

La mise en conformité des conventions câble

La disparité des situations...

▶ Le « **plan câble** » lancé le 3 novembre 1982 prévoyait le câblage de 52 grandes agglomérations françaises afin de raccorder les logements situés sur leur territoire à un réseau câblé de **diffusion de programmes audiovisuels**. L'opérateur désigné pour la construction de ces réseaux était alors France Télécom qui, par ailleurs, était également propriétaire des infrastructures correspondantes.

▶ La loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a modifié ce dispositif et a prévu que les **nouveaux réseaux câblés** pourraient être déployés, soit par les collectivités locales, soit par des opérateurs privés.

▶ Le nouveau cadre réglementaire issu des dispositions de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et services de communications audiovisuelles prévoit que les conventions câbles soient **mises en conformité** avec les dispositions de l'article 134 de ladite loi, notamment par la **suppression des droits exclusifs** ou **spéciaux** qu'elles avaient pu consentir. Cette mise en conformité aurait dû être réalisée avant la fin du mois de juillet 2006.

▶ Cependant, devant les difficultés rencontrées par les acteurs du secteur et pour répondre à certaines incertitudes juridiques, le législateur a souhaité préciser le processus devant conduire à cette mise en conformité.

...a conduit l'Arcep à formuler ses préconisations

▶ Dans ce cadre, l'Arcep a élaboré en juillet 2007 (1), un rapport public détaillant la nature des conventions signées entre les collectivités et les câblo-opérateurs, leurs régimes juridiques respectifs et émet des préconisations propres à assurer leur mise en conformité avec la loi du 9 juillet 2004.

▶ L'Autorité rappelle que les clauses d'exclusivité insérées dans les conventions au profit d'un câblo-opérateur doivent être supprimées dans tous les contrats, qu'ils soient passés dans le cadre des réseaux « communautaires » (ante 1986), du « plan câble » ou des réseaux « nouvelle donne ».

▶ A défaut, ces clauses seront, en tout état de cause, inopposables à compter de l'expiration, au 31 juillet 2007, du délai de mise en conformité prévu par la loi.

▶ De plus, l'Arcep précise que cette mise en conformité doit être l'occasion pour les collectivités et les câblo-opérateurs, de négocier un allègement des sujétions d'exploitation et d'envisager les modalités d'une évolution de leur convention pour y intégrer la perspective du très haut débit. Enfin, l'Autorité rappelle la possibilité donnée aux acteurs de la saisir en médiation pour le cas où des difficultés seraient rencontrées dans l'application des préconisations du rapport.

Les enjeux

Soumettre les conventions câble à un régime juridique homogène, en supprimant les droits exclusifs et spéciaux qu'elles contiennent afin d'inscrire les réseaux câblés dans la perspective du très haut débit.

(1) ARCEP, Rapport sur la mise en conformité des conventions câble, juillet 2007, <http://www.akain-bensoussan.com/Documents/245892.pdf>

Les conseils

Procéder à un état des lieux des conventions existantes et les auditer afin d'identifier les clauses devant être mises en conformité avec les dispositions de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004.

Frédéric Forster
frederic-forster@alain-bensoussan.com

Informatique

Copyright contre brevet : la guerre des droits n'aura pas lieu

Un équilibre précaire qui risque d'être brisé par le phénomène du libre

▶ Depuis plus de 20 ans maintenant, le Patent and Trademark Office américain a délivré de nombreux brevets portant non seulement sur des **technologies informatiques** susceptibles d'applications industrielles (et ayant un effet technique sensible), au même titre que l'office européen des brevets (de manière plus nuancée et progressive), mais également sur des concepts, algorithmes, protocoles, méthodes...

▶ Cette extension du brevet vers des procédés et **produits virtuels** a été rendue possible aux Etats-Unis par l'absence de condition d'application industrielle dans la législation américaine, et a conduit les **fabricants de matériels** informatiques (IBM) et les **éditeurs de logiciels** (Microsoft), à déposer de nombreux brevets couvrant les technologies mises en œuvre dans leur production. Parallèlement, les éditeurs de logiciels se sont vus reconnaître du seul fait de leur création, des **droits d'auteur**.

▶ Deux familles de titulaires de droits, l'une sur les brevets (**inventeurs**) et l'autre sur les droits d'auteur (**éditeurs industriels** cumulant les portefeuilles de droits) se sont développées avec l'objectif commun d'assurer la promotion commerciale de leurs créations.

▶ L'émergence début 80, des **logiciels libres** et de la philosophie du **copyleft** a bouleversé cet équilibre, les éditeurs de libres ayant opéré une sorte de dévoilement du monopole du droit d'auteur pour imposer qu'il soit « **interdit d'interdire** ».

Déplacer le niveau de la protection et non le supprimer

▶ Fabricants et éditeurs rappellent que le développement de programmes (assemblage et composition) a nécessité l'usage de technologies injustement considérées comme triviales ou communes dès lors que réservées par le biais de brevets d'invention.

▶ Les outils servant à la réalisation des logiciels sont aujourd'hui devenus pour un grand nombre d'entre eux des **standards**, ce qui pourrait conduire inventeurs et auteurs à enterrer la hache de guerre.

▶ Les milliers de **brevets de logiciels** déposés depuis plus de 20 ans ont fait l'objet de publicité relativement discrète, de telle sorte que l'ampleur du « **rights shopping** » ne s'est révélée que bien des années après la mise sur le marché de ces technologies, tout en ne leur faisant pas perdre leur caractère protégeable. Mais elles ont été si largement diffusées qu'elles ont pu devenir des standards.

▶ C'est à partir du moment où les technologies de base ont pu devenir des **standards** et que la valeur intrinsèque de la **protection par le droit d'auteur diminue** du fait de la disponibilité des produits complexes que se révèle le caractère privé des outils de base. Tout ceci a pour effet de déplacer le niveau de la protection et non de le supprimer.

▶ Un tel déplacement provoqué par un **dévoilement du régime légal** applicable aux logiciels est **préoccupant** car il conduit à réserver un monopole d'exploitation très en amont dans le processus de création, ce qui pourrait rendre les efforts de **recherche et développement plus difficiles** et plus coûteux.

L'enjeux

Les éditeurs ont l'occasion de reconstituer un phénomène de rareté de l'offre en contrôlant moins l'usage des logiciels, que l'usage des outils servant à la réalisation des logiciels et qui sont aujourd'hui devenus pour un nombre important d'entre eux des standards.

La tendance

Cette démarche risque de conduire à la **dégénérescence** du droit d'auteur appliqué aux créations logicielles :

- dès lors que le logiciel (son code source) n'est plus rare parce que publié (GPL), sa valeur économique chute ainsi que l'usage du monopole d'exploitation censé en préserver la valeur;

- pour reconstituer la valeur de leurs actifs, les acteurs du marché vont rechercher des ressources rares (donc marchandes) leur assurant une exploitation profitable.

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

Communications électroniques

Une nouvelle recommandation de la Commission des clauses abusives

La Commission s'intéresse aux contrats « triple-play »

► Une recommandation de la Commission des clauses abusives (CCA) a été publiée cet été (1) dans laquelle elle dénonce certaines clauses figurant dans les modèles de contrats proposés par les **fournisseurs d'accès internet** disposant d'une offre couplant l'internet, la téléphonie et la télévision (offres « triple play »). **19 clauses** ont été considérées comme **abusives**, en ce qu'elles créeraient un déséquilibre significatif au détriment des consommateurs. La Commission a demandé à ce qu'elles soient éliminées des contrats proposés aux consommateurs.

► Ces recommandations s'inscrivent dans la continuité de celles qui ont déjà été adoptées, qu'il s'agisse du secteur de l'**internet** (2) ou de celui de la **téléphonie mobile** (3) et reprennent, pour certaines d'entre elles, des thèmes qui avaient déjà été abordés par le passé.

► La CCA a par exemple rappelé que le professionnel ne peut s'exonérer de sa **responsabilité** dans tous les cas où son client ne peut accéder aux services auxquels il a souscrit.

► Elle confirme, par ailleurs, que les **fournisseurs de services** de communications électroniques sont soumis à une **obligation de résultat**, ce que la **jurisprudence** a été amenée à confirmer à de nombreuses reprises, dont la dernière en date, a conduit à condamner un fournisseur d'accès à indemniser un de ses clients en le déclarant responsable des désagréments subis et en rappelant qu'il est soumis à une obligation de résultat (4).

Et liste les clauses qui devraient être éliminées

- En tête de ces clauses figurent l'**obligation pour l'internaute** de vérifier :
- la compatibilité de son équipement personnel au regard des services proposés par l'opérateur,
 - l'absence de toute responsabilité de l'opérateur en cas d'impossibilité d'accès aux services, quelle qu'en soit la cause,
 - la faculté pour l'opérateur de demander à l'utilisateur, à ses frais, d'effectuer des mises à jour logicielles ou encore
 - la faculté pour l'opérateur de modifier le contenu des services sans informer ni faire état du droit de résiliation conféré au consommateur.
- Par ailleurs, la Commission souhaite que soient **éliminées** les clauses qui :
- restreignent le caractère illimité d'une offre sans faute du consommateur, au même titre que celles qui
 - lui feraient supporter la charge des risques liés au transport du matériel nécessaire à la connexion au réseau alors que ce matériel reste la propriété du fournisseur d'accès.

L'enjeu

Si la Commission des clauses abusives ne peut pas contraindre les professionnels à modifier leurs contrats, il n'en reste pas moins que ses recommandations dessinent un cadre général auquel les associations de consommateurs et les juridictions saisies se réfèrent très régulièrement.

(1) Recom. n°07-01 du 31 juillet 2007.

(2) Recom. n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'internet.

(3) Recom. n° 99-02 relative aux contrats de radiotéléphones portables.

(4) TI Cherbourg, 12 juillet 2007, disponible sur le site www.foruminternet.org

Les conseils

Il convient d'auditer les contrats proposés aux consommateurs afin d'éliminer les clauses qui relèveraient de la liste dressée par la Commission des clauses abusives ou de circonscrire leurs modalités de mise en œuvre à des circonstances dans lesquelles l'équilibre entre consommateur et professionnel est restauré.

Frédéric Forster
frederic.forster@alainbensoussan.com

Propriété intellectuelle

La mention d'une marque sur un site ne suffit pas toujours à caractériser la contrefaçon...

L'exploitation d'une marque sur internet ...

▶ Le titulaire depuis 1981, de la marque « Nutri-Rich » pour désigner des **produits cosmétiques** a assigné en contrefaçon de marque une société, ainsi que sa filiale, au motif qu'elle a déposé en France en 2001, la **marque quasi identique** « Nutri-Riche » et qu'elle présente cette même marque **en langue française** sur son site internet.

▶ La société en cause exploite en effet un **site internet** pour présenter la totalité de ses produits, qu'ils soient à destination de l'Europe, de l'Amérique ou de l'Asie. Toutefois, le masque de beauté dénommé Nutri-Riche est présenté sur le site uniquement sous la mention « Autres pays » et ne fait pas l'objet d'une quelconque **exploitation** en France. La partie du site à destination de la France ne vise aucun produit sous la marque Nutri-Riche mais seulement sous la dénomination « Nutri Intense ».

▶ L'arrêt de cassation du 10 juillet 2007 ⁽¹⁾ confirme la position de la Cour d'appel qui a opéré une distinction entre :

- l'acte de **contrefaçon de marque** caractérisé par le seul dépôt en France de la dénomination Nutri-Riche,
- l'usage sur internet de cette même marque qui ne saurait « être considéré comme visant le public français et constituer un acte d'exploitation sur le territoire français ».

▶ Cette décision confirme la jurisprudence Hugo Boss (2).

Identifier les actes caractérisant une atteinte aux droits sur une marque

▶ Le seul **dépôt** d'une marque en France constitue déjà un acte de contrefaçon, que la marque soit ou non exploitée sur le territoire français.

▶ C'est la raison pour laquelle, il est conseillé d'**être vigilant** dans le choix d'une dénomination et d'effectuer préalablement à tout dépôt auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) des **recherches exhaustives** afin de vérifier que le signe choisi ne porte pas atteinte à des droits antérieurs :

- marque,
- nom de domaine,
- dénomination sociale, etc.

▶ Afin de **limiter les risques de litige** du fait de l'exploitation d'une marque sur internet, il convient d'être également attentif dans la **présentation du site** et d'indiquer notamment clairement les **zones géographiques** de livraison d'un produit.

L'enjeu

La présentation d'une marque identique ou similaire à une marque antérieure protégée en France, sur un site en langue française, n'est pas un acte de contrefaçon si les produits et/ou services ne sont pas fournis sur le territoire français.

(1) Cass. com 10 juillet 2007 www.legalis.net

(2) Cass. com. 11 janvier 2005.

Les conseils

- Identifier toutes les marques de l'entreprise exploitées sur un site web et vérifier les modalités d'exploitation selon les pays;
- Mettre en place une stratégie de protection et de défense des signes sur internet ;
- Vérifier l'adéquation entre périmètre de protection géographique et exploitation effective d'une marque sur le web.

Claudine Salomon
claudine-salomon@alain-bensoussan.com

Fiscalité et sociétés

Les projets du gouvernement en matière de recherche et d'innovation

La réforme du crédit d'impôt recherche

▸ Le crédit d'impôt recherche est actuellement égal à la somme d'une part en **volume** (1) et d'une part en **accroissement** (2), le montant calculé étant plafonné à 16 000 000 €

▸ Ce mode de calcul s'avère **complexe** et conduit certaines entreprises à renoncer à opter pour le dispositif par crainte de sa remise en cause ultérieure en cas de **contrôle**. De plus, ce dispositif cesse d'être incitatif pour les entreprises dont le crédit d'impôt recherche est **plafonné**.

▸ Le **nouveau dispositif** proposé conduirait à supprimer la part en accroissement et à augmenter fortement le taux du crédit d'impôt afin de rendre ce dispositif **plus simple**, plus efficace et plus attractif. Le plafond de 16 000 000 € serait supprimé afin d'atteindre l'assiette du crédit d'impôt à 100 % des dépenses de recherche engagées.

▸ Le nouveau taux du crédit d'impôt serait **porté à 30 %** jusqu'à 100 000 000 € de dépenses de recherche, puis à 5 % au-delà. Une majoration du taux de crédit d'impôt (50 %) serait également prévue pour les entreprises qui bénéficient pour la première fois, du crédit d'impôt et pour celles qui n'en ont pas bénéficié depuis cinq ans.

▸ Pour renforcer la sécurité juridique du dispositif, avant l'engagement des opérations de recherche, les entreprises auront la possibilité de bénéficier de la procédure de rescrit, avec un délai de réponse de l'administration ramené de 6 à 3 mois.

La création des jeunes entreprises universitaires

▸ Les petites ou moyennes entreprises de moins de 8 ans, détenues en majorité par les personnes physiques ou certaines structures d'investissement qui exercent une **activité nouvelle** et qui réalisent au moins **15 % de dépenses de recherche**, sont qualifiées de jeunes entreprises innovantes (JEI) et peuvent bénéficier des **allègements** suivants :

- exonération totale d'impôt sur les bénéfices pour les résultats des 3 premiers exercices bénéficiaires, puis à hauteur de 50 % au titre des 2 exercices bénéficiaires suivants ;
- exonération totale de l'imposition forfaitaire annuelle (IFA) ;
- exonération sous certaines conditions de taxe (foncière sur les propriétés bâties, professionnelle)
- exonération des charges patronales sur les salaires des personnels travaillant sur les projets de recherche et développement.

▸ Pour favoriser la création d'entreprises par les **jeunes diplômés** chercheurs et par ceux qui participent aux travaux de recherche au sein d'établissement d'enseignement supérieur, un dispositif de jeunes entreprises universitaires (JEU) analogue serait instauré.

▸ Pour bénéficier des allègements, la JEU devra être **dirigée** ou **détenue** directement à hauteur de 25 % au moins par un étudiant ou une personne titulaire d'un **master** ou d'un **doctorat** depuis moins de cinq ans. La JEU devra avoir pour activité principale la **valorisation de ses travaux** de recherche.

Les enjeux

Afin d'atteindre les objectifs de croissance qu'il s'est fixés, le gouvernement a décidé d'axer son action sur les PME, ce qui le conduira notamment à proposer dans le projet de loi de finances pour 2008, une réforme du crédit d'impôt recherche et la création des jeunes entreprises universitaires (JEU).

(1) 10% des dépenses de recherche exposées au cours de l'année.

(2) 40 % de la différence entre les dépenses exposées au cours de l'année et la moyenne de celles exposées N -2.

Les conditions

- Les conditions de valorisation des travaux, leur nature et les prestations dont bénéficie la JEU seraient prévues dans une **convention** signée entre l'entreprise et l'établissement d'enseignement supérieur.

- La JEU commencerait à bénéficier des exonérations au titre de l'exercice au cours duquel la convention serait signée.

Pierre-Yves Fagot
pierre-yves.fagot@alain-bensoussan.com

Relations sociales

Quelle est la portée juridique des recommandations de la HALDE ?

- ▶ La HALDE a pour objectif de lutter contre toutes les formes de discriminations qui tombent sous le coup de la loi (harcèlement sexuel, moral, etc.).
- ▶ Le Conseil d'état (1) a **rejeté une requête** d'une société qui demandait l'annulation d'une recommandation de la Halde, saisie par une salariée de la société qui aurait été victime de harcèlement moral à connotation raciste.
- ▶ Dans sa délibération, la Halde recommandait à la société de mettre en place une formation des personnels d'encadrement et des ressources humaines sur le harcèlement moral et le droit du travail et de créer une procédure d'alerte favorisant l'expression de tous les salariés dans des conditions satisfaisantes et le règlement amiable des conflits.
- ▶ La société porte l'affaire devant le Conseil d'Etat afin d'annuler cette délibération. Le Conseil d'Etat rejette la requête formulée par la société.
- ▶ Pour le Conseil d'Etat, **les recommandations de la Halde** ne constituent pas en elles-mêmes des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.
- ▶ La société n'a donc aucune obligation d'appliquer la recommandation de la Halde. Néanmoins, la recommandation aura probablement un effet persuasif.

L'essentiel

Les recommandations de la Halde n'ont pas de portée impérative et ne constituent pas des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

(1) CE, 13 juillet 2007, n°294195, Société Editions Tissot.

Publication du 27ème rapport d'activité 2006 de la CNIL

- ▶ Le 9 juillet dernier, la CNIL a publié son rapport annuel 2006 dressant le bilan de l'année 2006 (2). Trois grandes tendances se détachent :
 - la convergence des technologies ;
 - la profusion des textes en France et en Europe ;
 - la tension des relations entre les Etats-Unis et l'Europe en matière de protection des données.
- ▶ La Cnil dresse un bilan chiffré où elle met en exergue une augmentation de son activité en 3 ans de 570 %.
- ▶ Concernant la convergence des technologies proprement dite, le bilan de la Cnil est le suivant :
 - avancée de la vidéosurveillance qui se manifeste par un accroissement du nombre de déclarations relatives aux systèmes de vidéosurveillance (880 en 2006 contre 300 en 2005)
 - encadrement de la géolocalisation des véhicules de salariés
 - accroissement du recours à la biométrie (demandes multipliées par 10 en un an).

L'essentiel

Pour faire face à son activité, les moyens de la Cnil sont insuffisants. Alex Türk, son président, demande une revalorisation et une « sanctuarisation » de son budget.

(2) 27^{ème} Rapport d'activité 2006 de la CNIL, www.cnil.fr

Pierre-Yves Fagot
pierre-yves-fagot@alain-bensoussan.com
Céline Attal-Mamou
celine-attal-mamou@alain-bensoussan.com

Indemnisation des préjudices

Le projet de loi de lutte contre la contrefaçon et l'évaluation des préjudices (suite...)

Des mesures visant une meilleure réparation des préjudices

▸ Le projet de loi de lutte contre la contrefaçon, du **12 février 2007** (1), qui vise à transposer en droit français la directive européenne sur le respect des droits de propriété intellectuelle (2) a été adopté par le sénat le 19 septembre dernier. Il est à présent soumis à l'Assemblée nationale.

▸ Ce texte précise les éléments que le juge devra prendre en considération pour évaluer le préjudice résultant de la contrefaçon (3) : « *les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte.* ». En outre, le juge pourrait ordonner au contrefacteur de **produire les informations** sur les quantités produites, commercialisées, livrées, reçues ou commandées et sur les prix obtenus.

▸ A titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, les juridictions saisies auraient la possibilité d'accorder, à titre de dommages et intérêts, une **somme forfaitaire** qui ne pourrait être inférieure « *au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il porte atteinte* ».

▸ Selon le préambule de la **Directive**, ces dispositions sont destinées à améliorer la réparation du préjudice résultant de la contrefaçon.

Dont la portée pratique pourrait s'avérer limitée ...

▸ Le manque à gagner de la partie lésée, les bénéfices du contrefacteur et le préjudice moral font déjà partie des éléments d'appréciation du préjudice examinés par le juge, lorsque la victime à qui il appartient de démontrer ses dommages, est en mesure de les chiffrer et formule des demandes à ce titre.

▸ Le juge civil dispose déjà de la possibilité d'ordonner aux parties ou à des tiers, de produire les éléments de preuve requis, en vertu des **articles 11 et 138 du Nouveau code de procédure civile**. Ces dispositions sont peu utilisées pour rapporter la preuve des dommages subis.

▸ Les juges du fond accordent déjà régulièrement, en matière de contrefaçon, des **indemnités** « **forfaitaires** » (4), c'est-à-dire dont le montant ne résulte pas d'une évaluation précise et justifiée des dommages, en se gardant toutefois de les qualifier ainsi, dès lors que la Cour de cassation sanctionne l'utilisation de ce terme, contraire au principe de la réparation intégrale (5).

▸ La principale **innovation** du projet consiste donc à fixer un **plancher** pour la réparation forfaitaire, correspondant aux redevances que la victime aurait dû percevoir si elle avait autorisé l'exploitation de ses droits. Mais le chiffrage du préjudice résultant de la contrefaçon nécessite de connaître la masse contrefaisante (quantité produite ou distribuée par le contrefacteur) d'une part, et des **informations relatives au modèle économique** de la victime (mode d'exploitation de ses droits, prix, taux de redevance, marge...), d'autre part. Le chiffrage du montant des redevances qui auraient été perçues requière, au minimum, les mêmes informations. Or, la victime de la contrefaçon est réticente à fournir ce type d'informations relevant des **secrets commerciaux**. Le projet aurait utilement pu renforcer les moyens permettant d'assurer cette protection.

L'enjeu

Ainsi, ces dispositions ont surtout pour objet de renforcer des dispositions existantes et leur effet dissuasif, notamment en instituant une réparation forfaitaire.

(1) www.alain-bensoussan.com/pages/1067

(2) Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004

(3) Juristendances Informatique et Télécommunications n°63.

Les conseils

La réparation forfaitaire, fondée sur des éléments qui resteront difficiles à justifier et à apprécier, pourrait favoriser le caractère arbitraire de certaines condamnations alors que la meilleure garantie d'indemnisation pour la victime, reste l'évaluation et la justification précise de chacun de ses dommages.

(4) CA Paris 13eme Ch. 17 janvier 2007, Chanel, Céline et autres.

CA Versailles 2 novembre 2006, Accor c. Overture.

CA Paris, 4eme Ch. 28 juin 2006, Google c. Louis Vuitton Malletier.

(5) Cass. Civ. 3, 8 juin 2006 n°04-19.069

Bertrand Thoré
bertrand-thore@alain-bensoussan.com

Petit-déjeuner – Débat(*)

Cybersurveillance

Lors du petit-déjeuner « Cybersurveillance » du **12 septembre 2007** animé par Maître Alain Bensoussan la problématique de la cybersurveillance a été présentée notamment à travers des cas concrets de cybersurveillance des salariés.

La cybersurveillance a connu une évolution récente : à l'origine utilisée pour la surveillance des réseaux, elle a lentement migré vers la surveillance des appareils connectés au réseau. Actuellement la surveillance synchrone est le mode de surveillance le plus répandu, ce qui permet de recueillir des informations en permanence et en temps réel.

L'enjeu principal de la cybersurveillance est l'équilibre délicat entre sécurité et vie privée. Bien que le Conseil constitutionnel ait intégré le principe de la vie privée dans les libertés fondamentales, il n'en demeure pas moins que le principe de sécurité, devient prépondérant.

Par ailleurs, il est important de noter qu'en aucun cas la cybersurveillance est un droit ; la Cnil érige plutôt le droit à l'anonymat en principe général. Elle vérifie notamment les raisons justifiant la mise en place d'un tel dispositif et les modalités selon lesquelles les personnes sont informées de l'existence de ce dispositif.

Afin de mettre en place la cybersurveillance de manière sereine dans une entreprise, il est très fortement conseillé de rédiger une charte posant clairement les principes et les bases des relations employeur-employés. Attention, il ne faut pas confondre cette charte, qui propose une ligne générale de conduite, avec le règlement intérieur de l'entreprise qui pose les sanctions des comportements fautifs.

Les participants se sont principalement interrogés sur les trois points suivants : les différences de régime juridique des caméras de sécurité en fonction de leur emplacement (de la voie publique à l'intérieur même d'un bâtiment), la possibilité de réaliser une écoute sélective des conversations téléphoniques en fonctionnant par mots-clés ainsi que la possibilité de quantifier la vie privée « résiduelle » de l'employé sur son lieu de travail.

En matière de cybersurveillance, la difficulté réside dans la recherche d'un équilibre entre la protection des intérêts des salariés et ceux de l'entreprise, l'idéal étant bien sûr d'aboutir à la « cyberconfiance » pour instaurer des relations plus saines au sein de l'entreprise.

La mise en place d'un dispositif de vidéosurveillance ou l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail doit faire l'objet de formalités déclaratives à la Cnil. Seuls les enregistrements effectués préalablement à la déclaration peuvent être valablement exploités.

(*) Réservez déjà vos dates : les prochains petits-déjeuners auront lieu les 16 octobre 2007 (Le rapport de l'ARCEP), 21 novembre 2007 (Environnement : Comment devenir REACH ?) et 19 décembre 2007 (La DADVSI un an après) : invitation-conference@alain-bensoussan.com

Prochains événements

Petit déjeuner du 16 octobre 2007 : Bilan Arcep 2006

L'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) a publié son rapport d'activité pour l'année 2006.

C'est l'occasion de faire un bilan sur la mise en œuvre des nouvelles dispositions issues de la loi du 9 juillet 2004 et sur les enjeux en matière de communications électroniques, tels que :

- l'appel à candidature pour la 4ème licence UMTS ;
- le lancement des nouveaux services de renseignements téléphoniques ;
- l'arrivée des réseaux très haut débit (FTTx) ;
- l'intervention des collectivités locales dans le secteur, notamment au travers du haut débit mobile (Wimax) ;
- la mise en conformité des conventions câble.

L'année 2006 a été riche et marquera nécessairement le paysage du secteur des communications électroniques tout au long de l'année 2007.

Nous vous invitons, autour d'un petit déjeuner animé par Frédéric Forster, à examiner ces différents thèmes qui vous permettront de débattre sur les grandes orientations du secteur, à l'aune du bilan de l'année 2006.

Nous vous remercions de bien vouloir confirmer votre présence avant le 8 octobre 2007 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.

Droit de l'informatique et des nouvelles technologies : Tendances contractuelles 2007/2008

Le cabinet Alain Bensoussan anime un programme de conférences en collaboration avec Publi-News intitulé " Droit de l'informatique et des nouvelles technologies : Tendances contractuelles 2007/2008 " spécialement conçus pour informer et prévenir les entreprises et organisations :

- des nouveaux risques juridiques liés au développement de l'informatique et au recours de plus en plus généralisé aux nouvelles technologies;
- des risques financiers liés à une interprétation erronée de la nouvelle version de la loi Informatique & Libertés;
- des risques juridiques liés à la sécurité d'un système d'information.

Ce programme comprend trois journées de conférences, les 23, 24 Octobre et 8 Novembre à Paris. Pour en savoir plus :

<http://storage.dolist.net/807/Brochconf2324octCAB.pdf>

Actualité

L'essentiel

Projet de loi de lutte contre la contrefaçon adopté en 1^{re} lecture au Sénat

▸ Le sénat a adopté le **19 septembre 2007** le projet de loi de lutte contre la contrefaçon qui avait été déposé en février 2007 pour renforcer l'arsenal juridique à disposition des titulaires de droits de propriété intellectuelle (1).

▸ Le texte introduirait, sauf amendement ultérieur, la possibilité pour le juge d'accorder, à la victime de la contrefaçon, une **réparation « forfaitaire »** des préjudices « à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée ».

Renforcer l'arsenal juridique en matière de contrefaçon.

(1) Projet de loi adopté en 1^{er} lecture par le Sénat le 19/09/2007.

Confirmation de la condamnation de Microsoft

▸ Après 10 ans de procédure, la décision de condamnation à une amende record de **497 millions d'euros** pour abus de position dominante de la Commission de mars 2004 vient d'être confirmée, le **17 septembre 2007**, par le Tribunal de première instance des communautés européennes (2).

Confirmation des comportements abusifs de Microsoft.

(2) TPICE, 17/09/2007.

Le FDI fait 100 propositions pour renforcer la confiance

▸ Le Forum des droits sur l'internet vient de rendre publique sa recommandation sur l'**application du droit de la consommation au commerce électronique** adoptée le 31 août 2007 (3).

▸ Le FDI fait 100 propositions à destination des pouvoirs publics, des professionnels et des consommateurs sous la forme innovante de « **bonnes pratiques** » qui fournissent aux consommateurs et aux professionnels des illustrations des best practices.

Renforcer la confiance sur internet.

(3) Recommandation du 31 août 2007, disponible sur www.foruminternet.org

Taxe Sacem étendue aux supports d'enregistrement hybrides amovibles

▸ A compter du 1^{er} octobre, les clés USB, cartes mémoires et disques durs externes entrent dans le champ d'application de la redevance pour copie privée sonore et audiovisuelle (taxe Sacem).

▸ Le barème applicable à chaque support en fonction de sa capacité d'enregistrement « nominale », a été élaboré à partir des usages de consommation et des pratiques d'enregistrement (4).

Indemniser les auteurs des pertes subies du fait de la « copie privée ».

(4) Barème paru au JO du 09/09/2007

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

Un outil permettant d'objectiver l'évaluation d'un logiciel

M. Jean-Pierre Bigot, Président de EsaLab (*) et Expert près la Cour d'appel de Versailles

par Isabelle Pottier



Quelles sont les nouveautés de votre outil d'évaluation logiciel depuis l'année dernière ? (**)

Les nouveautés résident essentiellement dans la diversité des usages que permet notre outil d'évaluation. Conçu au départ essentiellement comme un outil d'évaluation judiciaire permettant d'objectiver les conflits, son usage s'est étendu aux évaluations comptables et fiscales. Ainsi, lors de la constitution d'une société, il permet de fournir à un commissaire aux apports une évaluation objective de la valeur d'un logiciel apporté. De même, il permet d'exposer aux services fiscaux, la justification du montant d'une cession intra groupe d'un logiciel ou d'une licence. Notre outils et la méthode sur laquelle il repose, offrent en effet des éléments tangibles d'évaluation des actifs immatériels que constituent les logiciels. L'idée étant à chaque fois, d'objectiver un montant, en l'occurrence on est dans le cas d'un prix de reconstitution que l'on peut éventuellement confronter à d'autres approches d'évaluations comme celle du coût historique. On peut aussi y recourir à des fins stratégiques pour connaître par exemple, la valeur du patrimoine immatériel d'une entreprise avant son acquisition ou une participation dans son capital.

Pouvez-vous nous rappeler brièvement sur quoi repose cet outil d'évaluation ?

Le modèle d'évaluation OSAM (Objective Software Appraisal Model) développé par Esalab est issu de notre expérience dans l'évaluation et l'analyse des logiciels, notamment dans le cadre d'expertises judiciaires. Il s'agit d'une technologie innovante qui se fonde sur un outil original d'analyse permettant d'inventorier les logiciels et d'en effectuer des comptages précis et pertinents par une analyse sémantique des codes et de leurs structures. Cette approche scientifique permet de construire l'évaluation sur un socle de données objectives, systématiques et reproductibles. Les logiciels évalués, bien que constituant des biens « immatériels », acquièrent du fait de ces recensements exhaustifs, une consistance tangible qui les rapproche de tout autre investissement. Le modèle d'évaluation OSAM se fonde sur des méthodes statistiques reconnues associées à des processus d'analyse de langage et de comptages sans équivalents, conçus par Esalab en collaboration avec un laboratoire de recherches universitaires en informatique. Le modèle propose donc une approche par le coût de reconstitution du logiciel. En complément, le laboratoire d'analyse informatique est en mesure d'estimer les logiciels selon d'autres approches, notamment par les revenus : les valeurs de rentabilité établies sur le bénéfice « affectable », sur les bénéfices futurs ou sur le cash-flow actualisé. Notre méthode s'appuie sur un modèle « technique » de comptage, mais également sur un modèle « économique ». Une fois l'effort « brut » du développement d'un logiciel obtenu, il faut en effet estimer les autres postes d'efforts, par exemple ceux de conception en amont, ou de maintenance, selon des cotas dépendant notamment, du type de projet, de sa complexité ou de son degré d'innovation. Il convient ensuite d'en déduire une valeur actualisée.

Quelles sont les perspectives qui s'ouvrent aux entreprises ?

Ce type d'évaluation est certes, un investissement permettant aux entreprises de connaître la valeur de leur patrimoine immatériel. Mais cela peut devenir un outils de gestion. Jusqu'à présent, les entreprises prenaient en compte dans la gestion financière de leurs actifs immatériels principalement les brevets. Aujourd'hui, elles tendent à prendre également en considération les logiciels dans la comptabilisation de leurs actifs.

(*) Créée fin 2004, Esalab (*European Software Analysis Laboratory*) bénéficie du soutien de l'ANVAR et de la Région Ile-de-France et a le statut de Jeune Entreprise Innovante (JEI). www.esalab.com

(**) Cf. notre précédente interview publiée en août 2006, <http://www.alain-bensoussan.com/pages/765/>