

## Les réseaux de distribution sélective et la vente par Internet ne font pas bon ménage !

### La multiplication des débats judiciaires

- ▶ Récemment, la société éditrice du site [www.club-privé.fr](http://www.club-privé.fr) a été condamnée pour **concurrence déloyale** et parasitisme du fait de la **revente hors du réseau de distribution sélective** de parfums Lolita Lempicka (1).
- ▶ Antérieurement, la société éditrice du site [www.rueducommerce.fr](http://www.rueducommerce.fr) fût contrainte, pour des raisons analogues, de cesser la commercialisation de produits de haute fidélité de marque Jamot (2).
- ▶ Les réseaux de distribution sélective se caractérisent notamment par l'**interdiction faite aux distributeurs agréés** de revendre hors réseau, c'est-à-dire d'empêcher qu'un distributeur agréé revende des produits à un revendeur non agréé.
- ▶ Indépendamment de la **question de la légalité de cette interdiction** au regard du droit de la concurrence (3), la vente de produits relevant d'un système de distribution sélective n'est pas en soit illégale, puisque les accords passés entre producteurs et distributeurs ne produisent d'effets qu'entre eux et, par conséquent, ne sont pas opposables aux tiers, c'est-à-dire au revendeur hors réseau (4).
- ▶ Toutefois, la participation directe ou indirecte à la **violation de l'interdiction de revente hors réseau** faite au distributeur lié par un accord de distribution **engage la responsabilité** de l'auteur de la violation (5).

### La légalité de la réservation par le fournisseur

- ▶ Ce n'est pas tant la régularité de l'approvisionnement qui est critiquée que le fait de **revendre au public, sans être membre du réseau** (2). La violation de l'interdiction de revente hors réseau suffit donc à justifier l'interdiction de revente devant le juge des référés.
- ▶ En revanche dans le contentieux des parfumeurs, est **condamnabile** le fait de refuser de révéler sa source d'approvisionnement, de commercialiser les produits avec l'indication « cet article ne peut être revendu que par des distributeurs agréés » et de reproduire dans ses bandes annonces un flacon de la marque agréés (1).
- ▶ En l'espèce, le Tribunal a ordonné la **cessation** (sous astreinte de 500 €/par jour de retard) **de la vente** des produits litigieux pendant 90 jours et ordonné la **publication** de la décision sur le site de l'éditeur pendant 1 mois et dans trois magazines dans la limite de 24 000 €HT.
- ▶ Par conséquent, sauf à pouvoir établir la nullité du système de distribution sélective en application de la prohibition des ententes, il convient d'être **extrêmement attentif** à ne pas porter atteinte à un réseau de distribution sélective en s'approvisionnant auprès de distributeurs agréés qui violeraient ainsi l'interdiction qui leur est faite de revente hors réseau.

### Les enjeux

Assurer la compatibilité de la commercialisation par Internet avec les restrictions imposées par la distribution sélective en réseau.

- (1) T. com. Paris 15/02/2007.
- (2) T. com Bobigny 3001/2003 et CA Paris 05/09/2003.
- (3) Art. L.442-6-2 du Code de commerce.
- (4) Cass. com. 13/12/1988.
- (5) Art. L.442-6-1 6° du Code de commerce.

### Les limites

Les obligations imposées aux distributeurs agréés ne doivent pas aller au-delà des impératifs permettant de défendre l'intérêt du consommateur.

Philippe Ballet  
[philippe-ballet@alain-bensoussan.com](mailto:philippe-ballet@alain-bensoussan.com)

# Informatique

## Vérifiez bien la durée des prestations avant d'envisager une résiliation

### Combiner les durées de contrat pour recadrer la collaboration

► En matière informatique, il existe de nombreux contrats dits « à **exécution successive** », c'est-à-dire ceux qui sont affectés d'une **durée** qui peut être, au choix des parties, **déterminée** ou **indéterminée**, tels les contrats de projet (intégration de progiciel) ou les contrats de services récurrents (maintenance, infogérance, ASP ou BPO) (1).

► Les clauses de durée prévoient souvent une **durée initiale renouvelable** par tacite reconduction. La jurisprudence considère qu'un contrat renouvelé aux termes d'une clause de **tacite reconduction** est un nouveau contrat et si les parties n'ont pas convenu d'une nouvelle période déterminée pour ce nouveau contrat, il sera jugé comme un contrat à **durée indéterminée**.

► Or dans ce cas, les parties bénéficient d'une certaine « liberté » qui leur permet de pouvoir **résilier unilatéralement** dès lors qu'elles respectent un **préavis « raisonnable »**. Tel n'est pas le cas s'agissant d'un contrat à durée déterminée, la résiliation étant mieux encadrée et plus sécurisée.

► C'est pourquoi, il peut être judicieux de **combiner ces deux régimes** et de les **équilibrer** en prévoyant par exemple, des périodes déterminées successives suffisamment brèves pour permettre aux parties de **recadrer les conditions** notamment techniques et économiques de leur collaboration.

### Sans pour autant tomber dans l'abus de dépendance économique

► Mais une telle « combinaison » n'est pas totalement laissée à la libre appréciation des parties. Il faut en effet **tenir compte des différences économiques** pouvant exister entre les contractants si l'on ne veut pas tomber dans l'**abus de dépendance économique** prohibé par la loi NRE sur les nouvelles régulations économiques (2).

► La loi condamne le fait pour une entreprise d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle elle tient un partenaire en **rompant brutalement**, une relation commerciale établie.

► Pour être condamnable, l'état de dépendance doit être un **état « subi »** et non voulu. Ainsi, le non-renouvellement d'un important contrat de **distribution de logiciels** n'est pas condamnable si l'état de dépendance dans lequel se met la société est due à un choix délibéré de privilégier l'une des sources potentielles d'approvisionnement et non à l'inexistence de produits substituables (3).

► La situation particulière des contractants, c'est-à-dire leur **rapport de puissance économique** par rapport à l'objet du contrat et l'**ancienneté** de leurs relations doit être prise en compte pour la **durée des préavis** des contrats à durée indéterminée et pour les conditions de reconduction des contrats à durée déterminée.

### L'enjeux

De la détermination de la durée d'un contrat dépend la faculté plus ou moins libre de résiliation. Le choix d'un contrat à durée déterminée ou non déterminée est donc capital. Jouer la souplesse peut être un atout.

(1) L'Application Service Provider (ASP) est un contrat de location de service applicatif et le Business Process Outsourcing (BPO) est un contrat d'externalisation de chaînes de gestion informatique.

### Les conseils

Pour ne pas être brutale, la rupture d'une relation commerciale établie, doit respecter un délai de préavis suffisant, entre six mois et un an suivant l'importance du contrat et l'ancienneté des relations

(1) Loi du 15/05/2001, modifiant l'art. L.442-6 du Code du commerce.

(2) Cass. com., 09/04/2002, soc. Sintel c. soc. Lotus.

**Benoît de Roquefeuil**  
[benoit-de-roquefeuil@alain-bensoussan.com](mailto:benoit-de-roquefeuil@alain-bensoussan.com)

# Communications électroniques

## La portabilité des numéros mobiles en moins de 10 jours depuis le 21 mai 2007

### La téléphonie mobile : un marché mature

▸ Les 11èmes entretiens de l'ARCEP consacrés à **l'économie des mobiles** se sont terminées sur le constat suivant : le marché de la téléphonie mobile est, aujourd'hui, un **marché mature**, d'une part, et le ralentissement de la croissance de ce marché est une réalité que la plus grande **propension des clients à passer d'un opérateur à un autre** ne fait que confirmer, d'autre part.

▸ Dans ce cadre, la **portabilité du numéro**, c'est-à-dire la faculté donnée au client de conserver son numéro d'appel tout en changeant d'opérateur, peut jouer un **rôle d'accélérateur** dans le phénomène de « **swap** » d'un opérateur à l'autre, en raison de la disparition de la crainte de la perte de son numéro d'appel.

▸ Mise en place par l'article L44 du Code des postes et communications électroniques, la portabilité du numéro a été complétée par la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises pour la rendre **opérationnelle sous 10 jours**.

▸ Le délai de mise en oeuvre de la portabilité est resté long (entre un et deux mois), malgré les **accords contractuels** conclus entre les opérateurs mobiles sur la gestion technique des opérations de portage d'un opérateur à un autre.

▸ Le ministre délégué à l'Industrie a décidé d'**accélérer le calendrier** de mise en oeuvre de la portabilité prévu par la loi sur les petites et moyennes entreprises.

### La portabilité sur la base du principe du « simple guichet »

▸ Depuis le **21 mai 2007**, la portabilité des numéros mobiles **en moins de dix jours** est mise en oeuvre sur la base du principe du « **simple guichet** » prévoyant que :

- le client s'adresse **directement au nouvel opérateur** de son choix, qui prendra en charge la totalité des opérations de souscription à une de ses offres, de résiliation du contrat précédemment conclu par le client auprès de l'opérateur qu'il quitte et d'ouverture de la ligne, conformément au contrat d'abonnement souscrit auprès du nouvel opérateur ;

- le **délai maximal de portage est fixé à sept jours**, ce délai pouvant être augmenté d'un à trois jour(s) supplémentaire(s), dans l'hypothèse où des jours fériés se trouveraient intercalés dans le délai de sept jours ;

- le portage effectif du numéro entraîne la **résiliation automatique** du contrat qui liait le client à son opérateur précédent, sans que ce client ait besoin de faire une quelconque démarche auprès de ce dernier.

▸ La mise en oeuvre de ce « simple guichet » a nécessité une **refonte complète des processus techniques**, que les opérateurs avaient imaginés lors du lancement de la portabilité du numéro et a, notamment nécessité la constitution, entre ces derniers, d'un **groupement d'intérêt économique** chargé de gérer les plateformes techniques permettant la réalisation des opérations correspondantes.

### L'enjeu

Rendre opérationnelle la mise en place par les opérateurs mobiles, de la portabilité du numéro.

(1) Les 11èmes Entretiens de l'Autorité du 26 mars 2007, [www.arcep.fr](http://www.arcep.fr)  
(2) Art. 59 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005.

### La règle

« Les offres mentionnées à l'alinéa précédent [portabilité du numéro mobile] doivent permettre à l'abonné qui le demande de changer d'opérateur tout en conservant son numéro dans un délai maximum de dix jours, sauf demande expresse de l'abonné » (Art. 59 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005).

Frédéric Forster  
frederic-forster@alain-bensoussan.com

# Achats publics

## Vers un CCAG dédié aux technologies de l'information et de la communication...

### Prendre en compte les spécificités techniques des marchés d'informatique

▸ Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) fixent un cadre général et des **dispositions communes** applicables à certaines catégories de marchés (1). Ils restent des **documents facultatifs** et ne s'appliquent qu'aux marchés qui s'y réfèrent.

▸ En dépit de ce caractère facultatif, ils sont un **référentiel** d'inspiration qu'aucun pouvoir adjudicateur ne peut négliger. Dans le secteur de l'informatique et des communications électroniques, l'absence de référentiel dédié se faisait cruellement sentir. Un **projet de CCAG-TIC** est en cours de rédaction.

▸ Le secteur de l'informatique et des communications électroniques y est désormais abordé en tant que **domaine spécifique** par la prise en compte de problématiques propres à ce domaine, avec plus particulièrement l'ajout de clauses relatives à la cession des droits de propriété intellectuelle.

▸ Il pose un certain nombre de **définitions spécifiques** (logiciel, progiciel, tierce maintenance applicative, infogérance) qui, en plus de guider le pouvoir adjudicateur dans la **rédaction du DCE** (2), donne des indications sur les orientations prises par le Minefi en matière de technologies avancées.

▸ En prévoyant aussi bien la maintenance sur site que la **télémaintenance** et l'**infogérance**, le CCAG TIC donne des bases solides à tout acheteur public souhaitant y recourir. Il contient des **clauses** relatives au prix, aux prestations en elles-mêmes et aux **accords de qualité de service** dans ce type de contrats.

### L'adaptation et la création de clauses types « nouvelles technologies »

▸ Le projet actuel propose un certain nombre de **clauses standards** orientées vers les achats de nouvelles technologies, même ces clauses sont **encore perfectibles**.

▸ Une première pour les marchés publics, les contrats vont prévoir des obligations en matière de **réversibilité** ou de **sécurité** des données, même si la réversibilité définie comme « *l'acte de retour ou de transfert de responsabilité* », ne prend pas en compte le transfert de compétence.

▸ Alors même que le CCAG TIC est encore au stade de projet, certaines clauses sont déjà largement développées. Il s'agit par exemple des clauses relatives à la **propriété intellectuelle** des logiciels, à la **recette** ou bien encore aux problématiques d'indisponibilité.

▸ Force est de constater qu'un **important travail de modernisation** et de création de clauses a été réalisé pour prendre en compte les spécificités des marchés de technologies avancées.

▸ Le projet de CCAG TIC a fait l'objet d'une **concertation publique jusqu'au 24 avril dernier**.

▸ L'investissement de tous les opérateurs économiques permettra non seulement de **consolider les aspects généraux** envisagés dans le texte actuel, mais aussi de développer des clauses relatives aux questions plus spécifiques aux grands projets informatiques.

### L'enjeu

Le ministère de l'économie et des finances a proposé il y a quelques semaines un projet de Cahier des clauses administratives générales dédié aux technologies de l'information et de la communication (CCAG TIC), domaines jusqu'alors dépourvus de tout modèle contractuel en matière d'achat public.

(1) Marchés publics de fournitures courantes, de prestations intellectuelles, etc.  
(2) Dossier de consultation des entreprises.

### Le calendrier

- la phase de concertation publique s'est achevée le 21 mai 2007.

- la totalité des contributions sera ensuite analysée et prise en compte par la Direction des affaires juridiques.

- le nouveau CCAG TIC ne sera pas approuvé par décret mais par arrêté interministériel et sera publié sur le site du MINEFI ([www.finances.gouv.fr](http://www.finances.gouv.fr))

**Eric Barbry**  
[eric-barbry@alain-bensoussan.com](mailto:eric-barbry@alain-bensoussan.com)  
**Alan Waltan**  
[alan-walter@alain-bensoussan.com](mailto:alan-walter@alain-bensoussan.com)

# Propriété intellectuelle

## Nullité d'une marque constituée de pictogrammes pour défaut de distinctivité

### Des pictogrammes en guise de marque...

▸ Une société a déposé plusieurs **marques** pour désigner notamment des **produits pharmaceutiques** à usage humain. Ces marques étaient destinées à identifier les **modalités de prise de médicament** comme la posologie, la durée du traitement et les moments des prises dans la journée (soleil levant, matin ; plein soleil, midi ; croissant de lune, soir etc.).

▸ La société ayant eut connaissance de l'utilisation de **pictogrammes similaires** par une société concurrente, a assigné cette société en **contrefaçon**, en invoquant ses droits sur les marques.

▸ En **première instance**, le tribunal a reconnu que les marques étaient valables et que leur emploi par une société concurrente pour désigner des produits et services identiques était donc contrefaisant.

▸ En appel, la cour a **infirmé le jugement**. Elle a considéré que les marques litigieuses étaient « *uniquement destinées à favoriser l'observance du traitement et la sécurité du patient* » sans jouer **aucun rôle distinctif** vis-à-vis des produits.

### ... à condition d'avoir un caractère distinctif

▸ Conformément aux termes de l'**article L.711-1** du Code de la propriété intellectuelle, « *la marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* ».

▸ Un **signe** quel qu'il soit, dénomination, pictogramme, logotype ou étiquette, peut constituer une **marque** à condition d'être apte à **distinguer** le produit ou service d'une entreprise par rapport à ceux d'un **concurrent**.

▸ Le **signe distinctif** est celui « *qui n'est ni nécessaire, ni générique, ni usuel pour désigner le produit ou service et qui n'en désigne pas une caractéristique* » (2).

▸ En l'espèce, les marques en cause ont été **annulées** par la cour d'appel car elles n'avaient **pas vocation à distinguer** les médicaments de la société de ceux d'une autre société concurrente, mais uniquement à rendre plus aisé le suivi du traitement.

▸ Une marque dépourvue de caractère distinctif ne peut être **protégée** par le droit des marques. Il faut en outre **être très vigilant sur les conditions de son usage** afin de **ne pas la banaliser** et ne pas encourir un risque de dégénérescence de la marque.

### L'enjeux

La marque enregistrée par les services de l'INPI, après un examen de fond et de forme, peut toujours être annulée par le juge sur demande de tout tiers intéressé qui peut agir en nullité soit en réponse à une action en contrefaçon, soit en prenant l'initiative d'une action en contrefaçon.

(1) CA versailles 12e ch. Sect. 2, 12/11/2006, SAS SANDOZ c. BIOGARAN.

### Les conseils

- Identifier avant tout enregistrement d'un signe dénomiatif ou figuratif, sa fonction pour l'entreprise.

- Si cette fonction n'est pas identifiante, il faut évaluer les risques de nullité de la marque.

- A défaut, les actions en concurrence déloyale ou en parasitisme sont possibles sous certaines conditions.

(2) Compagnie Nationale des Conseils en Propriété Industrielle (CNCPI), <http://www.cncpi.fr/>

Claudine Salomon  
claudine-salomon@alain-bensoussan.com

# Fiscalité et sociétés

## Un crédit d'impôt au profit des PME qui s'équipent en technologies de l'information

### Les entreprises bénéficiaires du crédit d'impôt

▸ Un crédit d'impôt **spécifique** pour les petites et moyennes entreprises a été institué afin de les inciter à procéder à des investissements dans les technologies de l'information (1).

▸ Si ce crédit d'impôt est **temporaire** et ne concerne que les dépenses engagées avant le 31 décembre 2007, bien qu'il ne peut être exclu qu'il soit prorogé, il constitue un moyen particulièrement incitatif pour les PME répondant aux critères suivants :

- employer **moins de 250 salariés** ;
- réaliser un **chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros**, soit un total de bilan inférieur à 43 millions d'euros ;
- être une **entreprise autonome** : c'est-à-dire être une entreprise dont le capital doit être entièrement libéré et être détenu de manière continue, pour 75 % au moins, par des personnes physiques ou par une société répondant aux mêmes conditions.

▸ Le montant du crédit d'impôt est de **20 % du prix hors taxe des dépenses engagées** mais est **plafonné** aux aides dites de « minimis » prévues par le traité européen (2) et qui limite à 200 000 euros sur une période de trois ans le montant des aides de toute nature dont peuvent bénéficier les entreprises éligibles à ce crédit d'impôt (3) sans obligation de notification à la Commission européenne.

### Les dépenses éligibles au crédit d'impôt

▸ Ce crédit d'impôt couvre les **quatre catégories d'investissement** visées à l'article 244 quater K du Code général des impôts :

- 1° Les dépenses d'acquisition à l'état neuf d'immobilisations incorporelles et corporelles relatives à la **mise en place d'un réseau** intranet ou extranet, à l'exception des ordinateurs sauf lorsqu'ils sont exclusivement utilisés comme serveurs (**serveurs web**, serveurs messagerie, serveurs de bases de données, serveurs de réseau, **concentrateurs**, **logiciels** en permettant le fonctionnement, etc.).
- 2° Les dépenses d'acquisition à l'état neuf d'immobilisations corporelles permettant un **accès à internet** à haut débit, à l'exception des ordinateurs, seules étant éligibles au crédit d'impôt les dépenses afférentes à la première acquisition de biens permettant un accès internet à haut débit (**modems**, **routeurs**, etc.).
- 3° Les dépenses d'acquisition à l'état neuf d'immobilisations corporelles ou incorporelles nécessaires à la **protection des réseaux** intranet ou extranet (**pare-feu**, **boîtiers VPN-SSL**, logiciels **anti-virus** ou **anti-spam**, etc.).
- 4° Les dépenses d'aide à la mise en place et à la protection des réseaux intranet ou extranet (**prestations d'audit de sécurité** de réseau ou d'installation de réseau, **d'assistance à la maîtrise d'œuvres** d'une politique de sécurité, etc.).

▸ Ces dépenses doivent avoir été exposées dans l'**intérêt direct de l'exploitation** au sens de la documentation de base 4 C 11.

### L'enjeu

Encourager d'ici le 31 décembre 2007, les PME à accroître leurs dépenses dans le domaine des nouvelles technologies, notamment, l'accès Internet à haut débit ainsi que les outils de protection d'un réseau ou d'un intranet.

(1) En souscrivant la déclaration N°2079-NT : [http://rhconseilpme.blogspot.com/m/saviezvous/files/crdit\\_di\\_mpt\\_nt.pdf](http://rhconseilpme.blogspot.com/m/saviezvous/files/crdit_di_mpt_nt.pdf)

(2) Règlement CE n° 69/2001 du 12/01/2001.

(3) Cette limite est fixée à 100 000 € pour les entreprises de transport routier.

### Le conseil

Il convient de se référer à l'instruction fiscale 4 A-8-06 du 1er mars 2006 qui définit les notions de réseau internet et extranet et le champ des dépenses éligibles au crédit d'impôt (*BOI* n° 38).

**Pierre-Michel Sauvage**  
pierre-michel-sauvage.@alain-bensoussan.com

# Relations sociales

## L'obligation de loyauté tombe en cas de dispense du préavis

- Après son **licenciement** pour insuffisance professionnelle et désaccord sur la stratégie du groupe, un salarié a été **dispensé d'exécuter le préavis** de six mois.
- Son contrat de travail contenait une **clause de non-concurrence sans contrepartie financière** et la lettre de licenciement énonçait que la dispense de préavis n'était accordée qu'avec le maintien express durant cette période, d'une **obligation de loyauté** envers l'entreprise et l'interdiction sauf accord, de travailler à la concurrence.
- Durant le préavis dont il avait été dispensé, le salarié s'est mis au service d'une entreprise concurrente et a reçu de son ex-employeur une **mise en demeure** de cesser ses actes de concurrence.
- La cour de cassation a considéré que la **clause de non-concurrence** était **nulle** en raison de son absence de contrepartie financière et que le fait de se mettre, après la rupture du contrat de travail, au service d'une entreprise concurrente, n'était que la manifestation du **principe de libre exercice** d'une activité professionnelle.
- Le salarié dispensé de l'exécution de son préavis n'était donc plus tenu par une obligation de loyauté envers son ex-employeur, ce dernier ne pouvant lui imposer de cesser sa nouvelle activité, fut-elle concurrente.

### L'extrait

« (...) l'employeur ne pouvait, pendant le délai-congé, interdire au salarié de travailler pour la concurrence, a estimé à bon droit que le salarié dispensé de l'exécution de son préavis, n'était plus tenu par une obligation de loyauté envers son employeur ».

(1) Cass. soc. 28 mars 2007, n°05-45.423

## Les salariés peuvent consulter leurs données d'évaluation

- Les valeurs de « classement annuel » (« **ranking** ») et de « potentiel » sont des **données communicables au salarié** concerné dès lors qu'elles ont été prises en compte pour décider de son augmentation de salaire, de sa promotion ou de son affectation.
- C'est ce qu'à annoncé la **CNIL** (2) après avoir examiné des **plaintes** dirigées à l'encontre d'une grande entreprise internationale pour refus de communication à ses cadres de leur « classement » et de leur « potentiel de carrière » précis.
- Un **employé** doit donc pouvoir **accéder à des données de gestion** des ressources humaines qui ont servi à prendre une décision à son égard.

### L'essentiel

L'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 octroyait déjà la possibilité pour le salarié de demander une copie du document comportant ces données d'évaluation ainsi que la signification des codes ou des valeurs qui lui sont appliqués.

(2) Séance du 8 mars 2007, [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)

## Précisions sur le vote électronique pour l'élection des IRP au CE

- Le Journal officiel vient de publier un **arrêté** (3) pris en application du décret du 25 avril 2007 relatif aux conditions et modalités de **vote par voie électronique** pour l'élection des délégués et des représentants du personnel au **comité d'entreprise** et modifiant le code du travail.
- Deux articles sont créés : l'**article R.423-1-2** pour l'élection des délégués du personnel et l'**article R.433-2-2** pour celle des représentants du personnel du CE.
- Ces deux articles précisent les **modalités pratiques** de mise en œuvre du vote électronique. La LCEN (4) avait déjà ouvert la voie au vote électronique pour les élections des représentants du personnel au sein de l'entreprise.

### L'essentiel

(3) Arrêté du 25 avril 2007, JO, 27 avril 2007.

(4) L.2004-575 du 21 juin 2004, art. L.423-13 et L.433-9 C. trav.

Sonia Hadjali  
[sonia-hadjali@alain-bensoussan.com](mailto:sonia-hadjali@alain-bensoussan.com)  
 Céline Attal-Mamou  
[celine-attal-mamou@alain-bensoussan.com](mailto:celine-attal-mamou@alain-bensoussan.com)

# Indemnisation des préjudices

## Rupture d'un contrat d'intégration de progiciel aux torts du client

### Le client ne peut contester systématiquement les prestations fournies

▸ La 25<sup>ème</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris vient de juger un nouveau litige relatif à un contrat d'intégration de système à base de progiciel<sup>(1)</sup>. En l'espèce, la société Bull devait fournir à la société Concurrence, en avril 2000, un **site internet de commerce électronique** et un **progiciel SAP** et réaliser les paramétrages et interfaces nécessaires, pour un **prix forfaitaire de 305.660 €**

▸ Le projet se déroule normalement, sous réserve des aléas inhérents à tout projet informatique (retards mineurs, corrections à effectuer), mais le client **refuse de prononcer la recette** de la plupart des lots en invoquant de **multiples griefs**, notamment la rédaction en langue anglaise du contrat de licence et d'une documentation et l'indisponibilité de certaines fonctionnalités.

▸ Le client refuse la livraison du système complet et le paiement des factures, ce qui conduit à la **rupture des relations contractuelles**. En première instance, le Tribunal de commerce Paris a considéré que Bull avait exécuté **50% de ses obligations contractuelles** et ordonné le paiement de 50% du prix par le client. Le client a obtenu 50.000 € de dommages et intérêts pour le préjudice résultant des retards de livraison et 10.000 € pour celui résultant d'une procédure de nantissement de fonds de commerce engagée à son encontre puis annulée<sup>(2)</sup>.

### Sans justifier ses griefs et les préjudices qui en découlent

▸ L'arrêt d'appel procède à l'**examen exhaustif des griefs** du client, pour les **rejeter** un à un : la documentation d'utilisation du progiciel devait lui être livrée en langue française à l'installation du progiciel, la rédaction en langue anglaise du contrat de licence ne pouvait faire obstacle à l'exécution du contrat, les fonctionnalités manquantes n'étaient pas prévues et les retards constatés (une dizaine de jours pour le déploiement) étaient raisonnablement admissibles.

▸ Les demandes de réparation du client (**1.630.000 €** de dommages et intérêts) sont donc rejetées, sauf concernant le préjudice retenu par le tribunal au titre de la procédure de nantissement (10.000 €) qui est confirmé par la Cour.

▸ Le fournisseur demandait le **paiement de ses factures** avec intérêt au taux légal capitalisés annuellement à compter de sa mise en demeure (**366.062 €**), ainsi qu'une indemnité de 100.000 € au titre de la contrefaçon du site internet et 50.000 € pour procédure et résistance abusive.

▸ Il obtient la somme de **230.000 €** au titre de ses factures impayées, **sans intérêts**, la Cour indiquant qu'elle **dispose des éléments suffisants** pour chiffrer son préjudice à cette somme, rejetant ses demandes relatives à la contrefaçon et à la procédure abusive, non démontrées.

▸ Cette indemnité correspond à **75,25%** du prix contractuel. La **formule d'évaluation** retenue n'est pas précisée mais l'arrêt indique que le fournisseur devait encore effectuer la mise en exploitation du système et la formation, après levée des réserves éventuelles et que son préjudice correspond aux **dépenses** qu'il a engagées, le client n'ayant payé aucune facture et à **la marge qu'il aurait dû réaliser** au terme du contrat. On peut donc en déduire que l'arrêt a considéré que les **travaux non réalisés** représentaient environ 25% de la charge de travail contractuelle.

### L'enjeu

Le défaut de collaboration de l'une des parties à un contrat informatique peut compromettre définitivement la bonne fin du projet, au risque de celle qui nuit à cette collaboration.

(1) CA Paris 25<sup>e</sup> Ch. 23/03/2007, Soc. Concurrence c. Bull.

(2) TC Paris 15/09/2003, Bull c. Soc. Concurrence.

### Les principes

Le fournisseur obtient une réparation qui semble conforme aux principes admis dans ce cas (CA Paris 25<sup>e</sup> Ch. 10/09/2004, cf. JTIT n°47).

Il n'est cependant pas précisé pour quel motif les sommes dues au fournisseur ne portent pas intérêt depuis leur date d'exigibilité, alors qu'aucune part de responsabilité ne lui est imputée, et que celui-ci a dû patienter près de sept ans pour en obtenir le paiement.

**Bertrand Thoré**  
[bertrand-thore@alain-bensoussan.com](mailto:bertrand-thore@alain-bensoussan.com)

# Actualité

## Décret d'application sur les moyens et prestations de cryptologie

▸ Le décret du **2 mai 2007** pris pour l'application des articles 30, 31 et 36 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et relatif aux moyens et aux prestations de cryptologie (1) achève la **réforme du régime des outils de cryptologie** démarrée dans la loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications.

▸ La France **perd son régime de contrôle spécifique** des moyens et prestations de cryptologie qui la plaçait un peu à l'écart au sein de l'Europe..

### L'essentiel

Achever la réforme du régime des outils cryptologiques démarrée dans la loi de réglementation des télécommunications de 1996.

(1) Décr. n° 2007-663 du 2 mai 2007, JO du 4 mai 2007.

## Nouvelle liste de termes, expressions et définitions informatiques

▸ Une nouvelle liste de termes, expressions et définitions en informatique a été adopté en **avril 2007** (2). Elle traduit le **facilities management** par l'expression « **gérance de l'informatique** » définit comme « *la prise en charge contractuelle de tout ou partie de la gestion d'un système d'information d'un organisme par un prestataire extérieur* » et annule et remplace la définition du Journal officiel du 10 octobre 1998.

Trouver un équivalent français aux termes et expressions étrangers en informatique.

(2) Avis de la commission générale de terminologie et de néologie, 20 avril 2007.

## Expérimenter une dématérialisation plus poussée des marchés publics

▸ L'arrêté du 12 mars 2007 permet de **déroger aux dispositions réglementaires** du Code des marchés publics dans le cadre d'une expérimentation qui donne la possibilité aux acheteurs de **rendre obligatoire la réponse électronique** des entreprises aux avis de publicité qu'ils auront publiés (3).

Rendre obligatoire la réponse électronique des entreprises aux appels d'offres des collectivités.

(3) Arrêté du 12 mars 2007, JO du 18 avril 2007.

▸ La durée d'expérimentation est fixée à **12 mois renouvelables**.

## Plus de concurrence dans la vente en ligne de produits parapharmaceutiques

▸ **Dix sociétés** ont offert de modifier leur comportement en matière de vente de produits parapharmaceutiques sur Internet.

Faciliter la vente de produits parapharmaceutiques sur Internet.

▸ Ces engagements ont été rendus **obligatoires** par la **décision du Conseil** de la concurrence du 8 mars 2007 (4).

(4) Décision n° 07-D-07, 8 mars 2007.

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](mailto:avocats@alain-bensoussan.com)

# Interview

## L'ATAWAD ou l'internet de 3ème génération : il faut créer la confiance !

Xavier Dalloz, consultant (\*)

par Isabelle Pottier



### Pouvez-vous nous en dire plus sur cet internet de 3ème génération ?

Il y eut, le Macintosh, puis le web et nous arrivons à ce que j'appelle l'ère de l'ATAWAD (AnyTime, AnyWhere, Any Device) (\*\*), en français, tout le temps, n'importe où et quel que soit l'outil. Il s'agit d'une révolution du numérique qui va porter sur la façon dont l'utilisateur va pouvoir rechercher l'information et les connaissances, et se les approprier dans un environnement qui va lui permettre une continuité de services utilisant l'outil de restitution de l'information de son choix (un ordinateur, un téléphone, un téléviseur, un PDA...) où il veut et quand il veut. Tout reste encore à inventer pour passer du raisonnement « computing » à celui d'échange, de partage et de collaboration.

### La confiance sera la clé du succès du web 3, mais l'insécurité ne risque t'elle pas d'être un frein ?

L'insécurité sur internet est une réalité. Gartner chiffre la facture de l'usurpation de l'identité sur le Web aux Etats-Unis à 48,86 Md\$ en 2006. Environ 15 millions d'Américains auraient ainsi subi des usurpations d'identité entre juillet 2005 et juin 2006. Pourtant l'engouement est là. Il s'explique essentiellement pour trois raisons qui masquent les dangers que personne ne semble voir et qui pourtant sont inéluctables. La première, c'est le côté « sympa » du web qui fait passer au second plan les risques associés. La deuxième raison, c'est le réflexe de voir internet uniquement à travers un ordinateur (poste de travail avec interfaces), alors que c'est un réseau qui génère des milliards et des milliards d'interactions entre individus avec tout ce que cela comporte de dangers. Enfin, le web n'est à personne et à tout le monde à la fois, ce qui est certes, très séduisant, mais cache une réalité toute autre : il n'y a pas de qualité de service, c'est uniquement du « best effort ». C'est ça la véritable révolution de l'internet par rapport aux télécommunications, c'est que l'on fait « au mieux » pour que ça marche. Or en réalité, on court à la catastrophe sans s'en rendre compte. La preuve en est, le nombre de problèmes qui s'accélère : le phishing, le pharming, l'usurpation d'identité, la fraude à la carte bancaire, les vols de données sensibles, etc. Cela impose que l'on prenne des mesures urgentes.

### Quelles sont les solutions pour résoudre les problèmes de sécurité et de vie privée sur le web ?

Aujourd'hui, le raisonnement est centré autour de la « machine », alors qu'il faudrait le centrer autour de l'« humain » en travaillant dans une logique de « personnalisation anonyme ». Il faut en effet être capable d'apporter à un individu trois éléments lui permettant de gérer son identité : une adresse électronique universelle (un pseudo qui ne soit pas un identifiant), une carte de visite individuelle en ligne (Home Page) et un système qui lui permette de garder la trace de tous ses messages, documents, notes et liens (un moteur de « trouvage » contextuel). C'est ce que j'appelle le Domicile Numérique Sécurisé (DNS) qui est un espace virtuel combinant ces trois éléments. Le DNS est une architecture qui met en relation cohérente des usagers, clients potentiels, Administrations et fournisseurs de produits et services du « monde réel » (et surtout pas du monde « virtuel ») dans cet internet de 3<sup>ème</sup> génération.

En ce qui concerne l'identification, la seule chose qui soit aujourd'hui réaliste sont les signatures « contextuelles ». Ce qui est important, c'est en effet de ne pas donner d'identifiant de quelque nature que ce soit (y compris biométrie) pour ne pas faciliter le piratage. La plupart des utilisateurs s'inscrivent aujourd'hui avec le même identifiant et le même mot de passe à différents services et il suffit à un pirate de s'insérer sur un service en ligne faiblement protégé pour récupérer des binômes (identifiant/authentifiant) utilisables sur des sites bien protégés, pour usurper une identité.

### Qui réfléchit au fonctionnement de l'internet de demain ? Y a t'il un pilote dans l'appareil ...

C'est là un problème essentiel. Il faudrait pouvoir proposer un projet au niveau mondial sur une vision du fonctionnement de l'internet de demain qui ferait abstraction de la technique pour résoudre les problèmes juridiques liés à la responsabilité. Nous organisons régulièrement des journées d'information et de réflexion, en particulier autour du plus grand salon professionnel au monde, le CES (Consumer Electronics Association) qui est l'association américaine qui représente les industriels de l'électronique grand public.

(\*) Xavier Dalloz exerce depuis plus de 10 ans une activité de conseil stratégique sur l'utilisation des TIC dans les entreprises et les organisations, <http://www.dalloz.com/> (\*\*) Marque déposée, voir le site [www.atawad.com](http://www.atawad.com)