

## DEVELOPPER LE TRES HAUT DEBIT POUR LUTER CONTRE LA FRACTURE NUMERIQUE

### La transition vers la télévision numérique

- La **loi relative à la lutte contre la « fracture numérique »** parue le 18 décembre au Journal officiel<sup>(1)</sup> s'articule autour de deux axes : la transition vers la télévision numérique et la prévention de l'apparition de la fracture numérique pour les réseaux très haut débit.
- S'agissant de la **transition vers la TNT**, le Conseil supérieur de l'audiovisuel aura désormais compétence pour assurer une couverture minimale de la population de chaque département par voie hertzienne terrestre en mode numérique.
- Une **commission** de transition vers la TNT sera instituée dans chaque **département** pour identifier les zones qui ne seront plus couvertes par un service de télévision diffusé en mode hertzien terrestre et faire des recommandations sur les solutions palliatives permettant d'assurer la **réception effective de la TNT**.
- Signalons également le principe de la **compensation** par l'Etat des frais engagés par les collectivités pour la couverture des zones blanches de la TNT dans des conditions fixées par un **décret à venir**.

### La prévention de l'apparition de la fracture numérique pour le très haut débit

- Les **inégalités d'accès** aux technologies numériques existantes dépendent en grande partie de la couverture du territoire par les réseaux numériques.
- C'est pourquoi la loi insère de nombreuses dispositions permettant d'encadrer les modalités selon lesquelles les **collectivités territoriales** peuvent être actrices du déploiement des réseaux THD, en particulier au travers d'**outils** permettant de rationaliser le déploiement de la fibre optique parmi lesquels :
  - les **schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique** : ils concernent le territoire d'un ou de plusieurs départements et sont établis à l'initiative des collectivités territoriales, par les départements ou la région concernés.
  - le **fonds d'aménagement numérique des territoires** : il a pour objet de contribuer au financement de certains travaux de réalisation d'infrastructures et de réseaux, envisagés par les schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique.
- La loi **renforce** également le **degré d'information** des **collectivités** lors de la réalisation de travaux d'installation ou de renforcement d'infrastructures de réseaux.
- Enfin, la loi prévoit d'ici à juin 2010, la production par le Gouvernement ou par l'Arcep, de **quatre rapports** à destination du Parlement sur : la neutralité des réseaux de communications électroniques, la conservation et l'utilisation des données électroniques, sur le fossé numérique, et sur la tarification de l'accès à Internet en fonction du débit réel.

### Les enjeux

Passer de la télévision analogique à la télévision numérique terrestre (TNT).

Développer l'accès au très haut débit.

Résorber les inégalités d'accès aux technologies numériques existantes.

(1) [Loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009.](#)

### L'essentiel

Les aides financières que le fonds sera susceptible de verser devront servir à permettre à l'ensemble de la population d'une zone concernée par un projet donné d'accéder, à un tarif raisonnable, aux communications électroniques en très haut débit.

[FREDERIC FORSTER](#)

## L'EXTERNALISATION DU SERVICE INFORMATIQUE EMPORTE LE TRANSFERT DU PERSONNEL

### Les caractéristiques du transfert de personnel

- Le recours à une **solution d'externalisation** pose de nombreuses questions, de la gestion de la confidentialité à la protection des données à caractère personnel ou encore quant aux mécanismes juridiques associés aux transferts de biens et de personnels que ce type d'opération implique <sup>(1)</sup>.
- C'est justement la question du **transfert de personnel** attaché à l'activité externalisée qui a été posée à la Cour de cassation au regard de [l'article L.1224-1](#) (ancien article L.122-12) du Code du travail. Cet article pose le principe de la reprise par le nouvel employeur, du personnel affecté au service transféré.
- Dans cette affaire, une société industrielle transfère en 2005, l'ensemble de son activité de gestion informatique à une SSII. L'ensemble de cette activité regroupé en un **service homogène** pour les besoins de l'externalisation, est repris avec les moyens humains (plus de **90% du personnel**) et matériels, conformément aux termes de la convention passée avec la SSII.
- Quelques années plus tard, **21 salariés** concernés par le transfert soutenus par les syndicats saisissent sans succès, la juridiction prud'homale puis la Cour d'appel, pour **obtenir leur réintégration** au sein de la société, considérant que les critères d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas réunis.
- Ils font valoir que l'activité informatique de gestion transférée, d'une part ne constitue pas une entité économique autonome dès lors qu'elle résulte d'un grand nombre de services différents regroupés pour les besoins de l'externalisation, et d'autre part n'a pas une finalité économique propre.

### Le transfert d'une « entité économique autonome »

- La Cour de cassation relève au contraire, que **les critères** d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail **sont réunis**. Elle qualifie ainsi le transfert du service informatique de la société, de transfert d'« entité économique autonome », car :
  - le service dispose de **moyens spécifiques** (personnel affecté au service informatique et matériels spécifiques) ;
  - le service dispose d'une **autonomie de gestion** (définition des règles de gestion communes au groupe et coordination des décisions, centralisation des informations, budget individualisé) ;
  - **l'ensemble des moyens** nécessaires à la poursuite de l'activité de gestion informatique **a été transmis** (transfert de 90% du personnel, transfert des matériels dans des locaux spécifiquement dédiés à l'activité transférée ) à la SSII.
- La Cour considère ainsi que le service informatique de la société, bien que le **fruit d'un regroupement** réalisé pendant plusieurs années pour les besoins de l'externalisation, est constitué d'un ensemble de moyens humains (plus de 90 % du personnel) et matériels, jouissant d'une autonomie de gestion.
- En outre, ce service a été transféré **dans des locaux de la SSII** spécialement conçus à cet effet, afin de poursuivre la même activité, même 3 ans après le transfert.
- Le fait que plusieurs services (moyens humains et matériels) aient été préalablement regroupés pour les besoins de l'externalisation semble inopérant, dès lors que les conditions du transfert d'une « entité économique autonome » sont caractérisées. Les salariés licenciés ne seront donc pas réintégrés.

### L'enjeu

Si l'article L. 1224-1 du Code du travail est applicable, le prestataire est tenu de reprendre le personnel. Dans le cas contraire, celui-ci reste au service de la société cliente, qui peut être amenée à envisager des licenciements économiques.

(1) Alain Bensoussan, [Informatique, télécoms, internet](#), Ed. Fr. Lefebvre 4e éd. 2008 n°1145 et s.

(2) Cass. soc., 8 juillet 2009 n°08-44.396.

### Les conseils

L'externalisation d'une activité est une opération délicate en ce qui concerne le transfert de personnel.

Elle doit en effet être très sécurisée d'un point de vue juridique car les conséquences économiques peuvent être lourdes, comme la réintégration des salariés.

[JEAN-FRANÇOIS FORGERON](#)  
[MARIE-CHARLOTTE](#)  
[GRASSET-ILOUZ](#)



# Communications électroniques

## ADOPTION DU PAQUET TELECOM PAR LES DEPUTES EUROPEENS

### Des avancées majeures pour les consommateurs

- Le Parlement européen et le Conseil des Ministres ont réussi à se mettre d'accord, le **5 novembre 2009**, sur un texte commun portant réforme du paquet télécom, dont l'initiative avait été prise en 2007 par la Commission.
- Cet accord a été entériné lors de la séance plénière du Parlement européen tenue le **24 novembre 2009**. Les points principaux de cette réforme sont :
  - un droit à la **portabilité du numéro fixe et mobile**, en un jour ouvré ainsi qu'une limitation à 24 mois de la durée minimale d'abonnement avec une offre d'abonnement à 12 mois ;
  - un renforcement de l'**information du consommateur**, notamment à travers les clauses des contrats qui devront contenir des indications sur le niveau minimal de qualité de service assorti d'une indemnisation en cas de non atteinte de ce niveau ainsi qu'une clarification des conditions applicables aux offres promotionnelles ;
  - l'insertion d'une disposition relative à l'obligation pour les Etats membres de **respecter les droits fondamentaux** et la liberté des citoyens, si ces Etats entendent prendre des mesures visant à restreindre l'accès ou l'usage de l'internet, conformément aux principes posés par la Convention européenne de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le nouveau texte rejette toute procédure de suspension de l'accès internet qui ne serait pas décidée par une autorité judiciaire, dans le cadre d'une procédure contradictoire ;
  - l'affirmation de la **neutralité de l'internet**, notamment par l'information préalable des internautes sur les mesures techniques pouvant éventuellement être prises pour limiter les débits sur le réseau ;
  - l'obligation pour les opérateurs d'**informer** leurs clients et les autorités nationales de tout incident affectant la sécurité de la protection des données à caractère personnel qui leur sont confiées et promotion des moyens permettant aux consommateurs et aux opérateurs de lutter contre le spamming ;
  - la promotion du **numéro européen d'urgence**, le « 112 » ;
  - le renforcement de l'**indépendance des autorités** de régulation nationales vis à vis des pouvoirs politiques et création de la nouvelle autorité de régulation européenne ;
  - la possibilité, pour les autorités de régulation nationales, d'imposer la séparation fonctionnelle des activités d'exploitation de réseaux et des activités commerciales de fourniture des services ;
  - l'**accélération de l'accès au haut débit** au sein de l'Union, notamment grâce à l'utilisation du dividende numérique, c'est à dire de la réutilisation des fréquences libérées par l'arrêt des services de télévision analogique.

### Une transposition avant le 25 mai 2011

- Tous les textes ont été adoptés puis publiés le **18 décembre 2009** au Journal officiel de l'Union européenne (1).
- Compte tenu du délai accordé pour la transposition des directives en droit national, ce nouveau cadre devra entrer en vigueur en France avant le **25 mai 2011**.
- Sa transposition en droit national s'étendra donc sur une période de **dix-huit mois**.

### Les enjeux

Renforcer les droits des utilisateurs aux services universels, via des contrats plus clairs, un numéro d'appel d'urgence plus accessible, une hotline pour les enfants disparus, une meilleure prise en compte des droits des personnes handicapées, et l'assurance de la portabilité du numéro.

Mieux protéger la vie privée et lutter contre les pratiques illégales sur internet en améliorant la sécurité et l'intégrité des réseaux de communication électroniques.

Offrir aux citoyens européens des garde-fous procéduraux tels que le respect du contradictoire, la présomption d'innocence, le droit à être entendu et qui impose aux États de les respecter préalablement à toute mesure de restriction de l'accès à Internet.

### Les références

(1) [Extrait du JOUE publiant le nouveau cadre réglementaire.](#)

[FREDERIC FORSTER](#)



## UNE PROPOSITION DE LOI SUR LE DROIT A LA VIE PRIVEE A L'HEURE DU NUMERIQUE

### Le citoyen doit devenir acteur de sa propre protection

- Une proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique a été déposée le **6 novembre 2009** (1).
- Elle fait suite au **rapport d'information** sur la vie privée à l'heure des mémoires numériques que les auteurs de la présente proposition de loi ont rendu public le 27 mai dernier (2).
- Pour que le citoyen puisse devenir acteur de sa propre protection, il ne suffit pas qu'il ait été sensibilisé, dès son plus jeune âge, aux enjeux du numérique au regard du droit à la vie privée ; encore faut-il que la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « informatique et libertés », offre des **garanties renforcées** dans ce domaine.
- C'est pourquoi la présente proposition de loi **modifie la loi « informatique et libertés »** afin de traduire les recommandations de portée législative contenues dans le rapport d'information précité.
- La secrétaire d'État Nathalie Kosciusko-Morizet, s'en est également fait l'écho lors de l'**atelier « Droit à l'oubli »** organisé en novembre 2009 (3).

### Offrir des garanties renforcées dans la loi informatique et libertés

- Les articles 2 à 12 modifient la loi Informatique et libertés notamment pour :
  - **Rendre obligatoires les correspondants informatique et libertés** lorsqu'une autorité publique ou un organisme privé recourt à un traitement de données à caractère personnel et que plus de cinquante personnes y ont directement accès ou sont chargées de sa mise en œuvre ;
  - Imposer au responsable du traitement de délivrer, avant tout traitement de données, une **information spécifique**, claire et accessible portant sur :
    - la durée de conservation des données ;
    - la possibilité pour la personne concernée d'exercer ses droits de suppression, d'accès et de rectification par voie électronique, dès lors que le responsable du traitement dispose d'un site internet.
  - L'article 6 de la proposition de loi impose également au responsable du traitement disposant d'un **site internet** d'y créer une **rubrique spécifique**, claire, accessible et permanente reprenant les mentions obligatoires prévues à l'article 32 de la loi Informatique et libertés, à savoir :
    - l'obligation de notification à la Cnil des failles de sécurité ;
    - l'obligation pour le responsable du traitement interrogé au titre du droit d'accès d'indiquer l'origine de la donnée.
  - De plus, la proposition de loi renforce les **pouvoirs de sanction** de la Cnil. En effet, la sanction financière actuellement limitée à 150 000 euros (ou 300 000 euros en cas de manquement réitéré dans les 5 années, à condition de ne pas excéder 5 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos) passerait respectivement à **300 000 euros** (ou 600 000 euros pour les manquements réitérés).
  - Enfin, l'article 14 prévoit l'entrée en vigueur de la loi six mois à compter de sa publication afin de laisser le temps aux entreprises et administrations de s'adapter aux nouvelles dispositions.

### Les enjeux

Face aux nouveaux défis du numérique, la première réponse réside, à l'évidence, dans l'implication pleine et entière des individus dans leur propre protection.

(1) [Doc. Sénat n° 93](#) du 6 novembre 2009.

(2) Cf. [sur notre site](#).

(3) Cf. [sur notre site](#).

### Le droit à l'oubli

Plusieurs mesures permettent de donner une plus grande effectivité au droit à l'oubli numérique telles que :

- l'information donnée aux personnes, avant tout traitement, mais également de manière permanente, sur le site Internet du responsable du traitement, de la durée de conservation des données ;

- la possibilité de demander à la Cnil, pour les traitements déclarés auprès d'elle, la durée de conservation des données.

[CHLOE TORRES](#)





## SOCIAL SHOPPING : LES CONSEILLERS SONT-ILS LES PAYEURS ?

### De la préconisation à la critique : les limites du social shopping

- La valeur marketing du social shopping repose essentiellement sur la **puissance du pouvoir de préconisation** des internautes : leur avis est presque systématiquement suivi et l'acte d'achat ne se produit plus sans un avis positif pour le produit concerné.
- L'impact que peut avoir la publication d'un **commentaire négatif** sur la marque est donc potentiellement inversement proportionnel. Certains sites semblent d'ailleurs dédiés à la critique des marques, tel lesarnaques.com, dont le nom lui-même a été pointé du doigt par les tribunaux.
- Si la critique doit être admise et si la « sagesse » dans l'exercice du pouvoir de préconisation reste la règle, il est malheureusement fréquent qu'un commentaire négatif dégénère en **dénigrement**, voire en **diffamation** de la part d'un client mécontent.
- Dans quelle mesure les acteurs du social shopping sont-ils responsables des **préconisations publiées** par les internautes sur leurs sites, lorsqu'elles dégénèrent en contenus illicites ? Par ailleurs, peuvent-ils librement exploiter les **données comportementales** qu'ils recueillent ?

### Quelles responsabilités ?

- Tout site qui offre aux internautes la **possibilité de s'exprimer** sur un produit par l'intermédiaire d'espaces de contribution personnelle (forums, blogs, profils de type réseau social, chat et commentaires via les toolbar comme ShopTogether, etc.) s'expose donc à un risque majeur : la **responsabilité**, civile comme pénale, du fait des **contenus illicites** postés par les internautes et de leurs conséquences pour la marque concernée.
- Le caractère illicite peut également provenir de la reproduction par l'internaute de **contenus protégés** par le droit d'auteur ou le droit des marques (comparaison de produits avec photographies, etc.).
- S'il semble acquis, en application de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, que les sites ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance des contenus publiés par les internautes sur les espaces mis à leur disposition, ils sont néanmoins, en leur qualité d'**hébergeur**, **responsables** des contenus manifestement illicites si, une fois qu'ils leur ont été notifiés ou qu'ils en ont connaissance, ils ne les suppriment pas promptement.
- Chaque site a également l'obligation de détenir et de **conserver les données d'identification** de tout internaute qui publie des contenus, et de les communiquer à la demande d'une autorité judiciaire. La difficulté est qu'à ce jour, le décret qui doit préciser les types de données à collecter et leur durée de conservation n'est toujours pas paru. La sanction est d'un an de prison et 75 000 euros d'amende.
- Enfin, il convient de souligner que les **données comportementales recueillies** à l'occasion des services mis à la disposition des internautes pour qu'ils s'expriment **ne sont pas librement exploitables**, en particulier lorsque la finalité est l'envoi de publicités ciblées. C'est ce que ne manque pas de rappeler la Cnil dans un récent rapport dédié à la publicité ciblée en ligne.

### Les enjeux

Selon la popularité et l'audience du site, les conséquences d'un commentaire dénigrant ou diffamant peuvent être désastreuses pour la marque concernée : la saisie du nom de la marque dans un moteur de recherche affiche bien souvent un lien vers ledit commentaire parmi les cinq premiers résultats de la requête.

### Les conseils

Les acteurs du e-commerce doivent définir d'une part des conditions générales d'utilisation adaptées aux espaces de contribution personnelle dédiés au social shopping et d'autre part des procédures de notification des contenus illicites qui y seraient postés.

Ces deux éléments constituent les ingrédients indispensables à la mise en place d'une politique de modération permettant de maîtriser le risque juridique et de réagir dans les délais requis.

[MATHIEU PRUD'HOMME](#)

## PUBLICATION DE L'ARRETE SUR LA DEMATERIALISATION DES MARCHES PUBLICS

### Imposer la transmission par voie électronique de tous les documents

- Attendu par les acheteurs publics, l'arrêté du **14 décembre 2009** relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics est paru au JO du 20 décembre 2009 <sup>(1)</sup>.
- Ce texte qui ne modifie pas le Code des marchés publics vient **simplifier la tâche** des personnes publiques en se substituant aux deux arrêtés suivants qui sont **abrogés** :
  - arrêté du 28 août 2006 pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés, à l'exception de ses articles 5 à 7 de cet arrêté, relatifs à la **signature électronique** ;
  - arrêté du 12 mars 2007 pris en application du III de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif aux expérimentations de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés.
- Un arrêté spécifique viendra ultérieurement préciser les règles applicables à la **signature électronique** compte tenu du référentiel général de sécurité qui doit être adopté en application de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques.

### La publication par voie électronique des documents de la consultation

- Pris pour l'application du code des marchés publics et des décrets d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, l'arrêté du 14 décembre 2009 précise les règles applicables à :
  - à la publication par voie électronique des documents de la **consultation** ;
  - à la **transmission** des candidatures et des offres ;
  - aux conditions dans lesquelles les acheteurs publics doivent assurer la **sécurité** des procédures électroniques de transmission.
- Les dispositions principales de cet arrêté visent :
  - la possibilité désormais de télécharger la totalité du dossier de consultation sans inscription préalable du candidat ;
  - pour des raisons de confidentialité, la possibilité de ne pas faire figurer certains documents sur le site acheteur ;
  - l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de choisir des formats de fichiers "largement disponibles";
  - la gestion de la partie offre d'une proposition d'un candidat lorsque son dossier de candidature est rejeté.
- Il convient de noter, qu'à l'occasion de la sortie de cet arrêté, le Minefe vient de produire une **fiche d'information** sur la dématérialisation qui rappellent les obligations fixées aux acheteurs publics et aux opérateurs économiques dès le 1er janvier 2010 <sup>(2)</sup>.
- A compter du **1er janvier 2012**, les acheteurs publics ne pourront refuser de recevoir les documents transmis par voie électronique par les opérateurs économiques pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant supérieur à 90 000 euros HT.

### Les enjeux

Depuis le 1er janvier 2010, quel que soit le montant du marché, l'acheteur public a la possibilité d'imposer la transmission par voie électronique de tous les documents écrits de la procédure de passation.

(1) [Arrêté du 14 décembre 2009.](#)

### L'essentiel

L'arrêté fixe une obligation de fourniture d'un avis de réception, les conditions de transmission et d'usage de la copie de sauvegarde, ainsi que celle de la suppression des fichiers contenant les offres d'un opérateur économique dont la candidature n'a pas été admise.

(2) [Fiche d'information du Minefe.](#)

[FRANÇOIS JOUANNEAU](#)



## GEOMARKETING : QUELLES PRECAUTIONS PRENDRE ?

### Le géomarketing : un traitement de données à caractère personnel avant tout

- Le géomarketing permet d'**optimiser** et **améliorer** les performances des **campagnes marketing** en permettant de cibler, segmenter une population en fonction de sa situation géographique pour répondre à ses besoins.
- Il est aujourd'hui utilisé dans **tous les secteurs d'activité** (banque, automobile, œuvres caritatives, grande distribution, commerce électronique).
- Cette optimisation est obtenue grâce à la mise en relation des **données clients prospects** habituellement utilisées en marketing avec une information propre au géomarketing : la **situation géographique**.
- Le comportement des clients et prospects est analysé en fonction de leur positionnement géographique afin d'adapter la stratégie marketing à leurs besoins et à leur réalité.
- En tant qu'**outil de ciblage** et de **segmentation comportementale**, le géomarketing est un traitement de données à caractère personnel à l'instar de l'enrichissement, du dédoublonnage, de la restructuration, de la normalisation validation postale (RNVP) et est de ce fait soumis à la **loi informatique et libertés**.
- Si la Cnil a déjà eu l'occasion de préciser qu'une entreprise pouvait chercher à caractériser sa clientèle et à procéder à des tris en fonction de variables pertinentes pour orienter sa stratégie et son action commerciale, l'entreprise doit toutefois s'assurer qu'elle effectue ce traitement dans le respect de la loi informatique et libertés **sous peine de sanctions pénales**.

### Les limites du géomarketing au regard de la loi informatique et libertés

- Le géomarketing ne doit ni conduire à une prise de décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne sur ce seul fondement ni à une exclusion systématique d'un contrat, d'une prestation ou d'un droit de tous les membres d'un même segment. En d'autres termes le géomarketing ne peut notamment pas aboutir à **opposer un refus de vente** à un consommateur en raison du profil qui lui a été attribué.
- En outre, dans la mesure où le **segment** devient une information à caractère personnel lorsqu'il est associé à une **personne** identifiée ou **indirectement identifiable** les différents segments définis doivent répondre aux critères d'adéquation, de pertinence et de proportionnalité **définis par la loi** par rapport aux finalités poursuivies par le traitement.
- Le géomarketing ne doit ni aboutir à une segmentation révélant une **information dont la collecte et le traitement sont interdits** (origines raciales ou ethniques, opinions politiques, philosophiques ou religieuses, appartenance syndicale, santé ou vie sexuelle, etc.).
- Par ailleurs, l'entreprise doit s'assurer qu'elle a accompli les **formalités** adaptées auprès de la Cnil et que ce traitement a bien été porté à la connaissance des clients et prospects.
- Enfin, les personnes disposent sur le fondement des articles 38 et suivants de la loi informatique et libertés d'un **droit d'accès**, d'**interrogation**, de **rectification** et d'**opposition** pour motif légitime au traitement de leurs données qui les autorisent notamment à accéder aux informations qui les concernent.

### L'enjeu

Adapter la stratégie marketing aux besoins des clients et prospects, dans le respect de la loi informatique et libertés, sous peine de sanctions pénales.

### Les conseils

- L'entreprise doit veiller à ce que les données relatives aux personnes soient toujours exactes, complètes et mises à jour.

- Des mesures appropriées doivent donc être prises pour que les données inexactes ou incomplètes soient effacées ou rectifiées afin que le profil attribué corresponde toujours aux données de la personne concernée.

[CELINE AVIGNON](#)

# Propriété industrielle : contentieux

## LA LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON S'INTENSIFIE SUR LES PLATEFORMES DE COMMERCE ELECTRONIQUE

### La charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet

- Corollaire de l'essor du commerce en ligne, la **contrefaçon sur Internet** et, notamment de la distribution de produits contrefaits via les plateformes de commerce électronique s'est considérablement **amplifiée** ces dernières années.
- L'ampleur de ce phénomène met en **danger** la santé et la **sécurité** des consommateurs et porte atteinte tant aux **droits de propriété industrielle** des titulaires de marques et brevets qu'à l'image des opérateurs de commerce en ligne.
- Face à cette situation, le secrétaire d'Etat chargé de l'Industrie et de la Consommation, Monsieur Luc Châtel a demandé au Président du Comité National Anti-Contrefaçon (CNAC) ainsi qu'au professeur Sirinelli, d'élaborer un **protocole de coopération** entre les divers acteurs concernés.
- La mission, confiée au début de l'année 2009, a abouti à la signature, le **16 décembre 2009**, de la charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet, sous l'égide de Madame Christine Lagarde et de Monsieur Christian Estrosi <sup>(1)</sup>.
- Cette charte, signée par des **fédérations professionnelles**, des titulaires de droits de propriété intellectuelle et, à ce jour, deux plateformes de commerce électronique, tend à mettre en place des mesures concrètes de lutte contre la contrefaçon.

### Des mesures concrètes de lutte contre la contrefaçon

- Parmi les mesures concrètes de lutte contre la contrefaçon on peut citer :
  - des opérations de **sensibilisation** du public, vendeurs et consommateurs ;
  - le renforcement de la **surveillance** concernant la mise en vente de médicaments ;
  - la définition des catégories de produits les plus contrefaits ;
  - des **mesures de détection**, de traitement et de notification d'offres portant sur des produits de contrefaçon.
- Par ailleurs, elle organise les **échanges d'informations** entre les plateformes de commerce électronique et les titulaires de droits afin de renforcer l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon.
- Appelée à être mise en œuvre, à titre **expérimental** dans les **six prochains mois**, cette charte, qui reste ouverte à l'adhésion de toute plateforme de commerce ou titulaire de droits intéressée, devrait faire l'objet d'un bilan dans un an et demi.
- L'occasion d'une première évaluation et peut-être d'envisager certaines **questions juridiques périphériques**, pour l'heure écartées, telles que ;
- l'atteinte aux réseaux de distribution sélective ;
- la qualification juridique des vendeurs intervenant de manière régulière sur les plateformes de commerce ou plus globalement ;
- le régime de **responsabilité** de ces divers acteurs.

### Les enjeux

Donner au plus vite un coup d'arrêt aux pratiques de contrefaçon, sans toutefois nuire à l'essor du commerce sur Internet.

(1) [Charte de lutte contre la contrefaçon.](#)

### Les conseils

Mettre en place des procédures de notification par lesquelles les titulaires de droits signalent aux plateformes les offres portant sur des produits de contrefaçon :

- simples,
- compréhensibles,
- limitées aux informations nécessaires pour identifier clairement la partie déclarante et les offres ou vendeurs notifiés.

[VIRGINIE BRUNOT](#)





## LES LOIS HADOPI 1 ET 2 : LE NOUVEAU CADRE DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON SUR INTERNET

### Une autorité indépendante pour lutter contre la contrefaçon sur internet

- La loi favorisant la diffusion et la protection de la **création sur internet**, dite «Hadopi 1»<sup>(1)</sup> et la loi relative à la **protection pénale** de la propriété littéraire et artistique sur internet, dite «Hadopi 2»<sup>(2)</sup> font désormais partie du **Code de la propriété intellectuelle**.
- Ces lois créent et réglementent la **Haute autorité** pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi)<sup>(3)</sup>, autorité administrative indépendante chargée de **lutter** contre la **contrefaçon de droits d'auteur** (ex : droits détenus sur un logiciel) **et de droits voisins du droit d'auteur** (ex : droits détenus sur l'interprétation d'une pièce de théâtre) sur internet, à l'exclusion des actes commis via les courriers électroniques. L'autorité n'est pas habilitée à restreindre ou à empêcher l'accès à internet à des titulaires d'abonnement internet<sup>(4)</sup>.
- En revanche, elle peut envoyer des **courriers électroniques d'avertissement** (recommandations) au titulaire d'un abonnement internet dont la ligne est utilisée pour commettre des actes de contrefaçon, révélant qu'il n'a pas surveillé sa ligne. En cas de persistance des actes dans les 6 mois, elle peut adresser un **deuxième avertissement**, qu'elle peut doubler d'une lettre dont l'envoi possède date certaine, et notamment, une lettre remise contre signature.
- Pour l'heure, ses débuts effectifs de sont paralysés par la Cnil, qui doit encore rendre un avis sur les deux projets de décrets d'application qui lui ont été soumis.

### Un régime spécifique de sanctions

- Les lois Hadopi 1 et 2 ont également mis en place un **régime spécifique** de sanctions pour lutter contre la **contrefaçon** commise au moyen d'internet.
- Indépendamment des recommandations de l'HADOPI, le cas de l'abonné peut être examiné dans le cadre d'une **procédure pénale** s'il a commis sur internet des actes susceptibles d'être qualifiés d'actes de contrefaçon. Le manquement de l'abonné à son **obligation de surveillance** peut également être pénalement sanctionné (contravention de 5<sup>ème</sup> classe), mais seulement après réception d'une recommandation ayant date certaine, caractérisant une particulière **négligence** de sa part dans la surveillance de sa ligne.
- Pour la contrefaçon sur internet, il est désormais prévu, en plus des peines classiques d'amende et de prison, une **peine complémentaire de suspension** de l'accès internet durant un an maximum, avec maintien du paiement.
- Le défaut de surveillance de sa ligne par l'abonné, fait encourir la même peine pour un mois seulement, en plus d'une amende (contravention de 5<sup>ème</sup> classe).
- L'abonné peut décider de résilier son abonnement, à ses frais et sans pouvoir contracter avec un nouvel opérateur<sup>(5)</sup>.
- Pour ces infractions, et sauf cas d'exclusion particuliers (tel que la minorité), il est possible de bénéficier d'une **procédure allégée** dans laquelle un juge unique (et non un Tribunal) statue sur les faits, sans qu'aucune des parties ne soit entendue (procédure non contradictoire) mais dans laquelle les **peines** susceptibles d'être prononcées sont **moins sévères**, la prison étant exclue.
- Classiquement, outre les peines pénales encourues, le mis en cause pourra être condamné à des **dommages et intérêts**, en réparation du préjudice subi par le titulaire des droits, mais cela suppose que ce dernier se constitue partie civile dans le cadre d'une procédure parallèle initiée par lui.

### Les enjeux

Mettre en place un système de surveillance de sa ligne internet et éviter la commission d'actes de contrefaçon par les salariés de l'entreprise, au moyen de cette ligne.

(1) Loi 2009-669 du 12-6-09.

(2) Loi 2009-1311 du 28-10-09.

(3) La liste des membres de l'Hadopi a été publiée au JO du 26 décembre 2009 ([Décr. du 23 décembre 2009](#)).

(4) Décision du Conseil Constitutionnel n° 2009-580 du 10-6-2009

(5) CPI, art. L335-7.

### L'essentiel

Le système de lutte contre la contrefaçon sur internet devrait être moins sévère que prévu. Il comprend une partie préventive (recommandations de l'Hadopi) et une partie répressive visant à adoucir les sanctions pénales (possibilité d'exclusion de la peine de prison dans certains cas). Mais la peine de suspension de l'accès internet de l'internaute contrefacteur ou particulièrement négligent dans la surveillance de sa ligne, peut s'avérer très handicapante pour l'entreprise.

[LAURENCE TELLIER-](#)  
[LONIEWSKI](#)  
[ANNE PLATON](#)

## VERS LE CONTROLE FISCAL DEMATERIALISE ?

### Les évolutions concernant la dématérialisation

- L'administration fiscale s'est engagée depuis de nombreuses années dans la voie du numérique. Ainsi, les **entreprises** qui relèvent de la Direction des grandes entreprises (DGE) ont aujourd'hui l'obligation de souscrire leurs déclarations fiscales (TVA, impôt sur les sociétés, taxe sur les salaires...) par voie électronique (**télédéclaration**) et de payer leurs impôts par la même voie (**télé règlement**).
- L'abaissement des seuils de chiffres d'affaires au-delà desquels les autres entreprises seront soumises à cette obligation de télédéclaration et de télé règlement, à compter du 1er octobre 2010, puis du 1er octobre 2011, en est une nouvelle illustration (1).
- L'élargissement du périmètre des **procédures de dématérialisation** est l'occasion de faire le point sur les évolutions concernant plus particulièrement la facture électronique et le contrôle fiscal des comptabilités informatisées qui poussent vers un futur contrôle fiscal dématérialisé.

### Du contrôle fiscal sur place au contrôle à distance

- L'article 289, V du Code général des impôts, autorise sur le plan fiscal la transmission par voie électronique des **factures sécurisées** à l'aide d'une signature et d'un certificat électronique dédié.
- Toutefois, à tout moment dans la mise en œuvre de son **droit de contrôle**, d'enquête ou de communication, l'administration doit être en mesure de s'assurer du respect des normes techniques exigées pour les factures sécurisées par une signature électronique.
- De même, l'article 289 bis du Code général des impôts autorise l'utilisation de la **facture dématérialisée** non seulement pour les opérations économiques nationales ou à l'intérieur de la Communauté, mais également pour les opérations réalisées avec des entreprises établies hors de la Communauté européenne.
- En ce qui concerne le **contrôle des procédés** de transmission des factures par voie électronique, les agents de l'administration peuvent intervenir de manière inopinée pour vérifier la **conformité du fonctionnement** du système de télétransmission aux exigences réglementaires.
- Bien que dans ses instructions fiscales, l'administration envisage les conditions d'intervention de ses agents dans les locaux professionnels des entreprises concernées, la modernisation des procédures en cours n'écarte pas dans le **futur** leur **contrôle à distance** notamment à l'occasion des tests de fiabilité auxquels ils pourront être amenés à procéder.
- Enfin, en ce qui concerne le **contrôle des comptabilités informatisées**, la dernière instruction fiscale en date du 6 mars 2008 (2) prévoit en cas de contrôle, la remise d'une copie du fichier des écritures comptables sous forme dématérialisée.
- En outre, l'administration doit indiquer par écrit la **nature des investigations** envisagées et l'entreprise contrôlée doit formaliser par écrit son choix sur l'une des **options envisageables** : traitements effectués par les agents sur le matériel informatique de l'entreprise, traitements effectués par l'entreprise sur les travaux demandés par écrit par l'administration ou traitements effectués par les agents de l'administration sur son matériel informatique.

### L'enjeu

Faciliter les contrôles fiscaux

(1) Projet de loi de finances rectificative pour 2009.

### Les perspectives

La voie de la dématérialisation sur laquelle s'est engagée l'administration fiscale depuis de nombreuses années se poursuit avec les données et traitements.

Cette évolution de l'administration dans le numérique ouvre désormais la voie au contrôle fiscal dématérialisé ou à distance dans un avenir pas très lointain.

(2) Publiée au [BOI 13 L-2-08 n° 30 du 6-3-2008](#).

[PIERRE-YVES FAGOT](#)



## Application de la pénalité carence de plan d'action emploi seniors

- Il est institué à compter du **1er janvier 2010**, une pénalité à la charge des employeurs non couverts par un accord ou un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés (1).
- Le montant de la pénalité est fixé à 1% du montant des rémunérations versées aux salariés ou assimilés au cours de la période non couverte par l'accord ou le plan d'action. La pénalité est due pour chaque mois entier au cours duquel l'entreprise n'est pas couverte par l'accord ou le plan d'action (2).

## La Cour de cassation se penche sur les dispositifs d'alerte professionnelle

- Par un arrêt du **8 décembre 2009**, la Cour de cassation vient de **rejeter** le dispositif d'alerte professionnelle mis en place par un grand groupe français (3), considérant que les **restrictions à la liberté d'expression** instaurées dans le code de conduite portaient **atteintes aux libertés** fondamentales des salariés.
- La chambre sociale considère en outre que le dispositif ne prévoyait aucune mesure d'information et de protection des personnes répondant aux exigences de la **loi du 6 janvier 1978** et de la délibération du 8 décembre 2005 portant autorisation unique.

## Protection des représentants du personnel

- En cas de **retrait d'une habilitation administrative** nécessaire à l'exercice de ses fonctions (en l'espèce, habilitation préfectorale pour travailler sur une zone aéroportuaire), l'employeur est tenu non seulement de **conserver** un salarié investis de fonctions représentatives du personnel dans l'entreprise, mais encore de le **rémunérer** jusqu'à l'obtention de l'autorisation de licenciement délivrée par l'inspecteur du travail.

## Sous-traitance et travail dissimulé

- L'**article 94** du projet de loi de financement de la sécurité sociale (PLFSS) pour 2010 devrait faciliter la sanction effective du travail dissimulé en **impliquant le donneur d'ordre**, lorsqu'il ne peut ignorer le recours par le sous-traitant, au travail dissimulé par l'**annulation des exonérations** et réductions de cotisations sociales.

## Contrôle par l'employeur des fichiers créés par les salariés

- Les messages professionnels émis ou reçus par le salarié peuvent être **librement lus par l'employeur**, ainsi que les fichiers professionnels contenus sur le disque dur du salarié. C'est ce que vient de rappeler la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du **21 octobre 2009** (6).
- Elle considère que les dossiers et **fichiers** créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur sont **présumés**, sauf si le salarié les identifie comme personnels, **avoir un caractère professionnel**, de sorte que l'employeur peut y avoir.

## Source

(1) [Art. 87 de la loi de Financement de la sécurité sociale pour 2009](#), non remise en cause par le projet de LFSS pour 2010.

(2) [Art. R138-29](#) du CSS.

(3) [Cass. soc., 8-12-2009, pourvoi 08-17191](#).

(4) [Cass. soc., 2-12-2009, pourvoi 08-42037](#).

(5) [Projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2010](#), Sénat 26-11-2009.

(6) [Cass. Soc., 21-10-2009, pourvoi 07-43877](#).

[ISABELLE POTTIER](#)  
[MATHIEU PRUD'HOMME](#)



# Indemnisation des préjudices

## CONDAMNATION D'UN ANNONCEUR AU TITRE D'UN CONTRAT CONCLU AVEC UN ARTISTE-INTERPRETE

### L'exploitation de films publicitaires au delà de l'autorisation de l'acteur

▪ Un **acteur** et un **annonceur** ont conclu un contrat d'une durée de trois ans, prévoyant l'**exploitation de films et de photographies** pour promouvoir une marque sur différents **supports publicitaires** (télévision, internet, affichage, presse, publicité sur lieux de vente). La **diffusion télévisée** était **limitée à 400 passages par an**. Il a été convenu que l'acteur percevrait une **redevance** de 694.624 euros (soit 231.541 euros/an).

▪ Au terme de la première année d'exécution du contrat, l'acteur a saisi le Tribunal, aux motifs que le **nombre de passages** des films à la télévision (**1.443**) dépassait celui autorisé et qu'il n'avait pas été rémunéré au titre des **autres modes d'exploitation**. Le tribunal a ordonné une expertise en vue de chiffrer la rémunération due à l'acteur.

▪ En appel, l'acteur demande le **paiement** des deux derniers tiers de la redevance forfaitaire (**463.083 euros**) ou qu'il lui soit versé, à titre de **dommages et intérêts**, la somme de **1.038.504 euros** : 603.744 euros pour les 1.043 **diffusions télévisées supplémentaires**, 301.875 euros au titre de son **préjudice moral et professionnel** et respectivement 82.884 euros et 50.000 euros pour **l'exploitation de sa prestation sur internet** et sur des **photographies**.

L'arrêt d'appel qualifie la convention de contrat conclu entre un **artiste interprète** et un **producteur** et décide qu'en dépassant le nombre de diffusions télévisées prévu, l'annonceur a violé une **clause substantielle** du contrat, ce qui, en application de celui-ci, entraîne sa résiliation de plein droit.

### Sanctionnée par la résiliation du contrat et de lourdes indemnités

▪ La décision relève que le contrat prévoit, en cas de **résiliation**, que l'acteur **conserve les sommes versées** et qu'il doit obtenir la réparation de son **préjudice**, et en conclut qu'il ne peut obtenir le paiement du solde de la redevance restant du (**463.083 euros**).

▪ L'arrêt retient la demande d'indemnisation de l'acteur (**603.744 euros**) au titre des **1.043 diffusions télévisées** non autorisées et non contestées par l'annonceur, **chiffrée** à partir de la **rémunération** unitaire découlant du contrat (694.624 euros pour 1.200 diffusions, soit 578,85 euros par diffusion).

▪ Il considère que l'absence de **rémunération spécifique** pour chacun des **modes d'exploitation**, contrevient à l'article **L212-4** du Code de la propriété intellectuelle et chiffre le préjudice de l'artiste-interprète à **17.853 euros** pour **5.951 visualisations** des films sur le site **internet** de l'annonceur, **23.374 euros** pour **23.374 visualisations** sur le site **Dailymotion**, et **20.000 euros** pour **303 affiches publicitaires**.

▪ La décision évalue le **préjudice moral** de l'acteur, résultant de la diffusion massive des films sur une courte période, à **5.000 euros**

▪ L'arrêt **ordonne** à l'annonceur de **communiquer** son **plan média** pour fixer le préjudice lié à la publicité sur les lieux de vente.

▪ L'acteur obtient au total **679.971 euros** de **dommages et intérêts**, soit une somme **supérieure** à ce qui lui restait à percevoir jusqu'à l'échéance du contrat (**463.083 euros**).

### L'enjeu

Les conséquences du dépassement du plafond de diffusion des publicités dépassent largement le montant des redevances que l'artiste-interprète aurait perçu jusqu'au terme du contrat, alors que celui-ci est résilié deux ans avant son échéance, et que le préjudice résultant de la diffusion massive des publicités sur une courte durée est chiffré à 5 000 euros.

(1) CA Paris, Pôle 5, 2e ch., 16-10-2009.

### Les conseils

Le contrat entre un producteur et un artiste-interprète doit prévoir une rémunération pour chaque mode d'exploitation et le producteur doit solliciter l'autorisation de l'artiste-interprète pour toute exploitation non prévue.

[BERTRAND THORE](#)



## Infogérance informatique : les bonnes pratiques contractuelles : 20 janvier 2010

▪ **Jean-François Forgeron** animera un petit-déjeuner débat consacré aux bonnes pratiques contractuelles en matière d'infogérance informatique.

Construire et négocier les contrats d'intégration de services, déterminer le périmètre des prestations, les niveaux de service existants et les objectifs de l'outsourcing ne sont pas chose simple. Faire appel à un infogérant pour externaliser tout ou partie de son système d'information est un engagement fort qui implique de prendre des précautions importantes, en particulier au niveau de la préparation et de la construction contractuelle.

Le contrat doit en effet servir d'outil au quotidien et pas uniquement pour se prémunir d'un litige. Il pose la problématique de la gouvernance et du pilotage des périmètres externalisés.

Quelles sont les meilleures pratiques en matières de construction, de négociation et d'optimisation contractuelle des opérations d'hébergement informatique ? Comment assurer le suivi d'exécution d'un contrat d'infogérance ? Comment prendre en compte l'évolution du périmètre ? Quels sont les indicateurs utiles à mesurer ? Quelles sont les procédures d'escalades à prévoir ?

Quelles sont les clauses auxquelles il faut prêter attention, les enjeux associés, les dispositifs dangereux ou potentiellement défavorables ?

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner, de poser un regard sur les bonnes pratiques contractuelles en matière d'infogérance.

▪ Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 11 janvier 2010 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes assistant au petit-déjeuner à l'adresse suivante : [invitation-conference@alain-bensoussan.com](mailto:invitation-conference@alain-bensoussan.com) ou en faxant le [bulletin d'inscription](#) au 01 41 33 35 36.

## Les contrôles Cnil, quelles précautions ? : 3 février 2010

▪ **Alain Bensoussan et Maître Chloé Torres** animeront un petit-déjeuner débat consacré aux contrôles Cnil.

Les pouvoirs de contrôle de la Cnil ont été renforcés et encadrés lors de la réforme de la loi Informatique et libertés du 6 août 2004. Ils le seront encore si la proposition de loi du 6 novembre 2009 visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique est adoptée.

Ce texte renforce en effet les possibilités d'actions juridictionnelles de la Cnil en cas de méconnaissance, par un responsable du traitement, des dispositions de la loi Informatique et libertés.

Ces possibilités d'actions font en tout état de cause désormais partie de l'activité normale de la Cnil qui a réalisée 218 opérations de contrôle sur place en 2008. Les contrôles deviennent un outil reconnu de son intervention afin de veiller au respect de la réglementation Informatique et libertés.

La Cnil précise dans son 29ème rapport d'activité 2008 que « l'année 2009 confirmera que les contrôles sont désormais une priorité pour la Commission ».

Contrôles inopinés, contrôles sur pièces, etc. Quelle est l'étendue des pouvoirs de la Cnil ? Comment se préparer à un éventuel contrôle sur place de la Cnil ? Comment y faire face ? Quels sont les référentiels légaux applicables ? Quels sont les risques encourus ?

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner, de faire le point sur les contrôles de la Cnil et les moyens pour y faire face en toute sécurité juridique.

▪ Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant 25 janvier 2010 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : [invitation-conference@alain-bensoussan.com](mailto:invitation-conference@alain-bensoussan.com) ou en faxant le [bulletin d'inscription](#) joint au 01 41 33 35 36.



## Publication de l'arrêté sur la dématérialisation des marchés publics

▪ Depuis le **1er janvier 2010**, quel que soit le montant du marché, l'acheteur public a la possibilité d'imposer la transmission par voie électronique de tous les documents écrits de la procédure de passation (1).

### Source

(1) [Arrêté du 14-12-2009](#), JO du 20-12-2009.

## La Haute autorité bientôt opérationnelle

▪ La liste des membres de la Haute autorité Hadopi a été publiée au JO du **26 décembre 2009** (2).

▪ La Cnil doit encore rendre un avis sur les deux projets de décrets qui lui ont été soumis : le premier concerne le fichier dans lequel seront répertoriés les internautes qui ont téléchargé illégalement, le second encadre les modalités de transmissions au juge.

(2) [Décr. du 23-12-2009](#), JO du 26-12-2009.

## Prévenir l'apparition de la fracture numérique

▪ La loi relative à la lutte contre la « fracture numérique » est parue le **18 décembre** au Journal officiel (3). Elle vise à permettre de passer de la télévision analogique à la télévision numérique terrestre (TNT), à développer l'accès au très haut débit et à résorber les inégalités d'accès aux technologies numériques résultant en grande partie de la couverture du territoire.

▪ En outre, la loi permet aux internautes qui résilient leurs abonnements de pouvoir continuer à avoir accès gratuitement à leur ancienne boîte à lettres électronique pendant 6 mois.

(3) [Loi n° 2009-1572 du 17-12-2009](#), JO du 18-12-2009.

## Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet

▪ Une Charte définissant les modalités de coopération et les moyens à mettre en oeuvre par les parties prenantes pour lutter efficacement contre la vente de produits contrefaisants sur Internet, a été signée, le **16 décembre 2009**, par les titulaires de droits, les plates-formes de commerce électronique, matérialisant ainsi des engagements réciproques en la matière, fondés sur des solutions techniques précises (4)

(4) [Charte de lutte contre la contrefaçon](#).

## Abus de position dominante sur le marché des navigateurs web

▪ La Commission européenne accepte les **engagements** proposés par **Microsoft** pour permettre aux utilisateurs de choisir leur navigateur web (5). Elle a adopté une décision qui rend juridiquement **contraignants** les engagements offerts par Microsoft afin de dynamiser la concurrence sur le marché des **navigateurs web**.

(5) [Bruxelles, le 16-12-2009, doc. IP/09/ 1941](#).

Directeur de la publication : Bensoussan Alain  
Rédigée par les avocats et juristes d'ALAIN BENSOUSSAN SELAS  
Animée par Isabelle Pottier, avocat  
Diffusée uniquement par voie électronique  
ISSN 1634-071X  
Abonnement à : paris@alain-bensoussan.com



## **La médiation en informatique : rien à perdre et tout à gagner !**

Sophie Henry, Secrétaire générale du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (\*)

### **Dans un contentieux informatique, quels sont les avantages d'une médiation sous l'égide du CMAP ?**

Avant tout, un gain de temps pour les entreprises puisque la durée d'une médiation est de deux à trois mois, deux en matière conventionnelle et trois en judiciaire. Or dans un contentieux informatique, une procédure judiciaire peut durer deux à trois ans, expertise comprise, ce qui est totalement incompatible avec la vie d'une entreprise qui a par exemple, un site internet bloqué ou un système informatique qui ne correspond pas à ses attentes et ou à celles de ses clients. L'intérêt de la médiation est d'avancer plus rapidement. Un autre avantage est la maîtrise, par l'entreprise, de son différend puisque dans une médiation, ceux par qui le conflit est né se retrouvent autour de la table des négociations pour essayer de se comprendre à nouveau et trouver des solutions. On constate en effet que dans ce type de contentieux, les conflits naissent en grande partie de problèmes d'incompréhension entre les parties, de difficultés d'interprétation, d'avis divergents, ou encore de désaccords dans les phases de validation. C'est très symptomatique de ce type de contentieux. En renouant une communication, la médiation va aussi permettre de pérenniser les relations contractuelles, contrairement au conflit judiciaire où les relations vont être totalement rompues. Or en informatique plus que dans tout autre domaine, on est un peu condamné à vivre ensemble, les projets étant généralement bâtis sur trois ou quatre ans. Enfin, la médiation présente l'avantage de la confidentialité. Un contentieux peut en effet avoir des retentissements sur l'image de marque des entreprises.

### **En quoi la médiation se distingue t-elle de l'expertise dans une situation précontentieuse ou contentieuse ?**

Dans l'expertise, la mission de l'expert est de déterminer quelle est l'origine du conflit. Il établira un historique des relations contractuelles pour comprendre à quel moment l'une ou l'autre des parties n'a pas exécuté correctement sa prestation, et ce, afin d'éclairer le juge sur les responsabilités respectives. Or en médiation, on cherche une solution et non des responsabilités. L'autre différence tient aussi à une meilleure maîtrise du temps et par là même du coût. En médiation, l'entreprise peut à tout moment interrompre le processus. Elle n'est pas obligée d'aller jusqu'au bout, c'est un processus libre. Si elle estime que cela ne mène à rien car l'autre partie ne joue pas le jeu ou n'est pas de bonne foi, elle peut décider d'arrêter sans aucune sanction.

### **Quels sont les principaux écueils à éviter pour réussir une médiation ?**

Le principal écueil est d'aller en médiation en restant campé sur ses positions. La médiation est un espace de discussion et de communication précisément pour trouver des solutions et pas des coupables. Il faut éviter toute prise de position sans volonté de faire des concessions. La médiation revient en effet à faire des concessions réciproques. Un autre écueil à éviter est d'avoir une clause de médiation trop longue et trop détaillée notamment sur l'organisation de la procédure (désignation du médiateur, détail des missions, paiement des frais, etc.). Une clause de médiation doit être à la fois précise et concise pour éviter toute difficulté d'interprétation et l'apparition d'un conflit autour même du processus. Enfin, le dernier écueil est de ne pas préparer la médiation. Les entreprises doivent en effet anticiper le déroulement du processus et la stratégie à adopter pendant les discussions.

### **Qu'avez-vous à dire à tout ceux qui hésitent encore à recourir à la médiation ?**

Les entreprises n'ont rien à perdre mais tout à gagner. Même si finalement la médiation n'aboutit pas, elles se sont rencontrées dans un espace neutre pour tenter de se comprendre et peut être trouver une solution. De plus, elles ne perdent aucun droit d'agir en justice puisque depuis 2008, la médiation interrompt les délais de prescription.

(\*) <http://www.cmap.fr/>