

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit de l'informatique existe-t-il ?

Poullet, Yves

Published in:

Droit de l'informatique : enjeux - nouvelles responsabilités

Publication date:

1993

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1993, Le droit de l'informatique existe-t-il ? dans *Droit de l'informatique : enjeux - nouvelles responsabilités*. s.n., s.l., pp. 1-43.

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.

LE DROIT DE L'INFORMATIQUE EXISTE-T-IL ?

par

Y. POULLET,

*Doyen de la Faculté de Droit de Namur
Directeur du Centre de Recherches
Informatique et Droit*

INTRODUCTION

LE "DROIT DE L'INFORMATIQUE": DE L'ASSERTION AU MIRAGE

1. Tant d'ouvrages (1), tant de colloques (2), tant de revues (3),

(1) Sans pouvoir les citer tous, notons en particulier les ouvrages suivants :
en France : de M. VIVANT (éd.) Lamy, Droit de l'informatique, 1992, 3e éd. ; J. HUET,
H. MAISL, Droit de l'informatique et des télécommunications, Litec, 1989, A. LUCAS,
Le droit de l'informatique, PUF, 19887.

En Italie : V. FROSINI, Informatica, diritto e societa, 2e ed., Giuffrè, Milano.

Au Royaume-Uni : P. KNIGHT, The legal environment of computing, Addison, Wesley,
1990 ; C. TAPPER, Computer Law, London, Longent, 1989 ; Encyclopedia of Information
Technology Law, Saxby (ed.), London, Sweet et Maxwell, 1990.

En Belgique : outre la chronique de BUYLE, LANOYE et WILLEMS, L'informatique,
Chronique de Jurisprudence (1976-1986), J.T., 1988, 93-104, 114-123, la thèse remarquable
de S. GURTWIRTH, Waarheidsaanspraken in Recht en Wetenschap, een onderzoek naar
de verhouding tussen Recht en Wetenschap met bijzondere illustraties uit het
informatierecht, Polycopié VUB (l'auteur s'attache en particulier aux questions de propriété
intellectuelle et industrielle et de vie privée).

ne sont-ils pas là pour attester l'existence et la bonne santé de cette nouvelle branche du droit : le droit de l'informatique. S'agit-il par là d'affirmer que la complexité de son objet rejaillit sur la nature d'un droit dès lors réservé à quelques initiés (4)? Je le crains parfois! S'agit-il de justifier l'autonomie des solutions apportées par ce droit et son rejet des solutions classiques? Je le crains plus encore... non que le droit ne doive évoluer lorsque des technologies modifient profondément tant la structure de la société que les relations de pouvoir qui s'y tissent, mais simplement parce que cette évolution doit être réfléchie et, dans toute la mesure du possible, à l'aide des concepts que la tradition juridique a forgés. Bref, l'informatique, et plus largement les technologies de l'information et de la communication, invite bien plus à une relecture du droit qu'à une révolution. Et lorsque révolution il y a, je suis parmi ceux qui craignent

(2) (...suite)

(2) Ainsi, parmi beaucoup d'autres, le colloque organisé par l'ABDI, tenu à Bruxelles du 9 au 11 décembre 1987: *Computers and Telecommunications: is there a lawyer in this room*, Précis et travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 8, Story Scientia, 1989; ceux organisés par CELIM, dont "Les transactions commerciales assistées par ordinateur", Litec, 1989; le Congrès international "informatique et Droit", organisé par l'AQDIJ du 30 septembre au 3 octobre 1992 à Montréal (à paraître); ceux organisés tous les 3 ans à Rome par le CED (Centro elettronico di documentazione), *Informatica e diritto*, etc.

(3) Ainsi, on citera, sans prétendre être exhaustif, les revues anglaises: *The Computer Law and Security Report* (ed. Elsevier), *Telecommunications Policy* (ed. Butterworths); américaines: *Jurimetrics Computer Law Journal* (ed. American Bar Association) et néerlandaises: *Computerrecht* (ed. Kluwer); italienne: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica* (ed. Giuffrè); françaises: *Droit de l'informatique et des Télécommunications* (éd. Story-Scientia - éd. des Parques), *Expertises* (éd. des Parques), *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*; allemande: *Datenschutz und Datensicherung* (ed. Vieweg).

En Belgique, 3 centres universitaires s'intéressent particulièrement à ce droit, soit le C.R.I.D. - Centre de Recherches Informatique et Droit de Namur (F.U.N.D.P.), l'ICRI - Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica (KUL) et l'IRIS - (VUB). Notons enfin, l'existence d'une Association Belge de Droit de l'Informatique (ABDI) regroupant l'ensemble des praticiens, chercheurs intéressés par l'impact de l'informatique sur le droit (Président: E. MEYSMANS).

(4) Sur un ton très critique, les propos de M. VIVANT évoquant les "délices qu'il y a à déclarer l'informatique, chose si singulière qu'il faudrait un nouveau droit... et de nouveaux juristes pour l'appréhender" soulignant combien "l'idée est valorisante (être le prêtre d'un quelconque ésotérisme ou, si l'on préfère, le spécialiste qui seul détient le savoir est toujours très flatteur) et commode (car elle dispense d'avoir à faire oeuvre de cohérence avec un droit extérieur, par définition réputé "autre")" (M. VIVANT, *Informatique et propriété intellectuelle*, J.C.P., 1984, I-3169). Pour d'autres références, cf. le même auteur in Lamy, *Droit de l'Informatique*, 1991, n° 1.

que ce soit la puissance de certains et non les soi-disantes lacunes de notre ordre juridique qui justifient l'ordre informatique nouveau (5).

2. M. VIVANT (6) notait en introduction du Lamy: "Il est tout à fait possible de parler d'un droit de l'informatique comme on parle d'un droit de l'entreprise. L'objet auquel les normes juridiques s'appliquent, ici l'entreprise, là l'informatique, constitue le creuset (7) dans lequel viennent se fondre des règles de tous ordres, les unes très classiques, les autres amendées par la fonction spécifique qu'on attend d'elles, d'autres encore entièrement neuves et conçues pour répondre à des besoins nouveaux... Mais il reste vrai que ce droit "ne se définit que par son objet" (8)".

(5) C'est tout le propos de la thèse de Mr. GURTWIRTH, "Inderdaad, het informaticarecht matigt zich de vrijheid en het recht aan om voorstellen en oplossingen te formuleren die afwijken van gangbare rechtsregels en -principes. Het recht wordt zodoende ingeschakeld als instrument en de politiek die ter zake wordt gevoerd. Deze instrumentalisering gaat overigens zover dat dikwijls zelfs expliciet wordt gesteld dat van vigerende regelingen en principes mag afgeweken worden om de "feitelijkheid" bij te houden" (op.cit., p. 863).

(6) M. VIVANT, *droit de l'informatique*, n° 1; dans le même sens, P. KNIGHT, *The legal environment of computing*, p. 5 à 10.

(7) Comp. l'expression utilisée par MM. HUET et MAISL parlant d'un droit carrefour, op. cit., n° 11; Cf. également, les remarques de P. CATALA (in *Droit et Informatique*, L'hermine et la puce, Collection Frederik R. Bull, 11, Masson 1992) qui considère que "le droit de l'informatique se présente sous forme d'adjonction ou d'abrogation affectant une partie du droit", chaque discipline particulière du droit étant affectée par l'informatique: droit pénal informatique, droit des biens informationnels, droit des assurances informatiques, droit des contrats informatiques, etc.; cf. également G. VANDENBERGHE, *Informatica en recht een overzicht*, T.P.R., 1981, 275, 287. Sur tout ce débat, le lecteur se référera utilement à la thèse de M. GUTWIRTH, op.cit., p. 5132 et s.

(8) M. VIVANT, op.cit., cod loco. L'auteur évoque la comparaison avec le "droit" de l'entreprise. A ce propos, les réflexions intéressantes de BOUKEMA (*Ontwikkelingen van informatierecht via de rechter, Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 1987, 424-436) et de GUBBONS (*The relationship between Law and Science, IDEA - The Journal of Law and Technology*, 22, 1982, 43) qui comparent l'idée d'un droit de l'informatique à l'idée saugrenue d'un droit de l'automobile. "Under this view... the advent of a new technology requires that laws be changed to fit the technology into society. The introduction of the automobile, for instance, resulted in great legal innovation - traffic laws, licensing laws, insurance laws,..."

Ceci dit, les contours même de l'objet de ce droit deviennent flous (9). Les mutations technologiques accroissent chaque jour dans des mesures insoupçonnées les capacités et les qualités de l'outil informatique. Cette modification quantitative et qualitative bouleverse les usages hier professionnels et relativement contrôlables, aujourd'hui et demain largement diffusés et aux applications infinies. Le mariage de l'informatique et des télécommunications, la téléinformatique, élargit encore le champ des possibles. Il remet en question l'idée d'un outil informatique bien identifié et localisé au profit d'une conception mettant l'accent sur une information répartie au sein de réseaux locaux, nationaux, voire internationaux à travers lesquels circule une information de plus en plus fine et abondante dans le cadre de services dits télématiques (courrier électronique, téléconférence, téléshopping, etc.) (10).

Enfin, la digitalisation de l'image et de la voix, les capacités de transport de nos réseaux dits à large bande abolissent les frontières entre les mondes industriels que représentent l'informatique et les télécommunications et ceux traditionnellement culturels des médias et de l'audiovisuel (11).

3. Ainsi, le droit de l'informatique défini par son objet *technologique*, le traitement de l'information s'est vu progressivement rebaptisé "droit de l'informatique et des télécommunications": son objet reste

(9) Sur ces contours flous, lire E. DOMMERING, *Informatierecht of Informaticarecht, Computerrecht*, 1985, 7, 37 et s.; et surtout l'ouvrage *Appropriation et circulation de l'information*, de LAMBERTERIE (éd.), Brises, Paris, CNRS, 1988. A noter la déclaration qui conclut l'article déjà cité de BUYLE, LANOYE et WILLEMS: "Au terme de notre examen, nous doutons qu'il existe un droit de l'informatique spécifique et nous nous trouvons confrontés au paradoxe de publier une chronique sur un droit qui n'existe pas... Droit de l'informatique: droit fantôme ou droit en devenir? Au lecteur d'en juger." (p. 93).

(10) Sur cette explosion des services télématiques et leur futur, lire entre autres H. UNGERER, *The Green Paper on the development of the Common Market for Services and Equipment, European policy in the field of Telecommunications, Computers and Telecommunications; Is there a lawyer in this room?*, op.cit., 1989, 61 et s. Dans le même ouvrage, p. 111 et s.: Introduction aux aspects juridiques des contrats télématiques professionnels.

(11) A cet égard, sur l'évolution des réseaux et les questions soulevées par cette évolution, le remarquable article d'E. NOAM, *Le réseau public de télécommunications*, Réseaux n° 56, CNET, 1992.

technologique mais s'élargit au traitement et à la transmission de l'information (12), soulevant de nouvelles questions comme celles de la maîtrise des circuits de transmission de l'information et de la dématérialisation des transactions.

L'appellation est elle-même abandonnée au profit de celle de "droit de l'information" (13), lié au développement d'une société et d'une économie nouvelle: la société et l'économie de l'information. Ce dernier élargissement invite à décentrer la réflexion: l'objet technologique n'est plus étudié pour lui-même mais en tant qu'instrument d'aménagement et de renforcement des relations de pouvoir économique, social et culturel qui peuvent exister entre détenteurs et utilisateurs d'informations (14). Qu'il s'agisse de la question de l'accès aux sources des logiciels, de la normalisation et de l'ouverture des réseaux de télécommunications, de la disponibilité des données détenues par l'Administration, de la télévision dite "sans frontières", la préoccupation est la même: négativement, combattre les risques importants de déséquilibre et de position dominante que procure la maîtrise de l'information, de son traitement ou de sa communication; positivement, assurer, en paraphrasant l'article 1 de la loi française "Informatique et libertés", que l'organisation des circuits d'information s'opère au bénéfice de tous, dans le respect d'une

(12) C'est le titre de l'ouvrage de MM. HUET et MAISL "Le droit de l'informatique trouve donc son prolongement naturel dans un droit de l'information (nous soulignons) et de la communication" (op.cit., n° 13). Cf. également la réflexion de P. LECLERCQ, *Introduction à un cours sur le droit de l'informatique*, Cahiers du Barreau de Paris, n° 2, 1987, p. 21 et s., n° 32: "...le champ d'application du droit de l'informatique est d'autant plus difficile à définir que, sous l'influence de l'informatique, un large décloisonnement s'opère... A l'époque des entreprises "multimédias", c'est un droit de la communication qui est apparu".

(13) Parmi les premiers, FIEDLER et BURKERT (Une approche structurée de l'enseignement de la politique de l'information et du droit de l'information, *Proceedings Conf. Informatique et Droit*, oct. Rome, 1985, Strasbourg, Conseil de l'Europe, p. 81: Le droit de l'information englobe les dispositions légales et réglementaires applicables à l'information et au traitement de l'information en tant que telle".

(14) A cet égard, l'affirmation de MM. NORA et MINC dans leur rapport célèbre: *L'informatisation de la Société* (Paris, La documentation française, Points Politique, 92, p. 11): "La télématique, à la différence de l'électricité, ne véhiculera pas un courant inerte mais de l'information, c'est-à-dire du pouvoir". Cf. également les passages éclairants de GUTWIRTH, op.cit., p. 27 et s. et p. 556 et s.

concurrence loyale entre les acteurs économiques (mais également culturels) et que l'ordre public soit assuré (15).

4. Faut-il pour autant affirmer que le droit de l'informatique est mort et que vive le droit de l'information? Une telle affirmation n'a pas de sens: quel lien peut-il encore y avoir entre l'analyse de la jurisprudence des contrats informatiques et la réglementation de l'audiovisuel, si ce n'est l'exigence chaque fois présente pour le droit de sortir de lui-même non pour faire prédominer le fait technologique mais pour en saisir toutes les implications et en mesurer le développement à l'aune des intérêts que le droit prétend défendre.

En d'autres termes, les technologies de l'information et de la communication créent de nouveaux usages dont la légitimité est discutable. A quelles conditions l'installation, dans une entreprise privée, d'une centrale téléphonique numérique (les autocommutateurs) qui permet un contrôle systématique des communications des employés est-elle acceptable? L'amélioration des qualités interactives d'un câble de télédistribution permet à ses opérateurs d'offrir des services concurrents

(15) Comp. avec la notion de "droit de l'information et à la communication" développée, à propos du droit des médias et des télécommunications, par P. TRUDEL (Droit de l'information et de la communication, Thémis, Montréal, p. 87) à la suite du rapport canadien McBride "Chacun a le droit de communiquer. Les éléments qui composent ce droit fondamental de l'Homme comprennent les droits suivants...: a) le droit d'assemblée, de discussion, de participation et autres droits d'association; b) le droit de poser des questions, d'être informé, d'informer...; c) le droit à la culture, le droit de choisir, le droit à la vie privée et autres droits relatifs au développement de l'individu...". Comp. également avec la notion de "droit de l'information" développée par M. HANOTIAU dans un article récent (Le droit de l'information, Rev. trim. de dr. Hum., 1993, 23): "On peut définir (le droit de l'information) sommairement comme étant le droit pour les citoyens de recevoir des informations aussi complètes, diversifiées et honnêtes que possible. La nouveauté, par rapport à la conception classique de la liberté d'expression, est la prise en compte des besoins, des intérêts et des droits de ceux à qui la communication s'adresse". Sur la notion de droit à l'information, lire SIEBER: Informationsrecht und Recht der Informationstechnik. Die Konstituierung eines Rechtsgebietes in Gegenstand, Grundfragen und Zielen, N.J.W., 1989, 2569-2580: "diesen Konzept der Informationsfreiheit, des Persönlichkeitsschutzes und des wirtschaftlichen Wohlstandes als Antwort auf die neuen Chancen und Risiken von "zweiter industrieller Revolution" und "Informationsgesellschaft" ist das Informationsrecht - zur Zeit vor allem als werdendes Recht verpflichtet".

Le lecteur trouvera dans la thèse de GUTWIRTH bien d'autres références (op.cit., en particulier, p. 15 à 64). Cf. également du même auteur, Het juridisch statuut van informatie, in Technologie en Recht, De Vroede (éd.) Antwerpen, Kluwer, 1987, 223.

aux opérateurs des réseaux de télécommunication en même temps qu'il les autorise à offrir des services de communication audiovisuelle à péage. Comment dès lors réglementer ces nouvelles activités? L'émergence ébranle de diverses manières les concepts définis et les équilibres mis en place par le droit traditionnel et exige une relecture de celui-ci. Ainsi, faut-il considérer une banque de données comme un produit (une chose que l'abonné client loue à l'occasion d'une interrogation) ou sa mise à disposition comme un service (comme l'est la fourniture sur commande d'un renseignement)? La messagerie vidéotex est-elle correspondance privée ou moyen de communication publique?

Bref, il ne s'agit ni d'un droit de l'informatique, ni d'un droit des technologies nouvelles de l'information et de la communication mais du droit interpellé par les usages existants ou potentiels nés du développement de ces technologies. C'est la réponse du droit à une telle interpellation qui est l'objet de notre propos. Elle suppose de la part du juriste un effort de clarification des concepts fondateurs de nos réglementations et des équilibres institués par ces dernières (16). Au terme de cet effort, soit le Droit trouvera, dans ces concepts et équilibres traditionnels, les fondements adéquats permettant d'accueillir et d'encadrer le donné technologique, soit, faute de réponse satisfaisante, il exigera des solutions nouvelles permettant de légitimer les usages nouveaux.

5. Le propos conduit à exprimer les thèses suivantes:

Négativement, il s'agit de nier l'autonomie (17) du droit de

(16) Cf. toutes les réflexions de GUTWIRTH (op.cit., p. 574 et s. et ses conclusions, p. 850 et s.) sur la "retenue" que doit avoir le juriste vis-à-vis des soi-disants "faits" imposés par la technologie et sur l'importance de concevoir les concepts juridiques comme autonomes par rapport aux faits. C'est tout le sens qu'il donne à l'idée d'un droit "contra factice", c'est-à-dire ayant son autonomie conceptuelle face à la pression des faits.

(17) Comp. avec la réflexion de M. LUCAS (La notion d'information, Approches juridiques, in Appropriation et circulation de l'information, op.cit., p. 12) qui conclut: "Cette démarche (celle qui dénie toute autonomie du droit de l'informatique) paraît trop prudente à ceux qui pensent que l'avènement d'une société d'information passe par un bouleversement des catégories juridiques. Au moins permet-elle de dépasser le stade des pétitions de principe". Du même auteur: "La vérité oblige à dire que la recherche dans le domaine du droit n'a pas été à la hauteur des enjeux. La raison est que les juristes n'ont pas su prendre le recul nécessaire et se sont souvent bornés à solliciter l'intervention du

(suite...)

l'informatique ou plus largement des technologies de l'information et de la communication, de *s'opposer à l'idée d'un droit séparé, constitué d'un corps original de règles créées sous la contrainte des spécificités des produits et services issus du développement de la technologie.* Positivement, la réflexion juridique menée à propos de ces développements technologiques reconnaît la nécessité d'approfondir *les concepts traditionnels, au-delà des évidences du droit traditionnel* (Chapitre I).

Au-delà de cet approfondissement, la réflexion conduit à constater l'éclatement des cloisonnements que suit l'intervention réglementaire traditionnelle et oblige le Droit à construire des équilibres nouveaux, nécessaires pour légitimer les usages nés des développements technologiques (18) (Chapitre II).

Enfin, cette réflexion réclame la prise en considération d'un *autre mode d'intervention et de création du droit.* Le juriste doit être particulièrement attentif aux enjeux des solutions qu'il propose et reconnaître des liens institutionnels pour permettre une création évolutive du droit (Chapitre III).

CHAPITRE I

L'INFORMATIQUE : UNE INVITATION À RELIRE LE DROIT OU LES DANGERS D'UNE RÉVOLUTION

6. L'introduction évoquait le devoir nécessaire de retenue du juriste, signifiant par là, l'obligation qui lui est faite de confronter la nouveauté aux concepts anciens et de ne s'en écarter qu'à pas prudents, c'est-à-dire que lorsque l'analyse révèle de façon patente l'impossibilité de s'en satisfaire. Une telle obligation débouche souvent sur la constatation que les développements nés des technologies de l'information et de la communication permettent de revitaliser les concepts traditionnels (19) et souligne le danger des solutions ad hoc qui, si elles ont l'avantage de la simplicité apparente, créent à terme des perturbations graves dans l'ordre juridique. L'exemple du droit de la preuve électronique illustre l'intérêt de cette relecture du droit ; celui de la directive européenne relative à la protection juridique des logiciels par le droit d'auteur, le danger de la seconde approche.

(17) (...suite)
législateur pour combler tel vide (ou prétendu vide) juridique (...). La tâche, il est vrai, n'est pas simple. Il faut à la fois prendre en compte les revendications légitimes des professionnels de l'informatique en veillant à la cohérence du système juridique dans son ensemble. Cela impose de raisonner autrement que par slogan (...). L'effet de mode ne saurait suffire à justifier l'abandon de solutions éprouvées" (Lucas, *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, Themis, 1987, 20).

(18) A ce propos, nos conclusions (in *Droit et nouvelles technologies de l'information et de la communication* : de nouveaux enjeux, de nouvelles responsabilités pour l'entreprise, DA/OR, 1993, n° 40). Au-delà des disciplines, nous préoccupe la continue 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, équilibre entre concepteur de produits informationnels et utilisateurs voire concurrents, équilibre entre service public et développement concurrentiel des services de télécommunications, équilibre entre droit à l'information des fumeurs et celui des fichés, 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".

(19) Ainsi, la jurisprudence en matière de contrats informatiques témoigne de la façon dont l'approfondissement des concepts traditionnels (obligations précontractuelles d'information et de renseignements, devoir de bonne foi lors de l'exécution, unité juridique des contrats nonobstant la signature d'instruments distincts, parfois même en cas de pluralité de fournisseurs) a permis de remédier à l'inégalité entre fournisseurs et utilisateurs. Cf. sur ce point notamment, les réflexions de BUYLE, LANOYE, WILLEMS, art. cité.

Section 1. Le droit de la preuve électronique : (20) une invitation à relire le droit

7. En résumé, l'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans la conclusion et la conservation de transactions peut légitimement faire craindre la rupture de trois principes auxquels le droit de la preuve est attaché : (21)

- le principe du contradictoire : chacun des contractants doit disposer également des moyens de preuve. Il s'agit typiquement de la formalité du double de l'article 1325 du Code civil ;
- le principe de la transparence : chacun doit être à même, à travers le mode d'établissement et de conservation de la convention, de mesurer la portée de son engagement ;
- le principe de la permanence du support auquel chacun doit toujours pouvoir se référer et qui contredit la volatilité intrinsèque du document électronique.

Cette triple rupture légitime-t-elle une remise en cause totale de la preuve dite électronique et dès lors une réglementation ad hoc de celle-ci ? La démonstration que nous proposons s'attache à montrer qu'une meilleure compréhension des trois concepts clés en matière de preuve de la conclusion et de la conservation des documents contractuels permet d'accueillir, dans le respect des équilibres voulus par le législateur de 1804, une telle preuve dite électronique sans modification majeure de notre législation sur la preuve (22).

(20) Nous reprendrons sur ce point, une synthèse des réflexions proposées in Droit de la preuve : de la liberté aux responsabilités, quelques réflexions de droit continental européen, Actes du colloque de Montréal, octobre 1992. Sur ce point également, M. ANTOINE, M. ELOY, J.F. BRAKELAND, Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies, Cahiers du CRID, n° 7, 1991 ; I. de LAMBERTERIE et alii, La valeur probatoire des documents informatiques, Probat, Rapport établi pour la Commission européenne, Septembre 1990 (document non publié).

(21) Sur ces déséquilibres, le remarquable rapport de F. GALLOUEDEC GENUYS, in Une société sans papier : Nouvelles technologies et droit de la preuve, Paris, La documentation française, 1990, 64 et 65.

(22) Dans le même sens, les réflexions de I. de LAMBERTERIE, La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la CEE, RIDC, 1992, 660 et s.

A. Le préalable : les trois concepts clés du droit de la preuve à l'épreuve de l'électronique

8. Il est banal de rappeler que le droit de la preuve organise la protection -certes partielle- de celui vis-à-vis duquel on se prétend créancier. Face à son créancier, le prétendu débiteur opposera l'absence ou le défaut de qualité du "support" fondant une telle réclamation ; il se prévaudra de l'absence d'adhésion au contenu de ce support ou enfin établira la fidélité insuffisante réelle ou réputée du mode de conservation du support par rapport à l'original.

En d'autres termes, trois concepts organisent en deux temps le droit de la preuve : les notions de "support" ou "*d'écrit*", d'une part, d'"adhésion" ou "*signature*", d'autre part, éclairent la preuve de la conclusion d'un contrat ; celle de *copie*, sa conservation.

Le premier propos est donc d'examiner si et à quel prix ces concepts supportent le qualificatif "électronique".

A première vue, ces trois concepts encadrent la réalité de la preuve électronique : celui à qui on oppose le document électronique, soit objectera le défaut de qualité ou de fiabilité des programmes à l'origine du support sur lequel s'appuie la preuve électronique, soit contestera qu'il ait opéré l'opération qu'on lui impute, soit enfin se prévaudra de la volatilité intrinsèque du document électronique et des aléas de sa conservation.

9. La notion de "signature électronique", fréquemment utilisée, est-elle acceptable juridiquement ? Certes, la jurisprudence de nombreux pays (Belgique, Danemark, Portugal, Allemagne) maintient l'exigence d'une signature manuscrite, marque par laquelle une personne révèle sa personnalité aux tiers (23). Une conception plus fonctionnelle de la signature s'écarterait d'une vision aussi étriquée. Il s'agit d'un signe par lequel une personne, d'une part, s'identifie comme l'auteur d'un acte et,

(23) Cf. à ce propos, l'étude PROBAT menée pour la Commission européenne, La valeur probatoire des documents informatiques, Septembre 1990, (doc. non publié) et l'étude effectuée par le cabinet bruxellois Lodomez-Crouquet pour le programme TEDIS, Situation juridique des Etats membres au regard du transfert électronique de données, Bruxelles, 1989.

d'autre part, indique sa volonté d'adhérer au contenu de l'acte auquel la signature se réfère et sur lequel elle a été apposée. En ce sens, certains procédés d'identification et d'authentification électronique pourraient être reconnus comme de véritables signatures. Une analyse plus fine des caractéristiques fonctionnelles de la signature permet de poser les conditions de reconnaissance de la signature électronique: la relation "signature-signataire" doit être unique: à une signature donnée, on ne peut associer qu'un et un seul signataire; la signature doit être suffisamment infalsifiable et inimitable; l'apposition de la signature doit être significative et être accolée au document auquel la signature se réfère; enfin, il ne peut y avoir aucun délai de temps entre l'acceptation du contenu du texte par le signataire et l'apposition réelle de la signature (24).

10. La notion d'écrit n'est guère définie par notre législation. La seule définition légale de l'écrit est celle du code de procédure allemand; le terme "écrit" recouvre toutes "les formes d'expression directement lisibles", qu'elles soient sur support papier, optique, magnétique, etc. Une telle définition confirmée par d'autres jurisprudences répond au souci de rencontrer les procédés multiples et variés de stockage et transmission de données (25).

La grande valeur probante reconnue à l'écrit s'explique par ses caractéristiques. Il constitue un support stable et fiable sur lequel figurent des signes formant un langage. Un tel concept est "ouvert" et son extension ne se réduit pas au seul document papier: le langage peut être codé, la stabilité peut s'entendre de la possibilité pour le document d'être à tout moment produit en cas de survenance d'un litige, la fiabilité, enfin, peut être garantie par le mode technique de stockage et de transmission des signes et non par la qualité du papier. Bref, on reconnaît comme écrit tout document reproduisant de façon suffisamment durable la volonté

(24) Sur ces caractéristiques fonctionnelles de la signature et de l'écrit, nous ne pouvons que renvoyer le lecteur à l'étude fondamentale de M. ANTOINE, M. ELOY et J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du CRID, n° 7, 1991, Bruxelles, Story Scientia.

(25) Ainsi, en particulier la jurisprudence française déjà ancienne relative à l'article 1347 du code Napoléon qui, à propos du commencement de preuve par écrit, admet l'enregistrement sonore, la photographie, etc. Cf. dans le même sens, les doctrines et jurisprudences néerlandaise, luxembourgeoise, portugaise et irlandaise (cf. TEDIS, op.cit., et PROBAT (rapport cité).

d'une personne par des signes susceptibles d'être lus, grâce à un procédé approprié et pas seulement l'apposition de signes sur papier.

Ainsi, s'il paraît nécessaire d'étendre la notion d'écrit, pour sa meilleure compréhension, il semble tout aussi indispensable de définir les critères de sécurité qui permettront au document électronique de constituer un écrit. Ces critères supposent la disponibilité du document sur support informatique ou papier et préviennent les risques au niveau de la fiabilité et de l'intégrité. Nul besoin n'existe dès lors de créer une législation ad hoc pour déterminer la valeur probatoire des documents ou signatures électroniques, là où les concepts traditionnels de l'article 1341 du code civil non seulement s'avèrent suffisamment adaptés, mais en outre appellent, de par la meilleure compréhension de ces concepts, un examen des conditions de recevabilité des substituts électroniques du document papier et de la signature électronique.

11. Le même type de raisonnement légitime par contre la prise d'une législation ad hoc en matière de copie électronique. Traditionnellement, la copie a mauvaise presse et l'article 1334 de notre code civil ne fait que traduire cette méfiance lorsqu'en présence de copies, il permet toujours d'exiger l'original. La faible qualité des copies et les risques de manipulation lors de l'opération de transcription justifient une telle attitude.

Les sécurités techniques et organisationnelles qui peuvent entourer les opérations d'archivage électronique plaident pour un changement de mentalités. La distinction "original-copie" y répond non seulement aux besoins soulevés par l'archivage, c'est-à-dire la conservation à plus long terme des données, mais également à l'exigence de tenir compte de l'intrinsèque volatilité des documents électroniques transcrits instantanément d'une mémoire à l'autre pour les besoins de la transaction, voire pour les seules nécessités du système. En d'autres termes, en matière de document électronique, il est difficile de distinguer l'original de sa copie et l'opprobre lancée par quelques législations sur les copies soulève difficultés. La nécessité de reconnaître à la copie "fidèle" la même force probante qu'à l'original répond à une inquiétude exprimée par les entreprises dans leurs relations tant avec leurs clients et leur fournisseurs qu'avec les administrations. Si modification législative il doit y avoir, c'est à propos de la valeur probante des modes de conservation des transactions et non des modes de conclusion de celles-ci.

La notion de copie est donc à définir: "constitue une copie, le document reproduit sur support d'information provenant de l'enregistrement d'un écrit sous signature privée" et le qualificatif "fidèle" de même. Une copie est réputée fidèle lorsque les originaux ont été enregistrés selon des critères de sécurité fixés par l'autorité, c'est-à-dire des critères d'intégrité et, le cas échéant, de durée et de confidentialité. Analyser le caractère "fidèle" de la copie d'un document, c'est faire attention aux problèmes relatifs aux méthodes de rajeunissement des supports, aux moyens de prolongation de la durée de vie d'un support, aux défauts et qualités du support électronique. Les travaux du Conseil de l'Europe (26) permettent de définir les critères de recevabilité d'une copie électronique et constituent une référence adéquate pour une réforme du droit belge de la preuve.

B. Une nouvelle approche réglementaire du droit de la preuve

12. A la question: "faut-il modifier profondément la législation du droit de la preuve pour y faire entrer la réalité des ordinateurs et des technologies de la communication?", la réponse doit être en grande partie négative. Il ne s'agit pas de révolutionner un droit dont les concepts non seulement permettent d'accueillir la réalité nouvelle mais en outre imposent à celle-ci de répondre à des qualités et exigences déduites de ces concepts mêmes. Sans doute, envisagera-t-on certains compléments, voire fixera-t-on le mode d'accompagnement nécessaire à garantir cette réponse!

Ainsi, notre raisonnement proclame l'équivalence de principe entre les nouveaux modes de preuve et ceux traditionnels, équivalence de principe qui exclut tout rejet a priori du document électronique par le juge.

1) Il nous apparaît donc que, vis-à-vis de ce dernier, n'est en aucune manière justifiée une des positions du Conseil de l'Europe qui pour ouvrir à la preuve électronique le chemin des tribunaux, recommande la suppression dans tous les pays de l'exigence d'un écrit. Au contraire, la

suite de notre propos tend à démontrer l'intérêt de l'utilisation des concepts traditionnels du droit de la preuve: cette utilisation conduit à poser quelques exigences ou "critères" de recevabilité du document électronique comme écrit signé ou comme copie fidèle.

2) Notre critique vise également les réformes luxembourgeoise (27) et française (28). Ces deux réformes visent essentiellement à préciser les types d'impossibilité auxquelles l'article 1348 du Code civil fait référence. Faut-il le rappeler, l'article 1348 a pour effet de libérer le juge de la contrainte que constitue l'article 1341 du Code civil lorsqu'il y a eu impossibilité pour les parties de constituer un écrit.

Cette réforme de l'article 1348 du Code civil nous paraît regrettable à plusieurs égards. Il est tout d'abord dommage que l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies ait été réalisée par le biais de cette exception qui dispense de toute preuve écrite. Il est à craindre maintenant que l'extension apportée à l'article 1348 ait pour effet de vider l'article 1341 du Code civil de son contenu et qu'un régime de liberté probatoire, semblable à celui que nous connaissons en matière commerciale, soit ainsi instauré, au détriment des consommateurs.

Il nous paraît ensuite inacceptable de dire que l'usage des nouvelles technologies entraîne l'absence de preuve écrite. Lorsqu'il y a échange de données, même informatisé, il y a écrit ou du moins, il y a possibilité de se constituer un écrit, non pas un écrit appréhendé au sens restrictif du terme, mais bien un écrit dans une perspective évolutive.

Enfin, il y a une contradiction logique à admettre que l'utilisation de l'informatique constitue un cas d'impossibilité de se procurer un écrit. En l'occurrence, l'impossibilité n'existe pas, c'est volontairement que les acteurs — voire le plus souvent l'un des deux acteurs, celui qui précisément se prévaut de la preuve électronique — ont décidé de ne point recourir à l'écrit papier.

(26) Recommandation R(81)20 du 11 décembre 1981 relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques.

(27) Loi luxembourgeoise.

(28) Loi française du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques. Sur cette loi parmi beaucoup, M. CROZE, Informatique, preuve et sécurité, D. 1987, Chr. 165.

13. L'équivalence de principe affirmée ci-dessus conduit à une stricte application des législations sur le droit de la preuve (29). Quelques conséquences peuvent en être déduites dans le cadre de nos législations (30). Ainsi, si on peut admettre que le document électronique dûment authentifié est dans certains cas un écrit sous seing privé émanant de la personne à qui on l'oppose, cet écrit, dans la mesure où il ne remplira pas la formalité du double, n'aura pas la pleine valeur probante de l'article 1325 du Code civil mais celle d'un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil. On rappelle que la signature qu'elle soit manuscrite ou électronique peut faire l'objet d'une procédure en désaveu... La procédure portera sur la falsification du moyen de reconnaissance ou son usurpation par un tiers (31).

Enfin, de nombreuses dispositions particulières qui s'imposent l'écrit à propos de certains contrats tels les contrats de crédit ou d'assurance, doivent pouvoir être conclus par voie électronique, sous réserve des cas où la formalité est imposée ad solenitatem.

Au-delà de cette simple application de la réglementation traditionnelle, doit être adoptée à notre avis pour les raisons invoquées ci-dessus une législation relative à la "copie fidèle" qui, dans notre code, trouve naturellement à s'insérer à l'article 1334 du Code civil relatif à la copie.

14. Si équivalence de principe il peut y avoir, celle-ci reste conditionnelle, subordonnée à la preuve que le mode électronique de conclusion ou de conservation d'un document réponde aux exigences

(29) Dans le même sens, H. BURKERT, Une expérience positive de solution juridico-technique, le projet "OSIS", in Les transactions internationales assistées par ordinateur, Colloque CELIM, Bruxelles, mars 1986, Litec, 1987, p. 139 et s.

(30) Cf. sur ce point, le texte élaboré par le Centre de Recherches Informatique et Droit des F.U.N.D.P. de Namur à la demande de Mr. le Ministre de la Justice et le dossier M. ANTOINE, J.F. BRAKELAND, Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Dossier, Nouvelles des Technologies de l'Information, Bruxelles, n° 54 du 9.6.1992.

(31) La reconnaissance de la signature électronique comme signature doit permettre de lui appliquer les autres dispositions relatives à la signature. Ainsi, dans le droit belge, il convient de souligner qu'en vertu de l'article 1323 du Code civil, celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement sa signature (ou son écriture). En cas de désaveu, la vérification en est ordonnée en justice (article 1324 du Code civil), conformément à l'article 883 et suivants du Code judiciaire

fonctionnelles reprises ci-dessus. Le contenu de ces exigences doit s'apprécier eu égard à l'évolution technologique et aux fonctionnalités déduites de chaque concept. Il ne peut être question de définir une fois pour toute, en fonction d'un état donné de la technologie, l'implication concrète de chacune de ces fonctionnalités. Ainsi, la robustesse d'une signature peut supposer l'utilisation de méthodes cryptographiques toujours perfectibles et toujours plus sûres.

La difficulté pour chaque entreprise ou administration qui désire se prévaloir d'une preuve électronique de démontrer le niveau de qualité des mesures de sécurité ainsi exigées se conçoit aisément. En la matière, se développera inévitablement un mouvement en faveur de la normalisation au sein d'institutions ad hoc (32), normalisation qui sans être obligatoire représentera cependant un standard acceptable par les tribunaux, sous réserve d'expertise décidée par ces derniers. L'avantage d'une telle normalisation est sa relative souplesse. On sera cependant attentif à la possibilité y compris pour les représentants des consommateurs de participer à ces processus de normalisation (cf. à cet égard, les statuts de l'E.T.S.I.).

Section 2. La directive européenne sur la protection du programme du 14 mai 1991 : une mauvaise lecture du droit (33)

15. "Il restait, écrit VIVANT (34), ayant compris que les programmes justifiaient une protection, à "découvrir" une autre voie. Et ce fut le trait de génie de certains praticiens de percevoir dans le logiciel une oeuvre d'écriture pour en tirer l'idée qu'il devait être protégé comme tel au titre du copyright ou du droit d'auteur... on en vint à l'affirmation surréaliste que les programmes étaient des oeuvres littéraires" (35).

(32) Ainsi, l'Afnor en France a développé des normes en matière de copies "fidèles".

(33) Sur les critiques à adresser à cette directive et dont les réflexions ci-dessous ne sont qu'une maigre synthèse, l'article de GAUDRAT, BRIAT et TOUBOL, Europe des logiciels : au menu, P.L.A. du chef, à la mode bruxelloise, Dr. Inform. 1989, 2, 64-76 et 3, 58-62.

(34) M. VIVANT, Les grandes questions contemporaines du droit de l'informatique, in Actes du colloque Informatique et Droit, Montréal, oct. 1992, p. 3.

(35) Comp. à propos de la loi française du 3 juillet 1985, A. LUCAS, Le droit de l'informatique, op.cit., p. 208 et s.

Les objections à une telle assimilation dont chacun se plaît à reconnaître qu'elle est le résultat de la pression du monde industriel (36), sont nombreuses. Ainsi LUCAS (37) rappelle, en faveur de la brevetabilité ou d'une protection sui generis du programme, qu'il serait certainement plus réaliste aujourd'hui de mettre l'accent sur l'utilité de l'invention et non sur sa matérialisation. Qu'importe après tout que le procédé nouveau ne prenne pas vraiment la forme d'un dispositif tangible, s'il permet d'obtenir des résultats intéressants dans une activité économique. Dès lors que cette condition est remplie, c'est que l'invention ne se résume pas à une construction intellectuelle. Plus grave encore, la contradiction soulignée entre l'essence du droit d'auteur et son application aux programmes informatiques. Là où il s'agissait d'encourager la propagation des oeuvres et dès lors leur accès (38) en réservant aux auteurs une juste rétribution, le droit d'auteur appliqué aux programmes d'ordinateur a pour seule fin de réserver l'accès à la soi-disante oeuvre tout en monnayant le droit d'autrui d'en exploiter les fonctionnalités (39). Comment justifier autrement les sévères limitations au "reverse engineering" (40) et aux droits d'exploitation de l'utilisateur (41) imposées par la directive européenne.

(36) Ainsi les jugements de MM. VIVANT et le STANC (Lamy, Droit de l'informatique, p. 78); ceux de Mme M.A. HERMITTE, Histoires juridiques extravagantes, in L'homme, la nature et le droit, Paris, 1988, p. 56 et de J. BING, Computer technology and "industrial copyright", ICLA, 1990, 5.

(37) A. LUCAS, op.cit., 204. Comp. S. GUTWIRTH, thèse citée, p. 598 et s.

(38) Y. POULLET, La protection de programmes par le droit d'auteur en droit belge et néerlandais, aff. DA/OR, 1987, 182 et G. VANDENBERGHE, Bescherming van computersoftware, Informatica en Recht, Kluwer, Antwerpen, 1984, 98.

(39) Comp. B. EDELMAN (in La propriété littéraire et artistique, Paris PUF, 1989, p. 79-82) cité par S. GUTWIRTH, op.cit., p. 607: "En définitive, le logiciel se présente au regard du droit d'auteur comme un "monstre". Cela tient, sans doute, à sa nature intrinsèque - puisqu'il est le produit d'un travail intellectuel sur un matériel logico-mathématique -, à son mode d'élaboration, aux moyens techniques et financiers qu'il met en oeuvre et à sa finalité économique (...). L'oeuvre informatique n'est alors rien d'autre que l'expression d'une valeur conquise sur un marché - celui de l'information - et dont le régime a pour objectif et de la réserver (interdire le libre accès d'autrui) et de la commercialiser (faire payer cet accès à autrui)".

(40) Cf. en particulier J. HUET, Le "reverse engineering" ou "ingénierie inverse" et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe: questions de droit d'auteur et de la concurrence, D.S., 1990, 99-105.

(41) J. BERKVEN, Software protection and the E.C., the end User position, TDR, 1990, 18/20.

L'acceptation résignée par la doctrine majoritaire (42) d'une protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur laisse déjà percevoir quelques inquiétudes sur les bouleversements que risque d'entraîner l'assimilation des protections de l'oeuvre technologique et de celle littéraire: "Ainsi, la Cour de cassation française a dû repenser l'ancestral critère d'originalité sans qu'ait pu être mesurée l'adéquation du nouveau critère adopté aux oeuvres littéraires et artistiques "classiques" d'où il résulte une extrême incertitude de la jurisprudence et si le Bundesgerichtshof a opté en Allemagne pour la tradition, c'est en assumant le risque de priver la majeure part des logiciels de protection effective. Comme si l'alternative était - au moins pour les droits répondant à une certaine philosophie - de dresser un constat de carence ou bousculer le droit d'auteur, ce qui n'est pas, comme on pourrait être hâtivement enclin à le dire (et peut-être à le penser), bousculer les juristes (qu'importe...) mais surtout fragiliser le droit... qui ne s'arrête pas aux frontières de l'informatique" (43).

Ainsi, le moment de retenue du juriste ne signifie pas son immobilisme. S'il peut trouver, dans les concepts classiques ou plus exactement dans l'équilibre d'intérêts qu'ils traduisent, une solution heureuse face aux développements technologiques, il s'abstiendra de perturber l'ordre juridique (44). Souvent cependant, il devra constater

(42) Depuis le fameux "alea jacta est" prononcé par G. VANDENBERGHE qui en 1986, prend position finalement pour le droit d'auteur ("Auteursrechtelijke bescherming van computersoftware", Computerrecht, 1986, 224). Comp. J.P. TRIAILLE, Rapports nationaux sur les programmes d'ordinateur, systèmes experts et topographiques: Belgique, in L'informatique et le droit d'auteur, Actes du colloque de l'ALAI, 1989, ed. Y. BLAIS, 93-94: "La doctrine, dans sa grande majorité, accepte la protection par le droit d'auteur: cette évolution y est souvent perçue davantage comme un fait accompli... que comme une solution logique ou idéale".

(43) M. VIVANT, op.cit., Actes du colloque de Montréal, p. 3; Comp. A. STROWEL, L'originalité en droit d'auteur: un critère à géométrie variable, J.T., 1991, 516 et s.

(44) Cf. déjà nos réflexions à propos des législations accordant à la preuve électronique un régime sui generis. L'exemple du projet de directive sur la protection des banques de données en est un autre exemple. Distinguer le régime juridique des banques de données électroniques de celui des banques de données papier a-t-il un sens à l'heure du scanning?

que la réponse en droit manque et, sans se presser (45), lui faudra-t-il hâter une solution nouvelle, en dehors des chemins battus (46), constater l'ébranlement du droit et le reconstruire.

CHAPITRE II

NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION : UN DROIT ÉBRANLÉ, UN DROIT À RECONSTRUIRE

16. La spécificité des problèmes juridiques nés du développement des technologies de l'information et de la communication tient sans doute au fait que nous avons affaire à des innovations qui posent au juriste non plus des problèmes techniques mais bien de conscience (47). Il s'agit bien pour lui de constater que la société informationnelle se définit sur d'autres bases que celles fondant notre droit traditionnel et dès lors de reconnaître l'urgence de construire le droit de cette société.

(45) Cf. à cet égard le cri du cœur lancé par Mme S. ROZES (banques de données et droit d'auteur, in *L'hermine et la puce*, Coll. F.R. Bull, n° 11, p. 136) : " Les dangers d'une législations trop rapide ". Dans le même sens, à propos précisément de la protection par le droit d'auteur des logiciels, la remarque de M.A. HERMITTE (in *L'autonomie du droit par rapport à l'ordre technologique*, in *Ordre juridique et ordre technologique*, Paris, CNRS, 1986, 97) : " Lorsqu'un milieu professionnel pousse à la reconnaissance législative, l'organisation juridique est déjà en place et l'on demande essentiellement au juriste de ne pas la bouleverser et d'aller vite... ".

(46) C'est-à-dire constater que la " systématique " des concepts traditionnels (terme utilisé par G. VANDENBERGHE dans sa thèse pour expliquer la nécessité, en matière de protection des logiciels, d'une législation sui generis en dehors des concepts traditionnels du droit de la propriété intellectuelle et industrielle) est insuffisante pour encadrer et légitimer ainsi la réalité nouvelle.

(47) Il s'agit ici de paraphraser, sans les rejoindre, les conclusions de CATALA (Unité ou complexité, in *L'hermine et la puce*, op.cit., p. 7). P. CATALA opposait ainsi droit de l'informatique et de la bioéthique. Il nous paraît, contrairement à CATALA, que les modifications sociétales provoquées par l'informatique représentent un risque tout aussi vital que celles provoquées par la bioéthique.

Section 1. De l'éclatement des cloisonnements à la base de l'intervention traditionnelle du droit

17. Digitalisée, véhiculée par des réseaux couvrant la terre entière, objet de multiples traitements, sans cesse croisée, traduite en de multiples supports, l'information se révèle insaisissable... aux yeux du droit également : y éclatent les cloisonnements traditionnels, base de nos réglementations. Cet éclatement a tout à la fois une dimension géographique, professionnelle et disciplinaire.

L'exemple des transferts électroniques de fonds (T.E.F.) (48) nous permettra d'aborder chacune des facettes de cet éclatement, même si notre réflexion s'élargira à quelques autres illustrations.

A. De l'éclatement géographique

18. Le droit est d'abord affaire d'Etat. Que dira-t-il au moment où les réseaux de T.E.F. sillonnent le monde entier ? La prégnance de la dimension internationale des opérations de T.E.F. exige des solutions juridiques uniformes. Qu'il s'agisse de la responsabilité des intervenants, du moment du paiement, de l'irrévocabilité des ordres, la communauté internationale bancaire ne peut se satisfaire de l'application de législations nationales aux solutions diverses, voire contradictoires (49).

(48) A ce propos, le remarquable rapport canadien Stanley GOLDSTEIN adressé au gouvernement canadien en 1979 qui fonde une série de recommandations sur les conséquences majeures d'ordre socio-économique provoquées par l'informatisation des systèmes de paiement : l'évolution vers une société du quasi-comptant et vers une société d'information.

(49) Cf. sur l'ensemble de ces thèmes, les travaux du groupe de travail de l'UNICITRAL qui ont amené la création d'un guide juridique sur les transferts électroniques de paiement (A/CN.9WG.1V/W.P./46, 25 mai 1990).

Le recours contractuel multilatéral à une “lex mercatoria” (50) privée sous l’égide d’une entreprise privée comme SWIFT (51) est remarquable à cet égard, même si des instances internationales privées ou publiques prennent déjà le relais. Ce fait explique la préférence pour un droit international matériel, qu’il soit d’origine public ou privé, au détriment d’un règlement des conflits de lois. La multiplication en matière de privacy des règles de droit émanant d’instances internationales en est un autre exemple (52). Il s’agit ici comme là d’offrir aux utilisateurs et aux fournisseurs de tels services internationaux, une réponse sûre parce qu’internationalement valable.

Ce souci n’est pas sans faire craindre à certains la “domination” (53) de droits étrangers et l’importation massive de solutions ou de concepts venus d’ailleurs. S’introduisent ici et là des concepts étrangers à notre ordre juridique, ainsi en matière de T.E.F., une doctrine majoritaire imputera, selon la doctrine américaine du “cheapest cost avoider”, la responsabilité du paiement fait par erreur ou des défaillances

(50) Selon l’expression proposée en particulier par B. GOLDMAN (*Frontières du droit et lex Mercatoria*, Arch. Ph. du droit, 1964). Cf. également, les réflexions toujours d’actualité et particulièrement valables en ce qui concerne le droit dans le marché de l’information et des technologies de l’information, F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, 1977, p. 412, n° 223 : “Enfin, qu’on le veuille ou non, les pouvoirs économiques privés se sont aménagés un espace propre. Ils font des contrats, prennent des engagements, se partagent des marchés ou des approvisionnements en matières premières, dictent des comportements aux Etats, sans qu’aucun droit posé par ceux-ci ne procure aux agents privés un encadrement juridique qu’ils ont eux-mêmes construit à partir du pouvoir qu’ils assument aujourd’hui. Seule une conception étroitement légaliste du droit et la théorie de l’identification de l’Etat et du droit persistent à nier l’autonomie et la spontanéité de procédés d’élaboration et de mise en oeuvre du droit positif qui ne sont recevables aux Etats que de la carence de ceux-ci et de la liberté d’agir qu’ils ont laissée aux agents économiques privés”.

(51) Pour une présentation de SWIFT et des services nouveaux proposés par cet opérateur, la thèse de X. THUNIS (en cours d’achèvement), *La responsabilité du banquier et les transferts électroniques de fonds*.

(52) A ce propos, nos réflexions, in *Privacy protection and transborder data flow: recent legal developments*, in *Advanced Topics of law and Information Technology*, VANDENBERGHE (ed.), Kluwer, 1989, Computer/Law Series, n° 3, 29-41.

(53) M. VIVANT, Les grandes questions contemporaines du droit de l’informatique, art. cité, p. 7 et s. Cf. du même auteur, A view of French law on the protection of topographies seen as a phenomenon of cultural integration, in *Amongst Friends in computers and law*, KASPERSEN and OSKAMP (ed.), Kluwer, 1990, Computer/Law series, n° 8, 61-68 et les réflexions acerbes de S. GUTWIRTH, op.cit., p. 643 et s. (nombreuses références y citées).

techniques à la banque qui était le plus apte à maîtriser le risque (54) et la recommandation européenne du 17 novembre 1988, concernant les systèmes de paiement par carte, reprend sur bien des points les solutions de l’Electronic Fund Transfert Act américain de 1980 (55).

19. A cet égard, l’exemple de la protection des topographies est encore plus significatif : “Peu nombreux sont encore à ce jour les Etats qui ont adopté des législations spécifiques, essentiellement les plus développés. Mais ils ne l’ont pas fait sur une option raisonnée qui eût été le fruit d’une concertation entre partenaires. Les Etats-Unis ont fait leur choix et ont ainsi décidé d’adopter une forme de protection sui generis, dont ils ont alors tout simplement imposé le modèle au reste de la planète, sous une menace de rétorsion radicale, à savoir la non protection sur leur territoire des étrangers qui ne se seraient pas conformés aux directives américaines” (56).

L’omniprésence du droit communautaire dans le secteur de l’information est également notée avec regret par certains. On lui reprochera de sacrifier aux intérêts économiques des flux transfrontières la pureté de nos concepts, ainsi en ce qui concerne la protection des logiciels, d’abolir sans vergogne, avec les directives “Télévision sans frontières”, les protections culturelles que les anciennes réglementations nationales tentaient de protéger (57) et, avec les directives

(54) H. LINGL, Risk allocation in international Interbank Electronic Fund Transfers : CHIPS and SWIFT, 22 *Harvard Int.L.J.* Jan. 1981, n° 3, p. 624.

(55) Ainsi, en matière de responsabilité plafonnée des titulaires de cartes pour les débits non autorisés pratiqués avant opposition. Sur ces deux textes, X. THUNIS, La recommandation européenne du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement par carte. Des obligations nouvelles pour les émetteurs de carte.

(56) M. VIVANT, Les grandes questions contemporaines du droit de l’informatique, art. cité, p. 9. Comp. “Malheureusement, rompue au pragmatisme économique plus qu’à la technique de la propriété intellectuelle, la Commission étudie toute rentable analyse juridique” (Ph. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, art. cité, p. 64).

(57) A cet égard” les arguments de l’Etat néerlandais à l’appui de leur Medianet dans l’affaire “Veronica”, arguments non retenus par la Cour européenne, sur base des articles 59 (libre prestation des services) et 67 (libre circulation des capitaux), CJCE, 3 fév. 1993, Aff. C 198/91 non encore publié.

“Télécommunications”, de se substituer aux Etats membres dans la définition du service public de télécommunication (58).

B. De l'éclatement professionnel... à l'abolition des frontières entre secteur public et secteur privé

20. L'allusion faite à SWIFT au point précédent servira de prétexte à une réflexion plus générale sur l'apparition de nouveaux auteurs dans le champs des services nés des N.T.I.C. et l'éclatement de ce fait des cloisonnements professionnels. La gestion des réseaux interbancaires capables d'assurer les services de transfert électronique de fonds est assurée par des sociétés certes à l'origine issue des milieux bancaires mais dont l'objet social propre exigeait leur autonomie. Société de transports de fonds, elles sont devenues sociétés informatiques fournissant les logiciels et interfaces permettant la connexion à leurs réseaux. Progressivement, leurs services se sont élargis à des fonctions bancaires, ainsi la présentation des transactions à des chambres de compensation, voire la compensation elle-même (59).

En d'autres termes et de façon générale, 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, sinon d'une confusion, dans les activités des secteurs publics et privés et, enfin, de l'émergence de nécessaires stratégies de collaboration.

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 de ces deux secteurs à offrir des services nouveaux nés de la combinaison de techniques autrefois clairement séparées. Mieux, le développement, pour des besoins internes

(58) A ce propos, l'argument développé en particulier par le Royaume de la Belgique dans sa plainte contre les directives “Services” et “Terminaux” de la Commission. Le Royaume de Belgique estimait que la Commission s'était attribuée des compétences normatives excédant celles conférées par le Traité de Rome. La Cour rejette une telle argumentation (cf. les arrêts “Terminaux”, C 202/88 du 19 mars 1991 et “Services” C 271/90 du 17 nov. 1992).

(59) A noter la même évolution chez nous en ce qui concerne les services de BANKSYS.

de leurs services, d'entreprises n'appartenant pas au secteur de l'informatique et 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 (60).

La “déspecialisation” 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 offrent, télématique aidant, outre des services bancaires de paiement, des services d'information, de transactions en bourse et de réservation de voyage; des sociétés informatiques fournissent, quant à elles, des services de courrier électronique, de télétraitement...

Un tel éclatement des professions suscite espoir et inquiétude (61). Certes, diront certains, la concurrence exercée par ces nouveaux entrants profitera à l'utilisateur et nul ne se plaindra de la mort des corporations. D'autres craindront cependant qu'une telle arrivée en force n'aboutisse à oublier les règles et déontologies en vigueur dans le secteur traditionnel. Ainsi, les services de “presse électronique” respecteront-ils l'indépendance de leurs “journalistes”, les opérateurs privés de télécommunications qui offrent dès aujourd'hui leur services de transport “à valeur ajoutée” respecteront-ils le secret des télécommunications imposé à nos opérateurs publics de télécommunication? (62)

21. Au-delà de l'éclatement professionnel, c'est la distinction fondamentale entre *secteur public* et *secteur privé* qui se trouve malmenée par le développement technologique. Déjà, en 1987, le “livre vert” des

(60) Ainsi, les nombreux services d'accès à des banques de données dans le cadre de services de télébanking, les services de messagerie électronique effectués dans le cadre d'ASSURNET, coopérative de sociétés d'assurance.

(61) Ph. VAN JEUN, Network Needs in Insurance, Legal and Economic Aspects of Telecommunications, S. SCHAFF (Ed.), North-Holland, 1990, p. 35 et s. Sur cet éclatement des professions et ses conséquences réglementaires en matière de concurrence, C. MONVILLE, Y. POULLET, La demande finale en télématique, La Documentation française, 1988, p. 219 et s.

(62) C'est tout le débat autour du projet de directive européenne sur les télécommunications et la protection des données actuellement en discussion. Sur ce point, de façon générale, Y. POULLET, R. QUECK, F. WARRANT, Nouveaux compléments au service téléphonique et protection des données: à la recherche d'un cadre conceptuel, D.I.T., 90/1, p. 19-30; 90/3, p. 18-25.

Communautés européennes sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications, soulignait ainsi le phénomène: "La convergence des télécommunications, de l'informatique et de l'ensemble des applications de l'électronique rend maintenant possible l'avènement d'un grand nombre de nouveaux services dont l'organisation traditionnelle des administrations de télécommunications ne permet pas d'exploiter tout le potentiel" (63).

Progressivement, mais de façon certaine, se trouve ébranlé le mode d'intervention traditionnel de la puissance publique dans le secteur de l'information, qu'il s'agisse des télécommunications ou de l'audiovisuel (64). La remise en cause du *secteur public organisationnel et institutionnel*, monopole traditionnel de l'état doit s'accompagner - si du

(63) Livre Vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, COM(87)290, 30.6.87. Depuis le Livre vert, les directives se succèdent :

- Directive de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications (88/301/CEE, JO L 131/73 du 27 mai 1988).
- Directive du Conseil, du 29 avril 1991, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux équipements terminaux de télécommunications, incluant la reconnaissance mutuelle de leur conformité (91/263/CEE, JO L 128/1 du 23 mai 1991).
- Directive du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (90/531/CEE, JO L 297/1 du 29 octobre 1990).
- Directive de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (90/388/CEE, JO L 192/10 du 24 juillet 1990).
- Directive du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications (90/387/CEE, JO L 192/1 du 24 juillet 1990).
- Directive du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (JO L 165, 19.6.1992, p. 27).
- Proposition de directive du Conseil relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux services de téléphonie vocale (COM(92)247 final SYN 437).
- Proposition de directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des agréments et autres autorisations nationales pour les services de télécommunications, prévoyant entre autres l'établissement d'un agrément communautaire unique pour les télécommunications et portant création d'un comité communautaire de télécommunications (COM(92)254 final SYN 438).

(64) Cf. en particulier, les réflexions de M. BAZEX. L'avant-projet de loi sur les télécommunications ou les transformations du paysage administratif, AJDA, 1988, 3 et s. Pour une explication économique-politique des phénomènes en matière de télécommunications, E. NORM, art. cit., en matière d'audiovisuel, The new media technologies and the old public interest standard, Jurimetries, n° 29/4, 377-387.

moins on ne veut pas assister à un effacement de la notion de service public lui-même - d'une affirmation progressive du *service public fonctionnel* (65) qui appelle à la définition de nouvelles relations entre les opérateurs privés chargés de l'exploitation de ce service public et l'autorité publique (66).

C. De l'éclatement disciplinaire

22. Classiquement, le droit du paiement relève quasi exclusivement du seul droit des contrats. Par quelle magie la question des droits de l'homme est-elle devenue également centrale en matière de paiement par transfert électronique de fonds? L'utilisation des technologies de l'information et de la communication a modifié profondément la nature même de l'opération de paiement. Là où seuls vendeur et acheteur détenaient l'information relative à l'opération de paiement, voilà que de nouveaux intervenants accèdent à cette information nominative créée par l'opération commerciale: le banquier, l'opérateur de réseaux découvrent, télématique aidant, vos habitudes de consommations, vos relations commerciales et privées, etc. Pire, la délivrance d'une carte d'accès risque de devenir demain la condition sine qua non de l'obtention d'un service autrefois non réservé, créant ainsi discrimination et exclusion sociale.

La création de réseaux interbancaires de transferts électroniques de fonds élargit encore le débat, cette fois au droit de la concurrence. Appelés à dialoguer entre elles, les banques se regroupent au sein de coopératives dont elles entendent exclure d'autres et à l'intérieur desquelles elles adoptent des règles communes face à leur clientèle. Contre ce double risque, le rôle des pouvoirs publics est de promouvoir une politique de concurrence. A cet égard, l'action de la Commission et

(65) Sur ces notions, cf. les réflexions et les références reprises in Y. POULLET, R. QUECK, B. VERHAEGEN, La loi du 21 mars 1991 et la réglementation des télécommunications: un printemps du marché?, Dossier du J.T., 1993, à paraître.

(66) Ainsi, en matière de télécommunications, les Cahiers de charges dans le système britannique; le contrat du Plan, en France; le contrat de gestion, chez nous. Sur cette difficile conciliation et les multiples instruments proposés pour se faire, J. CHEVALIER, La modification de la poste et des télécommunications en France, DIT, 1991, 3, 7 à 23.

de la Cour Européenne face à la création de réseaux dans le domaine tant des services électroniques de paiement (67) que de réservation aérienne (68) est remarquable. Elles affirment notamment la nécessité d'ouverture de tels réseaux privés à tous et la transparence des modes d'accès (69).

Section 2. De nouveaux équilibres toujours à construire

A. Encore l'exemple des T.E.F.

23. Notre propos part de la constatation suivante: l'utilisation des technologies de l'information et de la communication modifie profondément la nature des relations sociales. Elles amènent une transformation progressive du rôle des acteurs et oblige sans cesse à la définition de nouveaux équilibres entre eux. La transformation de la valeur informationnelle du paiement au sein des réseaux de T.E.F. en est un premier exemple. La possibilité pour la banque de détenir des informations nominatives créées dans le cadre d'une opération à laquelle elle n'est pas partie, l'autorise à offrir des services nouveaux à sa clientèle en même temps qu'elle légitime la réglementation de l'utilisation et de la communication de ces données (70).

(67) Sur cette question, notamment les analyses de M. SCHAUSS et X. THUNIS, *Aspects juridiques des cartes de paiement*, Cahier du CRID, n° 1, Bruxelles, Story Scientia, 1988, p. 126 et s.

(68) A cet égard, le cas des systèmes électroniques de réservation aérienne est exemplatif. A ce propos, le règlement du Conseil n° 2299/89 (J.O. n° L 220 du 29.7.89) instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation suivi d'une note explicative de la Commission (J.O. n° C 184 du 25/67/1990, p. 2). Le règlement fait actuellement l'objet d'une proposition de modification (Doc. COM(92) 404 final).

(69) Développant ainsi des règles proches de celles dites d'O.N.P. en matière de télécommunication (transparence des conditions d'accès, non discrimination, règles relatives au tarif, normalisation technique).

(70) A ce propos, les réflexions et références reprises dans notre contribution, TEF et protection des données à caractère personnel, in *Transferts électroniques de fonds et protection du consommateur*, Th. BOURGOIGNIE (ed.), Bruxelles, Story Scientia, 1990, p. 179 et s.

Ensuite, l'opération de paiement suit avec les T.E.F. un circuit indépendant qui ne peut être remis en cause par le déroulement de l'opération commerciale (irrévocabilité des ordres de paiement). Ceci conduit à faire du paiement électronique un acte juridique abstrait de sa cause, à savoir l'opération de base (71). Cette abstraction remet en cause l'équilibre entre parties. L'abstraction du moyen de paiement jusque là réservée à certains instruments (lettre de change, chèque, crédit documentaire) était liée à un certain formalisme. Les transferts électroniques de fonds généralisent cette abstraction même dans des opérations de consommation et cela à l'encontre de l'esprit de réglementations récentes de protection des consommateurs (72).

Mais l'évolution technologique interdit de considérer comme définitifs, les déséquilibres constatés ou les solutions y apportées. Ainsi, le couplage possible demain entre les informations relatives aux opérations de paiement réalisées par des moyens électroniques avec informations relatives à l'opération commerciale, à la base de l'opération de paiement, en d'autres termes, le couplage des transferts électroniques de fonds (T.E.F.) et des données (T.E.D.) pourrait rapidement remettre en cause l'abstraction décrite du paiement électronique (73). Le couplage des opérations réalisée d'une telle manière suscite alors une autre réflexion tirée de la comparaison avec le crédit documentaire. En matière de crédit documentaire, en effet, la remise de certains documents (ainsi le connaissement) emporte dans le chef de celui qui les détient un droit sur la marchandise. La transmission électronique de tels documents, leur dématérialisation est-elle pensable dans la mesure où le droit est

(71) Parmi d'autres, M. VASSEUR (J.C.P., 1985, 3206, n° 12), selon lequel l'irrévocabilité de l'ordre électronique de paiement affecte la nature même de celui-ci puisqu'elle dissocie l'opération de paiement et opération commerciale de base.

(72) Ainsi, dans les contrats de vente à distance (ainsi en téléshopping), les réglementations récentes affirment un droit de repentir dont l'exercice est difficilement conciliable avec l'irrévocabilité des ordres électroniques de paiement. Sur l'analyse de ces distorsions et les solutions parfois trouvées, Cf. MONVILLE, Y. POULLET, *La demande finale en télématique*, Paris, La documentation française, 1988.

(73) Sur cette vision d'avenir, les réflexions de A. GALTUNG, *Paperless Systems and EDI*, Complex 4/91, Tano, Oslo et de A. LAIDLAW, *EFT and EDI, Legal Consequences of Fraud: Malfunctions and Mistakes in Payment Card Transactions*, in *Int. Yearbook of Law Computers and Technology*, vol. 6, 1992, p. 89. Th. GREGORY, *Banking in the nineties: what makes a Bank EDI-capable?*, 5, *EDI Forum*, 1993, 4, 22 à 26.

traditionnellement attaché à l'exigence de la possession du support papier qui garantit l'unicité du titulaire?

Ainsi, les technologies de l'information et de la communication affectent profondément et sans cesse l'équilibre mis en place, laborieusement parfois, par les législations traditionnelles en transformant de façon profonde la nature des relations sociétaires, affectant en particulier les pouvoirs des acteurs qui y évoluent. L'exemple de la commercialisation des données collectées par le secteur public illustre également cette recherche constante et jamais achevée d'équilibres nouveaux.

B. L'information détenue par l'Administration

24. H. BURKERT (74) distinguait trois "âges", trois conceptions du rôle de l'information au sein de l'Administration, selon l'utilisation croissante par cette dernière de technologies de collecte-traitement et de dissémination de l'information. Dans un premier temps, l'information sert exclusivement l'action de l'Administration, ce qui justifie le principe du secret de l'Administration, l'interdiction de communiquer les informations reçues.

Le développement des N.T.I.C. amène, dans un second temps, l'Etat à une prise de conscience croissante de l'intérêt de l'information comme outil de meilleure efficacité (gestion plus centralisée, meilleure mise à jour et circulation de l'information administrative). Ce même développement qui accroît le pouvoir de l'Etat conduit le citoyen à exiger en contrepartie la transparence des dossiers administratifs à la fois pour des motifs de protection de ses libertés ou de ses intérêts et pour garantir une meilleure démocratie par l'accès à tous des données base de l'action de l'Administration. C'est le temps des lois de protection des libertés et d'accès aux documents administratifs.

Enfin, la création de ressources informationnelles au sein de l'Administration conduit cette dernière à envisager la commercialisation

des produits informationnels ainsi créés. Ce troisième "âge" fait émerger la nécessité de nouveaux équilibres à la fois respectueux du marché et des libertés individuelles.

En ce qui concerne le problème du marché de l'information, l'irruption de l'Administration dans le secteur de l'information suscite à la fois des craintes relatives à la force que l'Administration pourrait occuper (position de jour) et des espoirs (nés de la qualité des produits ainsi disponibles, produits à la fois exhaustifs et fiables) (75).

25. Pour apaiser les craintes, en même temps que le droit de la propriété intellectuelle est reconnu à l'Etat, on prône que l'exercice de ce droit soit soumis au droit de la concurrence. Au-delà du principe des "licences obligatoires", affirmé par la décision européenne Magill et déjà traduit dans le projet de directive européenne (76), se dégage l'idée d'appliquer à ces produits informationnels, des règles parallèles à celle de l'ONP (on signalera à cet égard que la directive ONP téléphonie vocale porte également sur les annuaires téléphoniques), règles telles que la non discrimination, la tarification passée sur le coût, la normalisation des interfaces (77).

En ce qui concerne cette fois le problème des individus, est affirmée la supériorité de la loi de protection des données sur celle de la transparence. Ainsi, la commercialisation des données administratives ne pourra se faire que selon la recommandation du Conseil de l'Europe de

(75) Sur les questions de concurrence entre secteur public et secteur privé, questions nées de la commercialisation des données détenues par le secteur public, lire Ph. GAUDRAT, Commercialisation des données publiques, Rapport pour l'observatoire juridique des technologies de l'information, La documentation française, 1993. Arrêt T 70/89, 10.7.92, Arrêt commenté notamment par B. HUGENHOLZ, Copying without infringing - Three easy pieces on the "protection" of information, Managing Intellectual property, 1992, 38.

(76) Cf. l'art. 8 du projet de directive européenne sur la protection des banques de données.

(77) Sur ce rapprochement, nos réflexions in Commercialisation des données détenues par le secteur public - Légitimité et conditions, Actes du colloque de l'Institut Droit et Pratique du commerce international, 1992, à paraître.

Le lecteur notera que le même type de rapprochement est proposé à propos des réseaux télématiques à valeur ajoutée (services de réservations aériennes, transfert électronique de fonds) (cf. supra, n° 22, note 69).

(74) H. BURKERT, From the commercialization of public information to Administrative Information Law, Colloque Informatique et Droit, Congrès de Montréal, oct. 1992.

1991 (78) s'il n'y a pas d'incompatibilité entre la finalité du traitement public et celle du traitement privé, destinataire de la communication. On note également la recommandation de 1985 (79) en matière d'utilisation des données à des fins de marketing direct qui ouvre à chacun le droit de s'opposer au transfert de sa donnée nominative.

26. Comme on le note, le droit ne peut appréhender le développement des biens et services nés des nouvelles technologies de l'information et de la communication en se reposant sur l'étanchéité des catégories traditionnelles. Le droit de la concurrence affecte le droit de la propriété intellectuelle dans une matière où la technologie risque de multiplier les monopoles de toute nature dans des domaines vitaux pour le développement technologique et dès lors pour la société. La distinction droit public - droit privé s'évanouit quand le secteur public devient un acteur à part entière du marché. Surtout, s'impose la nécessité d'arbitrages délicats entre intérêts antagonistes entre lesquels il est souvent difficile de trancher comme le montre, dans le cas que nous venons d'étudier, le débat entre les exigences de transparence des données détenues par l'Administration et celle de protection des données.

Bien d'autres exemples d'équilibres difficiles à trouver existent. Ainsi, la tension en matière de réglementation des télécommunications, entre la volonté de promotion de l'innovation mieux servie par le marché concurrentiel et la nécessité ressentie d'assurer un secteur public universel. La solution de tels débats est essentielle pour la société : le dit "droit des technologies de l'information et de la communication" n'est pas d'abord la résultante d'un débat technique mais révèle un débat fondamental, celui de la circulation et de l'appropriation de l'information dans nos sociétés.

Précisément, ce qui nous importe, c'est l'objet du dernier chapitre, la manière dont le droit des technologies nouvelles se caractérise plus encore par l'originalité de la méthode d'élaboration de ses règles que par le contenu de celles-ci.

(78) Recommandation 9/9/91 n° R(91)10 sur la communication à des tiers des données à caractère personnel détenus par des organismes publics.
(79) Recommandation n° R(85)20 relative au marketing direct.

CHAPITRE III

UNE NOUVELLE APPROCHE RÉGLEMENTAIRE : LES LOIS DITES "TECHNOLOGIQUES"

Section 1. Les constatations de base

27. Les technologies de l'information et de la communication se caractérisent au moins par trois éléments fondamentaux (80) qui commandent la spécificité même de leur approche réglementaire :

- leur nature évolutive (81) : le mode d'intervention du droit se doit donc d'être "souple" s'il veut encadrer durablement un "donné" technique en pleine évolution ;
- leur objet immatériel (82) : les nouvelles technologies de l'information et de la communication stockent, traitent, diffusent de

(80) A ce propos, nos réflexions in Droit et nouvelles technologies de l'information et de la communication : de nouveaux enjeux, de nouvelles responsabilités pour l'entreprise, DA/OR, 1993, n° 26, 1 et s.

(81) "Droit évolutif, certes, mais il se forme selon des modalités et à des rythmes variables. Car la technique d'élaboration des règles y est très particulière. De fait, on ne saurait légiférer ou réglementer en ce domaine qu'avec une extrême prudence, afin d'éviter que les solutions adoptées ne se révèlent pas, très vite, dépassées" (J. HUET et H. MAISL, op.cit., 26, n° 21).

(82) Par "objet immatériel", il s'agit d'affirmer le rôle structurant croissant des produits et services informationnels dans nos comportements : "De N.I.T. hebben het gelaat van de Western samenleving ongetwijfeld grondig gewijzigd. Zelfs op individueel vlak is dit intermate waarneembaar... In die hypothese, is het vooral de vaststelling van een veralgemeende dematerialisering die geleid heeft tot een scherpe vorm op de sol van informatie" (S. GUTWIRTH, op.cit., p. 27). (Cf. les nombreuses références sur l'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur le comportement des individus et de la société, reprises p. 20 à 27). La portée ainsi donnée au terme "immatériel" englobe mais ne se réduit pas à celle proposée par VIVANT (op.cit., p. 4) lorsqu'il parle du droit de l'informatique comme "droit de l'immatériel". Il s'agissait pour l'auteur par cette affirmation de consacrer l'existence juridique de biens informationnels indépendamment de leurs supports matériels (sur cette controverse typiquement française, P. GAUDRAT, "Le statut juridique des idées", in Appropriation et circulation de l'information, op.cit., 1988, 20-31); cf. également le point de vue de l'auteur canadien E. MACKAAY, La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété?, Dr. Inform., 1986, 75-79.

l'information; leur utilisation, leur exploitation et leurs capacités affectent profondément notre perception, nos modes de pensées, d'organisation, et structurent les relations sociales et économiques au sein de l'entreprise, de l'administration et de la société en général (83);

- leurs complexité (84) et flexibilité (85) techniques: se plaire à reconnaître l'impact social et économique des nouvelles technologies sans prendre conscience de la complexité des questions techniques qui sous-tendent la mise sur pied d'un système d'information ou d'un réseau est vain. Le droit ne peut se prononcer qu'en ayant pris conscience de ce donné complexe et des marges de manoeuvre que la technique autorise, sous peine de voir sa décision soit manquer son but, soit rester inapplicable (86). Ainsi, en matière d'identification du numéro de l'appelant dans les réseaux de télécommunications à intégration de services dits R.N.I.S., la solution législative affirmant le droit de l'appelant de décider lors de chaque appel si oui ou non il autorise l'identification suppose l'examen des contraintes et possibilités techniques offertes par la

(83) "Certainly information technology differs from other technologies: It is - in its primary effects - intangible. It aims at the very can of how we perceive, how we think, how we organise. It is about social power. As a technology aiming at human information processing it is all pervasive" (H. BURKERT, *The law of information technology: Basic concepts*, Colloque ABDI, déc. 1987, *Is there a lawyer in this room?*, op.cit., 1989, p. 19).

(84) A propos de la complexité technique, les remarques de J.P. CHAMOUX, *Le droit dépassé par la technique: le droit de la télématique*, in *L'hermine et la puce*, op.cit., 110 et s. et celles, dans le même ouvrage, de M. FORNACCIARI (*Techniques du droit et droits des techniques*, p. 123 et s).

(85) A propos de la flexibilité de la technique et de son non-déterminisme, contre l'idée du "donné" technique et pour la démonstration des choix qui s'opèrent dans le développement technologique, lire notamment les écrits de STENGERS (par exemple, *Le thème de l'invention en physique*, in Stengers et Schlinger, *Les concepts scientifiques: Invention et pouvoir*, Paris, La découverte, 1989, 117-151) et de LATOUR (par exemple, *Pasteur et Ponchet: Hétérogénéité de l'histoire des sciences, éléments d'histoire des Sciences*, Serres M. (éd.), Paris, 1989, 423-445).

(86) Ainsi, les remarques de M. FORNACCIARI, à propos du droit de l'audiovisuel, art. cité, p. 134: "De même, l'évolution des techniques rend impossible la réglementation. L'Etat s'arroge le droit de réglementer le contenu de ce qui est diffusé par la radio ou la télévision. Toutes ces réglementations posent le problème de l'application territoriale de la loi française: les satellites arrivent, les réseaux câblés sont là qui retransmettent déjà des programmes étrangers... Décidément, le droit est vite rattrapé et dépassé par la technique".

technologie de ces réseaux (87) et l'interconnexion des réseaux que prône la Commission européenne suppose l'adoption de normes qui les rendent possibles (88).

Bref, les principes que le droit se propose d'affirmer se doivent d'être confrontés à la technique envisagée non seulement dans ses contraintes mais également dans ses potentialités. Ce dialogue du juriste et de l'expert technique ne signifie pas une capitulation du premier vis-à-vis du second mais, au contraire, un effort réciproque en vue d'une clarification, d'une part des enjeux, des exigences réglementaires et, d'autre part, des potentialités techniques aptes à les rencontrer (89).

28. Cette triple caractéristique conduit à souhaiter l'adoption d'un *droit plus procédural que de contenu* (90). Il s'agirait, par des mécanismes variés, de permettre, dans le cadre de lois-cadres se limitant à l'énoncé de principes, l'adoption de règles plus précises, à la fois légitimes et effectives. Ces mécanismes sont de *divers ordres*: ils consistent d'abord en la *mise en place d'organes-relais* dont le rôle est essentiel pour assurer la maîtrise qu'une société veut se donner, de manière tâtonnante, de sa

(87) Sur les débats et solutions des différents pays, relatifs au problème de l'identification de l'appelant dans les réseaux à intégration de services, lire Y. POULLET, R. QUECK, F. WARRANT, op. cit.

(88) A cet égard, les travaux de l'European Telecommunications Standard Institute (ETSI).

(89) Ainsi, à propos de la réglementation des télécommunications, les réflexions de J. CUNNARD, "The fact that changes are taking place globally does not, however, compel policy makers to select any one particular option. Policy makers are no longer with a stark choice between a monopoly environment and competition in all facets of the telecommunications industry. Growing out of the national policy reviews around the world is a myriad of options" (*The international framework for deregulation: changing national approaches to the regulation of telecommunications in the industrialized and developing world*, Actes au Colloque de Bruxelles, déc. 1987, *Is there a lawyer in this room*, op.cit., p. 60).

(90) C'est le thème central de différents articles de H. BURKERT. Ainsi, *Institutions of Data Protection; An attempt at a functional explanation of European National Data Protection Laws*, *Computer Law Journal*, 3, 1982, n° 2, 167-188; *The dimensions of Information law*, in *La télématique*, T.I., CRID, Actes du Colloque, Namur déc. 1983, Gent, Story Scientia, 1984, 209-219; *The Law of information technology: Basic concepts*, art. cité, 15-25. Cette préférence de l'"Adjective law" sur le "substantive law" est typiquement anglo-saxonne.

technologie (91). C'est par ces institutions relais et dans la mesure où celles-ci peuvent réellement instaurer un débat public sur les enjeux des choix technologiques que pourront s'opérer, dans le chef des décideurs publics ou privés, les choix réglementaires adéquats et respectueux de nos démocraties (92). Au-delà, on note la place importante à la fois des *procédures de négociation individuelle ou collective et d'autorégulation* dans la réglementation du secteur (93). Ces trois faces procédurales du droit technologique sont analysées ci-après. L'exemple des législations de protection des données suivra.

Section 2. Les organes "relais"

29. Il est remarquable de constater l'efflorescence d'organes "relais" créés dans chacun de nos pays (94) par les réglementations nouvelles issues du développement des technologies de l'information et de la communication (95). On évoque ainsi la création des autorités de

(91) Comp. "D'un autre côté, se multiplient les autorités administratives indépendantes chargées de définir des principes ou une déontologie, souvent après concertation avec les milieux concernés... Ces institutions testent des pratiques et suggèrent des règles de conduite qui peuvent, dans un premier temps, n'avoir qu'une valeur infra-juridique" (J. HUET et H. MAISL, op.cit., p. 27).

(92) A propos du rôle des autorités de protection des données, lire Th. LEONARD - Y. POULLET.

(93) Nous reprenons ici les conclusions de H. BURKERT (art. cité, 1989, p. 20): "Four new basic concepts can be observed in this field: the emphasis on procedure, the emphasis on self regulation, the emphasis on negotiation; the rise of alternative institutions".

(94) L'exemple français est à cet égard remarquable. Pour une réflexion sur le rôle de ces autorités administratives indépendantes, H. MAISL, *Les autorités administratives indépendantes, protection des libertés ou mode de régulation sociale?*, in *Les autorités administratives indépendantes*, Paris I, PUF, 1988.

Pour une vision très critique du rôle de ces autorités, M. FORNACCIARI, art. cité, p. 127. L'auteur parle d'implantation servile de modèles anglo-saxon.

Dans notre pays, on notera en matière de télécommunication, la création de l'Institut belge des Postes et Télécommunications; en matière de vie privée, la mise sur pied d'une commission de protection des données; en matière d'audiovisuel, les créations en communautés flamande et française de comités supérieurs de l'Audiovisuel.

(95) On notera un développement identique en matière de bioéthique. A ce propos M.L. DELFOSSE, *L'expérimentation médicale, Aspects éthiques et juridiques*, De Boeck, Bruxelles, 1993, à paraître.

protection des données, des organes de réglementation en matière de télécommunication, des commissions d'accès aux documents administratifs, des commissions dites télématiques ou de l'audiovisuel, voire des observatoires de tout genre des nouvelles technologies.

A un niveau plus décentralisé, on constate ci et là l'exigence légale de nommer des responsables de la protection des données nommés dans chaque entreprise et on souligne la compétence accordée aux Conseils d'entreprise lors de l'introduction de nouvelles technologies.

30. Définissant l'approche réglementaire souhaitable de la technologie informationnelle, le professeur BURKERT parlait de "learning system", c'est-à-dire d'une solution législative qui, dans le cadre d'un cadre réglementaire, réduit à quelques principes, établit "an institution provided with competence to collect the information in the regulated area, to make ad-hoc decisions according to rather more generally formulated criteria in a law and to feed back the information collected during the execution of its tasks to society and its rule making agencies" (96).

Ainsi, le système est capable d'apprendre et de s'adapter, concluait l'auteur. Il est clair que le rôle attribué par nos législations d'Europe occidentale aux autorités de protection des données correspond à ce souhait. Ces autorités ont de multiples rôles: "Chien de garde pour assurer la légitimité des actions de ceux qui collectent, traitent et distribuent l'information (rôle exécuté soit par la voie d'autorisations générales ou spécifiques et/ou à travers un pouvoir d'investigation); organe consultatif pour le secteur public et parfois également pour le secteur privé, un de ses buts étant de promouvoir des pratiques convenues ensemble en mettant en place des règles relatives à la circulation de l'information; une institution de règlement ou de solution de litiges; un organe avec des pouvoirs indépendants pour créer des normes et disposant d'une compétence pour adapter les principes affirmés par la loi" (97).

La même analyse peut être conduite à propos des autres organes cités. Dans tous les cas, ces "autorités administratives indépendantes" sont chargées, dans le cadre des principes généraux fixés par la

(96) H. BURKERT, *The dimension of information law*, La télématique, Actes du colloque de Namur, Gent, Story Scientia, 1985, T.I., p. 214.

(97) S. RODOTA, *The social challenge of Information Technology*, 1984 and beyond, Colloque de l'OCDE, Berlin, nov. 28-30, 1984, inédit.

réglementation, d'arbitrer les intérêts souvent contradictoires des personnes ou groupes d'acteurs impliqués par les choix que suppose le développement technologique (98). Cet arbitrage exige que l'autorité puisse effectivement peser les intérêts en jeu et ce, au regard d'une évolution technologique qui interdit de figer les solutions mais oblige à apprécier de façon transparente combien cette évolution modifie les équilibres fragiles à peine définis.

Section 3. Les procédures de négociation et d'autoréglementation

31. La création de ces lieux "ouverts" et transparents s'accompagne de la mise sur pied de procédures de négociation et d'autoréglementation en même temps qu'elle en favorise le déclenchement.

Ainsi, le rôle essentiel des autorités de protection des données est d'être un lieu de dialogue et de négociation. En France, le système des normes simplifiées discutées avec les représentants d'un secteur met en oeuvre de façon souple et non contraignante une réglementation adaptée aux particularités du secteur en question. La solution de la récente législation hollandaise et la pratique du Data Protection Act s'inspirent du même principe lorsqu'elles permettent au secteur d'élaborer des codes de conduite dont la ratification est par la suite négociée avec la commission de protection des données (99). Il nous paraît que ce nouveau rôle des autorités de protection des données est indispensable et doit être élargi.

(98) C'est le propos défendu entre autres par H. MAISL, *Protection des libertés ou mode de régulation sociale?*, Univ. de Paris, in *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988.

(99) Sur le rôle de la Commission belge de protection de la vie privée, lire M.H. BOULANGER, C. de TERWANGNE, Th. LEONARD, *La loi du 26 nov. 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, J.T., 1993, à paraître.

Le lecteur notera dans le même ordre d'idée la pratique européenne toute anglo-saxonne des auditions ou "Hearings" précédés par la publication d'un "Livre Vert" (Green Paper). Dans le secteur des technologies de l'information, les livres verts se sont succédés, ainsi en matière de protection des logiciels et des banques de données, en matière de télécommunications, de télécommunications par satellites. Cf. encore récemment, la communication de la Commission (COM 92(445) final) relative aux "Droits de propriété intellectuelle, concurrence et normalisation".

32. La question des flux transfrontières de données nominatives en direction d'un état ne disposant pas d'une législation "équivalente" ou "adéquate" est résolue dans bon nombre de pays et dans le projet de directive européenne par la technique de la négociation: l'autorité de protection des données négocie avec l'entreprise concernée une convention garantissant le respect des principes réglementaires (100). Ainsi, le contrat devient solution à une lacune du droit international public et à l'ineffectivité de toute solution de droit international privé (101).

A un niveau individuel, la législation belge de protection des données prévoit -et elle n'est pas la seule à instaurer une telle procédure- qu'avant tout recours judiciaire, la personne concernée recherchera une solution négociée avec le responsable du fichier (102).

Au-delà de ces exemples tirés dans la protection des données, les hypothèses d'autoréglementation se multiplient: en témoignent les nombreux codes de conduite d'associations professionnelles de revenus télématiques, en matière de transfert électronique de fonds, le code de conduite a pu même être considéré comme une étape nécessaire et suffisante de la réglementation des opérations de ce secteur (103).

(100) Le projet de directive relative à la protection des données personnelles amplifie ce système d'agrément des codes de conduites élaborés par le secteur privé. A ce propos, les remarques critiques de M.H. BOULANGER et C. de TERWANGNE, *Commentaire de la proposition de directive du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel*, Cahiers Lamy, n° 40, 1992, p. 1 et s.

(101) Sur cette pratique des conventions conclues avec les entreprises désirant exporter ou importer des données vers des pays ne disposant pas d'une législation de protection des données suffisantes et sa lecture critique, A. BOURLOND, *Le recours aux clauses contractuelles pour assurer la protection des données à caractère personnel*, I.J.D.I., 1991, n° 9, p. 2 et s.

(102) C'est ce que prévoit explicitement la législation belge lorsqu'elle suspend pendant 45 jours le recours judiciaire auprès du tribunal de première instance et encourage ainsi la négociation entre fiché et ficheur.

(103) A cet égard, notre réflexion à propos des nombreux codes de conduite établis dans le secteur des services télématiques, *Introduction aux aspects juridiques des contrats télématiques professionnels*, Actes du colloque de l'ABDI, déc. 1987, op.cit., p. 122. "Mais c'est surtout aux réglementations de soft law établies par les milieux professionnels eux-mêmes que l'on pense. Des associations sectorielles, parfois intersectorielles nationales ou internationales, visent à prévenir les craintes tant des utilisateurs que des "offreurs" en définissant des "Codes of conduct", "Code of practice" ou règles déontologiques. On cite (...) ces codes de conduite, auxquels les contrats se réfèrent, prétendent fixer des (suite...)

Enfin, la réglementation du secteur des télécommunications renvoie souvent à la conclusion de conventions entre autorités publiques et opérateurs ou à la rédaction négociée de cahiers des charges. Il s'agit par là de définir les contenus et les exigences du service public (104). Cette tendance à la contractualisation comme mode assoupli de réglementer des questions juridiques délicates soulevées par le développement technologique (105) atteste de la manière tâtonnante dont progressivement s'effectuent les choix réglementaires (106) et de la distinction devenue malaisée entre droit public et droit privé (107).

CONCLUSIONS

33. Le commissaire fédéral allemand à la protection des données, le professeur BULL (108), résumait comme suit les qualités du juriste confronté au développement des nouvelles technologies :

- "the capability to prepare complicated social facts for decision making;
- the experience of solving social conflicts;
- the capability to undertake social evaluations;
- the capability to bring together abstract values and concrete values;
- the capability to maintain a critical attitude towards norms".

Une telle attitude consacre le rôle du droit comme un instrument autonome, oblige le juriste à prendre quelque recul face au soi-disant déterminisme technologique et enfin conçoit son rôle comme celui d'un médiateur entre les intérêts souvent conflictuels que génèrent les usages nés de cette nouvelle technologie (109). En d'autres termes, il ne s'agit pas de nier le rôle du Droit et de l'Etat au moment où l'importance des nouveaux services non seulement représente un atout économique majeur pour nos sociétés mais surtout modifie notre façon de penser et de vivre. Simplement, elle assigne au Droit et à l'Etat un rôle actif, peut-être plus limité mais essentiel : rendre possible un dialogue entre tous les acteurs et définir un choix de société.

34. Une telle attitude justifie l'existence dans la réglementation du secteur de l'information d'une pluralité de normes ou plus exactement d'une "internormativité", au sens que lui donne CARBONNIER (110).

(108) H.P. BULL, *Wie können Juristen zur Technikfolgen Abschätzungen beitragen, Recht und Politik*, 1987, 133 (tel que traduit et résumé par H. BURKERT, *The law of information technology Basic concepts*, op.cit., p. 24).

(109) De telles conclusions rejoignent celles de la thèse de Mr. GUTWIRTH, op.cit. Sur le thème des réglementations nées du développement des technologies de l'information comme une recherche permanente d'équilibres d'intérêts, nos réflexions in *Droit et Nouvelles technologies de l'information et de la communication* : de nouveaux enjeux, de nouvelles responsabilités pour l'entreprise, DA/OR n° 26, 1993, p. 1 à 11.

(110) Sur les différents types de normes et leur rapport, J. CARBONNIER, *Sociologie Juridique*, PUF, 1978, p. 186; cf. également RIGAUX, *Le droit au singulier et au pluriel*, Rev. intern. ét. Jurid., 1982, p. 55.

(103) (...suite)
normes de comportement, des règles de l'art et deviennent ainsi des standards professionnels, condition de la participation à un groupement professionnel".
En matière de transfert électronique de fonds, l'adoption dès 1987 par la Commission des recommandations pour un code européen de bonne conduite, dans le rapport entre émetteurs de carte, commerçants et porteurs de cartes (Recommandations des 8 décembre 1987 et 17 novembre 1988).

(104) Ainsi, en Belgique, le contrat de gestion prévu par l'article 3 de la loi du 21 mars 1991.

(105) Ainsi, l'engagement célèbre d'IBM envers la Commission des Communautés, août 1984 (Informations à la presse IP (84)290), par lequel IBM a consenti à révéler suffisamment à l'avance les informations relatives aux interfaces de certains systèmes, est apparu comme un mode de réglementation original du conflit entre droit de la concurrence et droit d'auteur.

(106) A propos de la réglementation française de l'audiovisuel, lire les réflexions de M. M. FORNACCIARI (art. cité, p. 129) : "Le législateur a hésité entre les techniques de l'autorisation et du contrat. Cette hésitation entre l'acte unilatéral et le contrat indique bien qu'on est à une frontière entre le droit public et le droit privé. A ce point que les professeurs de droit public se sont demandés à cette occasion si ces autorisations ne constituaient pas des quasi-contrats, parce qu'il était dit que les autorisations "prenaient acte" des engagements des candidats...". Les mêmes réflexions sont adressées à propos de la nature juridique du contrat de gestion, selon la loi du 21 mars 1991 qui règle l'exercice par l'exploitant Belgacom des missions de services publics de télécommunications (Y. POULLET, R. QUECK, B. VERHAEGEN, *La réglementation belge des télécommunications*, Dossier du J.T., 1993, à paraître).

(107) A cet égard, notamment les dispositions des législations néerlandaise et irlandaise, de même que celles du projet de directive créant une formule originale d'agrément des codes de conduite élaborés par les secteurs privé.

Il s'agit en effet de constater non seulement la coexistence dans ce secteur de normes émanant de lieux divers, instances nationales et internationales; organes publics, organes privés, voire organes mixtes au statut mal définis; organes constitutionnellement définis, organes à compétence déléguée; organes à compétence générale, organes à compétence spécifique. Il s'agit plus encore de noter au delà des multiples appellations, la nature juridique variée des normes proposées: la loi cède le pas ou plutôt réfère à un foisonnement de codes de conduite, principes directeurs, normes techniques, recommandations. Il serait dangereux que ce foisonnement ne soit que la traduction d'une conception instrumentaliste du droit et n'aggrave, par défaut de stabilité, le sentiment d'insécurité.

Certes, nos réflexions se doivent d'être souples pour encadrer durablement l'évolution technologique, mais une telle souplesse n'équivaut ni à l'anarchie, ni à la démission du Droit face aux "faits". Les lois conçues sans hâte doivent fixer les principes généraux et organiser les relais naturels (organes de normalisation, autorités administratives indépendantes, voire auto-réglementation). Ainsi, le droit est à lire dans cet entrelacs de réglementation d'origines et de valeurs diverses.

35. Mais ce droit à écrire au pluriel, que dit-il? Nous frappe sa double volonté: celle incontestable de favoriser le développement des technologies de l'information en garantissant la sécurité tant de l'offreur de produits ou de services informationnels que de l'utilisateur. Ainsi, avons-nous dit, le droit repense le support écrit comme mode unique de preuve; ajoute aux infractions classiques, quelques infractions nouvelles; dégage de nouvelles règles de responsabilité aptes à mieux protéger l'utilisateur face à la dématérialisation des opérations et à l'intervention de nombreux acteurs souvent non identifiés. La seconde est plus remarquable encore, elle infléchit les règles traditionnelles et en crée de nouvelles afin d'assurer à chacun une réelle maîtrise de l'information et un réel accès aux services que les nouvelles technologies procurent.

Le lecteur songera, en premier lieu, aux législations d'accès aux documents détenus par le secteur public, à celles de protection des données. Les réflexions ci-dessus l'invitent à considérer également en ce sens la supériorité progressivement dégagée en Europe des règles de concurrence sur celles de propriété intellectuelle, la définition de règles d'accès universel aux réseaux y compris à valeur ajoutée ou aux banques de données du secteur public.

Allons, si le droit de l'informatique n'existe pas, ce n'est pas pour autant que le droit est muet face à l'informatique. Lui revient la tâche exaltante de garantir, au profit de tous, le développement de l'innovation technologique.