

Abus de position dominante : une nouvelle affaire Microsoft ...

La vente liée d'Internet Explorer avec Windows

▸ Une nouvelle affaire Microsoft vient d'être portée devant la **Commission européenne** relative à la vente liée de l'Internet Explorer avec le système d'exploitation Windows (1).

▸ La Commission européenne estime que la **vente liée** du navigateur Internet Explorer avec le système d'exploitation Windows porte préjudice à la **concurrence entre les navigateurs web**, compromet l'innovation en matière de produits et limite in fine le choix des consommateurs.

▸ La Commission constate que la vente liée d'Internet Explorer avec Windows a pour effet d'équiper **90 % des PC dans le monde** avec Internet Explorer. Cela conférerait, selon la Commission, au navigateur un **avantage artificiel en matière de distribution**.

▸ Cette vente liée permet à Microsoft de soustraire Internet Explorer à la concurrence d'autres navigateurs.

Offrir un véritable choix au consommateur

▸ La Commission estime que les **parts de marché** d'Internet Explorer incitent artificiellement les fournisseurs de contenu et les développeurs à éditer des sites web et des logiciels essentiellement pour Internet Explorer.

▸ Il existe un **risque** selon la Commission de compromettre la **concurrence** et l'**innovation** en matière de fourniture de services en ligne.

▸ Après avoir auditionné Microsoft, si elle estime qu'elle commet un abus de position dominante, la Commission pourra lui infliger une **amende**, l'obliger à **mettre fin à l'abus** et lui imposer des **mesures correctives**.

▸ Cette nouvelle affaire pourrait présenter de **fortes similitudes** avec la décision de la Commission de mars 2004, confirmée par l'**arrêt** du Tribunal de première instance de **septembre 2007** (2), ayant condamné Microsoft pour abus de position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC. **Microsoft avait lié le lecteur Windows Media à son système d'exploitation Windows**.

▸ La Commission avait enjoint à Microsoft de proposer aux équipementiers une version de son système d'exploitation Windows pour PC sans le lecteur Windows Media.

Les enjeux

Mettre un terme à l'omniprésence de l'Internet Explorer qui risque, à terme, selon la Commission, de compromettre la concurrence et l'innovation en matière de fourniture de services aux consommateurs.

(1) [Bruxelles MEMO 09-15 du 17 janvier 2009](#).

Les perspectives

Microsoft dispose d'un délai de huit semaines pour répondre à la communication des griefs et pourra par la suite être entendue lors d'une audition.

[Doris Marcellesi](#)
[Mathieu Guennec](#)

Informatique

Fin de la trêve : les hébergeurs de données de santé à nouveau soumis à agrément

Comment poursuivre l'activité d'hébergeur de données de santé ?

▸ Le délai de deux ans pendant lequel les hébergeurs de données de santé (à l'exclusion des hébergeurs de dossiers médicaux personnels) étaient dispensés de l'agrément visé à l'article L.1111-8 du Code de la santé publique est arrivé à **expiration le 1er février 2009**, jour de la publication de la loi du 30 janvier 2007 (1).

▸ Pour poursuivre leur activité d'hébergement de données de santé, les hébergeurs doivent avoir impérativement formé une **demande d'agrément** auprès du ministère de la santé **avant le 30 janvier 2009**.

▸ Dans la mesure où un dossier a d'ores et déjà été déposé par l'hébergeur auprès de la Cnil, conformément aux dispositions de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, une simple **lettre RAR** à l'attention du **comité d'agrément** faisant référence à l'autorisation de la Cnil, semble nécessaire.

▸ Le comité d'agrément se trouve au sein de la **Mission pour l'informatisation du système de santé**, du ministère de la santé.

Comment devenir hébergeur de données de santé ?

▸ Pour les entités qui souhaitent devenir hébergeur de données de santé depuis le 1er février 2009, un **dossier d'agrément complet** doit être adressé au ministère de la santé (Mission pour l'informatisation du système de santé).

▸ Le ministre chargé de la santé se prononce **après avis de la Cnil** et du comité d'agrément placé auprès de lui.

▸ La **Cnil** dispose, à compter de la réception du dossier, d'un délai de deux mois, renouvelable une fois, pour se prononcer.

▸ Le **comité d'agrément** rend son avis dans le mois qui suit la réception du dossier transmis par la Cnil. Ce délai peut être prolongé d'un mois.

▸ Le ministre chargé de la santé rend son avis dans un délai de deux mois maximum suivant l'avis du comité d'agrément.

▸ Aux termes de l'article R.1111-10 du Code de la santé publique, à l'issue de ce délai, son **silence vaut décision de rejet**.

▸ Héberger des données de santé à caractère personnel recueillies auprès de professionnels ou des établissements de santé ou directement auprès des personnes qu'elles concernent sans être titulaire de l'agrément ou sans respecter les conditions de l'agrément obtenu est puni de **trois ans d'emprisonnement** et de **45 000 euros d'amende** (2).

L'enjeu

Garantir la confidentialité et la sécurité des données de santé des patients.

(1) [Loi n°2007-127 du 30 janvier 2007](#).

Les conseils

Bien constituer son dossier d'agrément qui doit comprendre :

- un dossier administratif et financier ;
- un dossier technique relatif à la politique de confidentialité et sécurité ;
- les modèles de contrats conclus avec les personnes à l'origine du dépôt ;
- les modèles de fiche d'information sur l'activité de l'hébergeur.

(2) Article L.1115-1 du code de la santé publique.

[Jean-François Forgeron](#)
[Marie-Charlotte Grasset-Ilouz](#)

Communications électroniques

Réseaux fibre optique et copropriété

Le propriétaire d'un immeuble ne peut plus s'opposer au raccordement

▶ **Trois décrets** d'application de la loi de modernisation de l'économie (LME) sur le très haut débit sont parus au Journal officiel du **16 janvier 2009**. Ils établissent un « droit au très haut débit », l'encadrement par voie conventionnelle des relations entre propriétaires et opérateurs et le pré-câblage des immeubles neufs en fibre optique.

▶ Ces décrets permettent l'entrée en vigueur de trois dispositions majeures issues de la LME du 4 août 2008 :

- le « droit au très haut débit » selon lequel le propriétaire d'un immeuble ne pourra pas s'opposer à ce qu'un occupant soit raccordé à un réseau très haut débit, sauf motif sérieux et légitime (1) ;
- l'**encadrement** par voie conventionnelle des relations entre **propriétaires et opérateurs** (2) ;
- le **pré-câblage des immeubles neufs** en fibre optique : tous les immeubles de plus de 25 logements seront pré-câblés en fibre optique à partir de 2010 (3).

Le droit au très haut débit

▶ S'agissant du droit au très haut débit, le **décret n° 2009-53** détermine les conditions dans lesquelles l'occupant d'un immeuble peut demander à ce que son logement ou ses locaux professionnels soient raccordés à un réseau très haut débit en fibres optiques.

▶ Il détermine aussi les **conditions** dans lesquelles le propriétaire du logement ou de l'immeuble peut **s'opposer** à l'installation d'un tel réseau, à savoir uniquement « **pour des motifs sérieux et légitimes** ».

▶ En ce qui concerne l'encadrement par voie conventionnelle des relations entre propriétaires et opérateurs, le **décret n° 2009-54** rappelle les dispositions devant nécessairement dans toute **convention signée** entre un **opérateur** de réseau et le **propriétaire d'un immeuble** pour les besoins du raccordement de ce dernier à un réseau très haut débit en fibres optiques.

▶ Il apporte, par ailleurs, des précisions sur les **conditions techniques** d'installation des fibres optiques et de raccordement de l'immeuble.

▶ En ce qui concerne le pré-câblage des immeubles neufs en fibre optique, le **décret n° 2009-52** précise les obligations qui vont permettre à tous les immeubles de plus de 25 logements être **pré-câblés** en fibre optique à **partir de 2010**.

L'enjeu

Déployer le très haut débit internet (THD) dans les immeubles d'habitation en France par la mise en œuvre de trois dispositions majeures issues de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

(1) [Décret n° 2009-52, 53 et 54 du 15-1-2009.](#)

Les perspectives

Par anticipation de ces dispositions, tous les nouveaux logements, dont la construction a été décidée dans le cadre du plan de relance seront équipés des infrastructures permettant le déploiement de réseaux de communication à très haut débit en fibre optique.

[Frédéric Forster](#)
[Magali Hadjadj](#)

Informatique et libertés

La Cnil contrôle pour la première fois le STIC

Le STIC est devenu un instrument d'enquêtes administratives

▸ Les fichiers tenus par les services de police et de gendarmerie nationales font désormais l'objet d'un **contrôle strict** par la Cnil en vue du respect des droits des personnes y figurant, compte tenu des lourdes conséquences pour ces dernières, en cas d'éventuelles lacunes dans l'alimentation de ce type de fichier.

▸ Le STIC est un **fichier de police informatisé** du Ministère de l'intérieur qui comprend les informations concernant les **auteurs d'infractions**, interpellés par les services de la police nationale. Il comprend également les données relatives aux **victimes de ces infractions** ainsi que l'identification des objets volés ou détournés.

▸ Depuis la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, confortée et pérennisée par la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, ce fichier est devenu également un **instrument d'enquêtes administratives** à l'occasion notamment du recrutement de divers personnels (personnels de surveillance et de gardiennage, personnes souhaitant travailler dans les zones aéroportuaires, etc...).

Les enjeux

Assurer la protection des données personnelles et des libertés individuelles.

La Cnil a constaté de nombreux dysfonctionnements

▸ Dans un rapport du 20 janvier 2009, la Cnil dresse un état des lieux du fonctionnement et de l'utilisation de ce fichier (1).

▸ La Cnil a estimé que près d'un million de personnes étaient concernées par la consultation du STIC à des fins d'enquêtes administratives.

▸ Elle a constaté de **nombreux dysfonctionnements**, notamment :

- des erreurs de saisie du motif, à titre de victime ou en tant que mis en cause dans le cadre d'une enquête, pour lequel une personne figure dans le STIC ;
- une absence quasi systématique de transmission par les parquets des suites judiciaires nécessaires à la mise à jour du STIC (classements, acquittements, décision de non lieu).

▸ La Commission a émis **11 propositions** dont l'objectif majeur est d'assurer l'exactitude des données qui figurent dans ce fichier.

▸ Afin d'évaluer les efforts accomplis pour résoudre ces problèmes, la Cnil s'est enfin engagée, aux termes de son rapport, à opérer un **contrôle avant le 31 décembre 2011**.

Les perspectives

Le STIC va prochainement être fusionné avec un autre fichier géré par la gendarmerie, dénommé "système judiciaire de documentation et d'exploitation" ou JUDEX, la nouvelle application se dénommant "ARIANE".

(1) [Rapport du 20-1-2009](#).

[Chloé Torrès](#)

Sécurité des systèmes d'information

L'UE dit oui au passeport biométrique

Des passeports individuels pour les mineurs

▸ Le Parlement européen a amendé et **approuvé** la proposition de règlement de la Commission des communautés européennes modifiant le règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil établissant des **normes pour les éléments de sécurité** et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres (1).

▸ Avant de se prononcer, Parlement européen a pris le soin de rappeler que « *les États membres seront tenus de délivrer des **passeports individuels aux mineurs** et qu'il peut exister des différences significatives dans la législation des États membres en ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures par des mineurs* » avant de relever l'âge de l'exemption de donner les empreintes aux enfants de moins de douze ans.

▸ Le Parlement européen précise que cet **âge est fixé à titre provisoire**, dans l'attente d'un rapport de la Commission relatif à la fiabilité et la faisabilité technique du recours aux empreintes digitales pour les **enfants de moins de 12 ans**, à des fins d'identification et de vérification de l'identité.

▸ Il est également prévu que les États membres, tel que la **France**, qui auraient prévu un âge limite inférieur à douze ans peuvent appliquer leur limite actuellement en vigueur durant une **période transitoire de 4 ans**.

Le support de stockage doit être de « haute sécurité »

▸ La **proposition de règlement** avait été présentée par la Commission en octobre 2007 et avait déjà donné lieu à un Avis du Contrôleur Européen de la Protection des Données en date du 26 mars 2008.

▸ C'est le règlement n°2252/2004 du 13 décembre 2004 qui avait introduit les passeports biométriques et l'obligation générale de **stocker les empreintes digitales** dans des supports de stockage contenus dans les passeports et documents de voyages.

▸ Le Parlement européen complète ainsi la proposition de règlement de la Commission des communautés européennes et intègre des éléments quant à la **sécurité des données**, le support de stockage devant être de « haute sécurité ».

▸ Les **spécifications techniques** complémentaires visées à l'article 2 du règlement de 2004 devront désormais être « *conformes aux normes internationales, notamment aux recommandations de l'Organisation de l'aviation civile internationale* ».

Les enjeux

Le contrôle des flux migratoires et la protection des données personnelles.

(1) [Résolution législative du 14 janvier 2009](#).

Les perspectives

La France devra revoir sa réglementation dans les années à venir, quant à l'âge de collecte des empreintes digitales des mineurs.

[Eric Barbry](#)
[Alice Collin](#)

Achats publics

Mise en pratique de la dématérialisation dans la commande publique

Mettre en œuvre quatre nouvelles mesures

▸ Dans le prolongement de la **récente réforme** du Code des marchés publics (1), la direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi a mis en ligne, le **15 janvier 2009**, une nouvelle **fiche pratique** sur la dématérialisation des marchés publics (2).

▸ La fiche vise les **quatre mesures nouvelles** concernant les **achats de plus de 90 000 euros** hors taxes :

- **organisation de la publicité** : l'acheteur devra publier, dès le 1er janvier 2010, l'avis de publicité sur son profil d'acheteur ;
- **information des candidats** : l'acheteur devra également publier les documents de la consultation sur son profil d'acheteur à compter du 1er janvier 2010 ;
- **achat de fournitures**, de matériels informatiques et de services informatiques : l'entreprise devra transmettre, par voie électronique, les candidatures et les offres dès le 1er janvier 2010 ;
- **réception des offres** : l'acheteur devra accepter de recevoir les candidatures et les offres qui lui sont transmises par voie électronique à compter du 1er janvier 2012.

Les enjeux

Pouvoir imposer, à compter du 1er janvier 2010, la transmission des candidatures et offres par voie électroniques.

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

(2) http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/dematernalisation/4-nvles-mesures-achats-plus-90000-euros-ht.pdf

Rappel des grands principes en matière de dématérialisation

▸ Le ministère rappelle les grands principes édictés à **l'article 56 du Code** des marchés publics visant à favoriser le développement de la dématérialisation :

- possibilité de **remplacer tous les documents écrits** mentionnés dans le Code des marchés publics par des échanges électroniques ;
- **confidentialité**, sécurité des transactions et accessibilité des réseaux assurées par l'acheteur public ;
- **recevabilité** d'une seule offre ;
- utilisation possible d'une **copie de sauvegarde** ;
- choix du mode de transmission par l'acheteur public ;
- mode de transmission identique pour la candidature et l'offre ;
- dématérialisation possible pour les procédures adaptées ;
- faculté pour l'acheteur d'**imposer la transmission des offres** par voie électronique **dès le 1er janvier 2010**.

Les perspectives

L'ensemble du dispositif, échelonné dans le temps, permettra aux acteurs de la commande publique de se familiariser avec les nouveaux outils de la dématérialisation.

[François Jouanneau](#)

Internet contentieux

Reproduction des conditions générales de vente d'un site internet concurrent

Les conditions générales de vente en ligne sont-elles originales ?

▸ En 2006, la société « Vente Privée.com », éditeur du site de vente en ligne du même nom, avait assigné la société Kalypso pour avoir reproduit sur son site de vente en ligne, l'intégralité de ses conditions générales de vente.

▸ Elle lui reprochait à titre principal des **actes de contrefaçon** de droit d'auteur, et à titre subsidiaire des actes de **concurrence déloyale** et de **parasitisme**.

▸ Dans un jugement en date du 4 octobre 2006, le TGI de Paris avait débouté les parties de l'ensemble de leurs demandes.

▸ La Cour d'appel de Paris s'est donc penchée sur la question de l'originalité des conditions générales de vente du site www.vente-privée.com.

Les enjeux

Assurer la protection juridique des documents mis à disposition sur un site web, telles que les conditions générales de vente, notamment au titre du droit d'auteur.

(1) CA Paris 24-9-2008.

Y a-t'il concurrence déloyale et parasitisme économique ?

▸ Après avoir analysé le fond et la forme de ce document, les magistrats concluent que ces conditions générales de vente « *sont le produit d'un travail intellectuel qui dénote une compétence technique et un savoir-faire mais qui ne révèle en rien l'effort créatif qu'aurait accompli son auteur pour le marquer du sceau de sa personnalité* » et **rejetent** en conséquence **l'action en contrefaçon**.

▸ La cour **rejette** également la demande fondée sur la **concurrence déloyale**, considérant qu'aucune faute ne peut être constatée dès lors qu'**il ne peut y avoir de confusion** dans l'esprit du public entre les entreprises concurrentes, ou de risque de détournement de clientèle, du seul fait de la ressemblance des conditions générales sur les deux sites.

▸ Enfin, concernant le **parasitisme économique**, la cour prend le soin de définir le parasitisme comme le fait pour une « *personne physique ou morale, à titre lucratif et de façon injustifiée, de s'inspire(r) ou copie(r) une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements* » avant de conclure que l'acte de récupération des conditions générales de vente de son concurrent réalisé par la société Kalypso **relève effectivement de parasitisme économique**.

▸ La société Kalypso est en conséquence condamnée à verser la somme de **10 000 euros** à Vente Privée.com en **réparation** du parasitisme économique.

Les conseils

En cas de reproduction par un site concurrent, de documents qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur faute d'effort créatif dépassant une simple compétence technique, il faut alors démontrer la reprise injustifiée d'une valeur économique procurant un avantage concurrentiel, issue d'un travail intellectuel et d'investissements.

[Mathieu Prud'homme](#)
[Alice Collin](#)

Propriété industrielle

Instantané de la procédure AFNIC de résolution des litiges du “.fr” et du “.re”

Mieux se défendre contre une violation manifeste de ses droits

▸ **Deux procédures** étaient déjà envisageables : l'une **judiciaire**, devant les tribunaux français, l'autre, **extrajudiciaire**, devant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (procédure PARL).

▸ Dans cette deuxième catégorie, l'**AFNIC** a lancé depuis le 22 juillet 2008 **sa propre procédure** de résolution des litiges (PREDEC), limitée aux cas de violation manifeste des dispositions du décret du 6 février 2007 (1), c'est-à-dire aux cas d'**identité** ou de **quasi-identité** entre le nom de domaine et la dénomination protégée (2).

▸ Cette procédure est notamment adaptée dans la **défense des dénominations suivantes** :

- une dénomination protégée par un **droit de propriété intellectuelle** en France tel qu'un droit de marque ou un droit d'auteur, sous réserve de l'intérêt légitime du titulaire du nom de domaine sur la dénomination et de sa bonne foi ;
- la dénomination de la République française, de ses institutions et **services publics**, des collectivités territoriales et le nom des titulaires de mandats électoraux, sous réserve d'une autorisation du titulaire du nom de domaine ou d'un cas de dérogation légale.

Les enseignements tirés de la pratique

▸ Pour ouvrir une procédure PREDEC, il suffit de créer un compte sur une **plateforme dédiée** (3) et de saisir sa demande en ligne.

▸ Cette procédure permet d'obtenir une décision de transmission, de blocage ou de suppression du nom de domaine dans un délai de 45 jours minimum, durant lequel le nom de domaine est gelé. Les frais de procédure s'élèvent à **250 euros HT** par nom de domaine.

▸ Le droit sur la dénomination doit avoir été acquis avant l'enregistrement du nom de domaine.

▸ Dans le cas d'une **marque**, celle-ci doit avoir été déposée de manière suffisamment antérieure pour que le public puisse l'associer au nom de domaine ; une antériorité de trois jours n'est pas suffisante.

▸ Le requérant à la procédure doit avoir préalablement effectué des démarches auprès du titulaire du nom de domaine pour tenter de récupérer le nom de domaine à l'amiable.

▸ Un requérant malheureux peut étoffer son dossier et soumettre une nouvelle demande à l'AFNIC.

▸ L'AFNIC a déjà rendu 25 décisions dans le cadre de cette procédure (4).

Les enjeux

Défendre efficacement ses droits contre l'enregistrement abusif d'un nom de domaine et en obtenir la transmission ou la suppression en 45 jours moyennant 250 euros HT par nom de domaine.

(1) [Décret n°2007-162 du 6 février 2007](#).

(2) Cf. Interview de Isabel Toutaud, [JTIT n° 84](#).

Les perspectives

Avoir au préalable adressé une mise en demeure au titulaire du nom de domaine et constituer par la suite une demande très structurée associée à des documents ayant force probante.

(3) <https://predec.afnic.fr/>
(4) <http://www.afnic.fr/doc/ref/juridique/predec>

[Claudine Salomon](#)
[Annabelle Sébille](#)

Fiscalité et sociétés

Vers la simplification des règles de facturation électronique au sein de l'Union

Reconnaître la validité de la facturation électronique transfrontalière

▸ La Commission européenne a adopté le 28 janvier 2009 (1), une proposition visant à **modifier** la directive 2001/115/CE dans le domaine de la facturation électronique qui devait être mise en œuvre avant le 1er janvier 2004 (2).

▸ Cette directive oblige les autorités fiscales européennes à reconnaître la validité de la **facturation électronique transfrontalière** et son stockage électronique, sans système de notification ou d'autorisation préalable.

▸ Cette reconnaissance est soumise à la **condition** que l'authenticité de l'origine et l'intégrité des données soient garanties par l'utilisation de signatures électroniques (facture dite « **sécurisée** ») ou du système d'échange électronique de données EDI (facture dite « **dématérialisée** »).

▸ Pour accroître le recours à la facturation électronique, la Commission européenne propose de **supprimer** les dispositions actuelles de la directive TVA qui font **obstacle à la facturation électronique**, en cessant de faire de la facture sécurisée ou de la facture EDI des conditions préalables et en traitant les factures papier et les factures électroniques de la même manière.

▸ Le **stockage électronique** des factures serait autorisé, même lorsque la facture originale est sur support **papier** et des périodes de stockage communes seraient introduites.

Les enjeux

Accroître le recours à la facturation électronique, réduire les charges pour les entreprises, soutenir les petites et moyennes entreprises (PME) et aider les États membres à lutter contre la fraude.

(1) [Communiqué CE du 28-1-2009](#).

(2) [Directive 2001/115](#) en vigueur en France depuis le 1-1-2004.

Réduire les charges pour les PME et lutter contre la fraude

▸ Parmi les autres mesures destinées à réduire les charges pour les entreprises, il est prévu de **faciliter l'autofacturation** ou la facturation périodique et de permettre aux grandes entreprises de **centraliser** leur activité de facturation.

▸ Pour aider les PME, le recours à la **facturation simplifiée** pour les factures inférieures à 200 € seraient autorisées, de même que pour les livraisons de biens ou les prestations de services aux particuliers ainsi que pour certaines livraisons ou prestations exonérées, lorsque le risque de fraude est limité.

▸ En outre, les États membres auront la possibilité d'introduire un **système de comptabilité de caisse** dans lequel la TVA ne deviendra déductible qu'une fois la facture correspondante payée.

▸ Parallèlement à ces mesures destinées à réduire les charges pour les entreprises et à soutenir les PME, des **garde-fous** sont maintenus, voir renforcés, pour aider les autorités fiscales à lutter contre la fraude à la TVA.

▸ Les règles relatives au droit à **déduction de la TVA** seront rendues plus strictes en ce qui concerne l'obligation de détenir une facture valide et le contenu des factures.

Les conseils

Les factures papier et les factures électroniques seront traitées de manière identique pour permettre aux entreprises d'adopter des systèmes de facturation 100% électroniques.

[Pierre-Yves Fagot](#)

R e l a t i o n s s o c i a l e s

Les sources

Dialogue social sectoriel à l'échelon européen pour faire face à la crise

- Selon un rapport de la Commission européenne publié le 3 février 2009, un **dialogue structuré** entre les représentants des salariés et du patronat peut aider l'Union européenne à faire face à la crise économique (1).
- De bonnes relations facilitent l'**adaptation du personnel** et des entreprises au changement, tout en les protégeant des chocs des phases de transition.

(1) [Communiqué de la Commission européenne du 3-2-2009.](#)

Rapport sur la mobilité entre métiers

- Le **Ministère de l'emploi** indique que près de 30 % des personnes en emploi en 1998 ont évolué vers un autre métier en 2003. La mobilité est particulièrement forte dans les **métiers de l'informatique** qui se caractérisent par des **changements fréquents** de familles professionnelles au sein du même domaine (2).
- Les mouvements internes sont courants dans ce domaine : 22 % des techniciens et 25 % des cadres ont évolué vers un autre poste ou une autre fonction au cours des cinq années, respectivement 12 % et 17 % ont été promus. La demande d'informaticiens était élevée sur la **période 1998-2003** et ils sont presque exclusivement employés en CDI.

(2) [Rapport DARES, janvier 2009.](#)

Entente dans le secteur du travail temporaire

- Le **Conseil de la concurrence** sanctionne les majors de l'intérim en France (Adecco, Manpower et VediorBis) pour s'être concertés sur leur **politique commerciale** à l'égard de leurs clients « grands comptes », tels que Eiffage, La Poste, Alstom, EDF, Servair, les Galeries Lafayette ou Alcan (3).

(3) [Décision n° 09-D-05 du 2-2-2009.](#)

A travail égal, salaire égal

- Il ne peut y avoir de **différences de traitement** entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des **raisons objectives** dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence (4).

(4) [Cass. soc 21-1-2008.](#)

Clause de mobilité et droit à une vie personnelle et familiale

- Dans un contrat de travail à **temps partiel**, le refus d'un salarié d'accepter un changement de ses horaires ordonné par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, est légitimé lorsque ce changement n'est **pas compatible** avec des obligations familiales impérieuses (veuvage avec deux jeunes enfants) (5).
- Par ailleurs, une clause du contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de **modifier l'horaire** convenu en prévenant le salarié au moins **7 jours à l'avance** qu'à la double condition, de la détermination par le contrat de la variation possible et de l'énonciation des cas dans lesquels cette modification pourra intervenir.

(5) [Cass. soc. 13-1-2009, 06-45562.](#)

Indemnisation des préjudices

Une évaluation précise d'un préjudice causé par les liens commerciaux

Liens commerciaux, risque de confusion et publicité trompeuse

► Fin 2005, un vendeur de matériels HiFi-Vidéo a constaté que les requêtes effectuées à partir de sa dénomination sociale et son nom de domaine sur le moteur de recherche « google.fr », donnaient lieu à l'affichage d'un **lien commercial** « **adwords** » vers le site d'un de ses **concurrents**.

► A l'issue d'une procédure en référé visant à faire cesser l'utilisation illicite des signes distinctifs du vendeur, le lien litigieux avait été supprimé. Le vendeur a alors assigné Google et la société ayant exploité le mot clé litigieux devant le Tribunal de commerce de Paris, pour obtenir la réparation des préjudices résultant des fautes commises à son encontre.

► Pour le vendeur, l'utilisation de sa dénomination sociale et de son nom de domaine par son concurrent et leur commercialisation par Google, constituent des actes de concurrence déloyale, à l'origine d'un **détournement de clientèle** et d'une **réutilisation parasitaire de ses investissements**. Elle demande à ce titre une réparation de **50 000 €** à chacune des deux sociétés, soit **100 000 €**. Elle invoque également des actes de publicité trompeuse et de publicité comparative illicite et demande la condamnation in solidum des deux sociétés à lui verser **50 000 €** pour chacune de ces fautes. Ses préjudices sont donc chiffrés à la somme totale de **200 000 €**.

► Le jugement (1) considère que, dans le cadre de la régie publicitaire « adwords », Google ne peut bénéficier du régime de responsabilité prévu par la LCEN(2) et retient, à l'encontre du moteur de recherche et du concurrent, les actes de concurrence déloyale et de publicité trompeuse invoqués.

Une perte de chiffre d'affaires évaluée sur des bases objectives

► Pour chiffrer le préjudice résultant de la concurrence déloyale, le jugement considère le **nombre de « clics »** effectués sur l'annonce litigieuse ressortant d'un rapport établi par Google (**1 257 clics**) et le panier moyen des clients du vendeur, certifié par son Commissaire aux comptes (**700 €**). Il constate que la somme de 50 000 € « réclamée au titre de la concurrence déloyale » correspond à **71 commandes** moyennes (50 000 € / 700 €), soit un **taux de transformation** d'environ 5% par rapport au nombre de « clics » sur l'annonce ($71/1257 \times 100$). Cette approche paraissant « raisonnable », il retient un préjudice de **50 000 €**.

► Ainsi, le juge a pu évaluer précisément la **perte de chiffre d'affaires** résultant du détournement de clientèle à partir d'informations quantitatives (nombre de clics) et financières (panier moyen) **justifiées** et d'un ratio estimé, mais raisonnable (taux de transformation). Pour ce poste, l'évaluation est donc parfaitement motivée et transparente. Le principe de la réparation intégrale des préjudices aurait cependant exigé que la réparation porte, non pas sur la totalité du chiffre d'affaires non réalisé, mais uniquement sur la **marge non réalisée**, c'est à dire en déduisant du montant du panier moyen, les **coûts moyens d'achat et de commercialisation** des produits.

► Le jugement retient en outre un préjudice de **50 000 €** au titre des actes de **publicité trompeuse**, sans exposer le détail de cette évaluation.

L'enjeu

Les conséquences dommageables des liens commerciaux non autorisés sont souvent évaluées souverainement par les juges, de manière globale ou forfaitaire.

(1) **Tcom Paris 15eme Ch., 23 octobre 2008, Cobrason c. Google, Home Ciné Solutions**

(2) Art. 6 alinéa 2 de la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique du 21 juin 2004.

Les conseils

Dans cette décision, l'évaluation de la perte de chiffre d'affaires se fonde sur des bases objectives et pertinentes et notamment sur le nombre d'internautes ayant cliqué sur le lien litigieux, donnée déterminante pour apprécier l'importance des préjudices.

[Bertrand Thoré](#)

Résumé du petit-déjeuner du 4 février sur le libre

Construire son projet sur du « libre » ...

Lors du petit-déjeuner du 3 février dernier, Maître **Laurence Tellier-Loniewski** a évoqué un sujet au cœur des préoccupations contemporaines des acteurs économiques : le développement d'un nouveau modèle basé sur le logiciel libre.

Monsieur **Jean-Pierre Bigot**, expert après des tribunaux et Président de la société ESALAB, dont l'objet est la prévention des situations litigieuses mettant en cause des systèmes informatiques a évoqué la demande technique et Monsieur **Hervé Guyomard**, Sales Manager France de la société Black Duck Software, a présenté la solution technique mise en place par Black Duck Software pour identifier les logiciels libres et les licences correspondantes (1).

Bien que, désormais, l'offre de logiciels libres se soit enrichie et fiabilisée, ce modèle présente encore des risques juridiques et techniques dont il convient d'être conscient.

En l'absence de définition légale, il convient de ne pas commettre d'erreur sur la notion de logiciel libre qui ne doit pas être assimilé à un logiciel gratuit, ni de confondre logiciel libre et « libre de droit » : au contraire, tous les logiciels libres sont protégés par un droit d'auteur (Dès lors que la condition d'originalité est remplie), dont la violation constitue le délit de contrefaçon. Le logiciel libre n'est pas davantage un logiciel gratuit ; beaucoup de logiciels gratuits sont d'ailleurs des logiciels propriétaires.

La pratique définit le logiciel libre par les quatre grandes libertés accordées à son utilisateur par le titulaire des droits (2) ce qui n'empêche pas une grande disparité entre les différentes licences d'utilisation.

Ces licences se caractérisent par l'absence de garantie, aussi bien technique (absence d'assurance de pérennité), que juridique (risques de contrefaçon et de failles de sécurité) ce qui représente pour l'utilisateur un risque accru par la diversité des origines.

Mais le plus grand danger est celui des licences « copyleftées », qui « contaminent » le logiciel en obligeant à redistribuer sous la licence d'origine, non seulement le code d'origine mais encore ses évolutions, telle la licence GNU/GPL.

Les premières affaires sont sous les feux de l'actualité et le très délicat critère de l'évolution d'un logiciel, et de ses distinctions avec un développement autonome est au cœur du débat.

Dans ce cadre, il est nécessaire de définir une politique à l'égard de l'utilisation des logiciels libres dans l'entreprise et notamment, d'élaborer la cartographie des composants libres et de leurs licences, de permettre leur traçabilité et de s'assurer de la compatibilité des différentes licences susceptibles de s'appliquer à un même produit.

Jusqu'à présent, les entreprises devaient se contenter de faire un « état des lieux » basé sur un mode déclaratif. Désormais, des outils d'audit existent pour détecter la présence de composants libres, identifier leur qualité et la licence à laquelle ils ont le plus de chance d'être soumis, de manière à faire approuver, de concert, par développeurs et juristes de l'entreprise, des composants considérés comme sécurisés.

(1) Voir l'interview en page 15 du présent numéro.

(2) Liberté d'exécution du logiciel (usage illimité), liberté d'adaptation (qui nécessite l'accès au code source), liberté de redistribution (impliquant un droit de copie et un droit de diffusion), et liberté d'amélioration : définition proposée par la FSF (Free Software Foundation) à l'origine du mouvement du logiciel libre .

Prochains événements

Nouvelles technologies en 2009 et protection des données personnelles : 18 mars 2009

Alain Bensoussan animera, au côté de **Yann Padova**, Secrétaire général de la Cnil, un petit-déjeuner débat consacré à la protection des données à caractère personnel au regard des technologies émergentes en 2009.

Biométrie, cybersurveillance, géolocalisation, RFID, technoprotection et vie privée, technosurveillance, vidéoréunion, vidéosurveillance, virtualité, vote électronique, web 2.0, wifi...longue est la liste des technologies qui impactent la vie privée et les droits et libertés des personnes et qui peuvent engager la responsabilité des entreprises.

Si les technologies de l'information et de la communication sont incontournables dans la vie quotidienne comme dans l'activité des entreprises, elles entraînent également le foisonnement des traitements de données concernés par la Loi Informatique et libertés et font émerger de nouveaux risques.

Quelle politique Informatique et libertés en 2009 ? Traçage, croisement, flux de données entre de multiples acteurs et sous-traitants : comment assurer la sécurité et la confidentialité des traitements ? Comment être en conformité en 2009 ?

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner, d'aborder l'ensemble de ces questions.

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-bensoussan.com ou en faxant le [bulletin d'inscription](#) au 01 41 33 35 36.

Tendances Informatique et libertés dans le secteur public : 8 avril 2009

Emmanuel Walle animera un petit-déjeuner débat consacré aux Tendances Informatique et libertés dans le secteur public pour 2009.

Tout comme le secteur privé, le secteur public (et « semi-public ») n'échappe pas à la loi Informatique et libertés. Ainsi, l'Etat, les personnes morales de droit de droit public, les sociétés privées gérant un service public ou les sous-traitants personnes privées d'établissements public sont autant d'acteurs concernés.

Même si la loi du 6 août 2004 a eu comme objectif notamment d'unifier les dispositions applicables aux secteurs public et privé, il n'en demeure pas moins que des spécificités existent, en particulier du fait des risques plus importants pour les libertés dans le secteur public.

Ce secteur présente en effet des capacités de « centralisation » des traitements par les diverses administrations et établissements publics qui ont été cristallisées dernièrement par le projet Edvige (rebaptisé EDVIRSP) mais également par la généralisation de la vidéosurveillance, le déploiement de l'administration électronique et des téléservices ou encore du dossier pharmaceutique.

On constate que le critère de dangerosité des traitements a remplacé le critère organique « secteur privé / secteur public » abandonné en 2004 et que dans le secteur public, l'encadrement des interconnexions et échanges de fichiers doit être particulièrement surveillé.

Quelles sont les spécificités en matière de protection des données dans le secteur public ? Comment gérer des traitements pour une administration ou en relation avec une administration ? Comment assurer la sécurité des traitements ? Comment mettre en conformité ses systèmes d'information ? Quelle politique Informatique et libertés pour les administrations, établissements publics et « semi-public » en 2009 ?

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-bensoussan.com ou en faxant le [bulletin d'inscription](#) au 01 41 33 35 36.

Actualité

4^{ème} licence UMTS

▸ Le **gouvernement** a fait une déclaration à l'Assemblée nationale le **4 février 2009** sur les conditions d'attribution de la quatrième licence UMTS (*Universal Mobile Telecommunications System*) pour la troisième génération mobile (1).

L'essentiel

(1) [Assemblée nationale le 4-2-2009.](#)

Aides d'Etat en matière de R&D

▸ La Commission européenne autorise une aide française de **457 millions d'euros** accordée à **STMicroelectronics** dans le cadre du programme de R&D « **Nano2012** » visant à développer de nouvelles technologies pour la conception et la production des prochaines générations de circuits intégrés (2).

(2) [Communiqué du 28-1-2009.](#)

▸ La Commission a considéré que le programme Nano2012 est porteur d'**effets positifs** pour l'ensemble de l'Union Européenne.

Tableau de bord européen de l'innovation pour 2008

▸ Le tableau de bord européen de l'innovation pour 2008 élaboré par l'Institut de recherche économique sur l'innovation et la technologie de Maastricht (UNU-MERIT) a été publié le **22 janvier 2009** (3).

(3) [Communiqué du 22-1-2009.](#)

▸ Le rapport montre que l'UE a accompli des **progrès notables** en matière d'innovation avant la crise financière. Mais les investissements consentis par les entreprises en matière d'innovation restent cependant **relativement faibles**, surtout si l'on compare avec les États-Unis et le Japon.

Tableau de bord du déploiement des réseaux très haut débit

▸ L'**Arcep** a publié son tableau de bord de déploiement des réseaux très haut débit en fibres optiques (4). Les conditions techniques et économiques de ce déploiement conditionnent la rapidité avec laquelle les différents acteurs seront capables de proposer des offres concurrentielles.

(4) [Communiqué ARCEP du 20-1-2009.](#)

Vidéosurveillance dans les lieux publics

▸ Un nouveau **décret du 22 janvier 2009** modifie les modalités de mise en œuvre d'un dispositif de vidéosurveillance dans les lieux publics ou les lieux ouverts au public issu de la « **loi Pasqua** » du 21 janvier 1995 (5).

(5) [Décret n° 2009-86 du 22 janvier 2009.](#)

▸ L'installation des dispositifs est toujours subordonnée à une demande d'autorisation préalable auprès du représentant de l'Etat dans le Département et, à Paris, du Préfet de police. Mais le nouveau décret **simplifie les formalités** relatives aux documents et pièces à transmettre à la préfecture lors du dépôt de la demande.

Directeur de la publication : Bensoussan Alain

Rédigée par les avocats et juristes de ALAIN BENSOUSSAN SELAS

Animée par Isabelle Pottier, avocat

Diffusée uniquement par voie électronique

ISSN 1634-071X

Abonnement à : avocats@alain-bensoussan.com

Interview

Comment mettre en œuvre une stratégie et une politique open source ?

Mr Hervé Guyomard, Business Development Manager France, Black Duck Software (*)

par Isabelle Pottier



Pouvez-vous nous présenter brièvement l'activité de votre société ?

Créée aux Etats-Unis en 2002, notre société spécialisée dans le conseil autour de la propriété intellectuelle sur les logiciels Open Source compte environ une centaine de personnes. Nous avons aujourd'hui une présence mondiale et européenne, avec plus de six cent clients (Inde, Japon, Corée de Sud, Taïwan, Hong Kong, etc.) répartis en plusieurs grands secteurs : électronique (c'est-à-dire toute société qui embarque et développe du logiciel dans tout type de matériel (PABX, central téléphonique, téléphone mobile, télévision, etc.) et éditeurs de logiciels classiques pour faire respecter la stratégie en terme de logiciels libres dans leur société ; la stratégie pouvant aller du refus de toute présence de libres dans la moindre application, à l'intégration d'un maximum de logiciels libres. Dans le premier cas, nous fournissons aux entreprises, des solutions et des services permettant de contrôler que leurs équipes internes et externes (sous-traitants, sociétés de développement offshore, etc.) ou que les applications achetées en OEM auprès d'autres sociétés, n'ont pas de logiciels libres (Protex). Dans le deuxième cas, nous avons mis en place une solution technique pour identifier les logiciels libres et les licences correspondantes afin de gérer les risques juridiques liés à la propriété intellectuelle des logiciels open source (Code Center).

Le recours au logiciel libre présente-t'il des risques aujourd'hui ?

Pas plus que d'acquérir un logiciel propriétaire auprès d'un éditeur qui propose des développements. Vous pouvez avoir de très bons comme de très mauvais logiciels. Le choix de recourir aux libres procède de la même démarche que lorsque l'on va choisir un logiciel propriétaire. Les mêmes questions se posent en terme qualité, de sécurité ou de pérennité. En règle générale, les libres sont reconnus comme étant de très bonne qualité (80 % des contributeurs de libres, sont des développeurs professionnels délégués par leurs sociétés de services). Mais aujourd'hui, le débat se pose plutôt en termes de coût. Comment intégrer une partie de libres dans des développements propriétaires existants aux meilleurs coûts, de manière à concentrer ses efforts budgétaires de développement sur sa vraie valeur ajoutée. Autant intégrer tout les développements libres sur lesquels l'entreprise n'apporte aucune plus value. Les vraies questions portent davantage sur la manière de sécuriser cette intégration au plan juridique et technique afin de choisir les bons composants open source.

Quelle est l'originalité de votre solution pour identifier des conflits de licences ?

Depuis 2002, nous collationnons tout ce qui fait un logiciel libre à travers le monde. Nous avons ainsi développé une base de connaissance qui suit de manière automatique et manuelle (à partir de publications papier), plus de 180 000 projets open source. A côté de ces données brutes, nous avons développé un répertoire descriptif de tous ces composants à l'aide de critères techniques (operating system, fonctionnalités, serveur web, etc.) mais également juridiques au regard des 1400 licences existantes (droits et obligations). Nos solutions permettent de reconnaître dans un développement, la présence ou non d'un composant open source et de présenter dans un rapport, toutes les obligations liées aux licences concernées. Il appartient ensuite à l'entreprise, en fonction de sa stratégie, de choisir ou non, d'intégrer les composants audités, en toute connaissance de cause. Grâce à notre récent rapprochement avec LINAGORA, nous assurons une gestion globale de la chaîne de risques (juridique, organisationnelle, technologique) (**).

(*) <http://www.blackducksoftware.com/fr> ; (**) <http://www.linagora.com/>