

Les chartes d'entreprise : une protection efficace contre la fraude informatique !

Des agissements protéiformes sévèrement réprimés par la loi

▶ Usurpation de codes informatiques, détournement des systèmes de protection, introduction d'opérations fictives dans le système d'information, autant de pratiques relancées par les récents événements survenus dans le secteur bancaire. Ces **agissements** sont susceptibles de recevoir une **qualification pénale**. Ainsi, de nombreuses dispositions (1) répriment avec rigueur la **fraude informatique**.

▶ Articulée autour de **quatre incriminations**, la répression des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données porte sur :

- le fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement dans toute ou partie d'un système d'information, avec ou sans influence ;
- le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système d'information ;
- le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système d'information ou de supprimer ou modifier frauduleusement les données qu'il contient ;
- le fait, sans motif légitime, d'importer, de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition un équipement, un instrument, un programme informatique ou toute donnée conçue ou spécialement adaptée pour commettre une fraude informatique.

▶ La fraude informatique donne lieu à de **lourdes sanctions**, notamment financières, à l'encontre des personnes physiques et des personnes morales (2).

Les chartes partie intégrante du dispositif de contrôle interne

▶ Cette délinquance toujours plus ingénieuse est souvent le fruit de la malveillance interne. Certains y voient le résultat d'une **absence d'éthique** (3) qu'un **dispositif de régulation** doit permettre de compenser.

▶ En matière d'usage des ressources des systèmes d'informations de l'**entreprise**, on veillera ainsi à disposer d'une charte d'utilisation adjointe à la charte des administrateurs systèmes.

▶ La **charte d'utilisation**, dont la vocation est de réguler l'usage des systèmes informatiques et de télécommunications, permet aussi de sensibiliser les utilisateurs à ce qui est interdit par la loi, par exemple, contrefaçon, traitement de données à caractère personnel et fraude informatique.

▶ La **charte administrateur**, qui encadre les fonctions assurées par ce personnel, permet aussi de faciliter l'**administration de la preuve** des usages indéliques, ou tout simplement pénalement répréhensibles, ce qui fait parfois défaut en la matière (fiabilité des preuves numériques et difficultés de la preuve du caractère intentionnel et de l'imputabilité).

L'enjeu

La modernisation des systèmes d'information a conduit au développement de pratiques frauduleuses toujours plus sophistiquées qui remettent en cause la sécurité et la sûreté des biens et des personnes et fragilisent les dispositifs en place. La lutte contre la fraude représente donc un défi majeur.

(1) C. pén., art. 323-1 et s.

(2) TGI Paris, 12e ch., 02/06/2006,

<http://www.alain-bensoussan.com/documents/243341.pdf>

Le conseil

La sécurité des informations et des systèmes d'information résulte de l'association de mesures techniques, organisationnelles et juridiques complexes, parmi lesquelles figurent les chartes d'entreprise.

(3) Les entreprises et la

fraude, étude Grant Thornton, juin 2002,

www.grant-thornton.fr

Jean-François Forgeron

[jean-francois-forgeron@alain-](mailto:jean-francois-forgeron@alain-bensoussan.com)

bensoussan.com

Informatique

Vade-mecum de l'utilisateur de logiciels libres

La prédétermination de l'usage à terme des composants libres

▸ Les logiciels libres sont désormais *très diffusés* dans les systèmes d'information (solutions complètes et autonomes, composants intégrés dans des suites mixtes, des systèmes hybrides).

▸ Le *statut* juridique spécifique *mal connu* de ces logiciels constitue encore un frein à leur sélection et intégration dans des systèmes d'information professionnels.

▸ Le site *Synergies* (1) regroupant les ressources du *projet ADELE* (administration électronique) présente un « *guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations* ».

▸ Edité sous licence créative commons, ce guide pourra également être consulté et utilisé avec profit par les utilisateurs du secteur privé. Il y est précisé l'une des quatre libertés fondamentales qualifiantes pour un logiciel libre : la *liberté* (et non l'obligation) *de redistribuer les développements à haute valeur ajoutée*.

▸ L'utilisateur d'un logiciel libre est tenu d'une *obligation de réciprocité*. A ce titre, il doit, s'il se transforme en distributeur, faire bénéficier le nouvel utilisateur des mêmes conditions d'exploitation que celles dont il a bénéficié. Cette règle impose donc d'*anticiper l'usage* qui sera fait du logiciel libre ou des composants.

▸ Si le système fait l'objet d'*évolutions* et d'*adaptations* et qu'il doit être *mutualisé* ou *externalisé*, le type de licence libre retenu devra être approprié. Cette caractéristique suppose donc une détermination de l'usage prévu des logiciels libres sur une certaine période, ce qui n'est pas aisé pour des systèmes complexes et évolutifs.

L'exigence de traçabilité et de transparence des systèmes d'information

▸ Le respect des obligations des *licences associées* à chacun des logiciels et composants libres intégrés dans les systèmes d'information implique une *traçabilité juridique* en sus de la *traçabilité technique* mise en œuvre dans tout système correctement urbanisé.

▸ Le guide préconise ainsi une véritable *cartographie des logiciels libres*, dont l'exigence pourrait utilement être étendue à l'ensemble des logiciels tiers et composants souvent intégrés dans des distributions propriétaires et désignés sous le terme « logiciels et composants tiers ».

▸ Il n'est pas rare que des suites logicielles intègrent des éléments logiciels dont l'éditeur garantit qu'il détient les droits de distribution mais, dont le statut n'est pas déclaré. L'utilisateur, informé de cet état de fait, sera mieux à même d'*assurer la traçabilité juridique* de son système d'information.

▸ Les logiciels libres ne suffisant pas à assurer la totale transparence du système, son évolutivité et son interopérabilité, le guide évoque également la problématique des *standards ouverts* ou « protocole de communication d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérables dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre »(1).

L'essentiel

Ce guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations répond avec clarté et simplicité aux questions posées par les administrations et liées à la problématique du développement ou de l'utilisation de logiciels libres.

(1) www.synergies.publiques.fr

Le conseil

Le standard ouvert présente l'avantage de pallier l'insuffisance des dispositions de l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle qui accorde à l'utilisateur un droit à l'information dont la mise en œuvre peut s'avérer délicate.

(1) Loi 2004-575 du 21/06/2004 dite LCEN

Benoît de Roquefeuil
Benoit-de-roquefeuil@alain-bensoussan.com

Communications électroniques

France télécom échappe à des mesures conservatoires...

La pérennité de l'accès aux infrastructures de génie civil

▸ Le nouveau défi technologique actuel est le **déploiement de technologies** du type FTTx (*Fiber To The Home ou Fiber To The Building*) qui s'appuient sur la **fibre optique**. Les principaux acteurs du secteur ont annoncé qu'ils allaient consentir de très lourds investissements dans les prochaines années.

▸ Mais les opérateurs alternatifs ont émis des **craintes** quant à la préemption par France Télécom des capacités disponibles dans ses fourreaux existants lui autorisant ainsi un **déploiement rapide** de son réseau en fibres optiques, entraînant, corrélativement, des difficultés à mettre en œuvre des solutions de partage d'infrastructures à leur profit.

▸ C'est dans ce contexte que la **société Free** a saisi le 2 juillet 2007, le Conseil de la concurrence d'une **demande de mesures conservatoires** concernant l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom dans le cadre du déploiement de boucles locales optiques résidentielles utilisant des technologies de type FTTh (1).

▸ Free SAS a considéré que ces infrastructures devaient recevoir la qualification d' **infrastructures essentielles**, France Télécom se devant de garantir un accès à celles-ci dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires en appliquant une tarification orientée vers les coûts.

▸ Le Conseil de la concurrence a considéré que les infrastructures de génie civil de France Télécom « **sont de nature à donner à France Télécom un avantage concurrentiel inégalable sur les marchés émergents du très haut débit** ». Il ajoute qu'« **à ce stade de l'instruction, (...) la détention d'infrastructures de génie civil par France Télécom est susceptible de lui conférer une responsabilité particulière, consistant notamment à ne pas fausser le jeu de la concurrence en se réservant une utilisation de ces infrastructures qu'elle refuserait à ses concurrents ou en ouvrant leur accès de façon discriminatoire** ».

L'enjeux

Les deux principaux enjeux auxquels les opérateurs vont être confrontés sont, d'une part, l'accès aux infrastructures de génie civil (déploiement horizontal du réseau) et d'autre part, le déploiement de la fibre jusqu'à la prise de l'abonné (déploiement vertical du réseau).

(1) Décision 08-D-02 du 12/02/2008, § 85, p. 20.

La préservation de la concurrence sur le marché du très haut débit

▸ La **concurrence sur le marché du haut débit** a permis d'équiper la quasi totalité du territoire français métropolitain en accès xDSL.

▸ Cela a permis à la **France** d'être parmi les **premiers pays de l'Union** européenne en termes de taux de pénétration de cette technologie et d'être le premier en termes de richesse de l'offre proposée, grâce aux **offres triple play** alliant la téléphonie fixe, l'accès internet et la télévision.

▸ **France Télécom** a commencé le déploiement de son réseau de fibre optique, notamment à Paris, dès le début de l'année 2007.

▸ En l'espèce, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il n'avait **pas d'éléments** permettant de caractériser une atteinte grave et immédiate à la concurrence, justifiant de prononcer des mesures conservatoires.

La solution

Les craintes exprimées par Free SAS ne se trouveraient pas confirmées dans les faits.

Frédéric Forster

frederic-forster@alain-bensoussan.com

Pénal numérique

Le bracelet électronique, une alternative technologique...

Un placement sous surveillance électronique substitué à la détention

▸ Le bracelet électronique est un *dispositif de surveillance* électronique de l'individu, installé à la cheville ou au poignet.

▸ Son recours peut maintenant intervenir tant pour l'exécution d'une condamnation que dans le cadre des fonctions du juge d'application des peines après le jugement. Il intervient aussi comme *substitut à la détention*, comme mesure de contrôle judiciaire pendant la durée d'une instruction.

▸ Il apparaît donc que le *recours* a été *étendu* par le législateur *aux différentes phases de la procédure pénale* et qu'ainsi son usage tend à se multiplier.

▸ Le placement sous surveillance électronique se trouve mis en œuvre depuis l'année 2000 à titre expérimental, pour constituer une *alternative à l'incarcération*.

▸ Le *placement sous surveillance électronique mobile* est mis en œuvre depuis l'année 2006, à titre expérimental et concerne plus particulièrement les libérations conditionnelles, surveillances judiciaires et suivis sociaux judiciaires. On peut donc considérer que l'usage du bracelet électronique, aujourd'hui et dans l'avenir, constituera un *élément complémentaire* ou de *substitution* aux sanctions pénales.

▸ Le recours au bracelet électronique peut être *sollicité* par la personne mise en examen ou le prévenu, à l'occasion de sa comparution devant le tribunal ou devant le juge d'application des peines. La mise en œuvre de cette mesure peut aussi être ordonnée d'office par les juridictions.

Un dispositif strictement encadré par la loi

▸ Le fait que l'usage du bracelet électronique permette de demeurer « en liberté », peut apparaître séduisant. Mais son recours impose un point défini par le juge. La personne ne doit *pas s'éloigner d'une certaine distance*, du domicile ou du lieu de travail.

▸ Le recours au bracelet électronique peut aussi constituer pour l'Etat, *une mesure d'économie*. Il apparaît en effet moins coûteux pour l'exécution de certaines peines et surtout les *courtes peines* d'avoir recours à ce dispositif plutôt que de devoir supporter les coûts directs ou indirects d'une détention.

▸ L'institution du bracelet électronique peut constituer *un marché commercial et économique* tant sur le plan de la conception technologique et son évolution, qu'en ce qui concerne son exploitation.

▸ Le placement sous surveillance électronique mobile se trouve géré et mis à disposition par des *prestataires externes à l'Administration pénitentiaire* qui assurent tant la conception que la fourniture du matériel et sa maintenance.

L'enjeu

Les aménagements de peine et les alternatives à la détention visent à faciliter la réinsertion et la lutte contre la récidive en favorisant l'appropriation de la sanction par le délinquant.

Décret 2007-1169 du 1^{er} août 2007 modifiant le code de procédure pénale et relatif au placement sous surveillance électronique mobile.

La mise en oeuvre

Entre 2006 et 2007, les aménagements de peine et alternatives à l'incarcération ont augmenté de 28,6% <http://www.justice.gouv.fr/>

Claude-Michel Corcos
claude-michel-corcos@alain-bensoussan.com

Achats publics

Droit d'utilisation des progiciels : attention à la date de fin du marché !

Le non-respect du contrat légitimement sanctionné par le juge

▶ L'Agence de l'eau Loire Bretagne a confié à la société IBM France un marché public portant sur la *concession des droits d'usage de progiciels* qui a pris effet pour une durée ferme d'un an renouvelable, dans la limite de cinq années, sans que la durée totale du marché ne puisse excéder le **31 décembre 1996**.

▶ Toutefois, au-delà de cette date, les progiciels ont continué d'être utilisés par la personne publique, sans s'acquitter d'aucun paiement, jusqu'au 12 août 1998.

▶ Dotées de pouvoirs exorbitants du droit commun, les personnes publiques ne sont par pour autant exonérées d'*obligations contractuelles*. Le Conseil d'Etat (1) a clairement exposé qu'un défaut de vigilance de leur part pouvait entraîner le versement de *compensations financières importantes* au titulaire du marché.

▶ Les juges reconnaissent le bien fondé de la demande du requérant et surtout la réalité du *préjudice* subi, en précisant que « *ce préjudice découle directement de la méconnaissance par l'Agence de ces stipulations dont le non-respect n'a eu d'autre objet que de permettre la poursuite d'une utilisation interdite* ».

▶ L'existence d'une *faute* du titulaire du marché *de nature à atténuer la responsabilité de la personne publique* est cependant démontrée. La société IBM se voit reprocher de ne pas avoir utilement alerté la personne publique sur les conséquences de la fin du contrat sur l'utilisation des progiciels.

▶ En conséquence, les juges n'ont accordé au requérant que la *moitié de l'indemnité demandée*. La mise en œuvre de cette exigence aurait conduit à la rupture de la continuité du service public et sur le plan commercial, à la probable interruption des négociations en cours avec l'Agence de l'eau Loire Bretagne.

L'enjeu

Les acheteurs publics doivent prendre en compte la durée des contrats d'utilisation de progiciels.

(1) CE 27 novembre 2007, n° 262908, société IBM France.

Les vertus pédagogiques de l'arrêt pour les acheteurs publics

▶ Si la rédaction de clauses contractuelles pertinentes représente la solution de sagesse, d'autres dispositions pourront être envisagées.

▶ *Dissocier la durée d'utilisation* des progiciels et la durée du contrat. La durée du droit d'utilisation sera plus longue pour éviter aux personnes publiques de ne plus remplir leur mission de service public en cas d'arrêt du droit d'utilisation ou de verser des indemnités en cas d'utilisation « *frauduleuse* », comme le souligne l'arrêt ;

▶ *Anticiper le renouvellement du contrat* par l'acheteur public qui, au titre de la bonne gestion de l'achat, doit suivre en permanence l'évolution de ses contrats afin de ne pas nuire à la continuité du service public ;

▶ *Procéder à la signature d'un avenant avant le terme du marché*, en vue de prolonger le contrat dans l'attente de la passation du nouveau marché. Cette solution présente l'inconvénient majeur de laisser éventuellement le titulaire imposer ses conditions, voire de refuser de signer l'avenant.

L'essentiel

Les acheteurs publics doivent être vigilants dans l'encadrement contractuel de leurs achats afin d'éviter ce type de contentieux et surtout le versement de fortes indemnités au titulaire du marché.

François Jouanneau

[francois-jouanneau@alain-](mailto:francois-jouanneau@alain-bensoissan.com)

[bensoissan..com](mailto:bensoissan.com)

Utilities & environnement

Promouvoir l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables

Un nouveau paquet législatif « énergie » en préparation

▸ La **proposition de directive** présentée par la Commission le **23 janvier 2008** (1) s'inscrit dans un paquet législatif énergie qui fixera des **objectifs quantifiés** pour les Etats membres de l'Union européenne **pour 2020** en matière d'émissions de gaz à effet de serre et d'énergies renouvelables, tout en laissant aux Etats membres une **marge de manœuvre** pour favoriser le développement des énergies renouvelables de la façon la plus adaptée à leur potentiel.

▸ Le paquet énergie proposé par la Commission européenne comprend un **règlement** fixant les objectifs de chaque Etat membre en matière d'énergie renouvelable à atteindre pour 2020 et **une directive** emportant une extension du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne.

▸ Le nouveau dispositif devrait intervenir à la **fin du second semestre 2008** ou plus vraisemblablement au cours du premier semestre 2009.

Un panel de mesures contraignantes...

▸ Pour les **biocarburants** et autres **bioliquides**, la proposition de directive vise une **harmonisation totale des critères** de viabilité des biocarburants sans pour autant affecter de manière significative les choix des Etats membres entre différentes sources d'énergies ou la structure générale de leur approvisionnement énergétique.

▸ Outre des objectifs quantifiés, il est également proposé des **outils** pour **soutenir le développement des énergies renouvelables**. La directive vise à garantir que les biocarburants comptabilisés dans les objectifs permettent un niveau minimum de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

▸ Le marché intérieur est l'objectif principal. Toutefois, pour favoriser le marché des énergies renouvelables et **intensifier les relations** avec les partenaires énergétiques dans le cadre la politique énergétique de la Communauté, la directive prévoit que les **pays tiers** à la Communauté bénéficient de la promotion des énergies renouvelables dans l'union, grâce à l'**approvisionnement en électricité** provenant de sources renouvelables.

▸ Le texte prévoit aussi l'**émission d'une garantie d'origine** en réponse à une demande d'un producteur d'énergie utilisant des sources renouvelables. Il prévoit en outre que tout refus d'émission par un Etat membre d'une garantie d'origine à un producteur d'un autre Etat membre repose sur des critères objectifs, transparents et non-discriminatoires. Un **registre national** devrait recenser les titulaires de toutes les garanties d'origine.

Les enjeux

Réduire notablement les émissions de carbone tout en assurant une croissance pérenne au sein de la Communauté.

Privilégier une économie respectueuse de l'environnement qui permette la création de milliers de nouvelles entreprises et de millions d'emplois en Europe.

(1) Proposition du 23/01/2008 (2008/0016 COD).

Le conseil

S'assurer que les régimes d'aides pour les énergies renouvelables ne prévoient pas de spécifications techniques nationales qui diffèrent des normes européennes existantes

Didier Gazagne

[didier-gazagne@alain-](mailto:didier-gazagne@alain-bensoussan.com)

[bensoussan.com](mailto:didier-gazagne@alain-bensoussan.com)

Propriété intellectuelle

Comment faire constater la contrefaçon sur internet ?

Disposer de preuves incontestables

▶ La *nouvelle loi sur la contrefaçon* (1) renforce la répression des actes de contrefaçon et les actions dont disposent les victimes à l'encontre des contrefacteurs.

▶ Cependant, le succès d'une action pour être efficace est subordonné à la **preuve**, qui incombe au demandeur, d'une part de ses droits de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse de ses marques, brevets, dessins et modèles, droits d'auteur, logiciels, bases de données etc., d'autre part des atteintes portées à ces droits. Or, une telle preuve est délicate à rapporter lorsque les actes de contrefaçon sont commis sur le réseau *internet*.

▶ S'il est de principe que la preuve de la contrefaçon se rapporte *par tout moyen* et pourrait donc théoriquement résulter d'une impression d'écran, d'un mél, voire d'un témoignage, les particularismes du réseau internet ont conduit, en pratique, les tribunaux à faire montre d'exigences particulières.

▶ Une série de décisions récentes (2) a ainsi écarté pour défaut de valeur probante des **constats d'huissier** sur internet, au motif qu'ils n'avaient pas été réalisés conformément aux règles de l'art.

Respecter les règles de l'art

▶ Il convient, tout d'abord, de choisir une *personne habilitée* à procéder à un constat, tel un huissier. Un constat réalisé par ses propres moyens, même respectant les *règles de l'art* technique, sera sujet à contestation.

▶ Surtout, il est indispensable d'appliquer toutes les *procédures techniques* permettant de garantir la *fiabilité des observations*, depuis l'identification des matériels, système d'exploitation, logiciels, serveurs, jusqu'au vidage des mémoires caches et historiques, en passant par la désactivation des cookies, la vérification de l'absence de connexion à un serveur proxy, du réglage de la mémoire interne de l'ordinateur etc.

▶ Le non respect de ces procédures a entraîné le *rejet des constats* et par voie de conséquence l'impossibilité d'établir la contrefaçon.

▶ Il convient encore de veiller à *ne pas outrepasser ses droits* en commettant des actes interdits sans autorisation de justice. Il en a été jugé ainsi, par exemple, de l'aspiration d'un site web par un logiciel téléchargé à cet effet. Rappelons que, pour tous les constats nécessitant une intrusion dans les systèmes d'informations ou dans des zones d'un site à accès réglementé, il existe des *procédures de saisie-contrefaçon* permettant d'opérer des saisies descriptives ou réelles.

▶ Il est essentiel, avant d'entreprendre toute action en contrefaçon, de *valider sa stratégie probatoire* et s'il est décidé de procéder à un constat d'huissier, de donner à l'huissier une mission détaillée, afin de s'assurer que l'on disposera de moyens de preuve irréfutables.

L'enjeu

Gagner une action en contrefaçon en rapportant une preuve incontestable des atteintes à ses droits de propriété intellectuelle.

(1) Loi n°2007-1544 du 29/10/2007, *JO* du 30/10/2007.

(2) TGI Mulhouse 7/02/2007 ; CA Paris 17/11/2006.

Le conseil

Donner à l'huissier une mission détaillant toutes les étapes du constat.

Décrire précisément, dans le constat, les conditions d'accès aux pages internet.

Respecter les pré-requis techniques : vérifier l'existence d'un serveur proxy, vider la mémoire cache, désactiver les cookies etc.

Laurence Tellier Loniewski
laurence-tellier-loniewski@alain-bensoussan.com

Fiscalité & sociétés

La position de l'AMF sur certains instruments de rémunération des salariés...

Les conditions d'attribution d'actions gratuites aux salariés

▸ La **loi de finances pour 2005** (1) a introduit en droit français un dispositif permettant aux **sociétés par actions** (2), cotées ou non cotées, françaises ou étrangères, d'attribuer gratuitement des actions à leurs **salariés** et à leurs mandataires sociaux (3). Des actions gratuites peuvent être attribuées au sein de **groupes de sociétés**. Les sociétés par actions peuvent consentir sous certaines conditions, des options de souscription ou d'achat d'actions (4) en faveur de ces derniers. Les bénéficiaires détenant individuellement plus de 10 % du capital social ne peuvent bénéficier d'une telle attribution.

▸ Concernant les **sociétés anonymes**, la détermination des conditions d'attribution et de l'identité des bénéficiaires relève du conseil d'administration (ou du directoire), la décision d'émission d'actions gratuites étant prise par l'assemblée générale extraordinaire.

▸ La **propriété des actions** est acquise au terme d'un délai de **deux ans**, l'attribution des actions devenant alors définitive. Un délai de conservation obligatoire de deux ans est également imposé aux bénéficiaires à compter duquel les actions peuvent être revendues.

Les conditions de mise en œuvre du dispositif

▸ La question a souvent été posée de savoir si, dans le cadre des sociétés cotées, les plans d'attribution d'actions gratuites et les plans d'options de souscription ou d'achat d'actions devaient donner lieu à l'**établissement d'un prospectus** soumis au visa de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

▸ **Selon l'AMF**, l'attribution d'actions gratuites ne donnant lieu à aucune contrepartie financière, une telle opération n'est pas constitutive d'un appel public à l'épargne ; sa mise en œuvre n'est donc pas subordonnée à l'établissement d'un prospectus soumis au visa de l'AMF.

▸ Les **options de souscription** ou d'achat d'actions n'étant pas des instruments financiers (car non transmissibles ni par inscription en compte, ni par tradition), l'AMF considère que les plans d'options n'entrent pas dans le champ de la définition de l'appel public à l'épargne et que leur attribution n'est donc pas subordonnée à l'établissement d'un prospectus soumis à son visa.

▸ **L'exercice de ces options** n'est pas constitutive d'un appel public à l'épargne, dès lors qu'elle n'est que l'exécution de l'attribution préalable des options. Elle ne donne donc pas lieu à l'établissement d'un prospectus soumis au visa de l'AMF.

▸ En revanche, **l'admission aux négociations** sur un marché réglementé des actions résultant de l'exercice des options de souscription constitue, conformément aux dispositions de l'article L 411-1 du Code monétaire et financier, une opération d'appel public à l'épargne qui peut être **dispensée** de l'obligation d'établir un prospectus, soit sur le fondement de l'article 212-5 1° du règlement général de l'AMF, si au total, moins de 10 % du nombre d'actions, calculés sur une période de 12 mois ont été admis aux négociations sur le même marché réglementé, soit sur le fondement de l'article 212-5 6° du même règlement général.

L'essentiel

L'intérêt de ce mode d'attribution repose principalement sur son coût relativement faible par rapport aux autres moyens de rémunération et sur ses modalités avantageuses de mise en oeuvre.

(1) Loi n°2004-1484 du 30/12/2004 .

(2) SA, SAS et SCA.

(3) Code de com., art. L.225-197-1 à L.225-197-5

(4) Code de com., art. L.225-177-1 à L.225-186.

Les avantages

- le détenteur n'est imposé qu'au moment de la cession des actions ;

- les actions gratuites peuvent alimenter le plan d'épargne entreprise du salarié (PEE), les sommes versées étant exonérées de l'impôt sur le revenu et, pour l'entreprise, déductibles de l'impôt sur les sociétés ;

- les salariés sont placés en position d'actionnaires, ce qui offre certains avantages pour l'entreprise.

Pierre-Yves Fagot

pierre-yves-fagot@alain-bensoussan.com

Relations sociales

Recevabilité en justice des enregistrements de conversations téléphoniques

▸ Cet arrêt (1) dégage une solution désormais classique en la matière. En l'espèce, une salariée a enregistré, à l'insu de son interlocuteur - représentant de la société qui l'employait - une conversation téléphonique portant sur son activité professionnelle.

▸ **Licenciée pour faute grave**, elle a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir une indemnisation pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

▸ Dans le cadre de l'action judiciaire l'opposant à son employeur, la salariée a produit le **contenu des conversations téléphoniques** échangées en cours d'exécution du contrat de travail avec un représentant de l'entreprise, après l'avoir fait retranscrire **par voie d'huissier**.

▸ Déboutée de ses demandes, la salariée a interjeté appel puis a formé un pourvoi en cassation.

▸ La Cour, tout en écartant les arguments de l'employeur tirés de l'absence d'atteinte à la vie privée et du défaut d'exécution de bonne foi du contrat de travail arguant du caractère professionnel des conversations téléphoniques, **écarte des débats l'enregistrement des conversations téléphoniques**.

L'essentiel

« *L'enregistrement d'une conversation téléphonique (...) à l'insu de son correspondant, (...) est un procédé déloyal rendant la preuve ainsi obtenue irrecevable en justice* ».

(1) Cass. soc., 29/01/2008, n°06-45.814.

Autocommutateur téléphonique et procédé de surveillance des salariés

▸ Un salarié a été **licencié** après 18 ans de services pour avoir fait une **utilisation abusive du téléphone** à des fins personnelles afin d'avoir accès à des numéros interdits de messagerie privée pour adulte.

▸ Il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et procédure vexatoire. Le Conseil de prud'hommes l'a débouté de sa demande d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse mais a fait droit à sa demande au titre de la procédure vexatoire. La société a interjeté appel. Le salarié a interjeté appel incident.

▸ La cour d'appel a considéré que les relevés établis à l'aide de l'**autocommutateur** litigieux ne comportaient **pas d'informations personnelles** sur les salariés et que l'employeur pouvait valablement produire ces preuves en justice.

▸ La Cour de cassation considère que « **la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié** ».

Des garanties doivent être prises avant l'installation d'autocommutateurs :

- l'information préalable des salariés (art. L.121-8 C. trav. et art. 32 Loi du 06/01/1978 modifiée) ;
- la consultation des instances représentatives du personnel (art. L432-2-1 C. trav.) ;
- la déclaration préalable auprès de la Cnil.

(2) Cass. soc. 29/01/2008, n°06-45.279.

L'utilisation de la messagerie électronique de l'entreprise à des fins syndicales

▸ La chambre sociale de la Cour de cassation (3) vient de considérer que l'utilisation de la **messagerie électronique** de l'entreprise par un **délégué syndical**, sans respecter les termes de l'**accord d'entreprise** sur l'exercice du droit syndical, est constitutif d'une **faute disciplinaire**.

(3) Cass. soc. 22/01/2008, n°06-40.514.

Laëtitia Boncourt
laetitia-boncourt@alain-bensoussan.com

Céline Attal-Mamou
celine-attal-mamou@alain-bensoussan.com

Indemnisation des préjudices

Google condamné en appel pour contrefaçon et publicité mensongère

10 000 € pour chaque société victime en première instance...

► En juillet 2006, le Tribunal de grande instance de Paris (1), avait condamné le **moteur de recherches** Google à indemniser le Groupement Interprofessionnel des Fabricants d'Appareils Ménagers et 28 de ses adhérents pour l'exploitation de marques sans leur accord, par le **générateur de mots clés** de Google « Adwords ».

► Alors que la contrefaçon était alléguée et que les demandes de réparation atteignaient la somme totale de **6 310 000 €**, le tribunal avait retenu la faute civile et la publicité mensongère de Google, et accordé une réparation de **10 000 €** à chacune des sociétés pour atteinte à leur image, et de 60.000 € au GIFAM, soit un **montant total de 340 000 €** de dommages et intérêts.

► Le GIFAM et ses vingt huit adhérents ont fait appel du jugement pour demander à la Cour d'Appel de Paris de condamner Google pour contrefaçon de marques et d'ordonner une **mesure d'expertise pour évaluer leurs préjudices**.

► **A titre de provision** sur dommages et intérêts, les appelantes demandent **chacune**, 30 000 € pour acte de parasitisme, 30 000 € pour atteinte à leur marque, 20 000 € pour usurpation de dénomination sociale (sauf deux sociétés), 20 000 € pour atteinte à leur nom de domaine (sauf six sociétés), 30 000 € pour publicité mensongère, et 50 000 € pour faute civile. Le GIFAM demande une provision de 100 000 €

... et 11 500 € en appel, à défaut de justification des préjudices

► Contrairement au jugement, la Cour reconnaît le **caractère contrefaisant** de la proposition faite aux annonceurs, d'utiliser comme mots clés des signes déposés à titre de marque. En revanche, la Cour ne reconnaît pas le caractère contrefaisant de l'usage de ces signes dans le cadre des annonces publicitaires. Comme le Tribunal, la Cour rejette les autres atteintes aux signes distinctifs en relevant l'absence de risque de confusion pour les internautes, mais elle retient la responsabilité du moteur de recherche au titre de la **publicité trompeuse (2)**.

► Pour chiffrer les préjudices subis, l'arrêt souligne que l'usage des marques a perduré, et que Google n'a fourni que quelques **éléments comptables insuffisants** pour apprécier l'ampleur de la reproduction des marques. Cependant, la **demande d'expertise** sur les préjudices est **rejetée** en soulignant que les marques n'ont pu qu'être « souvent » reproduites et faire l'objet d'une « large » consultation par les annonceurs.

► Sur la base de ces appréciations, l'arrêt retient, au titre de la banalisation et de la vulgarisation des marques, un préjudice de **10 000 €** au titre de la contrefaçon et de **1 500 €** au titre de la publicité mensongère, pour **chacune** des appelantes. Le préjudice du GIFAM est évalué à 1 000 €

► Les réparations accordées atteignent donc une somme totale de **323 000 €** et la mesure de publication ordonnée en première instance est confirmée (à concurrence de 25 000 €).

► Ainsi, les appelantes obtiennent en appel une indemnisation supérieure de 1.500 € chacune, et le GIFAM une indemnisation inférieure de 59 000 €, alors que la contrefaçon a cette fois été retenue à l'encontre de Google.

L'enjeu

Comme en première instance, les appelants obtiennent une indemnisation très inférieure aux demandes de réparation (6% de leur montant). Le préjudice résultant d'un tel usage des marques peut pourtant s'avérer très important, mais apparaît difficile à chiffrer sans disposer de statistiques précises sur la consultation et l'usage des signes en cause.

(1) TGI Paris 3^e ch. 3^e sect., 12/07/2006, cf. JTIT n°57.

Les conseils

Les mesures de la loi de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007, en matière de preuve, pourraient permettre aux victimes d'accéder plus facilement aux informations détenues par le défendeur et permettant de chiffrer les dommages causés par la contrefaçon. En l'espèce, la mesure d'expertise demandée aurait pu avoir le même effet. Des demandes précisément chiffrées et distinctes pour chaque victime auraient aussi pu améliorer les réparations.

(2) CA Paris, 4^e ch., sect. B, 1^{er} février 2008.

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoussan.com

Petit-déjeuner – Débat(*)

La commande publique de prestations informatiques

Le petit-déjeuner « La commande publique de prestations informatiques » du 20 février 2008 animé par Maître **François Jouanneau** a été l'occasion d'exposer la spécificité des achats d'informatiques au regard des récentes avancées du droit de la commande publique.

L'accent a été mis sur la nécessité de faire précéder l'achat d'informatique d'une identification précise des besoins de l'acheteur. Ce préalable permet en effet d'éviter la réalisation de projets chaotiques, sources de dérapages financiers et d'incohérences techniques qui entraînent fréquemment la naissance de litiges et de contentieux.

L'examen des nouveautés du Code des marchés publics 2007 a permis de démontrer des avancées positives dans les relations entre les acheteurs publics et les entreprises, notamment à travers les nouvelles dispositions concernant les pouvoirs adjudicateurs, les spécifications techniques, la notion de développement durable, les accords cadres, l'allotissement, la réduction des délais de procédure, les marchés à bons de commande, les procédures négociées, les avances, la sous-traitance et la motivation du rejet des offres.

Trois difficultés particulières subsistent et les interventions des participants, aussi bien acheteurs publics qu'entreprises, démontrent que les problématiques suscitent débats :

- le relatif échec de la dématérialisation des procédures, révélé par le très faible nombre d'offres électroniques au regard du total des offres reçues ;
- la difficulté pour les entreprises de répondre aux consultations, confrontées à l'incohérence des exigences des acheteurs publics dans la production des justificatifs ;
- les difficultés consécutives à l'obligation pour les acheteurs publics de prévoir les réponses aux consultations sous forme d'unités d'œuvre depuis que le Minefi n'accepte plus la rémunération au temps passé sur la base du seul taux jour/homme.

Les précautions contractuelles à prendre lors de l'élaboration des marchés de concession de droits d'usage de progiciel ont également été abordées. A cet effet, la problématique particulière des clauses relatives à la durée des contrats d'utilisation de progiciel a donné lieu à un examen particulier au travers d'une récente décision du Conseil d'Etat en faveur de la société IBM France, qui met en garde aussi bien les maîtres d'ouvrage que les titulaires de marché sur la vigilance nécessaire qui doit présider à la rédaction de ces clauses.

Tous les acteurs concernés attendent avec impatience la sortie du futur cahier des clauses administratives particulières relatives aux technologies de l'information et de la communication (CCAG-TIC) qui va faciliter l'achat d'informatique.

Bien que perfectible, l'actuel projet apporte des avancées en termes de définitions (logiciels, progiciels, tierce maintenance applicative, infogérance, etc.) et d'adaptation de clauses relatives aux nouvelles technologies (réversibilité, propriété intellectuelle, etc.).

Enfin, l'actualité récente de la commande publique a été commentée et les sujets suivants ont conduit à de nombreux échanges : nouveaux seuils de passation au 1^{er} janvier 2008, accès des PME à la commande publique, transposition de la directive recours, projet de loi PPP, jurisprudence DC4/DC5 et loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

(*) Réservez déjà vos prochains petits-déjeuners le 18 mars (Transfert du patrimoine informatique) et le 16 avril (Référencement sur internet et propriété intellectuelle) : invitation-conference@alain-bensoussan.com

Prochains événements

Opérations de transfert de patrimoine informatique : 18 mars 2008

Jean-François Forgeron animera un petit-déjeuner débat consacré aux caractéristiques juridiques des opérations de transfert de patrimoine informatique.

La notion de « transférabilité » du patrimoine informatique est en effet au cœur de multiples opérations, du recours à l'externalisation aux restructurations d'entreprises, y compris celles incluant le recours à la délocalisation. Du droit des contrats au risque de contrefaçon la démarche d'analyse impose d'identifier avec précision la nature juridique de l'opération envisagée, mais aussi de tenir compte des conditions réelles d'exploitation et des enjeux économiques, afin d'effectuer les arbitrages souvent nécessaires.

Jean-François Forgeron fera le point sur les principales caractéristiques juridiques à prendre en considération, les clauses essentielles et les risques associés.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 10 mars 2008 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit déjeuner débat à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoussan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Référencement sur internet et propriété intellectuelle : 16 avril 2008

Laurence Tellier-Loniewski animera un petit-déjeuner débat consacré au référencement des sites web, auquel participeront également Virginie Brunot, Anne-Sophie Cantreau et Annabelle Sebillé.

Référencer et faire référencer un site web est devenu un enjeu crucial pour les entreprises, que leur site soit une simple vitrine ou un véritable fonds de commerce. Référencement naturel ou payant, noms de domaine, positionnement, SEO, métatags, hyperliens, liens commerciaux, mots clés, partenariats, affiliation, pagerank, contenus, échanges de liens, autant de termes évocateurs d'une problématique devenue récurrente pour optimiser la visibilité d'un site web sur les moteurs de recherche et, de manière plus générale, sur internet.

Mais derrière les contraintes techniques et les objectifs marketing se cachent de nombreuses problématiques juridiques : Quels sont les risques d'atteinte à mes marques et autres signes distinctifs ? Comment identifier un référencement illicite et comment agir efficacement ? Comment évaluer mon préjudice ? Comment référencer mon site sans risquer de porter atteinte aux droits des tiers ? Enfin, au-delà du référencement de son propre site, le référencement de sites tiers est parfois susceptible d'engager la responsabilité du site référenceur. Comment éviter de tels risques ?

Nous vous proposons, au cours d'un petit-déjeuner débat, de répondre à vos interrogations et de partager notre expérience sur ces problématiques pour vous permettre de mettre en place ou d'optimiser votre politique de référencement dans un environnement juridique sécurisé.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 11 avril 2008 par courrier électronique en indiquant vos coordonnées et le nombre de personnes qui assisteront au petit-déjeuner débat à l'adresse suivante : invitation-conference@alain-bensoussan.com ou en faxant le bulletin d'inscription joint au 01 41 33 35 36.

Actualité

Seuil applicable aux marchés publics et accords-cadres

L'essentiel

► Le décret du 22 février 2008 fixe à **206 000 € hors taxes** le seuil applicable à la passation des marchés publics et accords-cadres prévu par certaines dispositions du Code général des collectivités territoriales.

► Les maires, le président du conseil général et le président du conseil régional (sur délégation respective du conseil municipal, général et régional) peuvent décider de la passation, de l'exécution et du règlement des marchés publics ou accords-cadres d'un montant inférieur à 206 000 € hors taxes (contre 210 000 € hors taxes auparavant), **sans formalités préalables**,

Décret n° 2008-171 du 22/02/2008, JO du 24/02/2008

La dépenalisation de la vie des affaires est engagée...

► Un rapport sur la dépenalisation du droit des affaires a été remis le 20 février 2008 à la Garde des Sceaux, ministre de la Justice.

► Ce texte comporte un ensemble de propositions visant à **limiter le risque pénal** des entreprises et envisager des modes de régulation plus adaptés à la vie économique. Ce rapport s'inscrit dans le prolongement d'un mouvement de dépenalisation déjà amorcé en matière de droit des sociétés et de droit de la concurrence.

Le groupe de travail, présidé par Jean-Marie Coulon, a présenté son rapport sur la dépenalisation du droit des affaires.

Cybercriminalité : un nouveau plan d'action est annoncé !

► Le Ministère de l'intérieur vient de présenter un plan de lutte contre la cybercriminalité qui devrait être intégré à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (**LOPSI**).

► La création de **nouvelles formes d'incrimination**, la modernisation des méthodes d'investigation et l'amélioration de la coopération internationale constituent les axes majeurs de la réforme. La création d'une plate-forme de signalement des sites illicites, opérationnelle dès septembre 2008, fait partie du nouveau dispositif.

Intervention de Madame Michèle Alliot-Marie du 14 février 2008.

Un projet de loi relance le partenariat public-privé...

► Un projet de loi pour développer les contrats de partenariat (CP) a été présenté au Conseil des ministres le 13 février 2008. Il vise à **élargir le recours** à ce nouveau mode contractuel dans le respect du cadre établi par le Conseil constitutionnel.

► Il procède aussi à plusieurs **aménagement techniques**, afin d'assouplir le régime juridique applicable à la mise en oeuvre de ces contrats, en tendant vers une égalité de traitement fiscal entre contrats de partenariat et marchés publics.

Le projet de loi constitue le volet législatif d'un plan de stimulation du partenariat public/privé, auquel s'ajoutera ultérieurement un volet réglementaire.

Directeur de la publication : Bensoussan Alain
Rédigée par les avocats et juristes de ALAIN BENSOUSSAN SELAS
Animée par Isabelle Pottier, avocat
Diffusée uniquement par voie électronique
ISSN 1634-071X
Abonnement à : avocats@alain-bensoussan.com

Interview

Sécurité, archivage électronique et intelligence économique, un trio gagnant

M. Jean-Marc Rietsch, Président de la FEDISA (1)

par Isabelle Pottier



Pouvez-vous nous présenter brièvement la FEDISA et son intervention auprès du CIGREF ?

La FEDISA (Fédération européenne de l'ILM, du Stockage et de l'Archivage) a pour mission d'informer et d'assister les utilisateurs, de fluidifier et de participer au développement du marché de la gestion et de la conservation de l'information électronique. L'idée est née il y a un an, avec Jean-François Pépin, Délégué Général du CIGREF (2), de collaborer à un livre blanc pour montrer que la sécurité -au sens classique du terme-, l'archivage électronique et l'intelligence économique ont une même fonction, celle de protéger les données et l'information au sein de l'entreprise.

Au-delà de cela, le livre blanc sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise a voulu innover le discours traditionnellement entendu en la matière, en présentant l'archivage électronique comme un pan de la sécurité. L'ouvrage fait également une place importante aux notions juridiques en matière de protection du patrimoine et présente des solutions innovantes comme le dépôt notarial, nouveau service mis en place par la chambre des notaires de Paris.

Quelles sont les grandes lignes du livre blanc ?

Nous avons déjà fait un premier livre blanc avec le CIGREF en 2005 sur l'archivage électronique à l'usage du dirigeant, qui abordait les aspects techniques, juridiques et organisationnels. Dans ce second livre blanc, nous développons une réflexion sur les aspects sécuritaires de la question et faisons entrer l'archivage électronique dans le plan stratégique de l'entreprise dès lors qu'il va lui permettre de valoriser son patrimoine. L'archivage électronique ne doit pas être vu comme une contrainte ou un mal nécessaire mais au contraire, comme un moyen de gagner en efficacité en réorganisant les flux d'informations, voire en mettant en place de nouveaux services auxquels on n'aurait pas pensé.

Cette étude est structurée en trois parties, la sécurité (incluant l'archivage électronique), la protection juridique et l'intelligence économique. La sécurité traite des questions d'intégrité, d'identification et d'authentification sur les systèmes informatiques. Il y a encore une énorme prise de conscience à faire. Viennent ensuite les questions de confidentialité et de pérennité. La protection juridique aborde tous les outils juridiques à disposition des entreprises pour protéger leurs informations (contrats, dépôts de brevet, dépôt notarial, etc.). Enfin, la dernière partie de l'étude montre l'importance de la notion d'intelligence économique dans un cadre défensif mais également « pro-actif » : protéger et enrichir son patrimoine.

Quels sont les axes de progrès des entreprises sur ces questions ?

Les entreprises doivent aujourd'hui prendre conscience que l'archivage électronique est un moyen de protéger leur patrimoine informationnel et que si elles se protègent mal, elles perdront de l'information et par là même, de la valeur.

L'intelligence économique n'est pas toujours bien perçue et ne doit pas être considérée comme un simple phénomène de mode. Les entreprises doivent non seulement protéger mais utiliser l'information au sens de la « connaissance » car c'est la seule façon aujourd'hui de faire face à l'extension de la concurrence mondiale.

(1) <http://fedisa.eu/fedisa2007/>

(2) www.cigref.fr