

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit et nouvelles technologies de l'information et de la communication

Poullet, Yves

Published in:
DA/OR

Publication date:
1993

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1993, 'Droit et nouvelles technologies de l'information et de la communication: de nouveaux enjeux, de nouvelles responsabilités pour l'entreprise', *DA/OR*, numéro 26, pp. 113-124.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DROIT ET NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION: DE NOUVEAUX ENJEUX, DE NOUVELLES RESPONSABILITES POUR L'ENTREPRISE

Yves POULLET

INTRODUCTION¹

Des mutations techniques

1. L'informatique ou, de façon plus générale, les techniques ayant pour objet le traitement et le transport de l'information se caractérisent par une évolution rapide, dont le rythme va s'accroissant. Que l'on songe à la puissance et aux capacités sans cesse grandissantes de l'ordinateur qui font contraste avec sa miniaturisation ou encore, au côté du logiciel, à l'intelligence et à la convivialité croissantes des générations successives de programmes. Chaque jour voit naître des applications nouvelles (ex. reconnaissance de la voix, systèmes experts).

2. Le mariage de l'informatique et des télécommunications a, si besoin en était, conféré à celles-ci comme à celle-ci, une impulsion supplémentaire d'autant plus forte que joue leur synergie. Il remet en question l'idée d'un outil informatique bien identifié et localisé au profit d'une conception mettant l'accent sur une informatique répartie au sein des réseaux locaux, nationaux voire internationaux à travers lesquels circule une information de plus en plus fine et abondante. Le dialogue de chaque configuration reliée au réseau dit interactif permet la réalisation de services nouveaux, dits télématiques: ainsi, le courrier électronique, le télétraitement, la téléconférence ...

3. Cette double mutation favorise une banalisation des nouvelles techniques de l'information. L'informatique distribuée et le micro-ordinateur ont élargi le champ des utilisateurs de l'outil et ne réservent plus celui-ci à la seule catégorie des techniciens experts. Grâce à des outils de programmation conviviaux et distribués à grande échelle (Hypercard, p. ex.), l'utilisateur élabore lui-même les applications nécessaires à son environnement. Au-delà, les micro-ordinateurs pénètrent les foyers, les services télématiques s'ouvrent au grand public, les transferts électroniques de fonds deviennent "monnaie courante" ...

4. Enfin, la digitalisation de l'image et de la voix, les capacités de transport de nos réseaux dits à large bande expliquent que l'informatique et les télécommunications envahissent progressivement l'audio-visuel, ce qui en fait apparaître les enjeux culturels et politiques de façon plus accusée.

Nouveaux acteurs, nouvelles stratégies

5. Les mutations techniques s'accompagnent, du côté de l'offre, d'une diversification des acteurs, d'une "diversification" de leur offre, d'une certaine convergence, si non d'une confusion, dans les activités des secteurs publics et privés et, enfin, de l'émergence de nécessaires stratégies de collaboration.

6. La diversification des acteurs entretient une relation étroite avec les mutations techniques: la rencontre du monde des télécommunications et de l'informatique a amené les entreprises à ces deux secteurs à offrir des services nouveaux nés de la combinaison de techniques autrefois clairement séparées. Mieux, le développement, pour des besoins internes de ses services par des entreprises n'appartenant pas au secteur de l'informatique des télécommunications telles les banques, les compagnies d'assurances, les a conduites également à entrer dans la compétition sur le marché dit de l'information.

¹ L'introduction est largement inspirée de l'article écrit par l'auteur et X. THUMS : Droit et informatique, un mariage difficile, *D.I.T.*, 1988, 2, p. 11 et s.

7. La "désécialisation" des métiers est une autre conséquence de ces mutations, les acteurs tant traditionnels que nouveaux cherchant à conquérir le marché des services télématiques, ont diversifié le champ de leurs activités. Deux exemples suffiront: les banques, offrant des services bancaires de paiement, des services d'information, de transactions en bourse et de réservation de voyages; des sociétés informatiques fournissent, quant à elles, des services de courrier électronique, de télétraitement ...

8. Ce mouvement de "désécialisation" qui affecte tant le secteur privé que le secteur public, tend aussi à abolir les frontières entre les activités respectives. Ainsi se développe, dans certains pays, une politique volontariste de diffusion de l'information détenue par le secteur public, ce dernier entrant en compétition avec les serveurs privés de banques de données. En matière de télécommunications, le retour au secteur privé de certaines activités autrefois détenues en monopole par le secteur public rend difficile la délimitation des domaines public et privé d'activités, qui devient d'autant plus floue que se développent de plus en plus fréquemment des stratégies de collaboration entre les deux secteurs.

9. Ces stratégies qui débouchent sur un partenariat aux formes juridiques variées, s'expliquent aisément :

- les investissements à consentir pour la mise en place de nouveaux services sont lourds (importance de la recherche-développement), ce qui incite les entreprises à regrouper leurs moyens tant financiers qu'intellectuels pour assurer la réussite d'un projet;
- les participants à un réseau de télécommunications ressentent la nécessité d'un dialogue rapide et sûr, à voix multiples, ceci requiert la normalisation des messages voire la mise en place d'interfaces entraînant la création de services communs aux différents participants au réseau (ex. SWIFT).

10. Enfin, les années 1990 constitueront certainement la décennie des "standards" dits ouverts. Les utilisateurs réclament le droit de choisir le meilleur produit compatible avec leurs équipements; ils refusent dorénavant de se laisser enfermer par les choix d'un seul constructeur. En outre, comme nous venons de le souligner, l'ouverture des systèmes d'information aux réseaux nécessite, outre la possibilité de dialogue entre différents éléments de chaque système, des infrastructures et interfaces capables d'assurer le transport de messages entre eux. A la normalisation de l'informatique, s'ajoute celle, plus importante encore, des réseaux de télécommunications et de l'ouverture de leur infrastructure.

11. Cette toile de fond permet de mieux saisir à la fois le rôle multiple des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la vie de l'entreprise et les débats juridiques nouveaux que leur développement suscite.

Ainsi, l'entreprise est créatrice de produits et services informationnels nouveaux. Son souci majeur sera la protection juridique de son investissement. Le caractère principalement immatériel de celui-ci amènera également l'entreprise à réclamer un régime fiscal et comptable approprié. Ces deux questions constitueront le premier point de notre exposé : *l'entreprise et l'innovation*.

L'acquisition par l'entreprise de ces produits et services informationnels justifie, outre une relecture du droit des contrats, le développement de nouvelles règles propres à assurer au sein de l'entreprise un consensus social, au moment où l'ordinateur fait craindre des pertes d'emploi et l'instauration de nouvelles méthodes de travail. Notre deuxième chapitre s'attachera à ces deux faces du problème de "*l'entreprise face à l'acquisition de produits informationnels*".

L'*utilisation des systèmes d'information pour l'offre et l'échange d'informations entre entreprises*, point 3 de notre exposé, impose l'analyse des conditions de l'utilisation des réseaux des télécommunications et la réflexion autant sur le droit de la preuve de ces échanges immatériels que sur les conditions et l'imputabilité de la responsabilité du fait de ces échanges. Cette utilisation conduit à de nouveaux rapports entre entreprises que les concepts apparemment contradictoires de normalisation et de concurrence chercheront à organiser.

Au centre de ces flux informationnels, le *statut de l'information* revêt pour l'entreprise divers aspects: tout d'abord, il peut prendre le visage du fiché, de l'individu sur lequel l'information est prise; des réglementations nouvelles entendent rendre à l'individu une certaine maîtrise sur

la circulation de son image; ensuite, il acquiert l'aspect d'un droit, celui d'accéder aux documents administratifs; enfin, celui d'une "propriété", que le droit pénal se doit de défendre.

I. L'ENTREPRISE ET L'INNOVATION

12. La propriété conçue comme un droit exclusif accordé à un personne sur un bien matériel tangible et figé, est un des piliers autour duquel s'ordonne le Code civil. La dématérialisation croissante des valeurs économiques qu'illustrent les nouvelles techniques de l'information exige la prise en compte par le droit des valeurs incorporelles évolutives que constituent les "produits informationnels" au sens large (logiciel, base de données).

13. La prise en compte de valeurs dématérialisées doit permettre de construire un régime fiscal et comptable cohérent favorisant les investissements en recherche-développement dans le domaine des nouvelles techniques de l'information. L'activation des dépenses, du moins celles qui s'étalent des premiers stades de développement du logiciel ou de la banque de données jusqu'à sa mise en forme finale pour l'utilisation, à l'exclusion des coûts de maintenance, est une formule satisfaisante. Au niveau fiscal, l'obsolescence rapide des produits informationnels commande un amortissement rapide des coûts.

14. La nécessité d'assurer une protection juridique à l'effort de création que constitue souvent la mise au point d'un produit informationnel ne peut conduire à faire prévaloir unilatéralement l'intérêt des créateurs contre ceux légitimes des utilisateurs et de la concurrence. En d'autres termes, la dématérialisation suggère que la juste rémunération du travail intellectuel ne soit plus nécessairement assurée par une appropriation exclusive sur une chose d'ailleurs fugace et difficilement contrôlable, mais par un droit aux redevances plus respectueux de la libre circulation des idées et mieux conciliable avec la nature évolutive du "produit informationnel".

15. En ce sens, peuvent s'interpréter :

- la permanente volonté doctrinale et des offices de brevet d'élargir de façon significative le domaine d'application des législations sur le brevet et de le poser comme alternative du droit d'auteur pour bien des logiciels;
- la volonté jurisprudentielle et doctrinale de réserver la protection par le droit d'auteur aux seules oeuvres originales (produit d'un effort créatif) et non à la récompense de l'investissement financier ou managérial (en ce sens, les arrêts FEIST américain et COPROSA français rejetant en matière de droit d'auteur sur les banques de données, la théorie dite de la "sueur du front");
- encore que considéré comme insuffisant par d'autres, l'élargissement consacré par la directive "logiciel" des communautés européennes des droits de l'utilisateur (copie de sauvegarde, reverse engineering, etc.);
- l'affirmation récente de la jurisprudence européenne de la primauté du droit de la concurrence sur le droit d'auteur (Décision Magill obligeant le titulaire des droits exclusifs à consentir des licences sur base de redevances raisonnables).

16. Enfin, l'utilisation du "scanning" qui abolit la distance entre l'information sur support papier et celle digitalisée, plaide pour une approche réglementaire ne distinguant plus le support de l'oeuvre. Demain, l'exploitation des réseaux numériques à intégration de services permettra aux entreprises et aux particuliers non seulement de combiner des informations de provenance et de nature diverses (sons, images) mais également, par l'utilisation en parallèle de différents programmes, d'en créer de nouvelles. Dans ce contexte, toute approche classique isolant chaque élément protégé par un droit de propriété intellectuelle risque de poser des difficultés insurmontables à l'utilisateur chargé de conclure de multiples licences et de respecter les termes de chacune d'elles. Bref, le développement des nouvelles technologies de l'information plaide pour une approche globale des droits de propriété intellectuelle et un système simple consacrant à la fois le droit à la légitime rémunération des auteurs et le droit à des utilisations multiples et imaginatives des oeuvres.

Ainsi, se crée la nécessité de définir de nouveaux équilibres entre auteur et utilisateur, entre droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Le droit des contrats informatiques que nous abordons est une autre illustration des équilibres nouveaux qu'impose le développement des technologies nouvelles de l'information dans un contexte différent : l'acquisition de produits informationnels.

II. L'ENTREPRISE ET L'ACQUISITION DE PRODUITS INFORMATIONNELS ENTRE FOURNISSEUR ET UTILISATEUR : DE NOUVEAUX EQUILIBRES A CONSTRUIRE

17. Du point de vue de l'utilisateur, s'accroît la dépendance de l'entreprise qui désire s'informatiser à l'égard de son ou ses fournisseurs: sans compter l'inégalité de connaissance technique, la nécessité d'entretenir les équipements ou de suivre l'évolution technique incessante pose des problèmes de maintenance et le client se retrouve à la merci de celui qui doit lui assurer le bon fonctionnement du système. La prise en compte par la jurisprudence de cette inégalité se traduit par une relecture du droit des contrats :

- mise en évidence des devoirs précontractuels d'information, de conseil et d'assistance à charge du fournisseur;
- rejet de certaines clauses présentes dans les conditions générales contractuelles; ainsi l'exonération de toute responsabilité à raison de dommages directs ou indirects subis par le client ou des tiers à la suite de l'utilisation ou de la non utilisation des programmes aboutit à vider de son contenu l'obligation du fournisseur de procurer à son client un programme utilisable et opérationnel et est donc nulle;
- affirmation de l'unité juridique des contrats nonobstant la signature d'instruments distincts parfois même en cas de pluralité de fournisseurs: - insistance sur le rôle de la bonne foi dans l'exécution par le fournisseur de ses obligations, celle-ci pouvant aller jusqu'à l'obligation de procurer un service minimum de maintenance.

18. Au-delà de cette relecture jurisprudentielle, la pratique contractuelle se montre chaque fois plus inventive pour mieux servir l'équilibre souhaité. Le souci de mieux décrire contractuellement les performances d'un système d'information en termes de disponibilité, de sécurité, de temps de réponse a rejoint la nécessité de mieux clarifier le partage des risques en cas de mauvais fonctionnement ou de nécessaire évolution de celui-ci (qui prend en charge la modification d'un programme suite à des changements dans l'environnement technique (modification d'un système opératoire) de celui-ci ?) et surtout d'anticiper les solutions à apporter par chacun dans ces hypothèses. Aux contrats standards proposés par les fournisseurs s'opposent des contrats types "utilisateurs" (Cfr à ce propos les travaux de la CECUA).

19. Le droit des contrats s'attache en priorité à assurer l'acquisition et la transmission des biens mobiliers corporels.

Dans la mesure où la télématique permet l'utilisation à distance et partagée de produits informationnels, les qualifications contractuelles doivent nécessairement être repensées. Ainsi, le contrat de location peut-il qualifier l'abonnement à une base de données ?

Dans la mesure où l'industrie du logiciel devient une industrie de services -songeons aux contrats de logiciels sur mesure ou de maintenance- tout le régime des contrats de services, singulièrement ignoré de nos codes reste à penser. En particulier, le contenu des règles de l'art, fondement de la responsabilité en cette matière, devrait être explicité dans les codes de bonne conduite adoptés au sein de groupements professionnels.

20. La réflexion précédente invitait à considérer non seulement le droit des contrats mais également le droit de la responsabilité comme outil d'un meilleur équilibre entre fournisseurs et utilisateurs.

L'utilisation de logiciels dans la conduite d'opérations de production ou de diagnostic (système d'aides à la décision), ou de banques de données lors de décisions d'entreprise confère aux produits des nouvelles technologies de l'information une importance vitale et stratégique pour la vie des entreprises. Ceci explique certes la tendance à assujettir leurs producteurs aux règles de responsabilités établies pour d'autres outils de production.

Cette tendance se heurte cependant à des difficultés propres au domaine. Premièrement, la définition en matière de programmation des "règles de l'art" est balbutiante et la profession, encore mal établie. Deuxièmement, les tribunaux devront déterminer dans quelle mesure la "participation" de l'utilisateur à l'élaboration des solutions permet d'assimiler le "vendeur" de systèmes d'information à un fabricant. Troisièmement, la complexité, l'interaction et l'hétérogénéité des éléments composant un système d'information et provenant souvent de concepteurs distincts et souvent situés dans différents pays conduisent à la double difficulté d'identifier le responsable et de recourir contre lui. Enfin, la multiplication des programmes "orientés objet" dans lesquels l'utilisateur prend une grande responsabilité sur le fonctionnement du programme (cfr la notion du groupware), rend délicat le partage de responsabilité entre le vendeur et l'utilisateur et la prise en charge par le premier des conséquences d'une application non prédéterminée.

21. Vis-à-vis des consommateurs, il n'est pas exclu qu'une intervention réglementaire soit justifiée. On pourra sans doute s'inspirer de la directive européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits qui consacre un système de responsabilité sans faute, couronnant ainsi, sur le plan législatif, une remarquable évolution jurisprudentielle. Cette évolution n'est pas achevée: la distinction entre produits et services reste à préciser et le régime de la responsabilité du fait des services est à faire.

Entre entreprises et travailleurs: de nouveaux consensus à rechercher

22. Le monde du travail est particulièrement affecté par l'adoption des nouvelles technologies au sein des entreprises: outre qu'elle entraîne des réorganisations voire des pertes d'emploi, l'utilisation des systèmes d'information conduit à la réaffectation voire à la redéfinition des tâches individuelles et institue de nouveaux modes de contrôle de la production et donc des travailleurs.

La jurisprudence de nos tribunaux du travail se montre soucieuse des nécessités de l'entreprise et prête à considérer comme légitime le licenciement du travailleur qui refuse de s'adapter à l'outil informatique. Au plan collectif, la convention collective n° 39 oblige la direction d'entreprise à une information préalable des conseils d'entreprise lors de l'introduction de nouvelles technologies. Ce principe est traduit et renforcé par de nombreuses conventions sectorielles ou propres à une entreprise. Enfin, à l'étranger, les autorités de protection des données ont eu l'occasion de réaffirmer les limites des traitements nominatifs relatifs aux employés, à l'occasion tant du problème des autocommutateurs téléphoniques que des systèmes experts d'évaluation des travailleurs.

23. Enfin, l'utilisation de la téléinformatique dans les relations de travail mérite un examen attentif car elle rend possible l'exécution du travail en dehors des locaux de l'entreprise, cette particularité induira sans doute une modification de la relation de subordination et de l'organisation du travail tant individuelle que collective : bref, le statut du télétravailleur reste à construire.

III. L'ENTREPRISE ET LA CIRCULATION D'INFORMATIONS

A. Maximiser la circulation des informations: la réglementation des télécommunications

24. Les techniques de communication ont été transformées par le recours aux applications de l'informatique. Cette révolution technologique bouleverse l'économie du secteur, renforce son importance et multiplie les services offerts, engendrant de nouveaux besoins et de nouveaux usages dans le chef des entreprises.

Sous la pression communautaire, de nouvelles règles de jeu ont été fixées. Il s'agit bien par elles de maximiser la circulation des informations de la manière suivante:

- l'exigence d'adaptation du service public aux conditions nouvelles de son activité, exigence liée à la volonté de lui donner un rôle clé à l'intérieur du secteur des télécommunications

fonde la nécessité d'affirmer l'autonomie de gestion de l'opérateur public comme maître mot de sa modification statutaire:

- la modernisation et surtout l'élargissement de la capacité des réseaux cablés (le RNIS) exigent que l'opérateur public de ses réseaux voit maintenu son monopole sur cette infrastructure et sur le seul service de base: le service téléphonique; - les caractéristiques propres des réseaux alternatifs, en particulier hertziens, exigent par contre la possibilité de leur connexion avec le réseau public et au-delà leur libéralisation de même que celle des terminaux et de l'ensemble des services;
- enfin, l'ouverture maximale des réseaux conduit à imposer en particulier des règles tarifaires et de normalisation technique assurant la transparence et l'égalité des usagers (règles dites O.N.P. (Open Network Provision)).

B. Pour quoi faire, les services téléinformatiques ou télématiques

25. On appelle services télématiques, l'ensemble des services offerts à l'aide des techniques téléinformatiques. Une distinction fonctionnelle parmi ces services conduit à relever les services de gestion, de communication ou de documentation.

A propos de la télématique dite de gestion, si le rôle traditionnel de l'ordinateur dans l'entreprise est de faciliter et d'accélérer les opérations de gestion: comptabilité, gestion des stocks, facturation, l'introduction de la télématique améliore encore ses capacités en donnant accès à des facilités supplémentaires (programmes, ordinateurs) sans qu'il soit nécessaire d'acquérir l'équipement informatique additionnel.

Par opposition à la télématique de gestion, la télématique de communication s'adresse à des personnes qui ne sont pas des spécialistes en informatique (secrétaires, agents commerciaux, ...). Comme en matière de télématique grand public, il est donc nécessaire que le service soit d'un maniement aisé. Trois nouveaux services télématiques de communication retiendront notre attention. Les services de messagerie électronique permettent aux utilisateurs d'échanger des messages par terminaux: l'utilisateur enregistre dans la mémoire de son ordinateur un message à destination d'un ou plusieurs utilisateurs, qui le consulteront en appelant le service. Ce service peut être réservé à quelques utilisateurs par l'utilisation de mots de passe. La télématique rend possible également diverses possibilités de réunion à distance (téléconférence, visioconférence, vidéotransmission) et la reproduction de documents à distance (télé-écriture). Enfin, les services télématiques de documentation offrent à une entreprise d'accéder on line grâce à un mot de passe à un ensemble d'informations pertinentes et ce sous forme de références, extraits, résumés ou textes intégraux.

A côté des banques de données commercialisées, il faut noter l'existence de banques de données internes: fichier du personnel, liste des produits, des commandes, etc.

L'analyse de l'objet des différents services télématiques permet une première classification des contrats suivant leur objet: on parlera de contrats de télétraitement, de contrats d'accès à des bases de données et de contrats de courrier électronique.

26. Parmi ces divers services, le transfert électronique de données est promis à un bel avenir. La pression du monde commercial en faveur de l'utilisation de cette technique nouvelle s'explique par l'importante réduction de frais que la suppression des supports papiers engendre. Leur utilisation réactualise les questions de droit classique comme celles de la formation des contrats et le droit de la preuve. Elle invite à accueillir au coeur même de notre code civil une redéfinition de la signature et de l'écrit. Si une redéfinition doit permettre l'accueil des documents et signatures électroniques, les modes de leur constitution et de leur conservation doivent respecter les fonctionnalités que le code reconnaissait à la signature et à l'écrit (ex.: la signature identifie l'auteur du message et l'authentifie, ...).

Dans le domaine des opérations bancaires, les transferts électroniques de fonds, variété de transfert électronique de données, ajoutent encore à ces questions celles de la notion du paiement et de son moment. La négociabilité des titres financiers et de commerce en dehors de la circulation de tout support matériel suggère également une révision déshirante du droit, attaché à la matérialité des documents.

27. Enfin, la dématérialisation des opérations télématiques et l'intervention de nombreux acteurs souvent situés dans des pays différents rendent difficiles la localisation des incidents et

dès lors l'imputation des responsabilités en même temps qu'ils accroissent la difficulté d'obtenir réparation. L'intérêt de l'utilisateur, privé ou professionnel, est qu'un système de responsabilité sans faute et de partage des risques soit mis en place et que soit clairement précisé le droit matériel applicable en cas d'opération internationale. On évoquera à titre d'exemple, dans le domaine des services télématiques bancaires, une tendance à attribuer à la banque du donneur d'ordre la responsabilité pour l'ensemble d'un transfert électronique de fonds, les conventions interbancaires répartissant entre les organismes financiers les risques propres au réseau auquel le donneur d'ordre est étranger.

C. Les conséquences: du renforcement du dialogue à ses dangers

28. L'introduction mettait en exergue deux tendances induites par les changements techniques :

- la nécessité d'un dialogue entre les différentes configurations reliées à un réseau requiert la compatibilité des systèmes d'information qui implique leur normalisation, préoccupation jusqu'ici plus présente dans le secteur fortement réglementé des télécommunications que dans celui de l'informatique;
- la tendance à la coopération des entreprises risque de conduire à des phénomènes de dominance voire à des monopoles et d'imposer des normes excluant certains matériels ou programmes.

Face à ces tendances, quel peut-être le rôle du droit ? Favoriser l'utilisation de la même langue par tous et éviter que ne s'impose le discours d'un seul. En termes techniques, le droit a un double rôle à jouer: promouvoir une politique de concurrence, d'une part, définir des procédures de normalisation, d'autre part. Ces deux composantes sont indissociables. Leur mise en oeuvre appelle, sinon une redéfinition du rôle du pouvoir public, au moins une clarification de ses modalités d'intervention.

29. La promotion d'une politique de concurrence se conçoit non seulement dans le secteur de l'informatique et des télécommunications mais surtout dans celui des services télématiques. Une telle promotion ne requiert pas nécessairement la mise en place de nouveaux instruments réglementaires là où existe déjà une législation générale sur la concurrence suffisamment éprouvée.

L'action de la Commission européenne face à la création de réseaux dans le domaine de la réservation des transports aériens est à cet égard significative et pleine d'enseignements pour le futur. Elle affirme la nécessité d'ouverture de tels réseaux privés et la transparence des modes d'accès (comp. avec les règles de l'ONP évoquées supra n° 24).

30. La normalisation est indispensable pour assurer la compatibilité des systèmes et l'interopérabilité des réseaux. La normalisation peut porter sur des spécifications techniques, elle porte de plus en plus sur la structure et le contenu des messages. Cette normalisation dite administrative n'a pas nécessairement des effets anticoncurrentiels, puisqu'elle permet à un plus grand nombre d'acteurs d'adhérer aux systèmes et aux utilisateurs de disposer d'une gamme plus importante de services. Elle suppose cependant que le statut et le mode d'action des organes de normalisation soient définis de manière claire et que les divers acteurs impliqués par les conséquences de celle-ci, y compris les utilisateurs, soient présents (cf. par exemple, les statuts exemplaires de l'European Telecommunication Standard Institute (ETSI)).

31. Les procédures de normalisation auront à résoudre le double défi suivant: elles ne peuvent constituer un frein à l'innovation technologique, vitale dans le secteur et ne peuvent conduire à privilégier les positions de force de certains standards dits "propriétaires". Une réflexion relative aux droits de propriété intellectuelle sur l'objet de normes est dès lors nécessaire.

IV. LE STATUT DE L'INFORMATION

A. L'équilibre entre le droit à l'information des ficheurs et des fichés

32. Puisque l'individu n'est pas propriétaire des données le concernant, ni même titulaire sur elles d'un droit proche d'un droit réel, puisque c'est de façon spontanée que l'individu projette

dans la société une certaine image de lui, cette image précisément peut être captée par autrui, rapprochée d'autres informations et prendre ainsi un sens aux yeux de celui qui la traite. Il ne peut être question a priori de nier à autrui le droit d'utiliser l'image que je donne de moi-même. A ma liberté s'oppose la sienne, qu'il s'agisse de la liberté d'association dans le cadre de traitements opérés par un syndicat, de la liberté religieuse dans le cadre de traitements gérés par l'autorité religieuse ou, plus fréquemment, de la liberté d'entreprendre dans le cas de fichiers d'entreprises. Ce conflit de libertés doit se résoudre par la méthode de pondération des intérêts par laquelle l'autorité chargée de trancher le conflit appréciera les intérêts légitimes respectifs propres à chaque partie exprimant sa liberté et définissant les limites et modalités de leurs droits à l'information.

Du côté des *ficheurs*, se dégage progressivement les principes suivants: le droit à l'information des autorités publiques indispensable pour assurer un service public efficace nécessite le respect de trois principes, ceux de **légalité, de spécialité et de proportionnalité**.

Dans le secteur privé, "le service attendu de l'entreprise collective des données est à la fois la justification et la limite de l'usage des renseignements", concluait déjà le *rapport français TRICOT* à la base de la loi "Informatique et libertés". Ce principe de pertinence, clairement affirmé par la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, est repris par le projet de directive européenne actuellement en discussion. Il appelle cependant certaines précisions, étant donné les applications technologiques, chaque jour nouvelles.

33. L'évolution des technologies a notamment pour caractéristique de permettre aux entreprises de trouver chaque jour des applications nouvelles par la combinaison de programmes existants, par la définition de nouvelles applications, par le choix de nouvelles clés pour structurer telle ou telle base de données ou l'ajout d'un champ d'interrogation dans une banque de données; ainsi une banque fournissant hier un relevé de compte des débits du client peut proposer demain dans le cadre du même service une aide à la gestion des budgets des ménages en indexant chaque dépense en fonction de rubriques telles consommation de carburant, dépenses d'acquisitions de biens et services, virement à des tiers, etc. Il est clair que ce faisant de nouvelles finalités du traitement apparaissent. Ce n'est pas le lieu de juger de leur bien-fondé mais simplement de faire remarquer qu'il sera de plus en plus difficile de circonscrire une fois pour toutes la finalité des traitements et que des systèmes réglementaires fondés sur des déclarations ou des autorisations *a priori* des finalités auront sans doute quelques difficultés à prendre en compte cette évolution permanente des finalités rendue possible par des technologies modernes. Sans doute, pour certains traitements, aura-t-on tendance à définir une fois pour toutes les types d'utilisation légitimes (Cfr. par ex. l'EFT privacy Act).

34. Du côté des fichés, si le droit d'accès ou droit à l'information des fichés est un ensemble de droits subjectifs nouveaux correctifs d'un droit de propriété auquel les nouvelles technologies de l'information donnent un pouvoir que l'on peut craindre excessif, certains développements actuels de ces nouvelles technologies, dans la mesure où *ils accentuent encore la non-maîtrise par l'individu des circuits d'information* le concernant, conduisent certains à compléter par de nouveaux droits subjectifs le droit d'accès tel qu'il avait été consacré par les législations de protection des données. Le progrès technologique crée de nouveaux modes de collecte de l'information, soit plus insidieux parce que moins transparents, soit plus automatiques parce que liés à l'utilisation d'un service télématique, soit enfin plus dangereux parce que liés à l'utilisation d'un service d'intérêt général comme le téléphone.

Ainsi des débats européens récents sur la protection de données dans le cadre du RNIS ou des cartes à mémoire conduisent aux conclusions suivantes: la création de nouveaux modes de collecte, de dissémination et de conservation de l'information peut élargir la signification du droit d'accès conçu comme toute mesure visant à permettre au fiché de maîtriser les circuits par lesquels transite l'information le concernant. Un second principe nous paraît pouvoir se déduire de deux exemples repris ci-dessus; nous l'exprimons comme suit: lorsque le progrès technologique réserve diverses possibilités de collecte et de transmission de l'information nominative, le fiché a le droit à la fois d'être informé sur la signification de chacune de ces possibilités et sur leurs enjeux, et de choisir parmi celles-ci. Il ne s'agira pas nécessairement de refuser certains enregistrements mais bien certains modes de traitement ou de diffusion.

B. Le droit à la protection des systèmes d'informations: un droit pénal à reconstruire

35. L'importance vitale des systèmes de traitement d'informations tant internes qu'externes justifie la crainte des entreprises face à des soustractions, modifications ou reproductions non autorisées de données. En ces domaines, le rôle du droit pénal en particulier est subsidiaire, la réponse fondamentale à ce genre de risques étant d'abord préventive et technique. Cette réponse juridique, même limitée, doit cependant être adéquate.

36. Les travaux de l'O.C.D.E. énumèrent cinq types d'actes frauduleux: la manipulation de données, l'espionnage informatique, le sabotage informatique, l'usage non autorisé des systèmes et l'accès non autorisé aux données et aux transmissions de données. Face à ce type de comportement, la réponse du droit pénal classique est incertaine, insuffisante même.

- Le droit pénal conçu à une époque où l'on identifiait valeur économique et valeur matérielle appréhende rarement l'information en tant que telle (cf. la définition du vol);
- même quand l'information consuitue l'objet spécifique d'une protection, par exemple dans le faux en écriture, l'incrimination pénale suppose un support écrit sur lequel l'information est reprise;
- l'intrusion de la machine (en l'espèce l'ordinateur ou le réseau) en tant qu'instrument de fraude, est source de difficultés pour l'application d'un code pénal conçu comme régissant un univers de personnes libres et conscientes (cf. les discussions à propos de l'escroquerie aux terminaux points de vente).

C. Le droit à l'information administrative: un meilleur dialogue entre entreprise et administration

37. Des réglementations récentes internationales ou de pays voisins dégagent un droit nouveau dont l'importance pour l'entreprise est à souligner: ainsi la recommandation du Conseil de l'Europe du 25 novembre 1981 et les législations de pays voisins consacrent le droit du citoyen, individu ou entreprise, à accéder à l'information détenue par le secteur public. L'action administrative des pouvoirs publics fait l'objet de procédures peu transparentes. Le droit de l'administré à connaître non seulement les données détenues par l'administration, mais également l'évolution de ses dossiers et les motivations des décisions administratives, doit être affirmé. Les nouvelles technologies de l'information doivent permettre de rendre efficient ce droit.

38. Au-delà, à la lourdeur et à l'incohérence des procédures de collecte des informations auprès des entreprises, les nouvelles technologies de l'information et de la communication permettent de substituer de nouvelles méthodes efficaces d'acheminement des informations et de leur diffusion au sein de l'administration, tout en maintenant le respect des règles de légalité, spécialité et proportionnalité qui limitent le droit de chaque administration dans son action.

Cette information collectée, une fois traitée par l'Administration, représente une plus value qui pourrait intéresser les entreprises soucieuses d'une meilleure information lors de leurs prises de décisions... La commercialisation des données détenues du secteur privé doit être envisagée moyennant certaines conditions et dans le respect du droit de la concurrence.

CONCLUSIONS

39. Traditionnellement, le droit de l'informatique s'est défini comme une application particulière principalement du droit des contrats et de la propriété intellectuelle. La question du droit des libertés fondamentales s'y trouvait également posée. La révolution technologique, l'ampleur des investissements, les changements sociaux amènent à élargir la liste des branches traditionnelles du droit impliquées par le développement des N.T.I.C. :

- le droit de la concurrence nous apparaît tenir une première place dans l'approche que le droit à des systèmes d'information: face à la multiplication des réseaux, face à la montée

des standards, le droit de la concurrence apporte une solution privilégiant l'innovation technologique et l'accès à l'information:

- le droit public est profondément remis en cause. L'entreprise publique n'est plus ce qu'elle était : exploitation et réglementation sont clairement dissociées. Les cloisonnements professionnels, base de la réglementation et de l'organisation de l'économie s'effondrent là où les métiers se fondent, technologie aidant: le secteur de la presse en est sans doute le meilleur exemple;
- le droit du travail, lui-même, est appelé à perdre son axiome de base: au moment où travailler n'est plus synonyme de localisation au sein d'un immeuble qualifié d'entreprise même si malgré cette délocalisation, les contrôles et la vulnérabilité du travailleur s'accroissent et appellent à des nouvelles formes de protection des travailleurs.

Au-delà de la liste de ces disciplines du droit nouvellement touchées par le développement des N.T.I.C., frappe plus encore l'interaction qu'entretiennent entre elles les disciplines dans la mise en œuvre de solutions: la question de la protection des produits des N.T.I.C. mettait en évidence le conflit entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence (cf. supra n° 16) le droit des contrats devient une solution reconnue destinée à assurer la protection des données dans les flux transfrontières, le droit des télécommunications pénètre le droit de l'audio-visuel, on pourrait multiplier les exemples. Qu'il nous suffise de constater la haute complexité juridique dont le juriste d'entreprise aura à tenir compte lors de l'acquisition, de la mise sur pied ou de la diffusion de produits ou services informationnels.

40. Au-delà des disciplines, nous préoccupe la continuelle visée de l'intervention juridique dans le domaine des N.T.I.C.: la recherche d'équilibres. Equilibre entre partenaires d'une opération d'informatisation (supra n° 17 et s.), équilibre entre concepteur de produits informationnels et utilisateurs voire concurrents (supra n° 15 et s.), équilibre entre service public et développement concurrentiel des services de télécommunications (supra n° 24), équilibre entre droit à l'information des fumeurs et celui des fichés (supra n° 31 et s.), autant d'équilibres qui visent à ne pas enfreindre la circulation de l'information, des services et produits informationnels au nom d'un soi-disant droit de propriété qualifiée "intellectuelle" ou "vie privée".

Finalement, les réglementations doivent à la fois assurer une réelle maîtrise des nouvelles technologies de l'information, et favoriser leur développement en garantissant la sécurité tant de l'offreur de produits que de l'utilisateur.

Pour ce faire, elles doivent repenser les fondements classiques de leur intervention. Ainsi, le support écrit et la propriété corporelle ne peuvent plus être les références exclusives de nos législateurs. L'approche sectorielle de nos réglementations doit de même être abandonnée lorsqu'on aborde les services nés des nouvelles technologies de l'information.

De façon positive cette fois, nos législations doivent être souples si elles veulent encadrer durablement une donnée technique en pleine évolution. Ceci signifie sans doute qu'une législation de qualité en la matière ne se conçoit pas à la hâte et que les principes généraux qu'elle établit doivent trouver leurs relais dans l'autoréglementation que l'autorité publique doit organiser (création d'organes de normalisation, encouragement à la création de codes de conduite et contrôles a posteriori).

9 janvier 1992

BIBLIOGRAPHIE - SOMMAIRE *

Généralité

M.F. RADCLIFE, *The Future of Computer Law : Ten challenges for the Next decade* (1991) 10 EIPR, pp. 358 et s.

J.P. BUYLE, *L'informatique. Chron. de jurisprudence* (1976-1986), *J.T.*, 1988, pp. 93 et s.

Propriété intellectuelle

Office of Technology Assessment, *Computer Software and Intellectual Property - Background Paper*, n° 17, 1990.

S. DENIS, Y. POULLET, X. THUNIS, *Banques de données. quelle protection juridique ? Cahier du CRID n° 2*, 1988.

Droit des contrats

K. GROGAN, *Contracting Royalty and other Issues posed by New Technology*, *Eleventh Annual US Computer Law Institute*, 1990, 1 et s.

Télécommunications

B. AMORY et Alii, *Vers une nouvelle réglementation des télécommunications*, *Cahier du CRID n° 4*, 1990.

Preuve

M. ANTOINE, J.F. BRAQUELAND, M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies*, *Cahier du CRID n° 7*, 1991.

Protection des données

BING J., *Impact of Developing Information Technology on Data Protection Legislation*, Paris, Report prepared for ICCP, OCDE, 1986.

BURKERT H., *The Law of Information Technology - Basic concepts*, *Colloque de l'ABDI, Computer and Telecommunications. Is there a lawyer in this Room. 7-10 déc. 1987*, Travaux et précis de la Faculté de Droit de Namur, Bruxelles, Ed. Story Scientia, 1989.

I.B.I., *De l'informatique juridique au droit de l'informatique*, *Document*, DR 09, Janv. 1983.

POULLET Y., *Les concepts fondamentaux de la protection des données et les nouvelles technologies de l'information*, Conseil de l'Europe, Conf. d'Athènes, nov. 1987, publiée in *D.I.T.*, 1988.

* Vu le propos de cet article, nous ne nous sommes référés ici qu'à quelques ouvrages de base. Le lecteur voudra bien trouver une bibliographie plus complète auprès de ces ouvrages.