

# LE DROIT DE L'INFORMATIQUE

par B. CAHEN et A. BENSOUSSAN

Avocats à la Cour de Paris

Gaz. Pal. du 16 avril 1981

## INTRODUCTION

Selon l'Académie française, l'informatique est « la science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques de l'information, considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines techniques, économiques et social... ».

En parallèle avec cette définition, le droit de l'informatique recense l'ensemble des règles juridiques, régissant le traitement automatisé de l'information.

En tant que discipline juridique, le droit de l'informatique commence à imposer ses concepts.

Les normes juridiques françaises obéissent à une classification fortement structurée.

Cette organisation logique et rigoureuse repose sur des critères hiérarchiques fondamentaux.

À partir de la composition de ces critères, les solutions juridiques trouvent leur force et leur portée.

Chaque discipline nouvelle, en dégageant une méthodologie, suscite la création d'un espace homogène objectif, condition de son développement autonome.

Toute discipline repose sur un domaine particulier.

Compte tenu de sa nouveauté, le champ d'application du droit de l'informatique possède des fonctions encore floues.

Dans une première approche, il peut sembler singulier de promouvoir un droit particulier au service d'une science nouvelle ; cette volonté a comme corollaire une inflation galopante des normes juridiques, mais l'insertion rapide des progrès informatiques dans la majeure partie des rouages économiques impose malheureusement une création de concepts juridiques.

Dans cette attente, l'informatique et la télématique, secteurs en croissance très rapide, requièrent dès maintenant l'actualisation de nombreuses règles traditionnelles, le besoin se fait surtout sentir pour les praticiens, qui doivent déjà affronter les problèmes et les conflits imposés par l'informatique.

Cette nécessité est ressentie à plusieurs niveaux.

Il convient en effet de pouvoir régler sur le plan juridique les questions posées par la multiplicité des problèmes soulevés par la commercialisation des ordinateurs, c'est-à-dire des machines, et par la commercialisation des logiciels, c'est-à-dire des services. De plus les services commencent à prendre plus de valeur que le matériel, d'où la nécessité de s'apesantir sur la nature juridique des programmes.

Par ailleurs l'utilisation de l'informatique au sein des autres secteurs économiques implique d'ores et déjà la création de normes (AFNOR) et de textes législatifs, compte tenu en particulier des problèmes de preuves, qui ne manqueront pas d'être soulevés.

La comptabilité générale informatisée, la lettre de change relevée (LCR) sont des témoignages de cette influence (38).

Au colloque de Deauville, organisé par l'association Droit et commerce, M. le professeur Emmanuel de PONTAVICE, remarquait que « le juriste est intéressé par la régulation de ces phénomènes, c'est la réponse du droit à cet état de fait nouveau. Il s'agit de créer des règles nouvelles ou d'adopter des règles anciennes pour maîtriser l'informatique » (1).

De même M. le doyen MAISL écrivait « un droit informatique, qui n'est qu'un droit carrefour, est en voie d'élaboration. Sont en cause plusieurs chapitres du droit public et du droit privé ; certaines spécificités de l'informatique exigeant parfois des règles propres... » (18).

L'informatique entre dans les choix stratégiques à réaliser dans la prochaine décennie. Contrôler le besoin informatique,

faciliter l'innovation sans créer des effets pernicioeux, tels sont les principaux axes des politiques informatiques retenues par de nombreux pays occidentaux.

Le droit de l'informatique doit apparaître comme le support de cette politique en évitant la création de blocages néfastes au développement de ce secteur économique prioritaire.

L'ambition de cette étude est de dégager les principes directeurs de ce droit nouveau en mettant en exergue la situation juridique actuelle.

..

## Chapitre premier. — LES SOURCES DU DROIT DE L'INFORMATIQUE.

Comme dans l'ensemble des branches traditionnelles du droit français, on trouve trois sources distinctes et complémentaires :

- la loi et le règlement
- la coutume et les usages
- la jurisprudence et la doctrine

Eu égard à la nouveauté de cette discipline, la seconde source apparaît prépondérante dans la mesure où les informaticiens ont tenté de définir des règles ou des pratiques propres à leur situation. Calées sur la vitesse de développement de l'informatique, les deux autres sources sont en train de combler le fossé qui les sépare.

### Section I. — Le cadre légal et réglementaire.

Depuis la séparation fondamentale des pouvoirs entre le Parlement et le Gouvernement, prévue par les art. 34 et 37 de la Constitution, les normes juridiques sont issues de deux sources autonomes.

Chaque institution dispose d'un domaine d'action réservé. A priori l'informatique se trouve à l'intersection de ces deux champs de légalité constitutionnelle.

#### A. — LA LOI.

Il est intéressant de noter que l'informatique sur le plan législatif a été appréhendée par le biais des libertés publiques, c'est-à-dire dans le domaine de l'art. 34, qui prévoit que « la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

A cet effet le président de la République avait confié à une commission spéciale, placée sous l'autorité du Garde des Sceaux, de « proposer au Gouvernement dans un délai de six mois des mesures tendant à garantir que le développement de l'informatique dans les secteurs publics, semi-publics et privés se réalisera dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques... » (2)).

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, constitue le premier cadre législatif de l'informatique...

Il faut donc remarquer que dans un premier temps le législateur s'est saisi de l'informatique, en se plaçant sur le terrain des atteintes éventuelles qu'elle pouvait faire courir aux libertés, restant ainsi dans le cadre de l'art. 34.

Loi-cadre par excellence, la loi informatique fichiers et liberté, plus communément appelée la loi informatique et liberté, recherche une plus grande transparence dans les relations inter-individuelles tant sur le plan privé que sur le plan public. La notion « d'habeas data », annoncée à propos de cette loi, contient les deux principes directeurs traitant du champ informatique :

- une saine globale de l'informatique, dans la mesure où cette loi échappe aux classifications traditionnelles. Elle contient des prescriptions civiles, pénales et administratives ;
- une vocation dissuasive plutôt que directive.

Il convient immédiatement de noter que le fait de faire figurer dans un même texte des prescriptions qui relèvent tant des Tribunaux civils que des Tribunaux de l'Ordre administratif, comporte des risques de conflit de répartition.

Conscient de ces problèmes, le Parlement ne s'est pas contenté de prévoir une réglementation cadre puisqu'il a créé une Commission nouvelle au service d'un droit nouveau.

## B.- LE REGLEMENT.

Cette seconde source légale présente une particularité du fait du pouvoir réglementaire de la Commission.

L'art. 6 de la loi informatique et liberté a institué la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Cette dernière « est chargée de veiller au respect des dispositions de la présente loi, notamment en informant toutes les personnes concernées de leurs droits et obligations, en se concertant avec elles et en contrôlant les applications de l'informatique au traitement des informations nominatives. La Commission dispose à cet effet d'un pouvoir réglementaire dans les cas prévus par la présente loi ».

Cette Commission va donc générer deux sortes de règles : d'une part celles traitant de la politique informatique générale, à vocation industrielle et commerciale, qui sont du domaine réglementaire, et celles ayant un effet direct sur les libertés publiques, qui sont sous le contrôle du législateur.

La loi a qualifié cette Commission d'« autorité administrative indépendante ».

Que signifie une autorité administrative indépendante ? Quel est exactement son pouvoir ? Devant qui seront portées les contestations de ses décisions ?

Les auteurs se borneront à penser que eu égard à la position de la jurisprudence administrative, le Conseil d'Etat ne manquera pas de s'emparer de ce domaine.

En l'application de cette loi, le Gouvernement a pris trois principaux décrets d'application (4). Parallèlement en tant qu'organisme collégial, la Commission a prononcé plusieurs délibérations en application de la loi de 1978. Ces délibérations obéissent à deux catégories.

- les délibérations obligatoires, telles que la loi n° 79-03, fixant le modèle de déclaration et de demande d'avis nécessaire à la mise en œuvre des traitements automatisés d'informations nominatives (5) ou la délibération n° 80-34, exonérant la comptabilité générale de l'obligation de déclaration et (6)

- des délibérations sous forme de recommandations sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, telles que la délibération n° 80-10 sur la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers informatisés (7).

### Section 2.- L'usage.

En matière informatique, il est difficile de parler de coutume.

Les nombreuses organisations professionnelles sont en train d'instituer des usages tendant à définir des clivages régissant les obligations des partenaires à l'acte informatique.

Le travail réalisé par les experts en informatique auprès des Cours d'appel illustre l'importance de cette source, base d'une éventuelle déontologie.

### Section 3.- La jurisprudence et la doctrine.

L'adaptation des normes juridiques, qui n'ont pas été conçues pour une finalité informatique, peut conduire à des errements.

Sur le plan logique, l'inadéquation apparaît immédiatement. Ce n'est qu'après des manipulations plus ou moins heureuses que l'on arrive à rapprocher les normes existantes des faits informatiques (9).

Cependant il n'est pas rare en appliquant la théorie générale du droit de pouvoir obtenir une adéquation normes-situation à partir d'une adaptation des principes généraux. En matière de flux transfrontières de données informatisées, M. CHANOIX a très légitimement rappelé l'art. 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui énonce : « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression. Ceci implique de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit... » (10).

La nécessité de régler les contentieux à partir de notre système juridique actuel implique un effort constant d'adéquation, qui tend à la dénaturation des situations informatiques réelles. Le droit de l'informatique est issu des normes contractuelles. Face à l'absence de règles, les partenaires économiques ont généré un ensemble de pratiques, qui tendent à s'harmoniser.

A partir de ces contrats, la jurisprudence, et tout particulièrement celle de la 3<sup>e</sup> Chambre de la Cour d'appel de Paris, qui a énormément contribué au développement de normes juridiques touchant l'informatique, commence à dégager des règles générales, susceptibles de constituer à terme la base fondamentale d'un droit autonome de l'informatique. L'arbitrage et la doctrine venant préciser ce domaine lui donnent ses lettres de créance.

\*\*

## Chapitre 2. - PRINCIPES ET DEFINITIONS.

En reprenant les définitions de l'informatique, deux termes se distinguent : l'information et son traitement.

En appréciant les principes directeurs, qui les commandent, le droit pourra jeter les fondements de son champ d'application.

### Section 1. - L'information :

#### A. - LA DISTINCTION ENTRE DONNEES ET INFORMATIONS.

Notre siècle est souvent qualifié de civilisation de l'information. Notre problème n'est plus la découverte de l'information. La difficulté est déplacée. Elle réside dans l'accumulation des informations entre lesquelles un choix doit être opéré. Une donnée, ou fait brut, intégrée dans un processus cognitive idoine, se voit affectée d'un sens. A ce moment elle se transforme en information avec cette définition : l'information est une donnée interprétée soit techniquement (classement automatique) soit humainement (affectation d'une logique ou d'un sentiment). Ainsi une donnée correspond à plusieurs informations (11). Simplement la donnée et l'information possèdent une relation relative dans la mesure où, saisie à un niveau différent, l'information pourra apparaître comme une donnée vis-à-vis d'une autre procédure. Il est notable que la seule loi en la matière ne définit pas le concept d'information. Le législateur a pré-supposé cette connaissance comme acquise.

De manière implicite toutefois, à partir de la description du contenu d'une information nominative, on peut retracer le contour de l'information. En effet selon l'art. 4 de la loi de 1978 « sont réputées nominatives... les informations qui permettent sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques, auxquelles elles s'appliquent... »

En fait, la loi, comme les délibérations de la CNIL, utilise la donnée et l'information comme des synonymes (12). Se portant en faux, M. Yves LAFARGUE soutient que l'information et la donnée sont deux entités différentes : « la donnée est une représentation codée, l'information est la signification que l'homme attribue à la donnée » (13).

#### B. - INFORMATION ET DROIT.

Pour un informaticien, une structure de donnée codée, organisée selon un système de critères, constitue un fichier d'information. A priori cette définition courante ne présente aucune résonance juridique immédiate. En droit français « tous les biens sont meubles ou immeubles ».

Une collecte d'informations organisée correspond juridiquement à la classe des biens meubles incorporels à l'image d'un brevet ou d'un fonds de commerce. A ce titre, l'information est susceptible d'appropriation et de commercialisation. Par exemple la détention illégale d'informations nominatives informatisées constitue l'élément matériel d'un délit (14).

### Section 2. - Le traitement.

#### A. - DEFINITION.

Malgré son nom informatique, fichiers et liberté, la loi ne régit ni l'informatique ni les fichiers. De façon plus large, elle s'intéresse aux processus automatisés et aux traitements de l'information.

La définition juridique du concept de traitement ne correspond pas à celui utilisé par les praticiens. Dans le secteur informatique, on appelle traitement le déroulement des instructions d'un programme.

En droit la notion de traitement correspond :

- aux opérations de saisie : collectes-enregistrement ;

- aux opérations de traitement stricto sensu : élaboration - modification - exploitation - consultation connexion et inter-connexion ;

- aux opérations de sortie : conservation - édition - génération de fichiers ou de bases de données (15).

Le lecteur doit être informé qu'il est indispensable de faire la déclaration de tout traitement automatisé d'informations nominatives auprès de la CNIL. Le transfert de terminologie, ci-dessus visé, a conduit à des contresens lors de cette déclaration ; dans la mesure où les informaticiens ont occulté les juristes dans les entreprises au sujet du droit de l'informatique, la CNIL s'est trouvée dans l'obligation de traduire le mot traitement.

A cet effet, le poste 6 de ladite déclaration impose de préciser la dénomination du traitement, ce qui correspond en langage courant informatique à une application.

Cette appellation large du traitement automatisé a conduit le Gouvernement, lors d'une question écrite de M. Michel NOIR, président du groupe de travail télématique, à déclarer que les transferts de fonds électroniques relevaient de la compétence de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (16).

Dans la mesure où le traitement d'informatisations automatisées s'applique à toute technique, un journaliste du *Canard enchaîné*, M. Bernard THOMAS, se demande « si les collections de portraits enregistrés sur les bandes magnétiques... constituent un fichier électronique. Et que la police aurait dû demander à la Commission informatique et liberté le droit de l'utiliser... » (17).

Sur le plan conceptuel, cette position n'est pas dénuée de fondement. Le couplage de l'informatique et de la télématique permet de constituer des fichiers de photographies, de les trier par ordinateur, d'envoyer par télécopie des fichiers de portraits avec leur nom. A ce titre l'identification directe ou indirecte est du domaine de la loi. Rien ne permet d'exclure ce type de fichiers s'il est mis sur microfiche et traité de manière automatisée. Il va sans dire que la prise de vue, en tant que telle, n'a pas à être déclarée.

..

### Chapitre 3. - LE CADRE CONTRACTUEL

#### A. - PRÉSENTATION.

L'attrait du matériel informatique, le caractère structurellement demandeur de ce marché économique, ont limité le recours au règlement judiciaire des conflits.

Dans la majeure partie des cas l'utilisateur de produits informatiques préfère résoudre ses problèmes en augmentant ses charges prévisionnelles plutôt que de risquer de manquer de moyens informatiques.

Avec le développement de la concurrence et l'informatisation des petites et moyennes entreprises, cet état d'esprit tend à se modifier. La multiplication des décisions judiciaires illustre de manière patente cette nouvelle situation. Pour donner une solution aux conflits, les magistrats ont mis en place un régime particulier au contrat informatique, lequel constitue la pierre angulaire du droit de l'informatique.

Comme toute nouvelle technologie, l'informatique a engendré la création de terminologie à contenu variable, selon les auteurs et les nationalités. La langue première en cette matière étant celle des Etats Unis d'Amérique, il a fallu soit traduire ces nouveaux termes, soit intégrer ou « franciser » ces références. Parallèlement aux problèmes de traduction, une difficulté tenant au contenu des vecteurs d'information est venue s'ajouter. Au sein de la sphère des spécialistes en informatique, l'incompréhension existe parfois. Sous un vocable identique, on retrouve des qualifications technologiques connexes, voire parfois contradictoires. Or, le cadre juridique et son ensemble d'obligations ne sont que la traduction idoine des contrats informatiques. Un contrat ne sera pertinent que si les fondements des prescriptions juridiques sont en harmonie avec les principes directeurs commandant la situation de fait. Cette double coexistence évite une réalité économique, coupée de la sanction juridique. En conséquence, le juriste devra définir dans chaque contrat les mots clés en cause sous risque de graves mécomptes.

#### B. - LE CONTRAT INFORMATIQUE.

En tant que tel le contrat informatique appartient à la catégorie des contrats sui generis.

Il est très difficile, sauf cas particulier, d'identifier une situation concrète à un contrat nommé. Pour régler les conflits, le recours aux principes généraux des obligations s'est imposé. Par ce biais, un nombre croissant d'obligations préalables à l'échange des consentements a modulé le droit contractuel de l'informatique. L'informatisation d'un département ou d'une entreprise est une opération complexe. Il faut coordonner la définition du matériel avec les besoins, préparer les logiciels ou programmes agencer l'ensemble en tenant compte des problèmes d'environnement technique et humain.

Ce cumul de tâches a rapproché le contrat informatique des conceptions propres à l'engineering. La commercialisation des produits informatiques entre soit dans la catégorie des contrats de vente, soit dans la catégorie des prestations de services (19). Cette division est fondamentale dans la mesure où en droit contractuel français, il n'existe pas de vente de biens et services, malgré la généralisation de ce vocable. Le régime des biens vendus n'obéit pas aux prescriptions imposées par le contrat de prestations de services, même lorsqu'il fait l'objet d'une cession.

Or « un ordinateur pour lequel un constructeur ne commercialiserait pas de système d'exploitation ne pourra être utilisé » (20). Ainsi en pratique il n'y a jamais de livraison de « machines brutes » (21). Toute opération de commercialisation fait intervenir un contrat de vente et un contrat de prestations de services.

#### C. - TYPOLOGIE DES CONTRATS.

Dans la majeure partie du contentieux que les Tribunaux ont eu à résoudre, la vente ou la location de matériel, d'une part, la réalisation ou la fourniture de logiciels, d'autre part, ne sont pas contractuellement solidaires. Vis-à-vis de l'utilisateur, appelé souvent maître d'ouvrage, chaque opérateur souhaite imposer un contrat propre. A partir de cette situation, on recense deux classes et sept contrats types.

Classe portant sur le matériel :

- un contrat de vente
- un contrat de location sur site ou par connexion.

Classe portant sur le Conseil :

- un contrat de réalisation de programmes en cession ou licence,
- un contrat d'assistance technique,
- un contrat de maintenance,
- un contrat de conseil et d'audit.

Comme en pratique, une série d'actions complémentaires doivent être coordonnées afin d'obtenir un ensemble informatique opérationnel, certaines sociétés proposent un contrat d'ingénierie informatique, clés en main. L'utilisateur final ou maître d'ouvrage signe un contrat unique avec un maître d'œuvre, qui aura le choix et le contrôle des opérations. L'entreprise générale est souvent le fournisseur du matériel, tandis que la société de services et de conseils en informatique représente le sous-traitant, qui réalise le logiciel d'application. Pour l'instant l'analogie ne dépasse pas ce niveau de terminologie bien que l'apparition d'architecte de systèmes et de contrôleur de projet rappelle encore plus l'ingénierie traditionnelle. Cette multiplicité des contrats pour un système unique résulte des méthodes initiales de commercialisation. Pendant plusieurs années les constructeurs d'ordinateurs, afin de promouvoir leur réseau de vente, fournissaient les logiciels de base gratuitement (23). Cette particularité commence à régresser avec le développement de l'« unbundling », c'est-à-dire la délivrance du matériel, d'une part, et la livraison de logiciels d'autre part. De plus le renversement de la balance entre la partie matériel et la partie logiciel dans un budget informatique a précipité l'émergence de ce phénomène.

#### D. - LA PHASE PRE-CONTRACTUELLE.

##### 1) Position du problème.

Comme toute organisation contractuelle, la mise en place d'une opération informatique est précédée d'une phase pré-contractuelle. La distinction entre les deux phases apparaît

prépondérante. Elle permettra de distinguer la zone de tractation de la zone de transaction. Le contrat ou les documents contractuels constituent la cheville ouvrière entre les différentes parties. Toutefois en cas de difficulté d'interprétation ou d'exécution, la phase pré-contractuelle pourra servir de référence.

En matière de produit à haute technicité, le vendeur devient ingénieur technico-commercial. Son intervention est prépondérante dans la préparation de l'acte d'achat. En dernière instance, la vente sera conclue si le vendeur ratifie « l'anticipation de l'acheteur en affirmant l'adéquation du produit aux fins recherchées par ce dernier » (22).

Dans cette phase, le vendeur et le prestataire de services ont un discours à parité avec celui de l'utilisateur. L'ensemble des partenaires posent les solutions économiques recherchées comme principe directeur de l'acte informatique.

Seulement la traduction juridique des contraintes techniques est toute différente. Deux ou plusieurs contrats cernent respectivement les problèmes spécifiques aux produits et les particularités propres aux services. De plus, les solutions recherchées (par exemple informatisation des stocks) ne sont plus formulées dans le cadre contractuel juridique. Les contrats se cantonnent à formuler une suite d'énonciations techniques.

Cette ambiguïté est accentuée par la terminologie retenue. La pratique professionnelle a généralisé les termes de vente de biens et services. Or, cet amalgame est un non-sens juridique. En effet, le régime défini par les art. 1582 et s. du Code civil n'est pas à même de normaliser la prestation de service.

Saisie de ces difficultés d'interprétation, les Tribunaux ont essayé d'enrayer les différents effets pervers en imposant :

- à l'utilisateur d'exprimer ses besoins,
- et aux vendeurs-prestataires le respect d'obligation de conseil et de mise en garde.

## 2) L'expression des besoins.

Nombreux sont les contentieux dans lesquels le conflit porte sur l'inadéquation des éléments techniques formulés aux besoins de l'utilisateur.

De manière très nette, la jurisprudence impose à l'utilisateur de définir clairement les problèmes qu'il souhaite résoudre en s'informatisant. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a énoncé qu'« il appartient à l'utilisateur de fixer les objectifs à atteindre et (il lui incombe) de demander des explications s'il s'estime incomplètement renseigné sur les contraintes inhérentes à l'utilisation du matériel qu'il envisage d'acquérir » (23).

Cette obligation a priori n'exige pas que l'expression des besoins soit exclusivement l'œuvre du client. Toutefois, en cas de réalisation d'une étude d'expression des besoins opérés par le fournisseur, le choix en dernier ressort incombe à l'utilisateur. Il n'y a pas de transfert de responsabilité à ce titre. Le Tribunal de commerce de Paris dans un attendu confirmé par la Cour, a retenu « l'entière responsabilité de l'opération » à l'encontre de l'utilisateur dans la mesure où ce dernier avait accepté en connaissance de cause l'avant-projet et le cahier des charges établi par le fournisseur (24).

Une méthode appropriée pour opérer le descriptif des solutions recherchées consiste à rédiger un cahier des charges. A partir de ce cahier des charges, le fournisseur pourra proposer une solution compatible avec l'ensemble des contraintes. Il est difficile de rédiger un cahier des charges type pour l'ensemble des applications informatiques. Cependant, un noyau stable de clauses peut être dégagé. Pour cela, il convient de distinguer trois parties :

### a) Définition des principes et des objectifs.

Cette introduction fournira aux vendeurs et aux prestataires la situation globale du processus informatique. En cas de silence ou de difficulté d'interprétation, le report à ce paragraphe permettra la mise en exergue de l'effet global attendu.

### b) Les solutions opératoires.

Prenant le contre-pied des cahiers des charges se limitant à une suite de matériels ou à une liste de spécifications programme, l'utilisateur devra traduire les objectifs généraux en actions opératoires concrètes. Au descriptif technique, doit être substituée une nomenclature fonctionnelle.

### c) Les éléments techniques.

Ayant un caractère indicatif, les éléments techniques n'ont qu'une vocation de « dimensionnement » du processus informatisé. Par exemple, nombre et type de transactions, vitesse de traitement, temps de réponses des exécutions, environnement des terminaux...

Ce cahier des charges externes forme la base de l'appel d'offre. La formulation des données techniques correspondant aux fonctions exprimées se faisant sous la responsabilité du vendeur ou du prestataire. Ainsi, comme le souligne M. PER-TUSET « la seule façon de réussir son appel d'offres est d'arriver à se rendre indépendant du matériel » (25).

Afin de faciliter l'expression courante des besoins, l'AFNOR a publié un guide pour la réalisation d'un cahier des charges en matière de comptabilité générale et de comptabilité client (26).

Naturellement le fournisseur ne peut prétendre à un dégage-ment total de sa responsabilité en cas de mauvaise définition des besoins. En effet, ce dernier doit assurer une obligation d'information et de conseil, véritable aide à la réalisation du cahier des charges. En matière contractuelle, un devoir de loyauté, qui a été sanctionné, s'impose à l'ensemble des partenaires.

De nombreuses sociétés ont été condamnées pour silence dolosif lorsqu'elles se sont abstenues :

- d'aider l'utilisateur à définir ses contraintes,
- de révéler l'inadéquation de leur matériel ou de leur programme à telles ou telles solutions énoncées par l'utilisateur (27).

Le cahier des charges n'est qu'une forme achevée de l'expression des besoins. Il correspond à une condition suffisante mais non nécessaire. Tout autre mode est recevable. De plus si le fournisseur disposait de la connaissance préalable des besoins du client, la jurisprudence conclut très légitimement que ce dernier est dispensé de la rédaction d'un quelconque cahier des charges. Lorsque le constructeur propose une évolution de la structure informatique antérieure qu'il a lui-même réalisée, il lui incombe de cerner les besoins nouveaux du client. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Toulouse en énonçant « qu'il ne peut être fait (...) de reproches au défendeur au niveau de la définition de leurs besoins alors que ceux-ci ont pu être entièrement « appréhendés » et « analysés » parfaitement par RUF (le fournisseur) lors de la première expérience » (28).

### 3) L'obligation de mise en garde.

Compte tenu des dangers, le fournisseur doit mettre en garde son co-contractant sur les risques d'informatisation. Cataloguer dans la catégorie « produits dangereux » l'informatique impose aux vendeurs et aux prestataires des modalités de commercialisation particulières.

A été jugé que « le vendeur d'un logiciel informatique » aurait dû dissuader l'utilisateur « alors qu'il n'était pas assisté d'un spécialiste informatique de mettre en route un procédé mixte, informatique et manuel, en pleine activité saisonnière et ce, compte tenu des difficultés et des retards de programmations prévisibles » (29).

Prenant en compte cette obligation, véritable frein à la vente, la société IBM indique en gros caractères dans ses contrats : « il est rappelé que le succès d'un projet d'informatique dans une entreprise ne dépend pas seulement de la qualité du matériel, du logiciel et des services utilisés, mais aussi de facteurs échappant au contrôle d'IBM, tels que les structures de l'entreprise, les méthodes de travail et la qualification du personnel.

« La technique informatique étant une construction logique rigoureuse, une même rigueur doit se retrouver dans les structures de l'entreprise, dans les méthodes de travail et dans la qualification du personnel sous peine d'entraîner de graves mécomptes ; il en résulte en particulier que la période de démarrage est spécialement délicate et que le client doit la préparer soigneusement ».

Simplement, il peut paraître un peu surprenant de voir les parties définir cette obligation a posteriori c'est-à-dire lors de la conclusion du contrat définitif, des relations pré-contractuelles exercées antérieurement à la ratification des clauses supposant les régir à cette époque (30).

## Chapitre 4. — ANALYSE DES CARACTERISTIQUES DOMINANTES DES PRINCIPAUX CONTRATS.

### A. — LE CONTRAT DE VENTE.

Pour mettre en œuvre un ordinateur il faut trois types de logiciels : un logiciel de base, un logiciel d'exploitation et un logiciel d'application. Comme nous l'avons précédemment noté le logiciel de base est déterminant pour l'utilisation correcte de l'unité centrale.

De ce fait deux particularités s'imposent au contrat de vente. Premièrement il convient de déterminer la qualité juridique des programmes livrés avec l'ordinateur et deuxièmement il faut définir la notion de conformité.

#### 1) Le contrat de vente et les logiciels.

Si l'on admet que l'utilisateur n'a que faire d'une machine sans programme, les logiciels prennent un caractère accessoire à la fourniture de la machine. Ils font partie des éléments du contrat au même titre que le transport ou la documentation.

Par ce biais, toutes difficultés dans l'exécution des programmes auraient pour effet la mise en cause de la machine elle-même. Une tentative en ce sens a été mise en œuvre par le Tribunal de grande instance de Castres qui a considéré que la vente d'ordinateur et de logiciel s'interprétait comme une vente à l'essai. L'essai étant caractérisé par l'exécution correcte des logiciels ou des programmes sur la machine en cause.

Cette solution très protectrice pour les intérêts de l'utilisateur a été infirmée par la Cour d'appel de Toulouse dans la mesure où « la vente d'un ordinateur avec son installation prévoyant nécessairement une programmation préalable dont le coût suivant l'usage, atteindrait environ 50 % du prix total, et par sa nature très spéciale, exclusive de tout essai qui conditionnerait la vente ainsi que le Tribunal l'avait admis à tort ».

Cette position est partagée par la Cour d'appel de Paris qui refuse de résilier un contrat de vente de matériel et de leasing pour difficultés rencontrées dans l'utilisation des programmes. Appliquant de manière stricte le critère de séparabilité des contrats, les magistrats déclarent indépendants les logiciels du matériel. Ainsi il a été décidé dans l'affaire S.A. Chauvin c. S.A.R.L. Arconnerie française que « l'ordinateur n'étant affecté d'aucun vice propre et se trouvant en état normal de marche, il s'ensuit donc que la demande de résiliation de la vente de l'appareil ne peut être accueillie ». Et ce malgré les pannes dues au logiciel.

De plus, tirant les conclusions de ce principe, les magistrats ont ajouté :

- que la société Arconnerie « doit conserver l'appareil installé dont elle est actuellement propriétaire »,
- qu'elle « ne saurait (...) prétendre au remboursement du prix comme des loyers payés à la compagnie France Bail) du fait l'existence d'un contrat de leasing »,
- que « la dépréciation du matériel devenu obsolète (...) n'a pas de lien de causalité directe avec les reproches faits à la société Chauvin » (31).

#### 2) L'obligation de conformité.

Selon l'art. 1603 du Code civil le vendeur « a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». Cette obligation de conformité, élément du respect de la notion de délivrance suppose des aménagements en droit de l'informatique.

Traditionnellement cette prescription obéit à une obligation de résultat. Il échet de constater sur un plan technique l'adéquation de la chose vendue aux spécifications contractuelles. Toutes différences substantielles empêchent le respect de la conformité aux engagements souscrits.

En matière informatique, l'application brusque de ce concept conduirait à annuler la majeure partie des ventes. Une information requière de très nombreuses mises au point qui se caractérisent contractuellement par la mise en ordre ou en fonctionnement de l'appareil.

A ce titre, le fournisseur est tenu à une obligation d'aide à la mise en œuvre. Cette exigence spontanée atténue les risques de conflit et d'annulation.

La nécessité d'aider l'utilisateur dans la mise en œuvre des

programmes informatiques d'application, pendant un délai compatible avec les contrats propres à l'entreprise et la juste limitation du devoir d'assistance du fournisseur, atténuent la rigueur de l'obligation de résultat (32).

En conséquence la conformité sera déclarée éventuellement acquise non à la délivrance du matériel mais à la fin de la période d'aide à la mise en œuvre.

En contrepartie de cette assistance, l'utilisateur ne peut prendre prétexte des difficultés de mise en route pour demander la résolution du contrat.

En illustration de ce principe, la Cour d'appel de Paris a rappelé que « l'utilisateur (...) fait preuve d'une impatience et d'une précipitation blâmables » en arrêtant unilatéralement l'exécution de ses engagements « alors qu'il est normal et prévisible que la bonne utilisation d'une machine informatique implique une certaine période de rodage et d'adaptation » (33).

De plus, pendant cette période, les art. 1641 et s. du Code civil sont inapplicables : « les mises au point habituelles en la matière ne sont pas de nature à justifier de la part de l'acheteur ni l'action rédhibitoire (...) ni l'action estimatoire » (34).

### B. — LE CONTRAT LOGICIEL.

Fondamentalement ce contrat se distingue de celui de la vente. Il correspond à une prestation de service qui est exécutée selon deux principes complémentaires :

- la mise à la disposition du personnel sous forme d'assistance technique ;
- et la réalisation de programmes effectués pour le compte de l'utilisateur.

#### 1) L'assistance technique.

Cette assistance peut prendre différentes formes selon les constructeurs et les sociétés de services et de conseil en informatique (SSCI). Dans ce cadre, ces derniers se limitent à garantir les capacités générales de leur personnel. Mais aucun résultat ou garantie de bonne fin de l'opération ne sont exprimés.

Ce contrat, de par sa nature, sera proche d'une exécution en régie.

#### 2) La réalisation de programmes.

Véritable contrat de prestations de service, la réalisation de programme s'effectue à partir d'un cahier des charges. Pour mener à bien l'utilisation de l'application en cause, une collaboration mutuelle s'impose tout particulièrement au niveau des échanges d'information.

Le réalisateur est soumis à une obligation de moyens comme il est habituel en matière de conseil.

Toutefois, il y a une tendance à faire évoluer ce contrat vers l'ingénierie informatique. L'utilisateur souhaitant un système clé en main, oblige la SSCI à assurer une obligation de résultat. Cette dernière se comporte alors comme un véritable maître d'œuvre ou ensemblier.

## Chapitre 5. — LE DROIT PENAL DE L'INFORMATIQUE.

### A. — PRESENTATION.

La généralisation de l'informatique impose pour des soucis légitimes de moralisation le prononcé de sanctions pénales.

Pour ce faire, le législateur a créé au sein de la loi informatique fichier et libertés les fondements du droit pénal spécial appliqué au domaine de l'informatique.

Bien avant la promulgation de la loi, de nombreuses parties ont engagé des poursuites en prenant pour base des données du droit pénal général. Elles essayaient de trouver des solutions au pillage de programmes ou au détournement d'informations d'ordre commercial ou privé (35).

Pendant très longtemps, l'art. 379 du Code pénal était déclaré inapplicable à ce que les praticiens de l'informatique appelaient le vol de fichier. En effet sur le plan formel, le contrevenant ne procédait pas à une dépossession de la chose informatique mais simplement obtenait de manière déloyale une copie d'information.

Rompant avec cette perspective, le Tribunal correctionnel de Montbéliard a retenu dans les liens de la prévention pour vol un directeur informatique licencié qui revenu sur les lieux de son travail avait copié des programmes de son ancien employeur. Ce développement de cette jurisprudence permettra d'éviter le pillage des programmes (36).

Pour l'instant la plupart des victimes se sont placées sur le terrain de la concurrence déloyale afin d'obtenir raison contre leur agresseur. En substituant une sanction pénale, les victimes pourront obtenir réparation de leur préjudice et dissuader les pirates des logiciels (37).

## B. - LES DIFFERENTES INFRACTIONS.

### 1) L'élément intentionnel.

Les infractions prévues par les art. 41, 42, 43 et 44 de la loi informatique Fichier et libertés sont-elles des infractions matérielles ou commandent-elles l'intention frauduleuse.

Sur un plan général, ces infractions devaient exiger la mauvaise foi du contrevenant ou la volonté explicite de réaliser l'infraction. Pour l'art. 43, la nécessité de l'élément moral ne fait aucun doute. Le législateur a tenu à préciser l'atteinte consciente comme condition de l'application de l'infraction en cause. Pour les autres infractions, la référence n'est plus explicite. Toutefois eu égard à l'importance des peines et au risque de réaliser de bonne foi les atteintes matérielles retenues, il semble anormal de déclarer que ces infractions soient de nature purement matérielle.

### 2) Typologie des différentes infractions.

Les infractions en cause peuvent être ventilées entre deux catégories :

- les délits touchant à l'information et ceux régissant les traitements.

Il est notable de constater que ces infractions visent les personnes qui décident la collecte ou le traitement de l'information et ceux qui réalisent ladite collecte ou ledit traitement. Sont en effet retenus dans les liens de la prévention ceux qui enregistrent ou font enregistrer, ceux qui conservent ou font conserver les informations prohibées ou soumises à une réglementation spéciale.

### 3) Les délits portant sur l'information.

Dans cette catégorie on recense :

- la collecte et la conservation d'informations acquises au moyen d'un procédé illicite, déloyal ou frauduleux (art. 42) ;
- la détention d'informations, sauf accord exprès de l'intéressé, faisant apparaître les origines raciales, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes (42) ;
- la divulgation volontaire ou par imprudence d'informations touchant à la vie privée des intéressés (art. 43) ;
- l'atteinte à la sécurité et la confidentialité des informations (art. 42),
- la conservation d'informations nominatives au-delà de la durée figurant dans l'avis pour le secteur public ou dans la déclaration pour le secteur privé (art. 42).

### 4) Les délits portant sur les traitements.

Appartiennent à cette classe les infractions suivantes :

- le traitement d'informations nominatives en l'absence de publication de l'acte réglementaire pour le secteur privé (art. 41) ;
- le traitement d'informations nominatives en l'absence de déclaration pour le secteur privé (art. 41) ;
- le maintien de traitement d'informations nominatives après interdiction motivées pour des raisons légitimes par l'intéressé (art. 42) ;
- le traitement d'informations nominatives concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté à l'exception des autorités habilitées par la Commission nationale informatique et libertés (art. 42) ;
- le détournement de finalité, c'est-à-dire l'utilisation d'informations sous quelques formes que ce soient distincte de la finalité déclarée ou définie dans la demande d'avis (art. 44).

Des auteurs ont tenté de dresser une liste non exhaustive des problèmes juridiques posés par l'informatique. Ceux-ci vont évoluer très rapidement ainsi que la jurisprudence. Une mise à jour régulière s'imposera donc.

Alain BENSOUSSAN  
Avocat à la Cour de Paris  
Professeur à l'I.S.C.

Bernard CAHEN  
Avocat à la Cour de Paris  
Membre du Conseil de l'Ordre

## TABLE DES REFERENCES

- (1) Compte rendu du colloque *Rev. juris. com.* « Informatique et droit commercial », p. 3.
- (2) Citations extraites du rapport de la commission informatique et libertés, Documentation française, p. 7.
- (3) Art. 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (*Gaz. Pal.* 1978.1.90).
- (4) Décret n° 78-774 du 17 juillet 1978 ; décret n° 79-160 du 28 décembre 1979 ; décret n° 78-1205 du 28 décembre 1978.
- (5) *J.O.* du 13 novembre 1979.
- (6) *J.O.* du 23 novembre 1980.
- (7) *J.O.* du 29 mai 1980.
- (8) *Le Monde* du 22 janvier 1980 « Un habeas corpus » pour l'homme du XX<sup>e</sup> siècle de Bertrand Le Gendre.
- (9) Par exemple les décisions de la Cour d'appel de Toulouse par rapport à celles de Paris, Expertises n° 23 et 24.
- (10) L'information sans frontières, Jean Pierre Chamoux, Documentation française informatisation et société n° 8, p. 7.
- (11) La donnée ou l'état « Il pleut » ne possède pas la même information pour un météorologiste par rapport au commun des mortels.
- (12) Pour le législateur eg art. 5 et 25 de la loi 1978, pour la CNIL eg les délibérations concernant les différentes normes.
- (13) Ordinateur pour la gestion, Yves Lafargue, éditions de Vecchi - IFG p. 17.
- (14) Art. 44 de la loi n° 78-17.
- (15) Art. 5 *in fine* de la loi 78-17.
- (16) Expertise n° 22, p. 16.
- (17) *Le canard enchaîné* 17 décembre 1980 « Vive l'informatrice » de Bernard Thomas.
- (18) La maîtrise d'une interdépendance (commentaires de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, M. le doyen Maisl *J.C.P.* 1978.12891).
- (19) Les contrats de location et de crédit-bail seront l'objet d'une étude ultérieure compte tenu de leurs spécificités.
- (20) Yves Lafargue *op. cit.* p. 25.
- (21) L'ordinateur est formé intrinsèquement par la zone machine, susceptible après initialisation d'effectuer, soit les opérations de calcul, soit les opérations de logique. Cette terminologie a été mise au point par M. le professeur Perrety à la demande d'IBM pour désigner à la fois :
  - les procédés de calcul (décrits à partir du terme « computer »),
  - le traitement de textes pour lequel aucune terminologie n'avait réussi à s'imposer.
 C'est cette zone qui dans certains contrats est désignée sous le vocable « unité centrale ».
- (22) Expertise n° 21.
- (23) Les logiciels de base sont formés de l'ensemble des programmes nécessaires à l'utilisation de l'ordinateur quel que soit le logiciel d'application. Cette dernière fait partie intégrante du logiciel d'application en général développé par l'utilisateur.
- (24) Société Anonyme Agritract c. S.A. Logabax : Paris (5<sup>e</sup> Ch. C) 3 décembre 1976 *J.C.P.* 1977.78579, note de MM. Boitard et Dubarry).
- (24) S.A. Brun c. Olivetti : Paris (5<sup>e</sup> Ch. A) 24 septembre 1980, Expertise n° 24, p. 5.
- (25) O1 Informatique n° 561.
- (26) Comptabilité générale AFNOR Z 67300 ; Comptabilité client norme AFNOR Z 6700, Expertise n° 23, note de M. François Wallon.
- (27) Expertise n° 20.
- (28) Société de comptabilité RUF c. Laboratoires de biologie médicale : Toulouse 5 décembre 1979, Expertise n° 23.
- (29) Cour d'appel (5<sup>e</sup> Ch.) Cerci cadeaux publi-services c. société MBI 4 janvier 1981 (*Gaz. Pal.* 1980.2.595, note de M. de Fontbressin).
- (30) Expertise n° 24, p. 5.
- (31) RUF c. Laboratoire de biologie Médicale *op. cit. in fine*.
- (32) S.A.R.L. Arconnerie française, France Bail, S.A. Chauvin : Paris (5<sup>e</sup> Ch. A) 1<sup>er</sup> octobre 1980, Expertise n° 25 et 26.
- (33) S.A. Agritract c. Logabax *J.C.P.* 1977.18579) : Paris (5<sup>e</sup> Ch. C) 3 décembre 1977, note Boitard et Dubarry.
- (34) Chabaneau c. S.A. Olympia France *J.C.P.* 1977.19579) : Paris (5<sup>e</sup> Ch.) 8 juin 1976, note de Boitard et Dubarry.
- (35) Sur la protection civile des programmes, voir André Lucas « La protection des programmes » (*Rev. juris. comm.* n° spécial informatique et droit commercial, p. 478).
- (36) Expertise n° 26.
- (37) Expertises n° 19 et 20, Inforama c. Sorgia : Paris (5<sup>e</sup> Ch.) 10 octobre 1979.
- (38) Provost Masurel c. Crédit Lyonnais : Trib. com. Roubaix 2 juillet 1980 (*D.* 1980.518, note Yves Le Tartre).

Définitions	Éléments matériels	Textes (articles de la loi)	Peines
Délits portant sur les traitements.	La collecte et la conservation d'informations acquises au moyen de procédés illégitimes, déloyaux ou frauduleux.	42	1 an à 5 ans et/ou 20.000 à 2.000.000 de francs, avec possibilité de publication dans les journaux.
	La détention d'informations, sauf accord exprès de l'intéressé faisant apparaître les origines raciales, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales.	42	1 an à 5 ans et/ou 20.000 à 2.000.000 de francs avec possibilité de publication dans les journaux.
	La divulgation volontaire d'informations touchant la vie privée des intéressés.	43	2 mois à 6 mois et/ou 2.000 à 20.000 francs.
	La divulgation par imprudence ou négligence d'informations touchant la vie privée des intéressés.	43	2.000 à 20.000 francs.
	L'atteinte à la sécurité ou la confidentialité des informations.	42	1 an à 5 ans et/ou 20.000 à 2.000.000 de francs avec possibilité de publication dans les journaux.
	La conservation d'informations nominatives au-delà de la durée figurant dans l'avis pour le secteur public ou dans la déclaration pour le secteur privé.	42	1 an à 5 ans et/ou 20.000 à 2.000.000 de francs, avec possibilité de publication dans les journaux.
Délits portant sur les informations.	Le traitement de l'information nominative en l'absence de publication de l'acte réglementaire pour le secteur public.	41	6 mois à 3 ans et/ou 2.000 à 2.000.000 de francs avec possibilité de publication dans les journaux.
	Le traitement de l'information nominative en l'absence de déclaration pour le secteur privé.	41	6 mois à 3 ans et/ou 2.000 à 2.000.000 de francs avec possibilité de publication dans les journaux.
	Le maintien de traitement de l'information nominative après interdiction motivée pour les raisons légitimes par l'intéressé en cause.	42	1 an à 5 ans et/ou 2.000 à 2.000.000 de francs avec possibilité de publication dans les journaux.
	Le traitement de l'information nominative concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté à l'exception des autorités habilitées par la CNIL.	42	1 an à 5 ans et/ou 20.000 à 2.000.000 de francs avec possibilité de publication dans les journaux.
	Le détournement de finalité, c'est-à-dire l'utilisation d'informations sous quelque forme que ce soit distincte de la finalité déclarée ou définie dans la demande d'avis.	44	1 an à 5 ans et /ou 20.000 à 2.000.000 de francs.

### *Les secrétariats-greffes des nouveaux conseils de prud'hommes*

Gaz. Pal. du 18 avril 1981

L'institution de nouveaux Conseils de prud'hommes s'est accompagnée d'une profonde modification du statut des Prud'hommes. Simultanément, les statuts des secrétaires, secrétaires-adjoints et agents des secrétariats des anciens conseils qui étaient des agents des collectivités locales, ont été totalement transformés.

La loi du 19 janvier 1979 a édicté que le service des secrétariats-greffes serait assuré par des fonctionnaires de l'Etat. Les décrets d'application du 12 décembre 1979 et du 9

juin 1980 ont intégré ces anciens agents des collectivités locales dans des corps de greffiers en chef, de secrétaires-greffiers et agents des catégories C et D dotés de statuts comparables à ceux des agents des Cours et Tribunaux. Un important recrutement a permis qu'un grand nombre des anciens agents bénéficie de rapides promotions.

Bien que comparable à celui de leurs homologues des Cours et Tribunaux, le statut des greffiers en chef et secrétaires-greffiers de Conseils de prud'hommes en diffère cependant essentiellement parce que les conseillers prud'hommes et leurs présidents qui sont élus, ne sont pas des magistrats de l'Ordre judiciaire.

C'est pourquoi le décret du 10 mars 1980 qui a édicté et normalisé les règles d'organisation et de fonctionnement des secrétariats-greffes devait tenir compte de cette situation particulière qui exclut absolument toute notion de subordination et limite à un simple contrôle les attributions du Président, à l'égard du fonctionnement du secrétariat-greffe.

L'ensemble des mesures prises est le résultat d'une réelle concertation entre le ministère de la Justice et la Fédération