

L Le renouveau de la loi fondatrice du droit de l'internet : vers une LCEN 2.0 !

La LCEN au cœur de l'actualité

▸ La Loi pour la confiance dans l'**économie numérique** revient sur le devant de la scène. La chose peut paraître surprenante pour une loi qui fêtera ses **4 ans** en juin prochain mais il faut bien le reconnaître la LCEN est aujourd'hui l'objet d'une double attention.

▸ Elle est tout d'abord l'attention du monde **judiciaire**. Il n'est, pour s'en convaincre, que de compter, le nombre de décisions récentes qui portent sur l'application de cette loi (1). Les plus médiatisées étant évidemment celles relatives à l'un des acteurs essentiels de l'Internet à savoir les « **hébergeurs** » régulièrement confrontés à la problématique de la **maîtrise des contenus** et à leur obligation de réaction face à la notification d'un contenu manifestement illicite.

▸ La LCEN est également l'objet des attentions du législateur. Sur ce point on notera l'adoption du **rapport d'information de l'Assemblée nationale** sur la mise en œuvre de la loi (2).

▸ Ce rapport, a pour objectif d'examiner les conditions dans lesquelles la LCEN a été mise en œuvre, d'identifier les problèmes rencontrés et le cas échéant, de **proposer des solutions** en vue d'une **amélioration**

Un bilan de la mise en œuvre et des effets de la LCEN sur 4 ans

▸ Les **incidences** de ce bilan d'application sont doubles, à court et à plus long terme.

▸ **A court terme** c'est un véritable débat judiciaire qui vient de s'engager sur le **rôle des prestataires techniques**, et particulièrement sur celui des hébergeurs. Ce débat devrait aboutir à ce que les prestataires s'expriment d'avantage sur les **mesures techniques** qu'ils mettent en œuvre.

▸ On attend également les **décrets d'application** non encore pris de la LCEN et notamment celui très attendu sur la conservation des données par les prestataires techniques.

▸ **A plus long terme** un débat devrait s'engager sur une éventuelle refonte, ou plus modestement une **révision de la LCEN** et au niveau européen de la directive sur le commerce électronique. Sur ce point il conviendra de suivre avec attention les propositions émises par les rapporteurs.

Les enjeux

Faire le point de quatre ans d'application des dispositions relatives à la LCEN afin de proposer des améliorations.

(1) TC Paris, 20/02/2008, Flach Film c. Google France et Google Inc. ; TGI Paris, Ord. réf. 26/03/2008 Mr O. M. c. S.A.R.L. Bloobox Net ; TGI Toulouse, Ord. réf. 13/03/2008.

(2) Doc. Ass. Nat. n°627 disponible, <http://www.alain-bensoussan.com/documents/250254.pdf>

Les perspectives

- l'instauration d'un débat judiciaire concernant le statut des hébergeurs.

- l'adoption des décrets d'application de la LCEN (4 décrets restent encore à prendre sur les 13 prévus)

- vers une LCEN 2.0

Eric Barbry
eric-barbry@alain-bensoussan.com

Informatique

Vers une obligation de sécurité en matière informatique ?

Une anomalie dans l'écriture du logiciel imputable au concepteur

▸ Un arrêt de la Cour de cassation du **11 décembre 2007** (1) a condamné le fournisseur d'un système informatique à verser des **dommages et intérêts** pour avoir livré un logiciel ne couvrant pas une des **fonctionnalités** requises par le client, alors même que ce dernier avait été informé de l'absence de sauvegarde des données et de la nécessité d'acquiescer une solution du marché.

▸ Le litige opposait une société spécialisée dans le recouvrement de créances, donc **non spécialiste de l'informatique** et un fournisseur éditeur de progiciels de gestion spécialisés dans le domaine du recouvrement, de la gestion d'encours et des renseignements financiers.

▸ Après plusieurs incidents et à la suite d'une **panne du serveur informatique**, suivie d'une réinstallation du logiciel, il est apparu que les bases de données reçues des clients et divers programmes n'étaient **pas sauvegardés**.

▸ Cette situation a conduit le client à faire appel à un prestataire informatique pour procéder à la **remise en ordre** de fonctionnement du système informatique litigieux.

▸ L'**expert judiciaire** désigné en première instance a estimé que le logiciel informatique comportait une **anomalie** (absence d'une fonctionnalité de sauvegarde) et que le **défait de sauvegarde** était imputable au concepteur du logiciel et non à la société cliente.

La délivrance n'était pas conforme au regard de la sécurité

▸ La Cour a relevé que dès lors que le logiciel comportait une anomalie dans l'écriture des programmes imputable à l'auteur du logiciel, la décision de **condamnation** était suffisamment **justifiée** par la cour d'appel.

▸ Ce faisant, elle montre que la **conformité** en informatique s'apprécie non seulement au regard des engagements des parties mais aussi de la **sécurité** de la solution fournie.

▸ Un prestataire ne peut donc écarter sa responsabilité au regard d'un **défait de sécurité** affectant la solution vendue quant bien même il informe le client qu'il ne fournit pas de solution standard de sauvegarde des données et qu'il faut recourir au solution du marché.

▸ On ne peut ainsi restreindre les aspects relatifs à la sécurité au simple fait de mettre en garde le client. L'absence de dispositif de sauvegarde des données constitue une **non-conformité**.

▸ Un logiciel qui ne peut remplir de façon complète la fonction la sauvegarde des données engage donc la **responsabilité du prestataire**.

Les enjeux

Dès lors qu'un logiciel comporte une anomalie dans l'écriture des programmes imputable à l'auteur du logiciel, l'obligation de délivrance en bon état de fonctionnement n'est pas respectée et le fournisseur doit être condamné à réparer le préjudice.

(1) Cass. com. du 11/12/2007, pourvoi n° 04-20.782

Les perspectives

Cette jurisprudence consacre l'obligation de sécurité en matière informatique.

L'absence de dispositif de sauvegarde constitue une non-conformité.

Pascal Arrigo
pascal-arrigo@alain-bensoussan.com

Communications électroniques

Extension de la taxe Sacem aux téléphones mobiles

Compenser le manque à gagner des ayants droit

▸ La commission pour la **copie privée**, présidée par Monsieur D'Albis, est chargée de fixer le montant des **taxes** à percevoir sur les ventes de **supports vierges**. Cette taxe sert à compenser la non-perception par les auteurs, artistes-interprètes et producteurs, des droits qui leur reviennent et ce, en raison de la reproduction de leurs œuvres sur ces supports vierges.

▸ Si cette commission s'est longtemps intéressée aux supports analogiques, elle s'est récemment attachée à étendre progressivement la perception de cette taxe aux appareils et aux **supports numériques**, comme les lecteurs et graveurs de CD/DVD ou encore les disques durs multimédia.

▸ Plus récemment encore, la commission vient de proposer l'application d'une taxe sur les **téléphones mobiles multimédia** permettant de stocker et de lire des fichiers audio ou vidéo.

Seuls les téléphones haut de gamme seraient concernés

▸ Tous les téléphones mobiles ne semblent pas concernés puisque la commission a proposé que seuls soient taxés les mobiles disposant de **fonctionnalités de lecture audiovisuelle** proches des fonctionnalités disponibles sur les lecteurs, par exemple, de type mp3 et disposant :

- d'une capacité de mémoire interne d'au moins **128 Mo** ;
- d'une touche permettant la **lecture des fichiers stockés** indépendamment des fonctionnalités de téléphonie ;
- d'un **lecteur de fichiers** aux formats mp3 ou vidéo.

▸ En conséquence, seul serait touché un certain nombre de terminaux haut de gamme, comme l'**iPhone**.

▸ La taxe serait **proportionnelle à la capacité mémoire** des terminaux mobiles concernés et serait versée par les acheteurs de ceux-ci.

▸ Par ailleurs, cette taxe serait calculée selon **deux barèmes**. Le premier ne s'appliquerait qu'aux téléphones mobiles dotés d'une fonction de **lecture de la musique** alors que le second s'appliquerait aux téléphones mobiles disposant également d'une fonction de **lecture de vidéos**.

▸ En conséquence de l'application de cette taxe, les prix des téléphones mobiles concernés augmenteraient dans une fourchette comprise **entre 5 € et 7 €**, soit un montant similaire à l'augmentation des appareils portables numériques comme les lecteurs mp3.

▸ La mise en application de cette taxe devrait être effective au **1er avril 2008**.

Les enjeux

La baisse continue des ventes de supports d'enregistrement, comme le CD, favorise la recherche de nouvelles sources de financement au rang desquelles la téléphonie mobile figure en bonne place, ce que le débat, qui vient d'être lancé à propos du financement de la télévision publique, semble confirmer.

Les perspectives

Depuis une récente décision (1), il conviendra d'être particulièrement vigilant lors de l'achat sur internet de téléphones mobiles, afin de s'assurer que ceux-ci sont assujettis ou non au versement de cette taxe.

Cette information pourrait ne pas figurer sur le site de vente en ligne sans que cette omission ne libère pour autant l'acheteur du règlement de cette taxe.

(1) CA Paris 25 janvier 2007, <http://www.alain-bensoussan.com/documents/249035.pdf>

Frédéric Forster
frederic-forster@alain-bensoussan.com

Pénal numérique

Un nouveau plan de lutte contre la cybercriminalité

La conservation des données de connexion étendue

▸ Le Ministère de l'Intérieur a présenté en février dernier un plan de lutte contre la cybercriminalité qui devrait être intégré à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (**LOPSI**). Ce texte devrait être présenté au printemps prochain (1).

▸ Le plan élaboré par le Ministère de l'Intérieur tend à améliorer les dispositifs de **signalement des sites illicites**, et ce, à compter du mois de septembre 2008. Les méthodes d'investigation vont être modernisées.

▸ Les dispositions de la loi du 23 janvier 2006 concernant l'**obligation de conserver** à la disposition des autorités judiciaires **les données de connexion** pendant un an, jusque là réservées aux cybercafés, seront étendues à l'ensemble des acteurs d'internet.

▸ Cette obligation sera ainsi étendue à **tout accès à internet public** et non plus aux seuls opérateurs de communications électroniques et fournisseurs d'accès internet. Elle s'appliquera aux **bornes d'accès Wifi**, aux éditeurs de **messagerie électronique** et aux **points d'accès** dans les lieux publics.

▸ Rappelons que seules les **données techniques** de connexion doivent être conservées (adresse IP, date, horaire, durée de la communication, etc) à l'**exclusion** des informations relatives au **contenu** des communications elles-mêmes (texte d'un SMS, objet d'un mèl, etc.).

Les contrôles à distance renforcés

▸ La **captation à distance** de données numériques se trouvant dans un ordinateur ou transitant par celui-ci sera **autorisée** sous contrôle du juge. Elle interviendra en matière de criminalité organisée.

▸ Il est également prévu de nouvelles formes d'incrimination concernant l'**usurpation d'identité sur internet**, alors que le piratage pourra faire l'objet de sanctions spécifiques.

▸ En matière internationale, il sera proposé la mise en place d'**accords internationaux** permettant la **perquisition à distance informatique** sans qu'il soit nécessaire de demander préalablement l'autorisation du pays hôte du serveur. Cette procédure serait mise en œuvre sous contrôle du juge.

▸ Enfin, une **Commission nationale de déontologie** des services de communication au public en ligne est en cours d'élaboration.

▸ Elle sera chargée de formuler des recommandations d'ordre déontologique afin de garantir la **protection des consommateurs** et pourra délivrer des labels de confiance.

Les enjeux

La conservation des données de connexion par tout ceux qui offrent des connexions via des bornes d'accès sans fil (Wifi) que ce soit à titre gratuit ou payant sera bientôt une obligation.

(1) Intervention de Michèle ALLIOT-MARIE du 14/02/2008, <http://www.alain-bensoussan.com/documents/249582.doc>.

L'essentiel

- la non-conservation des données de connexion engage la responsabilité pénale des titulaires de l'obligation qui encourent des peines d'amende et d'emprisonnement ;

- les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ces infractions dans les conditions prévues à l'article 121-2 du C.pénal.

Claude-Michel Corcos
claude-michel-corcos@alain-bensoussan.com

Achats publics

Marchés publics : le renvoi aux formulaires DC4 et DC5 est suffisant pour soumissionner

Quels sont les documents et renseignements pouvant être exigés ?

▸ L'arrêté du 28 août 2006 établit la **liste maximale** des **documents** et renseignements pouvant être **exigés** par les acheteurs publics pour soumissionner.

▸ Le **juge des référés** a considéré que les avis de publicité devaient énumérer les renseignements et documents exigés par l'acheteur public. Les candidats se trouvent donc confrontés dans les avis d'appel public à la concurrence, à de **multiples demandes de documents** qui concernent le même objet, alors que ces documents sont déjà inclus dans les formulaires DC4 et DC5 (1) mis à disposition par le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

▸ La démarche « très protectrice » des acheteurs publics se trouve cependant, en partie, justifiée par l'attitude de nombreuses entreprises qui n'utilisent pas les **formulaires en vigueur** (version avril 2007), pourtant référencés dans les avis de publicité.

Les enjeux

Simplifier les aspects « administratifs » des réponses aux consultations publiques.

(1) DC4 intitulé « Lettre de candidature et habilitation du mandataire par ses co-traitants » et DC5 intitulé « Déclaration du candidat ».

Comment simplifier les réponses aux appels d'offres ?

▸ Un arrêt du **Conseil d'Etat** du 21 novembre 2007 confirme que le renvoi aux formulaires DC4 et DC5 est suffisant dans l'avis d'appel public à la concurrence pour faire connaître aux entreprises les **renseignements exigés** à l'appui de leur candidature. Le Conseil d'Etat considère :

- que le **formulaire DC4** intitulé lettre de candidature et habilitation du mandataire par ses co-traitants et le **formulaire DC5** intitulé déclaration du candidat reprennent, sans y ajouter, les renseignements qui peuvent être exigés des candidats en application des dispositions de l'article 45 du code des marchés publics et de l'arrêté du 26 février 2004 se bornent à déterminer les modalités de présentation de ces renseignements ;

- que ces formulaires sont **aisément accessibles**, sans frais particuliers, sur le site "internet" du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ;

- qu'il est ainsi loisible à l'acheteur public d'exiger des candidats, dès lors que les caractéristiques du marché le justifient, qu'ils utilisent, à peine d'irrecevabilité, ces formulaires pour présenter leur offre ;

- qu'il est de même loisible à l'acheteur public de renvoyer aux formulaires DC4 et DC5 dans l'avis d'appel public à la concurrence pour faire connaître aux entreprises les renseignements exigés à l'appui de leur candidature.

▸ Si cette décision du Conseil d'Etat visait les anciens formulaires DC4 et DC5, la portée de cet arrêt s'étend, bien entendu, aux **nouveaux imprimés mis à jour en avril 2007**.

Les perspectives

Les acteurs de la commande publique ont à leur disposition des outils fiables et juridiquement éprouvés pour simplifier les réponses aux consultations.

François Jouanneau
francois-jouanneau@alain-bensoussan.com

Informatique & libertés

Les flux transfrontières de données personnelles

De la centralisation intra-groupe à la délocalisation de centres d'appel

▸ La loi Informatique et libertés impose une **réglementation stricte** pour l'exportation des données à caractère personnel hors Union européenne dans les pays n'ayant pas une protection suffisante (1).

▸ Or, il existe de nombreuses situations susceptibles de générer des **transferts internationaux** de données et dont il faut tenir compte lors de la déclaration de traitement et surtout, de son exploitation.

▸ Des entreprises françaises qui communiquent avec des partenaires, des sociétés **filiales** ou mères ou qui ont des activités situées **hors de l'Union européenne** sont des situations dans lesquelles se produiront des transferts internationaux de données à caractère personnel.

▸ De même, la centralisation intra-groupe de la base de données de gestion des commandes, de la comptabilité clients, ou de la gestion des ressources humaines d'un **groupe multinational**, ou encore la délocalisation de centres d'appel constituent autant de situations qui entraîneront des transferts de données à caractère personnel hors des frontières communautaires.

Cas ne nécessitant pas d'autorisation de la Cnil

▸ La Commission européenne a établi une **liste des pays** accordant une protection adéquate. Il s'agit des vingt-cinq pays de l'Union européenne, des pays membres de l'Espace Economique Européen (2), des pays ayant fait l'objet d'une reconnaissance de protection adéquate (3). En ce qui concerne les Etats-Unis, un accord au titre du **Safe Harbor**, a été négocié.

▸ La Cnil n'a pas à autoriser les transferts vers les pays dont la protection est jugée adéquate. Cette situation est gérée lors des formalités déclaratives.

▸ Pour les **pays tiers** n'ayant pas une protection suffisante, l'opération de transfert n'est possible que si elle entre dans les **dérogations** définies de manière restrictive à l'article 69 de la loi de 1978, à défaut de quoi, une **autorisation de la Cnil** est nécessaire.

▸ L'autorisation s'obtient en encadrant le flux d'échanges par une **convention de flux transfrontières** ou des règles internes.

▸ Enfin, il convient d'ajouter que les **règles internes** (codes de bonne conduite, chartes) constituent pour les groupes de sociétés une **alternative à la convention de flux**. Adoptées de manière unilatérale par la direction du groupe, elles évitent de conclure au-tant de contrats qu'il existe de transferts de données en son sein.

Les enjeux

Concilier la liberté de circulation des données et la protection des personnes dont les données à caractère personnel sont transférées.

(1) Pour une étude, cf. « Informatique et libertés », éd. Francis Lefebvre 2008.

Les règles

Tout transfert vers un pays extérieur à la Communauté européenne est interdit si ce pays n'assure pas un niveau de protection suffisant, sauf dérogations définies de manière restrictive, à l'article 69 de la loi de 1978 modifiée.

(2) Islande, Liechtenstein, Norvège.

(3) Argentine, Canada, Guernesey, Ile de Man, Suisse, entreprises américaines adhérentes au Safe Harbor (Déc. CE 2000/520 du 26/7/2000).

Chloé Torres

chloe-torres@alain-bensoussan.com

Propriété intellectuelle

La musique et l'entreprise

Les droits d'auteur et droits voisins

▸ Les entreprises utilisent toutes de la musique à différentes occasions. Indépendamment de celles dont la musique fait partie intégrante de l'activité principale, telles que les radios et chaînes de télévision, les **attentes téléphoniques**, musiques d'ambiance ou sonorisation de **site web** sont quasi systématiques.

▸ La musique est une œuvre **protégée** au titre du **droit d'auteur** mais aussi des **droits voisins** des droits d'auteurs, à savoir les droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes (les CD du commerce) (1).

▸ L'utilisation de musique sans autorisation de l'auteur, des artistes interprètes et du producteur est **sanctionnée pénalement**.

▸ Il existe des **prestataires** proposant des musiques « **libres de droits** ». Si l'offre est tentante, il convient de vérifier son contenu et les garanties apportées par le prestataire. Ces garanties couvrent généralement les droits voisins mais pas toujours les droits des auteurs.

La gestion collective des droits

▸ Obtenir l'**autorisation** individuelle de chaque **ayant droits** pour chaque morceau de musique utilisé constitue un principe impossible à mettre en œuvre.

▸ La **solution** consiste à traiter avec les sociétés de gestion collective des droits qui autorisent, perçoivent et répartissent les rémunérations pour le compte des ayant droits. Les tarifs sont généralement forfaitaires suivant les conditions d'utilisation de la musique.

▸ Suivant le **type de sonorisation**, il convient de contacter différentes sociétés de gestion collective (2) :

- attente téléphonique : **SACEM** (gère les auteurs, compositeurs et éditeurs) et **SCPA** (producteurs de phonogrammes et artistes) ;

- locaux (salle d'attente, atelier, cantine...) : **SACEM**, qui est dans ce cas également mandatée par la **SPRE** pour la rémunération des producteurs et artistes interprètes au titre de la diffusion publique ;

- site web : **SESAM** (pour les auteurs) et **SCPP** et/ou **SPPF** pour les producteurs et artistes interprètes.

▸ Ces **régularisations** sont nécessaires même dans le cas de simple diffusion d'une radio, dont l'autorisation doit en principe, être également obtenue directement auprès d'elle.

Les enjeux

Ne pas encourir les peines prévues par l'article L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle :

- 3 ans d'emprisonnement

- 300 000 € d'amende.

(1) Code de la propriété intellectuelle, articles L 112-1, L 212-3 et L 213-1

Le conseil

- auditer l'ensemble des utilisations de musique dans l'entreprise.

- identifier les sociétés de gestion collective des droits concernées (SACEM, SCPA, SPRE, SESAM, SCPP, SPPF).

- régulariser la situation.

(2) La liste complète des sociétés en activité, <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/index-pla.htm>

Jean-Pierre Roux
jean-pierre-roux@alain-bensoissan.com

Fiscalité et sociétés

Le statut des PME de croissance

Les critères d'éligibilité au statut de PME de croissance

▸ Dans le cadre de la politique de promotion des PME de croissance, la **loi de finance pour 2007** (1) a instauré un statut spécifique aux PME dont les dépenses de personnel progressent de plus de 15 % pendant deux exercices consécutifs instaurant différents avantages.

▸ L'administration fiscale a commenté le **régime fiscal de faveur** prévoyant une réduction de l'impôt sur les sociétés pour les exercices ouverts entre le 1^{er} janvier 2006 et le 1^{er} janvier 2009 (2).

▸ Une entreprise est qualifiée de PME de croissance susceptible de bénéficier de ce statut spécifique si elle répond à **certains critères** (3) :

- être assujettie à l'impôt sur les sociétés ;
- employer entre 20 et 250 salariés, réalisé un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros au cours de l'exercice, ramené ou porté le cas échéant à 12 mois, soit un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros au titre de l'exercice pour lequel la réduction d'impôt est calculée ;
- répondre aux critères européens de la PME, notamment en terme de taille, de chiffre d'affaires, de bilan et de conditions de détention du capital ;
- ses dépenses de personnel, à l'exclusion de celles relatives aux dirigeants, doivent avoir augmenté d'au moins 15 % au titre de chacun des deux exercices précédents, ramenés ou portés, le cas échéant, à douze mois.

▸ L'**acquisition du statut** se fait de façon **déclarative** en remplissant le formulaire fiscal 2079-PME-SD.

Les avantages du statut des PME de croissance

▸ Les PME de croissance bénéficient d'une **réduction de l'impôt sur les sociétés** équivalent à geler l'augmentation de l'impôt sur les sociétés due au titre de l'exercice au cours duquel elle acquiert ce statut dès lors que l'augmentation de la masse salariale se poursuit au cours dudit exercice.

▸ La **réduction** correspond à la totalité de l'augmentation de l'IS par rapport à la moyenne du montant d'impôt payé au titre des deux exercices précédents si la croissance de la masse salariale reste supérieur à 15 %. A défaut, la réduction sera intermédiaire en cas d'augmentation de la masse salariale inférieure à 15 % ou nulle, en cas d'absence de croissance de cette masse.

▸ Les PME de croissance bénéficient d'un **report de paiement** d'un an de la part des cotisations sociales patronales afférente aux nouvelles embauches.

▸ Enfin, elles bénéficient d'un **remboursement** immédiat de la créance de crédit d'impôt recherche, ce qui est un avantage en matière de trésorerie.

Les enjeux

Stimuler les petites et moyennes entreprises créatrices de valeur et d'emploi.

Instaurer un statut spécifique aux PME « de croissance » avec un régime fiscal de faveur.

(1) Loi n° 2006-1666 du 21/12/2006.

(2) BOI 4-A-9-07 n°131 du 27/12/2007.

(3) Article 220 decies du Code général des impôts.

Les perspectives

Les PME de croissance bénéficient d'une réduction de l'IS, du report d'un an de la part des cotisations sociales patronales afférente à de nouvelles embauches et d'un remboursement immédiat de leur créance de crédit d'impôt recherche.

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

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

La clause de mobilité de la convention Syntec déclarée illicite

L'essentiel

▸ Dans cette affaire (1), un salarié, engagé en qualité de dessinateur, a - par l'effet de l'article L.122-12 du Code du travail - vu son **contrat de travail transféré** dans une agence à Toulouse. En raison de la fermeture de cette agence, il a été informé de sa **mutation à Bordeaux**, qu'il a refusée, ce qui a conduit son employeur à le licencier.

▸ Contestant la légitimité de son licenciement, il a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir une indemnisation pour **licenciement sans cause réelle** ni sérieuse.

▸ Le conseil de prud'hommes a fait droit à sa demande. La société a interjeté appel, puis a formé un pourvoi en **cassation**, en vain.

▸ Rappelant qu' « *une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique* », la chambre sociale a jugé que l'**obligation de mobilité**, prévue à l'article 61 de la **convention collective nationale Syntec**, « *qui se borne à énoncer que toute modification du lieu de travail comprenant un changement de résidence fixe qui n'est pas acceptée par le salarié est considérée, à défaut de solution de compromis, comme un licenciement et réglé comme tel, ne saurait constituer une clause de mobilité licite directement applicable au salarié en l'absence de clause contractuelle de mobilité* ».

La clause conventionnelle de mobilité prévue à l'article 61 de la convention collective Syntec est illicite car imprécise.

(1) Cass. soc. 24 janvier 2008, n°06-45.088.

Refus de mutation en présence d'une clause de mobilité

L'essentiel

▸ Une salariée travaillait à Auxerre. Son contrat de travail contenait une **clause de mobilité**. Refusant sa mutation à Nevers après un congé sabbatique, elle a été **licenciée pour faute grave** motif pris de ne pas avoir respecté sa clause de mobilité.

▸ Contestant son licenciement, elle a saisi le **Conseil de prud'hommes**. Ce dernier ainsi que la cour d'appel saisis d'un pourvoi, l'ont débouté de ses demandes en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, de congés payés sur préavis et d'une indemnité conventionnelle de licenciement.

▸ Pour justifier la faute grave, la **cour d'appel** a considéré que « *le refus exprimé par la salariée d'accepter (...) son affectation sur le site de Nevers en dépit de la clause de mobilité stipulée dans son contrat de travail, (...) rendait impossible la poursuite de la relation de travail même pendant la période de préavis (...)* ».

▸ La salariée forme un pourvoi en cassation.

▸ Tout en relevant que le refus, par la salariée alors que son contrat de travail contient une clause de mobilité, constitue un **manquement** de cette dernière à ses obligations contractuelles, la chambre sociale de la Cour de **cassation** (2) considère que ce refus n'est pas caractéristique d'une faute grave et **casse** donc **l'arrêt de la cour d'appel** sur ce point.

« Le refus, par le salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité, de la modification de son lieu de travail constitue en principe un manquement à ses obligations contractuelles mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave ».

(2) Cass. soc. 23 janvier 2008, n° 07-40.522.

Laëtitia Boncourt
laetitia-boncourt@alain-bensoussan.com
Céline Attal-Mamou
celine-attal-mamou@alain-bensoussan.com

Indemnisation des préjudices

Evaluation des dommages liés à la consultation et au téléchargement de films sur internet

L'accès gratuit au film maintenu sept mois après la notification

▸ Le producteur et le distributeur d'un film ont constaté, sur le site internet Google Vidéo France, la présence de liens hypertextes permettant un **accès gratuit** à ce **film**, en **streaming et en téléchargement**. L'éditeur a alors enjoint aux sociétés Google Inc et Google France, éditrices du site, de **retirer les liens** donnant accès au contenu litigieux. Quelques jours après, les sociétés Google ont informé l'éditeur de la suppression des liens en cause de l'index de leur site.

▸ Cependant, plusieurs constats établissent que le film est **resté accessible** sur le site Google Video France après l'annonce de la suppression des liens, pendant une période de sept mois (octobre 2006 à mai 2007).

▸ Le producteur et le distributeur ont saisi le Tribunal de Commerce de Paris en invoquant les **actes de contrefaçon et de parasitisme** des sociétés Google et pour demander réparation de leurs préjudices.

▸ Le distributeur demande une somme de **600.000 €** au titre du préjudice patrimonial subi du fait de **l'exploitation contrefaisante** du film et le producteur, **250.000 €** au titre du préjudice résultant des **actes de parasitisme**. Ils demandent également une somme de **100.000 €** chacun au titre de leur **préjudice professionnel et d'image** et la **publication** de la décision dans différents supports de leur choix, pour un montant maximum de 35.000 €

▸ Deux syndicats professionnels interviennent volontairement dans la procédure pour demander 30.000 € chacun en réparation de **l'atteinte aux intérêts collectifs de leur profession**.

Les préjudices du producteur et du distributeur évalués globalement

▸ Constatant que les internautes agissent sous leur propre responsabilité sur le site Google Video, sans intervention des sociétés Google concernant le choix et la présentation des contenus déposés et sans contrôle a priori de ceux-ci, le Tribunal (1), leur reconnaît la qualité **d'hébergeur** au sens de la Lcen (2) et leur applique le régime de **responsabilité limitée** correspondant.

▸ La décision écarte donc la responsabilité des sociétés Google pour la période antérieure à la demande de retrait des liens formulée par l'éditeur du film, mais considère qu'elles se sont rendues coupables **d'actes de contrefaçon** pour ne pas avoir rendu l'accès au film impossible **à compter de cette date**.

▸ Le préjudice patrimonial invoqué par le distributeur (600.000 €), fondé sur une évaluation des **rémunérations** auxquelles il aurait pu prétendre, dont le détail n'est pas précisé, est considéré comme largement surévalué au motif que tous les internautes ayant visionné ou téléchargé le film gratuitement n'auraient pas accepté de payer pour le faire. La décision n'indique pas si le **nombre de connexions** aux liens en cause ou de **consultations** du film est établi.

▸ Compte tenu de la durée pendant laquelle le film est resté accessible, et sans autre précision, la décision chiffre le préjudice du producteur et du distributeur à la **somme globale de 150.000 €** à charge pour eux de se répartir cette indemnisation. La demande formulée par le producteur au titre du parasitisme est rejetée, de même que l'indemnisation du préjudice professionnel et d'image. Le préjudice des deux syndicats professionnels est fixé à 1.000 € et seule la publication de la décision sur le site Google Video est ordonnée.

L'enjeu

Le préjudice patrimonial lié à l'exploitation contrefaisante ne pouvait être chiffré précisément sans connaître le nombre de consultations ou téléchargements du film générés par les liens en cause. Celui-ci aurait en effet permis de chiffrer la masse contrefaisante. Or, la décision ne précise pas si il était établi.

(1) TC Paris, 8^{ème} ch., 20 février 2008.

(2) Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Les conseils

Dans cette nouvelle affaire impliquant le moteur de recherche, la mise en œuvre des mesures de la loi de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007, destinées à faciliter l'accès de la victime aux informations détenues par le défendeur, en l'espèce les statistiques de consultation du film à partir de liens, auraient certainement permis d'évaluer de manière plus précise le montant des dommages subis.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoussan.com

Petit-déjeuner – Débat (*)

Le transfert de patrimoine informatique

A l'occasion du petit-déjeuner débat du 18 mars 2008, Maître **Jean-François Forgeron** a présenté les problématiques juridiques liées aux opérations de transfert de patrimoine informatique. Ces opérations doivent être examinées sous l'angle de la transmission universelle de patrimoine, du transfert des droits de propriété intellectuelle des éléments cédés et de la protection des données à caractère personnel.

Les hypothèses de transfert sont nombreuses. Il peut s'agir de transmissions universelles de patrimoine (TUP) qui ont lieu lors de fusions, d'absorptions, de scissions, ou lors d'apports partiels d'actifs d'une branche complète d'activité, placés sous le régime des scissions. La TUP consiste en la dévolution de l'ensemble du patrimoine d'une entité à une autre. Les contrats conclus par l'entité d'origine sont transférés automatiquement, à l'exception des contrats stipulant leur intransférabilité et des contrats conclus « intuitu personae », c'est-à-dire en considération de la personne du cocontractant. Le transfert de tels contrats est subordonné à l'accord du cocontractant « cédé ». La jurisprudence a tendance à considérer que les contrats liés aux prestations dans le domaine informatique sont conclus « intuitu personae ».

La question du transfert de patrimoine informatique se pose aussi à l'occasion d'une délocalisation (hypothèse de l'infogérance). Maître Jean-François Forgeron a mis l'accent sur les opérations préalables à mettre en œuvre à l'occasion d'un transfert de licence de logiciels ou de progiciels, et notamment la mise en œuvre d'un audit. Après le recensement des contrats existants, qui implique la participation de tous les services concernés (direction des achats, services juridique, informatique et comptable), il convient de s'assurer de leur transférabilité. Ceci nécessite une analyse des clauses de cession, de durée, de localisation et, s'agissant des progiciels, du mode de tarification (« user-based », « transaction-based », « CPU-based »).

Bien entendu, en cas de transfert non autorisé, le bénéficiaire s'expose à des risques de sanctions, notamment sur le fondement de la contrefaçon de logiciels.

Les opérations de transfert de patrimoine peuvent aussi donner lieu à des flux de données à caractère personnel. Le transfert de telles données vers une nouvelle entité implique qu'aient été effectuées les formalités préalables à la mise en œuvre du traitement auprès de la Cnil et que les personnes concernées aient été informées. Par ailleurs, dans l'hypothèse du recours à la sous-traitance, une clause particulière liée à la sécurité et à la confidentialité des données doit être insérée au contrat.

Les bonnes pratiques à mettre en œuvre dans le cadre d'une opération de transfert de patrimoine consistent à :

- identifier les périmètres des contrats (juridique, géographique, technique, financier) ;
- formaliser les hypothèses de transfert ;
- mettre en œuvre de façon concomitante une charte d'utilisation des systèmes d'information ;
- procéder à un audit des contrats informatiques.

Le régime juridique du transfert dépend des pays concernés, en opérant notamment une distinction entre les Etats membres de l'Union européenne et les autres.

(*) Réservez déjà vos dates : les prochains petits-déjeuners auront lieu le **16 avril 2008** ([Référencement sur internet et propriété intellectuelle](#)) et le **21 mai 2008** ([Audiovisuel, les nouveaux modes de distribution et les contrats](#)).

Prochains événements

Référencement sur Internet et propriété intellectuelle : 16 avril 2008

Laurence Tellier-Loniewski, Virginie Brunot, Anne-Sophie Cantreau et Annabelle Sebillé animeront un petit-déjeuner débat consacré au référencement de site web.

Référencement naturel ou payant, noms de domaine, positionnement, SEO, métatags, hyperliens, liens commerciaux, mots-clés, partenariats, affiliation, pagerank, contenus, échanges de liens, autant de termes évocateurs d'une problématique devenue récurrente pour optimiser la visibilité d'un site web sur les moteurs de recherche et, de manière plus générale, sur internet.

Mais derrière les contraintes techniques et les objectifs marketing se cachent de nombreuses problématiques juridiques : Quels sont les risques d'atteinte à mes marques et autres signes distinctifs ? Comment identifier un référencement illicite et comment agir efficacement ? Comment évaluer mon préjudice ? Comment référencer mon site sans risquer de porter atteinte aux droits des tiers ?

Enfin, au-delà du référencement de son propre site, le référencement de sites tiers est parfois susceptible d'engager la responsabilité du site référencé. Comment éviter de tels risques ?

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, de répondre à vos interrogations et de partager notre expérience sur ces problématiques pour vous permettre de mettre en place ou d'optimiser votre politique de référencement dans un environnement juridique sécurisé.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 11 avril 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-bensoissan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Audiovisuel, nouveaux modes de distribution et contrats : 21 mai 2008

Jean-Pierre Roux animera un petit-déjeuner débat consacré à la nouvelle donne en matière de sécurisation des relations contractuelles, de l'auteur au consommateur final.

Les évolutions technologiques de production, les pratiques de distribution apportant de nombreux modes d'accès aux œuvres, la multiplication des formats et l'omniprésence des web TV corporate, élargissent la nécessaire approche juridique de l'audiovisuel à l'ensemble des entreprises.

Les auteurs s'inquiètent de leur rémunération, les distributeurs de leur exclusivité et les consommateurs revendiquent la gratuité. Comment optimiser la création, l'exploitation et les remontées de recettes sans passer à côté de l'audience ?

Guidé par vos interrogations et éclairé par vos retours d'expériences, Jean-Pierre Roux fera le point sur les principales évolutions qui ont un impact juridique et les clauses indispensables à connaître.

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, de répondre à vos interrogations et de partager notre expérience sur ces questions.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 16 mai 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-bensoissan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Actualité

Signature électronique

▸ Selon une actualité du Ministère des finances datée du 10 mars 2008, les **premiers certificats « qualifiés »** arrivent (1).

▸ Les certificats qualifiés sont des certificats de signature électronique conformes à des exigences réglementaires et normatives grâce auxquelles, la signature électronique acquiert la **même valeur juridique que la signature manuscrite** (art. 1316-4 Code civ.) et est recevable comme preuve en cas de litige.

L'essentiel

(1) www.telecom.gouv.fr/actualites/10-mars-2008-les-certificats-qualifies-1601.html

Nouveau code du travail

▸ La nouvelle partie réglementaire du code du travail a fait l'objet d'un **décret du 7 mars 2008** (2).

▸ La partie législative du nouveau code du travail entrera donc bien en vigueur le **1er mai 2008** ainsi que l'a précisé la loi de ratification de l'ordonnance du 12 mars 2007 qui a mis en place un nouveau Code du travail.

▸ Cette re-codification s'opère à droit constant, ce qui signifie que le code du travail ne comporte aucune modification de fond.

(2) Décret n° 2008-243 du 7/03/2008, *JO* du 12/03/2008.

Peer to peer

▸ L'**avant-projet de loi** sur le téléchargement illégal disponible sur internet sera présenté prochainement au Conseil d'Etat (3).

▸ Il élargit les pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) créée pour gérer les questions d'interopérabilité et de copie privée et contient des dispositions sur les mesures de riposte graduée destinées à **lutter** contre le **téléchargement illégal**.

(3) <http://www.alain-bensoussan.com/pages/1429/>

Dons de matériels et de logiciels aux salariés

▸ La **remise gratuite** par l'employeur aux salariés de matériels informatiques et de logiciels nécessaires à leur utilisation pouvant permettre l'accès à des services de communications électroniques et de communication au public en ligne n'est pas considérée comme une rémunération.

▸ Ce don est **exonéré de cotisations de sécurité sociale** à condition que le matériel informatique et les logiciels cédés soient entièrement amortis par l'entreprise et que le prix de revient global des matériels et logiciels remis aux salariés n'excède pas **2000 euros**.

(4) Art. L.242-4-1 CGI (modifié par LFSS n°2007-1822, 24/12/2007, *JO* 27/12/2007.

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

Interview

L'activité « anti-piracy » eBay : une activité à part entière

M. Alexandre Menais, Directeur Europe anti-piracy eBay International (*)

par Isabelle Pottier



Que recouvre exactement cette nouvelle activité « anti-piracy » Europe de eBay ?

La fonction « anti-piracy » Europe ou encore de partenariat avec les marques s'occupe des relations avec les fabricants concernant toutes leurs problématiques qu'elles soient relatives à la contrefaçon, la distribution ou encore aux importations parallèles. Cette nouvelle activité nous permet d'avoir une approche plus globale avec tous les fabricants, d'accroître notre coopération avec ces derniers et de croiser les expériences communes. C'est aussi la prise en compte de la particularité française en la matière. La France est en effet l'un des pays du luxe le plus copié et a constitué un véritable laboratoire pour eBay dans le monde.

Comment protégez-vous les titulaires de droits de propriété intellectuelle sur eBay ?

Dès la création d'eBay, nous avons eut la préoccupation de protéger les titulaires de droits de propriété intellectuelle, en créant, il y a une dizaine d'années, un programme de coopération avec les titulaires de droits, le programme VeRO. qui leur permet de signaler facilement et rapidement les annonces qui portent atteinte à leurs droits ; mais ce programme qui répondait à une problématique de 1 millions d'utilisateurs, doit désormais faire face à une communauté de 278 Millions d'utilisateurs et de 12 millions d'acheteurs et de vendeurs en France aussi il faut par conséquent, adapter nos outils. Il y a cinq ans personne ne parlait de filtrage et aujourd'hui non seulement nous en parlons mais nous en faisons. Nous avons fortement investi dans des outils de filtrage dynamique et paramétrable qui s'enrichissent sans cesse de l'expérience acquise par le réseau eBay, du comportement de nos vendeurs et de l'expérience des fabricants car pour optimiser les outils de filtrage, nous avons besoin de la coopération des marques.

Quels sont les axes de progrès de l'anti-piracy sur internet ?

En travaillant d'avantage encore sur le filtrage. Ainsi nous préparons un livre blanc sur cette question et nous en appelons à une régulation du filtrage qui puisse se faire avec les marques, les plates-formes et pourquoi pas avec les pouvoirs publics comme arbitre. La création d'un organisme référant qui serait à la fois une force de propositions et un expert pour préciser les rôles et les responsabilités des différents acteurs et accompagner les nécessaires régulations de notre secteur en tenant compte notamment de la diversité des métiers des plates-formes et des éléments qu'elles ont à leur disposition.

Comme j'ai déjà eut l'occasion de le préciser (**), la solution pourrait consister à faire une distinction au sein même du statut d'hébergeur, entre les différents types d'hébergement. L'étendue de l'obligation de contrôle et par conséquent, des mesures à mettre en place, ne saurait être les mêmes entre un hébergeur de blogs et un hébergeur d'annonces permettant l'échange de biens. Nous pourrions ainsi mettre d'accord l'ensemble des partenaires sur la mise en place d'une plate-forme de filtrage coopérative dont les performances seraient fixées de façon concertée et qui bénéficierait à tous types d'entreprises victimes de contrefaçon.

(*) Présentation de la société, <http://pages.ebay.fr/aboutebay/thecompany/companyoverview.html>

(**) *Les Echos* du 28 mars 2008, p. 13.