

DROIT DE
L'INFORMATIQUE



Série animée par Alain Bensoussan.

Le but de ce dossier-série est de donner aux utilisateurs un point de vue plus précis et plus concret sur les problèmes juridiques liés à l'informatisation.

Dans ce numéro :

- introduction aux problèmes du droit de l'informatique.

A paraître dans les prochains numéros :

- la protection des données ;
- normes et principes ;
- normalisation et règles de l'art ;
- la preuve en droit de l'informatique ;
- la protection des programmes ;
- le contrat informatique ;
- l'assurance en informatique ;
- la sous-traitance en informatique.

Introduction aux problèmes du droit de l'informatique

Alain BENSOUSSAN

Avocat à la cour
Professeur à l'Institut Supérieur de
Commerce de Paris

Contrats litigieux, droit de la preuve, protection des logiciels, on ne finirait pas d'énumérer les problèmes de droit qui s'élevaient au fur et à mesure du développement industriel et social de l'informatique. Un champ nouveau est donc ouvert qu'il faut normer, légaliser. L'appel aux vieilles techniques juridiques paraît peu opérant. Dans cette situation complexe, l'émergence d'un droit de l'informatique devient inévitable et nécessaire.

L'ère de l'informatique sans contrainte juridique est révolue. Pendant de nombreuses années, les informaticiens ne se sont pas souciés des problèmes juridiques que suscitaient leurs techniques. L'insertion de l'informatique dans de nombreux secteurs économiques a modifié les organisations traditionnelles. Par ce biais, les échanges d'informations ont suivi de nouveaux vecteurs. L'ancien système était régi par toute une série de prescriptions légales adaptées au schéma réel. Le droit pour être efficace doit insérer les données économiques et techniques dans une structure normée de telle façon que l'espace des sanctions ne soit pas déphasé par rapport à la réalité qu'il est censé régir.

A la suite de l'informatisation, les nouveaux systèmes relationnels se sont trouvés dans des zones de non-droit. Seuls les grands principes généraux par essence atemporels, pouvaient trouver quelques applications dans ces nouveaux domaines.

Pendant la période de gestation, le manque de prescriptions juridiques

ne s'est pas fait sentir. Mais avec l'avènement d'une informatique généralisée de la grande entreprise à la Pme, et de l'administration au particulier, les enjeux se sont avérés trop importants pour être laissés sans direction légale. Les règles de la concurrence ont bouleversé le paysage traditionnel de la négociation informatique.

Pouvoir disposer d'un ordinateur et de ses attributs essentiels, était la préoccupation majeure de tous directeurs de centre informatique. Les délais indicatifs, les prix évoluant en fonction du tarif en vigueur au jour de la livraison, les budgets finaux multipliés par trois ou quatre par rapport aux prévisions les plus pessimistes, tels ont été les caractéristiques des premières opérations d'informatisation. Et encore, heureux l'informaticien qui pouvait disposer d'une infrastructure opérationnelle. Et pourtant son unique exigence n'était pas forcément exaucée malgré le coût qu'il était prêt à subir.

Cette période de commercialisation conquérante est en train de s'estomper. La multiplication des

conflits a contribué au développement des contentieux. Cette mutation des mentalités, qui refuse de prétendre au sacrilège des que l'on traîne son fournisseur informatique devant les Tribunaux, a généré un droit spécifique de l'informatique.

Il est notable de constater que cette préoccupation nouvelle touche toutes les revues destinées aux spécialistes de l'informatique. Les journaux spécialisés commencent à ouvrir des rubriques propres au droit de l'informatique, tandis que les contributions à cette matière s'amplifient (1).

Les sources

Le droit de l'informatique est issu d'une pluralité de sources. Les normes définissant l'informatique peuvent être classées en deux groupes complémentaires : les sources légales et les sources jurisprudentielles. La première, qui a donné naissance à la déjà célèbre, Loi Informatique, Fichiers et Liberté, témoigne d'une saisine particulière des problèmes posés par l'informatique.

Notre constitution a concrétisé une double émergence de légalité. Le Parlement et le Gouvernement, c'est-à-dire le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, disposent de domaines réservés pour concevoir des normes juridiques. Par application de l'article 34 de la constitution de 1958, le Parlement fixe les règles concernant : " les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, (...), la nationalité, l'état et la capacité des personnes, la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables..."

Et par défaut, les autres matières, autres que celles qui sont du domaine de la Loi, ont un caractère réglementaire. Il est remarquable que l'informatique, appréhendée à travers les méfaits qu'elle pouvait entraîner, eu égard aux données de la vie privée, entrât dans le domaine des libertés individuelles dont le Parlement est le traditionnel garant. Le cadre par excellence, la Loi Informatique, Fichiers et Liberté, plus communément appelée, Loi Informatique et

Liberté, s'est donné un champ d'application plus vaste. L'article premier distingue la zone libre de la zone réglementée. Le domaine d'application obéit à une définition positive et à des critères restrictifs négatifs. " L'informatique, est-il précise, doit être au service de chaque citoyen " et de se développer dans le cadre " de la coopération internationale ". A ce titre, l'informatique n'a nul besoin d'agrément ou d'autorisation pour mettre en œuvre telle ou telle procédure. Par contre, ces dernières ne doivent porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux libertés individuelles et publiques, ni à la vie privée. Cette définition contribue à promouvoir un équilibre entre la nécessité d'éviter les effets pervers d'une trop grande liberté et le juste souci de ne pas bloquer les progrès informatiques par des règlements ou des lois inadaptés à ce domaine en croissance exponentielle. La Communauté Européenne et l'Unesco ont fait appel à des nomenclatures similaires, privilégiant la conciliation entre la liberté et le développement informatique par rapport aux protections nécessaires des libertés fondamentales touchées parfois par une informatisation outrancière. La seconde source, plus importante en quantité, est issue de l'article 1134 du Code Civil qui prescrit que " le contrat vaut loi entre les parties ". Contrats d'adhésion pour la majeure partie d'entre eux, ils ont vu leur portée atténuée par la jurisprudence des Tribunaux civils et de commerce. Cette jurisprudence commence à usser un droit de l'informatique d'origine prétorienne, constitutif d'un véritable canevas des relations contractuelles. Enfin, les organisations professionnelles et les compagnies d'experts en informatique, en définissant les règles de l'art, permettent de mieux insérer les clauses juridiques dans ce domaine technique.

Un droit spécifique

Traditionnellement, il n'est pas d'usage de promouvoir un droit propre à une technologie nouvelle. Par vocation, les normes juridiques ont des fonctions polyvalen-

tes. De plus, l'inflation de règles légales contractuelles risque de correspondre à des périodes d'insécurité à l'opposé de ce qui était, a priori, envisagé. Adapter les normes juridiques susceptibles de régler les problèmes informatiques, créer de nouvelles normes téles sont les presupposés du droit de l'informatique (2).

Pour obtenir ses lettres de créances, le droit de l'informatique requiert des efforts de terminologie et de structure. Les juristes, jusqu'à maintenant, ont délaissé ce domaine. Il est notable de constater que les informaticiens se sont désintéressés également des problèmes juridiques que posait leur discipline et les ont rendu systématiquement opaques pour les services juridiques. Comme toutes les technologies nouvelles, la terminologie est souvent un blocage pour le néophyte. La convergence des exigences techniques et juridiques est difficile à saisir simultanément, et trop fréquemment le maintien du règne en ces domaines mal définis.

Or un contrat présente deux intérêts complémentaires. D'une part, il reproduit les bases des relations contractuelles, en évitant toute ambiguïté ou incompréhension, sur les engagements bilatéraux, d'autre part, il sert de système de règlement des conflits. La pratique contractuelle française est trop souvent l'objet d'une incompréhension. Les partenaires se soupçonnent mutuellement de malveillance dès qu'on leur présente un contrat. Le contrat doit, bien au contraire éviter une suspicion illégitime. Tout contrat se signe dans l'allez et s'exécute dans la douleur. A cette effet, il doit servir à résoudre les conflits. Trop de temps, trop d'argent ont été dépensés, pour que l'une des parties arrête les relations contractuelles. Lorsque l'une d'elles subit des coûts externes, qui l'amène à souhaiter un arrêt du contrat, il faut que l'autre partie trouve au sein des clauses contractuelles définissant les obligations des parties, les moyens de la dissuader.

Pour ce faire, le contrat doit traduire les données économiques et juridiques. Cette traduction évite tout décalage. Elle est à l'origine des principales bases du droit de l'informatique

Les relations contractuelles

Les différents partenaires dans une opération informatique n'ont pas le même statut juridique, suivant la forme et le degré de leurs interventions. Dans la mesure où la notion économique de vente de biens et de services n'a pas de résonance juridique, il vaut mieux substituer le terme "fournisseur" à celui du "vendeur". En effet, la vente, organisation du transfert des biens, ne coïncide pas avec la prestation de services ou contrat d'entreprise (3).

Lorsqu'un client souhaite obtenir la mise en place d'un centre informatique, les participants ont utilisé une terminologie propre à l'ingénierie de bâtiment. A ce titre on distingue le maître d'ouvrage ou client, du maître d'œuvre qui prend en charge la totalité de l'opération. En quai de ensemble, le maître d'œuvre se décline de la réalisation d'une ou plusieurs opérations, soit sur une entreprise générale soit sur des sous-traitants.

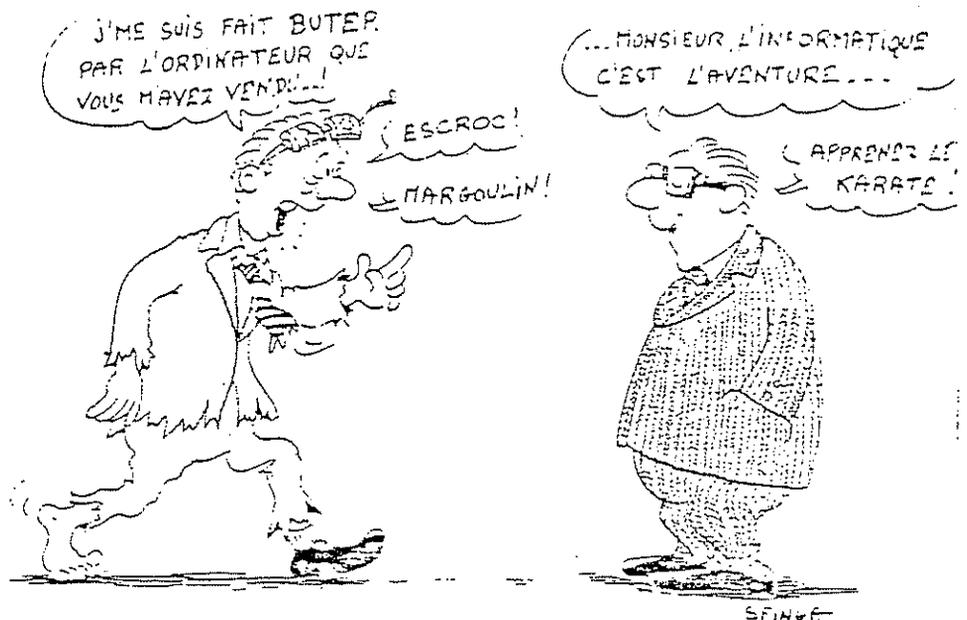
Le maître d'ouvrage dans cette organisation ne connaît, sauf clause spéciale, que le maître d'œuvre. Ce dernier prend en charge la conception, le contrôle d'exécution, et la recette du système pour le compte du client. En matière contractuelle, on peut distinguer deux phases : la phase correspondant aux tractations ou aux négociations et la phase contractuelle stricto sensu. Pendant la phase pré-contractuelle, les parties sont soumises à un ensemble de règles juridiques dont les intéressés n'ont souvent pas connaissance.

Il incombe à l'utilisateur d'exprimer l'ensemble de ses besoins. La meilleure expression de ses volontés correspond à un cahier des charges. Ce cahier des charges fera l'objet d'une annexe au contrat et servira de référence pour déterminer les obligations techniques entre les parties. Tout au long de la génération de l'expression des besoins et de sa traduction dans le cahier des charges, le fournisseur doit aider le client. Il a une obligation d'information ou d'aide à la révélation des besoins. De plus, et parallèlement, il doit au client une

obligation de conseils et de mise en garde. Cette obligation de conseils s'interprète tant positivement que négativement (4).

Le fournisseur doit déterminer les contraintes de son système et tout particulièrement attirer l'attention

saire. Il convient de distinguer les contrats de maintenance-matérielle et les contrats de maintenance-logicielle. Ils n'ont pas les mêmes bases et surtout pas les mêmes enjeux. Dans le cadre de la maintenance-matérielle, le maître d'ouvrage



sur l'inadaptabilité de son matériel ou de ses logiciels au besoin du client. Une société importante a été condamnée pour silence dolosif dans la mesure où elle a manqué à ses obligations de conseils en n'indiquant pas à son client l'inadaptation de son matériel aux problèmes exprimés par ledit client.

En dernière instance, la responsabilité complète du choix du matériel incombe au maître d'ouvrage, si celui-ci a été loyalement informé et mis en garde.

Les obligations des parties en ce qui concerne l'exécution du cahier des charges dépendent du cadre contractuel dans lequel elles ont entendu de se situer. L'achat, la location, le leasing, sont autant de situations générant des obligations plus ou moins fortes à la charge de l'une ou l'autre des parties. Chacun de ces contrats mérite une analyse spécifique qui fera l'objet de développement ultérieur. De plus, l'utilisateur a besoin d'une exploitation normale de son système et pour ce faire, un contrat de maintenance s'avère néces-

a le choix entre la maintenance-assurance et la maintenance-intervention. La maintenance-intervention se distinguant en plusieurs sous-systèmes :

- la prévention,
- la réparation soit sur site, soit en usine,
- l'échange standard,
- la télé-maintenance.

Le vendeur n'est pas obligé de fournir un contrat de maintenance. Afin d'éviter tout désagrément, les contrats de maintenance doivent être négociés en même temps que le contrat de vente et signés simultanément avec ce dernier. La date de la maintenance, au niveau de son départ technique, étant reportée à la fin de la garantie conventionnelle (5).

La protection des programmes et des informations

Le logiciel et les fichiers constituent des investissements impor-

tants pour l'utilisateur. Une protection efficace doit être mise en place. Une commission Afnor, sur la protection des données est entrain de travailler sur la rédaction d'un cahier des charges ou ensemble de prescriptions permettant de guider les utilisateurs dans les mesures à prendre pour organiser la sécurité des fichiers et des logiciels. En application de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 complétée par la loi du 13 janvier 1978, les programmes ne peuvent pas faire l'objet d'un brevet (6). L'utilisateur n'est toutefois pas complètement démuné. Il est possible de protéger les logiciels en utilisant plusieurs procédures juridiques.

Dans un premier temps, il est utile d'associer une marque au logiciel ou progiciel. Toute personne utilisant la marque, c'est-à-dire le logiciel, pourrait être menée devant les Tribunaux sur la base de la concurrence déloyale. Afin d'éviter une telle condamnation, le pillage de programmes doit au préalable, effacer la marque qui apparaît sur l'ensemble des sorties des informations. Afin de prévenir de telles pratiques, il faut et il suffit de faire en sorte que tout effacement dans le programme-source de la marque entraîne une destruction dudit programme.

Cette procédure de cheval de Troie doit obligatoirement être annoncée préalablement lors de la négociation et faire l'objet d'une mise en garde spécifique. En cas de preuve de détournement de fichiers ou de pillage de programmes, la victime peut obtenir réparation de son préjudice sur la base de la concurrence parasitaire en application de la nouvelle jurisprudence qui a retenu cette notion. Enfin, il convient d'indiquer que les pillages d'informations ou de programmes sont constitutifs de vols, c'est-à-dire, par application de l'article 379 du Code Pénal, peuvent conduire les auteurs à des peines de prison sévères (7).

La preuve

Les modes traditionnels de preuves se trouvent inadaptés aux traitements informatisés. En droit français la preuve idéale est constituée par un écrit. Avec le développement de l'automatisation, l'écrit

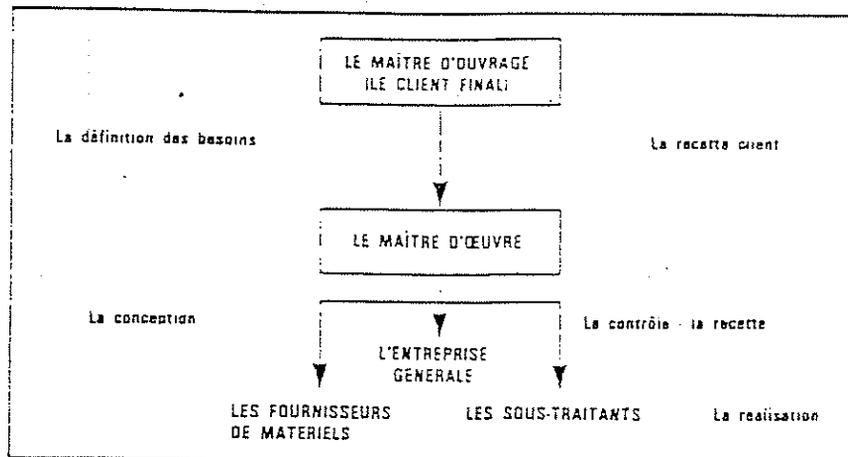


Schéma des relations contractuelles

disparaît, et de plus en plus, on se trouve en face de saisies à lecture optique ou par écran et de sorties soit sur bandes, soit sur disques, soit sur microfilms. Les comptabilités informatisées se trouvent, sur le plan juridique très limitées. Tant vis-à-vis des prescriptions commerciales que des prescriptions fiscales. La réforme récente du droit de la preuve, sauf interprétation extensive de la part des Magistrats ne donne pas la possibilité de rapporter une preuve propre au nouveau support de traitement de l'information. Ce point fondamental fera l'objet d'une étude particulière au sein de ce dossier de droit de l'informatique.

Le règlement des conflits

Lorsqu'aucune négociation ne sera possible, un recours judiciaire va s'imposer. Les parties ont le choix entre l'arbitrage et le recours aux juridictions étatiques. Cette option dépendra soit de la signature d'une clause compromissoire, c'est-à-dire d'un engagement de recourir à l'arbitrage avant la naissance du litige, soit d'une volonté de conciliation permettant de déboucher sur un compromis, c'est-à-dire un recours à l'arbitrage, une fois que ledit litige est né. L'arbitrage, en informatique, présente de très nombreux intérêts et tout particulièrement, celui de pouvoir faire sanctionner la défaillance de telle ou telle partie devant les experts connaissant parfaitement la technique informatique et les contraintes juridiques associées.

A défaut, le recours devant le Tribunal s'avérera nécessaire. L'existence d'experts informatiques auprès des juridictions françaises permet aux justiciables de pouvoir présenter ces problèmes et ces objections devant des experts techniques. Très légitimement, les Magistrats font systématiquement appel à ces experts, pour obtenir des informations sur les règles de l'art, les données techniques du problème en cause et les éléments de solution à retenir, eu égard à la situation conflictuelle.

Bibliographie

- [1] Banques de données — Entreprises - Vie privée — actes du colloque organisé par le Centre de Recherches Informatique et Droit - Faculté de Namur - Editeur CIEAU-Creadif.
- [2] Revue de Jurisprudence commerciale - numéro spécial : " L'informatique et le droit commercial ".
- [3] Les volumes triples - Expertises n° 24.
- [4] La vente à l'essai - Expertises n° 23.
- [5] Un ordinateur sans maintenance - Expertises n° 25 et 26.
- [6] Eugène Ulmer - Problèmes découplant de l'utilisation d'ordinateurs et d'appareils analogues pour la mise en mémoire et la récupération d'œuvres protégées par le droit d'auteur - in le Droit d'Auteur, Juillet-août 1979 - p. 212.
- [7] Françoise Gallouedec-Genuis et Herbert Maisl. Le secret des fichiers in Cahiers n° 13 (1973) de l'Institut Français des Sciences Administratives - éditions Cujas.