



Clauses abusives : une liste des clauses « noires » et des clauses « grises » est décrétée

Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

Les enjeux

▸ Le décret du **18 mars 2009** fixe désormais une liste de clauses abusives pour les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel(1).

▸ Aux termes de l'article L.132-1 du Code de la consommation, sont considérées comme abusives les clauses contenues dans un contrat **entre un professionnel et un non-professionnel** ou consommateur et qui ont pour objet ou pour effet de « *créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Les clauses déclarées abusives sont réputées non écrites.

Favoriser la prévention des litiges et développer les achats sur internet.

▸ Jusqu'alors, le Code de la consommation ne donnait que des exemples de types de clauses abusives.

▸ L'article L.132-1 précité, modifié par la loi de modernisation de l'économie (2), dispose désormais que des **décrets** en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission des clauses abusives, viennent déterminer des **listes de clauses présumées abusives**.

(1) [Décret 2009-302 du 18-3-2009](#).

(2) [Loi 2008-776 du 4-8-2008](#), art. 86.

▸ En cas de litige portant sur une telle clause, le consommateur n'aura pas à apporter la preuve de son **caractère abusif**, celui-ci étant **présumé**.

La révision des conditions générales de ventes

Les conseils

▸ Aux termes du décret du 18 mars 2009, sont notamment qualifiées de **clauses noires**, et donc présumées abusives de manière **irréfragable**, les clauses réservant au professionnel le droit de **modifier unilatéralement** les dispositions d'un contrat (durée, caractéristiques ou prix), ou encore les clauses qui contraindraient le non-professionnel à exécuter ses obligations alors que le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie (12 clauses noires).

Auditer ses conditions contractuelles de vente au regard des 22 clauses désormais considérées comme abusives dans les contrats conclus avec des non-professionnels ou consommateurs (12 clauses « noires » et 10 clauses « grises »).

▸ Ensuite, sont par exemple qualifiées de **clauses grises** (cette présomption de caractère abusif peut être combattue par la preuve contraire) les clauses qui prévoient un **engagement ferme du non professionnel** ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté (10 clauses grises).

▸ Le décret pose enfin des **exceptions** à l'application de certaines des dispositions précédentes, notamment pour ce qui concerne les **transactions** portant sur des **services financiers** ou autres produits dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un taux que le professionnel ne contrôle pas.

(3) Proposition de directive 2008/0196 du 8-10-2008, [cf. notre article](#).

▸ Ce décret va dans le sens de la récente **proposition de directive** relative au droit des consommateurs visant à renforcer les droits du cyberacheteur européen (3).

[Céline Avignon](#)



Informatique

La licence GNU/GPL version 3 a presque deux ans !

Les améliorations de la licence GNU/GPL

- Divulguée en **juin 2007** par la Free Software Foundation, la troisième version de la licence GNU/General Public License (1) n'a pas suscité l'engouement attendu par ses rédacteurs malgré les améliorations qu'elle comporte.
- Elle **clarifie en effet certains mécanismes** de la licence par la création de **définitions supplémentaires** portant notamment sur des notions techniques relatives aux œuvres protégées, par exemple, « **code source** », « **interface standard** » et « **librairies système** » visées dans les stipulations de la licence.
- Elle précise également un certain nombre de **notions juridiques** figurant dans la licence et permet ainsi de la rapprocher des **contrats de cession** de droit de propriété intellectuelle régis par le droit français, à travers l'**article L.131-3** du Code de la propriété intellectuelle qui exige que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue, sa destination, le lieu et la durée.
- Or, la GNU/GPL (V3) opère une distinction entre le **droit de représentation** (« propagation ») et le **droit de reproduction** (« conveyance »).
- Il en va de même de la **flexibilité des stipulations** de la licence en vue d'en favoriser tant l'adoption universelle que le respect, par exemple, la mise en place de **règles d'interprétation des exonérations** et limitation de garantie, ou du mécanisme de **résolution de plein droit** en cas de violation des stipulations.

Des défauts plus idéologiques que juridiques

- La nouvelle version de la licence fait **évoluer** l'obligation de réciprocité (**copyleft**) à la charge des bénéficiaires et sous-cessionnaires de la licence.
- Cette évolution se manifeste, d'une part, à travers un **renforcement** de l'obligation qui n'est pas sans lien avec l'extension du champ d'application de la licence (clause « *Protecting users' legal rights from anti-circumvention law* »), et d'autre part, un **affaiblissement** de l'obligation par des stipulations qui, spécifiquement élaborées en réaction à certains progrès techniques (clause « *Conveying Non-Source Forms* »), ne sont plus adaptées aux dernières évolutions techniques actuelles.
- La nouvelle licence GNU/GPL (V3), en tant que licence libre et copyleft, malgré les avantages que sont la clarification de ses termes et son potentiel d'extension à la propriété industrielle, présente des **inconvenients** issus de sa conception, et notamment le fait que la rédaction des nouveaux articles ait répondu à des **préoccupations plus idéologiques que juridiques**.

Les enjeux

Conférer au concessionnaire le droit d'accéder au code source du programme, selon les conditions fixées par le concédant de la licence.

La licence GNU/GPL dans sa version 2 est la plus populaire et la plus emblématique des licences de logiciels libres d'origine anglo-saxonne.

Elle a fait l'objet d'une adaptation en droit français (licence CeCILL).

(1) [Licence GNU/General Public License](#).

Les perspectives

Il est probable que la licence GNU/GPL évoluera encore afin de remédier à ces défauts, adapter le texte aux dernières améliorations techniques, en renforcer la sécurité juridique, et ainsi favoriser son adoption par les éditeurs de logiciels libres.

[Ludovic Schurr](#)



Communications électroniques

La portabilité des numéros de téléphone fixe

L'Arcep lance une consultation publique

► Depuis novembre 2006, d'importants travaux ont été menés par les opérateurs fixes, sous l'égide de l'Autorité, pour **améliorer les processus** opératoires relatifs à la portabilité des numéros fixes et notamment, l'échange des informations nécessaires au bon acheminement des communications vers les numéros fixes portés.

► L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) a lancé, le **23 février 2009**, une consultation publique concernant les modalités de mise en œuvre de la **portabilité des numéros fixes** ainsi que l'acheminement des communications à destination des numéros portés, qu'ils soient fixes ou mobiles.

► Si la portabilité du numéro mobile est déjà entrée dans les faits, force est de constater que celle du numéro fixe semble plus **complexe à mettre en œuvre**, les **opérateurs** concernés ayant d'ailleurs été **mis en demeure par l'Arcep** de respecter les conditions réglementaires actuellement en vigueur avant le 29 mai 2009 (1).

► C'est pourquoi, l'Autorité a décidé de **préciser les obligations** des différents acteurs de la portabilité du numéro fixe (attributaire de la ressource en numéros, opérateur receveur et opérateur donneur) qui seraient définies dans une décision relative aux modalités de la portabilité des numéros fixes et à l'acheminement des communications à destination des numéros portés, fixes et mobiles.

De nouvelles obligations pour les opérateurs télécoms ?

► L'Autorité propose de préciser les obligations des opérateurs fixes concernant les **modalités de la portabilité des numéros fixes**, lesquelles seraient de deux natures :

- les obligations individuelles opposables aux opérateurs (information de l'abonné sur les modalités et conséquences de la conservation du numéro) ;
- les obligations régissant les relations interopérateurs, relatives notamment aux délais de transmission entre les opérateurs des informations nécessaires au traitement de la demande de portabilité, aux délais de mise en œuvre et aux délais maximums d'interruption de service pour l'abonné (2).

► L'Autorité envisage d'**imposer de nouvelles obligations** aux opérateurs concernant l'acheminement des communications à destination des numéros portés :

- les opérateurs receveurs de numéros fixes portés seraient amenés à mettre à disposition **par anticipation** les informations relatives à l'acheminement des numéros fixes portés vers leurs réseaux ;
- les opérateurs de communications fixes et mobiles auraient l'obligation d'assurer la **qualité de service de l'acheminement** des communications à destination des numéros portés, fixes et mobiles.

Les enjeux

Permettre à tout abonné à un service de communications électroniques de conserver son numéro de téléphone fixe lorsqu'il change d'opérateur.

Le marché de la téléphonie fixe et des offres multiservices connaît, depuis deux ans, une croissance moins forte, notamment du fait d'une dynamique de changement multiopérateurs plus complexe, la portabilité ne s'exerçant plus uniquement de France Telecom vers un opérateur alternatif, mais aussi d'un opérateur alternatif vers France Telecom ou entre opérateurs alternatifs.

(1) [Décisions de mise en demeure du 23-3-2009.](#)

Les perspectives

L'objectif de l'Autorité serait que ces différentes nouvelles obligations entrent en vigueur dès le 1er janvier 2010.

(2) [Consultation publique de l'Arcep du 23-2-2009.](#)

[Frédéric Forster](#)



Sécurité des systèmes d'information

Le traitement des passeports biométriques par les communes

Les nouvelles obligations des communes

▸ La **loi de finances rectificative pour 2008** votée par le Parlement le 30 décembre 2008, à savoir le nouvel article L. 1611-2-1 du code général des collectivités territoriales, donne désormais une **base légale** au rôle des **communes** dans la réception et la saisie des demandes de titres d'identité.

▸ Les administrés qui souhaitent refaire leur passeport et autres titres d'identité, n'ont donc plus à se rendre en préfecture ou en sous-préfecture, mais peuvent directement passer par les **services municipaux** concernés.

▸ Le principe d'une **indemnisation des communes** a été confirmé, moyennant l'extinction des procédures en cours intentées par ces dernières contre l'État, du fait de l'**illégalité des décrets du 25 novembre 1999** (cartes nationales d'identité) et du **26 février 2001** (passeports), prononcée par le conseil d'État le 5 janvier 2005 pour une raison de procédure (seule une loi pouvant imposer une telle obligation aux communes).

▸ La France a l'obligation de délivrer, **avant le 28 juin 2009**, un passeport doté de **deux composants biométriques**.

Les moyens mis à disposition des communes

▸ Des **stations** de recueil et d'enregistrement des données biométriques vont être déployées dans **2 000 communes volontaires**.

▸ Moyennant un **préavis de deux mois**, une commune peut à tout moment résilier la convention de mise en dépôt de la station de demandes de passeports et de cartes nationales d'identité électroniques a précisé la ministre de l'Intérieur, le 19 février, en réponse à une question écrite d'un sénateur (1).

▸ La loi de finances rectificative pour 2008 a fixé une **dotation exceptionnelle** d'un montant de **3 € par titre**, plafonnée à 97,5 millions d'euros, répartie entre les communes en fonction du nombre de titres qu'elles ont délivrés **entre 2005 et 2008**.

▸ Si le nombre total de titres émis ces quatre années est supérieur à 32,5 millions d'euros, la somme de 97,5 millions d'euros est **répartie entre les communes** proportionnellement au nombre de titres qu'elles ont émis dans cette même période.

▸ Enfin, signalons également la parution au Journal officiel du **13 février 2009** (2), d'un arrêté fixant les **normes de qualité des photographies** d'identité dans le cadre de la délivrance du passeport (format, fond, contraste, luminosité et détails du portrait).

Les enjeux

Améliorer le service rendu à l'utilisateur par un regroupement des tâches d'accueil des demandes de passeports en mairies et de transmission aux préfectures.

Renforcer la sécurité des titres d'identité ou de voyage qui garantissent l'identité de la personne face au défi de la fraude documentaire.

Les perspectives

Conformément à ses engagements internationaux, la France doit délivrer, avant le 28 juin 2009, un passeport doté de deux composants biométriques.

- (1) [Réponse ministérielle parue au JO Sénat du 19-2-2009.](#)
(2) [Arrêté du 5-2-2009.](#)

Eric Barbry
Isabelle Pottier



C o n c u r r e n c e

Prix prédateurs sur le marché de l'accès internet à haut débit

France Télécom débouté par la justice européenne

▸ Suite à l'ouverture en juillet 1999 d'une **enquête sectorielle** sur les services relatifs à l'accès à la boucle locale, la Commission européenne avait considéré que les **tarifs** des services d'accès à Internet haut débit de la société Wanadoo Interactive, filiale du groupe France Télécom, étaient **prédateurs**.

▸ Ces tarifs ne lui permettaient pas de couvrir ses coûts variables, jusqu'en août 2001, ni ses coûts complets, depuis cette date jusqu'au mois d'octobre 2002. Les prix de vente au détail étaient inférieurs au coût sur certains produits (1).

▸ La **Commission européenne** avait considéré que cette pratique s'inscrivait dans le cadre d'un plan visant à **préempter le marché des services d'accès** à Internet haut débit, y compris les **services ADSL**.

▸ Dans sa décision du 16 juillet 2003, la Commission a conclu à l'existence d'un **abus de position dominante** et a infligé au fournisseur d'accès à internet (FAI) une **amende de 10,35 millions d'euros** (2).

▸ Saisi d'un recours en annulation introduit par France Télécom, le Tribunal de première instance des communautés européennes (**TPICE**) a **confirmé la décision** de la Commission européenne le 30 janvier 2007 (3), y compris l'amende.

Confirmation de l'abus de position dominante de France Télécom

▸ Le **2 avril 2009**, la Cour de justice des communautés européennes a rejeté le pourvoi introduit par France Télécom contre l'arrêt du TPICE (4) comme étant partiellement **irrecevable** et partiellement **non fondé**.

▸ La Cour a considéré que le Tribunal n'avait pas commis d'erreur de droit en **rejetant le recours** de France Télécom.

▸ S'agissant de la **pratique de prix prédateurs**, la Cour a disséqué les conditions tarifaires pratiquées par France Telecom/Wanadoo et a **confirmé** l'approche de la Commission et du Tribunal.

▸ Elle considère que la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes n'est pas un préalable nécessaire à la **constatation d'une pratique** de prix prédateurs.

▸ France Telecom a bel et bien pratiqué des "prix prédateurs" dans l'ADSL entre mars 2001 et octobre 2002. Cette politique de **vente à perte** lui a permis de conquérir la plus grande partie d'un marché en plein essor en limitant les marges de manœuvre de la concurrence.

▸ Elle voit donc sa condamnation à **10,35 millions d'euros** d'amende confirmée pour abus de position dominante dans l'ADSL, via son ancienne filiale Wanadoo.

Les enjeux

Mettre un terme à des plaintes accusant l'ancienne filiale Internet de France Télécom, Wanadoo, de position dominante sur le marché de l'ADSL.

(1) Notamment l'offre pack eXtense.

(2) [Décis. du 16-7-2003](#)

(3) [TPICE du 30-1-2007](#).

Les perspectives

Le montant de l'amende (10,35 millions d'euros) infligée à la filiale de France Télécom est confirmé.

(4) [CJCE 2-4-2009](#).

[Doris Marcellesi](#)



A c h a t s p u b l i c s

Pénalités de retard : pouvoir de modulation du juge administratif

Le principe de la modulation des pénalités de retard

- ▶ En matière de commande publique, les différents **CCAG** (cahiers des clauses administratives générales) fixent les pénalités de retard consécutives à l'inexécution d'une obligation dans le délai prévu.
- ▶ Cette pénalité est destinée à **couvrir**, de manière forfaitaire, le **préjudice** subi par le maître d'ouvrage public, étant précisé qu'il appartient à ce dernier d'appliquer les pénalités, telles que prévues dans les CCAG ou bien d'y déroger en les modérant ou les augmentant.
- ▶ Si les clauses relatives aux pénalités de retard procèdent de la **liberté contractuelle**, le **juge judiciaire**, depuis 1975 (1), possède la faculté de **moduler** ces pénalités.
- ▶ Ainsi, le législateur a complété l'article 1152 du Code civil par un second alinéa, aux termes duquel : « *néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

Une évolution jurisprudentielle fondamentale

- ▶ Dans une décision du **29 décembre 2008** (2), le Conseil d'Etat a doté le **juge administratif des mêmes pouvoirs** de modulation des pénalités de retard.
- ▶ En l'espèce, les sages du Palais royal ont jugé que les **pénalités** appliquées, qui représentaient plus de 50 % du montant du marché, étaient manifestement **excessives**.
- ▶ Le Conseil d'Etat reconnaît ainsi au juge administratif un **pouvoir de modulation** des pénalités de retard équivalent à celui prévu à l'article 1152 du Code civil.
- ▶ Il s'agit d'une **évolution** jurisprudentielle fondamentale puisque le Conseil d'Etat refusait jusqu'alors, de se référer aux principes contenus dans l'**article 1152 du Code civil** (3).
- ▶ Il convient de préciser qu'en l'espèce, la décision des juges est favorable au titulaire puisque les **pénalités** étaient **manifestement excessives**.
- ▶ En revanche, le nouveau pouvoir offert aux juges administratifs pourrait également bénéficier aux **maîtres d'ouvrage public** s'il s'avérait que le montant des pénalités était manifestement dérisoire.
- ▶ Enfin, le juge ne pourra se prononcer que s'il est saisi par l'une des parties, les **nouveaux pouvoirs** qui lui sont accordés ne relevant pas de son pouvoir propre.

Les enjeux

Pouvoir moduler le montant des pénalités stipulées contractuellement dans un marché public lorsqu'il atteint un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché.

(1) Loi 75-597 du 9-7-1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du C. civ. sur la clause pénale.

Extrait

« (...) après avoir estimé que le montant des pénalités de retard appliqué par l'office, lesquelles s'élevaient à 147 637 € soit 56,2 % du montant global du marché, était manifestement excessif, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en retenant une méthode de calcul fondée sur l'application d'une pénalité unique pour tous les ordres de service émis à la même date, aboutissant à des pénalités d'un montant de 63 264 € ».

(2) CE cont. 29-12-2008, req. 296930 OPH Puteaux.

(3) CE cont. 13-5-1987, req. 35374 Citra ; CE cont. 24-11-2006, req. 275412 Groupe 4.

[Francois Jouanneau](#)



Informatique & Libertés

Une nouvelle clause pour encadrer l'« outsourcing » de données à caractère personnel

Le transfert de données personnelles vers les pays tiers

▸ Les transferts internationaux de données à caractère personnel **hors de l'Union européenne** ou vers des pays n'ayant pas fait l'objet d'une reconnaissance par la Commission européenne d'une protection adéquate, nécessitent un **encadrement spécifique**.

▸ Sont notamment concernés, le recours à un **centre d'appels** étranger avec transfert du fichier correspondant pour réaliser les opérations de prospections ou encore la centralisation d'une base de données **CRM** ou **RH**.

▸ De tels flux doivent faire l'objet d'une **autorisation de la Cnil** qui demande à ce titre, la conclusion d'une **convention de flux** de transfert de données, établie à partir de **clauses contractuelles types** élaborées par la Commission européenne (1).

Les enjeux

Doter les entreprises d'un cadre juridique leur permettant de faire face aux mécanismes contractuels actuels en cas de recours à des transferts ultérieurs des données vers des "sous-sous-traitants".

(1) [Clauses contractuelles types 2002/16/CE](#).

Le G 29 propose une clause spécifique pour la « sous-traitance »

▸ Confronté au phénomène croissant de l'**externalisation des données** personnelles vers des pays tiers, le **G 29** (Groupe de l'article 29) a constaté que les sous-traitants procédaient eux-mêmes à des **transferts ultérieurs** des données vers des "**sous-sous-traitants**" établis hors de l'Union européenne.

▸ Or les clauses contractuelles types ne prévoient pas de tels **transferts complexes**. Cette situation est particulièrement dangereuse lorsque des données sensibles sont transférées.

▸ Par conséquent, la Commission européenne (2) propose d'insérer dans les clauses contractuelles types, une **clause « sous-traitance »** qui imposerait :

- d'obtenir le consentement préalable écrit de l'exportateur de données
- d'effectuer le traitement pour le compte de l'exportateur selon ses instructions ;
- de conclure un contrat écrit avec le sous-traitant mettant à la charge de ce dernier les mêmes obligations que celles mises à la charge de l'importateur des données.

▸ Par ailleurs, lorsque le sous-traitant manque à ses obligations en matière de protection des données conformément au contrat écrit, l'importateur de données assume l'entière **responsabilité** à l'égard de l'exportateur.

La décision finale de la Commission ne devrait pas être prise avant plusieurs mois, mais il est recommandé d'adapter les conventions déjà conclues.

Les conseils

- réaliser un avenant aux conventions déjà conclues ;

- Intégrer d'ores et déjà la clause « sous-traitance » dans les nouvelles conventions.

(2) [Avis 3/2009 du G 29](#).

[Chloé Torres](#)



Propriété intellectuelle

Compétence exclusive des tribunaux de grande instance en matière de contrefaçon

Une compétence exclusive en matière de contrefaçon

▸ Toutes les actions en contrefaçon de droit d'auteur, dessins et modèles et marques, relèvent de la **compétence exclusive** des tribunaux de grande instance.

▸ C'est ce qu'a rappelé la Cour d'appel de Paris en février dernier en apportant une précision utile sur la **compétence territoriale** des tribunaux (1).

▸ Saisi d'une affaire relative à des faits de **contrefaçon** commis à **Paris** et opposant deux sociétés ayant également leur siège social à Paris, le **Tribunal de commerce de Paris** s'était déclaré compétent.

▸ Non satisfaite de cette décision, l'une des sociétés a fait appel du jugement et sollicité le renvoi de l'affaire devant le Tribunal de grande instance de Paris sur le fondement des articles 42 et 46 du Code de procédure civile.

▸ Les juges de la cour d'appel ont examiné la question non seulement au regard des dispositions de la loi du 29 octobre 2007 et de l'article 135 de la loi du 4 août 2008 (2) mais également en vertu des règles de **compétence territoriale** du Code de procédure civile.

▸ Ils ont rappelé que **depuis le 31 octobre 2007**, les **tribunaux de grande instance** sont compétents pour connaître de façon **exclusive**, des actions en matière de contrefaçon (3), et ont souligné qu'il **importait peu que le décret** désignant les tribunaux de grande instance appelés à juger **n'ait toujours pas été publié** puisque chaque tribunal de grande instance était compétent pour en connaître dans son ressort jusqu'à publication dudit décret.

L'exclusivité s'étend aux actions connexes de concurrence déloyale

▸ Rappelons que les actions en contrefaçon de droit d'auteur, dessins et modèles industriels et marques, qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont **exclusivement** portées devant les tribunaux de grande instance, **y compris** lorsqu'elles portent à la fois sur une question de propriété littéraire et artistique, de dessins et modèles industriels ou de marques et sur une question connexe de **concurrence déloyale**.

▸ Les **tribunaux** de grande instance appelés à connaître de ces actions et demandes doivent être **désignés par voie réglementaire**. A ce jour, **aucun décret** n'a été publié en ce sens.

▸ La décision de la Cour d'appel de Paris vient **pallier l'incertitude** inhérent à ce défaut de publication.

Les enjeux

Renforcer la protection de la propriété intellectuelle en spécialisant des juridictions dans ce domaine.

- (1) [CA Paris 11-02-2009](#).
(2) [Loi n°2007-1544](#) et [loi n°2008-776](#), dite LME.
(3) Au titre des art. L331-1, L521-3-1 et 716-3 du CPI.

Les perspectives

Veiller à la publication du décret qui définira la liste des tribunaux de grande instance exclusivement compétents en matière de contrefaçon.

[Claudine Salomon](#)
[Anne-Sophie Cantreau](#)



Fiscalité et sociétés

Le parlement européen se prononce en faveur de la société privée européenne

Le projet de Société Privée Européenne

- Le Parlement européen s'est prononcé en faveur de la **proposition de règlement** du Conseil de l'Union européenne sur le statut de la Société Privée Européenne (SPE) (1).
- Cependant, le Parlement a apporté quelques **modifications** à la proposition initiale afin de prévenir les abus et de garantir le respect des droits des travailleurs.
- Le statut de la Société Privée Européenne, qui permettra de créer une société dans **n'importe quel pays européen**, est destiné à toute société ayant la personnalité juridique et un capital social en responsabilité limitée ne proposant pas ses actions au public.
- Cette forme de société doit pouvoir avoir ses bureaux dans n'importe quel Etat membre et les transférer dans n'importe quel autre sans être obligée de transférer son **siège central**, comme l'exigent actuellement les législations nationales.

Une société entièrement supra-nationale

- Le Parlement a modifié la proposition initiale pour que le statut de SPE soit réservé aux entreprises dont l'activité présente une **dimension transfrontalière**, par exemple, comptant des membres fondateurs dans différents pays, ayant un objet social couvrant plus d'un Etat membre ou encore des filiales dans plusieurs pays.
- Le Parlement a également décidé que toute SPE devait respecter les conditions relatives à la **participation des travailleurs** fixée par le droit national de l'Etat membre où la société est enregistrée.
- Dans le cas d'un **transfert** de la société, les règles du pays d'accueil sont d'application sauf si un quart des travailleurs sont ressortissants de l'Etat membre d'origine pour les sociétés de plus de 1 000 employés ou un tiers pour les sociétés de moins de 1 000 employés.
- Ainsi, si le pays où se transfère la société ne garantit pas aux travailleurs le **même niveau de participation**, la direction de la société sera tenue de négocier de nouvelles conditions avec les représentants des travailleurs. Si les négociations échouent, la législation en vigueur dans le pays dont provient la société s'appliquera.
- Les Etats membres sont également invités à établir des règles sur les **pénalités** applicables aux infractions aux dispositions du règlement, y compris pour les règles sur la participation des travailleurs.
- Enfin, le Parlement propose d'amender les dispositions relatives aux exigences de **capital minimal** pour fonder une SPE, pour laquelle la Commission avait proposé un euro symbolique.

Les enjeux

L'objectif est de pouvoir créer une société relevant du droit communautaire « qui soit attrayante pour les petites et moyennes entreprises ».

(1) [Communiqué du Parlement européen, 10-3-2009, Strasbourg.](#)

Les perspectives

Le Parlement a reconnu que le capital de départ ne devait pas « *constituer un obstacle infranchissable* » mais a ajouté une exigence imposant à la nouvelle société de signer un certificat de solvabilité attestant que la SPE est en mesure de payer ses dettes.

Si elle n'est pas en mesure de fournir ce certificat, le capital minimal exigé sera fixé à 8 000 euros.

[Pierre-Yves Fagot](#)



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

Licenciement pour usage abusif d'internet

▸ La qualification de **faute grave** relève de l'appréciation des juges du fond, comme le rappelle une affaire où un salarié a été licencié pour faute grave par son employeur suite à une **utilisation excessive d'internet** sur son lieux de travail, pendant ses heures de travail.

▸ Les juges de la Cour d'appel de Toulouse, par un arrêt du 6 juillet 2007, ont relevé que le salarié avait usé de la connexion Internet de l'entreprise, à des fins non professionnelles, pour une durée totale d'environ quarante et une heures en un mois, soit près de **25% de son temps de travail**.

▸ Ils en déduisent que ce comportement rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et était constitutif d'une faute grave.

▸ La Cour de cassation, dans un arrêt du **18 mars 2009** (1), rappelle qu'il revient aux juges du fond d'apprécier souverainement les éléments de fait et de preuve qui leur sont soumis, confirmant ainsi le **licenciement** pour faute grave du salarié au motif que, pendant ses heures de travail, il a passé trop de temps sur internet à des fins personnelles.

Extrait

« La faute grave s'entend d'un fait ou d'un ensemble de faits qui constitue une violation des obligations du contrat de travail d'une importance telle qu'est impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pour la durée limitée du préavis ».

(1) [Cass. soc. 18-3-2009](#).

Annulation d'un retrait d'agrément « sécurité » ayant justifié un licenciement

▸ Le retrait de l'agrément administratif donné à un salarié, **agent de sécurité**, impose à l'employeur, conformément aux prescriptions de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983, de **licencier** sans délai celui-ci et constitue un cas de force majeure privatif de toute indemnité pour le salarié.

▸ Toutefois, l'**annulation ultérieure** par la préfecture de la décision administrative de retrait d'agrément, remet en cause la rupture du contrat et le **licenciement** est dès lors, **dépourvu de cause réelle et sérieuse**.

Les perspectives

(2) [Cass. soc. 25-3-2009](#).

Rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'Etat

▸ Un **décret** encadrant la rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'Etat ou bénéficiant du soutien de l'Etat du fait de la crise économique et des responsables des entreprises publiques a été publié au journal officiel du **31 mars 2009** (3).

▸ Les entreprises bénéficiaires des aides de l'Etat **s'interdisent** d'attribuer à leurs dirigeants **jusqu'au 31 décembre 2010**, des options de souscription ou d'achat d'actions (**stock-options** prévues aux articles L. 225-177 à L. 225-186-1 du code de commerce) ou d'actions gratuites.

Les perspectives

(3) [Décret n° 2009-348 du 30-3-2009](#).



Indemnisation des préjudices

La rupture brutale des relations commerciales établies

La réparation des conséquences de la brutalité de la rupture

▸ L'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce dispose que la **rupture brutale** d'une relation commerciale établie engage la **responsabilité** de son auteur lorsqu'elle est prononcée « *sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* ».

▸ Ces dispositions s'appliquent en principe à **toutes relations commerciales** (à durée déterminée ou indéterminée, informelle, etc.), que la rupture brutale soit totale ou partielle, **sauf** lorsqu'elle est justifiée pour **inexécution** ou cas de **force majeure**.

▸ La victime d'une rupture brutale peut obtenir la **réparation des préjudices** qui résultent de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même (ce qui peut être le cas lorsque la rupture est fautive sur un autre fondement). Ainsi la réparation accordée vise en premier lieu à **compenser les gains** non réalisés pendant la durée du préavis qui aurait dû être respecté.

▸ En l'**absence d'usage défini, d'accord** professionnel ou **de préavis** contractuel raisonnable, la **durée** du préavis applicable est **déterminée par le juge** en considérant les circonstances de la rupture et notamment l'ancienneté de la relation commerciale et son importance pour la victime : **pourcentage du chiffre d'affaires** total réalisé dans le cadre des relations rompues, possibilités d'anticiper la rupture et de s'y adapter, etc.

L'étendue des préjudices

▸ Pour donner un ordre d'idée, on observe que la durée de préavis retenue par la jurisprudence varie généralement entre **trois et six mois**, pour des relations établies depuis moins de cinq ans (1), et entre **une et deux années**, pour des relations établies depuis plus de dix ans (2).

▸ L'indemnisation est fixée en considérant le **chiffre d'affaires moyen réalisé** pendant la période précédant la rupture, en calculant le chiffre d'affaires correspondant à la durée du préavis et en retenant la marge sur coûts variables non réalisée (marge brute ou marge opérationnelle selon l'activité) sur ce chiffre d'affaires (3).

▸ En fonction des spécificités de l'affaire, la réparation peut inclure **d'autres conséquences** du caractère brutal de la rupture, telles que des dépenses d'investissements non amorties, des coûts de restructuration (4), des indemnités versées à des tiers (5) ou une atteinte à l'image (6).

Les décisions

(1) CA Paris 15-6-2007 ; CA Pau 21-2-2006 ; CA Versailles 27-04-2000.

(2) CA Paris 19-2-2009 ; CA Versailles 25-9-2007 ; CA Pau 30-4-2007.

(3) CA Paris 19-2-2009, précitée CA Versailles 25-9-2007, précitée.

(4) CA Douai, 5-12-2002.

(5) CA Amiens 30-11-2001.

(6) CA Versailles 27-4-2000.

Les conseils

Le demandeur invoquant la brutalité de la rupture devra évaluer son préjudice en estimant la durée du préavis dont il aurait dû disposer et en calculant ses dommages compte tenu de cette période et non pas en considérant que le contrat aurait dû se poursuivre jusqu'à son terme ou sur le long terme, si la rupture n'est pas abusive par ailleurs.

[Bertrand Thoré](#)



Prochains événements

Procédures judiciaires spéciales internet : 20 mai 2009

Mathieu Prud'homme animera aux côtés d'**Alain Saragoussi**, huissier de justice, un petit-déjeuner débat consacré aux procédures judiciaires spéciales internet.

Le web 2.0 marque l'avènement d'internet comme vecteur de communication pour l'ensemble des acteurs de nos sociétés : chacun est présent sur internet, peut y créer du contenu et y puiser l'information de manière de plus en plus exclusive.

On assiste nécessairement à une démultiplication des comportements illicites et à une aggravation de leurs conséquences (diffamation, contrefaçon, usurpation d'identité, escroquerie, intrusion dans un système par l'intermédiaire du réseau, etc.). Dans un tel contexte, qui laisse une large place, pour le moins apparente, à l'anonymat, comment faire valoir ses droits et assurer la défense de ses intérêts ?

Il est devenu primordial pour chaque acteur économique de maîtriser les procédures judiciaires spéciales internet pour d'une part, identifier les personnes responsables et d'autre part, faire cesser les comportements qui portent atteinte à ses droits.

Quels sont les moyens à mettre en œuvre pour obtenir de l'hébergeur la suppression d'un site contrefaisant ou d'un forum qui dénigre vos produits et services, ainsi que tout risque de récurrence ? Comment obtenir en toute légalité l'identité de l'auteur des faits, sur la base d'une simple adresse IP ? Quelles sont les impératifs techniques à respecter pour s'assurer de la valeur probante des éléments constatés sur internet ?

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence 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.

Impact du droit de la concurrence sur les contrats : 17 juin 2009

Doris Marcellesi animera un petit-déjeuner débat consacré à l'impact du droit de la concurrence sur les clauses contractuelles

Dans un contexte de concurrence exacerbée, la liberté contractuelle des parties n'est pas totale. Elles doivent tenir compte des règles impératives du droit de la concurrence, dont le non-respect peut engager la responsabilité civile des parties, voire constituer des pratiques anti-concurrentielles. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et ses décrets d'application a encore modifié le périmètre de ces règles.

Quelles sont aujourd'hui les clauses dangereuses qui sont encadrées ou interdites par le droit de la concurrence (clauses tarifaires ou relatives aux délais de paiement, préavis de rupture, clauses d'exclusivité, clause du client le plus favorisé, clauses de non-concurrence, clauses créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties, etc.) ? Où commence l'abus ? Quelles sont les entreprises les plus exposées et les risques encourus ?

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 12 juin 2009 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoussan.com ou en faxant le [bulletin d'inscription](#) joint au 01 41 33 35 36.



Actualité

L'essentiel

Relance du dossier médical personnel (DMP)

- ▶ Lors de la conférence de presse très attendue de Madame la Ministre Bachelot-Narquin du 9 avril dernier, la **feuille de route** préparée par Monsieur Jean-Yves Robin, Directeur du GIP-DMP, a été dévoilée (1).
- ▶ Une première version du plan de relance du DMP, préalable nécessaire à la mise en place d'un DMP efficace et maîtrisé, a été annoncée pour **2010**.

(1) [Communiqué du 9 avril 2009 Ministère de la Santé et des Sports](#).

Référentiel de l'administration électronique

- ▶ La **DGME** a finalisé l'ensemble des documents de référence de l'administration électronique : les référentiels généraux d'interopérabilité (**RGI**), d'accessibilité (**RGAA**) et de sécurité (**RGS**) et la charte ergonomique des sites Internet publics (2).

(2) [Documents de référence publiés le 17-4-2009](#).

Trophée Nouvelles technologies : Le Cabinet reçoit le prix de l'innovation du droit

- ▶ Après le Trophée d'Or en 2005 et le Trophée d'Argent en 2007, le cabinet ALAIN BENSOUSSAN a reçu, à l'occasion de la VIIème édition des Trophées du droit et du contentieux, une distinction spéciale dans la catégorie " Trophée Droit des Technologies de l'information ", qui récompense la **meilleure équipe spécialisée** dans ce domaine.
- ▶ Il a reçu une **mention spéciale du jury pour « l'innovation du droit »**. Cette récompense a été attribuée, ainsi que l'a annoncé le président de cette manifestation, pour l'excellence dans la durée du cabinet en matière de droit des nouvelles technologies et sa capacité d'innovation (1).

(1) [Pavillon d'Armenonville, le 26 mars 2009](#).

Marchés publics de haute technologie et PME innovantes

- ▶ Un **décret du 2 mars 2009** définit les critères que doivent remplir les PME innovantes pour accéder aux marchés publics de haute technologie : PME dont l'effectif est inférieur à 250 personnes, le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros et le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros (2).
- ▶ L'**arrêté du 16 mars 2009** identifie les domaines relevant de la haute technologie, notamment logiciels pour l'industrie, logiciels de réseaux d'internet et d'intranet, logiciels et systèmes informatiques divers, services de télécommunications, etc. (3).

(2) [Décr. n°2009-245 du 2-3-2009](#).

(3) [Arr. du 16-3-2009](#).

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

La Marine nationale passe au « 0 papier » grâce à Noesys SAE

M. Mathias DIEVART, directeur de marché, groupe [Archimed](#)



par Isabelle Pottier

Pouvez-vous nous parler du projet d'archivage Rh@psodie pour lequel la Fedisa vous a récompensé ?

[Rh@psodie](#) est « Le » projet de modernisation de la chaîne RH et paie de la marine nationale. L'innovation du projet réside dans la volonté de la Marine de dématérialiser sur terre comme en mer, l'ensemble des pièces justificatives relatives au calcul de la solde de la marine nationale (2 millions de pages / an, l'archivage physique actuelle représentant 7 km linéaires de papier) tout en s'affranchissant de la conservation papier des ces documents, le « 0 papier ». Ce projet offre avec le concours de la cour des comptes, du Trésorier payeur général et de la DGFiP (Direction Générale des Finances Publique), la possibilité de présenter, pour la première fois en France, en cas de contrôle ou de litige, des preuves électroniques en lieu et place des originaux papier. Nous avons reçu le 2° prix de la dématérialisation des produits et services innovants ([DEMAT AWARDS](#)), décerné par la [FedISA](#) en mars dernier, pour notre démarche autour de la valeur probante de l'ensemble des pièces justificatives et la solution mise en place, compte tenu de l'envergure du projet et des contraintes de sécurité. Pour cela, nos équipes et celles de [cecurity.com](#) ont édité un nouveau progiciel, Noesys SAE. Noesys, notre portail de Ged s'appuie sur le progiciel d'archivage électronique à valeur probante développé par [Cecurity.com](#), "Coffre-fort électronique communicant", qui assure à la fois les fonctions de garantie intégrité, accès par authentification forte, traçabilité, confidentialité et preuve, pour une conservation sécurisée des documents nativement électroniques ou numérisés et de serveur de preuve.

Comment conjuguer l'accessibilité, la disponibilité et la confidentialité de données aussi sensibles ?

Les contraintes sécuritaires inhérentes au projet sont apparues dès le départ comme un enjeu critique, étant donnée la nature sensible des données concernées (sur les personnes). Elles ont été au cœur de nos préoccupations. La solution logicielle que nous avons conçue permet de respecter l'accessibilité, la disponibilité et la confidentialité, grâce à Noesys SAE (système d'archivage électronique). Ce progiciel innovant est né de la fusion de 2 applicatifs : Noesys le portail de Ged d'Archimed et du Coffre-fort électronique communicant (CFEC) de [Cecurity.com](#). Interfacé à SAP pour récupérer les données d'identification, Noesys SAE répond aux enjeux sécuritaires de la marine nationale, en intégrant une gestion fine et performante des droits d'accès aux documents. Il garantit la disponibilité de l'information en tout lieux par l'intermédiaire de son portail et assure la valeur probante via l'horodatage « atomique », la traçabilité, le cryptage, la pérennité et l'intégrité de l'information stockée, le tout dans le respect de la nouvelle version de la [norme française NF Z 42-013](#) sur l'archivage électronique.

Votre application GED est-elle réservée aux systèmes d'archivage de l'administration ?

Non. De grandes entreprises du secteur privé nous ont d'ailleurs sollicité car Noesys SAE est beaucoup plus qu'une application de GED ; c'est non seulement, une solution de partage et de production documentaire mais aussi d'archivage à valeur probante.

Qu'avez-vous à dire aux entreprises qui ont encore des réticences à passer au « zéro papier » ?

Les technologies numériques sont aujourd'hui matures et prêtes pour réaliser des projets de dématérialisation à valeur probante d'envergure et rendre l'entreprise encore plus agile. Elles peuvent aujourd'hui garantir la confidentialité, l'intégrité, la continuité de service, la traçabilité, l'accessibilité et la disponibilité, dans un contexte juridique, réglementaire et normatif très strict.