



## LES POUVOIRS DE SANCTION DE L'HADOPI DECLARES INCONSTITUTIONNELS

### Pas de suspensions automatiques de l'abonnement internet

- Le Conseil constitutionnel vient de **censurer** les pouvoirs de sanction de l'Hadopi (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet).
- Dans sa décision du **10 juin 2009** (1), le Conseil affirme, tout d'abord, la constitutionnalité de l'obligation générale de surveillance mise à la charge de tout titulaire d'un accès à internet, qui doit veiller à ce que son accès ne soit pas utilisé à des fins de contrefaçon (2).
- En revanche, il considère qu'est inconstitutionnel le principe selon lequel le titulaire de l'accès est **responsable** de tout acte de contrefaçon commis grâce à sa connexion, sauf s'il démontre qu'il a mis en œuvre l'un des moyens de sécurisation labellisés par l'Hadopi, qu'il y a eu une utilisation frauduleuse de sa connexion ou encore qu'il existe un cas de force majeure.
- Pour le Conseil, ce renversement de la charge de la preuve induit, à l'encontre du titulaire de l'accès à internet, une **présomption de culpabilité** contraire à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
- Le Conseil considère que la **coupure de l'accès** à internet, comme sanction des manquements à l'obligation de surveillance, **est inconstitutionnelle**, en ce qu'elle est prononcée par l'Hadopi. Le droit à la libre communication des pensées et des opinions, reconnu par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 11), implique la liberté d'accès aux services de communication au public en ligne. Seule une juridiction peut avoir le pouvoir de restreindre l'exercice de cette liberté.

### La partie non censurée d'Hadopi promulguée

- Le Conseil a validé la disposition permettant aux titulaires de droits de propriété intellectuelle, en présence d'un site contrefaisant, de **saisir le tribunal de grande instance** (éventuellement en référé) afin de le voir prononcer toute mesure propre à prévenir ou à faire cesser les actes de contrefaçon (3).
- Cette disposition **ne constitue pas une nouveauté** ; depuis 2004, la loi pour la confiance dans l'économie numérique offre une telle possibilité et autorise même l'autorité judiciaire à intervenir dans le cadre d'une procédure non contradictoire (par requête) (art. 6 I de la LCEN).
- La loi a été **promulguée**, pour sa partie non censurée, le 12 juin 2009. Elle comporte notamment un ensemble de dispositions venant modifier de manière importante le régime des droits des journalistes sur leurs articles de presse.
- Le Gouvernement a par ailleurs annoncé qu'un **texte sur les sanctions** devrait **prochainement** être proposé.

### L'enjeu

Le droit à la libre communication des pensées et des opinions, reconnu par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, implique la liberté d'accès aux services de communication au public en ligne. De ce fait, seule une juridiction peut se voir reconnaître le pouvoir de restreindre l'exercice de cette liberté.

(1) [Déc. n°2009-580 DC du 10-6-2009](#).

(2) Art. 11 de la loi et 1er al. du futur art. L. 336-3 du CPI.

### Les perspectives

Un texte sur les sanctions devrait prochainement être proposé.

(3) Art. 10 de la loi et futur art. L.336-2 du CPI.

[LAURENCE  
TELLIER-LONIEWSKI  
ANNE BELMONT](#)



## DETOURNEMENT DE LA LICENCE OEM MICROSOFT

### La vente en ligne de plusieurs centaines de copies illicites

- La cour d'appel de Douai a condamné un revendeur de produits informatiques à **huit mois de prison** avec sursis et à **200 000 euros de dommages et intérêts** pour avoir contrefait des logiciels Microsoft et sa marque (1).
- **Entre 2002 et 2005**, il avait revendu notamment via internet des exemplaires de logiciels Microsoft, gravés sur CD, accompagnés des « stickers » de licence (**certificats d'authenticité**) récupérés sur des matériels anciens en l'état (unités centrales et portables) achetés chez des « brokers informatique ».
- Les CD gravés portaient la mention manuscrite « **98 SE** » correspondant au sigle du système d'exploitation « Microsoft Windows 98 SE (seconde édition) » et étaient présentés comme étant une sauvegarde.
- A ce titre, ils étaient **vendus** à un prix **9 fois inférieur au prix du marché**. Microsoft a porté plainte pour contrefaçon.
- La Cour d'appel de Douai a sévèrement condamné cette pratique, qui constitue un **détournement de la licence OEM** (Original Equipment Manufacturer) (2).

### Un logiciel composant d'ordinateur, ne peut être vendu d'occasion

- Si rien n'empêche la vente de **matériel informatique d'occasion**, les licences intégrées au matériel nécessitent quant à elles l'**autorisation de l'éditeur** car elles ont été mises sur le marché en tant que « **composant** » d'un ordinateur.
- La cour d'appel a considéré que les CD livrés étaient des **copies** et non des sauvegardes puisqu'elles avaient vocation à être vendues, aux fins d'une nouvelle exploitation sur un matériel autre que celui d'origine.
- La notion de copie de sauvegarde ne pouvait trouver à s'appliquer en l'espèce dès lors que les copies litigieuses n'étaient pas réalisées par l'utilisateur final ayant acquis un original licitement.
- Il s'agissait donc d'un **détournement de la licence OEM** concernant les **systèmes pré installés** fournis aux distributeurs.
- Les éditeurs de logiciels se sont félicités de cette décision, insistant sur l'importance pour le consommateur de disposer d'une réelle **garantie d'authenticité** du logiciel dont il acquiert les droits.
- Ces **licences intégrées au matériel**, mises sur le marché en tant que « composant » d'un ordinateur, font toutefois l'objet actuellement de nombreuses contestations par des consommateurs (3), en particulier auprès des partisans du logiciel libre, insatisfaits de se voir imposer cette **vente subordonnée**.
- Cette forme de vente ne correspondrait plus aux attentes d'une grande partie des consommateurs qui souhaite avoir le choix des logiciels préinstallés sur leur ordinateur ou acheter un ordinateur sans logiciels (4).
- Il est donc indispensable pour les éditeurs de logiciels préinstallés d'**anticiper l'évolution** des comportements et des besoins des **consommateurs** dans le domaine de l'informatique, qui peuvent avoir d'importantes répercussions en droit de la consommation, mais aussi s'agissant des droits de propriété intellectuelle.

### Les enjeux

Pouvoir vendre d'occasion des logiciels d'exploitation sans léser les éditeurs.

(1) CA Douai, 26-01-2009.

(2) Fabricant de pièces détachées intégrées dans un ensemble et reconnue par l'intégrateur comme étant sous sa responsabilité.

### Les conseils

Un logiciel composant d'ordinateur, ne peut être vendu « d'occasion » sans autorisation de l'éditeur.

Se rend coupable de contrefaçon le revendeur informatique qui vend des copies de logiciels sous licence OEM, sans le matériel sur lequel ils étaient installés à l'origine.

(3) [Sur notre site](#), TGI Paris 24-5-2008 ; Trib. de proximité Libourne, 13-2-2008 et Tarascon 20-11-2008.

(4) Rép. Min. n°27827, 13e législature, JOAN Q, 26-8-2008.

[BENOIT DE ROQUEFEUIL](#)  
[GWENÆLLE BOURGE](#)



## PREMIERE DECISION DE L'ARCEP SUR LE PARTAGE D'INFRASTRUCTURES 3G

### Les solutions de partage d'infrastructures actuellement en œuvre

- Aux termes de la décision de l'Arcep du 9 avril 2009 (1), les opérateurs ont eu jusqu'au 15 juin 2009 pour lui transmettre une **première proposition** de liste de zones géographiques où seront partagées des installations de réseau.
- A ce jour, et pour les besoins de la couverture des zones blanches en télécommunications mobiles de 2ème génération, les opérateurs ont mis en œuvre des solutions de partage de leurs **infrastructures passives uniquement**. Elles correspondent au site d'implantation des relais de téléphonie mobile, aux locaux techniques nécessaires à leur fonctionnement, ainsi qu'aux pylônes servant de support à l'implantation des antennes d'émission-réception.
- Ce partage a été organisé soit sous la forme de prestations d'accueil, offertes par l'un des opérateurs installés dans la zone concernée, des équipements des autres opérateurs intéressés, soit par l'accueil sur les infrastructures passives financées généralement par des collectivités locales des équipements des opérateurs intéressés.
- L'Arcep a exploré les conditions dans lesquelles ce partage pourrait concerner les **infrastructures actives**, c'est-à-dire les équipements électroniques eux-mêmes. Ce partage, qui présente des **enjeux concurrentiels importants** pour les opérateurs, se réaliserait selon deux types de solutions : le **partage du réseau** d'accès radioélectrique (2) ou des solutions d'**itinérance 3G**.
- L'Arcep note qu'il existe peu d'exemples dans le monde de ce type de partage. En revanche, l'itinérance 3G est une solution qui a déjà été explorée par les opérateurs en France s'agissant de leurs réseaux 2G pour les besoins de la couverture des zones blanches.

### Les attentes de l'Arcep : une convention cadre avant fin 2009

- L'Arcep a demandé aux opérateurs de lui transmettre une première proposition de liste de zones géographiques dans lesquelles ce partage pourrait être réalisé.
- L'examen des zones géographiques devra prendre en compte les différences liées à l'état d'avancement du déploiement des différents réseaux 3G, la situation existante en matière d'infrastructures des réseaux 2G, la cohérence territoriale des zones qui seront proposées, ainsi que la protection de l'environnement.
- Par ailleurs, la **convention cadre** qui devra être signée avant **fin 2009** devra également prévoir les conditions dans lesquelles pourront être accueillies les infrastructures du **4ème opérateur 3G** lorsque la procédure d'attribution des fréquences correspondantes aura été réalisée.
- Il convient de noter qu'au regard de la situation du déploiement des réseaux de 2G et des perspectives de déploiement des réseaux de 3G, l'Arcep ne considère pas nécessaire d'introduire une obligation de partage des infrastructures actives en dessous d'un seuil de couverture correspondant à 95 % de la population.
- Or, la couverture des réseaux de 2G est actuellement de 97 % de la population et le taux de réutilisation des infrastructures passives pour le déploiement des réseaux 3G permettrait d'aboutir à un taux de couverture similaire, soit  $\geq 95$  %.

### L'enjeu

Améliorer la couverture du territoire en radio-communications mobiles de 3ème génération grâce à la mise au point de règles de partage des installations des réseaux.

Apporter la couverture GSM dans plus de 3 300 communes où aucun des trois opérateurs n'est présent.

(1) [Décis. n° 2009-0328 du 9-4-2009](#).

(2) Utilisation commune par deux ou plusieurs opérateurs, d'équipements actifs et des fréquences qui leurs sont assignées.

### Les perspectives

L'Arcep souhaite que les opérateurs s'engagent dans une démarche active de mise en œuvre de solutions de partage des infrastructures notamment par le biais de la conclusion d'une convention cadre avant la fin de l'année 2009.

[FREDERIC FORSTER](#)

## LA CNIL ACCROIT SES INVESTIGATIONS ET SANCTIONNE

### L'activité de la Cnil en 2008

- En 2008, la Commission a **multiplié les actions de contrôle** sur place visant à vérifier le respect de la réglementation Informatique et Libertés par les entreprises et établissements publics (1).
- La Commission annonce d'ores et déjà pour l'année 2009, sa volonté d'**augmenter le nombre des contrôles** sur place ou sur pièces, y compris dans les régions où villes dans lesquelles elle n'a jamais eut l'occasion de se rendre à ce jour, d'où la nécessité de mettre en place rapidement un **plan d'audit** et de **régularisation** des formalités Cnil.
- Ces contrôles auront notamment pour objet de vérifier que les préconisations qu'elle a formulées en 2008 sont prises en compte, notamment celles relatives aux opérations de **prospection commerciale** par l'intermédiaire du réseau Bluetooth.
- L'année 2008 a également été marquée par la **multiplication des sanctions** pécuniaires prononcées à l'encontre des contrevenants, en particulier lorsque la Commission a constaté des commentaires abusifs dans les zones « **blocs notes** » des applications relatives à la gestion commerciale et des ressources humaines.
- Enfin, la Cnil se réjouit de la progression du nombre de **correspondants Informatique et libertés** notifiés en 2008 (**plus de 4 000**) qui démontre la volonté des entreprises de déployer une politique informatique et libertés en leur sein.

### Une priorité de la Cnil : les BCR

- Parmi les actions prioritaires de la Cnil figure la gestion des **flux transfrontières intra-groupes** par l'intermédiaire de règles internes d'entreprise (« binding corporate rules » ou « BCR ») pour encadrer des transferts internationaux de données.
- La loi du 6 janvier 1978 modifiée prévoit expressément qu'il peut être fait recours à des « règles internes » pour encadrer de tels transferts de données (art. 69 al. 8).
- Les **règles internes** constituent un ensemble de règles relatives à la protection des données personnelles élaborées par l'organisme du responsable de traitement dont le respect est obligatoire pour chacune des entités membres du groupe.
- La vocation de telles règles est d'offrir une **norme interne** de référence en matière de protection des données personnelles pour l'ensemble des sociétés d'un groupe international.
- Emises par la direction du groupe, elles contribuent à **uniformiser** les pratiques et ce faisant, à **prévenir les risques** inhérents au traitement de données personnelles, en particulier au sein des sociétés du groupe établies dans des pays ne disposant pas de législation de protection des données personnelles.
- Ces règles internes constituent un moyen souvent plus **flexible** que les contrats pour encadrer les communications de données personnelles intra-groupes.

### Bilan 2008

- ▶ 71 990 traitements de données nominatives
- ▶ 4244 plaintes
- ▶ 2516 demandes de droit d'accès indirect aux fichiers de police
- ▶ 586 délibérations (+ 50 % par rapport à 2007)
- ▶ 218 contrôles (+ 33 % par rapport à 2007)
- ▶ 126 mises en demeure, 1 avertissement
- ▶ 9 sanctions financières pour un total de 137 100 €.
- ▶ 5 dénonciations au Parquet.

(1) [Cnil 29e rapport](#).

### Les conseils

- ▶ Auditer les traitements et les flux transfrontières ;
- ▶ Evaluer les écarts à la réglementation ;
- ▶ Mettre en place un plan de régularisation :
  - désigner un CIL,
  - encadrer les flux transfrontières, etc.

[CHLOE TORRES](#)

## LE PROJET LOPPSI : DE LA VIDEOSURVEILLANCE A LA VIDEOPROTECTION

### Accompagner l'essor de la vidéosurveillance

- Le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI) (1) contient un important **volet vidéosurveillance** qui vient compléter le récent dispositif juridique simplifiant les formalités liées aux demandes d'autorisation préfectorale (2).
- Le plan national d'équipement voulu par la Ministre préconise de **multiplier par trois le nombre de caméras** sur le territoire, en passant de 20 000 à 60 000 caméras de voie publique, cette année.
- La « **mise en réseau** » et « **l'interconnexion** » des systèmes publics sont également des mesures qui doivent accompagner l'essor de la vidéosurveillance et permettre notamment aux collectivités qui investissent dans cet outil de s'assurer du retour sur investissement.
- En effet, le plan national d'équipement impulsé par l'Etat, repose essentiellement sur le **financement des collectivités**. Or, en réalité, le poids financier de la vidéosurveillance repose moins sur la technologie choisie que sur les travaux publics nécessaires à la mise sur pied d'un système.

### Etendre les finalités pour lesquelles la vidéoprotection peut être utilisée

- Les articles 17 et 18 du projet **étendent les finalités** pour lesquelles il peut être recouru à la vidéosurveillance.
- Actuellement, les personnes privées ne peuvent installer un système de vidéoprotection dans des lieux ouverts au public que si les **lieux** sont **susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme**. Elles ne peuvent visionner la voie publique que pour assurer la sécurité des abords immédiats de leurs bâtiments et installations.
- Les **dispositions nouvelles** leur permettent d'installer des systèmes de vidéoprotection filmant notamment les abords de leurs bâtiments, afin de prévenir des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des **risques d'agression ou de vol**.
- Il est prévu que les **délais de conservation** des images pourront faire l'objet d'une durée minimale fixée par le Préfet. En plus d'une mise en commun possible d'installation, le projet de loi encadre également les possibilités de délégation de certaines compétences aux personnes privées.
- Pour renforcer la protection de la vie privée des personnes, les **compétences** de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) en matière de vidéoprotection sont **étendues** à une mission de contrôle du développement de cette technique.
- Parallèlement, le **Préfet** reçoit un **pouvoir de sanction renforcé**, en vertu duquel il peut décider la fermeture temporaire des établissements où fonctionne un système de vidéoprotection non autorisé.
- Ces nouvelles mesures, au centre desquelles doit figurer une **nouvelle Commission**, ne permettent pas de trancher le conflit de compétences entre la Cnil et le Préfet.
- La tendance est plutôt au renforcement des **compétences du périmètre de la loi Pasqua**.

### Les enjeux

Développer la vidéoprotection à des fins de prévention et de dissuasion ou de résolution d'affaires délictuelles ou criminelles tout en renforçant les garanties apportées à la protection de la vie privée.

(1) [Doc. Ass. nat. n° 1697 du 27 mai 2009](#).

(2) Décret du 22-1-2009.

### Les perspectives

Un projet de déploiement de caméras passe par :

- la définition d'une stratégie globale (coopération, regroupement en communauté d'agglomération, intégration aux projets de mobiliers urbains) ;
- un diagnostic sécurité, dans lequel la pose de caméras ne s'accompagne pas automatiquement d'une réduction de personnel, mais plutôt de la formation d'agents de prévention et de sécurité.

Le choix de zones ciblées et la rationalisation des caméras sont préférables à la multiplication des caméras.

[ERIC BARBRY](#)  
[EMMANUEL WALLE](#)

## TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE RECOURS APPLICABLES AUX CONTRATS PUBLICS

### Accroître l'efficacité des recours

- L'**ordonnance du 7 mai 2009** (1) transposant la directive européenne 2007/66/CE (2) relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, a été publiée au Journal Officiel du 8 mai 2009.
- Ce texte est accompagné d'un **rapport** au président de la République (3) qui rappelle que la directive vise à **accroître l'efficacité des recours**, avant et après la signature des contrats, et à lutter contre la passation des marchés de gré à gré illégaux.
- Dans ces conditions, la transposition, en droit français, nécessite de compléter le régime du **référé précontractuel** et de créer un recours après la signature du contrat.
- Afin de répondre aux exigences de lisibilité du droit, le Code de justice administrative est donc **réorganisé**.
- La modification du référé précontractuel, qui permet au juge de statuer avant la signature du contrat, s'accompagne de la **création du référé contractuel**.
- En matière de référé précontractuel, l'introduction du recours suspend automatiquement la signature du contrat.
- S'agissant du référé contractuel, il permet au juge d'intervenir avec une efficacité comparable, une fois le contrat signé.

### Les conditions de mise en œuvre des nouveaux recours

- La signature du contrat ne fera ainsi plus obstacle à ce que soient immédiatement **sanctionnés le non-respect des obligations** de transparence et de mise en concurrence mais également la violation du délai de suspension ou le non-respect de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du juge du référé précontractuel.
- Le juge est également doté de **pouvoirs nouveaux** : prononcer l'annulation ou la résiliation du contrat, en réduire la durée ou infliger des pénalités financières.
- Il est ainsi tenu de prononcer la nullité en cas de manquements graves à ces obligations (4), seules des raisons impérieuses d'intérêt général, elles-mêmes encadrées, peuvent justifier qu'une autre sanction soit prononcée (5).
- En cas de violations plus simples, le juge peut choisir librement parmi la nullité, l'abrégement du contrat ou des pénalités financières (6).
- Pour mémoire, tous les marchés publics au sens du droit communautaire, sont concernés (marchés publics, BEA, concessions, délégations de services publics) et les recours sont ouverts à **toutes les entreprises** ayant intérêt à conclure le contrat et qui sont **susceptibles d'être lésées** par le manquement invoqué.
- S'agissant du **cumul des deux procédures**, il est précisé qu'une entreprise qui aura exercé un référé précontractuel ne sera pas recevable à exercer le référé contractuel si l'acheteur public s'est conformé à la décision rendue sur ce recours et s'il a respecté l'obligation de ne pas signer le contrat.
- Ces nouveaux recours seront applicables aux contrats pour lesquels une consultation aura été **engagée à partir du 1er décembre 2009**.

### Les enjeux

Renforcer les possibilités de recours des opérateurs économiques qui auraient été évincés lors d'une passation de marché, s'ils estiment que les obligations de publicité et de mise en concurrence n'ont pas été respectées.

(1) [Ord. n°2009-515 du 7-5-2009](#).

(2) Dir. n° 2007/66/CE du 11-12-2007.

(3) [Rapport au Président de la République du 8-5-2009](#).

### Les perspectives

La transposition de la directive européenne 2007/66/CE relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics sera complétée par un décret en Conseil d'Etat.

(4) Art. L. 551-18 du CJA et art. 16.

(5) Art. L. 551-19 du CJA et art. 17.

(6) Art. L. 551-20 du CJA et art. 18

**FRANÇOIS  
JOUANNEAU**



## LA RESPONSABILITE DES EDITEURS DE SITES DE STREAMING

### Les œuvres originales diffusées en streaming sont protégées

- Dans un jugement du **13 mai 2009**, le Tribunal de grande instance de Paris a rappelé, si besoin est, que les **œuvres originales** qui font l'objet de diffusion en streaming sont protégées par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle (1).
- Le **streaming** est un procédé qui permet la lecture d'un **flux audio ou vidéo** sur internet sans que le contenu n'ait à être téléchargé au préalable sur le disque dur de l'utilisateur, le contenu étant lu directement sur des serveurs centralisés.
- Ce **procédé de diffusion en flux** est de plus en plus répandu, les sites internet, tels que YouTube ou Dailymotion, se multipliant sur le web.
- Le Tribunal de grande instance de Paris juge que la **diffusion en streaming**, sans autorisation de l'auteur, est **interdite**. Toutefois, le Tribunal déboute les titulaires de droits de leurs demandes à l'encontre des sociétés éditrices de sites de partage de vidéos qui justifient avoir été **vigilantes**.
- Dans cette affaire, les **auteurs et producteurs d'un documentaire** intitulé « Moi, Fidel Castro » ont engagé une action devant le Tribunal de grande instance de Paris à l'encontre des **éditeurs des sites sur lesquels** le documentaire avait été reproduit par streaming, considérant ces **faits constitutifs de contrefaçon** des droits patrimoniaux d'auteur et de producteur de vidéogrammes.

### Les hébergeurs retirant promptement les contenus signalés ne sont pas responsables

- La reproduction de ces documentaires avait, d'ores et déjà, fait l'objet de **plusieurs interdictions** et les documentaires avaient été retirés des sites de streaming à plusieurs reprises, sans résultat, le contenu étant remis en ligne immédiatement par les internautes.
- Ainsi, la diffusion de ces documentaires avait été **poursuivie** nonobstant les **interdictions** prononcées et les **titulaires de droits** avaient assigné pour contrefaçon les sociétés éditrices des sites de streaming.
- Le Tribunal de grande instance de Paris a accueilli la position des sociétés YouTube, Google Video et Dailymotion qui contestaient leur responsabilité sur l'édition des contenus, en raison de leur qualité d'**hébergeur** pour le stockage et la mise en ligne des vidéos.
- La loi pour la confiance en l'économie numérique, dite **LCEN**, définit en effet la responsabilité et les obligations des prestataires intermédiaires parmi lesquels les hébergeurs (2).
- Or en application de l'article 6-I.2 de la LCEN, le tribunal a retenu que les hébergeurs avaient respecté leurs obligations en **retirant promptement les contenus** qui leur étaient signalés.
- Ces derniers **respectent leurs obligations d'hébergeur** « *sans commettre de faute intentionnelle et persistante visant à faciliter la commission d'infraction aux droits de propriété intellectuelle* ». Cette décision illustre la **difficulté d'obtenir des mesures efficaces** de cessation d'actes de contrefaçon avérés lorsque les éditeurs se placent hors d'atteinte.

### Les enjeux

Ne pas engager sa responsabilité du fait des plates-formes de streaming lorsque le contenu accessible par leur biais est un contenu protégé.

(1) [TGI Paris 13-5-2009](#).

### Le principe

Relève du régime d'hébergeur, le prestataire qui n'est pas personnellement à l'origine du contenu et de sa mise en ligne quand bien même il fournirait à l'internaute les moyens d'une mise en ligne de contenus avec des avertissements quant à la licéité des informations transmises, sans en contrôler la teneur et en ne s'autorisant qu'un contrôle a posteriori.

(2) Loi n°2004-575 du 21-6-2004.

[LAURENCE TELLIER-LONIEWSKI](#)  
[MARIE SOULEZ](#)



## LES CONDITIONS POUR EXTERNALISER DES ARCHIVES

### Identifier les pré requis juridiques

- L'une des 1ères étapes d'un projet d'archivage consiste à devoir identifier les pré requis juridiques applicables à toute organisation (1).
- Cette **étape** permet de définir les objectifs de l'organisme, qui devront être formalisés dans la politique d'archivage. Ces objectifs peuvent être de **trois ordres**, conformité à des **obligations légales** ou réglementaires, **probatoire et sécuritaire**, afin de préserver l'intégrité des documents conservés, et **patrimonial**, c'est-à-dire de préservation du savoir.
- La méthodologie de mise en œuvre du projet d'archivage peut également s'appuyer sur **deux modèles**, l'un orienté archivage à long terme (OAIS), l'autre valeur probante (MoReq2).
- **OAIS** est le modèle de référence pour un système ouvert d'archivage d'information (2). **MoReq2** est le nouveau standard européen en matière d'archivage électronique adopté en février 2008 (3).
- La **norme NF Z 42-013:2009** sur le système d'archivage électronique comporte des exigences fonctionnelles et, plus particulièrement, spécifie les conditions contractuelles auxquelles doit répondre l'**externalisation** d'archives.
- Il importe de souligner que la conformité aux exigences normatives n'emporte pas ipso facto **conformité aux exigences réglementaires**, notamment en ce qui concerne les services d'investissement.

### Le contrat avec le tiers archiveur

- Le contrat portant sur l'**externalisation des archives** devra contenir des clauses précisant les moyens de **sécurité physique et logique** mis en œuvre pour assurer l'intégrité et la confidentialité des données à caractère personnel.
- La sélection d'un tiers archiveur implique de formaliser ses exigences dans un **cahier des charges** qui aura vocation, une fois le prestataire retenu, à figurer en annexe au contrat.
- Les exigences du cahier des charges comporteront, outre les exigences techniques et fonctionnelles issues de la politique d'archivage, les **exigences contractuelles essentielles** (réversibilité, accord de niveau de service, plan de reprise d'activité, ...).
- S'agissant des exigences fonctionnelles, le cahier des charges peut être élaboré sur la base du **modèle MoReq2**.
- Les exigences contractuelles figurant dans le cahier des charges faciliteront d'autant la sélection des offres et, la négociation du contrat.
- Cette démarche permettra d'établir la **conformité de la solution** de tiers archivage aux exigences, notamment réglementaires, de chaque organisme, telles que formalisées dans une politique d'archivage tout en dotant ce même organisme d'un outil contractuel au service de la gestion des risques et de la conformité.

### Les enjeux

Ne pas négliger l'importance des études préalables, et privilégier une approche pluridisciplinaire.

S'appuyer sur les normes officielles

- (1) Norme ISO 15489-2 sur le records management.
- (2) OAIS : Open Archival Information System.
- (3) MoReq2 : Model Requirements for the Management of Electronic Records  
[www.moreq2.eu](http://www.moreq2.eu)

### Les conseils

La sécurité juridique passe par l'élaboration d'un cahier des charges fonctionnel, technique et contractuel.

[PHILIPPE BALLET](#)





## DROIT DE COMMUNICATION DE L'ADMINISTRATION FISCALE AUPRES DES OPERATEURS

### La lutte contre la fraude via Internet

- Depuis le **1er janvier 2009** (1), les agents des impôts peuvent se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement ainsi que les autres prestataires de services fournis par voie électronique.
- Il s'agit de renforcer les moyens de l'administration fiscale dans la **lutte contre la fraude via l'Internet**.
- L'administration fiscale pourra ainsi demander au site internet assurant le **courtage de vente de biens en ligne** ou offrant des prestations de services, la communication de l'identité des personnes vendant des biens ou des services, la nature des biens ou des services vendus, la date et le montant des ventes ou des prestations effectuées.
- Par ce droit de communication, l'administration espère ainsi pouvoir mieux **contrôler les particuliers** qui font de la vente en ligne à titre professionnel une activité commerciale occulte ou partiellement déclarée, en profitant de l'anonymat que leur assure l'emploi de pseudonyme.
- Cette situation va donc, contraindre les sites internet à devoir conserver ces informations.

### Les conditions du droit de communication

- La **durée de conservation** des ces informations varie selon la nature des données sur lesquels l'administration peut exercer son droit de communication.
- Ces entreprises, en tant que sociétés commerciales, sont soumises aux dispositions applicables en matière de conservation des documents comptables qui prévoient un délai de conservation de **six ans** des documents soumis au droit de communication (2).
- Pour les informations relatives à **l'identification de l'utilisateur**, la durée de conservation de ces données est, en revanche, **d'un an** à compter du jour de l'enregistrement (3).
- Ce droit de communication vise également les fournisseurs d'accès à internet et les fournisseurs d'hébergement.
- Dans le cadre de son droit de communication, l'administration pourra ainsi obtenir **l'identité des propriétaires de sites de ventes** ou de prestations de services en ligne.
- Ce droit de communication vise, enfin, les opérateurs de communications électroniques.
- Par opérateur de communications électroniques, il convient d'entendre « *toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* » (4).
- Cette dernière catégorie recouvre, en pratique, les fournisseurs d'accès à internet (FAI) que ceux-ci exploitent un service de communication audiovisuelle (câble, satellites, faisceaux hertziens, etc.) ou un service téléphonique (fixe ou mobile).

### L'enjeu

Renforcer les moyens de l'administration fiscale dans la lutte contre la fraude via l'Internet en la dotant d'un nouveau droit de communication sur les opérateurs télécoms, les FAI et les fournisseurs d'hébergement ainsi que certains prestataires de services fournis par voie électronique.

(1) [Loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008](#), art. 55.

### Les conseils

Les vendeurs français qui utilisent des sites à titre professionnel doivent se faire connaître normalement auprès des services fiscaux compétents. Ils sont soumis à des obligations déclaratives et doivent acquitter les impôts et taxes professionnels dont ils sont redevables conformément à la législation en vigueur.

(2) Livre des procédures fiscales, article L.102B.

(3) Code des postes et des communications électroniques art.L34-1.

(4) Code des postes et des communications électroniques, art. L.32.

[PIERRE-YVES FAGOT](#)

## Emploi des seniors : mise en œuvre de la pénalité applicable en 2010

- Le 21 mai 2009, a été publié, au Journal officiel, un **décret** relatif au contenu et à la validation des accords et des plans d'action en faveur de l'emploi des **salariés âgés** (1).
- Ce décret fixe les **modalités d'application de la pénalité** que les entreprises d'au moins 50 salariés ou appartenant à un groupe comptant au moins 50 salariés, non couvertes par un accord en faveur de l'emploi des salariés âgés ou, à défaut, par un plan d'action en la matière, devront verser **à partir du 1er janvier 2010**.
- La pénalité sera **due pour chaque mois** entier au cours duquel l'entreprise n'est pas couverte par l'accord ou le plan d'action.

## Source

(1) [Décret n° 2009-560 du 20-5-2009](#).

## Droit de mise à la retraite d'office et communication du relevé de carrière

- La société qui envisage la mise à la retraite d'office d'un employé doit pouvoir **prouver**, en vertu des dispositions d'une convention collective, que ce dernier bénéficiera d'une **retraite à taux plein**.
- Or cette preuve ne peut résulter que d'un **relevé de carrière** que le salarié est seul à pouvoir détenir et qu'en l'espèce, il refusait de communiquer à l'employeur, s'agissant d'un document confidentiel relevant de sa vie privée.
- La Cour de cassation a considéré qu'il existait un motif légitime d'**ordonner la communication de ce relevé** à l'employeur afin qu'il puisse exercer son **droit de mise à la retraite d'office** conformément à l'accord de branche, ou renoncer à cette mise à la retraite dans le cas où le salarié n'aurait pas droit à une retraite à taux plein (2).

(2) [Cass. soc. 13-5-2009, n°08-41826](#).

## Irrégularité de la procédure de licenciement et préjudice du salarié

- La Cour de cassation rappelle que le non-respect d'une **formalité de la procédure de licenciement** entraîne nécessairement pour le salarié un préjudice que le juge doit réparer.
- En l'espèce, la cour casse la décision des juges d'appel ; ces derniers avaient considéré à tort que le seul fait que le **lieu de l'entretien préalable** ne figurait pas dans la **lettre de convocation** ne pouvait en aucun cas avoir causé un préjudice au salarié dès lors que l'entreprise n'avait qu'un seul établissement où étaient concentrés toutes ses activités (3).

(3) [Cass. soc. 13-5-2009, n°07-44.245](#).

## Caractère discrétionnaire d'une prime et principe « à travail égal, salaire égal »

- La Cour de cassation rappelle que lorsqu'un salarié qui se prétend victime d'une discrimination soumet au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une **atteinte au principe d'égalité de traitement**, il incombe à l'employeur de justifier la différence de traitement par des éléments objectifs.
- Par conséquent, l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération (en l'espèce, **un bonus annuel de résultats**) (4).

(4) [Cass. soc. 30-4-2009, n° 07-40527](#).

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



# Indemnisation des préjudices

## LES PREJUDICES RESULTANT DE LA COMMERCIALISATION ILLICITE D'ENREGISTREMENTS MUSICAUX

### Une demande d'indemnisation fondée sur la directive « contrefaçon »

- Quatre artistes-interprètes jamaïcains demandaient au Tribunal de grande instance de Paris à être indemnisés des préjudices résultant de la **reproduction et de la commercialisation en France**, sans leur autorisation, de certains de leurs **enregistrements musicaux**, distribués en France sur des CD et sur le site internet iTunes.
- Se fondant notamment sur l'article 13.1 de la Directive « contrefaçon » (1), les artistes interprètes évaluaient leurs préjudices à une somme totale de **375 000 euros** en considérant l'atteinte à leurs **droits privatifs**, les **conséquences économiques négatives** de l'exploitation illicite de leurs succès les plus importants et de la perte du contrôle du choix des maisons de disques, leur **manque à gagner**, les bénéfices réalisés par les contrefacteurs et leur **préjudice moral**.
- Le fournisseur anglais ainsi que l'importateur et vendeur en France, contestaient la **réalité des préjudices** invoqués, au motif que les seules pièces produites étaient des captures d'écran de sites internet et des catalogues ne démontrant pas l'exploitation des enregistrements en France. Mais, le distributeur ayant lui-même produit une **attestation de son expert comptable** qui recensait le **nombre de CD vendus** comprenant les enregistrements litigieux, le Tribunal constate que la contrefaçon est établie (2).

### Conduisant à une faible réparation aux modalités de calcul peu précises

- Pour chiffrer les préjudices subis, la décision comptabilise, à partir de l'attestation, le nombre d'exemplaires d'enregistrements vendus sur CD pour chaque artiste et indique qu'il y a lieu de considérer **les bénéfices réalisés** par les contrefacteurs et **l'atteinte au droit d'autoriser** ou d'interdire la reproduction des enregistrements.
- Le chiffre d'affaires réalisé par le distributeur à partir des CD litigieux, **397 124 €**, est pris en considération, mais le bénéfice réalisé n'est pas chiffré, et la plupart des enregistrements ont été distribués sur des compilations comprenant les œuvres de nombreux autres artistes, ce qui rend le chiffrage par enregistrement en cause difficile.
- Sans préciser les modalités de calcul retenues, la décision chiffre le préjudice de chaque artiste résultant de la vente des CD à un montant total de **52 800 €**, ce qui correspond à un montant moyen de **574 € par titre** reproduit (92 au total) ou de **1,80 € par CD** vendu comprenant des enregistrements illicites (29 354 au total).
- Concernant l'exploitation, par le fournisseur, de titres sur le site iTunes et sous forme d'imports, la décision le condamne à verser une somme totale de **9 000 €**, évaluée **forfaitairement**, en **l'absence d'informations** sur la masse contrefaisante.
- La décision doit en outre rejeter la **mesure d'interdiction** sollicitée, car elle risquerait de **porter atteinte aux autres artistes-interprètes**, dont les enregistrements figurent dans les compilations vendues et qui n'ont pas été mis dans la cause. Les artistes obtiennent également 10 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile et la **publication de la décision** dans la limite de 10 000 €, soit un total de **81 800 €**.

### L'enjeu

Les artistes reçoivent une indemnisation limitée, alors que les contrefacteurs peuvent poursuivre l'exploitation des titres litigieux, sous réserve d'appel ou d'une action des autres artistes.

(1) Directive 2004/48/CE du 29-4-2004 transposée en droit français par la loi du 29-10-2007.

### Les conseils

- mettre en cause toutes les parties concernées par le litige ;
- établir un chiffrage détaillé et justifié de chaque préjudice, à partir des informations disponibles (en l'espèce, l'attestation),
- à défaut d'informations suffisantes, demander la production des documents permettant de chiffrer les préjudices.

(2) TGI Paris 3e ch., 4e sect., 14-5-2009.

[BERTRAND THORE](#)



## Programme des contrôles Cnil pour l'année 2009

- La Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) a dévoilé son programme des contrôles et **vérifications des traitements** de données à caractère personnel pour l'année 2009 (1).
- Les contrôles font désormais partie de l'activité normale de la commission et deviennent un outil reconnu de son intervention afin de **garantir l'application réelle de la loi** Informatique et Libertés, au bénéfice de tous.

## Ratification du traité de Singapour sur le droit des marques

- La France vient de ratifier le traité de Singapour sur le droit des marques, adopté à Singapour le 27 mars 2006, sous la direction de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) (2). Ce traité est actuellement en vigueur dans **11 Etats**.

## Les pouvoirs de sanction de l'Hadopi déclarés inconstitutionnels

- Par décision du **10 juin 2009**, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les dispositions les plus controversées de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, également dénommée « Hadopi », votée par le parlement le 13 mai (3).
- Il **censure les pouvoirs de sanction de l'Hadopi**, en particulier la possibilité de suspendre l'accès à internet en cas de manquement à cette obligation de surveillance, considérant que le législateur ne peut confier de tels pouvoirs à une autorité administrative.

## Le projet LOPPSI : de la vidéosurveillance à la vidéoprotection

- Le projet de loi, présenté le **27 mai 2009** au Conseil des Ministres par Madame la Ministre de l'intérieur, Michelle Alliot-Marie, traite de la **protection des citoyens**. Le volet vidéosurveillance vient compléter les dispositions juridiques existantes, notamment le décret du 22 janvier 2009, qui simplifie les formalités liées aux demandes d'autorisation préfectorale (4).

## Recommandations CE sur les puces RFID

- Le **12 mai 2009**, la Commission européenne a émis de nouvelles recommandations sur la manière de concilier la technologie RFID et la protection des données à caractère personnel et de la **vie privée** (5).

## Source

(1) [Communiqué Cnil du 11 juin 2009](#).

(2) [Loi n° 2009-582 du 25 mai 2009](#).

(3) [Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009](#).

(4) [Doc. Ass. nat. n° 1697 du 27 mai 2009](#).

(5) [Recommandation du 12 mai 2009](#).

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

# Prochains événements

## Informatique et libertés : impact du bilan d'activité de la Cnil sur les entreprises : 16 septembre 2009

▪ **Alain Bensoussan** animera un petit-déjeuner débat consacré au dernier rapport d'activité de la Cnil et à son impact sur les entreprises.

En 2008, la Commission a multiplié les actions de contrôle sur place visant à vérifier le respect de la réglementation Informatique et Libertés par les entreprises et établissements publics. Avec 4 218 contrôles effectués, elle accroît son activité de + 33 % par rapport à 2007. Elle a adressé 4 126 mises en demeure, prononcé un avertissement et effectué cinq dénonciations au Parquet.

L'année a aussi été marquée par la multiplication des sanctions pécuniaires prononcées à l'encontre des entreprises (9 pour un total de 137 100 €), en particulier lorsque la Cnil a constaté des commentaires abusifs dans les zones « blocs notes » des applications relatives à la gestion commerciale et aux ressources humaines.

De même, le développement des technosurveillances en entreprise (géolocalisation, vidéosurveillance, contrôles d'accès, biométrie, etc.) s'est amplifié jusqu'à envisager d'élargir les compétences de la Cnil en matière de vidéosurveillance.

Enfin, 2008 a vu naître un groupe de travail sur le traçage électronique, rebaptisé « groupe de travail relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques » suite aux recommandations du Sénat en mai 2009.

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner, de faire le point sur les plans de mise en conformité qui s'imposent aux entreprises.

▪ Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 1er septembre 2009 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](#) au 01 41 33 35 36.

## Comment réussir un projet d'archivage : 21 octobre 2009

▪ **Philippe Ballet** animera un petit-déjeuner débat consacré à la conduite d'un projet d'archivage électronique.

L'accroissement de la volumétrie des documents en entreprise oblige à repenser la politique d'enregistrement et de conservation des documents qui sont aujourd'hui majoritairement électroniques (« records »), à la fois pour maîtriser les coûts de stockage, garantir la sécurité de l'information, répondre aux exigences de contrôle interne et de conformité et préserver le patrimoine informationnel.

L'une des 1ères étapes d'un projet d'archivage réussi consiste à définir un périmètre des documents et activités concernées et à identifier les pré requis juridiques applicables à l'organisation, conformément à la norme ISO 15 489-2 sur le Records management.

A ce titre, de nombreuses dispositions légales ont une incidence sur les projets d'archivage électronique. Ainsi, la réforme de juin 2008 sur la prescription civile a réduit la prescription civile et commerciale de droit commun à 5 ans. Les exigences relatives à l'enregistrement et la conservation des documents électroniques issues de la réforme du droit de la preuve de mars 2000 ainsi que celles relatives aux contrats électroniques issues de la loi de juin 2004 (LCEN) n'excluent pas l'application de règlements spécifiques à certaines activités (archives publiques, règlements du CRBF ou de l'AMF).

Par ailleurs, la nouvelle norme NF Z 42-013 2009 sur l'archivage électronique admet désormais le recours aux supports réinscriptibles. Elle constitue un référentiel indispensable pour la conception, la mise en oeuvre et l'audit des systèmes d'archivage électronique.

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, de faire le point sur la gestion juridique d'un projet d'archivage électronique.

▪ Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 9 octobre 2009 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](#) au 01 41 33 35 36.



par Isabelle Pottier



**Amaguiz (\*)**, un service d'assurance du Web 2.0  
Claude LE GALL, Directeur Relations Clients Amaline-assurances.

## Pouvez-vous nous parler de votre innovation de souscription en ligne de l'assurance dommages IARD ?

Nous avons cherché à lever les principaux freins à la vente d'assurance sur internet et nous nous sommes rendu compte que le fait de s'identifier et de répondre à un questionnaire fastidieux avant d'avoir le tarif, avait un effet très dissuasif. La première attente des clients est d'avoir un devis très rapidement, sans avoir à s'identifier. Il fallait donc sur le site pouvoir donner immédiatement un tarif sans que ce soit contraignant pour le client et lui fluidifier la souscription en ligne (imprimer et remplir des formulaires, faire un chèque, poster le dossier, etc.). Nous avons alors dématérialisé l'ensemble du processus pour que le client puisse tout accomplir depuis son poste informatique, sans avoir à se déplacer. Lors de la souscription, nous accordons une garantie provisoire d'un mois, en attendant d'évaluer les risques (principe de la « note de couverture »), durée pendant laquelle le client doit fournir son relevé d'information (RI) pour justifier de ses antécédents et valider ainsi le contrat souscrit en ligne. Il peut même numériser son RI et le déposer dans son espace personnel, s'il ne veut pas l'envoyer par voie postale. S'il ne fait pas la démarche de valider son contrat dans le mois, la garantie tombe d'elle-même, sans avoir à être résiliée.

## Sous quelle forme et à quel stade se fait l'échange de consentement avec les prospects ?

A l'aide de formulaires en ligne, nous demandons aux prospects de bien décrire leur situation, puis de valider en 4 clics, le récapitulatif des points les plus importants du contrat avant de leur donner accès aux exemplaires « pdf » des conditions générales et de la lettre de renonciation permettant de se rétracter dans les 14 jours. Après la validation, le client passe sur la page « règlement ». Pour la note de couverture du premier mois, le règlement se fait par carte bancaire avec l'application « Paybox » ; pour les échéances à venir, le client valide également son RIB. Nous avons alors une identification assez précise. Après l'échange de ses coordonnées bancaires, le client arrive sur l'écran de signature électronique, où il valide ses antécédents et s'engage à ne pas avoir de risques aggravants (alcoolémie, sinistralité, etc.). Toute la démarche respecte le processus d'échange de consentement et les obligations du code des assurances ou du code du commerce en matière de vente à distance. L'ensemble de ces informations constitue un faisceau d'indices permettant d'établir l'échange de consentement. Un arrêt rendu le [27 mai 2008](#) par la chambre criminelle de la Cour de cassation va encore plus loin dans la constitution de l'échange de consentement.

## Comment garantisseriez-vous l'intégrité des documents contractuels face à la fraude ?

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, il n'y a pas plus de risque de fraude qu'en mode papier. Le média ne change rien. Nous faisons signer ce que l'on appelle un bulletin de souscription dans lequel le client s'engage à ne pas avoir menti sur ses antécédents. Pour la signature électronique et l'archivage des documents à valeur probatoire, nous nous sommes entourés de deux partenaires : Keynectis (prestataire de services de certification électronique) et CDC Arkhinéo (tiers de confiance qui archive les signatures électroniques dans un coffre-fort électronique).

(\*) Amaguiz, <http://www.amaguiz.com/>