

L'édito de la TiPi :

L'ouvrage de Pénélope

Les sujets brûlants autour des TIC et de la dématérialisation se sont multipliés tout au long des six premiers mois de 2012. Et, avec cette nouvelle législature, certaines des réalisations de la précédente pourraient voir leur sort rapidement réglé. On pense ici à l'encombrante HADOPI autour de laquelle les politiques tergiversent. D'autres devront reprendre leur chemin législatif comme la transposition en droit français de la deuxième directive monnaie électronique ; le Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs assurant celle-ci est désormais caduc.

D'autres sujets issus de la Commission européenne viendront réformer des pans entiers de l'économie numérique. Il en va ainsi de :

- la Proposition de Règlement sur l'identification et les services de confiance électronique. Venant faire un point d'étape concernant la signature électronique, son objectif est pourtant beaucoup plus vaste puisque c'est tout le contexte de la confiance numérique qui sera bientôt pris en considération par l'Union européenne. L'identification va faire son entrée dans le corpus communautaire au même titre que le cachet électronique, l'horodatage, la fourniture électronique (lettre recommandée).
- Et de la révision de la directive relative à la protection des données à caractère personnel (Cf Focus de la TiPi n°14 Printemps 2012).

C'est que l'économie numérique a subi de plein fouet la Crise et on assiste à une recomposition du paysage « électronique » paneuropéen. Aussi, la dématérialisation des documents et des échanges constitue-t-elle un moyen apprécié d'économiser certains coûts liés à un environnement physique (coût d'expédition, de l'archivage papier, coût de traitement...).

Mais la Jurisprudence n'est pas en reste et on voit également les juges s'interroger autour de la question du caractère public ou non d'un mur Facebook (pour plus de détails, voir CA Besançon, 15 novembre 2011, CCE avril 2012, Comm. E. Caprioli, n°44 ; CA Douai 16 décembre 2011, CCE avril 2012, A noter également E. Caprioli, n°45 ; CA Lyon 18 novembre 2011, CCE avril 2012, A noter également E. Caprioli, n°46).

Rien que de très normal pourtant. L'appréhension de la technologie par le Droit nécessite un perpétuel détricottage du maillage juridique établi au gré des apparitions de nouveaux outils allant de l'Internet aux Réseaux sociaux en passant par les smartphones et autres tablettes... Le motif de l'ouvrage n'est, au bout du compte, jamais le même et ne doutons pas que le retour à Ithaque (I-TIC) sera, pour Ulysse, étonnant.

Pascal AGOSTI
Avocat au Barreau de Nice, Associé
Docteur en droit

Aujourd'hui dans la TiPi :

Edito

Actualités :

Armoire numérique, dématérialisation des comptes sociaux et télétravail

Harmonisation communautaire et contrats à distance

Identification électronique et services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur

Signification par voie électronique

Focus :

Bref aperçu sur le contrat agile

Jurisprudences :

Données se trouvant sur un outil personnel d'un salarié : que peut faire l'employeur ?

Droit d'auteur et langage de programmation

Entretien avec :

Fabrice Mattatia

Une réponse... à une question :

Vie privée

Un droit à l'oubli pour les données à caractère personnel existe-t-il ?

Actualités :

Armoire numérique, dématérialisation des comptes sociaux et télétravail

Comme indiqué dans la précédente TiPi, les apports de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives (J.O du 23 mars 2012) se situent en matière de droit du travail et de droit des sociétés.

Conformément à l'art. L. 1222-9 C. trav., le **télétravail** désigne « toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci ».

En outre, la loi accroît les obligations de l'employeur vis-à-vis du salarié :

- prendre tous les coûts d'exercice du télétravail à sa charge (matériel, logiciel, abonnement, maintenance, etc.) (art. L. 1222-10 1° C. trav.) ;
- tenir « d'informer le salarié de **toute restriction à l'usage** d'équipements ou outils informatiques ou de services de communication électronique et des sanctions en cas de non-respect de telles restrictions » (art. L. 1222-10 2° C. trav.).

L'employeur est tenu de donner la **priorité** au salarié en télétravail pour « occuper ou reprendre un poste sans télétravail ». Il organise « chaque année un entretien qui porte notamment sur les **conditions d'activité** du salarié et sa charge de travail ». Et il fixe « en concertation avec lui, les plages horaires durant lesquelles il peut habituellement le **contacter** » (article L. 1222-10 3° à 5° C. trav.).

L'article L. 1222-11 C. trav. encadre le recours au télétravail en cas d'épidémie ou de force majeure.

De plus, eu égard à l'article 62 de la Loi, d'ici le 22 septembre 2013, le gouvernement pourra prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires à la création d'une **armoire numérique sécurisée** qui devrait faciliter les démarches administratives des entreprises (« Harmoniser les définitions, données et références utilisées lors des demandes ou des déclarations des entreprises aux administrations » ; « Procéder aux ajustements nécessaires [en particulier vis-à-vis de la CNIL] pour donner accès aux informations ou données de l'entreprise à tout organisme autorisé à en connaître »)

Enfin, conformément aux art. L.232-21 et s. C. soc., les comptes pourront désormais être déposés par voie électronique. Les sociétés ont deux mois à compter de l'approbation pour effectuer le dépôt par voie électronique au greffe du tribunal.

Harmonisation communautaire et contrats à distance

L'Union européenne a souhaité procéder à une harmonisation de certains points du droit de la consommation concernant les contrats à distance, afin de développer le marché intérieur et assurer un niveau de protection élevé des consommateurs. Pour cela, la directive 2011/83/CE relative aux droits des consommateurs a été adoptée par le Parlement européen le 25 octobre 2011.

Conformément aux art. 5 et s, le législateur européen a renforcé l'obligation d'information au bénéfice du consommateur.

Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JO du 23 mars 2012, p. 5226.

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs [...], JOUE L. 304 du 22 novembre 2011, p. 64 et s.)

Le consommateur doit être en mesure de **savoir exactement combien il va devoir payer** (prix TTC et tout frais supplémentaire, notamment, de transport, de livraison ou d'affranchissement ou si cela ne peut être déterminé au moment de la conclusion du contrat, des méthodes de calculs utilisés).

Elle renforce l'obligation du double clic en imposant au professionnel d'informer, de manière explicite, par un **bouton « commande avec obligation de paiement »** (art. 8.2 §2) ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, que passer la commande oblige à payer le professionnel. Le professionnel devra informer le consommateur de la **présence de mesures techniques de protection**, ainsi que de toute **interopérabilité** pertinente.

De plus, comme l'indiquent les articles 9 à 16, le délai de rétractation sera allongé. La directive met en place un nouveau délai de rétractation, sans motivation, de **14 jours calendaires** à compter de la réception du produit ou de la conclusion du contrat pour les services (contre actuellement des « jours francs » prévus à l'article L. 121-20 C. cons.). Si le professionnel n'informe pas le consommateur de ce délai, alors celui-ci est porté à 12 mois.

Le consommateur doit manifester son désir de se rétracter par un **formulaire**, dont le modèle est mis en annexe I de la directive. Les Etats doivent se conformer à ce modèle (article 11). A compter de la notification au professionnel, le consommateur a **14 jours calendaires pour renvoyer le produit**. Sauf si le professionnel en a prévu autrement, les frais de retour ne seront pas remboursés.

Le professionnel a, de son côté, **14 jours calendaires pour procéder au remboursement**, par le biais du même moyen de paiement, de la commande à compter de la notification par le consommateur.

Le législateur français devra la transposer, de manière conforme, au plus tard le 13 décembre 2013 pour une entrée en vigueur le 13 juin 2014.

Identification électronique et services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur

Une nouvelle proposition de Règlement vise à abroger la Directive 1999/93/CE sur les signatures électroniques et à améliorer et étendre la législation actuelle à la reconnaissance et l'acceptation mutuelle au niveau européen des régimes nationaux d'identification électronique et des services de confiance électronique.

L'identification électronique est intégrée dans le champ du Règlement. Celui-ci vise ainsi à mettre en place une interopérabilité des moyens d'identification au niveau communautaire (pour les Etats qui le souhaitent), par le biais d'une reconnaissance et acceptation mutuelle des dispositifs d'identification étatique au sein des Etats membres.

Les services de confiance électronique visés par la proposition de Règlement sont par ailleurs particulièrement détaillés. Le projet renforcera les règles relatives à la sécurité des signatures électroniques et clarifiera les règles relatives au contrôle des signatures électronique et d'autres services de confiance. D'autres services de confiance électronique (cachet électronique, horodatage électronique, documents électroniques, services de fourniture électronique, authentification de site Web), encadrés dans la proposition de Règlement, seront spécifiquement visés pour la première fois au niveau communautaire.

Les modalités pratiques de vote de la proposition de Règlement ne sont pas encore connues.

Proposition de Règlement sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur,
http://ec.europa.eu/information_society/policy/esignature/docs/regulation/com_2012_238_fr.pdf

Signification par voie électronique

Le décret n° 2012-366 du 15 mars 2012 relatif à la signification des actes d'huissier de justice par voie électronique et aux notifications internationales crée une nouvelle signification des actes d'huissiers, qui présente les mêmes garanties que la signification physique.

Cette signification va entrer en vigueur le **1^{er} septembre 2012**, sous réserve de l'adoption de l'Arrêté par le Garde des Sceaux. Elle a été introduite aux articles 653, 662-1, 663 et 664-1 du CPC. Quant à eux, les articles 654 à 662 CPC relatifs à la signification physique ne sont pas applicables à la signification par voie électronique.

La signification par voie électronique est applicable à **tous les actes d'huissier**. Concernant le champ territorial, « **les actes signifiés par voie électronique peuvent également être faits concurremment par les huissiers de justice du ressort du tribunal de grande instance où l'un quelconque des destinataires de l'acte a son domicile ou sa résidence** ; la dénonciation par la voie électronique d'un acte peut être faite par l'huissier de justice compétent pour signifier ou établir l'acte » (article 5-1 du décret n°56-222 du 29 février 1956). Selon l'article 5-2 du même décret, « **les actes signifiés par voie électronique à un tiers dans le cadre d'une procédure d'exécution ou d'une mesure conservatoire au sens de l'article 1^{er} de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution sont faits concurremment par les huissiers de justice du ressort du tribunal de grande instance où le débiteur a son domicile ou sa résidence sauf lorsque ceux-ci sont situés à l'étranger** ».

Le destinataire devra **consentir préalablement** et informer par voie électronique en utilisant une **déclaration** la Chambre nationale des huissiers de justice. La déclaration précise son identité, la nature des actes sur lesquels portent le consentement, la durée du consentement, les modalités de révocation du consentement, et mentionne de façon claire et apparente les dispositions des articles 653,662-1,663 et 664-1 du CPC. L'article 662-1 du CPC prévoit que l'acte de signification doit porter **mention du consentement** du destinataire à ce mode de signification

La signification est dite « **faite à personne** » si le destinataire en a pris connaissance le jour de la transmission de l'acte (article 662-1 du CPC). La signification est dite « **faite à domicile** » dans les cas où le destinataire n'a pas pris connaissance de l'acte passé le délai ou n'en a pas pris connaissance du tout. L'huissier doit envoyer une lettre simple le premier jour ouvrable suivant mentionnant la délivrance de la signification par voie électronique ainsi que la nature de l'acte et le nom du requérant (article 662-1 du code de procédure civile).

La transmission doit être faite dans des conditions garantissant sa confidentialité, son intégrité, l'identité de l'expéditeur et celle du destinataire, sauf si la partie ou son représentant n'en demande une édition sur support papier (article 27 du décret de 1956 précédemment cité).

Selon l'article 663 du CPC, les originaux des actes d'huissier de justice portent mention des date et heure de la signification. Dans le cadre de la signification par voie électronique, ces date et heure sont celles de l'envoi de l'acte à son destinataire.

Enfin, un arrêté du 22 mai 2012 fixe la liste des pièces (qui sont jointes à la déclaration adressée à la Chambre nationale des huissiers de justice) justifiant de l'identité de l'auteur de la déclaration de consentement à la signification par voie électronique d'un acte d'huissier de justice. La liste des pièces justifiant de cette identité est fixée en fonction de la qualité du déclarant (personne physique, entreprise individuelle, personne morale de droit privé, personne morale de droit public autres que l'État et les collectivités territoriales, et pour finir, Etat et collectivités territoriales).

Décret n° 2012-366 du 15 mars 2012 relatif à la signification des actes d'huissier de justice par voie électronique et aux notifications internationales, JO du 17 mars 2012, p. 4899 ;

Arrêté du 22 mai 2012 fixant la liste des pièces justifiant de l'identité de l'auteur de la déclaration de consentement à la signification par voie électronique d'un acte d'huissier de justice, JO du 1er juin 2012, p. 9440.

Focus :

Bref aperçu sur le Contrat Agile

Introduction : Qu'est ce qu'une méthode agile ?

Une méthode agile (1) est une méthode de gestion de projet utilisée pour le développement informatique, sa caractéristique principale étant d'impliquer au maximum le client en vue de permettre une satisfaction réelle de son besoin. Le management agile, notion plus large, s'inspire de certaines méthodes japonaises de production ou de gestion de la qualité telles que le lean ou le kaizen.

La terminologie « méthode agile » est née du manifeste agile, acte unificateur des pratiques agiles, datant de 2001 (2). Cependant les premières méthodologies légères ont émergé au début des années 90 face au constat de l'inadéquation du cycle de développement de type cascade avec les nouveaux besoins applicatifs.

En effet, les processus industriels séparent traditionnellement la conception de la construction alors qu'en matière de logiciel, la plus grosse partie du travail est liée directement à l'activité de conception. Une activité de conception est une activité par nature intellectuelle, le travail fourni sera empreint de la personnalité de son auteur. Il s'avère dès lors irrationnel d'appliquer un processus industriel fait pour des personnes ou « ressources humaines » remplaçables.

Les méthodes classiques (modèle en cascade, cycle en V) sont prédictives. C'est-à-dire qu'une part trop importante des ressources est investie à suivre la méthodologie, les projets sont ralentis et le changement est redouté.

Les méthodes agiles sont fidèles à quatre valeurs :

- Les individus et leurs interactions sont à prendre en considération aux dépens des processus et des outils ;
- Des logiciels opérationnels aux dépens d'une documentation exhaustive ;
- La collaboration avec les clients aux dépens d'une négociation contractuelle ;
- L'adaptation au changement aux dépens du suivi d'un plan.

I. Définition du contrat agile

La contractualisation classique consiste à cristalliser une définition du besoin du client exprimée a priori. Or, le client comme le prestataire sont rarement en mesure de connaître précisément ce besoin au stade de sa définition. Par conséquent beaucoup de projets ont vu leur budget exploser, d'autres ont échoué ou ont fait l'objet de contentieux. Le Contrat agile a pour objectif d'intégrer un cadre souple de gestion juridique des besoins.

A. Un renforcement de l'obligation de collaboration du contrat d'entreprise

En cas de dépassement du calendrier et selon la rédaction de la clause de calendrier (impérative ou indicative), les projets réalisés en régie font peser un risque financier sur le client, ce dernier devant prévoir des avenants financiers au contrat. Pour les contrats au forfait, ce sera le prestataire qui subira le préjudice. De nombreux arrêts viennent démontrer cet état de fait et cette problématique (3).

Impliquant un haut degré de collaboration, la contractualisation agile a pour effet de répartir les risques de manière souple (moins « prévisible ») entre les parties.

(1) « Une méthode agile est une approche itérative et incrémentale, qui est menée dans un esprit collaboratif avec juste ce qu'il faut de formalisme. Elle génère un produit de haute qualité tout en prenant en compte l'évolution des besoins des clients », Veronique Messenger Rota, « Gestion de projet : Vers les méthodes agiles », 2e édition, 2009, Eyrolles, coll. Architecte logiciel.

(2) Manifeste pour le développement du logiciel agile, <http://agilemanifesto.org/iso/fr/>.

(3) CA Colmar, 13 avril 2006 concernant la responsabilité d'un fournisseur de progiciel intégré ayant exécuté ses prestations en retard par rapport au calendrier contractuel ; CA Paris 28 mai 2008 concernant une dérive des coûts ; CA Poitiers, 25 novembre 2011 MAIF c/IBM.

Les informaticiens traduisent en code des fonctionnalités qui répondent à des métiers ou des activités spécifiques, la meilleure façon de le faire étant de coopérer avec les corps de métier correspondants afin que ceux-ci valident (recette) à intervalles réguliers (itérations) les développements qui leur conviennent.

Utiliser une méthodologie agile conduit alors inévitablement à **renforcer l'obligation de collaboration inhérente au contrat de louage d'ouvrage**, catégorie qui semble le plus correspondre au contrat de conception ou d'intégration logicielle. L'obligation de collaboration fait même partie intégrante de l'obligation essentielle du Contrat. Dès lors, il faudra omettre toute clause contredisant la portée de cette obligation de collaboration.

B. Des obligations « déterminables »

En vertu du contrat, les parties doivent délivrer leurs prestations : le client doit payer le prix, le prestataire doit réaliser le logiciel. Ce sont leurs obligations respectives. La méthode agile consiste d'abord à définir ces prestations ou obligations. Dès lors, le juriste est dans l'incertitude car il a **besoin de maîtriser le périmètre contractuel**.

L'article 1129 du code civil dispose que l'obligation doit avoir pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

En matière de contrat agile, l'objet du contrat sera de prévoir des outils suffisamment souples pour étudier le besoin du client, le préciser et le formaliser tout en sachant qu'il est par nature changeant. Devront également être stipulées les modalités de calcul de la rémunération du prestataire. La clause de collaboration devra donc être suffisamment souple mais déterminable dans ses effets (prévoyant le plafond et le plancher financiers, le nombre d'itérations...).

II. Le contenu du contrat agile

Le premier réflexe à avoir est d'**annexer les principes agiles** à tout projet de contrat de cette espèce. Ces principes renvoient à une philosophie de projet qui doit être connue des Juges (ou d'un arbitre, plus conforme à l'esprit du contrat agile) en cas de litige à venir

En ce qui concerne la forme du contrat, la meilleure solution semble consister en l'élaboration d'un **contrat cadre** dans lequel on stipulerait le périmètre fonctionnel sous forme de « pré-backlog » ou de « user stories » en attribuant des **unités de valeur** et des **points de complexité** à chaque fonctionnalité ou besoin utilisateur pour déterminer leur **ordre de priorité** et la quantité de travail nécessaire. On y précisera également les modalités de calcul de la rémunération du prestataire et les autres métriques susceptibles d'être utilisées.

On pourra par la suite conclure autant de **contrats annexes** que d'itérations ou de « sprints », ou bien grouper ceux-ci par périodes, les premiers seront ceux ayant la plus grande **valeur métier** ou la plus haute priorité.

Le pilotage du projet va également témoigner de la démarche agile, celle-ci influence les modalités de **prise de décision**, d'organisation des équipes, d'élaboration du planning, de modification du backlog produit, du benchmarking, de la recette, etc.

Le contrat ne sera pas fondamentalement différent lors d'un projet agile, néanmoins certaines clauses ou annexes devront être adaptées en conséquence :

- ✓ Le **cahier des charges** sera réduit à une liste de fonctionnalités (backlog ou pré-backlog) ou de besoins métier (user stories) ;

- ✓ La rédaction du **plan d'assurance qualité** consistera à expliquer quels aspects de la méthode utilisée sont faits pour garantir la qualité et comment ces aspects seront mis en œuvre à cette fin ;
- ✓ La **documentation** sera simple au départ du projet et sera fournie au fur et à mesure, le plus courant dans les projets agiles étant de documenter directement le code ;
- ✓ La **clause de recette** devra prendre en compte la participation du client aux groupes de travail afin d'assouplir la procédure de recette ou de recette provisoire ;
- ✓ Le **prix** peut être calculé en fonction du temps passé et du personnel impliqué (contrat à engagement de moyens, co-sourcing), ou bien les parties peuvent convenir d'un prix et ensuite partager les bénéfices ou le surcoût en cas de déviance, le prix peut aussi être fonction de la fréquence et du nombre d'itérations (contrat par vélocité relative) ;
- ✓ Attention au **délit de marchandage** : la **gestion du personnel** doit être envisagée de manière à limiter les risques de requalification des contrats de travail des salariés du prestataire lorsqu'ils interviennent sur site client. En effet, si les conditions de salariat sont plus favorables chez le client, les salariés du prestataire auront, lorsque soumis à l'autorité hiérarchique du client, le droit de bénéficier de ces avantages en demandant la requalification judiciaire de leur contrat car il pourrait s'agir de travail dissimulé ou de prêt de main d'œuvre illicite.

Le contrat agile doit avant tout organiser correctement la coopération entre les parties. La question la plus délicate est en fait celle de la gouvernance. Cependant les idées ne manquent pas en la matière, surtout après plus de vingt ans d'agilité. La généralisation de ces méthodes a même vocation à diminuer de manière drastique tout contentieux judiciaire puisque les parties seront plus amenées à trouver des solutions en dehors du cadre judiciaire. **Le contrat agile consiste à collaborer**, si la collaboration est bien faite alors le contrat ne sera jamais invoqué. Il appartient donc au juriste de bien encadrer contractuellement cette collaboration.

Jurisprudences :

Données se trouvant sur un outil personnel d'un salarié :
que peut faire l'employeur ?

A l'heure où l'utilisation des outils personnels par les salariés soulève de nombreuses difficultés pratiques notamment s'agissant du contrôle desdits outils et alors que nous avons abordé la question à l'occasion de notre dernier numéro, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 mai 2012 (**n° de pourvoi : 10-23.521 publié au bulletin, disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr**) semble venir apporter un premier éclairage jurisprudentiel.

Dans les faits de l'espèce, une cadre de l'entreprise, attachée de direction a été licenciée pour faute grave à la suite de la découverte, par son employeur, d'un dictaphone personnel sous l'écran de son ordinateur. L'appareil était placé depuis plusieurs mois quotidiennement sur son bureau – ce qu'elle a reconnu plus tard par écrit - mais, selon celle-ci, il n'enregistrait pas. Un matin, l'employeur constate en sa présence que « *l'appareil était effectivement en marche et que toutes les conversations de la matinée avaient été enregistrées* » (extrait de la lettre de licenciement). Le directeur ainsi que quatre autres salariés attestent des conditions de la découverte ainsi que des enregistrements effectués, qui ont été écoutés en l'absence de la salariée, mais n'ont pas été copiés. Celle-ci conteste avoir enregistré volontairement la matinée où l'appareil a été découvert. Or, l'enregistrement a, par la suite, disparu.

Le licenciement a été déclaré sans cause réelle et sérieuse par le Conseil de Prud'hommes, en l'absence des preuves d'enregistrement, le doute profitant au salarié. Cette décision est infirmée par la Cour d'appel, qui considère que la salariée a failli à son obligation de bonne foi et de loyauté et retient la faute grave.

En effet, l'argument de la salariée selon lequel l'employeur s'était constitué un moyen de preuve illicite compte tenu de son absence lors de l'écoute et de la disparition des enregistrements était inopérant dès lors que l'employeur avait procédé à l'écoute des enregistrements à la suite de la découverte de l'appareil en mode enregistrement et en présence de plusieurs autres salariés qui ont apporté leur témoignage. Un tel procédé exclu le risque de manipulation de l'enregistrement par l'employeur. La Cour d'appel rejette également l'argument d'atteinte à la vie privée considérant le fait que le dictaphone était en fonction dans le cadre de l'entreprise.

C'est au visa de l'article 9 du Code de procédure civile et 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme relatifs au principe de loyauté dans l'administration de la preuve que la Cour de cassation censure la décision d'appel. Selon la Cour, la preuve est déloyale, car « *d'une part que l'employeur ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée, et alors d'autre part que les enregistrements ayant été détruits, la salariée avait été mise dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire aux attestations qu'il produisait* ».

Plusieurs points semblent ainsi à souligner :

- loin d'empêcher l'accès par l'employeur à l'outil personnel du salarié, la Cour de cassation pose une règle proche de celle gouvernant l'accès aux fichiers personnels du salarié... (Rappelons que cela ne concernait de façon spécifique que les fichiers

créés ou stockés sur le SI de l'employeur !);

- **proche, mais pas identique** : seuls sont requis la présence du salarié ou le fait qu'il ait été dûment appelé... sans aucune référence à la troisième possibilité existante en matière d'accès aux fichiers professionnels d'après l'arrêt Cathnet du 17 mai 2005 : "le risque ou l'événement particulier", alors que cela aurait été sans doute le cas en l'espèce (l'enregistrement de la voix sans consentement étant un délit pénal) ;

- **le nécessaire intérêt de l'huissier**, de l'expert externe ou surtout de la procédure formalisée et organisée permettant la copie des enregistrements. Car ici, la Cour de cassation affirme clairement que, sans ces enregistrements, les attestations de témoins ne suffisent pas, sous-entendant en pratique la nécessité d'en prendre copie ;

- le considérant de la Cour de cassation mentionne toutefois spécifiquement le « dictaphone » et les « enregistrements », laissant encore planer un doute sur l'extension à l'identique de ce principe aux autres outils personnels (tablette, smartphone, etc.).

Il n'en reste pas moins qu'en pratique et dans l'attente de nouvelles décisions structurantes en matière du BYOD, on ne peut que préconiser à l'employeur l'insertion de stipulations adéquates (dans la charte, etc.) lui permettant le cas échéant de pouvoir effectuer des contrôles sur les appareils du salarié, mais en sa présence ou celui-ci dûment appelé uniquement, et sous réserve de prendre copie de contenus litigieux qui s'y trouveraient, selon des procédures à anticiper et à formaliser.

Droit d'auteur et langage de programmation

Par un arrêt du 2 mai 2012, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rappelé les contours de la protection des logiciels par le droit d'auteur, en application des directives du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

SAS Institute, une société développant des logiciels analytiques via un langage spécifique qui permet aux utilisateurs d'écrire des scripts pour adapter le logiciel à leurs besoins, agit contre WPL qui a créé un programme reprenant le langage propre au Système SAS.

Les utilisateurs du système SAS pouvaient donc, grâce au logiciel « World Programming System», utiliser les scripts développés pour être utilisés avec le système SAS, sans avoir à les réécrire.

Pour cela, WPL s'est appuyée sur les copies légalement achetées des versions d'apprentissage du système SAS, fournies sous licence, puis a étudié minutieusement le fonctionnement des programmes afin de comprendre le système, sans que rien ne permette d'affirmer qu'elle ait eu accès au code source ou copié une partie quelconque du texte du code.

SAS Institute a donc assigné WPL en contrefaçon de ses droits de propriété intellectuelle devant les tribunaux anglais. En effet, la société SAS a considéré qu'une telle démarche est constitutive d'une violation de ses droits d'auteur, à la fois sur les composants du logiciel, mais aussi sur les manuels d'utilisation du système SAS.

Signaux de fumée (en direct du web...)

La cinquième version du Vademecum de la dématérialisation juridique des documents établie pour le compte de la FNTC vient de sortir (bientôt disponible sur le site du Cabinet).

Cette 5ème édition tient compte de l'actualité récente, de l'évolution de certains secteurs (Assemblées générales d'actionnaires, décrets, marchés publics, téléprocédures...) des nouveaux décrets et aborde de nouveaux chapitres, à savoir :

- la dématérialisation des procédures judiciaires ;

- la protection des données à caractère personnel ;

- les procédures de vérification de l'Etat civil ;

- la consultation préalable pour les actes réglementaires ;

- l'hébergement des données de santé ;

- la Carte Nationale d'Identité Electronique.

C'est sur ces questions que la CJUE intervient, et en particulier sur le point de savoir si la fonctionnalité et le langage de programmation d'un logiciel sont susceptibles de protection.

La High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division, a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en interprétation des directives du 14 mai 1991 et du 22 mai 2001. Ces questions portaient principalement sur l'interprétation des dispositions de la directive de 1991, sur les composants du logiciel pouvant bénéficier de la protection juridique et sur le droit pour l'utilisateur d'observer, étudier ou tester le fonctionnement du logiciel. Enfin, elle demande si la reproduction du manuel d'utilisateur, contenant certains éléments du programme potentiellement protégés en tant qu'œuvre, peut constituer une contrefaçon.

La Cour rappelle que la directive précitée ouvre la protection par le droit d'auteur à toutes les « formes d'expression ». Mais elle précise ensuite qu' : « Admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur puisse être protégée par le droit d'auteur reviendrait à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel ».

La CJUE considère donc que, au sens de la directive :

- a- Le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions ne sont pas protégés par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur.
- b- Celui qui a obtenu une copie sous licence d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément dudit programme, à condition toutefois de ne pas porter atteinte aux droits de l'auteur du programme.
- c- Enfin, la Cour européenne s'est prononcée sur la copie du manuel d'utilisation du logiciel originel dans le second logiciel, considérant que cela pouvait constituer une violation du droit d'auteur, dès l'instant qu'il y a reproduction de la création intellectuelle propre à l'auteur du manuel. Elle a précisé que « ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots, de ces chiffres ou de ces concepts mathématiques qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat, le manuel d'utilisation du programme d'ordinateur constituant une création intellectuelle ».

Signaux de fumée (en direct du web...)

A la suite de la nomination le 5 juillet par la ministre déléguée au numérique et aux PME du secrétaire général du Conseil National du Numérique, l'ensemble de ses membres, à l'exception de son ancien président, a remis son mandat le même jour.

Le règlement intérieur de cette commission administrative à caractère consultatif prévoyait que son secrétaire général devait être choisi par son président et ses vice-présidents.

Le nouveau secrétaire général est par ailleurs saisi d'une réflexion sur la gouvernance du numérique, notamment du rôle du CNN.

<http://www.cnnumerique.fr/>

Conférences - Formations :

Matinée CNIS MAG, « Comment protéger le SI moderne (PDA, tablette, mobilité, réseaux sociaux ... », F. Coupez, 3 juillet 2012, Paris.

INRIA, « Eléments de réflexion sur l'Open Data : meilleures pratiques juridiques » P. Agosti et I. Choukri, 4 juillet 2012, Sophia Antipolis.

CFSSI, Introduction au droit de la sécurité des systèmes d'information, F. Coupez, 10 septembre 2012, Paris.

Formation FNTC, Droit de la dématérialisation, E. Caprioli, 18 septembre 2012, Paris.

Entretien avec :

M. Fabrice Mattatia, Ingénieur et Docteur en droit

1. Fabrice Mattatia, bonjour. Pourriez-vous vous présenter en quelques mots :

Tout d'abord, je tenais à dire que j'intervenais dans le cadre de cette interview à titre personnel. Je suis ingénieur et docteur en droit. Ancien conseiller au Secrétariat d'Etat à l'Economie Numérique, je dispose d'une longue expérience des questions relatives à la sécurité informatique et à l'identification numérique.

2. Selon vous, quels sont les événements juridiques majeurs des six derniers mois ?

De manière générale, je considère que l'actualité majeure depuis le début d'année nous vient de la Commission européenne. En effet, deux propositions de Règlement vont venir modifier en profondeur la donne dans les pratiques des prestataires installés sur le territoire communautaire :

- L'un relatif à la révision de la directive 95/46/CE sur les données à caractère personnel ;
- L'autre, plus récent, relatif à la révision de la directive 99/93/CE sur la signature électronique.

Ces deux Propositions de règlement ne doivent pas être prises séparément, l'une impactant grandement sur l'autre (et réciproquement). La sécurité informatique ne peut se faire au détriment des droits des personnes.

3. Quels sont les défis du cloud computing ?

Là encore, on ne peut penser le cloud computing en négligeant l'un des deux aspects : sécurité et droits des personnes. A mon sens, il faut convaincre les utilisateurs sur le respect par une solution de cloud computing de la sécurité informatique mais aussi des droits des personnes.

Ainsi, les différentes solutions de Cloud proposées doivent avant tout s'assurer de leur conformité réglementaire.

4. Concernant le projet de Règlement Signature électronique, quels sont vos premiers commentaires le concernant ?

Il s'agit là d'une initiative intéressante visant à compléter le cadre juridique existant en précisant les notions d'authentification et de cachet électronique même si l'on peut regretter que des aspects comme l'archivage ne soient pas spécifiquement évoqués. Pour ma part, j'attends le vote au niveau du Parlement européen pour analyser le résultat final.

En outre, la signature électronique qualifiée est mise en avant et on apprend que cette dernière doit forcément reposer sur un certificat qualifié. Seules les signatures fondées sur une ICP seraient donc à même d'être qualifiées ; qu'arriverait-il pour les signatures par SMS ? Enfin, cela signifie que l'interopérabilité au niveau européen s'appuierait uniquement sur le certificat qualifié.

Vie du cabinet :

Le Cabinet souhaite la bienvenue à :

- Jean Christophe VIGNES, Juriste Senior en matière de technologies de l'information, ancien Directeur juridique et spécialiste de l'univers ICANN, en charge de l'ensemble des questions relatives au droit des noms de domaine au sein du Cabinet (conseil, négociation, récupération, gestion de portefeuille) ;

- à Christine RODRIGUES, Assistante de direction

Nous sommes heureux de les compter dans notre équipe.

Une réponse... à une question :

Le cabinet a sélectionné une question concernant la Vie privée.

Un droit à l'oubli pour les données à caractère personnel existe-t-il ?

Oui, le « droit à l'oubli » existe. Mais il faudra attendre le Règlement modifiant la Directive 95/46/CE pour que ce droit soit consacré en tant que tel. Actuellement, même si la CNIL l'a à plusieurs reprises (dont décision « Lexeeek ») évoqué, le droit à l'oubli renvoie au principe de conservation des données pour une durée limitée à la finalité du traitement.

En pratique, les entreprises sont tenues d'anonymiser les données au-delà de cette période ou de les effacer. L'obligation d'effacement est consacrée par le Règlement.

Cette rubrique est votre rubrique. Vous pourrez poser votre question à l'adresse contact@caprioli-avocats.com.

TiPi dans le détail :

La Newsletter du Cabinet Caprioli & Associés est une publication du Cabinet Caprioli & Associés.

La Newsletter est un instrument d'information et son contenu ne saurait en aucune façon être interprété comme un avis ou un conseil juridique.

Néanmoins, pour de plus amples détails sur un des thèmes abordés, n'hésitez pas à nous contacter à l'adresse suivante : contact@caprioli-avocats.com.

Toute demande de désinscription à la présente Newsletter peut être effectuée à l'adresse suivante : contact@caprioli-avocats.com.