

RENDEZ-VOUS DU NUMÉRIQUE

2 mars 2017



Sabine de Paillerets
Droit social



Laëtitia Lemmouchi-Maire
Distribution / Concurrence
Promotion des ventes



Alain de Rougé
Corporate



François-Xavier Boulin
IT / Data
Propriété Intellectuelle



François Dauba
Distribution / Concurrence
Promotion des ventes / Santé

DROIT A LA DECONNEXION

La presse s'est largement emparée du sujet du droit à la déconnexion en ce début d'année, cherchant à donner des pistes de réflexion sur sa mise en pratique.

Pour expliquer le droit à la déconnexion, il faut essayer de comprendre ce que vise le législateur à travers ces nouvelles dispositions.

A première vue, le droit à la déconnexion cherche à protéger le salarié. Mais on peut se demander si le législateur ne cherche pas également à protéger l'employeur.

En effet, les employeurs sont désormais régulièrement challengés sur le respect des dispositions en matière de durée du travail, et la remise en cause quasi systématique du forfait jours des cadres en est une belle illustration. A travers ces contentieux, on s'aperçoit que c'est par le prisme du stress, du surmenage, ou encore de la dégradation des conditions de travail du salarié que les juridictions cherchent à sanctionner les employeurs.

Or, la connexion des salariés à leurs outils technologiques avec lesquels ils ont toute liberté pour se connecter pourrait - si ce n'est déjà fait - devenir un critère supplémentaire nourrissant le contentieux des dispositions en matière de durée du travail. Autant dire que lorsque l'on connaît les risques financiers associés de la violation de ces dispositions, il semble presque raisonnable d'accueillir ce droit à la

déconnexion comme une aubaine pour les entreprises.

Alors comment faire de ce droit à déconnexion un outil effectif et efficace pour l'employeur ?

Le droit à la déconnexion concerne toutes les entreprises en France employant plus de 50 salariés ayant un délégué syndical.

Le droit à la déconnexion entre dans le champ de la négociation annuelle avec les délégués syndicaux. Donc il doit être encadré dans un accord ou, à défaut, être mis en place unilatéralement par l'employeur.

Le législateur a laissé toute liberté aux entreprises pour l'organiser, ayant seulement exigé que le salarié bénéficie effectivement du droit à la déconnexion. Cela permet donc d'imaginer des modalités différentes selon les catégories de salariés dès lors qu'il existe des différences objectives dans l'utilisation des outils numériques.

D'où, à notre avis, la nécessité pour chaque employeur d'aménager le droit à la déconnexion par plusieurs mesures conjointes et, mieux, dans le dialogue avec les salariés. Chaque employeur doit faire, en tenant compte de sa taille et de son organisation de l'entreprise et des besoins exprimés les salariés.

Ce que d'aucun commence à appeler l'usage raisonné des nouveaux moyens de communication.

E-COMMERCE : VERS UNE LICITE DE L'INTERDICTION DES VENTES SUR LES MARKETPLACES ?

Le marché de la distribution sur Internet est en pleine expansion, notamment du fait du développement des places de marché (marketplace) qui sont des prestataires techniques mettant en relation des vendeurs et des acheteurs. Ces plateformes peuvent être généralistes (Amazon, Price Minister) ou spécialisées (Doctipharma). Elles offrent souvent aux consommateurs un grand choix de produits à des prix réduits du fait de la concurrence à laquelle se livrent les vendeurs sur une même marketplace.

Un grand nombre de marques interdisent toutefois à leurs distributeurs de commercialiser leurs produits par l'intermédiaire de plateformes au nom de la protection de leur marque et de leur modèle de distribution qualitatif. Les distributeurs et les plateformes combattent ces

interdictions en invoquant l'intérêt du consommateur.

De nombreux litiges se sont donc cristallisés depuis plusieurs années afin de déterminer si, au regard des règles de concurrence, une marque peut interdire la distribution de ses produits sur des plateformes, et si oui dans quelles conditions.

Après quelques errements des juridictions et autorités de concurrence nationales, notamment françaises et allemandes, le débat est désormais remonté au niveau de l'Union européenne.

D'une part, la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle par la Cour d'appel de Francfort pour statuer sur la validité de l'interdiction des ventes sur les marketplaces (Affaire Coty).

D'autre part, dans le cadre de son rapport préliminaire sur le commerce électronique rendu public le 15 septembre 2016, la Commission européenne a conclu à la licéité de l'interdiction de vendre sur des marketplaces.

La Commission indique cependant qu'elle pourra analyser, au cas par cas, la crédibilité des considérations, liées à la protection de la marque et aux besoins de conseils pré-vente/après-vente des produits, qui sont avancées par les marques pour refuser les ventes sur les plateformes.

Il convient par ailleurs de rester vigilant jusqu'à la publication du rapport final et la réponse de la CJUE dans l'affaire "Coty".

LA PUBLICITE DIGITALE : LE DECRET DU 9 FEVRIER ELARGIT LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI SAPIN DE 1993 A LA PUBLICITE NUMERIQUE

La loi Sapin de 1993 régit les conditions d'achat d'espaces publicitaires par les annonceurs (les marques) auprès des propriétaires de supports (ex : TFI, Canal+). Cette loi avait pour principal objectif était de rétablir la transparence dans les rapports entre ces acteurs.

Ces relations étaient auparavant opaques du fait de la présence de différents intermédiaires (grossistes / commissionnaires) qui empêchaient les annonceurs de bénéficier d'une information transparente, notamment sur le prix des supports et la rémunération desdits intermédiaires. La loi Sapin a brisé l'écran de ces intermédiaires en obligeant les supports à communiquer directement aux annonceurs leurs factures ainsi qu'un compte d'exécution de leurs prestations publicitaires.

Dans sa rédaction initiale, la loi Sapin de 1993 ne régissait toutefois pas la commercialisation des supports sur Internet (bandeaux publicitaires sur les sites internet ; publicité à l'ouverture d'une application). Or, la publicité sur internet représente un marché très important, supérieur à celui de la télévision en terme de chiffre d'affaires (> 3 milliards d'euros).

Les annonceurs se sont plaints que l'absence de régulation avait permis le (re)développement d'une certaine opacité dans les relations entre les acteurs de la publicité digitale.

Le décret du 9 février 2017, adopté en application de la loi Macron du 6 août 2015, a étendu le champ d'application de la loi Sapin en imposant des obligations similaires de transparence dans les rapports d'achats d'espaces publicitaires sur internet (obligation de compte-rendu du vendeur

Deux possibilités semblent toutefois s'ouvrir aux marques aujourd'hui :

- Soit la marque refuse d'intégrer les marketplaces dans son schéma de distribution – dans cette hypothèse, elle devra s'assurer que cette interdiction est justifiée au regard des caractéristiques de sa marque et de ses produits (et s'assurer d'une application cohérente de cette interdiction).
- Soit la marque porte une réflexion sur les modalités d'intégration des plateformes de vente en ligne dans les réseaux de distribution tout en préservant la valeur de son réseau.

d'espaces à l'annonceur ; transmission de la facture à l'annonceur même en présence d'intermédiaires, etc.).

Il est à penser que cette police sera effectivement appliquée dans la mesure où elle s'inscrit dans une démarche plus globale de transparence/compliance dans les différents secteurs de l'économie et de la vie publique.

En conséquence, si certains acteurs se cachaient derrière l'argument de l'absence de réglementation de la publicité digitale pour justifier certaines pratiques opaques, la parution du décret a vocation à assainir les pratiques observées. La liste exhaustive des informations que le support doit désormais fournir à l'annonceur devrait permettre un meilleur suivi (i) de la performance des campagnes publicitaires sur internet et (ii) des flux financiers jusqu'à l'amont. Il convient toutefois de relever que le décret ne règle pas toutes les questions soulevées par le développement de la publicité dans l'univers numérique, en particulier en matière d'achats d'espaces publicitaires en temps réel par le mécanisme d'enchères (RTB). Dans ce domaine, en raison du nombre important d'intermédiaires, le support n'a en pratique pas connaissance de l'identité de l'annonceur. Il lui sera donc particulièrement difficile de remplir ses obligations de transparence.

En tout état de cause, et malgré ces zones d'ombre, il semble évident que chaque acteur de la chaîne d'achat de l'espace publicitaire digital doit, a minima, respecter l'esprit de la loi Sapin et fournir ses meilleurs efforts, dans la mesure des contraintes inhérentes au secteur, afin de respecter l'objectif de transparence.

LES TRANSFERTS DE DONNEES PERSONNELLES HORS UNION EUROPEENNE : ETAT DES LIEUX DES TRANSFERTS VERS LES ETATS-UNIS

Pendant près d'une quinzaine d'années, les entreprises américaines ont pu bénéficier du cadre juridique du "Safe Harbor" pour obtenir le transfert de données personnelles en provenance de l'Union

Européenne, qu'il s'agisse de données relatives aux utilisateurs de moteurs de recherches (Google, Yahoo...), de réseaux sociaux (Facebook...) ou de sites web (Amazon...), de données relatives aux salariés des filiales européennes ou encore de données

confiées par des entreprises européennes à des prestataires américains (cloud, etc).

Par une décision du 6 octobre 2015, et suite aux révélations de l'affaire "Snowden", la Cour de Justice de l'Union Européenne a invalidé le mécanisme du Safe Harbor, retenant que les États-Unis n'offraient pas un niveau de protection adéquat aux données personnelles transférées et que les États membres devaient pouvoir vérifier si les transferts de données personnelles vers les États-Unis respectaient les exigences de la directive européenne sur la protection des données personnelles.

En quelques mois à peine, et après d'après discussions entre la Commission européenne et le gouvernement américain, un nouveau mécanisme de transfert a été mis en place entre l'Europe et les États-Unis : le "Privacy Shield".

Adopté par la Commission européenne le 12 juillet 2016 et entré en vigueur le 1er août suivant, le Privacy Shield fixe les principes de protection des données à suivre par les entreprises américaines, ainsi que des garanties écrites du gouvernement américain, prévoyant en particulier des restrictions sur l'accès aux

données par les autorités.

Or, le 25 janvier 2017, soit 5 jours à peine après son investiture, le Président Donald Trump a signé un "Executive Order" relatif au "renforcement de la sécurité intérieure des États-Unis", lequel contient principalement des mesures en matière d'immigration et de reconduite à la frontière mais également un article 14 "Privacy Act" qui pourrait conduire à exclure les citoyens non-américains du bénéfice de la législation américaine en matière de protection des données personnelles.

Quel est l'impact de cette décision sur les droits des citoyens européens, dont la protection des données transférées devrait être assurée par le récent Privacy Shield ? Comment les opérateurs américains et européens doivent réagir ou - peut-être même - adapter leurs pratiques pour veiller au respect des règles européennes et éviter de lourdes sanctions ?

Les spécialistes ont rapidement exprimé leurs inquiétudes, et un positionnement clair des États-Unis sur cette question majeure se fait attendre.

USAGE NON AUTORISÉ D'UNE MARQUE SUR LES RESEAUX SOCIAUX ET LES PLATEFORMES : FAUT-IL INTERVENIR ? COMMENT ?

Les opérateurs économiques se trouvent de plus en plus confrontés à des usages non autorisés de leurs marques ou de leurs signes distinctifs sur le web, et en particulier sur les réseaux sociaux et les plateformes de partage de vidéos.

Le premier réflexe doit être de conserver une copie des pages litigieuses, en établissant des captures d'écran ou, pour une plus grande force probante, un procès-verbal de constat par un huissier de justice.

Il conviendra ensuite d'identifier l'auteur de la personne physique ou morale à l'origine du contenu litigieux, mais également l'éditeur et l'hébergeur des contenus. En cas de difficulté, la loi "LCEN" du 21 juin 2004 permet de procéder par voie de requête aux fins d'identification.

Ces informations et l'analyse du contenu permettront de déterminer le fondement juridique le plus efficace pour faire cesser l'atteinte et réclamer réparation (contrefaçon, dénigrement, diffamation...) et d'envisager les suites à donner, qu'elles soient judiciaires (action judiciaire, plainte...) ou extra-judiciaires (mise en demeure ; notification auprès de l'éditeur ou de l'hébergeur...).

Dans tous les cas, il est essentiel de bien définir la stratégie à mettre en place, en associant le service Communication de l'entreprise. Il peut parfois être recommandé de ne pas agir au plan judiciaire mais de recourir à des outils de communication, ou même de ne pas réagir, pour éviter le fameux effet "Streisand".

LES OBJETS CONNECTÉS ET LE DROIT DES CONTRATS

En 2015, les objets connectés ont représenté un marché de 340 millions d'euros en France, contre 150 millions en 2014 (marché multiplié par 2,3). Le marché avait déjà doublé entre 2013 et 2014. S'il existe une certaine discordance sur le nombre d'objets connectés qui seront en circulation à l'horizon 2020, les prévisions allant de 20 milliards à 80 milliards, il reste que les 5 milliards d'objets connectés actuellement détenus par les professionnels et les consommateurs soulèvent d'importantes questions d'ordre juridique.

Si la connectivité de tels objets appelle prioritairement des réflexions sur la protection des données et le respect de la vie privée ou sur la propriété intellectuelle, une analyse spécifique de leur imbrication dans le régime actuel du droit des contrats

mérite également d'être menée afin de déterminer si l'avancée technologique qu'ils représentent s'accompagne ou non d'un risque juridique.

En réalité, il est indéniable que le droit des contrats existant permet déjà de répondre à nombre de difficultés susceptibles de naître de l'achat et de l'utilisation des objets connectés.

Il est cependant tout aussi incontestable que, du fait de leur nature particulière, ces objets posent des questions en matière de conclusion des contrats et de responsabilité et commandent quelques adaptations des règles de droit relatives à ces aspects.