

## Résiliation : le contrat, nécessaire mais pas suffisant ?

*Une illustration : Tribunal de commerce de Paris, 1re ch., 13 sept. 2011, Dimitech c. Pixmania*

Un bon contrat doit envisager le pire. Envisager le pire c'est notamment prévoir les conditions de sa rupture.

La rédaction des clauses du contrat et la manière de les mettre en œuvre ne peuvent être prises à la légère et l'arrêt Dimitech c./ Pixmania en fournit une bonne illustration.

Pixmania, société connue pour son site internet, a mis en place, à côté de son activité de vente en ligne, une plateforme appelée Pixplace. Pixplace permet à des tiers de vendre leurs produits aux internautes, Pixmania bénéficiant d'une commission. Dimitech, l'un de ces tiers, est entré en relations avec Pixmania en mai 2009. Ce n'est toutefois qu'en septembre 2010 que ces relations se formalisent, Pixmania ayant soudainement exigé la signature d'un contrat antidaté au 13 mai 2009.

Ce contrat prévoyait 4 cas de résiliation : (i) les parties pouvaient rompre à tout moment moyennant un préavis de 30 jours ; (ii) les parties pouvaient rompre moyennant un préavis de 10 jours en cas de manquement non corrigé de l'autre partie ; (iii) Pixmania pouvait exclure Dimitech moyennant un préavis de 10 jours en cas de manquement non corrigé; (iv) Pixmania pouvait exclure à tout moment et sans préavis Dimitech en cas de manquements graves et non réparables, « *notamment en cas d'évaluations positives inférieures à 90%* ».

Pixmania, qui a désactivé, sans préavis, le compte de Dimitech le 9 décembre 2010, se prévalait de ce dernier cas.

Résultat : plus d'un million d'euros en dommages et intérêts à payer.

**1<sup>ère</sup> leçon : Ne pas oublier que le contrat s'impose aux parties.** Chaque cas de résiliation était assorti dans le contrat d'une condition de forme (notification ou mise en demeure selon le cas). Pixmania ne pouvait faire fi de ces exigences.

Dès lors que le contrat prévoit des conditions pour la résiliation : ces conditions, même de pure forme, doivent impérativement être respectées.

**2<sup>ème</sup> leçon : Une clause de résiliation, aussi favorable soit-elle, peut se retourner contre soi si elle est inapplicable.** Pour le Tribunal :

- un taux d'évaluation inférieur à un certain seuil pourrait éventuellement être considéré comme un manquement grave, mais en aucun cas comme un manquement non réparable. La rupture ne pouvait donc en tout état de cause avoir lieu sans respect d'un préavis.
- il était impossible de mettre en œuvre la clause relative à l'insatisfaction des clients étant donné son imprécision. Elle ne précisait pas la période au cours de laquelle ce taux devait être déterminé, la formule de calcul, et la manière dont les avis neutres devaient être affectés. En outre, les modalités de recueil des avis des internautes, et la manière dont ils étaient établis et conservés de façon incontestable n'étaient pas indiquées.

**3<sup>ème</sup> leçon : De l'art de se séparer sans brutalité.** Le Tribunal emploie dans son jugement des termes très durs envers Pixmania non seulement car la rupture avait été effectuée soudainement, « *du jour au lendemain* », mais également en raison de plusieurs circonstances de fait : parmi d'autres, Pixmania avait menti à Dimitech sur le caractère intentionnel de la désactivation de son compte, un faux motif avait été utilisé (il s'avère que Pixmania avait rompu avant tout en raison des difficultés financières de Dimitech), et cette rupture intervenait pendant la lucrative période précédant Noël.

**4<sup>ème</sup> leçon : Le respect du préavis prévu au contrat n'est parfois pas suffisant.** Dans le cadre de l'action fondée sur la rupture brutale des relations d'affaires établies, les juges du fond apprécient souverainement les faits au cas par cas pour déterminer la durée de préavis qui aurait du être observée.

Le Tribunal estime en l'espèce que le respect du délai de trente jours prévu par le cas (i) de résiliation aurait été suffisant. La conclusion aurait néanmoins pu être différente compte tenu du fait que la relation entre les parties durait depuis un an et demi, était continue et en progression, et générait 40% du chiffre d'affaires de Dimitech.

Cette décision est très riche et beaucoup pourrait encore être dit.

Il est, notamment, vivement recommandé de :

- rédiger vos clauses de résiliation de manière précise, afin qu'elles puissent réellement être appliquées
- n'oubliez pas de préciser les référentiels d'application, ni les modes de mesure
- lorsque vous envisagez la résiliation : vérifiez que vous ne vous trouvez pas dans une relation d'affaires dite « établie », car dans un tel cas, respecter votre clause de résiliation peut ne pas être suffisant pour éviter une action en résiliation abusive !

## Google responsable de ses AdWords !

L'affaire remonte à mars 2008, lorsque Monsieur Olivier M. constate qu'un article et des photographies le concernant ont été publiés sur le site gala.fr et qu'au surplus des liens commerciaux renvoient vers cet article grâce au service Google AdWords.

Après avoir attiré devant le Tribunal de grande instance de Paris, la société d'édition Prisma Press et Google France, puis la Google Ireland LTD, une ordonnance de sursis à statuer est rendue le 9 décembre 2009 en raison d'un renvoi préjudiciel adressé à la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, ce renvoi opéré par la Cour de cassation intéresse directement cette affaire puisqu'il porte sur l'interprétation de l'article 14 de la directive 2000/31/CE, relatif au régime allégé des hébergeurs.

La question cruciale est en l'espèce de déterminer si Google a la qualité **d'hébergeur** ou **d'éditeur** vis-à-vis de son service "AdWords". En effet, dans le premier cas, il bénéficie d'un régime allégé subordonnant sa responsabilité à la connaissance de ce contenu illicite et à défaut de prompt retrait.<sup>1</sup> Tandis que la responsabilité de l'éditeur est engagée de plein droit.

### 1. Contenu de la décision du 23 mars 2010 de grande chambre de la CJUE<sup>2</sup> :

La Cour énonce que le régime allégé de l'article 14 s'applique aux services du prestataire "*purement technique, automatique et passif*" et pour lesquels il "*n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises et stockées*". Elle retient que la détermination de l'ordre des liens et le caractère payant du service ne permettent d'établir qu'il y a contrôle ou connaissance du contenu. Par contre, l'intervention du prestataire, en l'espèce Google, sur les messages commerciaux peut lui faire perdre le bénéfice de la qualification d'hébergeur en ce qu'elle peut supposer la connaissance du contenu par ce dernier. A ce titre, elle laisse au juge national le soin de vérifier le rôle et les actions du prestataire dans la mise en œuvre de son service afin d'en tirer les conséquences.

### 2. Contenu de la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 14 novembre 2011<sup>3</sup> :

Le juge français se fonde sur le rôle de Google dans l'ordre d'apparition des liens commerciaux pour relever une action de celui-ci qui n'entre pas dans la définition de l'hébergeur. Notamment, la décision relève que Google propose à ses clients de transmettre leurs messages publicitaires pour leurs mots clés 3 jours avant leurs diffusions. A cet élément, s'ajoute le fait que Google indique dans ses conditions générales des services de publicité qu'il peut "*rejeter ou retirer toutes publicités, messages publicitaires et/ou cible quelle qu'en soit la raison.*"

De ce fait, le juge présume la connaissance ou le contrôle par Google du contenu et retient la responsabilité de Google. Le juge français semble par cet arrêt entendre très restrictivement la définition d'hébergeur et rappeler au géant de l'Internet que ce statut n'est pas acquis pour tous les services.

Attention à la rédaction de vos conditions générales.... elles peuvent se retourner contre vous !

<sup>1</sup> Article 14 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 directive sur le commerce électronique

<sup>2</sup> Arrêt de la CJUE (grande chambre) du 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08

<sup>3</sup> TGI Paris, 17ème chambre, 14 novembre 2011, Olivier M. / Prisma Press, Google

## Préparons l'arrivée du Cloud Computing

La consultation sur le Cloud computing ouverte par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) le 17 octobre 2011 à l'attention des acteurs et des professionnels du secteur des nouvelles technologies, s'est achevée le 17 novembre dernier.

En prévision de l'expansion de cette solution informatique, la Commission Générale de terminologie et de néologie, a défini le Cloud computing ou "informatique dans les nuages" comme un "Mode de traitement des données d'un client, dont l'exploitation s'effectue par l'internet, sous la forme de services fournis par un prestataire."<sup>4</sup>

La CNIL propose d'utiliser les critères suivants pour retenir l'existence d'une solution de Cloud Computing (et à terme y appliquer peut être une réglementation particulière): simplicité d'un service à la demande, extrême flexibilité, accès "léger", virtualisation des ressources et le paiement "à l'usage".

Outre le fait de poser les premiers jalons d'une définition du Cloud computing par le biais de ce « faisceau d'indices », l'intérêt majeur de cette consultation réside dans la réflexion lancée sur :

- la redéfinition des rôles respectifs du client (responsable du traitement) et du prestataire (sous-traitant dans le cadre du traitement), en particulier en ce qui concerne les mesures de sécurité mises en œuvre,
- le développement d'outils de régulation adaptés cette solution.

Par ailleurs, la consultation CNIL aborde la question cruciale de la régulation du Cloud computing.

L'élaboration d'outils de régulation, tels que la certification, apparaît essentielle en termes de garantie de sécurité et de confidentialité des données.

Et ce d'autant plus au regard de la particularité de cette solution, laquelle entraîne un éparpillement des données sur différents serveurs à travers le monde. Le client (responsable de traitement) perd, à ce stade, la maîtrise de la localisation de ses données, de sorte que la question de l'encadrement des transferts va se poser.

A ce jour, on constate, à la lecture de la consultation et de l'appréhension de la solution Cloud que les outils de régulation actuels ne suffisent pas à englober l'ensemble des risques et problématiques liées aux flux transfrontières.

La consultation CNIL des acteurs concernées était donc un préalable nécessaire à la démocratisation de cette solution dans notre environnement.

Nous avons eu la chance de participer à cette consultation et vous tiendrons informé de la suite

<sup>4</sup> JORF n°0129 du 6 juin 2010 page 10453 texte n° 42

## La CNIL a réalisé une étude sur l'utilisation des Smartphone et la nature des données que les utilisateurs stockent sur cet outil, sans protection particulière. (Cf notre chiffre du mois)

C'est ainsi que la CNIL a émis une liste de bonnes pratiques vis-à-vis des Smartphones pour qu'ils puissent maîtriser les données enregistrées dans ce téléphone et renforcer leur sécurité :

### Bonnes pratiques vis-à-vis des Smartphones :

- **ne pas enregistrer** dans le smartphone, des informations confidentielles telles que des codes secrets (ex : accès à la banque en ligne), des codes d'accès (travail, ordinateur portable) afin de limiter les risques en cas de vol, piratage, ou usurpation d'identité ;
- ne pas désactiver le **code PIN** et changer celui proposé par défaut par le constructeur en préférant un code compliqué (éviter de choisir sa date de naissance) ;
- mettre en place un délai de **verrouillage** automatique du téléphone en veille. En effet, en plus du code PIN, ce dispositif permet de rendre inactif (verrouiller) le téléphone au bout d'un certain temps, ce qui empêche la consultation des informations contenues dans le téléphone en cas de perte ou de vol ;
- activer si possible le **chiffrement des sauvegardes** du téléphone en utilisant les réglages de la plate-forme avec laquelle le téléphone se connecte. Cette manipulation garantira que personne ne sera en mesure d'utiliser les données figurant dans le smartphone ;
- installer un **antivirus** quand cela est possible ;
- noter le **numéro IMEI** du téléphone pour le bloquer en cas de perte ou de vol. Ce numéro est communiqué par l'opérateur, mais il peut être relevé en tapant **\*#06#** sur le téléphone. Il suffit alors de le conserver dans un endroit sûr ;
- **ne pas télécharger** d'application de sources inconnues en privilégiant les plates-formes officielles ;
- vérifier à quelles données contenues dans le smartphone **l'application** installée va avoir accès ;
- lire les **conditions d'utilisation d'un service** avant de l'installer, et ne pas hésiter à consulter l'avis des autres utilisateurs ;
- régler les paramètres au sein du téléphone ou dans les applications de **géolocalisation** (Twitter, Foursquare, Plyce...) afin de toujours contrôler quand et par qui l'appareil peut être géolocalisé ;
- **désactiver** le GPS ou le WIFI après utilisation de l'application de géolocalisation ;
- et pour la santé (limiter l'exposition aux radiofréquences), éteindre le smartphone la nuit, ne pas le laisser de manière continue près de soi, ne pas le porter en permanence à la ceinture ou dans une poche.

⇒ Nombreuses de ces bonnes pratiques peuvent être exigées des salariés dans l'utilisation des outils informatiques mis à leur disposition par l'entreprise, notamment leur ordinateurs portables : **Pensez-y !** Mettez à jour la charte informatique de votre entreprise !

## L'ACTA: to sign or not to sign ?

Un communiqué du bureau exécutif du Président des Etats Unis (Executive Office of the President) nous apprend que l'Anti-Counterfeiting Trade Agreement ou ACTA a été signé en octobre dernier à Tokyo par huit pays, dont l'Australie, le Canada, le Japon et les Etats Unis.

Les négociations autour de cette convention internationale ont commencé en 2007 sous l'impulsion du Japon et des Etats-Unis et face notamment à ce que l'ACTA qualifie de «prolifération des marchandises contrefaisantes » disponibles dans de nombreux pays.

L'objectif de L'ACTA est de donner aux titulaires de droit de propriété intellectuelle des outils pour faire sanctionner ces droits au niveau international et notamment au moyen d'une coopération accrue entre les états.

Le périmètre de l'ACTA se limite donc aux outils permettant de sanctionner les droits de propriété intellectuelle et ne traite pas de la question de l'existence, l'acquisition, la portée ou le maintien de ces droits.

Cette convention fixe les objectifs devant être atteints par les états qui y sont partis, leur laissant le libre choix des moyens.

Dans sa version accessible sur le site Internet de la Commission Européenne, l'ACTA prévoit notamment que chaque Etat signataire devra :

- Prévoir des procédures pénales et des peines en cas d'actes délibérés de contrefaçon,
- Habilitier ses juridictions civiles notamment à :
  - o ordonner des mesures provisoires pour empêcher toute atteinte à des droits de propriété intellectuelle,
  - o prononcer des injonctions de cesser l'atteinte à ces droits,
  - o ordonner le versement de dommages et intérêts adéquats au contrevenant,
- Renforcer les mesures prises aux frontières pour lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle et notamment permettre à ses autorités douanières de leur propre initiative de suspendre la libre circulation de marchandises suspectes.

La signature de l'ACTA par de nombreux Etats laisse présager un durcissement de leur lutte contre la contrefaçon.

Les signatures de l'Union Européenne, du Mexique et de la Suisse sont encore attendues...Affaire à suivre....

## Rémunération pour copie privée : exclusion des achats à des fins professionnelles

Le 20 décembre dernier, le législateur est venu modifier le régime de la rémunération pour copie privée pour prendre en compte les débats et la jurisprudence récente sur ce point.

Souvenez-vous..., face à la multiplication des supports permettant à tout un chacun de réaliser des copies d'œuvres, le législateur considérant que les auteurs risquaient de subir des pertes, a mis en place un système original de redevance prévu par les articles 311-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle :

- les fabricants et importateurs de tels supports versent aux auteurs et aux artistes interprètes une redevance,
- cette redevance correspond à un pourcentage du prix de vente ou de revente du support,
- les supports concernés et le taux de la redevance sont fixés par une commission spéciale.

À l'origine de la loi 20 décembre 2011, une décision par laquelle le Conseil d'Etat a fermement affirmé que la redevance pour copie privée ne pouvait pas être due pour des supports manifestement réservés à un usage professionnel.

Sous l'impulsion de cette décision du Conseil d'Etat, le législateur adopte cette loi qui modifie le système de la rémunération pour copie privée, notamment sur les points suivants:

- **Information de l'acquéreur** : devront dorénavant être portés à la connaissance de l'acquéreur d'un support permettant la copie privée :
  - o le montant de la rémunération pour copie privée propre à ce support,
  - o une notice explicative sur le mécanisme de cette rémunération et à sa finalité
- **exonération pour les acquisitions à des fins professionnelles** : le texte prévoit clairement que
  - o la redevance pour copie privée n'est pas due pour les supports acquis à des fins professionnelles
  - o Une convention sur cette question pourra être signée entre les sociétés de gestion collective et les fabricants et importateurs de ces supports pour implémenter cette loi,
  - o A défaut, est mis en place un système de remboursement a posteriori sur demande.

Comme le Conseil d'Etat avant lui, le législateur a souhaité éviter que cette réforme majeure n'entraîne une trop grande désorganisation et a prévu que les demandes de remboursement ne pourraient porter que sur les supports acquis postérieurement à la promulgation de la loi.

Certains considèrent que cette réforme n'est qu'un palliatif et que le système de la copie privée doit être intégralement refondu... **affaire à suivre !**

## LE CHIFFRE DU MOIS

**CHIFFRE DU MOIS** la CNIL a relevée que, sans prendre des mesures particulières pour protéger ces données :

**89%** des utilisateurs de smartphone stockent des données de contact ou des coordonnées,

**86%** des utilisateurs de smartphone stockent des données multimédias (photos/vidéos 75%, agenda 52%, notes 41%),

**40%** des possesseurs de smartphone stockent des données à caractère secret (coordonnées bancaires 7%, codes secrets 17%, codes d'accès aux immeubles 17%, informations médicales 3%)

Retrouvez nos articles sur [www.itlaw.fr](http://www.itlaw.fr)

*Cette newsletter et son contenu sont protégés par le Code de la Propriété Intellectuelle.*

*Toute diffusion ou reproduction sans le consentement préalable et écrit d'ITLAWAvocats SELARL est interdite.*

**Directeur de publication : Claudia Weber ([claudia.weber@itlaw.fr](mailto:claudia.weber@itlaw.fr))**

**IT LAW Avocats**

281 rue de Vaugirard  
75015 PARIS  
Tél : 01 45 30 54 25  
Fax : 01 79 75 61 40