuit ses actions de contrôle et de répression dans le secteurs des télécoms

Une augmentation du volumes de plaintes est à craindre pour 2006

▶ En **2005**, la DGCCRF (direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes) avait enregistré **plus de 31 000 plaintes**,

▶ Les trois quarts de ces plaintes concernaient des **problèmes techniques** et des difficultés à résilier le contrat avec un fournisseur d'accès à Internet, un opérateur de téléphonie mobile ou fixe.

▶ Le **bilan annuel** des plaintes reçues en **2006** ne sera connu que dans quelques semaines, mais on sait déjà qu'il devrait avoisiner les **mêmes volumes de plaintes**, la DGCCRF ayant encore enregistré dans ce secteur près de 14 500 plaintes rien que sur le premier semestre 2006 (1).

▶ C'est pourquoi, **depuis le 1er février 2007**, la DGCCRF a entamé une série de **rencontres bilatérales** avec les principaux opérateurs de réseaux et fournisseurs de services de communications électroniques.

▶ Le but de ces rencontres est d'**améliorer les relations** qu'ils entretiennent avec leurs clients, notamment du point de vue de la qualité du service fourni et de la disponibilité des services d'assistance à distance.

▶ Le premier opérateur reçu par la DGCCRF le 1er février 2007 a été **Télécom Italia (Alice)**. Ces rencontres se poursuivront tout au long du premier trimestre avec les principaux opérateurs concernés par ces plaintes.

Ces chiffres sont proportionnels à l'augmentation des clients

▶ Le **projet de loi** sur la consommation, qui devait introduire en France le recours collectif ("**class actions**"), comportait également des dispositions visant à instaurer la gratuité du temps d'attente des "hotlines" (services téléphoniques d'assistance) des opérateurs de télécoms.

▶ Il a été **retiré de l'ordre du jour** des travaux parlementaires, au grand dam des associations de consommateurs.

▶ Il convient toutefois de noter que si le volume de plaintes devait se situer dans la continuité du volume enregistré en 2005, le **nombre de clients** aux différents services de communications électroniques concernés **n'a pas cessé d'augmenter** au cours de l'année 2006.

▶ En conséquence, la **proportion de plaintes** par rapport au parc de clients aura diminué par rapport à 2005, ce qui traduirait une amélioration des performances des opérateurs de réseaux et fournisseurs de services.

L'enjeu

Veiller à améliorer les relations des fournisseurs d'accès à Internet et des opérateurs de téléphonie mobile ou fixe avec leurs clients.

(1) Communiqué DGCCRF du 9 février 2007, www.minefi.gouv.fr

Alertes

Des actions de contrôle sont programmées pour le premier trimestre 2007 et visent à vérifier la bonne application des avis adoptés par le Conseil national de la Consommation et des engagements pris par la profession au cours de l'année 2006.

Frédéric Forster
frederic-forster@alain-bensoussan.com

Utilisateurs informatiques

Des procès-verbaux de constat de plus en plus souvent annulés par les tribunaux

Les risques liés à un procès-verbal de constat nul

▸ Alors que la réalisation d'un constat par voie d'huissier de justice constitue l'un des moyens les plus efficaces d'**apporter la preuve** d'agissements délictueux sur Internet, de plus en plus de décisions tendent à annuler des procès-verbaux de constat, dès lors que ces derniers n'ont pas été réalisés dans les « **règles de l'art** ».

▸ Un **jugement du 7 février 2007** (1), à propos de reproduction de marques dans le code source d'un site web, en donne une parfaite illustration. Dans cette affaire, le tribunal a annulé le procès-verbal de constat d'huissier au motif qu'il se bornait à constater que le site adverse était référencé sur les pages de résultats du moteur de **recherche Google**, sous les marques du demandeur, sans que l'huissier n'ait cliqué sur le lien hypertexte figurant sur la page de résultats de Google afin de s'assurer que le site ainsi référencé était bien le site adverse.

▸ En outre, l'huissier avait annexé à son constat des **pages écrans** de recherches sur internet, sans **décrire**, dans son constat, les **conditions d'accès à ces pages**. Enfin, l'huissier n'avait pas précisé, dans son constat, s'il avait **vidé la mémoire cache** de l'ordinateur ayant servi à établir le constat, ni s'il avait préalablement au constat vérifié si la connexion au réseau internet se faisait par un **serveur proxy**.

▸ Les conséquences d'un tel défaut de validité d'un procès-verbal de constat peuvent être cruciales puisque, comme cela a été le cas dans l'affaire précitée, le demandeur a été **débouté de toutes ses demandes**, le tribunal constatant qu'il ne rapportait pas la preuve de la réalité de ses griefs.

Les principes élémentaires à respecter

▸ La réalisation d'un **procès-verbal de constat sur internet** doit être étroitement encadrée, en aval et en amont de sa réalisation, et ce à un double niveau.

▸ En premier lieu, il convient de s'assurer du **caractère probant** du constat et, à ce titre, de son caractère **exploitable**. Il convient, pour cela, d'être extrêmement précis dans les instructions qui vont être données à l'huissier et ne pas hésiter à le guider, pas à pas, concernant la **description des opérations** qu'il aura à réaliser. Il convient également, une fois le constat réalisé, de s'assurer que sa rédaction est suffisamment claire et précise concernant les faits sur lesquels il porte.

▸ En second lieu, il convient de s'assurer que le constat a été réalisé dans les « **règles de l'art** » et, à ce titre, que sa validité ne pourra être remise en cause.

▸ Encore une fois, ces précautions s'opèrent à un **double niveau** :

- **en amont**, dans les instructions qui vont être données à l'huissier : il ne faut pas hésiter à lui rappeler les **pré-requis techniques** qu'il doit impérativement respecter (vider la mémoire cache, par exemple) ;

- **en aval**, une fois le constat réalisé, dans la vérification des indications techniques relatées par l'huissier dans son constat : il ne faut pas hésiter à refaire les opérations de constat en cas de non-respect par l'huissier de ces pré-requis techniques.

L'enjeu

La réalisation d'un procès-verbal de constat doit être extrêmement encadrée, les défauts l'affectant pouvant réduire à néant la procédure.

(1) TGI Mulhouse, 07/02/2007, site legalis.net.

Les conseils

- Guider l'huissier dans la réalisation du constat, notamment en ce qui concerne les pré-requis techniques.

- Vérifier la validité et l'exploitabilité du constat.

- Ne pas hésiter à refaire le constat si nécessaire.

Anne Stutzmann
as@alain-bensoussan.com

Propriété intellectuelle

Une plateforme de téléchargement condamnée pour tromperie et vente liée

La loi n'impose pas une interopérabilité totale entre les supports

► Pour la première fois les magistrats ont été amenés à se prononcer sur les dispositions de la nouvelle loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) (1) et sur l'un de ses aspects les plus sensibles : la **compatibilité des mesures de protection** des œuvres avec les exigences de l'interopérabilité.

► Dans cette affaire (2), une association de consommateurs reprochait à Sony d'avoir mis en place des mesures techniques de protection (DRM) **restreignant l'usage des fichiers musicaux** qu'elle vend sur son site légal de téléchargement, ces dernières n'étant compatibles qu'avec une gamme de baladeurs que **Sony** est la seule à commercialiser.

► Depuis la loi DADVSI, les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires du droit d'auteur sont protégées juridiquement. Cependant, la législation pose aussi le **principe d'un équilibre** avec le droit d'effectuer des copies privées et prévoit l'**accès aux informations nécessaires à l'interopérabilité**.

La condamnation sur le fondement du droit de la consommation

► C'est sur la base du **droit de la consommation** que Sony est condamnée. Tout d'abord, le tribunal retient que le **délit de tromperie** est établi, Sony n'ayant pas **informé le consommateur** de manière suffisamment claire, précise et compréhensible des restrictions d'usage affectant la circulation des œuvres musicales téléchargées à partir de son site.

► On retiendra surtout que les magistrats, tout en affirmant que « *en tout état de cause, aucune disposition légale ou réglementaire n'impose une interopérabilité totale entre les fichiers musicaux et les baladeurs numériques* », ont considéré que la commercialisation des fichiers dans un format uniquement lisible sur les baladeurs Sony est constitutive d'un **acte de vente liée**, revenant à subordonner l'achat des fichiers musicaux du site à l'achat d'un baladeur de la marque, seul capable de décoder les DRM.

► Il appartient donc aux plates-formes de téléchargement, soit de commercialiser des œuvres téléchargées dans un format compatible avec d'autres baladeurs numériques, soit de **donner accès aux fabricants** de baladeurs numériques **aux informations essentielles à l'interopérabilité** afin de les rendre compatibles avec les œuvres téléchargeables.

► Rappelons que les conflits relatifs à l'interopérabilité seront soumis à une autorité administrative indépendante, l'ARMT (**Autorité de régulation des mesures techniques**), dotée de pouvoirs préventifs et répressifs.

L'enjeu

La possibilité de contester les mesures de protections restreignant les usages des œuvres numériques.

(1) Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006.

(2) TGI Nanterre 15/12/2006.

Le conseil

Vérifier la compatibilité des œuvres numériques avec leurs lecteurs

Laurence Tellier Loniewski
laurence-tellier-loniewski@alain-bensoussan.com

Florence Revel de Lambert
Florence-revel-de-lambert@alain-bensoussan.com

Fiscalité et sociétés

Participer à un conseil d'administration et de surveillance par téléphone

Le recours à des moyens de visioconférence et de télécommunication

▸ Le Code de commerce exige, en principe, pour la tenue des **réunions des conseils** d'administration et de surveillance, la **présence physique** de leurs membres.

▸ La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie (dite **loi «Breton»**) (1) a assoupli les exigences légales en ce qui concerne la participation à distance en étendant la possibilité pour des administrateurs de participer au Conseil par des **moyens de télécommunication** (et non plus seulement par visioconférence).

▸ Elle prévoit ainsi que la **participation à distance** aux réunions des conseils d'administration ou de surveillance est **possible** à défaut de clause contraire des statuts et **sous réserve** que le **règlement intérieur** de ces conseils le prévoit (2).

▸ Les seules décisions qui doivent continuer à être prises avec la présence physique des administrateurs sont aujourd'hui les décisions arrêtant les comptes annuels et le rapport de gestion et les décisions établissant les comptes consolidés et le rapport de gestion du groupe.

▸ S'agissant des **assemblées générales**, la participation à distance des actionnaires aux assemblées générales est également **possible** si les **statuts de la société** le prévoient (3).

Les enjeux

Développer le recours à des moyens de visioconférence et de télécommunication, pour la tenue des réunions des conseils d'administration et de surveillance et les assemblées générales.

(1) Loi n° 2005-842 du 26/07/2005.

(2) Art. L 225-37 et L 225-82 du C. com.

(3) Art. L.225-107 du C. com.

C'est désormais possible grâce au décret du 11 décembre 2006

▸ Ce décret (4) précise la **nature** et les **conditions** d'application des moyens de participation à distance visés par la loi Breton de même que celles concernant l'**identification** des personnes participant à distance aux réunions des conseils d'administration et des conseils de surveillance ou aux assemblées générales de société anonyme.

▸ Afin de garantir l'identification et la participation effective à ces réunions par des personnes « *y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations* ».

▸ Grâce à ces nouvelles dispositions, la participation à une réunion du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou d'une assemblée générale est donc désormais possible par le recours à une **webcam** ou à une **conférence téléphonique**.

Les conseils

Modifier les statuts pour la participation à distance des actionnaires aux assemblées générales.

Modifier ou établir les règlements intérieurs des conseils pour la participation à distance des administrateurs réunions des conseil d'administration et de surveillance.

(4) Décr. n°2006-1566.

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

Relations sociales

Participation aux élections des DP et du CE des salariés mis à disposition

▸ La cour de cassation a opéré un **revirement de jurisprudence** en jugeant que les **salariés mis à disposition d'une entreprise** et « *intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail* » sont **électeurs** aux élections du comité d'entreprise dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par les **articles L. 423-7 et L. 433-4** du code du travail.

▸ Dans cet arrêt du 28 février 2007, un syndicat a **demandé l'annulation** des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel au motif que les salariés mis à dispositions n'étaient pas inscrits sur les listes électorales pour les élections professionnelles.

▸ En effet, jusqu'à ce jour la jurisprudence autorisait une participation uniquement pour les élections de **délégués du personnel**.

▸ La cour de cassation n'a pas fait droit à la demande du syndicat et a **déclaré valable le protocole électoral** qui avait inclus dans l'électorat des délégués du personnel les salariés des sociétés prestataires partageant les mêmes conditions de travail et les mêmes moyens de production que les salariés de la société.

Extraits

« Les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10 du code du travail, sont à ce même titre, électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues... »

(1) Cass.soc.28 février 2007 n°06.60.171.

Période d'essai : attention à l'abus de droit de résiliation

▸ Dans cette affaire, un employeur a **modifié les fonctions** pour lesquelles le salarié a été recruté et a par la suite mis un terme à la période d'essai.

▸ Le salarié a soutenu que la rupture était abusive, et l'employeur de son côté a argué que la période d'essai ne le prive pas de son **pouvoir de direction** et qu'une modification du contrat de travail en cours de période d'essai n'est pas de nature à la rendre abusive.

▸ La Cour de cassation valide la position de la cour d'appel qui a considéré la **rupture** comme **abusive** car le salarié n'avait pas été mis en mesure d'exercer les fonctions de responsable de site qui lui avaient été confiées dans le contrat de travail et que cela constituait une **légèreté blâmable** et abusé de son droit de résiliation.

« si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus »

(2) Cass.soc. 20 février 2007 n°05-44.553.

Etat des lieux sur les chartes d'éthique et le whistleblowing

▸ Le rapport très attendu sur les dispositifs d'alerte professionnelle (whistleblowing) a été rendu public en **mars 2007** (3).

▸ Ces dispositifs sont issus de loi américaine **Sarbanes-Oxley** du 30 juillet 2002, qui oblige toutes les **entreprises cotées à la bourse de New York** à mettre en place des procédures d'alerte permettant aux salariés de **dénoncer**, sans crainte de représailles, des **comportements frauduleux de dirigeants**, en ce qui concerne la comptabilité, les contrôles comptables internes ou l'audit.

▸ Le rapport permet de **répondre** à de nombreuses questions laissées en suspend, en particulier en ce qui concerne le **respect du Code du travail**.

Les entreprises françaises et les filiales françaises de sociétés américaines cotées à la bourse de New York sont concernées par ces dispositions.

(3) <http://www.akain-bensoussan.com/documents/243953.pdf>

Sonia Hadjali
sonia-hadjali@akain-bensoussan.com

Indemnisation des préjudices

L'évaluation des préjudices dans le projet de loi de lutte contre la contrefaçon

La possibilité d'accorder une indemnisation forfaitaire du dommage

L'enjeu

▸ Le projet de loi de lutte contre la contrefaçon, déposé au Sénat le **12 février 2007** (1), vise notamment à transposer en droit français la directive européenne sur le respect des droits de propriété intellectuelle (2) et prévoit d'introduire **plusieurs mesures** relatives à l'**évaluation** et à la **preuve du préjudice** résultant d'actes de contrefaçon, dans le cadre des procédures judiciaires.

▸ Les dispositions prévues en matière d'évaluation de préjudices sont les mêmes pour **tous les domaines de la propriété intellectuelle** (brevets, marques, propriété littéraire et artistique, etc.) et comportent des innovations importantes pour le droit français de la **responsabilité civile**, comme le souligne l'exposé des motifs du projet.

▸ Conformément à la Directive, elles donneraient en effet au juge la possibilité d'accorder une **indemnisation forfaitaire** à la victime d'un dommage résultant d'une contrefaçon, dans les cas « appropriés ». Jusqu'à présent l'évaluation forfaitaire était considérée comme incompatible avec le **principe de la réparation intégrale** des dommages, qui découle de l'article 1382 du Code civil et constitue l'un des fondements de notre droit de la responsabilité civile.

▸ La réparation vise à replacer la victime dans la situation qu'elle aurait dû connaître si elle n'avait pas subi le dommage, **sans perte ni profit**. Une évaluation forfaitaire ne permet pas d'atteindre cet objectif dès lors qu'elle est par définition sans lien direct avec le dommage réel. L'évaluation forfaitaire des dommages est régulièrement **sanctionnée par la Cour de cassation** (2).

Ce texte donnerait au juge la possibilité d'accorder, dans certains cas, à titre d'alternative, une indemnisation forfaitaire à la victime d'un dommage résultant d'une contrefaçon.

(1) www.alain-bensoussan.com/pages/1067

(2) Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004

(3) Cass. civ. 8 juin 2006, pourvoi n°04-19069

Des précisions quant aux éléments d'appréciation

Les principes

▸ Cette indemnité ne pourrait être inférieure « *au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il porte atteinte* » et n'aurait **pas de limite supérieure**.

▸ Les modalités de calcul de ce montant ne sont pas précisées, et il pourrait s'avérer en pratique aussi **délicat à chiffrer** que le préjudice réel de la victime, dont il constitue souvent l'une des principales composantes.

▸ En effet, ce montant ne peut être évalué sans disposer d'informations que l'auteur de la contrefaçon est généralement le seul à détenir. Le projet innove à cet égard en prévoyant de donner au juge la **possibilité d'ordonner** au contrefacteur **de produire les informations** sur les quantités produites, commercialisées, livrées, reçues ou commandées et sur les prix obtenus.

▸ Le juge devra prendre en considération, pour son évaluation, lorsqu'elle n'est pas forfaitaire, tous les « **aspects appropriés** ». **Trois éléments d'appréciation** sont cités à ce titre, de manière non limitative :

- les conséquences économiques négatives pour la victime (manque à gagner),
- les bénéfices injustement réalisés par le contrefacteur,
- et, s'il y a lieu, le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte.

Ces éléments d'appréciation sont déjà utilisés par les juridictions. Ces précisions permettront cependant aux demandeurs de mieux cibler leurs prétentions et pourraient avoir un effet dissuasif sur les auteurs de contrefaçons.

Cette dérogation au principe de la réparation intégrale aurait pour effet de limiter la portée d'un autre principe de la responsabilité selon lequel celui qui demande la réparation d'un dommage doit en rapporter la preuve.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoussan.com

Actualité

L'essentiel

Modification du décret d'application de la loi Informatique et libertés

▸ Le **décret du 25 mars 2007** (1) complète celui d'octobre 2005 par un ensemble de dispositions modifiant l'organisation, le fonctionnement et les procédures de la Cnil afin de lui permettre de s'adapter à la **croissance d'activité** depuis août 2006.

▸ Il modifie aussi certaines obligations incombant aux responsables des traitements comme l'adaptation de l'**obligation d'information** pour les **collectes par téléphone, orale et à distance**.

Tenir compte de la croissance de l'activité de la Cnil résultant des nouveaux régimes introduits par la loi du 6 août 2004.

(1) Décret n° 2007-451 du 25 mars 2007, *JO* du 28/03/2007.

Gel des flux financiers d'activités illégales sur internet

▸ La loi du 5 mars sur la **prévention de la délinquance** instaure une procédure administrative de gel des flux financiers pour lutter contre les jeux d'argent et de paris proposés aux personnes résidant en France via le **réseau Internet** (2).

▸ Cette procédure autorise le ministre chargé des finances et le ministre de l'intérieur à interdire, pour une durée de **6 mois renouvelable**, tout mouvement ou transfert de fonds en provenance des personnes physiques ou morales qui organisent des activités de jeux, paris ou loteries prohibés.

Lutter contre les jeux d'argent et de paris proposés sur internet.

(2) <http://www.alain-bensoussan.com/pages/431/>

Chartes d'éthique et systèmes d'alerte professionnelle

▸ Le rapport sur les dispositifs d'alerte professionnelle (« **whistleblowing** ») vient d'être rendu public (3).

▸ Les auteurs concluent qu'il n'est **pas urgent de légiférer**. Il semble toutefois nécessaire de **s'entendre sur une définition unique** de la notion de dispositif d'alerte professionnelle, de préciser les conditions dans lesquelles il doit être mis en place et de formaliser une protection de celui qui l'aurait, de bonne foi, utilisé.

Etat des lieux et perspectives sur le phénomène du whistleblowing.

(3) <http://www.alain-bensoussan.com/pages/1087/>

Lancement de la procédure de sélection du 4ème opérateur mobile 3G

▸ L'Arcep a décidé de proposer l'attribution de la quatrième licence 3G. Le secrétaire d'Etat à l'Industrie a publié, le **21 février 2007**, l'**arrêté ministériel** ouvrant officiellement la procédure correspondante (4).

▸ L'**appel à candidatures** prend la forme d'une **soumission comparative** qui permettra à l'Arcep d'attribuer l'autorisation d'usage de fréquences pour ce 4ème opérateur 3G sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs détaillés dans l'avis.

Développer et déployer des technologies du haut débit mobile.

(4) <http://www.alain-bensoussan.com/pages/952/>

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

Une informatique infallible !

André Imbaud, Président directeur général de la société Sodis (*)

par Isabelle Pottier



Pouvez-vous nous dire brièvement en quoi consiste exactement l'activité de Sodis ?

La Sodis est une entreprise de distribution de livres, fondée en 1971 (100 % filiale du groupe Gallimard). Nous assurons la logistique complète de cette activité, c'est-à-dire à la fois les flux d'information, les flux physiques et les flux financiers associés au marché du livre entre les éditeurs et les libraires au sens large (Fnac, hypermarchés, etc.). En chiffres, la Sodis emploie un peu plus de 500 personnes (dont une trentaine d'informaticiens), distribue 100 000 références articles et gère un stock de 72 millions de volumes. La spécificité de notre société est d'être le spécialiste des petits flux avec le plus gros portefeuille de références articles des distributeurs de livres français.

Quelle est la particularité de l'informatique dans votre activité ?

Elle gère avec des contraintes très difficiles, trois types de flux : d'information, physiques et financier. Concernant le premier flux, les informations échangées avec l'éditeur et le diffuseur concernent tout ce qui a trait à la diffusion des livres et au suivi des affaires, notamment avec les libraires au quotidien grâce à l'outil interprofessionnel d'échange de données Informatisés (EDI) « Dilicom ». C'est une plate forme informatique qui sert de lien entre les libraires et les éditeurs – diffuseurs. La gestion de ce flux consiste à tenir à jour les bases « articles » (description des ouvrages), à répercuter les informations des éditeurs vers les libraires et inversement et à tenir le fichier client, assez complexe dans le monde du livre, puisqu'il inclut la gestion des pré-commandes (avant même la parution des ouvrages), les commandes et le traitement des factures. Il faut savoir que la tarification « réglementée » dans notre secteur (loi « Lang » sur le prix unique) a un impact direct sur notre mode de fonctionnement. Le prix de vente au client final étant fixé à l'avance, les rémunérations des intermédiaires se font par des remises qui vont venir en déduction du prix final (contrairement à l'ajout d'une marge sur un prix d'achat). En outre, la tarification est assortie d'une TVA spécifique qui nous amène à gérer plusieurs taux (certains articles sont à double taux de TVA).

Sur le plan des flux physiques, les éditeurs organisent eux-mêmes la fabrication des livres et les font livrer directement chez le distributeur. Notre tâche consiste donc à les récupérer, les stocker et servir les commandes y compris celles qui sont assorties d'un droit de retour (le taux de retours est d'environ 21 %). Enfin, il y a le flux financier correspondant à la facturation, au recouvrement dans le cadre de contrats de commissionnement « ducroire » (nous établissons les factures en notre nom sans être propriétaire de ce que nous vendons et nous assumons les risques de non paiement). Ces flux induisent un ensemble de caractéristiques du système d'information et une informatique très spécifique, il y a en effet peu de marchandises aujourd'hui qui soient distribuées avec des schémas de cette nature.

Que demandez-vous avant tout à un bon système informatique ?

Une très grande fiabilité car notre niveau de dépendance à l'informatique est très important. L'informatique est en effet présente partout, y compris dans le pilotage des installations permettant de gérer les stocks et les préparations de commandes. Sur un réseau de convoyeurs, les cartons préparés à l'intention des libraires sont automatiquement transportés à l'endroit où ils vont recevoir un ou des ouvrages. Le pilotage se fait uniquement par ordinateur. Pour plus de sécurité, tout est en miroir ce qui fait que notre taux de panne informatique est insignifiant. Un bon SI doit assurer notre fonctionnement sur des fonctions de base (commandes, stocks, facturation) et la fonction échange d'informations qui ne cesse de croître (notamment le reporting quotidien aux éditeurs sur les ventes).

Notre système d'information est en pleine modernisation et l'on s'achemine vers un système qui soit un compromis entre des progiciels « métier » et des développements spécifiques correspondant à nos besoins. Par exemple, pour la logistique, nous utilisons le logiciel d'un prestataire de services qui fait de la gestion de stock et de préparation de commande (a-SIS) auquel nous raccordons des outils de gestion de flux financiers et de facturation développés en interne pour tenir compte des caractéristiques de notre activité.

(*) www.sodis.fr/