

LA LETTRE DU CABINET

TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

EDITO

Nous avons le plaisir de vous adresser le dix-neuvième numéro de notre Newsletter.

Cette lettre est organisée autour des thématiques suivantes : un flash pour les dix ans du Cabinet, puis des points sur la réglementation ou la jurisprudence dans les domaines du droit de l'informatique, de l'internet, de la protection des données personnelles, de la propriété intellectuelle, les médias numériques, la robotique, la cybersécurité, le droit des affaires et le droit fiscal, et enfin la vie du Cabinet. Nous souhaitons par ce moyen vous informer des derniers développements du droit des technologies de l'information.

Si vous le souhaitez, merci de nous faire part de vos impressions, critiques ou suggestions.

Bonne lecture !

SOMMAIRE

① FLASH (P. 2)

- LE CABINET DELEPORTE WENTZ AVOCAT FÊTE SES 10 ANS !

INFORMATIQUE (p.2-4)

Jurisprudence

- La définition des besoins, préalable indispensable à l'exécution d'un projet de développement
- Le client qui manque à son obligation de collaboration ne peut opposer un manquement aux délais de réalisation du site
- Condamnation du prestataire informatique pour développement d'un site web non conforme aux besoins exprimés

INTERNET (p.4-6)

Réglementation

- Publication du décret sur la transparence de la publicité en ligne

Jurisprudence

- L'utilisation de la marque d'un concurrent dans les balises de recherche est constitutive de contrefaçon et de concurrence déloyale
- La banque doit prouver la faute de son client en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte bancaire

PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES (p.6-9)

Réglementation

- Les apports de la loi pour une République numérique dans le domaine de la protection des données personnelles
- L'action de groupe, nouveau recours en matière de protection des données

Jurisprudence

- La CJUE s'oppose à la conservation généralisée des données par les fournisseurs de services de communication
- Selon la Cour de cassation, les adresses IP sont bien des données personnelles
- La CNIL sanctionne deux sociétés pour défaut de consentement exprès des utilisateurs
- La société JCDecaux interdite de collecter les données mobiles des passants

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (p.9-10)

Jurisprudence

- Le fournisseur d'un service sur Usenet mettant à disposition des œuvres protégées non autorisées, condamné pour contrefaçon

MÉDIAS NUMÉRIQUES (p.10)Réglementation

- Transposition de la directive concernant la gestion collective et les licences multiterritoriales des droits sur des œuvres musicales

ROBOTIQUE (p.10-11)Réglementation

- Vers un cadre juridique européen de la robotique

CYBERSÉCURITÉ (p.11-12)Réglementation

- La Chine adopte une nouvelle loi sur la cybersécurité

Jurisprudence

- Condamnation pénale de l'auteur d'une attaque DDoS

DROIT DES AFFAIRES (p.12)Jurisprudence

- Le cadre et les conditions de licéité de la publicité comparative précisées par la CJUE

DROIT FISCAL ET INTERNET (p.13)Réglementation

- Rejet par le Conseil constitutionnel de la « taxe Google » contre l'optimisation fiscale des multinationales

- Adoption de la "taxe Youtube" sur les revenus publicitaires des plateformes vidéo

VIE DU CABINET (p.13-14)**📌 FLASH – DELEPORTE WENTZ AVOCAT FÊTE SES 10 ANS**

10 ans déjà ! et que de changements dans l'environnement technologique, et les questions juridiques qui l'accompagnent. S'il fallait identifier les deux évolutions majeures intervenues dans nos domaines d'activité depuis 2007, je choisirais la "donnée" et la "robotique".

Ainsi, la donnée a résolument pris place au coeur de notre activité, qu'il s'agisse des moyens de traitements des données économiques, de savoir-faire, de comportement (IoT), et d'analyse prédictive avec le développement du Big Data, ou de l'évolution des méthodes de collecte et de traitement des données personnelles, et la révolution juridique générée par la mise en oeuvre du règlement européen sur la protection des données (RGPD).

La robotique ensuite, dont nous rapportons ci-après la publication de la résolution du Parlement européen de février 2017, n'est plus un sujet de science-fiction. Au-delà de l'automatisation, les robots imprégnés d'intelligence artificielle deviennent réalité. Drones, bots, et voitures autonomes font déjà partie de notre quotidien (ou presque). D'ores et déjà, une réflexion d'ampleur est engagée aux fins de relever les nouveaux défis juridiques et éthiques posés par les "personnes électroniques" - ou quand la science-fiction est plus science que fiction !

INFORMATIQUE**JURISPRUDENCE****Contrat - La définition des besoins, préalable indispensable à l'exécution du projet de développement**

Dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 8 décembre 2016, opposant une société du secteur de l'événementiel à la société Simpliweb, prestataire de développement web, les juges ont débouté la société cliente de son action en résolution du contrat, faute de démonstration d'une inexécution de son engagement par le prestataire.

En octobre 2012, la société Open Up a accepté deux devis de la société Simpliweb pour réaliser la refonte de son site web, et fournir une prestation de maintenance. La livraison du site était prévue pour le 14 décembre 2012, sous réserve que le prestataire dispose de tous les éléments nécessaires à la réalisation du projet (maquettes, contenus) avant le 5 novembre. Dans le cas contraire, le délai de livraison du site était fixé trois mois après la réception de tous ces éléments.

Entre décembre 2012 et mars 2013, les parties ont échangé de nombreux emails concernant la fourniture des visuels par le client, les demandes de modifications et la validation des prestations

réalisées. Le 29 mars 2013, le prestataire envoyait un procès-verbal de réception du site.

Considérant que Simplificiweb avait manqué à ses obligations contractuelles (notamment, livraison tardive du site et dysfonctionnements), la société Open Up a assigné le prestataire devant le tribunal de commerce de Marseille en résolution du contrat de création de site web et caducité du contrat de maintenance. Par jugement du 25 avril 2014, le tribunal a débouté la société Open Up de toutes ses demandes. Cette dernière a fait appel de ce jugement.

Il ressort de cette affaire que le client n'avait pas clairement défini ses besoins en amont du lancement du projet. Ce manque de préparation a conduit à des retards dans la remise au prestataire des éléments nécessaires pour la réalisation du site, et à une redéfinition de la gestion du projet pour tenir compte de ces retards et des nouvelles demandes du client.

Concernant la livraison tardive du site, le client a repoussé la livraison des visuels (nécessaires à la refonte du site) à plusieurs reprises et a adressé plusieurs nouvelles demandes de fonctionnalités en cours de contrat. La Cour en conclut que *“l'appelante (la société cliente) ne peut sérieusement reprocher à l'intimée (le prestataire) de ne pas avoir respecté la date du 14/12/2012”*, sachant a fortiori que la communication des éléments nécessaires au développement du site et les demandes de modifications et de nouvelles fonctionnalités se sont poursuivies jusqu'en mars 2013.

Pour gérer la communication tardive des éléments nécessaires au développement, et les nombreuses demandes de modifications et de nouvelles fonctionnalités, le prestataire a proposé de poursuivre le projet selon une méthode itérative (validation de l'avancement du développement du site page par page). Les juges relèvent que *“contrairement à ses assertions, ce n'est pas le choix du mode de développement “page par page” mais les innombrables demandes d'ajouts, de suppressions et de modifications formulées par la SARL Open Up qui ont retardé l'exécution par l'intimée de ses engagements.”*

Il ressort de cette analyse que les retards allégués peuvent être imputés à une défaillance du client dans la définition de ses besoins, préalablement au lancement du projet de refonte du site.

La société Open Up soutenait par ailleurs que le site comportait des défauts, le rendant inutilisable pour commercialiser ses prestations. Or, les juges ont relevé que la société Open Up ne procédait que par affirmations, sans fournir la moindre preuve à l'appui de ses allégations pour démontrer l'existence de dysfonctionnements.

Le juge a donc rejeté les allégations de l'appelante au motif que celle-ci n'a pas démontré une inexécution de son engagement par le prestataire. Le jugement de première instance, qui avait débouté la société Open Up de son action en résolution du contrat, a été confirmé en appel. Celle-ci est condamnée à régler le solde de la prestation, l'indemnité de résiliation prévue au contrat et le manque à gagner concernant le contrat de maintenance, signé mais non exécuté. (CA Aix en Provence, 8^e ch. A, 8 décembre 2016, Open Up c. Simplificiweb)

Contrat – Le client qui manque à son obligation de collaboration ne peut opposer un manquement aux délais de réalisation du site

Dans une affaire opposant une société de services dans le domaine pétrolier à son prestataire informatique, la cour d'appel d'Aix en Provence a jugé que le client avait manqué à son obligation de collaboration, et ne pouvait de ce fait opposer au prestataire informatique des retards dans la réalisation du projet de développement.

Le 30 juin 2003, la société Drilnet a conclu un contrat de développement d'un site internet, suivi d'un contrat de maintenance en avril 2005, avec Monsieur Christian J., prestataire de services informatiques, exerçant sous le nom commercial Kalanda. Le 15 septembre 2005, la société Drilnet a procédé à la réception avec réserves du portail internet oil-zone et a décidé sa mise en ligne. A compter de cette date, le site a fait l'objet de corrections, de modifications et d'évolutions dans le cadre du contrat de maintenance, à la demande de la société Drilnet.

Le 24 novembre 2009, les parties ont signé un avenant au contrat de 2003, concernant la version 2 du site oil-zone. Le 1er juin 2011, la société Drilnet a prononcé la recette définitive du site oil-zone. Cependant, le 30 septembre 2011, la société Drilnet notifiait à M. J. une série de griefs, et le mettait en demeure de livrer un portail conforme dans un délai de huit jours. Par courrier du 7 novembre 2011, M. J. a notifié à la société Drilnet son refus de donner suite à ses demandes, et a formalisé sa décision de cesser les interventions sur le site oil-zone.

Le 7 juin 2012, la société Drilnet a assigné M. Christian J. devant le tribunal de commerce de Marseille, aux motifs, notamment que M. J. (Kalanda) avait manqué à ses obligations contractuelles, à savoir la non-réalisation d'un portail opérationnel dans les délais prévus, et manqué à son engagement de délivrance d'un portail conforme aux besoins exprimés.

Par jugement du 15 octobre 2013, le tribunal de commerce de Marseille a débouté la société Drilnet de l'intégralité de ses demandes à l'égard de M. Christian J. et l'a condamnée à payer à M. Christian

J. la somme de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts et 15.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile. La société Drilnet a interjeté appel du jugement.

La Cour d'appel relève qu'à la suite de la signature du contrat de maintenance d'avril 2005, qui inclut une tierce maintenance évolutive concernant les évolutions "de confort" du site, la société Drilnet a, dès le 18 janvier 2006, formulé une liste détaillée de modifications à apporter au site, qui entraînent elles-mêmes de nouvelles corrections, et de nouvelles modifications dans le cadre de la poursuite des relations contractuelles. Or, celles-ci ne constituent pas de simples évolutions de "confort".

Ainsi, selon les juges, "en sollicitant de manière incessante des évolutions et des modifications du site qui nécessitaient à chaque fois de nouvelles corrections, de sorte que le site a été en construction de manière perpétuelle pendant toute la durée des relations entre les parties, la société Drilnet a manqué à son devoir de collaboration avec le prestataire informatique, en le mettant dans l'impossibilité de respecter les délais contractuellement prévus, et de finaliser de manière définitive la mise au point effective du site."

Le jugement du tribunal de commerce de Marseille a ainsi été confirmé en appel et la société Drilnet déboutée de l'ensemble de ses demandes à l'encontre de M. J. (CA Aix-en-Provence, 2e ch., 2 mars 2017, Drilnet / Christian J.)

Contrat – Condamnation du prestataire informatique pour développement d'un site web non conforme aux besoins exprimés

Dans un jugement du 21 février 2017, le tribunal de commerce de Bobigny a condamné la société Goldenmarket, prestataire de développement web, pour avoir réalisé un site non conforme aux besoins exprimés du client, entreprise de gestion de patrimoine immobilier, et néophyte en matière informatique.

En mars 2013, la société Goldenmarket présente les prestations de sa société, en mettant l'accent sur l'accompagnement proposé aux non-spécialistes du numérique. Le 19 mars 2013, le Cabinet Molina, qui souhaitait relancer son activité par une visibilité accrue sur internet, a conclu un contrat pour la refonte et le référencement naturel de son site web avec la société Goldenmarket. Le 27 juin 2013 la société Goldenmarket informe le client de la mise en ligne du site internet, et lui fait part des premières actions liées au référencement naturel.

Le Cabinet Molina a cependant estimé que la société Goldenmarket avait manqué à ses engagements contractuels tant dans la réalisation du site commandé que dans la gestion de son référencement naturel : le site internet développé ne correspondait pas aux besoins du Cabinet Molina et les dysfonctionnements du site l'ont rendu impropre à sa destination. Le client a donc assigné la société Goldenmarket le 29 juillet 2014, en résolution judiciaire du contrat de mars 2013.

Le tribunal relève que le contrat avait pour objectifs notamment le développement d'un site esthétique, "*clair dans sa navigation, son ergonomie, et au travers de son contenu afin de donner la meilleure image de marque possible au site de l'entreprise*".

Selon les juges, la mise en œuvre de ces objectifs est une obligation fondamentale à la charge de la société Goldenmarket et constitue la cause déterminante de l'engagement du Cabinet Molina. Le produit mis en service doit être conforme aux besoins exprimés par le client et donc à sa destination. Plusieurs problèmes sont rappelés, tels que l'impossibilité d'utiliser les adresses mails, l'existence de bugs (affichage d'un message "le site est en cours de maintenance ; le site présente une erreur de programmation"), un référencement très faible, mais également le fait que la société Goldenmarket ait inséré des publicités d'accessoires pour fumeurs sur le site du client, initiative non autorisée et de nature à dégrader l'image du client. Enfin, le prestataire n'a jamais procédé à la recette du site internet.

Le tribunal a donc décidé de prononcer la résolution du contrat aux torts exclusifs de la société Goldenmarket, de la condamner à payer au Cabinet Molina la somme de 19.280,05 euros au titre de la perte subie (restitution des sommes payées) et la somme de 7.000 euros au titre du gain manqué, ainsi que la communication des codes permettant au Cabinet Molina de conserver et de gérer son nom de domaine et ses adresses email, et 20.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile. (T. com. Bobigny, 21 Février 2017, Cabinet Molina / Goldenmarket)

INTERNET

RÉGLEMENTATION

Publicité - Publication du décret sur la transparence de la publicité en ligne

La procédure d'achat d'espace publicitaire est régie par la loi du 29 janvier 1993, dite "Loi Sapin". Alors que l'application de ces dispositions aux messages publicitaires diffusés sur les médias

“traditionnels” ne posait pas de question, son application à la diffusion de publicités sur internet et aux plateformes d’ad exchange restait contestée. La loi Macron du 6 août 2015 a mis fin aux doutes en étendant la loi au secteur de la publicité digitale. Les modalités des obligations de compte rendu des conditions de réalisation de la prestation de diffusion devaient toutefois être précisées par décret. Ce décret a finalement été signé le 9 février 2017. Il entre en application le 1er janvier 2018.

Les deux points principaux à retenir sont l’étendue de l’obligation de rendre compte à l’annonceur des modalités de la diffusion à la publicité en ligne, et une large obligation de transparence et de lutte contre la fraude, imposée aux vendeurs d’espaces non garantis.

Les nouvelles dispositions prévues par le décret du 9 février 2017 s’appliquent à la “publicité digitale”, entendue de manière très large, puisqu’elle comprend *“la diffusion de messages sur tous supports connectés à internet, tels qu’ordinateurs, tablettes, téléphones mobiles, téléviseurs et panneaux numériques.”*

Désormais, le vendeur d’espaces publicitaires en ligne est tenu de communiquer un compte rendu à l’annonceur, dans le mois qui suit la diffusion du message publicitaire. Ce compte rendu *“précise la date et les emplacements de diffusion des annonces, le prix global de la campagne, ainsi que le prix unitaire des espaces publicitaires facturés.(...) Les sites ou ensemble des sites internet sur lesquels les annonces sont diffusées peuvent être regroupés en fonction de leur nature ou de leurs contenus éditoriaux.”*

Le décret distingue par ailleurs entre la vente d’espaces en ligne sur des sites internet (art. 2), et la vente de *“prestations en temps réel sur des espaces non garantis, notamment par des mécanismes d’enchères”* (art. 3). Ces services d’achat d’espaces automatisés (plateformes d’achat programmatique en “real time bidding” - RTB, par exemple), bien que très utilisés par les annonceurs, leur donnent très peu de visibilité sur les espaces sur lesquels leurs annonces seront diffusées et sur l’exécution effective de la prestation. C’est donc sur ce type de prestation que l’obligation de transparence est la plus poussée, afin notamment de lutter contre la fraude (fraude au clic ou diffusion sur des site illicites).

L’obligation du vendeur d’espaces publicitaires de fournir un compte rendu à l’annonceur s’applique donc également aux ventes automatisées d’espaces. Pour ce type de prestations, les informations requises sont plus détaillées, et portent sur l’exécution effective des prestations et leurs caractéristiques, sur la qualité technique des prestations, et sur les moyens mis en oeuvre pour protéger l’image de marque de l’annonceur. (*Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques (dite “Loi Macron”) ; Décret n°2017-159 du 9 février 2017 relatif aux prestations de publicité digitale*)

JURISPRUDENCE

Internet – L’utilisation de la marque d’un concurrent dans les balises de recherche est constitutive de contrefaçon et de concurrence déloyale

Le 17 janvier 2017, le tribunal de grande instance de Lyon a condamné la société Decathlon pour contrefaçon de marque et concurrence déloyale, pour avoir utilisé la marque d’un concurrent, renvoyant vers son propre site web, alors qu’elle ne distribue pas les produits de cette marque.

La société Julia vend du matériel de randonnée sous la marque Inuka. En 2011, cette société a constaté que le site Decathlon ressortait parmi les résultats de requêtes comportant le mot clé Inuka sur le moteur de recherche Google. En saisissant la requête “Inuka achat” sur Google, apparaissaient le résultat *“Inuka sur decathlon.fr votre magasin decathlon sur internet”*, suivi de la description *“Large choix de inuka sur decathlon.fr”*. Or, quand l’internaute se rendait sur Decathlon.fr, il était indiqué que les produits Inuka n’étaient plus disponibles et l’internaute était alors orienté vers d’autres produits.

Dans cette affaire, le tribunal a jugé qu’il y avait contrefaçon de la marque Inuka dans les deux types de balises. Les juges rappellent que “si l’usage d’un signe à titre de méta-tag, à savoir une information non visible par l’internaute et permettant aux robots des moteurs de recherche d’indexer une page web dans leurs bases de données, ne peut constituer un acte de contrefaçon dès lors qu’il n’est pas perceptible par le consommateur, cette hypothèse n’est pas celle de l’espèce dès lors que le signe a été utilisé de manière à le faire apparaître au sein de résultats visibles par le consommateur et dont les intitulés ont pour but d’orienter son comportement économique”.

Pour le tribunal, la société Decathlon a entendu faire un usage de la marque Inuka pour orienter une requête, désigner un produit et le proposer à la vente. Les juges considèrent qu’il existe un usage du signe dans la vie des affaires, *“dès lors que le consommateur, recherchant des produits de la marque Inuka sur le moteur de recherche Google, est dirigé vers des pages du site internet decathlon.fr censées lui permettre d’acheter des produits Inuka, pour finalement lui en proposer d’autres (pièce n°10 des demandeurs), l’usage du signe Inuka intervient dans le contexte d’une activité commerciale visant un avantage économique consistant à capter une partie de la clientèle intéressée par les*

produits de la marque Inuka".

Le tribunal a par ailleurs considéré que la société Decathlon avait commis des actes de concurrence déloyale à l'encontre de la société Julia en captant indûment la clientèle intéressée par les produits Inuka au préjudice de la société Julia qui en assure la distribution.

La société Decathlon est condamnée à verser 20.000 € de dommages-intérêts au gérant de la société Julia (titulaire de la marque Inuka) au titre de la contrefaçon de marque et à indemniser la société Julia, exploitant la marque Inuka, à hauteur de 50.000 €, au titre de la concurrence déloyale. (TGI Lyon, ch. 3, 17 janvier 2017, Julia Press et M. X. / Decathlon France et Soderumo)

Vente en ligne – La banque doit prouver la faute de son client en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte bancaire

En vertu de l'article L.133-18 du Code monétaire et financier, en cas d'opération de paiement non autorisée par l'utilisateur, l'établissement financier doit lui rembourser la somme débitée. Comme rappelé par la Cour de cassation dans cinq arrêts rendus le 18 janvier 2017, la charge de la preuve de l'utilisation frauduleuse de la carte bancaire ou de la négligence du client repose sur la banque.

Dans un arrêt concernant le Crédit Mutuel de Wattignies, l'établissement soutenait, sans pouvoir le prouver, que son client avait dû être victime d'une action de phishing et qu'il avait donc dû communiquer ses mots de passe, identifiant et code à un tiers.

Dans un deuxième arrêt concernant Crédit Mutuel de Quesnoy-sur-Deule, l'établissement affirmait que son client avait dû communiquer ses informations confidentielles, permettant un paiement via Payweb, sans en rapporter la preuve.

Dans ces affaires, la Cour a considéré que les juridictions de première instance avaient justement fait droit aux demandes de remboursement des clients, faute pour la banque d'avoir apporté la preuve d'une fraude ou d'une négligence des clients.

Quand bien même, selon les articles L.133-16 et 17 du Code monétaire et financier, "l'utilisateur de services de paiement prend toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés" et doit avertir l'établissement financier en cas d'utilisation non autorisée de son moyen de paiement ou de ses données personnelles, les articles L.133-19 et 23 imposent à la banque d'apporter la preuve de la fraude qu'elle invoque ou de la négligence de son client. Or, cette preuve ne peut pas consister en la simple déduction du fait que le moyen de paiement ou les données confidentielles aient été utilisés pour effectuer des achats frauduleux. (C. cass. civ., Ch. com., 18 janvier 2017, Crédit Mutuel de Wattignies / M. X. ; C. cass. civ., Ch. com., 18 janvier 2017, Caisse fédérale du Crédit Mutuel Nord-Europe / M. X.)

PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

RÉGLEMENTATION

Evolution de la loi informatique et Libertés – Les apports de la loi pour une République numérique dans le domaine de la protection des données personnelles

La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 comporte de nombreuses dispositions relatives à la protection des données personnelles ; Certaines modifient la loi Informatique et Libertés, d'autres anticipent l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données (RGPD). Ces dispositions concernent d'une part les droits des personnes sur leurs données, et d'autre part, l'élargissement des compétences de la CNIL.

Le principe de la maîtrise de ses données par chaque personne est réaffirmé dans l'article 1er de la loi Informatique et Libertés.

Les responsables de traitements de données doivent désormais informer les personnes de la durée de conservation des données traitées ou, en cas d'impossibilité, des critères utilisés permettant de déterminer cette durée. (art. 32 de la loi)

Lorsque la personne concernée était mineure au moment de la collecte des données, elle peut obtenir auprès des plateformes l'effacement de ses données dans les meilleurs délais (droit à l'oubli pour les mineurs). (art. 40 de la loi)

Le sort des données personnelles après la mort de la personne concernée figure à l'article 40-1 de la loi. Chaque personne peut désormais donner des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données après son décès. Une personne peut être désignée pour exécuter ces directives.

La possibilité d'exercer ses droits par voie électronique est prévue à l'article 43 bis de la loi qui impose, "lorsque cela est possible", de permettre à toute personne l'exercice des droits d'accès, de rectification ou d'opposition par voie électronique, si le responsable du traitement des données les a

collectées par ce vecteur.

Concernant l'élargissement des compétences de la CNIL, son pouvoir de sanction est renforcé et le montant maximal des sanctions pouvant être imposées par la CNIL passe de 150.000€ à 3 millions €.

La consultation plus systématique de la CNIL sera sollicitée pour avis sur tout projet de loi ou de décret ou toute disposition de projet de loi ou de décret relatifs à la protection des données à caractère personnel.

Enfin, de nouvelles missions sont confiées à la CNIL : mission de promotion de l'utilisation des technologies protectrices de la vie privée, notamment les technologies de chiffrement des données ; certification de la conformité des processus d'anonymisation des données personnelles dans la perspective de leur mise en ligne et de leur réutilisation ; conduite d'une réflexion sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par l'évolution des technologies numériques. (*Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*)

Evolution de la loi informatique et Libertés - L'action de groupe, nouveau recours en matière de protection des données

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a anticipé une disposition du RGPD, en consacrant l'action de groupe en matière de données à caractère personnel.

La loi Informatique et Libertés a ainsi été modifiée avec la création d'un nouvel article 43ter qui dispose que "II. *Lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature aux dispositions de la présente loi par un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant, une action de groupe peut être exercée devant la juridiction civile ou la juridiction administrative compétente.*"

Cette action, qui vise les responsables de traitement et les sous-traitants, est toutefois limitée à la cessation du manquement (art. 43ter III.). Elle ne peut être étendue à la demande de réparation du préjudice, ce qui en limite l'intérêt, sauf à porter atteinte à la réputation de la société en cause.

L'action de groupe ne pourra être exercée que par certaines catégories d'associations : les associations ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel, les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs, ou les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives. (art. 43ter IV.) (*Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*)

JURISPRUDENCE

Données personnelles - La CJUE s'oppose à la conservation généralisée des données par les fournisseurs de services de communications électroniques

Selon un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne rendu le 21 décembre 2016, les États membres ne peuvent pas imposer une obligation générale de conservation des données aux fournisseurs de services de communications électroniques.

Selon les juges, les États membres ne doivent pas obliger les opérateurs de télécommunications à conserver la totalité des données de communication des utilisateurs. Ils peuvent néanmoins, à titre préventif et pour lutter contre la criminalité, prévoir une "conservation ciblée" de ces données, à condition de la limiter au strict nécessaire.

Cet arrêt a été rendu à la suite d'une question préjudicielle de la Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles), qui examine actuellement la légalité de la loi de 2014 sur la conservation des données et des pouvoirs d'investigation ("Data Retention and Investigatory Powers Act 2014") qui oblige les opérateurs de télécommunications à mettre ces données à la disposition des administrations, et à une question similaire du régulateur des télécommunications suédois. La décision du 21 décembre 2016 remet notamment en cause la loi britannique de 2014 sur la conservation des données ainsi que la validité de la récente loi sur les pouvoirs d'enquête ("Investigatory Powers Act 2016") qui oblige les entreprises de télécommunications britanniques à conserver les données de communication, y compris les listes d'appels et des sites visités, et à les mettre à la disposition des services de l'administration.

Par cette décision, la CJUE rappelle que la réglementation communautaire interdit la conservation globale des données de trafic et des données de localisation. La CJUE a cependant laissé une certaine marge de manœuvre au gouvernement britannique, estimant que "la loi autorise la conservation ciblée de certaines données dans le but de lutter contre les crimes graves, à condition que les gouvernements limitent cette conservation aux données strictement nécessaires. (...) Dans tous les cas, les données conservées doivent rester dans l'Union et une autorité indépendante doit examiner toutes les demandes d'accès à ces données." (*Arrêt de la Cour (gde ch.), 21 décembre*

2016, *Tele2 Sverige AB (C203/15) / Post-och telestyrelsen ; Secretary of State for the Home Department (C698/15) / Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, en présence de : Open Rights Group, Privacy International, The Law Society of England and Wales, affaires jointes*)

Adresses IP - Selon la Cour de cassation, les adresses IP sont bien des données personnelles

Dans un arrêt du 3 novembre 2016, la Cour de cassation a confirmé que l'adresse IP était une donnée personnelle.

Trois sociétés, faisant partie du même groupe, ont constaté la connexion, sur leur réseau informatique interne, d'ordinateurs extérieurs au groupe, mais faisant usage de codes d'accès réservés aux administrateurs du site internet du groupe. Elles ont obtenu une ordonnance sur requête faisant injonction à divers FAI de leur communiquer les identités des titulaires des adresses IP utilisées pour les connexions litigieuses. Soutenant que la conservation, sous forme de fichier, de ces adresses IP aurait dû faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL, et invoquant l'illicéité de la mesure d'instruction sollicitée, une société de conseil en gestion de patrimoine concurrente de celle du groupe, a saisi le Président du tribunal de commerce en rétractation de son ordonnance.

Le 28 avril 2015, la cour d'appel de Rennes a rejeté la demande de rétractation formée par la société de conseil, au motif que l'adresse IP, constituée d'une série de chiffres, se rapporte à un ordinateur et non à l'utilisateur, et ne constitue pas, dès lors, une donnée même indirectement nominative. Elle en a déduit que le fait de conserver les adresses IP des ordinateurs ayant été utilisés pour se connecter sur le réseau informatique de l'entreprise, ne constituait pas un traitement de données à caractère personnel.

Le 3 novembre 2016, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel. Les juges ont rappelé qu'aux termes de l'article 2 de la loi Informatique et Libertés, "*constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres*". En outre, "*constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, (...)*".

En conséquence, les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel. Leur collecte constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL, en vertu de l'article 22 de la loi Informatique et Libertés. (*Cass. 1ère ch. civ., 3 novembre 2016, Cabinet Peterson c. Logisneuf et autres*)

Traitement de données et consentement - La CNIL sanctionne deux sociétés pour défaut de consentement exprès des utilisateurs

Le 15 décembre 2016, la formation restreinte de la CNIL a prononcé une sanction publique de 10.000€ à l'encontre de la société Samadhi (éditeur du site Attractive World) et de 20.000€ à l'encontre de la société Meetic, en raison du traitement de données sensibles, sans consentement exprès des utilisateurs.

Suite aux contrôles effectués en 2014 auprès de plusieurs éditeurs de sites de rencontres, la CNIL avait relevé plusieurs manquements à la loi Informatique et Libertés. Le 24 juin 2015, la Présidente de la CNIL a adopté des mises en demeure publiques à l'encontre des sites de rencontres contrôlés, les enjoignant notamment de recueillir le consentement exprès des utilisateurs, lors de la collecte des données sensibles (orientations sexuelles, opinions religieuses, origines ethniques).

Les sociétés Samadhi et Meetic ayant adressé à la CNIL des réponses partielles ou insatisfaisantes sur ce point, la Présidente de la CNIL a désigné un rapporteur pour engager des procédures de sanction à leur encontre. Lors de leur inscription, les utilisateurs devaient accepter les conditions générales d'utilisation, attester de leur majorité et consentir au traitement des données sensibles, en une seule fois. Or, la loi impose que les internautes aient conscience de la protection attachée aux données sensibles, dont le traitement est normalement interdit.

Les sociétés concernées ont finalement proposé des modifications afin de recueillir le consentement exprès des utilisateurs lors de leur inscription, en ajoutant une case à cocher pour le traitement des données sensibles. Toutefois, ces modifications étant intervenues au-delà du délai imparti par les mises en demeure, la formation restreinte de la CNIL a décidé de prononcer une sanction publique à leur encontre. (*Délibération de la formation restreinte n°2016-405 du 15 décembre 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Samadhi SAS ; Délibération de la formation restreinte n°2016-406 du 15 décembre 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Meetic SAS*)

Traitement de données et anonymisation – La société JCDecaux interdite de collecter les données mobiles des passants

Dans une décision du 8 février 2017, le Conseil d'Etat a confirmé le refus de la CNIL en juillet 2015, d'autoriser une expérimentation de la société JCDecaux. La société JCDecaux envisageait d'installer, durant une période de test de quatre semaines, des boîtiers wifi sur plusieurs panneaux publicitaires installés sur l'esplanade de la Défense, afin de capter les données mobiles des passants et mesurer précisément le nombre de personnes passant à proximité. La CNIL reprochait notamment à la société JCDecaux de ne pas informer les personnes concernées du traitement et de ne pas avoir envisagé de droits d'opposition, d'accès et de rectification.

En l'espèce, les juges devaient déterminer si les données collectées avaient un caractère personnel, directement ou non, et si les dispositions de la loi Informatique et Libertés étaient applicables.

Il s'agissait ensuite de traiter de la question de l'anonymisation des données collectées à partir de boîtiers de comptage wifi intégrés aux panneaux publicitaires. La société JCDecaux envisageait de collecter les adresses MAC, identifiants réseaux des appareils mobiles, ayant l'interface wifi activée dans un rayon de 25 mètres et de les anonymiser en supprimant le dernier demi-octet de ces adresses, puis de les compléter par une suite de caractères suivant la méthode de "salage", et de transformer la donnée avec un "hachage à clé". Or, selon le Conseil d'Etat ces procédés d'anonymisation ne sont pas assez robustes car ils "laissent le gestionnaire du traitement en mesure de procéder à l'identification des personnes concernées et n'interdisent ni de corréler des enregistrements relatifs à un même individu, ni d'inférer des informations le concernant". Dans sa décision de refus, la CNIL avait notamment estimé *"au regard de l'ensemble des moyens permettant d'identifier la personne titulaire des données collectées, ainsi que le prescrit l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978, que les objectifs mêmes de la collecte des données par la société JCDecaux France étaient incompatibles avec une anonymisation des informations recueillies."* La décision de refus de la CNIL a donc été confirmée. (*Conseil d'État, 9^e et 10^e ch. réunies, 8 février 2017, JCDecaux France*)

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

JURISPRUDENCE

Contrefaçon - Le fournisseur d'un service sur Usenet mettant à disposition des œuvres protégées non autorisées, condamné pour contrefaçon

Le tribunal correctionnel de Strasbourg a condamné à 6 mois de prison avec sursis et 21.000 euros de dommages et intérêts le responsable d'un site qui proposait un accès payant à une sélection de forums de discussion pour *"mise à disposition du public de logiciel permettant la mise à disposition non autorisée d'œuvres protégées"*.

Courant août 2014, un agent de la Sacem constatait qu'un site internet mettait à disposition des internautes l'accès à des serveurs Usenet, moyennant un abonnement payant. Usenet est un système de groupes de discussion, classés selon les centres d'intérêts, permettant aux utilisateurs d'échanger des articles, auxquels peuvent être adjoints des fichiers en mode binaire.

L'agent de la Sacem s'est inscrit au service et a ainsi pu accéder à des groupes consacrés à la diffusion d'œuvres audiovisuelles, cinématographiques et musicales, la plupart illicites. L'agent Sacem a pu télécharger un premier échantillon de 258 œuvres, suivi par un téléchargement de 67 œuvres musicales en octobre 2015. Dans la rubrique "foire aux questions" du site, celui-ci était présenté comme un moyen de contourner les règles d'Hadopi. Pendant l'enquête, le prévenu (président de la société éditeur du site litigieux) reconnaissait que les fichiers diffusés et téléchargés sur Usenet étaient presque tous illégaux.

Le site sélectionnait et stockait des groupes binaires permettant la diffusion d'œuvres protégées en les mettant à la disposition des utilisateurs payants du site. Le logiciel utilisé était celui du site lui-même, qui permettait de répondre aux requêtes et de les traiter. Le client devait par ailleurs disposer d'un logiciel spécifique pour récupérer les fichiers sur un serveur Usenet.

Les juges ont conclu que, sur la base de l'analyse du fonctionnement du service, le site doit être considéré comme un logiciel. Le site ne peut être considéré comme un simple opérateur technique et le régime de responsabilité de l'hébergeur prévu à l'article 6 I 2° de la LCEN ne peut lui être appliqué, dans la mesure où le site proposait à ses clients payants, non pas un service de stockage de données provenant de tiers, mais un accès, sélectionné par ses soins, à des groupes binaires du réseau Usenet. En outre, le prévenu a reconnu son implication dans la sélection des contenus accessibles via le site, *"en affirmant n'être pas seulement un hébergeur et en précisant que les abonnés du site ne pouvaient rajouter un nouveau groupe sans validation par un administrateur du site"*.

Le tribunal a ensuite reconnu la culpabilité du prévenu pour les faits de mise à disposition du public de

logiciel manifestement destiné à la mise à disposition non autorisée d'oeuvre protégée, de contrefaçon par "la fourniture technique d'un accès payant à des groupes binaires permettant par suite un téléchargement illégal", et d'incitation à l'usage de logiciel manifestement destiné à la mise à disposition non autorisée d'oeuvre protégée. Celui-ci est condamné à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et au paiement de 20.000 euros en réparation du préjudice matériel et 1.000 euros en réparation du préjudice moral à la Sacem. Le prévenu a fait appel du jugement. (TGI Strasbourg, 7ème ch. corr., 21 octobre 2016, SACEM / M. X)

MÉDIAS NUMÉRIQUES

RÉGLEMENTATION

Gestion collective du droit d'auteur - Transposition de la directive concernant la gestion collective et les licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales

La directive du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins a été transposée en droit français par l'ordonnance du 22 décembre 2016.

La directive de février 2014 vise à moderniser le cadre juridique des sociétés de gestion collective - désormais dénommées "organismes de gestion collective", avec trois objectifs :

- renforcer la transparence et les règles de gouvernance de ces organismes,
- fluidifier l'octroi des autorisations d'exploitation multiterritoriales des droits en ligne d'oeuvres musicales, et
- diversifier les mécanismes de règlement des différends entre les organismes de gestion collective, les titulaires de droits et les utilisateurs par des procédures de traitement des litiges efficaces et rapides.

Par ailleurs, la loi introduit en droit français la notion d'organisme de gestion indépendant (prévue dans la directive), "personne morale à but lucratif dont l'objet principal consiste à gérer le droit d'auteur ou les droits voisins de celui-ci pour le compte de plusieurs titulaires de droits, au profit collectif de ces derniers, qui n'est pas contrôlée, directement ou indirectement, par ces titulaires de droits." Les organismes de gestion indépendants sont soumis à certaines obligations applicables par ailleurs aux organismes de gestion collective.

L'ordonnance du 22 décembre 2016 est codifiée aux articles L.321-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. (Ordonnance n°2016-1823 du 22 décembre 2016 portant transposition de la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur)

ROBOTIQUE

RÉGLEMENTATION

Robots – Vers un cadre juridique européen de la robotique

Le Parlement européen vient d'adopter une série de recommandations à l'attention de la Commission, relatives aux règles de droit civil en matière de robotique pour que celle-ci présente une proposition de directive. Ce texte a été adopté le 16 février 2017 après deux ans de discussions, cette durée ayant été nécessaire pour mener une réflexion riche et approfondie sur un sujet protéiforme, amené à révolutionner notre société civile, industrielle et économique. Ce domaine, qui recouvre non seulement les robots, l'intelligence artificielle, mais également les bots, les drones, les véhicules autonomes, soulève des questions juridiques et éthiques qu'il est nécessaire d'aborder dès à présent à un niveau supra national.

Les recommandations du parlement portent sur les thématiques suivantes :

- Définir la notion de "robot intelligent": il est nécessaire de proposer des définitions communes des systèmes cyber-physiques, des systèmes autonomes, des robots intelligents autonomes et de leurs sous-catégories ;
- Créer un système d'immatriculation communautaire de certaines catégories de robots ;
- Garantir le maintien du contrôle des robots par les humains ;
- Garantir un système de reconnaissance mutuelle entre les Etats-membres concernant l'utilisation des robots et des systèmes de robotique. Afin d'éviter la fragmentation du marché européen, les tests, certificats et accords de mise de robots sur le marché réalisés dans un pays devraient être reconnus dans les autres Etats-membres ;

- Renforcer les instruments financiers, y compris les partenariats publics/privés, pour accompagner les projets de recherche et d'innovation en matière de robotique ;

- Développer un cadre éthique clair, précis et efficace applicable à la conception, au développement, à la production, à l'utilisation et à la modification des robots. Concrètement, la résolution du Parlement comprend en annexe une charte sur la robotique, composée d'un code de conduite éthique pour les ingénieurs en robotique, d'un code de déontologie pour les comités d'éthique de la recherche, et des licences-types pour les concepteurs de robots et des utilisateurs ;

- Créer une Agence européenne pour la robotique et l'intelligence artificielle pour garantir notamment la mise en œuvre de règles communautaires cohérentes et apporter une expertise technique, éthique et réglementaire aux niveaux communautaire et nationaux.

Dans le domaine juridique, le Parlement a attiré l'attention sur deux points : i) la nécessité d'aborder la question des droits de propriété intellectuelle par une approche transversale et technologiquement neutre sur les divers secteurs dans lesquels la robotique pourra être utilisée. Par ailleurs, les notions de sécurité et de protection des données personnelles et de la vie privée dans les relations entre les humains et les robots sont essentielles ; ii) et la question de la responsabilité avec l'établissement d'un système d'assurance obligatoire et la création d'un fond de compensation couvrant l'utilisation de certaines catégories de robots, et la création d'un statut spécifique pour les robots autonomes ("personnes électroniques").

Enfin, en matière d'emploi, le Parlement a demandé à la Commission de faire un suivi sur les évolutions à moyen et long terme concernant l'impact de la robotique sur l'emploi et de supporter la formation au numérique afin d'aligner le marché de l'emploi sur la demande à venir. (*European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))*)

CYBERSÉCURITÉ

RÉGLEMENTATION

La Chine adopte une nouvelle loi sur la cybersécurité

Le 7 novembre 2016, le gouvernement chinois a adopté la loi sur la cybersécurité, qui doit entrer en application le 1er juin 2017.

Jusqu'à l'adoption de cette loi, la réglementation sur la cybersécurité en Chine était éclatée dans plusieurs lois, décrets et autres textes, tels que les Mesures administratives sur les services d'information sur internet (amendées en 2011) et les règles sur les télécommunications de la République populaire de Chine (amendées en 2016).

La nouvelle loi chinoise sur la cybersécurité est la première loi globale couvrant la sécurité des réseaux, mais également la protection des données personnelles.

Le gouvernement chinois a déclaré que l'objectif principal de la loi était de protéger sa "cybersouveraineté", de mieux combattre la fraude en ligne et de protéger la Nation contre les menaces et les risques de sécurité d'internet.

Les principales dispositions de la loi sont les suivantes :

- Règle de localisation des données : les données personnelles ou "données importantes" des citoyens chinois collectées ou produites pendant leurs activités sur le territoire chinois par des opérateurs importants d'"infrastructures d'informations" devront être conservées sur le territoire chinois;

- Exigences applicables à l'exploitation des réseaux : les exploitants de réseaux (terme utilisé de manière très large et pouvant concerner toute entreprise propriétaire ou exploitant des réseaux IT en Chine) doivent notamment s'engager à : rendre publiques les notifications de protection des données personnelles ; obtenir le consentement des particuliers pour collecter et traiter les données personnelles ; mettre en oeuvre des mesures de protection, similaires à celles requises en Europe et aux Etats-Unis ; et assurer la sécurité des réseaux.

- Certification officielle : préalablement à leur commercialisation sur le marché chinois, les produits et services de cybersécurité devront obtenir une certification officielle et/ou se conformer à des exigences d'inspection de sécurité et à des normes nationales.

En outre, la loi comprend des dispositions sur la responsabilité personnelle pour l'utilisation d'internet, sur l'obligation, pour les internautes, de communiquer leur identité "réelle" lors de leur inscription sur des services en ligne, et sur la protection des mineurs en ligne.

On notera que cette nouvelle loi chinoise sur la cybersécurité répond à l'attente des autorités de protection des données personnelles en Europe et en Amérique du Nord, même s'il reste encore de nombreuses zones d'ombre sur la portée de cette loi, sa mise en application et son interprétation.

En revanche, de nombreuses associations s'inquiètent des modalités d'application de cette loi et de la possible exclusion des entreprises technologiques étrangères du marché chinois. (*China Adopts Cybersecurity Law Despite Foreign Opposition, Bloomberg, 7 novembre 2016 ; The new Cybersecurity Law of China: What does it mean for the International Market?, in Technology Law Dispatch, 17 janvier 2017*)

JURISPRUDENCE

Fraude informatique – Condamnation pénale de l'auteur d'une attaque par déni de service

L'auteur d'une attaque contre des sites web d'EDF par déni de service (DDoS) lancée en 2011 a été condamné par la chambre correctionnelle du TGI de Paris à six mois de prison avec sursis et à 29.000 € de dommages-intérêt.

En avril et juin 2011, plusieurs personnes se sont introduites sans autorisation dans le serveur hébergeant les sites internet d'EDF afin de lancer une attaque DDoS. Ces deux opérations ont été revendiquées par la mouvance Anonymous, suite à la catastrophe de la centrale nucléaire de Fukushima. L'un des auteurs a été repéré et identifié par son adresse IP et sa chaîne Youtube, sur laquelle il avait posté deux vidéos, incitant les internautes à participer à l'attaque, puis la revendiquant. Selon EDF, le préjudice subi s'élève à 162 000€, correspondant notamment à l'indisponibilité des sites du groupe et au coût des mesures techniques qui ont dû être prises.

L'article 323-2 du Code pénal réprime l'entrave à un système de traitement automatisé de données (STAD) par cinq ans d'emprisonnement et une amende pouvant s'élever à 150.000€.

Dans son jugement du 28 septembre 2016, le tribunal a reconnu le prévenu coupable d'accès frauduleux et de maintien dans le STAD d'EDF, d'entrave à son fonctionnement par sa participation à l'attaque par DDoS, et d'entente pour avoir pris part à la préparation de l'attaque en réalisant et en diffusant des vidéos sur Youtube (délits prévus aux articles 323-1, 323-2 et 323-4 du Code pénal). On notera qu'EDF est par ailleurs un opérateur d'importance vitale (OIV).

Le tribunal a déclaré l'auteur de l'attaque coupable des trois infractions à la loi Godfrain relative à la fraude informatique et l'a condamné à six mois de prison avec sursis et au paiement de dommages et intérêts à EDF d'un montant de 24.000€ au titre du préjudice matériel et 5.000€ pour le préjudice d'image et commercial, ainsi que 1.200€ au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale. (*TGI de Paris, 13e ch. corr. 1, 28 septembre 2016, EDF et procureur de la République / M. Y.*)

DROIT DES AFFAIRES

JURISPRUDENCE

Publicité - Le cadre et les conditions de licéité de la publicité comparative précisés par la CJUE

Dans un arrêt de la CJUE, rendu le 8 février 2017 sur renvoi préjudiciel par la Cour d'appel de Paris, les juges ont interprété la directive du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, par rapport à la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

Dans cette affaire, opposant le groupe Carrefour à la société ITM Alimentaire International, celui-ci avait lancé une campagne publicitaire dans laquelle il comparait les prix de produits de grandes marques vendus dans ses magasins à des produits similaires, vendus dans des magasins de la société ITM. Or, les magasins de la société ITM sélectionnés pour la comparaison étaient de tailles différentes par rapport aux magasins de l'annonceur, cette information n'apparaissant qu'en très petits caractères dans les spots publicitaires.

La Cour était interrogée sur le point de savoir si la publicité était licite au regard de l'article 4 a) et c) de la directive 2006/114/CE, et si la différence de taille ou de format entre les magasins ayant fait l'objet de comparaisons constituait une information substantielle qui devait être portée à la connaissance des consommateurs au sens de l'article 7 §1 et §2 de la directive 2005/29/CE.

La Cour rappelle qu'en application de la directive 2006/114/CE, toute publicité comparative doit comparer objectivement les prix et ne pas être trompeuse. Un écart artificiel de prix peut être créé ou augmenté si la comparaison porte sur des magasins de tailles ou de formats différents et que cette différence n'est pas mentionnée. Par ailleurs, une information substantielle doit nécessairement être portée de manière claire à la connaissance du consommateur.

La Cour constate que si la publicité en cause est susceptible d'avoir une influence sur le comportement économique du consommateur, elle ne peut être qualifiée de trompeuse que lorsque le consommateur n'est pas informé de manière claire du fait que la comparaison est effectuée entre des magasins de tailles ou de formats différents et que cette information n'est pas contenue dans la publicité.

La Cour conclut qu'une publicité comparative de prix entre des magasins de tailles ou de formats différents est susceptible d'être illicite si l'information portant sur la différence entre les magasins n'est pas clairement mentionnée par la publicité elle-même. Selon la Cour, il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si ces conditions sont satisfaites. (CJUE, Arrêt de la Cour (2^e ch.), 8 février 2017, affaire C562/15, Carrefour Hypermarchés SAS / ITM Alimentaire International SASU)

DROIT FISCAL ET INTERNET

RÉGLEMENTATION

Taxe – Rejet par le Conseil constitutionnel de la taxe contre l'optimisation fiscale des multinationales

Par une décision du 29 décembre 2016, le Conseil constitutionnel a censuré l'article instaurant dans le projet de loi de finances 2017 une taxe ("taxe Google") visant à lutter contre les pratiques d'optimisation fiscale des sociétés multinationales, en taxant les bénéfices de ces sociétés sur leurs activités réalisées en France.

Le Conseil a rejeté cette disposition, estimant que l'administration fiscale ne pouvait avoir "le pouvoir de choisir les contribuables qui doivent ou non entrer dans le champ d'application de l'impôt sur les sociétés".

Selon le ministre des Finances, Michel Sapin, il est préférable de régler ce problème au niveau européen. Une taxe similaire a toutefois été mise en place il y a un an au Royaume-Uni et en Australie. (Conseil constitutionnel, Décision n°2016-744 DC du 29 décembre 2016)

Taxe - Adoption de la taxe sur les revenus publicitaires des plateformes vidéo

La loi de finances rectificative pour 2016, adoptée le 29 décembre 2016, comporte une nouvelle disposition fiscale venant modifier le Code général des impôts, dite "taxe Youtube". Cette taxe, adoptée contre l'avis du gouvernement et des professionnels du secteur sera calculée sur les revenus publicitaires des sites web diffusant des vidéos gratuites ou payantes. Les personnes redevables seront les éditeurs de services de médias audiovisuels à la demande (SMAD, du type iTunes ou Netflix) et les plateformes communautaires (du type Youtube ou Dailymotion), quel que soit leur lieu d'établissement, dès lors que ces services permettent d'accéder à des contenus audiovisuels en France, à titre onéreux ou gratuit.

Le taux de cette taxe est fixé à 2% ; il passe à 10% lorsque les recettes publicitaires sont liées à la diffusion de contenus et oeuvres cinématographiques ou audiovisuelles à caractère pornographique ou violent. Un abattement d'assiette de 66% est cependant prévu pour les plateformes hébergeant des contenus non professionnels. Les revenus serviront à financer le Centre national du cinéma (CNC).

Les services dont les contenus audiovisuels sont secondaires, comme les sites de presse, les services "dont l'objet principal est consacré à l'information", ainsi que les services "dont l'activité est de diffuser les informations sur les oeuvres auprès du public" seront exclus de ce dispositif fiscal.

La date d'entrée en application de cette nouvelle taxe est incertaine car soumise à la publication d'un décret d'application, qui devra au préalable être notifié à la Commission européenne.

Selon Christian Eckert, secrétaire d'État au Budget, les sommes collectées par cette taxe ne dépasseraient pas un million d'euros. Par ailleurs, l'Association des services internet communautaires (Asic) conteste la création de cette nouvelle taxe, au motif qu'il sera très difficile, voire impossible de calculer l'assiette de la taxe, que le lien entre les plateformes d'hébergement vidéo (aux sujets très variés) et les missions de financement du cinéma en France est insuffisant et que les hébergeurs financent déjà la création par des accords de licence et de systèmes de partage de revenus publicitaires. (Loi n°2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016 – article 56)

VIE DU CABINET

PRÉSENTATIONS

Le Cabinet a animé une présentation intra entreprise sur les négociations contractuelles dans la distribution, après la réforme du droit des contrats

Le 29 mars, le Cabinet a fait une présentation, à la French Chamber of Commerce in Singapore (FCCS), conjointement avec la société Dathena, sur le thème « *The European General Data Protection Regulation – New rules that may affect your business in Asia* »

PUBLICATIONS

Vous trouverez sur le [Blog du Cabinet](#) toutes nos dernières publications :

- Publication du décret sur la transparence de la publicité en ligne
- Développement ou refonte d'un site web : un projet à gérer avec rigueur pour éviter les contentieux
- La réforme du droit de la consommation et la nécessaire révision des conditions générales
- La simple commande d'un site web n'emporte pas la cession des codes sources au client
- Audit de licences de logiciels - Oracle condamné en appel pour mauvaise foi et déloyauté
- Choosing an out-of-court procedure to recover domain names : a fast and cost effective process

Directeur de la publication : Bénédicte DELEPORTE

Editeur : DELEPORTE WENTZ AVOCAT - 5, rue Tronchet – 75008 Paris - Tel 01.40.17.95.86

Cette Lettre est une publication périodique diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. La Lettre ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique.

Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la Lettre.