

## Le retour aux tarifs réglementés d'électricité et de gaz naturel pour les particuliers...

### Le système tarifaire français applicable aux sites de consommation

▸ Les divers projets de loi élaborés courant 2007 (1) ont donné lieu à l'adoption, en première lecture par le Sénat, d'une **proposition de loi** le 1er octobre 2007 (2) visant à garantir au consommateur final particulier la possibilité de bénéficier des **tarifs réglementés de vente d'électricité** et/ou de gaz naturel d'ici le **1er juillet 2010**.

▸ Sous l'effet de l'ouverture européenne à la concurrence et depuis le 1er juillet 2007, tout **consommateur** final particulier peut exercer l'**éligibilité sur un site de consommation** au même titre que le consommateur professionnel. Or, pour ces derniers, l'exercice de l'éligibilité présentait un caractère irréversible jusqu'à l'adoption du tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché (TARTAM).

▸ Par le dispositif du **tarif réglementé transitoire d'ajustement du marché**, le législateur a octroyé à tout **consommateur professionnel** d'électricité un droit de retour provisoire au tarif réglementé.

▸ Le Conseil constitutionnel a partiellement **censuré l'article 17 de la loi de 2005** (3) concernant les tarifs réglementés, ce dernier ayant été pris en méconnaissance « *l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz* ».

▸ Le système tarifaire est également **contesté par la Commission européenne**. Une première procédure en manquement a été initiée en **avril 2006**, une seconde procédure en **juin 2007**, au titre du contrôle des **aides d'Etat** concernant plus particulièrement le TARTAM.

### L'adéquation du nouveau dispositif avec le droit européen

▸ Le **dispositif de retour au tarif réglementé**, tel qu'il résulte de la proposition de loi adoptée le 1er octobre 2007, opère une première limitation de ses effets au consommateur final particulier, à l'**exclusion du consommateur professionnel**.

▸ En outre, pour bénéficier des tarifs réglementés, le consommateur final doit en faire la demande **avant le 1er juillet 2010**. La proposition de loi fixe ainsi une **date butoir**, de sorte que le dispositif n'est pas encore pérenne.

▸ La proposition de loi adoptée **n'a pas retenu les deux options proposées** dans la proposition de loi n° 462 (1) relatives d'une part, à l'**éligibilité des consommateurs domestiques** d'électricité au dispositif instauré par le TARTAM et d'autre part, à la **réversibilité** pour un consommateur sans qu'il y ait lieu à un changement de site.

### Les enjeux

- La remise en cause du caractère irréversible de l'exercice de l'éligibilité pour l'achat d'énergie par un consommateur.

- La préservation d'un droit de retour aux tarifs réglementés de vente d'énergie pour le consommateur sur un site de consommation.

(1) Proposition de loi n° 369 du 5/07/2007, proposition de loi n° 427 du 1/08/2007, proposition de loi n° 462 du 25/09/2007.

(2) Proposition de loi relative aux tarifs réglementés d'électricité et de gaz naturel.

(3) Loi n°2005-781 du 13/07/2005, art. 22 (1).

### Le calendrier

Les tarifs réglementés de vente d'électricité et de gaz naturel seront applicables à tout consommateur final particulier qui en aura fait la demande avant le 1<sup>er</sup> juillet 2010.

Didier Gazagne  
[didier-gazagne@alain-bensoussan.com](mailto:didier-gazagne@alain-bensoussan.com)

# Communications électroniques

## L'outsourcing de réseaux WAN

### Un choix stratégique pour les groupes de sociétés multinationales

► Pour gagner en harmonisation, souplesse et réactivité, les sociétés multinationales confient la gestion de leurs infrastructures réseaux à un **opérateur unique** de communications électroniques, présent sur toute la zone géographique souhaitée.

► Ils espèrent aussi **réduire leur TCO** (coût total de possession) en lui confiant la **reprise des contrats existants** avec les opérateurs actuels, voire des équipements (en général à leur valeur nette comptable) et parfois du personnel affecté à la gestion des contrats.

► Le **transfert** (novation) des contrats existants et la **migration**, après résiliation ou arrivée du terme des contrats vers la solution cible du prestataire retenu sont des opérations dont le **bon déroulement conditionne** la réalisation des économies escomptées (savings), parfois contractuelles mais alors assorties d'hypothèses et réserves (assumptions and caveats).

► Les **contraintes fiscales** et réglementaires sont aussi des données à prendre en compte, notamment en cas de « **gross-up clause** » et de réserves réglementaires dans les contrats, si l'on veut **éviter les retenues à la source** (jusqu'à 30% de la valeur des services) et réduire à néant les économies escomptées.

### La résolution contractuelle des difficultés de gouvernance interne

► L'architecture contractuelle retenue constitue une composante essentielle de la gestion du risque fiscal et réglementaire. Mais l'**identification préalable des aléas**, tels le refus des prestataires en place de transférer leurs contrats, les contraintes fiscales et réglementaires par pays et services ou l'établissement d'un scénario de migration réaliste assorti de pénalités financières, ne répond pas à l'une des difficultés récurrente : les **résistances des filiales étrangères**.

► Ces résistances internes peuvent résulter de la détermination d'un prix globalement compétitif qui ne permet pas toujours aux filiales de **bénéficier de tarifs compétitifs** s'ils sont déclinés par pays (cas des services « voix »).

► Une première approche tarifaire permet de **rétablir la compétitivité** des prix au niveau local en organisant contractuellement un **benchmark local** et/ou en prévoyant que les réductions annuelles des prix liées aux volumes et gains de compétitivité seront affectées en priorité aux services dont les prix ne seraient pas localement concurrentiels. Mais il est peu vraisemblable que l'opérateur dispose de la latitude financière suffisante pour accepter sans limite une réduction du prix au niveau local, si son compte d'exploitation (P&L) s'en trouvait affecté.

► La tendance actuelle est de laisser au groupe l'initiative de négocier un **contrat cadre** tout en prévoyant que les engagements de chiffre d'affaires seront souscrits par les filiales qui devront alors signer des contrats avec l'opérateur ou son représentant local, confirmant aussi leur acceptation des termes du contrat cadre (**deed of adherence**). Il convient donc d'envisager le contrat cadre comme un **contrat de « gouvernance »** respectant le « principe de subsidiarité » eu égard au contrat local (deed of adherence) annexé au contrat cadre.

### L'enjeu

L'outsourcing est un outil de gestion stratégique pour les groupes de sociétés multinationales, dont la mise en œuvre complexe implique la résolution contractuelle des difficultés de gouvernance interne.

### Les conseils

- assujettir tous les contrats à une loi nationale unique, ou aux principes généraux du commerce international ;

- privilégier en cas de contentieux, l'arbitrage de la chambre de commerce internationale plutôt qu'un arbitrage ad hoc ;

- recourir aux référés pré-arbitraux en cas d'urgence ;

- stipuler que les groupes sont garantes de l'exécution de la sentence arbitrale.

**Frédéric Forster**  
[frederic-forster@alain-bensoussan.com](mailto:frederic-forster@alain-bensoussan.com)  
**Philippe Ballet**  
[philippe-ballet@alain-bensoussan.com](mailto:philippe-ballet@alain-bensoussan.com)

# Communications électroniques

## Adoption d'une loi protectrice des intérêts des consommateurs

### De nouvelles obligations à la charge des opérateurs...

#### L'enjeu

▶ La loi pour le **développement de la concurrence** au service des consommateurs a été publiée le 4 janvier 2008 (1). Elle tend vers un double objectif : la modernisation des **relations commerciales** et l'amélioration du **pouvoir d'achat**, notamment dans le secteur des communications électroniques, que ce soit en matière de **téléphonie mobile** ou d'**accès à internet**.

Ce texte vise à améliorer l'information des consommateurs, renforcer leurs droits vis-à-vis des opérateurs et encourager la concurrence afin de favoriser une diminution des prix des prestations de communications électroniques.

▶ Ce nouveau dispositif **renforce les droit des consommateurs** en imposant de nouvelles obligations aux opérateurs de réseaux de communications électroniques et fournisseurs de services sur ces réseaux.

▶ La loi prévoit la **restitution** des **avances** ou des **dépôts de garantie** versés par le consommateur sous réserve du paiement des factures restant dues, **au plus tard dans un délai de dix jours** à compter du paiement de la dernière facture au plus tard dans un délai de dix jours à compter de la restitution au professionnel de l'objet garanti et dans les trente jours à compter de la date de cessation du contrat

▶ Cette obligation est assortie d'une **sanction**, les sommes dues par le professionnel étant majorées de moitié au-delà du délai de 10 jours susvisé.

▶ De même, la durée du **préavis de résiliation** par un consommateur d'un contrat de services de communications électroniques ne peut excéder dix jours à compter de la réception par le fournisseur de la demande de résiliation.

▶ En outre, le prestataire doit justifier les frais de résiliation éventuellement facturés. Par ailleurs, les **mentions** devant figurer désormais sur les factures, mettant l'accent sur la qualité de l'**information** délivrée aux consommateurs.

(1) Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008.

### La taxation des appels vers les services après-vente enfin encadrée

#### La mise en oeuvre

▶ La loi fixe les conditions de **tarification** des **appels** vers les **services après-vente**, **services de réclamation** ou **d'assistance technique** des opérateurs de réseau de communications électroniques (2). Ces services doivent être accessibles « *par un numéro d'appel non géographique, fixe et non surtaxé* ».

Les nouvelles dispositions sont applicables aux contrats encours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de la loi.

▶ Aucune somme ne peut être facturée au consommateur « *tant qu'il n'a pas été mis en relation avec un interlocuteur prenant en charge le traitement effectif de sa demande* ». La **gratuité** du **temps d'attente** est consentie dès lors que les appels émanent de la boucle locale de l'opérateur concerné.

▶ Les **appels** émis vers ces services depuis un téléphone **mobile** sont facturés à l'identique d'un appel national (3) et ceux passés vers des **services « gratuits »** depuis le territoire national ne sont **pas facturables** (4).

(2) Art. L.121-84-5, inséré au Code de la consommation.

(3) Art. L.121-84-9 C. conso.

(4) Art. L.121-84-8 C. conso.

(5) Art. L.44 du CPCE modifié

▶ Enfin, l'**Autorité de régulation** des communications électroniques et des postes voit ses **compétences élargies** (5). Elle établit désormais « *la liste des numéros ou blocs de numéros pouvant être surtaxés* », les numéros ou blocs de numéros exclus de la liste ne pouvant pas faire l'objet d'une surtaxation.

**Frédéric Forster**  
[frederic-forster@alain-bensoussan.com](mailto:frederic-forster@alain-bensoussan.com)

# Achats publics

## La Passation des marchés publics : de nouveaux seuils applicables au 1er janvier 2008

### Une nouvelle définition des seuils des marchés européens

▸ Un **règlement**, édicté par la Commission européenne et publié le 5 décembre 2007 (1) est venu modifier les seuils applicables aux **procédures européennes** de passation de marchés publics.

▸ La Commission les **révalue** tous les deux ans afin de respecter les engagements internationaux de l'Union pris en vertu de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce.

▸ Les textes nationaux concernés ont été modifiés par un **décret** en date du **26 décembre 2007** (2).

▸ Outre le Code des marchés publics, le décret vise également l'ordonnance du 6 juin 2005 (3) relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et les **contrats de partenariat**.

▸ Les acheteurs publics ont désormais l'obligation de les prendre en compte pour choisir les procédures de passation appropriées.

### Le nouveau panorama des seuils : quels montants pour quels marchés ?

▸ S'agissant de la **directive « classique »** concernant les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, les seuils européens passent de :

- 137 000 à **133 000 €** pour les marchés publics de fournitures et services passés par les autorités gouvernementales centrales ;
- 211 000 à **206 000 €** pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les autres pouvoirs adjudicateurs ;
- 5 278 000 à **5 150 000 €** pour les marchés de travaux.

▸ S'agissant de la **directive « services spéciaux »** concernant les marchés passés par les entités adjudicatrices, les seuils européens passent de :

- 422 000 à **412 000 €** pour les marchés de fournitures et de services ;
- 5 278 000 à **5 150 000 €** pour les marchés de travaux.

▸ Pour mémoire, compte tenu des systèmes d'arrondis, les seuils correspondants dans l'actuel Code des marchés publics, **différents des seuils européens**, passent pour les mêmes catégories de :

- 135 000 à **133 000 €HT** ;
- 210 000 à **206 000 €HT** ;
- 5 270 000 à **5 150 000 €HT** ;
- 420 000 à **412 000 €HT** ;
- 5 270 000 à **5 150 000 €HT**.

▸ Enfin, signalons que la **liste des marchés conclus en 2008** devra être publiée par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, en les classant conformément aux tranches définies par l'**arrêté du 26 décembre 2007** (4) pris en application de l'article 133 du CMP.

### L'enjeu

Les seuils étant applicables aux procédures engagées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008, le code des marchés publics a été modifié pour en tenir compte.

(1) Règlement (CE) n° 1422/2007 du 5/12/2007.

(2) Décret n° 2007-1850 du 26/12/2007, *JO* du 29/12/2007.

(3) Ordonnance n° 2005-649 du 6/06/2005.

### Le calendrier

Les nouveaux seuils prennent effet à compter du 1er janvier 2008 pour une durée de deux ans.

Toutes les consultations lancées depuis le 1er janvier 2008 sont soumises aux nouvelles dispositions.

(4) Arrêté du 26/12/2007, *JO* du 29/12/2007.

**François Jouanneau**  
[francois-jouanneau@alain-bensoussan.com](mailto:francois-jouanneau@alain-bensoussan.com)

# Utilities & environnement

## Le droit d'accès à l'information relative à l'environnement

### Une définition stricte des conditions d'accès

▸ L'information relative à l'environnement (1) couvre notamment **toute information disponible**, c'est-à-dire détenues, reçues ou établies, quel qu'en soit le support, qui a pour objet l'état des éléments de l'environnement (air, eau, sol, sites naturels...), les décisions, activités et les facteurs susceptibles d'avoir des incidences sur lesdits états, ainsi que l'état de la santé humaine, la sécurité, les analyses des coûts et avantages, ainsi que les rapports établis par les autorités publiques ou pour leur compte sur l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement.

▸ L'**obligation** de communication et de diffusion est **limitée** à celles des informations qui concernent la **mission de service public**.

▸ L'**Etat**, les **collectivités territoriales** et leurs groupements, les **établissements publics** ainsi que les personnes chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement sont donc tenus de communiquer l'information disponible relative à l'environnement.

▸ Par ailleurs, les autorités publiques mettent à la disposition du public la **liste des services**, organismes et établissements publics qui exercent sous leur autorité, pour leur compte ou sous leur contrôle, des missions de service public liées à l'environnement

▸ Ce **droit d'accès** est ouvert à toute personne physique ou morale, sans que celle-ci n'ait à justifier d'un intérêt, sous réserve de motifs de refus.

### Un droit consacré par les textes

▸ Outre l'article 7 de la **Charte de l'environnement** qui consacre un **droit constitutionnel** d'accès aux informations relative à l'environnement détenues par les personnes publiques, diverses **dispositions sectorielles**, dans le prolongement de la **Convention d'Aarhus**, prévoient une communication ou une publicité des **documents relatifs à l'environnement** en matière de :

▸ droit à l'information sur les effets préjudiciables pour la santé et l'environnement du ramassage, du transport, du traitement, du stockage et du dépôt des **déchets** ;

▸ droit à l'information sur les **risques majeurs**, les risques technologiques et risques naturels prévisibles ;

▸ droit à l'information sur la **qualité de l'air** et ses effets sur la santé et l'environnement ;

▸ droit à des informations identifiées sur les **produits biocides**, ainsi que les substances actives ;

▸ droit à l'information en matière de **sûreté nucléaire** et de radioprotection.

### L'enjeu

- Identifier l'information disponible relative à l'environnement ;

- Déterminer à qui s'applique l'obligation de communication et de diffusion de l'information environnementale.

(1) Code de l'environnement, art. L. 124-1.

(2) Code de l'environnement, art. R. 124-4 I.

### Les conseils

Identification par les personnes de droit public ou privé chargées d'une mission de service public :

- des informations concernées par l'exercice de leur mission ;
- des informations couvertes par le secret industriel ou commercial.

Définition d'une politique d'accès et de communication des informations sur l'environnement.

**Didier Gazagne**  
[didier-gazagne@alain-bensoussan.com](mailto:didier-gazagne@alain-bensoussan.com)

# Propriété intellectuelle

## Le droit de réponse en ligne

### Un droit opposable aux services de communication en ligne

▸ La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN, aménage le droit de réponse aux **publications en ligne**. Elle prévoit, dans son article 6-IV, que « *toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un **droit de réponse*** ». Un **décret du 24 octobre 2007** est venu préciser les conditions et modalités d'application de ce droit de réponse (1).

▸ Le droit de réponse ne peut pas être exercé sous forme d'une demande d'insertion si le demandeur peut formuler directement des observations en ligne.

▸ Lorsqu'une **demande d'insertion** est possible, elle prend la forme d'un écrit et doit obéir à un certain formalisme, en particulier, identifier précisément les passages contestés.

▸ La **réponse** doit être présentée dans des conditions similaires à celles du message en cause, soit à la suite de ce message, soit accessible depuis celui-ci. Elle est publiée pendant toute la durée du message contesté et au moins un jour.

### Une définition stricte des conditions de mise en oeuvre

▸ Une ordonnance de référé du **19 novembre 2007** du **TGI de Paris** (2), saisi à la suite du refus par l'association UFC-Que-Choisir de publier un droit de réponse sur son site, vient préciser les conditions d'application des dispositions du décret du 24 octobre 2007.

▸ L'article 1 de ce décret dispose que la procédure du droit de réponse « *ne peut être engagée lorsque les utilisateurs sont en mesure, du fait de la nature du service de communication au public en ligne, de formuler directement les observations qu'appelle de leur part un message qui les met en cause* ».

▸ L'association estimait en conséquence que son site étant doté d'un **forum de discussion**, les demandeurs ne pouvaient exiger un droit de réponse. Mais, au cas d'espèce, ce texte a été **jugé inapplicable** car les textes litigieux se trouvaient au cœur de la partie rédactionnelle du site et sur sa page d'accueil, et non sur son forum de discussion.

▸ La demande d'insertion a néanmoins été rejetée car non conforme aux prescriptions de l'article 2 du décret qui impose notamment que les passages contestés par le titulaire du droit de réponse soient **précisément identifiés** par la demande d'insertion.

### L'enjeu

Défendre efficacement les atteintes à son image et ne pas encourir les sanctions de l'article 6-IV de la LCEN :

- amende pénale de 3750 euros ;
- dommages et intérêts civils.

(1) Décret n°2007-1527 du 24 octobre 2007.

### Les conseils

Pour exercer utilement un droit de réponse en ligne, vérifier :

- que la demande d'insertion comporte toutes les mentions obligatoires ;
- s'il n'est pas possible de répondre sur un forum.

(2) TGI Paris 19 novembre 2007 UFC-Que-Choisir.

**Laurence Tellier Loniewski**  
[laurence-tellier-loniewski@alain-bensoussan.com](mailto:laurence-tellier-loniewski@alain-bensoussan.com)

# Fiscalité et sociétés

## Contrôle des comptabilités informatisées : les nouveautés pour 2008

### La transmission des documents comptables sous forme dématérialisée

▸ La **loi de finances rectificative pour 2007** (1) précise les modalités d'exercice du contrôle des comptabilités informatisées par l'administration fiscale, notamment en ce qui concerne le mode de transmission des documents comptables.

▸ Par principe, les entreprises doivent présenter les documents comptables, inventaires, copies de lettres, pièces de recette et de dépense de nature à justifier l'exactitude des résultats indiqués dans leur déclaration.

▸ Elles peuvent désormais satisfaire à cette obligation en remettant au vérificateur, **sous forme dématérialisée**, une **copie** des fichiers de leurs **écritures comptables**. Il sera, toutefois, nécessaire que ces fichiers répondent à des normes qui seront ultérieurement fixées par arrêté du Ministre chargé du budget.

### L'enjeu

Faciliter les échanges entre l'administration fiscale et les contribuables en favorisant la transmission dématérialisée des documents comptables.

(1) Loi n°2007-1824 du 25 décembre 2007, art. 18.

### La réalisation des traitements informatiques par le contribuable

▸ Dans le cadre du contrôle d'une comptabilité tenue au moyen de systèmes informatisés, l'administration fiscale peut demander la réalisation de **traitements informatiques** sous réserve du respect d'un **formalisme particulier**. Elle doit informer le redevable de la nature des investigations et des traitements souhaités et des noms et adresses administratives des agents chargés du contrôle.

▸ Le contribuable doit **formaliser par écrit** son choix parmi l'une des **options** suivantes : contrôle sur place du matériel par les agents du fisc, réalisation par le contribuable lui-même des traitements informatiques nécessaires à la vérification ou absence de contrôle du matériel utilisé par l'entreprise.

▸ S'il opte pour la seconde option, il a connaissance par l'administration de la nature des traitements demandés et du délai accordé pour leur réalisation. Les résultats sont susceptibles d'être transmis sous forme dématérialisée.

▸ S'il choisit la troisième option, il doit mettre à la disposition du vérificateur les copies des documents, données et traitements contrôlés. L'administration les lui restituera avant la mise en recouvrement et n'en conservera aucun double.

▸ La **limitation à trois mois** de la durée de vérification sur place est **prorogée** de la durée comprise entre la date du choix du contribuable pour l'une des options prévues pour la réalisation des traitements et selon l'option choisie :

- soit la durée de la mise à disposition du matériel et des fichiers nécessaires par l'entreprise ;

- soit celle de la remise des résultats des traitements réalisés par l'entreprise à l'administration ;

- soit celle de la remise des copies de fichiers nécessaires à la réalisation des traitements par l'administration, avec consignation par écrit.

▸ L'ensemble de ces dispositions seront applicables au contrôle pour lesquels l'avis de vérification aura été adressé au contribuable **à compter du 1er janvier 2008**.

### L'essentiel

Dans le cas d'une comptabilité tenue sur support informatique et si l'administration fiscale envisage la réalisation de traitements informatiques, le contribuable peut choisir le mode d'exercice des opérations de contrôle.

Pierre-Yves Fagot  
[pierre-yves.fagot@alain-bensoussan.com](mailto:pierre-yves.fagot@alain-bensoussan.com)

# Relations sociales

## Un salarié licencié pour usage personnel de son poste informatique...

▸ L'**audit** du **réseau** du système informatique d'une l'association, a notamment révélé la présence de fichiers en provenance d'Internet sur le poste de l'**administrateur système** réseau. La taille des fichiers stockés sur le disque dur du salarié était telle qu'elle laissait présager d'un **téléchargement** 24 h/24 et 7 jours/7.

▸ Lors de cet audit, il a été découvert la présence d'un logiciel de partage de données baptisé « GNUTELLA » qui a permis à l'administrateur de télécharger des **logiciels et fichiers MP3** en quantité impressionnante.

▸ Or, l'audit a révélé que pour mettre en place ce type de programme l'administrateur avait modifié les **procédures de sécurité** du réseau informatique de l'association. Néanmoins, celui-ci a été mal configuré par l'administrateur ce qui rendait accessibles aux autres utilisateurs du logiciel de téléchargement certains documents professionnels présents sur son poste informatique et faisait courir à l'association un risque de fuite des données. L'association a donc **licencié** son administrateur réseau pour **faute grave**

▸ Ce dernier a porté l'affaire devant les tribunaux considérant son licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le Conseil de **prud'hommes** de Paris a jugé le licenciement justifié tout en le requalifiant en licenciement pour cause réelle et sérieuse. Le salarié a fait **appel**.

▸ Selon la cour d'appel (1), le salarié « *a profité de ses fonctions et de l'accès privilégié au système informatique de son employeur pour, à l'insu de celui-ci, utiliser ce système à des fins personnelles étrangères à l'activité de l'association* ». En agissant ainsi, il a rendu le système particulièrement vulnérable aux intrusions extérieures malveillantes, au mépris des règles élémentaires de sécurité»..

## Evaluation des salariés : le CHSCT doit être consulté !

▸ La cour de cassation (2) a rendu un arrêt aux termes duquel elle vient de juger que les **évaluations professionnelles** doivent être soumises à la consultation du **CHSCT** car :

- elles doivent permettre une meilleure cohérence entre les décisions salariales et l'accomplissement des objectifs ;
- elles peuvent avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération ;
- les modalités et les enjeux de l'entretien sont de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail.

▸ Pour fonder sa décision, la haute juridiction s'est appuyée sur l'alinéa 1 de l'**article L. 236-2 du Code du travail** qui définit les missions du CHSCT, parmi lesquelles figure la **protection de la santé des salariés**.

### L'essentiel

La violation par l'administrateur réseau des obligations découlant de son contrat de travail était « d'une importance telle que son maintien dans l'association était impossible pendant la durée du préavis sans risque de compromettre les intérêts légitimes de l'employeur » ce qui constituait une faute grave.

La Cour tient compte de deux critères pour qualifier les faits de faute grave : la fonction du salarié et donc son accès privilégié au système informatique qui constitue un facteur aggravant et les conséquences effectives préjudiciables qui en ont résulté.

(1) CA Paris, 04/10/2007.

### L'essentiel

(2) Cass. soc. 28 novembre 2007, n°06-21.964.

Pierre-Yves Fagot  
[pierre-yves-fagot@alain-bensoussan.com](mailto:pierre-yves-fagot@alain-bensoussan.com)  
 Céline Attal-Mamou  
[celine-attal-mamou@alain-bensoussan.com](mailto:celine-attal-mamou@alain-bensoussan.com)

# Indemnisation des préjudices

## Détournement de redevances de terminaison d'appels

### Un business modèle exploitant une faille des forfaits illimités

▶ Depuis une dizaine d'années en France, avec l'ouverture à la concurrence du secteur de la téléphonie et la régulation des **tarifs d'interconnexion** des différents opérateurs, celui qui assure l'acheminement d'une communication depuis le point d'interconnexion avec le réseau de l'opérateur ayant acheminé l'appel, vers le client final, perçoit de l'opérateur pour lequel il assure cette prestation, le cas échéant, une **redevance dite de terminaison d'appel**.

▶ Avec le développement des **forfaits téléphoniques illimités**, un éditeur de site internet s'est rapproché de deux opérateurs de téléphonie « alternatifs » afin de créer, un service reposant sur le montage suivant : un site internet proposait à des internautes bénéficiant de tels forfaits de s'inscrire à un service de « chat » téléphonique, accessible à partir de numéros non surtaxés, attribués aux deux opérateurs. Les internautes, pour lesquels les appels vers ces numéros étaient gratuits, étaient incités à prolonger, indéfiniment, la **durée de leurs communications** en bénéficiant d'un **versement de 0,002 € par minute d'appel**. Les deux opérateurs augmentaient ainsi, artificiellement, car le service de chat n'avait pas d'autre objet, les redevances de terminaison d'appel versées par les autres opérateurs. Ils en reversaient une quote-part à l'éditeur du service qui rémunérait les utilisateurs en conservant une part des bénéfices.

### Considéré comme abusif et préjudiciable aux opérateurs

▶ Ayant constaté une augmentation exponentielle des charges de terminaison d'appels versées aux deux opérateurs, France Telecom et Orange ont assigné l'éditeur du service en cause, mais leurs demandes ont été rejetées en première instance (1). La Cour d'appel d'Angers, saisie par les opérateurs, a jugé au contraire que cette **exploitation d'une faille technique** par l'éditeur du service était **abusive et commercialement déloyale**, dès lors qu'elle n'avait d'autre objet que de détourner les règles concurrentielles en vigueur à son profit (2).

▶ Les demandes de réparation formulées par France Telecom et Orange visaient uniquement le remboursement des **charges de terminaison d'appel** versées indûment, soit respectivement **780.000 €** et **340.000 €** selon elles.

▶ Cependant, l'arrêt constate que les deux opérateurs historiques ne justifient que de la **durée du trafic** vers les numéros en cause, pour les années 2004 et 2005, alors que le service a été interrompu en 2006. L'arrêt ne retient donc que le nombre d'heures de communications illicites justifié (1.704.170 heures !).

▶ En outre, ni le **montant des redevances** versées aux deux opérateurs « alternatifs » au titre du service, ni le tarif de ces versements, ne sont justifiés par les opérateurs historiques. A défaut de ces éléments, l'arrêt considère les tarifs des versements des opérateurs « alternatifs » à l'éditeur du service (0,54 € par heure) et, après déduction du montant reversé aux utilisateurs (0,025 € par heure), chiffre le **montant des bénéfices indûment réalisés par l'auteur des pratiques**, soit **877.647 €** (0,515 € X 1.704.170 heures).

▶ Ce montant (arrondi à 879.000 €) est retenu comme préjudice indemnisable des opérateurs historiques, dont l'indemnité est fixée respectivement à **604.000 €** et **275.000 €**.

### L'enjeu

A défaut d'avoir justifié d'informations relatives à leur propre activité, les demandeurs obtiennent une indemnisation qui, quoique très importante, s'avère inférieure à leur préjudice réels. En l'espèce, la quote-part des charges de terminaison d'appel perçue par les deux opérateurs alternatifs n'est pas indemnisée.

(1) TC Angers, 17/05/2006

(2) CA Angers 1<sup>e</sup> Ch.A, 9/10/2007, France Telecom et Orange c. Afone.

### Les conseils

Le demandeur doit justifier précisément de ses préjudices, tout particulièrement lorsque cette justification peut ressortir de sa propre comptabilité.

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

## Petit-déjeuner – Débat(\*)

### ***DADVSI : un an après***

Lors du petit-déjeuner « La DADVSI et son impact sur l'entreprise : 1 an après » du 19 décembre 2007, Maître Laurence Tellier-Loniewski a dressé un bilan et présenté les enjeux de la loi DADVSI.

Une évolution des concepts de base de la protection des œuvres s'est opérée avec l'émergence de la reproduction provisoire, d'exceptions inspirées du « fair use » et des mesures techniques de protection et d'information (DRM).

La loi DADVSI a consacré la protection juridique des DRM des œuvres afin que celles-ci ne soient plus une cible facile pour les pirates et qu'elles ne fassent plus l'objet d'un usage non autorisé. Le texte de loi prévoit la protection des seules mesures efficaces sans toutefois les cantonner à une technologie particulière. Ainsi s'ouvre un nouveau champ de protection pour les documents et bases de données numériques créés par les entreprises.

La protection des œuvres ne se fait pas à tout prix et l'usage des DRM est limité par la loi. Le DRM doit effectivement garantir un usage normal de l'œuvre par les utilisateurs, tout en respectant l'interopérabilité et les droits des titulaires d'exceptions au droit d'auteur.

La loi a institué l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) dont la mission est de veiller au respect des dispositions légales et de concilier les exceptions et l'interopérabilité avec les mesures techniques de protection. Cette autorité indépendante a des pouvoirs importants étant donné qu'elle peut infliger des sanctions pécuniaires.

La loi a mis en place un arsenal de dispositions réprimant les actes de contournements, par quelques moyens que ce soient, des mesures de protections, sauf en cas de recherche scientifique et d'impératifs de sécurité informatique, ainsi que la distribution ou la promotion des dispositifs permettant ces atteintes. Il sanctionne aussi l'exploitation des logiciels (notamment peer-to-peer) permettant le téléchargement ou le partage illicite des œuvres.

La mise en place des dispositions de la loi DADVSI a entraîné un accroissement des obligations et des responsabilités du RSSI : ils sont tenus de transmettre à l'ensemble du personnel de l'entreprise les messages de mise en garde contre le téléchargement et ils doivent veiller à ce que les moyens mis à la disposition des employés ne soient pas utilisés à des fins illicites en mettant en place les moyens (notamment les filtres) proposés par les FAI.

Les participants se sont posés la question de la protection des DRM en eux-mêmes, car lorsqu'une œuvre est « attaquée » le DRM l'est également. En effet, de part sa nature de logiciel, le DRM n'est pas protégé par la loi DADVSI, mais en l'occurrence, d'autres textes (telle la loi dite loi Godfrain) sont, le cas échéant, applicables.

(\*) Réservez déjà vos dates : les prochains petits-déjeuners auront lieu le 16 janvier 2008 (Loi de finances et TIC), le 20 février 2008 (La commande publique de prestations informatiques) et le 18 mars 2008 (Opération de restructuration et transférabilité des contrats) : [invitation-conference@alain-bensoussan.com](mailto:invitation-conference@alain-bensoussan.com)

## Prochains événements

### *La loi de finances 2008 et les TIC : 16 janvier 2008*

Afin d'atteindre les objectifs de croissance que le gouvernement s'est fixé et répondre aux besoins d'un marché toujours plus concurrentiel, la loi de finances pour 2008 comporte de nombreuses innovations en faveur des PME.

A l'occasion d'un petit-déjeuner animé par Pierre-Yves Fagot, il est proposé de faire le point sur l'état de ces mesures concernant plus précisément les trois grands volets suivants :

- la refonte du crédit d'impôt recherche ;
- la création des Jeunes Entreprises Universitaires après celle des Jeunes Entreprises Innovantes ;
- l'assouplissement du traitement fiscal des cessions et apports de brevets et droits associés.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 14 janvier 2008 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : [invitation-conference@alain-bensoussan.com](mailto:invitation-conference@alain-bensoussan.com) ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

### *Commande publique de prestations informatiques : 20 février 2008*

Ce petit-déjeuner, consacré aux marchés publics informatiques, est l'occasion pour François Jouanneau de revenir sur la réforme du code des marchés publics de 2006, dont il esquissera les grands principes et les nouveautés, avant de vous exposer les spécificités des marchés publics informatiques, s'agissant notamment de la particularité de l'objet informatique, de la diversité des services, de la variété des partenaires, des procédures applicables et de la négociation. La rédaction de certaines clauses contractuelles, telles que la nature des obligations, la délimitation des responsabilités ou la confidentialité, sera plus particulièrement envisagée.

François Jouanneau se propose également de vous présenter le projet de CCAG "Technologies de l'Information et de la Télécommunication" et de faire le point sur les évolutions récentes du droit de l'achat public, en particulier la réduction du délai de paiement, les nouveaux seuils de passation des marchés ou l'accès des PME à la commande publique.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 15 février 2008 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : [invitation-conference@alain-bensoussan.com](mailto:invitation-conference@alain-bensoussan.com) ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

# Actualité

## L'essentiel

### La loi de finances pour 2008 : les PME sont bénéficiaires...

► La loi de finances pour 2008 comporte de nombreuses dispositions en faveur des PME : refonte du crédit d'impôt recherche, création d'un statut pour les jeunes entreprises universitaires, assouplissement du traitement fiscal des cessions et apports de brevets et droits associés.

Soutenir l'innovation.

Loi n° 2007-1822 du 24/12/2007.

### Vote électronique par machines à voter : le premier bilan

► Un rapport intermédiaire du Forum des droits sur l'internet établit un bilan du vote électronique par machines à voter aux élections politiques de 2007. Il met en avant la satisfaction des municipalités mais également leurs interrogations quant à la sécurité et la fiabilité du procédé. Des améliorations devraient être proposées par le Forum des droits sur l'internet dans une recommandation attendue pour 2008 concernant les machines à voter, le vote électronique à distance et le vote par internet.

Un rapport dresse un état des lieux du vote électronique par machines à voter.

Forum des droits sur l'internet, rapport du 11/12/2007

### AFNOR : le management de la sécurité des SI enfin normalisé !

► La norme NF ISO/CEI 27001:2007-12 homologuée par l'AFNOR le 14 novembre 2007 est applicable depuis le 14 décembre 2007. Elle spécifie les exigences relatives au management de la sécurité au regard des risques globaux liés à l'activité de tout type d'organisme, public comme privé, y compris à but non lucratif. Elle tend à encourager l'adoption d'une approche « processus » pour l'établissement, la mise en oeuvre, le fonctionnement, la surveillance et le réexamen, la mise à jour et l'amélioration d'un SMSI

Une norme précise les bonnes pratiques en matière de sécurité informatique.

AFNOR, norme NF ISO/CEI 27001 : 2007-12 du 14/11/2007

### Un CPV modernisé à disposition des acheteurs publics européens !

► La Commission de Bruxelles a adopté le 28 novembre 2007 un nouveau règlement concernant le vocabulaire commun pour les marchés publics, connu par les acteurs de la commande publique sous l'acronyme de CPV (Common Procurement Vocabulary). Rédigé après une consultation menée dans les secteurs privé et public au sein de l'Union européenne, il vise à simplifier et moderniser le système de classification applicable dans l'ensemble de l'Union européenne pour les marchés publics

Un nouveau texte vient clarifier et actualiser le vocabulaire commun pour les marchés publics, dit CPV.

Règlement du 28/11/2007 modifiant le règlement (CE) n° 2195/2002 du 5/11/2002

► Le nouveau CPV tient compte de l'évolution des marchés, des produits et des besoins des utilisateurs induits par le développement des technologies et des services liés à l'internet et la téléphonie sans fil. Il sera applicable dans tous les Etats membre 6 mois après sa publication.

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)