

T empête sur les clauses de responsabilité !

Vers la fin des clauses limitatives de réparation

▸ Depuis les célèbres arrêts « Chronopost » (1) et dans le domaine particulier de l'**informatique**, celui rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation relative au différend ayant opposé les sociétés **Oracle France** et Faurecia sièges d'automobiles à propos du **défaut de fourniture d'un logiciel** (2), la solution paraissait acquise.

▸ Le **non-respect d'une obligation essentielle** provoque l'anéantissement des stipulations contractuelles destinées à limiter le droit à réparation de la victime du dommage.

▸ L'obligation essentielle était même **assimilée à l'objectif « final »** poursuivi par les parties lors de la conclusion du contrat, renvoyant ainsi à la notion juridique de cause.

▸ La Cour avait donc mis en échec la clause limitative de réparation figurant dans la **licence Oracle**, en présence d'un manquement à une obligation essentielle de la part d'Oracle, à savoir la livraison de la version 12 du logiciel qui n'a jamais eut lieu (la version provisoire ayant par ailleurs connu de graves difficultés).

Faire échec aux clauses limitatives (voire exclusives) de responsabilité, de plus en plus restrictives imposées par les fournisseurs.

(1) [Cass.com.22-10-1996](#) et [Cass.ch.Mixte.22-4-2005](#).

(2) [Cass.com.13-2-2007](#).

(3) [CA Paris.19-9-2008](#) dans l'affaire Chronopost

(4) [CA Paris.26-11-2008](#) dans l'affaire Oracle.

Retour à la conception traditionnelle de la faute lourde

▸ Cette thèse ne semble pas prête d'être adoptée par la Cour d'appel de Paris, si l'on en croit les deux récents arrêts rendus sur renvoi de la Cour de cassation, les 19 septembre 2008 (3) et 26 novembre 2008 (4).

▸ Refusant d'adopter une conception « subjective » de la faute lourde (le manquement à une obligation essentielle) au profit de la **conception traditionnelle** et objective de la faute lourde (une faute d'une particulière gravité), nous voici donc revenus à la **solution ancienne** dont la réforme était naturellement soutenue par tous les utilisateurs de système d'information face aux clauses limitatives (voire exclusives) de responsabilité, de plus en plus restrictives, qui leur sont parfois imposées.

▸ La plus grande **vigilance** est donc au rendez-vous, à l'occasion de la négociation de telles clauses, compte tenu de la difficulté à établir, en cours d'exécution du contrat, l'existence d'une faute lourde de nature à faire échec à la limitation de réparation contractuelle, même si elle aboutit à l'adoption d'un véritable **mécanisme de « non responsabilité »**.

Le conseil

En attendant que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation tranche définitivement, il convient de :

- refuser toute pré-qualification des dommages indirects
- prévoir, dans le corps de la clause, que la limitation sera mise en échec pour inobservation d'une obligation essentielle du contrat.

[Jean-François Forgeron](#)

Informatique

Consécration du dossier pharmaceutique

Le décret permettant de généraliser le dossier pharmaceutique

▸ A la suite à l'expérimentation du dossier pharmaceutique débutée en 2007 à l'initiative du Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens (CNOP), le **décret du 15 décembre 2008** autorise la généralisation du dossier pharmaceutique (DP) individuel informatisé à toutes les pharmacies d'officine, modifiant ainsi la partie réglementaire du Code de la sécurité sociale, notamment les articles R.161-58-1 et suivants.

▸ Le DP permet de répertorier la liste des médicaments délivrés à un patient, sur ordonnance ou en vente libre.

▸ Il est alimenté par les pharmaciens d'officine, et à leur usage exclusif et comporte des données relatives notamment, à l'identification du patient, à l'identification et la quantité des médicaments dispensés, ainsi que la date de dispensation.

▸ La création par le pharmacien de ce dossier électronique nécessite le **consentement exprès** de la personne concernée. Une « **attestation de création** » doit donc mentionner son **autorisation** et la personne peut, à tout moment, demander à un pharmacien la clôture de son dossier.

Les conditions d'hébergement des données

▸ Les dossiers pharmaceutiques sont hébergés chez un **hébergeur unique** qui est **agrée** après avoir été sélectionné par le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens.

▸ Le **contrat** passé entre le CNOP et l'hébergeur doit mentionner :

- les **conditions techniques** nécessaires mises en œuvre pour garantir la qualité et la continuité du service rendu,
- la **conservation**, la sécurité, la confidentialité et l'intégrité des données,
- ainsi que leur **interopérabilité** avec le dossier médical personnel.

▸ Les données du DP sont **accessibles** pour le pharmacien pendant quatre mois suivant leur collecte, et sont ensuite **conservées** en toute confidentialité chez l'hébergeur, pendant 32 mois supplémentaires.

▸ Toutes les pharmacies n'étant pas à ce jour équipées pour l'utilisation du DP, sa généralisation devrait se poursuivre au moins **jusqu'en 2010**.

▸ Selon le CNOP, au 28 août 2008, la barre du million de DP créés a été franchie, avec plus d'une pharmacie sur 7 est équipée dans 99 départements, soit au total 3 192 officines (2).

Les enjeux

Sécuriser la dispensation des médicaments lorsque le patient s'approvisionne dans plusieurs pharmacies en répertoriant la liste des médicaments délivrés à un patient.

(1) [Décret n°2008-1326](#) du 15-12-2008.

Les perspectives

À terme, il permettra aussi :

- d'alimenter le volet médicaments du Dossier médical personnel (DMP) ;
- de faciliter l'information et l'action immédiates des pharmaciens en cas de retrait d'un lot de médicaments ou d'une autre alerte diffusée par les Autorités de santé.

(2) [Communiqué CNOP du 29 août 2008](#).

[Jean-François Forgeron](#)

Communications électroniques

Paquet Télécom : un compromis a été trouvé

L'accord sur la révision du Paquet Télécom

▸ Les ministres chargés des télécoms des **27 Etats membres de l'Union européenne** se sont réunis le 27 novembre à Bruxelles afin de trouver un accord politique sur le **projet de révision** du cadre réglementaire européen des télécommunications.

▸ A l'issue de la négociation, le Conseil de l'Union européenne est parvenu à un **compromis à l'unanimité**, sur le « Paquet télécom ».

▸ Un résultat dont se sont félicitées les institutions européennes et la France, qui préside l'Union jusqu'au 31 décembre 2008.

▸ La prochaine étape consistera à discuter du texte en deuxième lecture par le Conseil, le Parlement européen et la Commission européenne afin d'**aboutir à un accord définitif, d'ici à l'été 2009**.

Les avancées majeures de l'accord

▸ L'accord devrait se traduire par une **amélioration de la régulation** des marchés notamment par l'institutionnalisation du groupe des régulateurs européens (**GERT**) dont la gouvernance sera modifiée afin d'assurer davantage de transparence et d'efficacité dans la prise de décision.

▸ Par ailleurs, le texte prévoit désormais que les **régulateurs nationaux** devront tenir le plus grand compte des avis publiés par la Commission et se justifier s'ils s'en écartent.

▸ L'accord devrait également **améliorer la gestion des fréquences** ("gestion du spectre"). Le principe de la neutralité de service devra être concilié avec la prise en compte d'objectifs d'intérêt général.

▸ Enfin, la **protection des consommateurs** sera considérablement renforcée avec notamment **trois mesures-phares** :

- **plafonnement des tarifs d'envoi de SMS** entre pays européens à 11 centimes d'euro (hors TVA) ;
- **diminution** par deux environ du niveau de « l'eurotarif », le plafond des appels émis ou reçus d'un pays européen à un autre :
- mise en place d'un **mécanisme permettant aux consommateurs d'interrompre la connexion** lorsque leur facture avoisine un plafond de 50 euros par mois.

L'enjeu

Répondre aux défis de demain en adaptant les mécanismes de régulation du secteur des télécommunications.

(1) [Conseil des ministres](#) du 27-11-2008.

Les perspectives

Le renforcement des pouvoirs des organes de régulation sectorielle européens et la prise en compte grandissante du souci de protection des consommateurs se traduisent par une intervention de plus en plus marquée des autorités communautaires dans la coordination et l'uniformisation des politiques commerciales des opérateurs au sein de l'Union européenne

[Frédéric Forster](#)

Internet contentieux

La responsabilité des hébergeurs strictement encadrée par la loi

Le respect de la procédure de notification de contenus illicites

▸ Dans l'affaire 20 Minutes France, le rédacteur en chef de la revue Europe Echecs et son épouse ont relevé sur le blog « Echecs 64, le blog échecs de C. Bouton », hébergé sur le site www.20minutes.fr, deux articles contenant, selon eux, des **propos attentatoires** à leur honneur et à leur considération.

▸ Ils ont assigné en **diffamation** le directeur de la publication du blog et auteur des propos litigieux, le directeur de la publication du site www.20minutes.fr et la société 20 Minutes France éditeur de ce site.

▸ Le Tribunal de grande instance de Paris ayant retenu la diffamation, a **condamné le directeur de la publication du blog** qui est aussi l'auteur des propos litigieux, à verser la somme de **2500 euros** aux demandeurs à titre de dommages-intérêts et à la publication d'un communiqué sur son blog.

▸ Le tribunal, constatant que le contenu du blog ne résulte d'aucun choix éditorial de la part de la **société 20 Minutes France** sur lequel elle n'effectue aucun contrôle a priori ou a posteriori, a qualifié la société 20 Minutes France d'**hébergeur du blog**.

▸ Sa responsabilité, en sa qualité d'hébergeur, n'a pu être engagée en raison de la **non-conformité de la notification** prévue par l'article 6-I 5° de loi. Les juges ont considéré que l'**hébergeur n'avait pas connaissance du caractère illicite** des informations dénoncées.

La notion de contenus « manifestement illicites »

▸ Les prestataires de stockage ne peuvent voir leur responsabilité recherchée que **par exception**, dans l'hypothèse où ils ont « effectivement connaissance » du caractère illicite des contenus hébergés par le biais d'une notification dans les **règles de forme** et qu'ils n'agissent pas promptement.

▸ En l'espèce, le tribunal a estimé qu'en raison de la **non-conformité** de la lettre de mise en demeure et de la sommation aux prescriptions de l'article 6-I 5° de loi, il ne pouvait être soutenu sérieusement que l'hébergeur avait connaissance du caractère manifestement illicite des contenus dénoncés.

▸ Quoiqu'il en soit, les hébergeurs n'ont l'obligation d'**agir promptement** pour retirer des informations, suite à une notification, que si ces dernières ont un **caractère « manifestement illicite »**.

▸ Peu de décisions ont été rendues sur cette notion de caractère « manifestement illicite » qui, selon la Cour d'appel, « *ne peut être la conséquence que d'un **manquement délibéré** à une disposition de droit positif, explicite et dénuée d'ambiguïté* » (2).

Les enjeux

L'hébergeur ne peut matériellement avoir connaissance de tous les contenus hébergés sur son site. La loi a donc mis en place une procédure de notification des contenus manifestement illicites par les personnes estimant avoir subi un dommage du fait de ces contenus.

(1) [TGI Paris du 13-10-2008](#).

(2) CA Paris, 24-11-2006 ; CA Paris 6-6-2007 ; CA Paris 12-12-2007.

L'essentiel

La responsabilité des hébergeurs et prestataires de stockage s'appréhende au regard de l'article 6 de la LCEN par exception :

- avoir effectivement connaissance du caractère illicite des contenus ;
- les contenus en cause ont un caractère manifestement illicite ;
- ne pas avoir « agi promptement » pour retirer ces contenus.

[Mathieu Prud'homme](#)
[Virginie Bensoussan-Brulé](#)

Achats publics

Réforme du code des marchés publics : publication des nouveaux textes

Redynamiser la commande publique et relancer l'économie

▸ S'appuyant, d'une part, sur la nécessité de **toiletter le Code 2006** et d'autre part, sur le plan de **relance de l'économie**, plusieurs textes rénovant la commande publique sont sortis fin décembre 2008 et ont successivement :

▸ Le **décret du 17 décembre 2008** modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au Code des marchés publics et notamment concernant les **pouvoirs adjudicateurs** et les entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 (1).

▸ Les **deux décrets du 19 décembre 2008** mettant en œuvre le plan de relance économique dans les marchés publics et **relevant certains seuils** du Code des marchés publics (2).

▸ Le **décret du 31 décembre 2008** modifiant celui du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics (3).

▸ Par ailleurs, une **circulaire du 19 décembre 2008** relative au plan de relance de l'économie française enjoint aux préfets et aux trésoriers-payeurs généraux d'**augmenter les avances versées par l'Etat** dans le cadre de ses marchés publics pour l'année 2009 afin d'améliorer la trésorerie des entreprises, notamment les petites et moyennes entreprises (PME) (4).

Les modifications substantielles du code des marchés publics

▸ La modernisation des procédures avec le développement progressif du champ de la **dématérialisation** à partir du 1er janvier 2010.

▸ le **relèvement** de 4 000 € HT à 20 000 € HT **du seuil minimal** en deçà duquel le pouvoir adjudicateur peut décider de procéder à des achats sans publicité, ni mise en concurrence.

▸ La possibilité d'utiliser la **procédure adaptée** pour les marchés de travaux d'un montant inférieur à 5 150 000 € HT.

▸ La suppression du système de la **double enveloppe** en appel d'offres ouvert.

▸ En cas de sujétion technique imprévue, recours à l'**avenant sans limitation** de montant.

▸ La suppression des **commissions d'appels d'offres** pour les marchés publics de l'Etat.

▸ Le recours facultatif aux **niveaux minimaux** de capacités

▸ Le raccourcissement des **délais de paiement**.

▸ La faculté de prévoir, dans les marchés à bons de commande et les accords-cadres, un minimum et un maximum ou de conclure sans minimum ni maximum.

▸ La quasi-totalité des nouvelles dispositions est d'**application immédiate**.

Les enjeux

Réformer le code des marchés publics vers une plus grande simplification, clarification et dématérialisation.

(1) [Décr. n° 2008-1334](#) du 17-12-2008.

(2) Décr. [n° 2008-1355](#) et [1356](#) du 19-12-2008.

(3) [Décr. n° 2008-1550](#) du 31-12-2008.

(4) [Circulaire du 19-12-2008](#).

Les perspectives

Les dispositions de ces décrets sont d'application pour tous les marchés dont l'avis d'appel public à la concurrence a été publié après le 20 décembre 2008.

Ce toilettage du Code des marchés publics devrait être suivi très prochainement d'arrêtés d'application.

[François Jouanneau](#)

Utilities & environnement

Renforcement de la responsabilité et transparence en matière d'OGM

Vers l'amélioration de l'évaluation environnementale des OGM

▸ Dans le prolongement du précédent Conseil environnement d'octobre 2008, lors du **Conseil des ministres chargés de l'Environnement de l'Union européenne**, les ministres sont à l'unanimité parvenus à un **accord** en vue d'un **renforcement de la responsabilité** et de la transparence des exigences en matière d'évaluation et d'autorisation des Organismes Génétiquement Modifiés (OGM) (1).

▸ Il est rappelé que la **France** avait engagé en janvier 2008 la procédure contradictoire afin de déposer une **clause de sauvegarde** sur le maïs transgénique OGM MON810, seul OGM à bénéficier d'une autorisation européenne de mise en culte, par application du principe de précaution.

▸ Les conclusions du Conseil des ministres de l'environnement adoptées sont la preuve d'une **volonté marquée** de prise en compte d'une demande d'**amélioration** de l'évaluation environnementale des OGM.

Les enjeux

- Définir un plan d'action en matière d'évaluation et d'autorisation des OGM
- Garantir la liberté de produire et de consommer sans OGM
- Définir la responsabilité des producteurs d'OGM en cas de contamination génétique.

(1) [Communiqué](#) du Conseil des ministres de l'Environnement de l'UE, Bruxelles 4-12-2008.

Conclusions du Conseil des ministres de l'environnement sur les OGM

▸ Le Conseil des ministres de l'environnement s'est accordé sur les **5 actions suivantes** :

- le renforcement de l'**évaluation des OGM** cultivés à moyen et long termes et notamment ceux produisant des pesticides ou résistant à des herbicides ;
- l'amélioration du fonctionnement de l'**expertise** : les ministres souhaitent associer davantage les Etats membres au processus d'expertise sous l'égide de l'Autorité Européenne de Sécurité des Aliments (AESAs) ;
- la **fixation de seuils** communautaires de présence d'OGM dans les semences conventionnelles : ce seuil doit ainsi garantir un libre choix réel entre semences OGM, conventionnelles et biologiques ;
- la **protection de zones sensibles** et/ou protégées telles que les zones Natura 2000 ;
- la prise en compte des **pratiques agricoles spécifiques**.

▸ Enfin, il sera également lancé une réflexion communautaire par les Etats membres et la Commission afin de définir les facteurs d'appréciation sociaux-économiques

▸ Ce travail donnera lieu à la **remise d'un rapport de la Commission d'ici 2010**.

Les perspectives

Un rapport d'étape de la Commission est attendu d'ici 2010.

[Didier Gazagne](#)

Propriété intellectuelle

Sécuriser un projet autour du logiciel libre

Les risques liés à la rediffusion des logiciels libres

- L'actualité met de nouveau en exergue les risques découlant de l'usage de logiciels libres, et en particulier celui de se trouver **contrefacteur** à raison du non respect des licences sous lesquelles ces logiciels sont diffusés.
- La presse s'est ainsi fait largement l'écho des poursuites engagées contre l'**opérateur Free** par des auteurs de logiciels libres présents dans le décodeur Freebox pour **violation de la licence GNU/GPL**. Il y a peu de temps, c'est le Cnrs qui a été condamné, toujours pour non respect des termes de cette licence (1).
- On ne le répètera jamais assez, **il n'existe pas de logiciels « libre de droits »**, et la liberté dont on dispose est seulement celle que les auteurs accordent par des licences, dont les termes doivent être scrupuleusement respectés sous peine de commettre un acte de contrefaçon.
- Or la **licence GNU/GPL**, l'une des plus courantes, autorise la modification du logiciel et la distribution du logiciel modifié, mais **impose aussi de publier du code source dérivé** en cas de redistribution. Il s'agit ainsi d'une licence dite « copyleftée ».
- Outre l'obligation de publier les codes sources des logiciels dérivés, les licences imposent bien d'**autres contraintes**, telle l'obligation de rediffuser sous une même licence, d'introduire des messages d'avertissement et disclaimers, etc.
- C'est pourquoi avant d'intégrer un composant open source dans un logiciel destiné à être commercialisé, il est essentiel de **vérifier** si ces contraintes sont **compatibles** avec son projet commercial.

Les risques liés à l'intégration de logiciels libres dans son SI

- L'utilisation de logiciels libres dans un **cadre strictement interne** n'est pas non plus exempte de **risques**. Les risques sont d'abord d'ordre **technique** : les logiciels libres sont livrés généralement en l'état, **sans garantie aucune**, notamment de conformité, de bon fonctionnement, d'évolution, ce qui peut engendrer des **risques de sécurité cachés**.
- Les risques sont aussi de nature **juridique** : certaines licences imposent par exemple de **communiquer toutes les évolutions** apportées au logiciel libre.
- Par ailleurs, aucune garantie n'est accordée quant à l'absence de **contrefaçon**. La multiplicité et la diversité d'origine des composants sont des facteurs d'aggravation du risque, tant technique (notamment au regard de la maintenance) que juridique.
- Pour tirer tout le bénéfice – considérable au demeurant – de l'usage des logiciels libres, il convient de mettre en place une **organisation rigoureuse**, passant par l'**audit** technique et juridique de l'existant et l'**analyse des licences**.
- Il existe aujourd'hui des **outils et méthodes d'expertise** destinés à aider les entreprises dans cette démarche.

L'enjeu

Ne pas violer la propriété intellectuelle ni prendre de risques de sécurité inconsidérés pour son entreprise

(1) [TGI Paris, 3e ch, 1re sect., 28 mars 2007, Educaffix c. Cnrs, Université Joseph Fourier et autres](#)

Le conseil

Avant d'intégrer un composant de logiciels libres, vérifier l'adéquation de la licence à son projet d'entreprise.

Auditer régulièrement ses logiciels pour identifier les composants libres et analyser les licences correspondantes.

[Laurence Tellier Loniewski](#)

Fiscalité et sociétés

La cession d'une marque enregistrée par un particulier doit être déclarée au titre des BIC

Une marque enregistrée est source de revenus futurs

▸ Le **Conseil d'Etat** vient de juger que le **produit** retiré de la cession par une personne physique de son droit sur une marque doit être **imposé**, compte tenu de la nature de cet actif incorporel, dans la catégorie des **bénéfices industriels et commerciaux** (1).

▸ En outre, une telle cession est réputée porter sur un **élément d'actif immobilisé** dès lors que le dépôt de la marque par son propriétaire, eu égard aux droits qui y sont attachés, est potentiellement une **source de revenus futurs**.

▸ Par suite, la **plus-value** éventuellement constatée lors de la cession de cette marque relève du régime d'imposition de l'article 39 duodecies du Code général des impôts (distinction entre les plus values à court et à long terme). A cet égard, la circonstance que les droits concernés n'ont été ni exploités personnellement par le cédant, ni productifs de revenus pour ce dernier antérieurement à la date à laquelle il s'en est dessaisi, est sans incidence sur le régime d'imposition.

▸ Dès lors, la **plus-value** constatée par une personne physique lors de la cession à une société d'une marque qu'elle lui a concédée à titre gratuit pendant plus de deux ans doit être **imposée** au taux réduit des plus-values à long terme (actuellement 27% avec les prélèvements sociaux) (2).

Une marque enregistrée constitue un élément d'actif incorporel

▸ A notre connaissance, le Conseil d'Etat tranche pour la **première fois** la question de savoir si le produit perçu par un particulier à l'occasion de la cession d'une marque qu'il a enregistrée, doit être imposé selon le régime de droit commun des bénéfices industriels et commerciaux ou selon le régime des plus-values professionnelles.

▸ De son côté, l'administration avait indiqué en 1985 que les **produits** perçus en contrepartie de la cession ou de la concession d'une marque étaient **imposables** dans la catégorie des **bénéfices industriels et commerciaux** (3).

▸ Toutefois, dans une réponse ministérielle l'année suivante, l'administration avait qualifié de **plus-value sur biens meubles** la plus value résultant de la cession par un nu-propriétaire, simple particulier n'ayant jamais perçu de redevances, de son droit sur une marque (4).

▸ Dans sa décision précitée, le Conseil d'Etat juge qu'une marque constitue un **élément d'actif incorporel**, dès lors que le dépôt par son propriétaire, personne physique, est potentiellement une source de revenus futurs en raison des droits qui y sont attachés.

Les enjeux

Savoir si le produit perçu par un particulier à l'occasion de la cession d'une marque qu'il a enregistrée, doit être imposé selon le régime de droit commun des bénéfices industriels et commerciaux ou selon le régime des plus-values professionnelles.

(1) CE 3-9-2008, n°300420, 300421, 300422, 9è et 10è ss.
(2) CGI art. 39 quindecies.

Les perspectives

Le fait qu'à la date de la cession, la marque n'ait pas été exploitée personnellement par son propriétaire, ni été productive de revenus est sans incidence.

Dès lors qu'une marque est susceptible de générer de futurs revenus, cela suffit pour la considérer comme une source régulière de profit et donc comme un **élément d'actif incorporel**.

(3) Instruction 5, G-7-85.
(4) Rép. Masson, AN 1-12-1986, p. 4158 n° 2078.

[Pierre-Yves Fagot](#)

Relations sociales

Rupture conventionnelle : première décision d'un CPH

▸ Une salariée ayant **29 ans d'ancienneté** accepte une rupture conventionnelle de son contrat de travail. La **convention de rupture** est signée le 11 juillet 2008.

▸ Après deux entretiens tenus dans le respect du délai de rétractation de 15 jours, l'employeur fait une demande d'homologation de la convention à la **DDTEFP**. L'autorité administrative **refuse l'homologation** car l'indemnité de licenciement est insuffisante au regard de la **législation en vigueur** (législation qui avait entre temps changé (1) doublant le montant de l'indemnité légale de licenciement).

▸ La salariée saisit la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir l'infirmité de la décision de la DDTEFP et l'homologation aux conditions prévues par la convention.

▸ Le Conseil de prud'hommes (2) fait droit à sa demande considérant que le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle devait s'apprécier au regard de la réglementation applicable au jour de la signature de la convention.

L'essentiel

Un conseil de prud'hommes valide une rupture conventionnelle dont le montant de l'indemnité de rupture doit s'apprécier au regard de la réglementation applicable au jour de la signature de la convention.

(1) Décr. n°2008-715 du 18-7-2008.

(2) CPH Valence, 14-10-2008.

Régularité de la fouille d'un coffre-fort affecté à un usage professionnel

▸ La Cour de cassation (3) considère que l'employeur peut accéder régulièrement au coffre destiné à recevoir les fonds détenus par un salarié dans l'exercice de ses fonctions et situé dans une armoire forte, dont l'ouverture ne peut s'opérer que par l'intermédiaire de sa hiérarchie, par le biais d'un code.

▸ L'agent de contrôle était doté d'un fond de caisse dit « empoche » qu'il était tenu de déposer dans un coffre-fort. Après avoir déposé une empoche incomplète, son employeur le sanctionne par une mise à pied. La Cour considère que la sanction prononcée à son encontre conformément au règlement intérieur était justifiée.

(3) Cass. soc. du 21-10-2008, n°07-41.513.

La rupture conventionnelle ouvre officiellement droit au chômage

▸ La rupture conventionnelle est désormais listée parmi les ruptures du contrat de travail ouvrant droit à l'indemnisation du chômage, aux termes du règlement annexé à la convention d'assurance chômage (4).

(4) Arr. 9-10-2008, JO du 22-11-2008.

Régime juridique des chartes éthiques et codes de bonne conduite

▸ Le régime juridique des chartes éthiques, codes de bonne conduite et alertes professionnelles a été précisé par l'administration (5). Il varie selon que ces documents contiennent des dispositions :

- qui relèvent dans leur ensemble du règlement intérieur : ils constituent des notes de service et sont revêtus de la valeur juridique du règlement intérieur (avis du CE ou des DP et consultation du CHSCT pour les matières relevant de sa compétence) ;

- dont aucune n'entre dans ce champ d'application tel que défini par le Code du travail : l'avis du CE est requis uniquement lorsque la charte est présentée comme un instrument de gestion de l'entreprise ;

- dont certaines seulement relèvent de ce champ : l'information et la consultation préalable du CE sont obligatoires avant sa mise en œuvre ; la consultation du CHSCT se fait au cas par cas :

▸ Dispositif d'alerte professionnelle : déclaration auprès de la Cnil, consultation du CE et éventuellement du CHSCT, information individuelle préalable des salariés.

(5) Circ. DGT 2008/2, 19-11-2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

[Pierre-Yves Fagot](#)
[Cécile Attal-Mamou](#)

Indemnisation des préjudices

Première application des dispositions de la loi de lutte contre la contrefaçon

Reproduction et diffusion sans droit de programmes de la TNT

▸ Depuis mai 2008, la société Wizzgo proposait sur son site internet un service permettant aux internautes, après une inscription personnalisée et l'installation d'un logiciel, **d'obtenir gratuitement une copie** électronique des programmes diffusés par les chaînes de télévision numérique.

▸ Le service connut un certain succès (plus de **200.000 inscrits en trois mois**) et certaines chaînes concernées, dont l'autorisation n'avait pas été sollicitée par Wizzgo, l'ont assigné en référé devant le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, qui lui a interdit de poursuivre la reproduction et la mise à disposition du public des programmes de la TNT (1)

▸ La société Wizzgo a fait appel de cette ordonnance et a également engagé une procédure au fond contre les mêmes chaînes en vue de faire reconnaître la licéité de son service et d'obtenir réparation de son préjudice.

▸ Le Tribunal de Grande Instance de Paris ne retient pas l'argumentaire de Wizzgo qui fonde la licéité de son service sur les **exceptions de copie privée et de copie transitoire** (2). Il condamne au contraire celle-ci, pour le caractère contrefaisant de son activité, à réparer le préjudice des chaînes concernées. (3)

Réparation forfaitaire et demandes d'informations

▸ Pour formuler leurs demandes de réparation, plusieurs chaînes se sont fondées sur les dispositions, en matière d'indemnisation des préjudices, de la **loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon** (4).

▸ Celle-ci prévoit notamment que la victime de contrefaçon peut obtenir une réparation forfaitaire « **qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits** qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte » (5).

▸ Ainsi, les sociétés du groupe M6 demandent une indemnisation forfaitaire de leur préjudice en indiquant qu'elles perçoivent une somme moyenne de 1,60 €HT pour toute vente de vidéo à la demande. Il est par ailleurs établi que **119.329 copies** de programmes de la chaîne M6 ont été réalisées et **95.380 copies** de ceux de W9. Au tarif invoqué, la perte de redevances serait donc de **190.926,40 €HT** pour M6 et de **152.608 €HT** pour W9.

▸ La société Wizzgo conteste cette demande en relevant que le chiffre d'affaires qu'elle a réalisé grâce au service s'élève seulement à **1.294,76 € de recettes publicitaires**, mais le jugement souligne que l'indemnisation forfaitaire ne doit pas être fixée en considérant les recettes réalisées par le contrefacteur.

▸ Il fixe à **230.478 €** la somme accordée à la chaîne M6 et à **190.760 €** celle accordée à la chaîne W9, sans préciser la formule d'évaluation retenue. Pour la chaîne W9, le montant accordé correspond au montant des droits qui auraient été dus, selon le tarif invoqué, augmenté exactement de 25%, mais pour la chaîne M6 il correspond à celui-ci, augmenté de 20,71%...

▸ Par ailleurs, à la demande de deux autres chaînes, le Tribunal enjoint à la société Wizzgo de **communiquer des informations destinées à évaluer** leurs préjudices (nombre d'heures de programmes copiés et recettes perçues).

L'enjeu

Selon cette décision, l'indemnisation forfaitaire prévue par la loi de lutte contre la contrefaçon permettrait de condamner le contrefacteur sans prendre en compte les revenus ou bénéfices réalisés par celui-ci, même lorsqu'ils sont connus.

- (1) TGI Paris Ordonnance de référé du 06/08/2008.
 (2) Articles L122-5 et L211-3 du CPI
 (3) **TGI Paris, 3^{em} Ch., 25 novembre 2008**

Les perspectives

Le contrefacteur est ici condamné à payer, avec exécution provisoire, plus de 325 fois le chiffre d'affaires qu'il aurait réalisé grâce à la contrefaçon (sous réserve que celui-ci soit prouvé), alors que le préjudice de deux autres chaînes reste à évaluer et à réparer.

- (4) Loi 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007
 (5) Article L331-1-3 du CPI.

Bertrand Thoré

Prochains événements

Construire son projet sur du « libre » ... : 4 février 2009

Laurence Tellier-Loniewski animera aux côtés de **Jean-Pierre Bigot**, Président de ESALAB et Expert judiciaire et **Hervé Guyomard**, Black Duck Software, un petit-déjeuner débat consacré aux implications juridiques de l'utilisation de code Open Source.

Aujourd'hui, nombreux sont les ingénieurs qui, à chaque étape du développement, réutilisent des composants logiciels Open Source, de tierce partie ou propriétaires. Réutiliser du code est plus économique que de le réécrire et s'avère plus rapide et plus fiable.

Cependant, l'utilisation de code Open Source ou de tierce partie n'est pas sans risque pour votre entreprise et engendre ses propres difficultés de gestion. L'utilisation non maîtrisée de codes développés en externe peut aisément compromettre les droits de propriété intellectuelle, induire des obligations de redevances inconnues ou introduire des risques de sécurité cachés. La gestion et la maintenance d'un logiciel peuvent également être rendues plus difficiles par la diversité de l'origine de ses composants.

Quels sont les risques et les bénéfices liés à la réutilisation de code Open Source ? Comment prévenir les risques ? Comment rediffuser un logiciel intégrant des composants libres en toute sécurité ? Quelles sont aujourd'hui les principales licences ? Quels sont les droits qu'elles accordent et leurs limites ? Quels audits mener pour identifier la présence de composants libres ? Quels sont les outils, méthodes et état de l'art ? etc.

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

Les tendances contractuelles informatiques et télécoms : 11 février 2009

Alain Bensoussan animera aux côtés de **Marck Wentz**, directeur juridique SAP France, un petit-déjeuner débat consacré aux tendances contractuelles dans les domaines de l'informatique et des télécoms.

Dans un domaine en constante évolution, les relations entre fournisseurs et utilisateurs doivent aussi s'adapter. Dans ce contexte, le contrat est un outil qui permet non seulement de rester compétitif mais également de gérer au mieux le risque informatique. Les formules contractuelles doivent également régulièrement être adaptées aux nouveaux textes légaux, aux nouvelles réglementations et à la jurisprudence.

Quelles sont aujourd'hui les grandes tendances dans la rédaction, la négociation et le suivi des contrats informatiques et télécoms ? Quelles sont les stratégies de politique contractuelle des grands acteurs mondiaux du secteur de l'informatique et des télécoms ? Quelles sont les clauses « tendances » 2009 (ROI, responsabilité conjuguée avec le prix, garantie de bonne fin financière, etc.) ? Quels sont les nouveaux enseignements de la jurisprudence (effet des clauses limitatives post-résolution du contrat, évolution de la copropriété des incorporels, etc.) ?

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

Actualité

L'essentiel

La Suisse entre dans l'espace Schengen

▸ Le 12 décembre 2008, la Suisse est devenue le **25ème pays membre de l'espace Schengen** (1). Elle a aboli les contrôles d'identité aux frontières au profit du système d'information et de recherche unique, le « système d'information Schengen » ou «**SIS**».

(1) Commission européenne, communiqué de presse du 12-12-2008.

EDVIGE définitivement retiré

▸ Le décret sur la création du futur fichier de police « EDVIGE » (acronyme de Exploitation documentaire et valorisation de l'information générale) est officiellement retiré par le décret du **19 novembre 2008** (2).

▸ Un projet de décret est actuellement soumis à consultation de la Cnil pour avis sur la création du nouveau **fichier EDVIRSP** (Exploitation documentaire et valorisation de l'information relative à la sécurité publique).

(2) [Décret n° 2008-1199](#), 19 novembre 2008.

Charte ergonomique unique pour les sites Internet publics

▸ La Direction générale de la modernisation de l'Etat (DGME) a finalisé la nouvelle charte ergonomique unifiée des **sites internet publics** (3).

▸ Elle définit un ensemble de règles ergonomiques communes aux interfaces des sites publics au regard des **standards du Word Wide Web Consortium** (W3C) et des principes des référentiels généraux d'interopérabilité (RGI), d'accessibilité (RGAA) et de sécurité (RGS).

(3) [Communiqué DGME](#), 14 novembre 2008.

La Cnil prend position sur la prospection commerciale via bluetooth

▸ Pour la Cnil, la loi Informatique et libertés est applicable aux données techniques traitées dans le cadre du protocole de communication bluetooth. C'est ce qu'elle a annoncé lors d'une séance plénière, en qualifiant l'**adresse physique** de l'interface du portable et l'identifiant bluetooth du téléphone de **données à caractère personnel** (4).

(4) [Communiqué de presse](#), 12 novembre 2008.

Généralisation du passeport biométrique

▸ Le passeport biométrique est actuellement **testé par cinq départements pilotes** (Gironde, Aube, Loire-Atlantique, Nord et Oise) (5). Le directeur de l'agence nationale des titres sécurisés a précisé que des machines supplémentaires seront mises à dispositions des communes et que les projets d'accessibilité des mairies seront financés dans la limite de 4000 € par projet.

(5) [Communiqué du Ministère de l'intérieur](#), 31 octobre 2008.

Directeur de la publication : Bensoussan Alain

Rédigée par les avocats et juristes de ALAIN BENSOUSSAN SELAS

Animée par Isabelle Pottier, avocat

Diffusée uniquement par voie électronique

ISSN 1634-071X

Abonnement à : paris@alain-bensoussan.com

Interview

L'archivage et la gestion électronique : une réalité quotidienne

Jean-Louis Pascon, Fondateur d'Hénon Conseil et Secrétaire Général de la FedISA



par Isabelle Pottier

Pouvez-vous nous présenter brièvement votre activité de consultant en archivage ?

Hénon Conseil assure en toute indépendance, des audits en matière d'archivage et de dématérialisation pour de nombreuses sociétés et administrations (banques, conseils généraux, sociétés de prestation de services, etc.). 80 % de mon activité est consacré à l'assistance à la mise en place de dématérialisation des procédures. Les 20 % restant sont consacrés à des activités de labellisation, certification et normalisation au sein de la FedISA ⁽¹⁾ et de l'AFNOR ⁽²⁾ où j'ai été chef de projets et rédacteur de plusieurs normes, dont la version initiale de la Z 42-013 sur l'archivage électronique, actuellement en cours de refonte.

En quoi la norme Z 42-013 est devenue obsolète et quels sont les changements attendus ?

Il y a 10 ans lors de l'écriture de la norme, la loi de mars 2000 sur l'écrit numérique n'existait pas. Depuis, de nombreux textes ont été publiés sur la dématérialisation des appels d'offres (refonte du Code des marchés Publics), les factures électroniques (modification du Code Général des Impôts), le commerce électronique (loi pour la confiance dans l'économie numérique, LCEN) etc. La situation a également beaucoup évoluée au plan européen et international, notamment dans le secteur bancaire avec Bal 2. Il y a aujourd'hui une abondance de textes. Il convenait donc d'en tenir compte. Au plan technique aussi la norme était devenue obsolète. Il fallait intégrer de nouvelles technologies comme les procédés de signature à clés publiques/privées (RSA) qui se sont développés ainsi que l'organisation des autorités de certification et d'enregistrement. Il a fallu faire face à la fin du règne du WORM optique et à la disparition de nombreuses interfaces qui n'existent plus et auquel la norme faisait référence. On sait aujourd'hui concevoir des systèmes d'archivage tout aussi solide avec des supports magnétiques qu'avec des supports optiques. Il a donc fallu complètement repenser la norme, en gardant ce qui était bon (dossier technique, procédures et règles ayant trait à la numérisation etc.) et en améliorant et réorganisant le reste (mise à jour des références normatives comme MoReq2 ⁽³⁾, prise en compte de nouveaux supports et technologies, etc.).

La nouvelle norme s'intitule « Spécifications relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes » et devrait être publiée dans le courant de l'année. Il convient de noter que cette nouvelle version étant très largement différente des versions précédentes, les mises en conformité des systèmes déjà en place pourront s'avérer longues et complexes.

Quelles recommandations feriez vous avant de lancer un projet d'archivage ?

Très en amont, le premier conseil à donner est de définir une politique d'archivage avant même d'envisager les aspects techniques. Cela consiste en fait, à savoir quels documents archiver, pourquoi et pour quelle durée et surtout avec quelle prise de risque en cas de non conservation. En fonction des risques encourus, la politique d'archivage peut être très différente. Il faut se placer à un niveau stratégique pour être sûr que par grande typologie de documents, l'entreprise couvre bien tous les risques. En matière bancaire par exemple, en fonction du risque juridique, la politique globale d'un groupe international peut être la conformité à la procédure américaine de « e-discovery », même pour les opérations faites en France afin de pouvoir répondre aux demandes d'un juge américain et éviter de lourdes sanctions. On peut ensuite se référer, au guide sur l'archivage édité par la FedISA pour savoir quelles sont les normes fondamentales qui vont permettre de concevoir et bâtir un système d'archivage approprié. A ce propos, le guide contient un précieux schéma expliquant l'utilisation du référentiel normatif.

(1) FedISA (Fédération ILM, Stockage et Archivage), www.fedisa.eu ; (2) Association Française de Normalisation, www.afnor.fr

(3) Nouveau standard européen en matière d'archivage électronique adopté en février 2008, <http://www.moreq2.eu/>