

Pensez à anticiper la preuve de vos dommages informatiques !

Une démarche à entreprendre dès l'origine d'un projet...

▸ La décision de mettre en oeuvre un projet informatique doit être prise après avoir effectué une **analyse de coûts** et de **retour sur investissement**. Ces études peuvent être associées à une **analyse des risques** liés au projet destinée à identifier les menaces (défaillance du fournisseur, impossibilité de basculer sur la nouvelle solution, dysfonctionnements...), à **évaluer leur impact** et leur **probabilité** de réalisation et à concevoir les moyens permettant de les éviter.

▸ Dans le prolongement de cette **démarche préventive**, il peut être utile d'**anticiper la preuve** des dommages qui résulteraient de la réalisation de ces risques. En effet, dans l'hypothèse où les dommages sont imputables au fournisseur, leur réparation ne peut souvent être obtenue que dans le cadre d'une **procédure judiciaire** engagée contre celui-ci.

▸ Or, les tribunaux exigent des victimes qu'ils rapportent la **preuve des préjudices** subis et notamment de leur étendue. A défaut, les réparations accordées peuvent s'avérer très inférieures aux dommages réellement subis. La preuve de certains dommages et surtout **des gains manqués**, peut s'avérer très **difficile à rapporter** lorsqu'elle n'a pas été anticipée avant leur apparition.

...pour améliorer ses chances de réparation en cas de litige

▸ La première étape consiste à recenser et **évaluer les conséquences potentielles** d'un échec ou d'un retard du projet: dépenses engagées inutilement, surcoûts, conséquences sur l'activité de l'entreprise (perturbations de la production ou de la gestion, perte de clientèle, atteinte à l'image...).

▸ Il convient ensuite d'organiser la **conservation de toutes les informations** liées au projet : documents échangés avec les tiers (contrats, courriers, factures et justificatifs de paiement), et documents internes (comptabilité analytique des opérations effectuées, notes et courriers internes, fichiers de données...).

▸ Il est même recommandé de se constituer **dès l'origine du projet**, des commencements de preuves. Des **études de coûts** et de rentabilité du projet doivent non seulement être **minutieusement établies** et justifiées, mais soumises à des tiers ainsi qu'au cocontractant, pour information.

▸ Dans le cadre d'une **procédure judiciaire**, ces documents pourront avoir une **force probante appréciable** et le fournisseur ne pourra pas invoquer le caractère imprévisible des dommages invoqués.

Les enjeux

- Dans le cadre d'une procédure judiciaire, améliorer la réparation des dommages subis.

- Disposer rapidement d'une évaluation de ses dommages et renforcer la pression sur le fournisseur dans le cadre d'une transaction.

Les conseils

- Les dommages dont la réparation est la plus difficile à obtenir sont ceux relatifs aux coûts de personnel interne et aux gains manqués.

- Réaliser ou faire réaliser une étude prévisionnelle de rentabilité du projet et conserver la trace et la comptabilité de tous les travaux réalisés dans le cadre du projet.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoussan.com

Informatique

Anticiper sa responsabilité contractuelle, c'est réduire le risque

Une clause de responsabilité mais pas n'importe comment

► Pas un contrat qui n'en dispose : licence de logiciels, maintenance, intégration de systèmes, infogérance, tous proposent, de façon à peu près systématique, des **clauses destinées à limiter**, voire éliminer, **toute responsabilité** en cas d'inexécution de la prestation.

► Economiquement justifiée, leur **validité de principe** ne fait plus, depuis longtemps, l'objet de la moindre discussion⁽¹⁾. Outil efficace de **limitation des indemnités**, il ne permet toutefois pas de s'abstenir du **remboursement des sommes perçues en cas de résolution judiciaire** du contrat, c'est-à-dire d'anéantissement rétroactif, dès lors que la gravité des manquements constatés par le juge le permet⁽²⁾.

► La **clause** de responsabilité est **élusive** ou limitative de réparation : évasive lorsqu'elle stipule qu'**aucune responsabilité** ne sera encourue, comme par exemple, lors d'une « vente en l'état » ou d'un « contrat de tests de logiciels », elle devient **limitative** lorsqu'elle présente un **plafond** ou énumère les circonstances dans lesquelles la réparation ne sera pas due.

► Elle doit être distinguée de la **clause pénale** qui repose sur le principe d'un **forfait de dommages et intérêts** et pose à ce titre des difficultés aux entreprises soumises à la règle américaine de la prise en compte du revenu.

La clause limitative de réparation est souvent « évasive »

► Dans la mesure où les éventuelles **défaillances du prestataire** causeront vraisemblablement des préjudices de type, pertes de chiffre d'affaires, de bénéfices ou pertes financières de toute nature, la clause de réparation parfois présentée comme limitative, devient en réalité tout à fait **élusive**.

► Ainsi, la technique employée sur le plan sémantique consiste parfois à présenter ces diverses catégories de dommages comme des **dommages indirects** (dont on sait qu'ils sont, par principe, exclus selon la règle de l'article 1151 du Code civil) alors qu'il s'agit en réalité des plus directs.

► Enfin, c'est le **montant de la réparation** qui est affecté par la clause. Exprimé en valeur ou en proportion du prix dû au titre du contrat (généralement de une à deux fois), il peut être souvent **négocié**.

► Attention toutefois à ne pas trop s'attarder sur le plafond alors que le mécanisme de la **pré qualification des dommages indirects** aboutit à exclure toute hypothèse d'indemnisation.

L'enjeu

Limiter, voire éliminer, toute responsabilité en cas d'inexécution de la prestation en insérant une clause limitative.

- (1) cf. A. Bensoussan, « *Informatique, Télécom, Internet* », Edition Francis Lefebvre 2004, § n°532 s.
(2) Autre titre de l'article 1184 du Code civil.

Le conseil

La clause de responsabilité que l'on rencontre le plus souvent est limitative de réparation. Construite selon un schéma classique à trois niveaux, elle dissimule bien souvent un dispositif profondément évasif :

- exclusion de certains faits générateurs ;
- exclusion de certaines catégories de dommages ;
- plafonnement de la réparation.

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

Communications électroniques

Les outils de mesure d'audience des sites web permettent d'évaluer certains préjudices

Identifier les conséquences dommageables afin de bien les évaluer

▸ Qu'il s'agisse de diffamation, d'injure, de dénigrement, de piratage ou de contrefaçon, les actes qui peuvent engager la **responsabilité civile** ou **pénale** de leurs auteurs ont en commun leur **caractère public** et leur **effet dommageable** dévastateur⁽¹⁾.

▸ Le web fait peser un **risque de propagation** sans commune mesure en matière commerciale puisqu'il peut avoir un effet négatif vers les clients fidèles mais également vers les **clients potentiels** de l'entreprise.

▸ Il s'agit soit d'un **manque à gagner** (perte de chiffre d'affaires et réduction de la marge par rapport aux prévisions), soit d'une augmentation des **dépenses**.

▸ Si les **dépenses** sont **facilement** identifiables et **justifiables** par des factures, il n'en va pas de même de la **preuve du manque à gagner** subi: difficile d'identifier une clientèle perdue et de justifier le motif de cette perte...

Recourir à des outils de mesure d'audience des sites web

▸ Les statistiques connexions et la fréquentation des sites web sont des éléments d'informations stratégiques qui ont aussi vocation à servir de base à l'**évaluation de certains préjudices**.

▸ De plus en plus de juges mettent l'accent sur les statistiques de connexion ou de fréquentation des sites pour **apprécier l'impact** des diffusions litigieuses et par conséquent **les dommages subis** par les victimes.

▸ Dans un litige relatif à un conflit entre noms de domaine, le juge a ordonné à l'une des parties au procès de **communiquer** l'ensemble des documents afférents aux **statistiques de fréquentation**⁽¹⁾.

▸ Ces statistiques permettent notamment de **déterminer** le nombre de pages vues, la durée d'une diffusion litigieuse, la **proportion de clients** ou de clients potentiels de l'entreprise victime, parmi les visiteurs du site.

▸ Ces outils permettent d'avoir une **perception objective des dommages** occasionnés lors d'un contentieux et apportent aux juges les moyens de se rapprocher un peu plus d'une **réparation intégrale**.

L'enjeu

Identifier les conséquences dommageables, les évaluer et envisager les modalités de leur réparation financière ou en nature par le biais d'une publication sur le web.

Le conseil

L'Association pour le Contrôle de la Diffusion des Médias (ex-OJD) labellise des outils de mesure et de certification d'audience des sites grâce à son Bureau Internet Multimédia. Une dizaine d'outils de mesure «sitecentric» (cad reposant sur la comptabilisation des connexions au site, par opposition aux outils «user centric», utilisant les réponses de panels d'internautes), sont déjà labellisés.

(1) TGI d'Hazebrouk, 16 décembre 1999.

Eric Barbry,
eric-barbry@alain-bensoissan.com

Utilisateurs informatiques

La gestion anticipée des éléments de preuve dans un projet informatique

Etablir un business plan des investissements au regard du projet

▸ La mise en place d'un **nouveau système informatique**, la refonte d'un système d'information ou la migration d'un ancien vers un nouveau système d'information peut faire courir à l'entreprise un **risque d'échec** dont le **préjudice** peut être **important**.

▸ Certains éléments qui constituent ce préjudice sont faciles à démontrer (factures payées), d'autres le sont beaucoup moins *a posteriori* et c'est la raison pour laquelle une **gestion anticipée des éléments de preuve** doit être mise en œuvre.

▸ Ainsi, l'entreprise faire valoir, lors de l'élaboration du contrat, le **ROI escompté**, les économies d'échelle envisagées, l'impact attendu sur la productivité ou tout autre effet attendu du fait de l'engagement du projet.

▸ De la même manière qu'une entreprise qui démarre établit un business plan, il serait judicieux que l'entreprise utilisatrice établisse un **business plan de ses investissements** au regard du projet envisagé et qu'elle le contractualise.

Gérer la preuve au même titre que la définition des besoins

▸ En fonction de la date de fin du projet, s'il est prévu de résilier le contrat de maintenance de l'ancien matériel ou logiciel, le retard du projet induira la **poursuite des contrats en cours**, risque prévisible dont la preuve peut être anticipée.

▸ De même, le dérapage non anticipé du projet peut induire la **mobilisation de ressources humaines** au-delà de ce qui a pu être prévu. Ce type de préjudice est rarement pris en compte par les tribunaux qui considèrent que le personnel interne fait partie des coûts fixes supportés par l'entreprise sauf à avoir un **suivi méthodologique** de la mobilisation des ressources humaines, après l'avoir **contractualisé**.

▸ La gestion de la preuve du préjudice subi en cas de retard ou d'échec du projet nécessite que soit **exprimée clairement l'organisation interne** prévue par le client pour la mise en œuvre, les ressources mobilisées et le préjudice prévisible selon une nomenclature méthodologique.

▸ A titre d'exemple, certaines sociétés peuvent subir un **préjudice commercial** très important en raison de l'arrêt de leur système durant une journée. Ce chiffre peut être anticipé et exprimé contractuellement.

▸ La gestion anticipée de la preuve du préjudice et des risques prévisibles doit donc faire partie de la **préparation du projet en interne**, au même titre que la définition des besoins.

L'enjeu

Pouvoir démontrer la réalité du préjudice subi par l'anticipation des désordres prévisibles.

Les conseils

- Etablir un business plan des investissements

- Contractualiser les risques prévisibles

- Collecter les informations et les données nécessaires à l'établissement de la preuve au fur et à mesure que le préjudice est subi.

Isabelle Tellier

isabelle-tellier@alain-bensoussan.com

Pierre Saurel

pierre-saurel@alain-bensoussan.com

Propriété intellectuelle

Comment prouver le préjudice lié à la contrefaçon des créations numériques ?

La preuve du préjudice doit être rapportée par le titulaire des droits

L'enjeu

► Pour **obtenir réparation** d'une contrefaçon, l'auteur ou le titulaire des droits n'a pas à prouver une faute de la part du contrefacteur ou sa mauvaise foi. Il lui suffit de **prouver l'acte interdit** de reproduction ou de représentation de sa création. Mais selon le droit commun, la **preuve du préjudice** résultant de la contrefaçon lui incombe. **A défaut** de cette preuve, les tribunaux ne prononceront qu'une **condamnation minimale**.

► Or la **preuve du préjudice** découlant de la contrefaçon d'une œuvre numérique, tel un logiciel ou une base de données, est **difficile** à rapporter, en raison du caractère incorporel et intangible de cette création. A la différence des biens matériels, il n'existe pas toujours un **marché de référence pertinent** permettant de raisonner par comparaison pour valoriser une création incorporelle.

► La difficulté est accrue si le l'auteur et/ou le contrefacteur n'ont pas une **exploitation significative** de l'œuvre notamment dans le cas des logiciels et bases de données à usage interne à l'entreprise.

Etablir la réalité de son préjudice pour être mieux indemnisé en cas de contrefaçon.

Choisir une méthode d'évaluation du préjudice adaptée

Le conseil

► Une première approche consiste à **évaluer l'investissement** consacré à la réalisation de sa création. C'est la seule méthode pertinente pour les créations numériques destinées à un usage interne. La plus grande difficulté est alors d'évaluer les coûts d'investissements lorsque ceux-ci sont internes (coûts de conception, développement, commercialisation).

► Lorsque la création numérique est exploitée par l'auteur, une méthode, plus simple consiste à se fonder sur les **revenus de l'exploitation** pour calculer le **manque à gagner** résultant de la contrefaçon. Il s'agit d'une approche à laquelle les tribunaux sont sensibles. Mais des difficultés apparaissent si l'activité contrefaisante n'est pas significative ou ne se traduit pas par une baisse de l'activité liée à l'exploitation licite.

► Parfois, les sociétés qui n'exploitent qu'un seul produit (start up créées autour d'un produit numérique logiciel ou base de données) fondent leur préjudice sur la **valorisation de leurs titres** de participation ou de leur actif net. Cette approche n'est **pas souvent admise** par les tribunaux.

► Le mise en place d'un « **dossier d'investissement** » peut s'avérer une **solution** utile pour recenser toutes les preuves : factures, contrats fournisseurs, traces ces coûts internes (fiches de temps des personnes ayant participé à la réalisation, l'encadrement ou la commercialisation...).

- le dossier d'investissement peut s'avérer une précaution utile.

- il conditionne en outre le droit du producteur sur les base de données numériques.

Laurence Tellier
Loniewski

laurence-tellier-loniewski@alain-bensoussan.com

Relations sociales

L'obligation générale de sécurité et le licenciement pour faute grave⁽¹⁾

▸ Un salarié a été engagé en qualité de **directeur technique** chargé d'assurer le respect des règles de sécurité de deux sites de l'entreprise.

▸ Il a été **licencié pour faute grave**, son employeur ayant constaté des manquements d'une particulière gravité au sujet de l'enlèvement de réservoirs contenant des matières corrosives et dangereuses, de la fermeture des armoires électriques, de la fixation des extincteurs avec leur signalisation dans les lieux aux accès dégagés et du dégagement des issues de secours.

▸ Contestant son licenciement, le salarié a saisi le **conseil de prud'hommes** qui a considéré le **licenciement légitime**. Il a alors interjeté appel du jugement.

▸ La cour d'appel puis la cour de cassation ont considéré que le salarié avait commis une **faute grave** en persistant dans son **refus de pas respecter les consignes** de sécurité malgré des instructions précises et circonstanciées de son employeur. En outre, le fait que la lourde **obligation de sécurité de résultat** pesant sur l'employeur ne lui permettait pas de tolérer plus longtemps les insuffisances de son directeur technique.

Dispense tardive de la clause de non-concurrence⁽²⁾

▸ Un salarié a été embauché en qualité de **cadre** avec une **clause de non-concurrence**. La convention collective à laquelle l'entreprise et le salarié étaient soumis prévoyait un **délai de renoncement**⁽²⁾.

▸ Licencié pour motif économique, son employeur a omis de le délier de sa clause dans le délai imparti par sa convention collective.

▸ Contestant cette **levée tardive**, le salarié a saisi le **conseil de prud'hommes** d'une demande de paiement de l'intégralité de l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence prévue dans son contrat de travail.

▸ La cour d'appel a **condamné** l'employeur au **paiement de l'intégralité de l'indemnité compensatrice** de la clause de non-concurrence au motif que la renoncement de l'employeur à son bénéfice, notifiée au salarié après l'expiration du délai prévu par la convention collective, était inopérante mais ne saurait faire revivre ladite clause, si bien qu'on ne saurait reprocher au salarié d'avoir accepté un emploi chez un concurrent.

▸ La cour de cassation n'a pas suivi les juges du fond et a considéré que la dispense tardive de l'obligation de non-concurrence ne décharge pas l'employeur de son obligation d'en **verser au salarié la contrepartie pécuniaire**. Toutefois, cette contrepartie ne doit être payée que pour la période pendant laquelle le salarié a respecté la clause.

Extraits

« Selon l'article L.230-3 du Code du travail, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail ; (...) dès lors, alors même qu'il n'aurait pas reçu de délégation de pouvoir, il répond de ses fautes qu'il a commises dans l'exécution de son contrat de travail ».

(1) Cass. soc. 30 septembre 2005, n°04-40.625, Soc. Unilog

« Si la dispense tardive de l'obligation de non-concurrence ne décharge pas l'employeur de son obligation d'en verser au salarié la contrepartie pécuniaire, celle-ci ne lui est due que pour la période pendant laquelle il a respecté ladite clause ».

(2) Cass. soc. 13 septembre 2005, n°02-46.795.

Isabelle Tellier
isabelle-tellier@alain-bensoussan.com
 Céline Attal-Mamou
celine-attal-mamou@alain-bensoussan.com

Indemnisation des préjudices

La résiliation anticipée d'un contrat : quelles conséquences pour le fournisseur ?

La résiliation anticipée fautive d'un contrat par le client

▶ Ayant commandé le développement d'adaptateurs de terminaux téléphoniques sans fil, pour **un prix forfaitaire de plus de 5,5 millions d'euros**, associé à une **rémunération variable** pouvant atteindre 800 000 €, le client résilie le contrat trois mois avant la date de livraison convenue en invoquant des retards de son fournisseur.

▶ Le Tribunal de commerce de Paris⁽¹⁾, saisi par le fournisseur, juge cette **résiliation fautive** et condamne le client à lui payer le **solde du prix forfaitaire** contractuel, soit 3,2 millions d'euros environ.

▶ Le client ayant fait appel de cette décision, la Cour d'appel de Paris⁽²⁾ confirme le jugement sur la résiliation fautive, mais rappelle le principe selon lequel le solde du prix contractuel ne peut être dû que lorsque la **convention a été exécutée jusqu'à son terme**⁽³⁾.

▶ La Cour prononce alors la réouverture des débats pour demander au fournisseur de justifier des coûts engagés et de sa perte de marge.

... permet de préciser les principes d'indemnisation du fournisseur

▶ L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 septembre 2004⁽⁴⁾ statue donc uniquement sur le préjudice du fournisseur constitué des **pertes qu'il a subies et de ses gains manqués**, chiffrés selon la formule suivante :

- Coûts engagés dans le cadre de l'exécution du contrat,
- + **Prix forfaitaire** contractuel,
- **Coûts de revient totaux** qui auraient été supportés jusqu'à la livraison,
- **Sommes versées par le client** pendant l'exécution du contrat,
- + **50% de la rémunération variable** maximum prévue.

▶ Le fournisseur obtient ainsi une réparation de **3 750 000 €** environ qui correspond à la **marge non réalisée** (prix forfaitaire moins les coûts de revient totaux et le prix déjà payé), aux coûts engagés et à une part de la rémunération variable. Le montant de la rémunération variable dû n'aurait été connu qu'au terme du contrat. Il s'agit donc d'une **perte de chance de gain** dont la Cour a apprécié la **probabilité de réalisation** à 50%.

▶ La formule énoncée par la Cour laisse subsister certaines interrogations : quels sont les coûts du fournisseur à prendre en compte et comment les évaluer ? En l'espèce, la Cour a retenu la **totalité des coûts externes facturés** par d'autres fournisseurs, ainsi que **80% des coûts de personnel interne** invoqués. La réparation accordée, hors rémunération variable (400 000 €) est en définitive supérieure au solde du prix forfaitaire contractuel, ce qui démontre que le fournisseur obtient une réparation plus élevée que les pertes subies et les gains manqués, ayant manifestement surestimé les unes ou les autres.

L'enjeu

La réparation intégrale des préjudices implique que la victime indemnisée n'enregistre ni perte ni profit.

- (1) TC Paris, 15/01/2002, RTX Télécom c. Lucent Technologies France.
- (2) CA Paris, 21/11/2003, Lucent Technologies France c. RTX Télécom
- (3) Cass. com. 22/10/1996

Les conseils

- Même en présence de principes d'indemnisation admis, le demandeur dispose d'une marge de manœuvre importante pour démontrer l'étendue des dommages invoqués.

- Le défendeur doit exiger une justification comptable des demandes formulées afin d'empêcher l'exploitation de cette marge de manœuvre dans le cadre de l'appréciation souveraine du montant des dommages par la juridiction saisie.

- (4) CA Paris 10/09/2004, Lucent Technologies France c. RTX Télécom

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoissan.com

Fiscalité

L'indemnisation des préjudices est-elle soumise à la TVA ?

Les règles d'assujettissement à la TVA

▸ Pour savoir si une **indemnité** (dommages et intérêts, clause pénale, somme versée en exécution d'une clause de dédit, indemnité d'immobilisation, indemnité de résiliation ...) est ou non **assujettie à la TVA**, il convient désormais, d'analyser, dans chaque situation de fait, les conditions de son versement ⁽¹⁾.

▸ Si la somme représente, pour la personne qui la verse, la **contrepartie d'un service** qui lui est rendu, cette somme doit être assujettie à la TVA, indépendamment du fait qu'elle résulte de l'application du contrat, de la loi ou d'une décision judiciaire.

▸ A l'inverse, si la somme a pour objet exclusif de **réparer un préjudice** commercial, fût-il courant, cette somme n'a pas à être assujettie à la TVA car elle ne constitue pas la contrepartie d'une prestation de services.

▸ En conséquence, le **principe antérieurement applicable**, selon lequel étaient notamment assujetties à la TVA, les sommes ayant pour objet de compenser « *des préjudices commerciaux courants et correspondant à des aléas normaux inhérents à la profession du bénéficiaire et qui sont dues, contractuellement ou non, par une personne avec laquelle le bénéficiaire de l'indemnité entretient des relations commerciales* », est **abandonné**.

Les exemples d'indemnités non soumises à la TVA

▸ Ne doivent pas être considérés comme la contrepartie d'une prestation de services et ne sont donc pas assujettis à la TVA :

- le versement d'une indemnité subordonnée à la seule **renonciation** par le bénéficiaire de ses indemnités à **tout recours juridictionnel** ;
- les versements d'indemnités par les compagnies d'assurances à leurs assurés à la **suite de sinistre** (incendie, vol ...) ou en exécution du contrat d'assurance ;
- les indemnités perçues par un **agent commercial** à l'occasion de la rupture de son contrat.

▸ Ainsi en matière **informatique**, il conviendra d'être particulièrement vigilant à l'**analyse fiscale** à faire quant aux **concessions réciproques** que peuvent se faire client et prestataire dans le cadre d'une **transaction** pour mettre fin de manière amiable à un litige.

L'enjeu

L'assujettissement à tort, d'une indemnité, à la TVA soulève des difficultés pour la déductibilité de la TVA indûment payée.

(1) Instruction fiscale du 27 mars 2002, 3B-1-02.

Conseils

Bien analyser le contexte de chacune des transactions amiables.

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

Actualité

Les sources

Examen du projet de loi sur le droit d'auteur en urgence

▶ Après de nombreux reports, le projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information sera **examiné en urgence début décembre** par l'Assemblée nationale, puis par le Sénat, à la suite de la **condamnation de la France** par la Cour européenne de justice. La France a effet presque **trois ans de retard** sur la **transposition de la directive** européenne sur le droit d'auteur adoptée en mai 2001⁽¹⁾.

▶ Le projet de loi complète l'ensemble des mesures rendues nécessaires par l'essor de ce qu'il est convenu d'appeler la « **société de l'information** ».

(1) Directive 2001/29 22 mai 2001.

Ouverture de la zone de nommage réservée à l'Union européenne

▶ L'ouverture de la zone de nommage réservée à l'Union européenne va se dérouler en **deux phases préalables** de 2 mois chacune, avec une ouverture généralisée le 7 avril 2006. La première, du **7 décembre 2005 au 7 février 2006**, sera réservée aux **marques enregistrées** et à leurs titulaires ou licenciés, aux indications géographiques et appellations d'origine et aux noms et acronymes des organismes publics. La seconde phase de 2 mois ira du **7 février au 7 avril 2006** et concernera les titulaires de **marques non-enregistrées**, noms commerciaux, identificateurs d'entreprises, noms de sociétés, noms de personnes et titres distinctifs des oeuvres littéraires et artistiques protégées. **Une stratégie s'impose** pour mettre à profit cette période de 4 mois !⁽²⁾.

(2) Règlement (CE) n°1654/2005 du 10 octobre 2005.

Externalisation du recrutement du correspondant à la protection

▶ Le **décret d'application du 20 octobre 2005** achève la mise en place d'un dispositif global introduit par la loi du 6 août 2004 modifiant la loi Informatique et libertés. Outre des dispositions ayant trait au fonctionnement et à l'organisation de la Cnil, il comporte des mesures qui présentent un impact direct sur l'application de la loi par les entreprises et organismes publics.

▶ Il instaure un **seuil** à l'intérieur duquel une entreprise ou un organisme peut uniquement désigner un **correspondant interne** (50 personnes chargées de la mise en oeuvre ou ayant directement accès aux traitements concernés) et au-delà, la possibilité d'**optimiser la désignation d'un correspondant externe** dans le cadre de groupes de sociétés, d'un GIE ou d'organismes professionnels ou regroupant des responsables de traitements⁽³⁾.

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

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

Pas d'évaluation fiable sans une connaissance métier de l'informatique !

Mr Paul Marie RONGICONI, Expert Risque Informatique Cabinet GMC (*),

par Isabelle Pottier



Que recouvre exactement le risque informatique et quel est votre rôle en la matière ?

Notre cabinet d'expertise et de conseil (informatique, électronique, industrie) a développé depuis 8 ans un pôle spécialisé dans l'évaluation des préjudices associés à ce type d'activités et de risques. Ce pôle s'appuie sur la compétence d'ingénieurs experts ayant suivis et mis en pratique une double compétence informatique et financière (MBA de finance, Expertise Comptable, interventions sur les Marchés Financiers). Cette double compétence est devenue aujourd'hui indispensable pour analyser efficacement les circonstances techniques d'éventuels incidents tout en identifiant les sources opérationnelles de valeur ou de perte pour l'entreprise.

Y a-t-il des missions types pour un incident informatique ? si oui quelles sont-elles ?

Nous identifions quatre grandes familles de litiges en informatique, à savoir : **les pertes de données** (système de sauvegarde défaillant). Elles sont surtout constatées dans les PME, beaucoup plus rare dans les grandes structures. La difficulté consiste à évaluer la véritable valeur des données au regard de l'exploitation quotidienne de l'entreprise (court terme) et de ses futurs orientations (moyen/long terme). L'estimation précise du coût requiert inévitablement une analyse en profondeur de l'utilisation des données dans les processus d'exploitation. Cette analyse technico-opérationnelle est dans tous les cas un préalable à la mise en oeuvre de mesures de contournement ou d'exception. L'évaluation des pertes de données requiert une analyse des processus d'exploitation, de la criticité des données par rapport à leur antériorité, du coût, de la pertinence de la reconstitution et de l'impact à court terme de l'absence des données (trésorerie, fiscale, etc). Le second type de litige porte sur **les interruptions de service**. Elles restent encore fréquentes malgré la qualité des infrastructures d'hébergement professionnelles et ont très souvent pour origine des phénomènes cumulés (panne du réseau EDF cumulée au dysfonctionnement d'un générateur). Leur évaluation nécessite une analyse historique de l'activité, souvent une extrapolation statistique, l'analyse du rattrapage de l'activité post incident et de l'impact d'image.

Le troisième type de litige porte sur **les erreurs de traitement**. Elles sont le plus souvent liées à une erreur de paramétrage, à une absence ou insuffisance de test ou encore à une erreur d'analyse. Leur évaluation passe par l'analyse financière de l'impact (purement métier) et de l'historique des erreurs comparables. Enfin, la dernière famille de litige est relative **aux projets mal menés**. Il s'agit sans ambiguïté de la cause la plus complexe à analyser puisqu'elle intègre une dimension humaine importante, souvent déterminante. Deux grandes catégories de conséquences sont observées : surcoûts et gains manqués. L'évaluation du préjudice requiert plus encore ici une immersion totale dans l'entreprise pour en identifier les facteurs générateurs de valeur. Cette mission exige la définition a priori des objectifs financiers liés au projet et une parfaite maîtrise du métier du client.

Comment évaluer financièrement l'échec ou le succès d'un projet informatique ?

Par opposition aux méthodes comptables traditionnelles, des méthodes alternatives d'évaluation sont maintenant disponibles. La plus prometteuse d'entre elles est la méthode d'évaluation par «Options Réelles». Elle est particulièrement adaptée à l'évaluation d'un projet puisqu'elle permet, par opposition à la Valeur Actualisée Nette habituellement utilisée, d'y intégrer l'incertitude liée à la vie d'un projet et la valeur ajoutée des décisions qui y sont associées (deadline, dérapage budgétaire, fenêtres de déploiement, évolution du dimensionnement, etc.).

(*) <http://gmconsultant.com/home/public/accueil.php>