

La diffusion des données publiques s'organise

Un intérêt croissant pour les données publiques

▸ La CADA vient de rendre son rapport d'activité pour l'année 2007(1). Si le nombre global des affaires qui lui ont été soumises en 2007 est en légère diminution (5000 au lieu de 5500 en 2006), il est en revanche enregistré une **recrudescence des demandes d'accès** aux documents administratifs dans le secteur de l'**environnement** (notamment pollution, assainissement, fonctionnement des installations classées), ainsi que des demandes de **réutilisation des données publiques**.

▸ S'agissant de l'**accès** aux documents administratifs, la CADA définit les règles de communication des **informations cadastrales** et leur conciliation avec le principe de **protection de la vie privée** : tout administré, qu'il soit propriétaire ou non, est en droit d'obtenir communication de tout ou partie des **plans cadastraux**, mais les tiers n'ont droit d'accès limité aux **matrices cadastrales** elles-mêmes.

▸ S'agissant de la **réutilisation** des données publiques, la CADA précise sa démarche face aux demandes qui lui sont faites : en premier lieu elle vérifie si les éléments demandés sont communicables et dans l'affirmative, elle reconnaît l'existence du **droit à réutilisation**, dont elle rappelle :

- qu'il est **indépendant** de l'usage, commercial ou non, que veut en faire le demandeur ;

- qu'il ne nécessite pas de recueillir l'**autorisation préalable** de l'administration, sauf dans le cas où elle est subordonnée à la délivrance d'une licence.

Un accès facilité aux données publiques facilité

▸ L'accès devrait se trouver facilité du fait de la mise en place du **réseau** des « **personnes responsables de l'accès** aux documents administratifs et des questions relatives à la réutilisation des informations publiques » prévu par l'ordonnance de 2005 (2), dont la CADA salue les progrès.

▸ Afin d'apporter une meilleure information aux administrations, un **guide** des personnes responsables a été réalisé par la CADA et une **lettre d'information mensuelle** leur est adressée par mél.

▸ Au final, la CADA souligne que près de 45 % des demandes ont fait l'objet d'un avis favorable.

Les enjeux

Pouvoir accéder aux multiples données contenues dans les documents détenus par les administrations et les réutiliser en toute légalité.

(1) [CADA – Rapport d'activité 2007](#).

Les perspectives

Le nombre des responsables d'accès est passé de moins de 100 à plus de 1 200 entre janvier et décembre 2007.

(2) Art. 24 de la loi du 17/07/1978 modifiée par l'ordonnance du 6/05/2005.

[Laurence Tellier-Loniewski](#)

Informatique

Le devoir de conseil de l'éditeur informatique renforcé

La nature de l'obligation : prévue ou prévisible ?

▸ La chambre commerciale de la Cour de cassation vient de rendre une décision qui semble renforcer le **devoir de conseil** qui pèse sur l'éditeur informatique. En l'espèce, sur les **recommandations d'un consultant informatique**, deux entreprises ont conclu un contrat avec un éditeur informatique pour la réalisation d'un système conçu autour d'un progiciel.

▸ La version du progiciel cédée ne permettant ni le **passage à l'an 2000**, ni le **passage à l'euro**, les clients ont assigné l'éditeur et la société informatique en vue d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi.

▸ En 2006, la Cour d'appel a fait droit à la demande des clients (1). En revanche, la chambre commerciale de la **Cour de cassation** (2) décide de distinguer l'inaptitude du progiciel à assurer le passage à l'an 2000 et son inaptitude à passer l'euro et ce, en se fondant sur la **notion de prévisibilité**.

▸ La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel sur le **manquement de l'éditeur à ses obligations contractuelles** concernant la fourniture d'un progiciel ne pouvant pas passer l'an 2000. Cette décision semble sévère par rapport au courant jurisprudentiel (3) mais se justifie en fait, par l'existence d'une version du progiciel permettant le passage à l'an 2000 commercialisée par l'éditeur au moment de la conclusion du contrat.

▸ S'agissant du **passage à l'euro**, la Cour de cassation infirme l'arrêt d'appel dans la mesure où ce passage n'étant **pas prévisible lors de la conclusion du contrat**, le coût demandé par l'éditeur aux clients pour l'adaptation du progiciel ne constituait alors pas un manquement à ses obligations contractuelles.

Obligations renforcées en présence d'un professionnel informatique

▸ Le **devoir de conseil** dépend en principe de la nature du contrat, des relations d'affaires, mais aussi de la compétence respective des parties .

▸ En l'espèce, les clients ont confié à une **société tierce** la mission d'informatiser leurs entreprises et d'élaborer un **cahier des charges**. Cette société a recommandé aux clients la proposition de l'éditeur informatique.

▸ L'éditeur a ainsi fait valoir qu'il ne commettait aucune faute en fournissant un **progiciel** tel que **préconisé par un professionnel** de informatique à ses clients.

▸ Toutefois, la Cour de cassation a rejeté cet argument en considérant que « *la présence d'un professionnel de l'informatique aux côtés d'un client pour l'assister dans ses choix ne dispense pas le concepteur d'un progiciel du devoir d'information dont il est tenu envers son client pour lui permettre de prendre la décision appropriée à sa situation* ».

▸ Elle confirme donc la condamnation in solidum de l'éditeur et du professionnel de l'informatique, ce dernier à concurrence seulement du quart de la somme.

Le principe

L'éditeur d'un progiciel doit s'assurer que ce progiciel, au moment de sa cession, réponde aux besoins du client et aux obligations légales prévues ou prévisibles pour sa durée de vie.

La durée de vie d'un progiciel est de 4 ans, durée de l'amortissement, ou 7 ans, durée d'utilisation effective.

(1) CA Bordeaux, 02/05/2006.

(2) [Cass. com. 19/02/2008](#).

(3) T. com. Créteil, 16/06/1998.

Les conséquences

Condamnation *in solidum* de l'éditeur et du professionnel de l'informatique, ce dernier à concurrence du quart de la somme.

[Jean-François Forgeron](#)
[Vera Lukic](#)

Communications électroniques

Loi de modernisation de l'économie et très haut débit : ce qui va changer...

Les collectivités informées des infrastructures de génie civil de FT

▸ Parmi les dispositions visant à faciliter le **déploiement du très haut débit** en fibre optique actuellement discutées dans le projet de loi pour la modernisation de l'économie (LME), figurent des dispositions pour lever les obstacles liés au **câblage des immeubles** et **faciliter l'accès des opérateurs** aux immeubles existants.

▸ Le projet de loi contient également l'obligation d'**informer gratuitement** les collectivités territoriales sur les réseaux déployés sur leur territoire (1).

▸ Il est prévu de modifier l'article L33-7 du Code des postes et des communications électroniques pour que les **collectivités territoriales** soient informées par les gestionnaires d'infrastructures et les opérateurs de communications électroniques, du déploiement, sur leur territoire des réseaux permettant l'accès aux technologies de très haut débit (fibre optique), y compris dans les **emprises des immeubles** et des **propriétés privées**.

▸ Le Conseil de la concurrence considère que cette disposition permettra aux collectivités territoriales de faciliter une **véritable concurrence** par les infrastructures entre différents opérateurs et qu'elle est, à ce titre, tout à fait **pertinente** (2).

Un rôle déterminant pour le déploiement de la fibre optique résidentielle

▸ Rappelons que **France Télécom** est propriétaire ou exploite ce que l'Arcep a qualifié d'« **infrastructure essentielle** », à savoir l'infrastructure hébergeant les fibres optiques déployée sur le domaine public.

▸ Or l'un des freins au déploiement de la fibre optique mis en avant par les **opérateurs alternatifs** réside dans la difficulté pour ces derniers à savoir où se trouve exactement le réseau de l'opérateur historique et quelles en sont les capacités excédentaires disponibles.

▸ Sans ces informations, ils ne peuvent proposer, dans des conditions économiques raisonnables, leurs services dans une zone donnée (quartier, rue, immeuble). Bien qu'implanté sur le domaine public, le **réseau de l'opérateur historique** est souvent **inconnu** des collectivités en l'**absence de plan de récolement des réseaux**.

▸ Mieux informées « du **maillage numérique** de leur territoire » (où y a-t-il de la fibre, du câble en cuivre ? quelle est la puissance de desserte de réseau de tel opérateur, dans tel quartier ? et dans tel autre ? etc.), les collectivités vont pouvoir mener des **politiques d'équipement adaptées**.

▸ Le Gouvernement ayant déclaré l'urgence sur ce projet de loi en avril dernier (une seule lecture par assemblée), celui-ci devrait être voté définitivement en juillet par le Parlement.

Les enjeux

Ces dispositions vont permettre de faciliter l'accès des opérateurs alternatifs aux immeubles existants en instaurant une faculté d'accès à la fibre optique.

Elles vont également permettre aux collectivités locales de jouer un rôle beaucoup plus actif dans le déploiement des technologies d'accès au très haut débit et le désenclavement de leurs territoires.

(1) Art. 29, 29 bis et 29 ter du [projet de loi LME](#).
(2) [Avis n° 08-A-06](#) du 6 mai 2008.

Les perspectives

En favorisant le déploiement des réseaux très haut débit, ce projet entend favoriser la concurrence, au bénéfice des consommateurs, entre les différents acteurs, indépendamment des zones dans lesquels ceux-ci étaient historiquement présents jusqu'alors ou des immeubles qu'ils avaient déjà équipés de technologies plus anciennes.

[Frédéric Forster](#)

Concurrence

Infrastructures essentielles : la fin de la bataille de l'interopérabilité des logiciels de presse ?

L'accès aux informations permettant d'assurer l'interopérabilité

▸ Après plus de **quatre ans de bataille** (1), les Messageries Lyonnaises de Presse (MLP) viennent d'obtenir l'accès qu'elles revendiquaient à certaines fonctionnalités du **logiciel « Presse 2000 »** édité par leur concurrent les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP), grâce à la procédure dite d'**engagements devant le Conseil de la concurrence**.

▸ Ce logiciel utilisé par la plupart des dépositaires de presse, contient certaines fonctionnalités appelées « **tronc commun** », qui leur permettent de gérer automatiquement les flux d'informations avec tous les points de vente de la presse au public, pour tous les titres.

▸ Or l'accès aux informations permettant aux MLP de rendre leurs **logiciels interopérables** avec ce tronc commun étant refusé par les NMPP, les dépositaires devaient procéder à une ressaisie manuelle des données fournies par les éditeurs, ce qui occasionnait des pertes de temps et des erreurs de saisie.

▸ Devant le Conseil de la concurrence, les NMPP se sont engagées à **permettre l'injection directe des informations** relatives aux titres diffusés par les MLP **dans le système Presse 2000** (2).

Les engagements des NMPP devant le Conseil de la concurrence

▸ Le Conseil considère que ces engagements sont de nature à supprimer le désavantage concurrentiel dont pâtissent les MLP. Mais avant de clore la procédure ouverte devant lui, il a demandé aux NMPP d'**améliorer les conditions proposées** aux MLP pour la mise en place de cet accès, afin qu'elles ne comportent pas d'entraves techniques ou financières.

▸ Les NMPP doivent notamment s'engager à ce que les contrats pour la mise en place de l'accès ne contiennent **aucune clause de nature à priver d'effet utile les engagements pris**.

▸ De ce point de vue, le Conseil considère que la référence aux clauses habituelles ou usuelles dans des contrats de ce type conclus entre professionnels laisse ouvert un **champ de possibilités trop large** de nature à empêcher la signature de ce contrat dans les meilleurs délais.

▸ De même, les réserves apportées par les NMPP aux obligations découlant pour elles des engagements pris ne doivent pas être de nature à vider ces engagements de leur substance.

▸ Il importe donc que les **clauses relatives à l'exercice des droits de propriété intellectuelle** ne soient pas de nature à remettre en cause le principe de l'accès direct automatisé et que la charge d'accès ne soit pas fixée à un niveau dissuasif qui enlève aux engagements tout effet utile.

Les enjeux

Obtenir l'accès aux informations leur permettant de rendre leurs propres logiciels interopérables avec le tronc commun du logiciel Presse 2000.

(1) Cons. conc. n° 03-MC-04 du 22/12/2003 ; Cass. com., 12/07/2005, n° 04-12488 et Cass. com., 20/02/2007.

(2) Conseil de la concurrence, [décision 08-D-04 du 25-2-2008](#).

...es perspectives

Il ne reste plus qu'à espérer que toutes ces précautions permettront de mettre un terme définitif à la procédure. Le Conseil de la concurrence pourrait en effet encore être saisi du non-respect des engagements acceptés, pour lequel il retrouverait son pouvoir de sanction, et ce, dès le stade de la négociation du contrat.

[Doris Marcellesi](#)

Achats publics

Le dialogue compétitif : une opportunité en matière de nouvelles technologies

Une solution adaptée aux projets complexes

▸ La procédure de dialogue compétitif (1) ne rencontre pas le succès qu'elle mérite. Elle apporte pourtant bien souvent une réponse à la mise en œuvre des **marchés de technologies avancées** complexes pour lesquels l'acheteur public n'est logiquement pas en mesure de définir précisément ses besoins.

▸ En matière d'achats de services informatiques complexes (acquisitions de systèmes d'information et services associés), la procédure d'**appel d'offres** montre bien souvent ses **limites** du fait de l'impossibilité pour l'acheteur public d'engager des négociations avec les opérateurs économiques.

▸ En recourant à la procédure du dialogue compétitif, l'**acheteur public** conserve ses **prérogatives** et est invité à donner les grandes orientations de son achat dans le cadre d'un programme fonctionnel ou d'un projet partiellement défini.

▸ Cette procédure permet en outre de renvoyer la **charge du risque** sur les entreprises engagées dans les différentes phases du dialogue qui vont devoir **faire évoluer leur offre** en fonction de leurs connaissances technologiques mais aussi des desiderata de l'acheteur public.

▸ En effet, le **cahier des charges** rédigé par l'acheteur sous forme d'engagements de résultats permet d'exprimer le besoin sous forme de fonctions de service ou de contrainte, de **définir le juste besoin** sans préjuger des solutions, de **favoriser des réponses inédites** au besoin et d'obtenir un consensus sur les objectifs poursuivis.

Une démarche qui nécessite de la rigueur

▸ Il convient de s'appuyer constamment sur le **programme fonctionnel** défini par le maître d'ouvrage. La constitution de l'**équipe projet** de l'acheteur public est primordiale ; il doit s'agir d'interlocuteurs capables de traiter les aspects financiers, juridiques et techniques du marché.

▸ Cette préparation rigoureuse s'accompagnera d'un «**phasage**» du dialogue annoncé dès le lancement de l'avis d'appel public à la concurrence afin d'obtenir des évolutions adaptées aux besoins de l'acheteur public et éviter ainsi des discussions inutiles avec les candidats.

▸ Pour éviter de tomber dans le tout **confidentiel**, il conviendra de demander aux entreprises de définir par écrit ce qu'elles considèrent comme relevant du **secret industriel**.

▸ Le dialogue est **bénéfique** pour les deux parties et se traduit par un **choix efficace** et qui permet aux candidats de défendre leur projet en démontrant que leur solution est la plus adaptée aux besoins de l'acheteur public.

Les enjeux

Pour l'acheteur public, cette procédure permet de bénéficier de la maîtrise technologique et de la capacité d'innovation développées par les entreprises du secteur, sans perdre sa qualité de maître d'ouvrage et pilote de l'opération.

Du côté des entreprises, celles-ci sont en mesure de faire prévaloir leur savoir-faire mais demeure la crainte du non-respect du secret industriel dans le cadre des discussions.

(1) Art. 36 du Code des marchés publics.

Les conseils

Pour éviter tout dérapage (pillage des idées des candidats et non-respecter du principe d'égalité), il convient d'assurer la traçabilité de la procédure par la rédaction systématique de compte-rendu du dialogue.

[François Jouanneau](#)

Utilities & environnement

Future charte européenne des droits des consommateurs d'énergie

Controverse sur la nature de la charte : instrument législatif ou non ?

▸ Dans sa communication de juillet 2007 (1), la Commission des communautés européennes n'envisageait pas de faire de la charte un instrument législatif tandis que la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs près le Parlement européen souhait donner un caractère contraignant à la charte pour garantir et faire respecter les droits des consommateurs d'énergie.

▸ Le Parlement européen a adopté en juin dernier une proposition de résolution non législative sur une charte européenne des droits des consommateurs d'énergie (2).

▸ Ce projet de charte énonce la législation communautaire existante tout en donnant les orientations pour sa mise en oeuvre, les « éléments qui pourraient compléter les droits existants et qui relèvent de la responsabilité des Etats membres », les « éléments qui pourraient compléter les droits existants » au moyen d'une « autorégulation par les industriels et les représentants des consommateurs » et rappelle certains aspects jugés essentiels et significatifs pour la protection des droits et intérêts des consommateurs communautaires.

Les enjeux

Il s'agit d'une part, de préciser et de compléter les droits des consommateurs d'énergie et d'autre part, d'établir un instrument de consolidation des droits des consommateurs d'énergie.

(1) Vers une Charte européenne des droits des consommateurs d'énergie, COM (2007)386 Final.

(2) [Proposition de résolution du 19 juin 2007, T6-0306/2008.](#)

Aspects des droits des consommateurs d'énergie couverts par la charte

▸ Le projet de charte couvre notamment le **droit universel d'approvisionnement** énergétique et **d'accès à un réseau** de distribution concernant un produit de qualité déterminé et à un prix raisonnable : l'interruption de l'approvisionnement est une « solution de dernier secours ». La charte prévoit la mise en place de garanties pour empêcher l'interruption d'approvisionnement et la désignation d'un **fournisseur de dernier recours**.

▸ Il prévoit aussi l'accès à une **information objective, transparente et gratuite** sur les prix applicables à l'énergie et conditions de changement de fournisseur : l'enjeu de cette mesure est la protection du consommateur contre les pratiques commerciales déloyales. Cela implique une plus grande transparence, la prévisibilité des tarifs et leur mécanisme d'indexation, aisément compréhensibles et accessibles afin d'aboutir à une **facture énergétique normalisée** utilisable par tous les fournisseurs et s'inspirant des meilleures pratiques.

▸ Il prévoit la prise de mesure appropriées pour **s'attaquer à la pauvreté** : selon l'OMS, cette notion est l'impossibilité de chauffer toutes les pièces de vie occupées du logis à une température minimale de 18° mais aussi l'impossibilité de se procurer d'autres services énergétiques à un coût raisonnable.

▸ Enfin, la généralisation de « compteurs intelligents » conformes à des normes d'interopérabilité à définir par les autorités nationales de régulation : la prescription de **normes** sur les **spécifications techniques minimales et de fonctionnement** des compteurs est destinée, outre l'information sur la consommation réelle, à la définition d'un référentiel d' **interopérabilité** entre les fournisseurs d'énergie.

Les perspectives

La charte sera transmise au Conseil et à la commission ainsi qu'aux gouvernements des Etats membres pour sa mise en oeuvre.

[Didier Gazagne](#)

Propriété intellectuelle

Directeur de la publication d'un site internet et droit de réponse

Le directeur de la publication, responsable des propos publiés

▸ La loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, dite LCEN, a instauré un **droit de réponse aménagé** aux services de communication au public en ligne et précisé le **rôle du directeur** de la publication pour son exercice. Elle dispose dans son article 6 – IV que « *la demande d'exercice du droit de réponse doit être adressée au directeur de la publication* » (ou à l'hébergeur du site lorsque la personne qui édite le site a conservé l'anonymat qui se charge de transmettre au directeur de la publication la demande d'insertion).

▸ Le directeur qui reçoit la **demande d'insertion** d'un droit de réponse d'une personne nommément visée ou désignée est tenu d'insérer ce droit de réponse **dans les 3 jours** qui suivent sa réception (sous réserve du respect des conditions et modalités de mise œuvre de ce droit) (1).

▸ Le **décret du 24 octobre 2007** relatif au droit de réponse applicable aux services de communication au public en ligne est venu confirmer et préciser le rôle du directeur de la publication dans l'exercice du droit de réponse en ligne (2). Outre l'insertion du droit de réponse, il peut, avec l'accord du demandeur, **supprimer** ou **rectifier** le message la publication.

L'identification du directeur de la publication

▸ Les demandeurs à l'insertion d'un droit de réponse doivent donc, pour permettre l'exercice efficace de leur droit, **déterminer l'identité du directeur** de la publication seul acteur compétent. La LCEN, en son article 6 – III – 1, précise que « *les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert (...) le nom du directeur ou du codirecteur de la publication* ».

▸ S'il est d'usage que l'identité du directeur de la publication apparaisse dans les **mentions légales** du site internet, aucune obligation ne pèse sur l'éditeur sur le **lieu d'apposition** de cette mention sur le site. Ainsi, l'insertion du nom du directeur de la publication dans une rubrique « L'équipe du Monde.fr » est conforme aux dispositions de la LCEN (3).

▸ L'essentiel est que celui qui entend exercer une demande d'insertion de droit de réponse ne soit pas priver de son droit. Ainsi, en l'absence d'identification possible du directeur de la publication sur un site, les juges ont pu retenir que la demande pouvait être adressée au **titulaire du nom de domaine** (4).

Les enjeux

Permettre aux internautes d'exercer leur droit de réponse lorsqu'ils sont mis en cause dans un service de communication au public en ligne.

(1) Voir JTIT n°72

(2) Réf. Décret n°2007-1527

Le conseil

Mentionner, sur le site, l'identité du directeur de la publication de façon visible afin de :

- permettre l'exercice du droit de réponse ;

- ne pas voir sa responsabilité engagée.

(3) TGI Paris, 12/03/2008.

(4) TGI Nanterre, 28/02/2008.

[Anne Stutzmann](#)
[Marie Soulez](#)

Fiscalité et sociétés

Les dépenses de création de jeux vidéo peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt

Quelles sont les conditions pour en bénéficier ?

▸ Les entreprises de création de jeux vidéo soumises à l'impôt sur les sociétés (ou exonérées) et respectant la législation sociale en vigueur, peuvent bénéficier **depuis le 1er janvier 2008** d'un crédit d'impôt au titre des dépenses qu'elles exposent en vue de la création de jeux vidéo (1).

▸ Les **jeux vidéo** visés par ce dispositif doivent être **agréés** par le directeur général du Centre national de la cinématographie (2) et répondre aux conditions suivantes :

- leur **coût de développement** doit être **≥ à 150 000 €**;
- ils sont destinés à une commercialisation effective **auprès du public** ;
- ils sont réalisés avec le concours d'**auteurs** et de collaborateurs de création qui sont, soit de nationalité française, soit **ressortissants** d'un autre Etat membre de la **Communauté européenne** partie à l'accord sur l'espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale ;
- ils contribuent au développement et à la **diversité de la création** française et **européenne** de jeux vidéo notamment par leur qualité, leur originalité ou le caractère innovant du concept et le niveau des dépenses artistiques.

▸ Les deux dernières conditions de création sont vérifiées au moyen d'un **barème de points**, dont le contenu est fixé par le décret du 29 mai 2008 (2) et l'arrêté du même jour (3).

Quelles sont les dépenses à prendre en compte et les plafonds ?

▸ Ce crédit d'impôt annuel, **plafonné à 3 000 000 €** par exercice, est égal à 20 % du montant total des dépenses, réalisées en France, dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale.

- Les **dépenses éligibles** comprennent les :
- dotations aux amortissements à des immobilisations créées ou acquises à l'état neuf et affectées directement à la création de jeux vidéo,
 - amortissements versés aux auteurs ayant participé à la création des jeux vidéo en application d'un contrat de cession de droit d'exploitation,
 - dépenses de personnel affectées directement à la création des jeux vidéo,
 - autres dépenses de fonctionnement pour leur quote-part affectée à l'activité de création de jeux vidéo
 - dépenses exposées pour la création d'un jeu vidéo confiée à d'autres entreprises ou organismes dans la limite de 1 000 000 € par exercice (2).

Les enjeux

Ce nouveau dispositif fiscal a pour objet de soutenir les entreprises de création de jeux vidéo, la Commission européenne ayant reconnu la compatibilité de cette mesure avec les règles communautaires.

(1) Art. 220 terdecies, CGI.

(2) [Décr. n°2008-508 du 29 mai 2008](#).

(3) [Arr. du 29 mai 2008](#).

Les perspectives

Compte tenu de la crise de l'industrie française des jeux vidéo, ce dispositif est destiné à permettre aux entreprises de ce secteur d'être dynamiques sur un marché mondial très concurrentiel.

[Pierre-Yves Fagot](#)
[Julie Kaire](#)

Relations sociales

Licenciement après consultation d'un mél personnel à l'insu du salarié

▸ Une salariée engagée par une filiale de la société Carrefour a été **licenciée** par la maison mère pour **faute grave**, motifs pris d'une absence de 6 jours qui n'aurait prétendument été justifiée qu'a posteriori, d'une absence à une réunion, d'un retard sur son lieu de travail et enfin pour avoir tenu des propos au terme d'un mél intitulé « *A vos agendas, on va rigoler !!!!!!!!!!!* ».

▸ La salariée a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la mise en cause des sociétés et la condamnation solidaire à l'indemniser de son licenciement sans cause.

▸ Le Conseil de prud'hommes, a mis hors de cause la filiale et condamné la maison mère considérant le **licenciement sans cause réelle ni sérieuse**. La société a fait appel du jugement. La Cour d'appel de Paris (1) a confirmé le jugement, augmentant le montant de l'indemnité de licenciement.

▸ Sur le grief tiré des prétendus **propos injurieux** découverts dans un courriel de la salariée, la Cour relève qu'il était adressé à trois collègues cadres comme l'intéressée, que le contenu se voulait humoristique et qu'il s'agissait donc d'un **message à caractère personnel**.

L'essentiel

« L'employeur [qui] a pris connaissance d'un courriel personnel de la salariée à son insu et à l'insu de l'ensemble de ses destinataires (...) ne peut tirer partie de la teneur du courriel ainsi découvert (...) le moyen de preuve étant illicite ».

(1) CA Paris, 11 mars 2008, S07/03880.

Licenciement après un constat d'huissier recourant à un stratagème

▸ Sur la base d'un constat d'huissier commandé par son employeur, une vendeuse a été licenciée pour faute grave pour avoir **détourné des espèces** de sa caisse.

▸ Le Conseil de prud'hommes a considéré le **licenciement** pour faute grave **non justifié** et a condamné la société qui a donc fait appel.

▸ La Cour de cassation (2) a rejeté le pourvoi rappelant que « *si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche il est interdit à cet officier ministériel d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve* ».

▸ En l'espèce, l'huissier ne s'était pas borné à faire des constatations matérielles, mais avait eu recours à un stratagème pour confondre la salariée, faisant effectuer, **par des tiers** qu'il avait dépêchés dans les différentes boutiques, des achats en espèces puis procédant, après la fermeture du magasin et hors la présence de la salariée, à un contrôle des caisses et du registre des ventes.

Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut avoir recours à un stratagème pour confondre ses salariés.

(2) Cass. soc. 18 mars 2008, n°06-40.852.

Adoption définitive de la Loi de modernisation du marché du travail

▸ La **loi du 25 juin 2008** (3) écourte la durée maximale de la période d'essai, crée la « **rupture conventionnelle** » du contrat de travail, abaisse le seuil de la durée d'ancienneté ouvrant droit aux indemnités de licenciement et confère une valeur juridique au reçu pour solde de tout compte.

(3) Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, JO 26 juin 2008.

Réforme de la prescription civile

▸ Pour l'essentiel, la **loi du 17 juin 2008** réduit la durée de prescription de droit commun de 30 à **5 ans**, alignant le délai de droit commun sur celui de la **prescription des salaires**. En conséquence, toute action engagée par le salarié (paiement du salaire, indemnités) est désormais encadrée par le délai de 5 ans.

(4) Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, JO 18 juin 2008.

[Laëtia Boncourt](#)
[Cécile Attal-Mamou](#)

Indemnisation des préjudices

Importation et vente sur internet de baladeurs MP3 contrefaisants

Evaluation du manque à gagner fondée sur la masse contrefaisante

▸ **66 baladeurs MP3** présumés contrefaisants de l'**iPod Nano** (1^{re} génération) de la société américaine Apple Inc., ont été **saisis** par la douane française en août 2007, lors de leur importation par la société Imptkno. La société Apple Inc. a également constaté que cette société proposait à la vente sur son **site Internet** plusieurs modèles de baladeurs contrefaisants les produits de marque Apple.

▸ Saisi par la société Apple Inc., le Tribunal de commerce de Paris, en effectuant une comparaison des modèles originaux et présumés contrefaisants, constate que ces derniers constituent une **reproduction servile**, de mauvaise qualité, des premiers. La société importatrice est alors condamnée pour **actes de contrefaçon** et il lui est interdit d'importer, de détenir et de commercialiser tout produit imitant les caractéristiques essentielles de l'iPod Nano.

▸ En réparation de son préjudice, la société Apple Inc. demandait une somme de **80.000 €**, au titre des **faits de contrefaçon** et de **l'atteinte portée aux modèles de sa marque**, ainsi que la **publication du jugement** dans cinq quotidiens ou revues, à hauteur de 5.000 €HT par insertion.

▸ La demanderesse invoquait un **manque à gagner** d'un montant de **5.247 euros HT**, chiffré sur la base de la **masse contrefaisante saisie**, soit 66 baladeurs, d'un prix moyen de vente de 159 euros, et d'un **taux de marge de 50%** (159 x 66 x 50%). Le jugement ne précise pas sur quels fondements était évalué le solde de la demande d'indemnisation (80.000 €- 5.247 € = 74.753 €).

Et montant de la réparation appréciée souverainement

▸ Le jugement retient le manque à gagner invoqué par Apple Inc sur la base du nombre de baladeurs saisis (5.247 €). Le **taux de marge invoqué** (50%) sur le **prix de vente moyen invoqué** (159 €), soit une marge de 79,5 €par unité, n'est pas discuté. Pourtant, le prix de vente moyen de 159 €semble correspondre au prix de vente moyen du baladeur au public et non à un prix de vente moyen aux distributeurs, nécessairement inférieur.

▸ Pour décider du montant total de la réparation, le jugement considère que le site internet de l'importateur semble exister depuis l'année 2005, pour conclure que « la masse contrefaisante écoulée n'a pu être négligeable eu égard au nombre de transactions effectuées sur ce marché en particulier pour ce type de produits attractifs ». En conséquence il retient **l'intégralité de la demande** de réparation formulée par Apple Inc. pour les différents préjudices subis, soit **80.000 €**, et ordonne la publication de la décision à hauteur du montant demandé (soit **25.000 €** au total).

▸ Ainsi, le montant de la réparation semble fixé compte tenu de **critères d'appréciation non quantifiés**, en considérant que la masse contrefaisante devait être plus importante que celle qui était justifiée, mais sans une évaluation précise de la masse contrefaisante réelle ou des autres préjudices subis.

▸ Il est vrai que la société condamnée faisait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire et n'était pas représentée dans le cadre de la procédure engagée par Apple Inc. Les demandes formulées par Apple Inc. n'étaient donc aucunement contestées.

L'enjeu

Les règles d'évaluation et de preuve des préjudices résultant de la contrefaçon sont essentiellement fixées par la jurisprudence, sous le contrôle de la Cour de cassation.

(1) **TC Paris, 15^{ème} ch., 10 janvier 2008.**

Les conseils

L'étendue des préjudices subis du fait d'actes de contrefaçon peut être appréciée souverainement par la juridiction, mais il appartient en principe au demandeur de justifier précisément de l'existence des préjudices subis et de leur étendue, afin de pouvoir prétendre à leur réparation intégrale.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoissan.com

Prochains événements : I & L 30 ans

Informatique et libertés : Bilan et Perspectives : 17 septembre 2008

Alain Bensoussan animera un **petit-déjeuner débat** consacré à la loi Informatique, fichiers et libertés qui fête cette année ses 30 ans. Ce sera l'occasion de mettre en perspective les évolutions de cette loi, l'activité de la Cnil et la jurisprudence associée.

L'année 2007 a, quant à elle, été riche d'activités puisque la Cnil a reçu 4 455 plaintes (+ 25 % par rapport à 2006), concernant principalement les secteurs de la banque-crédit, la prospection commerciale, le travail et les télécommunications, d'où la nécessité pour ces secteurs d'activité d'établir un plan de mise en conformité à la réglementation Informatique et libertés.

La Cnil a par ailleurs adressé 101 mises en demeure, 5 avertissements et a prononcé 9 sanctions financières correspondant à des amendes allant de 5 000 à 50 000 euros.

L'année a également été marquée par le développement des technosurveillances en entreprise (géolocalisation, vidéosurveillance, contrôles d'accès, biométrie, etc...).

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

Inscription gratuite. Nous vous remercions toutefois de bien vouloir confirmer votre présence avant le 5 septembre 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 ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Informatique et libertés : 30 ans et à venir

La loi Informatique et libertés fête ses 30 ans en 2008. Elle a traversé une période marquée par des évolutions technologiques et d'usage sans précédent. Pour répondre aux interrogations des professionnels, [EFE et le Cabinet Alain Bensoussan - Avocats](#) ont réuni un panel de 27 experts d'horizons différents pour faire le point sur les enseignements à retenir et anticiper les nombreux défis de demain.

Formation payante : Le [programme](#) de la session des 21 et 22 octobre 2008 animée par Alain Bensoussan.

Les obligations du correspondant Informatique et libertés (CIL)

Comment le CIL doit-il réaliser sa mission ? Quelles actions doit-il mettre en œuvre au quotidien en fonction des circonstances ? Pour répondre à ces questions et aux préoccupations des CIL, Francis Lefebvre Formation organise une journée technique animée par Alain Bensoussan, membre fondateur de l'Association Française des Correspondants à la protection des Données à caractère Personnel (AFCDP).

Formation payante : Le [programme](#) des sessions des 4 juillet 2008, 30 septembre 2008 et 26 novembre 2008.

(*) Réservez déjà vos dates : les prochains petits-déjeuners auront lieu le 15 octobre 2008 « Communications électroniques : Bilan et Perspectives » ; 18 novembre 2008 « Le correspondant environnement » ; 17 décembre 2008 « L'outsourcing des contrats Wan » : invitation-conference@alain-bensoussan.com

Actualité

Externalisation de la gestion des archives publiques courantes

▸ Le projet de loi relatif aux archives vient d'être adopté en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale le **1er juillet 2008** (1). Il concerne les archives publiques papier, mais aussi électroniques, orales et audiovisuelles.

▸ Il permettra tout en l'encadrant strictement, d'externaliser la gestion des **archives « courantes »** ou intermédiaires publiques, en les confiant à des **entreprises privées** qui seront **agrées** par la direction des Archives de France.

L'essentiel

Adapter le droit applicable aux archives publiques.

(1) [Projet de loi relative aux archives.](#)

Un « small business act » pour l'Europe

▸ La Commission européenne a dévoilé, le **25 juin 2008**, le «Small Business Act» pour l'Europe, plan d'action destiné à stimuler le potentiel de croissance et d'emploi des petites et moyennes entreprises européennes (2).

▸ Dans le domaine des **marchés publics**, il s'agira d'adopter un **code de bonnes pratiques** à destination des autorités contractantes visant à changer la culture de la commande publique dans un sens favorable aux PME.

Faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

(2) [« small business act » pour l'Europe \(en anglais\).](#)

Réforme de la prescription en matière civile

▸ La loi du **17 juin 2008** réduit le nombre et la durée des délais, simplifie leur décompte et autorise, sous certaines conditions, leur aménagement contractuel. Elle fixe en particulier le **délai de droit commun** de la prescription extinctive à **cinq ans** (au lieu de trente).

▸ Cette réforme s'imposait. Selon la Cour de cassation, il existerait actuellement plus de **deux cent cinquante délais** de prescription différents dont la durée varie de **trente ans à un mois**.

Moderniser les règles relatives à la prescription en matière civile

(3) [Loi n°2008-561 du 17 juin 2008.](#)

Le Dossier Médical Personnel (DMP) relancé

▸ Le Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé (CNCE), a rendu le **12 juin 2008** un **avis** sur le dossier médical personnel et l'informatisation des données de santé (4).

▸ De son côté, le Conseil National de l'Ordre des Médecins (CNOM) a publié en mai 2008 un **livre blanc** sur l'informatisation de la santé dans lequel il formule plusieurs propositions pour la **relance du Dossier Médical Personnel (DMP)** (5). Il préconise également la participation active des médecins au développement du nouveau projet DMP.

Développer le nouveau projet de Dossier Médical Personnel.

(4) [Avis CNCE n°104.](#)
(5) [Livre blanc du CNOM](#)

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 1634-0701

Abonnement à : avocats@alain-bensoussan.com

Interview

Contrefaçon : pour lutter il faut multiplier les droits et avoir des titres !

Mme Anne Laurent, Directrice de la Propriété Industrielle SALOMON SPORTS (*),

par Isabelle Pottier



Pouvez-vous nous présenter brièvement votre activité au sein de SALOMON SPORTS ?

SALOMON SPORTS fait partie du groupe finlandais AMER SPORTS (**), leader mondial dans le secteur de l'équipement de sport et qui détient de nombreuses marques prestigieuses dans ce domaine. Notre service de propriété industrielle gère l'acquisition et la défense des droits sur les marques, les brevets et les dessins et modèles, de SALOMON SPORTS et de certaines sociétés du groupe. Il s'occupe également de la propriété intellectuelle pour l'ensemble des marques du groupe AMER SPORTS au niveau européen. Cela va de la recherche d'antériorité au dépôt et renouvellements de brevets, marques et modèles, jusqu'au suivi des procédures, y compris de contentieux. Il faut savoir que nous avons à peu près 150 nouveaux cas de contrefaçon de dessins et modèles et de brevet par an, principalement en ce qui concerne les chaussures. Elles font parties de ce que l'on appelle les produits « soft » (à base de textile) et sont beaucoup plus faciles à copier que les produits « hard » (skis, fixations, matériels de sport) qui nécessitent beaucoup de moules et donc d'investissement.

Nous avons été confronté à une vraie explosion des copies à partir du moment où nous avons commencé à faire des chaussures de marche en montagne, tout simplement parce que nos modèles ont été très populaires. Il n'est pas rare de trouver jusqu'à 20 à 30 copies d'un même modèle sur un salon international. Sur le dernier que nous avons visité, nous avons trouvé 60 copies différentes de 30 droits de propriété intellectuelle distincts ; cela représente deux copies par titre ! Nous avons actuellement une trentaine de litiges en cours dans tous les pays (Allemagne, France, Espagne, Russie, Brésil, etc.).

Avez-vous une stratégie particulière de dépôt de vos modèles ?

Oui, nous avons appris à être très sélectif dans ce que nous déposons. Par exemple, un modèle de chaussures est principalement composé de deux éléments : la tige (le dessus) et la semelle ; or, nous avons remarqué que les contrefacteurs redoublent d'ingéniosité et mélangent nos modèles de tiges avec des semelles de marque, ce qui ne facilite pas nos actions. Comme pour les brevets, nous faisons donc des dépôts indépendants sur les lignes essentielles afin d'optimiser la protection. Nous sommes parmi les 30 premiers déposants de brevets français. Cette stratégie sélective et « offensive » se traduit elle-même par une stratégie « défensive » de Propriété Industrielle. Notre service comprend 13 personnes, dont 8 personnes entièrement dédiées à la protection des marques, modèles et brevets de SALOMON SPORTS. En plus d'acquiescer des droits avec une portée assez large, nous faisons de la surveillance (salon, internet, magasins). Nous faisons aussi des demandes d'intervention auprès des douanes, mais avec un résultat très limité car les contrefaçons de modèles sont beaucoup plus difficiles à détecter que les copies de marque. La lutte contre la contrefaçon constitue un enjeu stratégique majeur nécessitant de se doter d'une panoplie très large d'outils de protection (brevets d'invention, dépôts de modèles, marques), autant pour prévenir que pour dissuader la concurrence.

Selon vous, internet amplifie-t-il le phénomène de la contrefaçon ?

C'est indéniable même si nous sommes un peu moins concernés pour les modèles SALOMON SPORTS, que certaines marques du groupe AMER SPORTS. Internet ouvre un nouveau canal de diffusion pour les contrefacteurs mais en même temps, il facilite aussi la détection des contrefaçons par les ayants droit.

(*) <http://www.salomonsports.com/fr/#> (**) <http://www.amersports.com/>