Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité des opérateurs de réseau en "Echange de Données Informatisées"

Wang, Gien Kuo Callens; Antoine, Mireille; Eloy, Marc; Gérard, Jacques; Poullet, Yves; Triaille, Jean-Paul

Publication date:
1992

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Wang, GKC, Antoine, M, Eloy, M, Gérard, J, Poullet, Y & Triaille, J-P 1992, *La responsabilité des opérateurs de réseau en "Echange de Données Informatisées"*. Commission des communautés européennes.

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.

Download date: 02. May. 2026

TABLE DES MATIERES•

I. DEFINITIONS 1
1. Introduction 1
2. Définition de la Commission 1
3. Précisions supplémentaires 2
3.1. Echange entre applications informatiques 3
3.1.1. EDI de base 3
3.1.2. EDI intégré 4
3.1.3. EDI mixte 4
3.2. Echange de messages normalisés et approuvés 5
3.3. L'utilisation de réseaux de télécommunication 6
3.3.1. La ligne directe 6
3.3.2. Le réseau informatique 6
3.4. Un échange automatisé 7
4. Les acteurs 7
4.1. Les utilisateurs 7
4.2. Les fournisseurs de moyens techniques nécessaires à l'EDI 8
4.3. Les éléments des réseaux de télécommunication 8
4.3.1. L'infrastructure 8
4.3.2. Les services 9
4.4. Les opérateurs de réseau 11
4.4.1. Introduction 11
4.4.2. Organisme de télécommunication et gestionnaire de réseau 11
4.5. Les services EDI 13
4.5.1. Introduction 13
4.5.2. Les services (de base) susceptibles d'être offerts par les organismes de télécommunication 13
4.5.3. Les services à valeur ajoutée 14
4.5.4. Les services à valeur ajoutée particuliers à l'EDI 14
4.5.5. Mesures techniques et juridiques du monde EDI 15
4.5.6. Répartition des services par couches 15
4.5.7. Répartition des services par acteurs 17
5. Résumé 20
II. Eléments de la responsabilité dans les réseaux EDI 22
1. Les éléments de la technique EDI 22
1.1. La dépendance des utilisateurs vis-à-vis de divers fournisseurs 23
1.1.1. Les réseaux créés à l'initiative des utilisateurs 24

1.1.2.Les entreprises informatiques 24
1.1.3.les organismes de télécommunication 25
1.1.4.Conclusion 26
1.2. Description d'une transmission suivant la structure du réseau 27
1.2.1.Une transmission par un réseau EDI fermé 27
(a) Le cas de deux correspondants 27
(b) Groupe fermé de plus de deux correspondants 27
1.2.2.Un réseau ouvert EDI 28
(a) L'ouverture des conditions d'accès à un réseau 28
(b) L'ouverture des communications à tous les abonnés d'un même réseau 29
(c) L'interconnexion de réseaux 29
1.2.3.Notions de “groupe fermé” et de “groupe ouvert” 30
1.2.4.Conclusion 31
2. Un constat : la multiplication des acteurs 32
2.1. Le recours aux services de différents prestataires 32
2.2. La pratique de l'Unbundling 33
3. Identification des risques liés à l'EDI 36
3.1. Les événements perturbateurs ou dommageables 36
3.2. Les causes ou les origines des faits dommageables 38
3.2.1.La localisation des faits dommageables 38
3.2.2.La cause des événements dommageables 38
3.3. Les dommages en EDI 40
3.3.1.Les dommages au matériel 40
3.3.2.Les dommages financiers dans le chef des utilisateurs 40
4. Les besoins des utilisateurs d'un système EDI 42
4.1. Les qualités attendues d'un réseau EDI 42
4.1.1.Une énumération 42
4.1.2.Les priorités relatives 44
4.2. Les solutions techniques et juridiques 45
III. La responsabilité des opérateurs de réseaux 46
1. Les grands régimes de responsabilité - Rappel 46
1.1. Responsabilité contractuelle 48
1.1.1.Introduction 48
1.1.2.L'obligation d'exécuter le contrat 48
(a) L'étendue des obligations contractuelles 48
(b) Les conventions doivent être exécutées de bonne foi 49
1.1.3.L'inexécution du contrat 53

(a) La notion d'inexécution (imputable à une partie) 54
(b) Les dommages indemnisables 54
(c) La notion d'imputabilité 55
(d) La hiérarchie de la faute contractuelle 57
1.1.4. Causes étrangères limitatives ou exclusives de responsabilité 58
(a) La force majeure ou le cas fortuit 58
(b) La théorie de la "frustration" 60
1.1.5. Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité 61
(a) Diversité des mécanismes contractuels 62
(b) Quelques solutions retenues dans les Etats membres 65
(c) Nécessité d'une harmonisation 67
1.1.6. Conclusion 67
1.2. Responsabilité aquilienne 69
1.2.1. Introduction 69
1.2.2. Les droits français et belge 70
(a) Le principe : la responsabilité pour faute personnelle 70
(b) Responsabilité pour fait de tiers et celle du gardien de choses 70
(c) Le dommage 71
(d) Le lien de causalité 71
1.2.3. Le droit allemand 72
(a) Responsabilité pour faute et pour risque 73
(b) "Tout droit absolu d'autrui" 73
1.2.4. Le droit néerlandais 74
(a) Responsabilité pour risque 74
(b) Le lien de causalité 74
1.2.5. Le droit anglais 75
(a) "No fault insurance" 75
(b) Le développement de la responsabilité sans faute 76
1.2.6. Quelques constatations 76
2. La responsabilité en matière de transferts électroniques de fonds 77
2.1. Introduction 77
2.2. Jurisprudence relative à la responsabilité 77
2.2.1. Evra Corp. v. Swiss Bank Corp. (673 F. 2d. 951) 1982 78
2.2.2. Juge de paix du second canton de Verviers, 23 novembre 1984 et tribunal de première instance de Verviers, 8 janvier 1986 80

2.3. Nature et étendue de la responsabilité des différents acteurs 81
2.3.1.Evra Corp. 81
(a) Types de relations 81
(b) Relation juridique principale née de la convention entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire 82
(c) Relation du donneur d'ordre avec la banque réalisant le transfert 82
(d) Relation de la banque transférante avec la banque correspondante 83
2.3.2.La jurisprudence de Verviers 85
(a) Les obligations de l'Office 85
(b) Les obligations de l'utilisateur 85
(c) La solution du cas d'espèce 85
2.4. L'allocation des risques en matière d'EFT. 86
2.4.1.La répartition des responsabilités entre cocontractants 86
(a) La responsabilité pour les fonctions de transmission 86
(b) Chaque partie doit minimiser les dommages 87
(c) La relative incidence de la faute d'un intervenant sur la responsabilité d'un autre intervenant 87
2.4.2.La répartition des responsabilités entre non-contractants 88
(a) Chacun est responsable des moyens qu'il emploie 88
(b) Parmi toutes les parties, celle qui est la mieux placée pour minimiser les dommages doit assumer la responsabilité d' un incident de transmission 88
3. Une responsabilité spécifique : celle des organismes de télécommunication 90
3.1. Principes de responsabilité des organismes de télécommunication 91
3.2. Les organismes de télécommunication 91
3.2.1.Introduction 91
3.2.2.Une entité publique ou privée ? 92
3.3. Les régimes particuliers de responsabilité 93
3.3.1.France 94
(a) Responsabilité de l'Etat à raison des services de communication 94
(b) TRANSPAC - Responsabilité d'un concessionnaire de service sur un réseau public de transmission 96
(c) Responsabilité pour les liaisons spéciales 97
3.3.2.L'Allemagne 99
3.3.3.Les Pays-Bas 100
(a) La fourniture de l'infrastructure, des services de base, des lignes louées et de la transmission directe de données. 100

(b) Les activités commerciales 101
3.3.4.La Belgique 101
(a) Le régime de responsabilité de la défunte RTT 101
(b) La réforme des “entreprises publiques autonomes” 102
3.3.5.L'Italie 103
3.3.6.L'Angleterre 104
3.4. Conclusions 107
4. La responsabilité contractuelle des opérateurs de réseau EDI 109
4.1. Les obligations contractuelles des parties intervenantes 109
4.1.1. Les obligations des utilisateurs 109
4.1.2. Les obligations des opérateurs de réseau 110
(a) L'engagement principal de l'opérateur : la fonction de transport 110
(b) Les engagements subséquents de l'opérateur 111
(c) Les responsabilités 112
(d) Les effets des accidents ou des incidents en cours de transmission 113
4.1.3.Conclusions 113
4.2. Les clauses contractuelles et les qualités des réseaux 115
4.2.1.La disponibilité 115
(a) Horaire - accessibilité des services 115
(b) La disponibilité durant les heures d'ouverture - capacité des services de réseau 116
4.2.2.La fiabilité 118
(a) Les engagements des utilisateurs de deux réseaux ouverts 118
(b) Les engagements des deux opérateurs 121
4.2.3.La confidentialité 126
4.3. Les causes d'exonération de responsabilité et la limitation de la réparation 128
4.3.1.La force majeure 128
(a) IBM 129
(b) INS 129
4.3.2.La limitation de la réparation 130
(a) IBM 130
(b) INS 131
4.4. Conclusions 132
V. LES IDEES NOUVELLES 134
1. Une solution possible au problème de la définition d'un régime de responsabilité des opérateurs de réseau 134

2. Les directives européennes en matière de responsabilité du fait des produits et des services 136
2.1. Nécessité d'une harmonisation" 136
2.2. Quelques sources possibles d'inspiration pour une solution 136
2.2.1. Application du droit commun 136
2.2.2. Règles de responsabilité du fait des produits 137
2.2.3. Le projet de proposition de directive sur la responsabilité des prestataires de services 138
(a) Résumé de la proposition 138
(b) Non-applicabilité à l'EDI 139
(c) Source d'inspiration possible ? 139
V. Recommandations 141
1. Des préalables 141
Recommandation 1 : De la nécessité de certains éclaircissements du vocabulaire 141
1. D'un point de vue technique [p. 9 et suivantes du rapport] 141
2. En ce qui concerne les acteurs et leurs rôles [p. 30 et suivantes du rapport] 141
3. En ce qui concerne la structure des réseaux EDI [p. 22 et suivantes du rapport] 142
Recommandation 2 : De la normalisation 143
Recommandation 3 :De la mise sur pied d'un label européen pour opérateur de réseau EDI 144
Recommandation 4 : Du principe du Code de bonne conduite des opérateurs de réseau de EDI 145
1. Code de bonne conduite des utilisateurs 145
2. Code de bonne conduite des opérateurs 145
3. Contenu des règles de bonne conduite des opérateurs 145
2. De la responsabilité pénale et de la responsabilité des autres intervenants à la réalisation d'une opération EDI 146
Recommandation 5 : Des mesures pénales comme moyen de renforcer la sécurité des réseaux EDI 146
3. De la responsabilité des intervenants en matière de transport de données sur des supports de télécommunication 147
Recommandation 6 : De la responsabilité des organismes de télécommunication, titulaires de droits exclusifs sur l'infrastructure [p. 90 et suivantes du rapport] 147
Recommandation 7 : De la responsabilité des gestionnaires de réseau [p. 109 et suivantes du rapport] 148
4. De la responsabilité de l'opérateur de réseau EDI lorsqu'un seul opérateur intervient pour la transmission du message [p. 46 et suivantes du rapport] 149

Recommandation 8 : De l'objet et de l'étendue de la responsabilité de l'opérateur 149
1. Un service mieux défini et une qualité modulable 149
2. Des causes d'exonération de responsabilité du fait des tiers.....149
3. Des règles d'allocation des risques en ce qui concerne la localisation de l'événement dommageable 150
4. Des services offerts sur le réseau de l'opérateur par des tiers.....150
Recommandation 9 : Du contenu d'une obligation majeure des opérateurs de réseau : la sécurité du réseau [p. 110 et suivantes du rapport].....151
1. Principe général 151
2. Les régimes de responsabilité proposés.....152
3. Les obligations particulières 152
(a) L'obligation de confidentialité 152
(b) L'obligation d'intégrité 153
(c) L'obligation de disponibilité 155
Recommandation 10 : Des limitations contractuelles des obligations des opérateurs de réseau [p. 61 et suivantes].....155
5. De la responsabilité de l'opérateur du réseau de EDI lorsque plusieurs opérateurs interviennent [p. 77 et suivantes].....157
Recommandation 11 :Responsabilité in solidum du premier intervenant 157
VI. ANNEXE 1 159
L'accord-type de communication de la Commission des Communautés européennes 159
1. La répartition des responsabilités entre utilisateurs 159
1.1. Le principe de la responsabilité pour fait personnel.....160
1.2. Le contenu des obligations dégagées de l'accord.....160
1.3. L'inexécution des obligations contenues dans l'accord.....161
(a) Les dommages indemnisables.....162
(b) Etendue de la réparation 162
1.4. Le lien de causalité 162
2. Les causes d'exonération de responsabilité 164
2.1. La force majeure 164
(a) Remarque générale.....164
(b) L'ordre juridique britannique 164
(c) L'ordre juridique allemand.....165
(d) L'ordre juridique français et belge. 166
(e) Conclusion 167
2.2. Le fait d'un tiers et le fait du créancier.....167
VII. ANNEXE 2.....170

I. DEFINITIONS

1. Introduction

L'abréviation “EDI” signifie “Electronic Data Interchange” ou “Echange de données informatisé”. Ce concept est employé depuis des années dans différents secteurs économiques. Nous pouvons citer de manière générale le secteur automobile (ODETTE), le secteur électronique (EDIFICE)[1].

Les normes des messages transmis entre partenaires commerciaux ont évolué au cours des années : d'un accord de normalisation entre correspondants en nombre restreint vers une normalisation nationale et ensuite, internationale. Les premières normes constituent ce qu'on appelle communément les “proprietary standards” utilisés uniquement entre les initiés qui les ont créés. Certains organismes nationaux ont ensuite normalisé certains messages. Dans une dernière étape, les Nations-Unies ont promu, avec la participation de différentes entités utilisatrices, une norme qui a reçu une reconnaissance internationale : UN-EDIFACT.

La multiplication des utilisateurs et la croissance du nombre de messages transmis peuvent certainement devenir des sources de problèmes juridiques. C'est pourquoi il est nécessaire d'étudier les implications juridiques de l'utilisation de la technique EDI.

Dans la littérature, on trouve de multiples définitions de l’EDI. Les concepts de base sont cependant les mêmes et il apparaît nécessaire de les repréciser avant d'aborder les problèmes juridiques liés à ce mode de transmission.

2. Définition de la Commission

La Commission des Communautés européennes définit l'EDI de la façon suivante :

> “***L'échange de données informatisées*** *est le transfert de données, structurées sur base de messages normalisés approuvés, entre systèmes informatiques, par voie électronique.*”

---

1 Nous pouvons aussi y inclure l'aviation civile (Service de Réservations Informatisé) ou encore le secteur bancaire (EFT = Transfert Electronique de Fonds). Par exemple, SWIFT est présent dans ce secteur depuis 1965.

Cette première approche met l'accent sur différentes caractéristiques de cette technologie :

— la structure des données est essentielle ;

— les données structurées forment un message faisant l'objet d'une normalisation au niveau international ;

— l'usage de systèmes informatiques est nécessaire à la mise en oeuvre de cette technologie [2];

— le transfert de messages est réalisé grâce à un moyen électronique de télécommunication (au sens premier, c'est-à-dire, la communication à distance). La plupart du temps, il existe plusieurs solutions techniques permettant de réaliser le transfert.

3. Précisions supplémentaires

Dans le cadre de notre étude, nous avons adopté la définition suivante :

> *"L'EDI consiste en un échange **automatisé** de **messages normalisés et agréés**, entre **applications informatiques**, à l'aide d'un **moyen de télécommunication**."*

Cette définition permet de préciser les point suivants :

— les systèmes informatiques sont en fait les applications (logiciels) qui sont en relation ;

— nous restreignons, a priori, les moyens de transfert des messages aux réseaux de télécommunication ;

— enfin, nous mettons l'accent sur l'automatisme qui implique l'absence d'intervention humaine dans le processus de transmission.

Ceci nous permet de limiter notre étude à des questions intéressant soit la formation des contrats[3] (est-ce qu'une application peut exprimer une volonté juridique ? Peut-elle former valablement des contrats ?), soit la responsabilité des opérateurs de réseau (qui doit supporter la responsabilité d'un incident lors du transfert d'un message ?).

---

2 Dans certains cas de figure, une des extrémités de la chaîne EDI est un personne travaillant devant son terminal.

3 Voy. les remarques qui seront faites à ce sujet dans le rapport sur les problèmes juridiques liés à la formation des contrats (L. ELIAS et al.).

3.1. Echange entre applications informatiques [4]

La plupart du temps, les éléments humains sont absents lors de l'émission ou de la réception d'un message EDI[5]. Ce caractère singularise l'EDI par rapport aux autres moyens de communication tels que le télex ou le téléfax[6]. En effet, l'application EDI réagit logiquement (suivant une séquence pré-définie dans le programme) tandis que le télex ou le téléfax ne réagissent que mécaniquement aux commandes d'un opérateur humain.

Au niveau de la responsabilité, les utilisateurs (personnes physiques ou morales[7]) échangent des messages à l'aide de leurs outils dont ils sont responsables. Ce principe est vrai quel que soit le moyen de communication, y compris en EDI.

Il est nécessaire de préciser que l'EDI comporte des contraintes quant au *contenu des messages* qui doivent être normalisés. Si ce n'était pas le cas, il ne serait pas différent de l'*E. mail* [8] qui est un mode de transmission de texte libre.

La finalité de l'EDI est de faciliter la communication entre applications informatiques. Selon l'option technique choisie en matière d'application, nous pouvons distinguer l'*"EDI de base"* (a), l'*"EDI mixte"* (b) et l'*"EDI intégré"* (c).

3.1.1. EDI de base

L'EDI de base désigne la structure des applications qui communiquent avec l'aide nécessaire d'interfaces logiques (interface de traduction). Ce mode de fonctionnement est adopté, soit pour permettre une imperméabilité des applications internes aux atteintes externes[9], soit pour adapter à moindre frais une application existante aux besoins de communication de l'utilisateur. On remarquera que c'est la forme la plus courante à l'heure actuelle.

---

4 Pour plus de détails, voyez C.MACCHI, J-F. GUILBERT, *Téléinformatique - transport et traitement de l'information dans les réseaux et systèmes téléinformatiques et télématiques*, ouvrage collectif, Ed. Dunod, C.N.E.T., Paris, 1987.

5 Les cas les plus courants de présence de l'homme sont le cas où un élément final de la chaîne est un homme et le cas où une personne effectue un contrôle des opérations réalisées par le système.

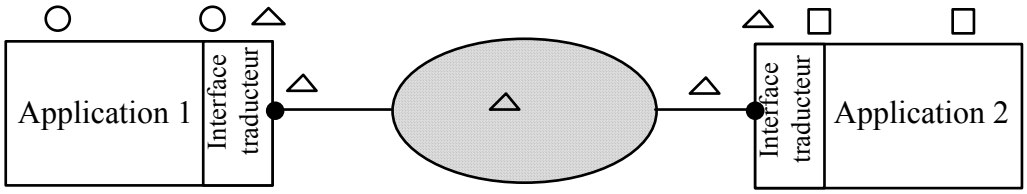
6 Voy. les remarques qui seront faites à ce sujet dans le rapport sur les problèmes juridiques liés à la formation des contrats (L. ELIAS et al.).

7 Remarquons que les utilisateurs de ces applications peuvent être une seule et même personne au sens juridique du terme. Une société peut, par exemple, être désireuse de faire communiquer l'application qui gère la chaîne de fabrication de la succursale de Zaventem et l'application qui gère le stock du centre d'approvisionnement d'Anvers.

8 Electronic Mail ou courrier électronique.

9 Cette sous-catégorie remplit également les conditions de l'EDI. L'imperméabilité en question est une fonction de l'interface logique permettant de reconnaître et de trier l'entrée de données de correspondants autorisés.

Schéma 1. EDI de base



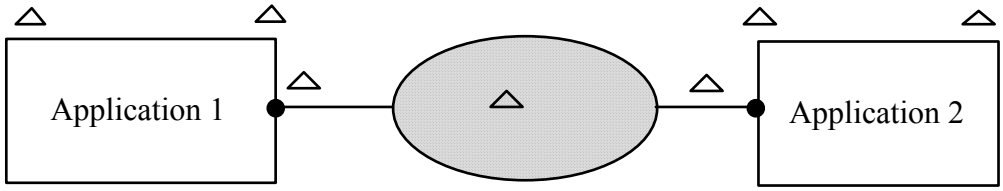
La zone grise du schéma 1 symbolise la liaison entre les applications. Celle-ci peut être soit une ligne directe soit un réseau.

Les cercles, triangles et carrés symbolisent, quant à eux, le message sous ses différentes formes : forme interne à l'application 1 (cercle), forme interne à l'application 2 (carré) et forme normalisée pour la communication (triangle).

3.1.2. EDI intégré

Dans l'EDI intégré, les applications de référence comportent les fonctionnalités fondamentales de communication (traduction des données, conversion de protocoles,...) et utilisent des données dont le format correspond aux normes utilisées lors de la transmission. Cette technique permet un dialogue direct et sans intermédiaire technique autre que le moyen de communication, entre les deux applications informatiques.

Schéma 3. EDI intégré

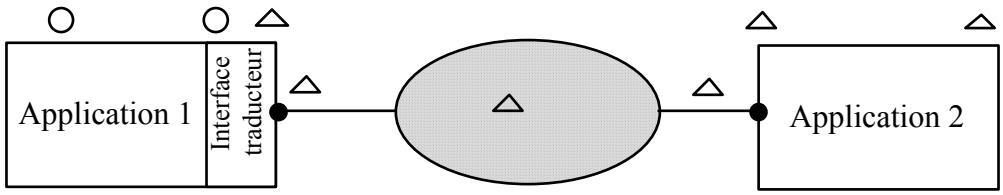


3.1.3. EDI mixte

Il est possible que l'une des applications intègre les fonctions de communication EDI alors que l'autre s'aide d'un interface pour traduire les données sous une forme compatible pour le transfert. Dans ce cas, la première, l'application utilisant les données sous leur forme normalisée, ne doit plus disposer d'un interface[10] de traduction pour pouvoir se servir des données.

10 Un interface est un logiciel permettant à deux autres d'échanger des données.

Schéma 2. EDI mixte



Cette distinction (1)-(2)-(3) nous sera utile pour la désignation des acteurs et leurs rôles dans une opération EDI. En effet, l'EDI de base admet généralement un nombre plus important de fournisseurs de moyens techniques. Les interfaces des applications 1 et 2 peuvent être fournis par des entreprises différentes de celles qui ont conçu les applications. Cette multiplication de fournisseurs pour une application EDI chez un utilisateur peut également se produire dans l'EDI mixte.

3.2. Echange de messages normalisés et approuvés

Dans le cadre de l'EDI, les messages ont une signification précise pour les applications. Un message est normalisé par un organisme international et approuvé par un ensemble d'utilisateurs, devient générique et permet un dialogue plus étendu entre les personnes ayant approuvé cette codification.

La normalisation peut simplement découler d'une étude concertée et d'un consensus des utilisateurs. Néanmoins, si on veut une utilisation accrue et plus répandue de cette technologie, il est nécessaire de prévoir une normalisation[11] à l'échelle des utilisateurs potentiels. Un bon exemple est l'adaptation de normes telles que UN-EDIFACT, soit à l'échelle sectorielle[12], soit à l'échelle internationale et européenne[13] en particulier.

On peut citer notamment trois domaines où l'EDI est actuellement utilisé à des degrés divers :

— le transfert électronique de données administratives à destination des autorités douanières (par exemple, envoi d'une déclaration en douane) ;

— le transfert électronique de données commerciales, en ce compris toutes les étapes visant à l'exécution et à la bonne fin d'un contrat, par exemple, le transfert électronique de fonds (qui constitue l'exécution d'une obligation de paiement sous-jacente à une transaction commerciale) ;

---

11 La Commission des Communautés européennes soutient par exemple les normes internationales pour l'échange de données informatisées telles que les règles de syntaxe UN-EDIFACT, le Répertoire des Eléments de Données des Nations-Unies et les UNSM ou Messages normalisés de Nations Unies.

12 ODETTE, groupement de constructeurs automobiles, a finalement remplacé sa norme propre par cette norme internationale.

13 La Commission des Communautés européennes a largement contribué à l'unification des normes utilisées par le soutien qu'elle a apporté à l'introduction de la norme internationale UN-EDIFACT. La Commission s'est vue confier le secrétariat de l'EDIFACT Board.

— le transfert électronique de données relatives au transport de marchandises (par exemple, une notification de leur arrivée).

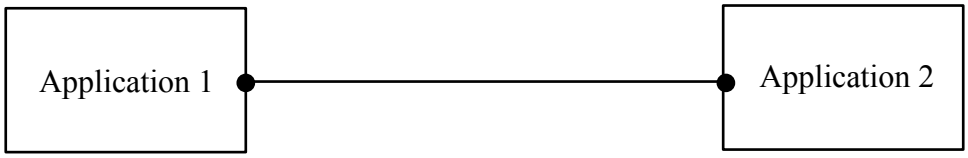
3.3. L'utilisation de réseaux de télécommunication

Quel que soit le type d'EDI (intégré, de base ou mixte), deux types de liaison sont possibles : la ligne directe ou l'utilisation d'un réseau de télécommunication.

3.3.1. La ligne directe

Par ligne directe, on entend une liaison “physique” entre les deux correspondants. Soit les correspondants utilisent périodiquement le réseau téléphonique commuté d'un organisme national de télécommunication, soit ils demandent une ligne permanente entre eux (ligne louée[14] répondant à certaines conditions techniques) auprès de cet organisme de télécommunication.

Shéma 4. Liaison par ligne directe



3.3.2. Le réseau informatique

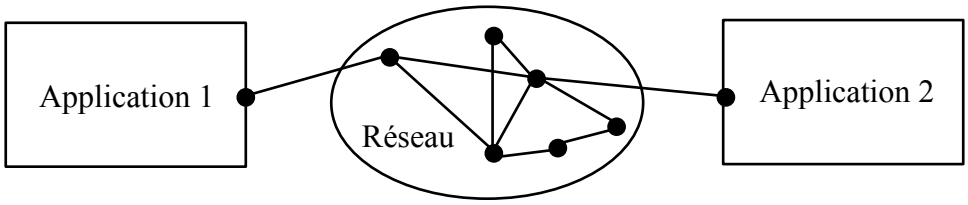
L'usage d'un réseau de télécommunication s'entend d'un raccordement à un réseau privé ou public qui met à disposition certains moyens informatiques et de télécommunication à l'intention d'utilisateurs désireux de bénéficier des services proposés. Le réseau sous-entend une relation contractuelle **particulière** avec une entité (privée ou publique) qui a établi et gère ce réseau.

Le réseau de télécommunication est composé d'un ensemble de “noeuds”, systèmes informatiques, reliés entre eux par des lignes directes de télécommunication.

---

14 Ces lignes font partie de l’infrastructure générale des réseaux publics.

Shéma 5. Liaison par réseau



3.4. Un échange automatisé

L'automatisme signifie que tout au long du processus de décision et de communication, aucune intervention humaine[15] n'intervient dans un système EDI.

Les applications réagissent aux paramètres internes et aux messages reçus (paramètres externes).

Un message d'achat, par exemple, sera préparé et envoyé par l'application de gestion de stock dès que l'état du stock de marchandises atteindra un seuil critique minimum défini au préalable. L'application du destinataire du message réagira en expédiant une facture (ou éventuellement en confirmant le message d'achat). Cette facture électronique attestera, entre les contractants, de la vente des marchandises à une certaine date, à un certain prix, ...

4. Les acteurs

A travers les applications génératrices et destinataires des messages, nous apercevons les utilisateurs de ces applications et leurs fournisseurs. Derrière les différents types de liaisons choisis, se trouvent les exploitants qui les ont établies et qui les gèrent. Les fournisseurs de services utilisent les réseaux pour proposer certaines fonctionnalités telles que la traduction d'une norme à une autre, l'enregistrement du passage des messages ou encore le multi-adressage.

4.1. Les utilisateurs

Ce sont les applications détenues par les utilisateurs qui produisent les messages, objets des échanges. Ce sont encore ces applications qui reçoivent les messages. On peut aisément les comparer aux correspondants dans le cadre traditionnel du courrier postal.

Parmi la diversité des utilisateurs (et suivant les types de message UN-EDIFACT), on peut distinguer notamment :

---

15 Comme nous l'avons évoqué précédemment, il peut y avoir intervention humaine dans certains cas. Dans cette hypothèse, l'encodage manuel est antérieur à la décision prise par le système EDI.

— les commerçants ou entreprises commerciales d'achat et de vente de marchandises, les fournisseurs de service (notamment les banques prestataires de services bancaires) ;

— les administrations telles que celles qui ont les douanes dans leurs compétences ;

— les sociétés de transport terrestre, aérien et maritime.

4.2. Les fournisseurs de moyens techniques nécessaires à l'EDI

Un système EDI se compose d'une multitude d'éléments physiques (ordinateurs, modems, infrastructure de télécommunication,...), logiques (système d'exploitation, applications de gestion,...) et humains (personnel de maintenance,...).

A cette multitude d'éléments, correspond une multitude de fournisseurs : le fournisseur de matériel informatique, le vendeur de logiciel, le prestataire de services de maintenance,...

Dans certains cas, le nombre de fournisseurs est restreint en raison de la qualité même de l'utilisateur. En effet, ce dernier peut aussi être un fournisseur sur le marché.

Dans la seconde partie, nous mettons en évidence la multitude de relations juridiques et les problèmes liés à la question de la responsabilité en cas d'incident dans la transmission.

Remarquons dès maintenant que la preuve matérielle de la responsabilité d'un des fournisseurs est difficile à apporter dans la mesure où les seules preuves disponibles dans cette technique sont des éléments électroniques (enregistrements sur disquette, bande magnétique ou autres) qui n'ont pas, dans certains Etats, la même valeur probante qu'un document sur support en papier.

4.3. Les éléments des réseaux de télécommunication

4.3.1. L'infrastructure

Comme moyen particulier de communication de messages, l'EDI peut s'effectuer grâce à une infrastructure de télécommunication dans laquelle des services seront fournis soit par un organisme de télécommunication, soit par une entité privée.

Suivant la définition de la Directive "O.N.P. *framework*" du Conseil du 28 juin 1990, "l'infrastructure publique de télécommunication ... permet le transport de signaux entre des points de terminaisons définis du réseau, par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques. Les points de terminaison du réseau sont l'ensemble des connexions physiques et des spécifications techniques d'accès qui font partie du réseau

public de télécommunication et sont nécessaires pour avoir accès à ce réseau public et communiquer efficacement par son intermédiaire."[16]

Cela étant, la définition de l'infrastructure de télécommunication reçoit différentes acceptions dans les Etats membres.

Le Projet de loi français[17] en matière de télécommunication définit le réseau de télécommunication comme "toute installation ou tout ensemble d'installations assurant soit la transmission, soit la transmission et l'acheminement de signaux de télécommunication, ainsi que l'échange des informations de commande et de gestion qui y est associé, entre les points de terminaison de ce réseau"[18]. Cette approche française ne distingue pas la notion de réseau de celle de l'infrastructure.

On appelera "**réseau EDI**" l'ensemble des **infrastructures** et des **services** mis en oeuvre pour permettre et faciliter la transmission de messages entre applications. En ce qui concerne l'infrastructure, les définitions semblent être nuancées ou précisées par les législations des Etats membres.

Le projet de loi belge[19] définit l'infrastructure publique de télécommunication comme "l'ensemble des équipements et des moyens y afférents qui franchissent le domaine public et qui sont destinés à la télécommunication à l'exception de ceux destinés au service de radiodiffusion et des réseaux de radiodistribution et de télédistribution. Cet ensemble est délimité par les points de raccordement à l'infrastructure de télécommunication de pays étrangers"[20].

Dans les deux pays, on considère que les points de terminaison ou les points de raccordement font partie intégrante de l'infrastructure (ou du réseau). Nous pouvons en déduire que les points de raccordement à une infrastructure de télécommunication de pays étrangers font, eux aussi, partie de l'infrastructure considérée.

Ces définitions sont importantes dans la mesure où la sphère de compétence et la responsabilité des organismes de télécommunication sont délimitées par cette infrastructure (ou ce réseau).

4.3.2. Les services

---

16 Directive du Conseil du 28 juin 1990, relative à l'établissement du Marché Intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, 90/387/CEE, *J.O.C.E.*, 24 juillet 1990, L 192.

17 Projet de loi sur la réglementation des télécommunications, Dossier d'information, Ministère des Postes, des Télécommunications et de l'espace, Service de l'information et de la communication, Service de Presse, 1990, Paris.

18 Article L 32 du Projet de loi français.

19 Doc. Parl., Ch., 1287/1, session 89/90.

20 Projet de loi belge sur les Entreprises Publiques Autonomes, article 68, *Doc. Parl.*, Ch. S. O., 1989-1990, Projet n° 1287/1.

Sur leur infrastructure, des opérateurs proposent des services. On distingue “service de base” et “service à valeur ajoutée”[21] ou encore, suivant la terminologie européenne en matière de concurrence du marché des télécommunications, “service réservé[22]” et “service ouvert[23] à la concurrence”[24].

En vertu de cette classification, on peut distinguer les deux types d'opérateur[25] offrant des services de télécommunication :

— les “organismes de télécommunication”[26] qui ont en charge la fourniture des services publics de télécommunication ;

---

21 Sur la distinction service de base et service à valeur ajoutée, voy. Y. POULLET et B. de CROMBRUGGHE, “La réglementation des télécommunications en Belgique”, Colloque ABUT, octobre 1985, p. 62; les rapports sur les droits nationaux des Etats membres, in "Vers une nouvelle réglementation des télécommunications", ouvrage collectif, Cahiers du C.R.I.D., n°4, 1990, Ed. Story Scientia. Cette distinction est purement théorique et nullement employée dans les législations nationales (sauf au Royaume-Uni où le Telecommunication Act 1984 (article 7) examine la possibilité d'une licence spéciale V.A.D.S. “Value Added and Data Service”). Il tente de justifier l'ouverture à la concurrence de certains services de télécommunication (précisément les services à valeur ajoutée). Le contenu de ces deux concepts est assez vague et diffère suivant les autorités nationales et les commentateurs. Considérant la très rapide évolution de la technologie, une définition de la valeur ajoutée risque d'être rapidement dépassée. Ce sont les raisons pour lesquelles nous préférons l'adoption des termes “services réservés et services ouverts à la concurrence”. Une justification de cette option a été élaborée dans une étude menée au sein du C.R.I.D. (Ch. JANFILS, Y. POULLET, R. QUECK, Proposition de neuf principes de base en matière de réglementation des télécommunications, in Vers une nouvelle réglementation des télécommunications, Cahiers du C.R.I.D. n° 4, Ed. Story Scientia, 1990). Par ailleurs, l'option adoptée est en concordance avec le vocabulaire employé dans les différentes directives européennes en matière de télécommunication et elle sera fort utile en matière de responsabilité pour dégager la présence d'acteurs et pour résoudre juridiquement les cas de responsabilité.

22 C'est un service qui fait l'objet de droits spéciaux ou exclusifs (ce qui correspond à un monopole) accordés par un Etat Membre. Les domaines pour lesquels des droits spéciaux ou exclusifs peuvent être accordés à des organismes de télécommunication sont énumérés par l'annexe I de la Directive du Conseil du 28 juin 1990. Ce sont les lignes louées, les services de transmission de données par commutation de paquets et par commutation de circuits, le réseau numérique à intégration de services (RNIS), le service de téléphonie vocale, le service télex, les services mobiles,...)

23 Il ne faut pas confondre “service ouvert à la concurrence” et “réseau ouvert” qui qualifie le réseau public de télécommunication où les conditions d'exercice des droits spéciaux ou exclusifs doivent répondre aux principes de base énoncés par l'article 3 de la directive du Conseil du 28 juin 1990 : elles doivent être fondées sur des critères objectifs, transparents et publiés d'une manière appropriée et garantir l'égalité d'accès et être non discriminatoires, conformément au droit communautaire.

24 Par opposition à “service de base” et “service à valeur ajoutée”, cette dernière terminologie est inspirée par l'esprit de la directive du Commission du 28 juin 1990 (90/388/CEE, J.O.C.E., 24 juillet 1990, L 192) relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication (où les services réservés désignent les services faisant l'objet d'un droit exclusif ou spécial accordé par un Etat Membre à une entité publique ou privée). Certes, la convergence des deux distinctions nous semble évidente: à titre d'illustration, le sixième considérant de la directive cite comme service ouvert à la concurrence “les services ayant pour objet l'amélioration des fonctions de télécommunication, par exemple la conversion de protocole, de code, de format ou de débit; des services basés sur l'information ayant pour objet l'accès à des bases de données; des services informatiques à distance, des services d'enregistrement et de retransmission de messages, par exemple le courrier électronique; des services de transaction, par exemple des transactions financières, transfert électronique de données à usage commercial, téléachat et téléréservation; des services de téléaction, par exemple télémesure et télécontrôle”.

25 Ce concept d'“opérateur” est d'inspiration économique comme le souligne l'article 2 de la directive de la Commission du 28 juin 1990.

26 Ce sont les entités publiques ou privées auxquelles un Etat Membre octroie des droits spéciaux ou exclusifs pour l'établissement de réseaux publics de télécommunication et, le cas échéant, la fourniture de services publics de télécommunication.

— "gestionnaires de réseau"[27] privés qui utilisent certains services de base pour fournir des services à valeur ajoutée ou pour offrir certains services ouverts à la concurrence[28].

Remarquons que généralement, les activités des organismes de télécommunication ne sont pas limités exclusivement aux services réservés. Ils peuvent proposer la fourniture de services de télécommunication non réservés en concurrence avec les gestionnaires de réseau.

4.4. Les opérateurs de réseau

4.4.1. Introduction

Etymologiquement, "opérateur" découle du verbe latin "operare" qui se traduit par "travailler, agir". L'opérateur est celui qui travaille sur un réseau, le technicien de maintenance, par exemple. Ce terme peut également désigner l'entité qui gère ou exploite commercialement le réseau.

Ce concept "d'opérateur de réseau" doit être compris, selon nous, comme étant *la personne physique ou morale qui fournit à des utilisateurs EDI les services nécessaires à un échange de données par une liaison de télécommunication*. Il comprend les organismes de télécommunication (publics ou privés), les gestionnaires de réseau, les fournisseurs de service EDI. Notre définition comprend, en fait, tous les "intermédiaires" lors de la session de communication entre les correspondants, ainsi que tous les fournisseurs de services auprès des utilisateurs.

Parmi ceux-ci, nous trouvons :

— les organismes de télécommunication et les gestionnaires de réseaux (qui sont les fournisseurs de services) ;

— le(s) fournisseur(s) des applications informatiques liées à l'EDI (par exemple la traduction) et de matériel informatique ;

— le(s) sous-traitant(s) de ces deux catégories-ci.

Selon nous, il y a lieu de restreindre le champ d'application de la définition aux intermédiaires "actifs", c'est-à-dire ceux qui prennent part à la session de communication en fournissant leurs services lors de cette session (les intermédiaires "passifs" ont uniquement pris part à la fourniture de moyens nécessaires à l'échange de données). De notre analyse, nous excluons, par hypothèse, tous les acteurs passifs : les fournisseurs des applications et du matériel informatique chez les utilisateurs et les sous-traitants de toutes les catégories.

---

27 Ce concept d'"opérateur" est d'inspiration économique comme le souligne l'article 2 de la directive de la Commission du 28 juin 1990.

28 La définition du Projet de loi français (article L 32) désigne ce réseau "réseau partagé" en faisant référence à l'usage concédé par le titulaire de ce réseau à des tiers.

4.4.2. Organisme de télécommunication et gestionnaire de réseau

Un fournisseur de service de télécommunication peut avoir une qualification différente suivant le réseau qu'il exploite. Il peut s'agir d'un *réseau dont l'exploitation fait l'objet de droits spéciaux ou exclusifs,* recouvrant notamment le réseau téléphonique commuté ou le réseau de transfert de données par commutation de paquets.

Par ailleurs, des entités peuvent sentir le besoin de créer et d'exploiter un réseau à l'aide de l'infrastructure des organismes de télécommunication, comme par exemple :

— un réseau dont l'usage est réservé à une personne physique ou morale qui l'établit (*réseau privé*)[29] ;

— un réseau dont l'usage est partagé entre différentes personnes physiques ou morales, constituées en un ou plusieurs groupes fermés d'utilisateurs, en vue d'échanger des communications internes au sein d'un même groupe (*réseau à usage partagé*)[30];

— ou encore un réseau dont l'usage est partagé entre un nombre plus large de personnes physiques ou morales, sans lien associatif précis (*réseau ouvert de personnes*).

Dès lors, nous désignerons l'opérateur d'un *réseau dont l'exploitation fait l'objet de droits spéciaux ou exclusifs,* par la terminologie utilisée dans les directives européennes, c'est-à-dire "*l'organisme de télécommunication*"[31], et l'opérateur d'un réseau à usage privatif (usage privé et usage partagé) ou ouvert par le concept de "*gestionnaire de réseau* ".

---

29 Cette définition est inspirée du projet de loi français sur la réglementation des télécommunications, article 2 modifiant l'article L.32 du Code des postes et des télécommunications. Il semble que les règles en matière de responsabilité diffèrent suivant le type de réseau : sur le réseau public, il y a lieu d'appliquer, en général, les dispositions spécifiques réglant la responsabilité des exploitants publics; sur le réseau indépendant, le droit commun de la responsabilité (resp. contractuelle, resp. quasi délictuelle). Par ailleurs, même lorsque l'on se trouve en présence d'un "réseau indépendant privé", il y a lieu d'appliquer les dispositions spécifiques concernant les organismes de télécommunication.

30 Cette définition est inspirée du projet de loi français sur la réglementation des télécommunications, article 2 modifiant l'article L.32 du Code des postes et des télécommunications.

31 Issu de la politique européenne en matière de concurrence sur le marché des télécommunications, ce terme très large désigne soit une entité intégrée à l'administration d'un Etat (comme au Grand-Duché de Luxembourg et en France), soit une entité distincte de celui-ci (par exemple la R.T.T. belge ou la Compania Nacional de Espana-Telephonica), à qui l'Etat accorde certains droits spéciaux ou exclusifs en la matière. Ces organismes seront publics lorsqu'ils seront soumis à une influence prépondérante de l'Etat. Cette influence peut résulter de la loi (par exemple en Belgique, la loi du 19 juillet 1930 soumet la R.T.T. à l'autorité du Ministre ou Secrétaire d'Etat qui a les télégraphes et téléphones dans ses attributions), ou d'une participation majoritaire de l'Etat dans le capital de l'entreprise jouissant du monopole des télécommunications (tel était le cas de la British Telecommunications avant sa privatisation par le Telecommunications Act 1984), ou d'une concession de service public (par exemple, en Italie, le décret du Président de la République du 13 août 1984 approuvant l'exécution des concessions des services des télécommunications à usages publics aux sociétés S.I.P., Italcable et Telespazio).

Voy. le tableau sur la réglementation des télécommunications dans les principaux pays industrialisés, tableau établi par le Ministère français des Postes, des Télécommunications et de l'Espace, op. cit.. Voy. également B. AMORY, in "Vers une nouvelle réglementation des télécommunications", ouvrage collectif, Cahiers du C.R.I.D. n°4, 1990, Ed. Story Scientia, p 163.

Comme exemples de gestionnaire de réseau, nous pouvons citer IBM, INFONET, INS ou GEISCO[32] qui louent des lignes auprès d'organismes de télécommunication pour relier les différents noeuds de leurs infrastructures. Ces réseaux sont mis à la disposition d'usagers[33] désireux de bénéficier de certains services. Parmi ceux-ci, citons la mise à disposition de "boîtes aux lettres" électroniques, la conversion de protocoles de communication, la conversion de débit,... pour permettre ou faciliter la communication entre applications informatiques différentes.

La fourniture de ces services s'effectue dans le cadre d'une relation contractuelle dont la nature sera précisée dans le chapitre consacré à la responsabilité en matière d'EDI.

4.5. Les services EDI

4.5.1. Introduction

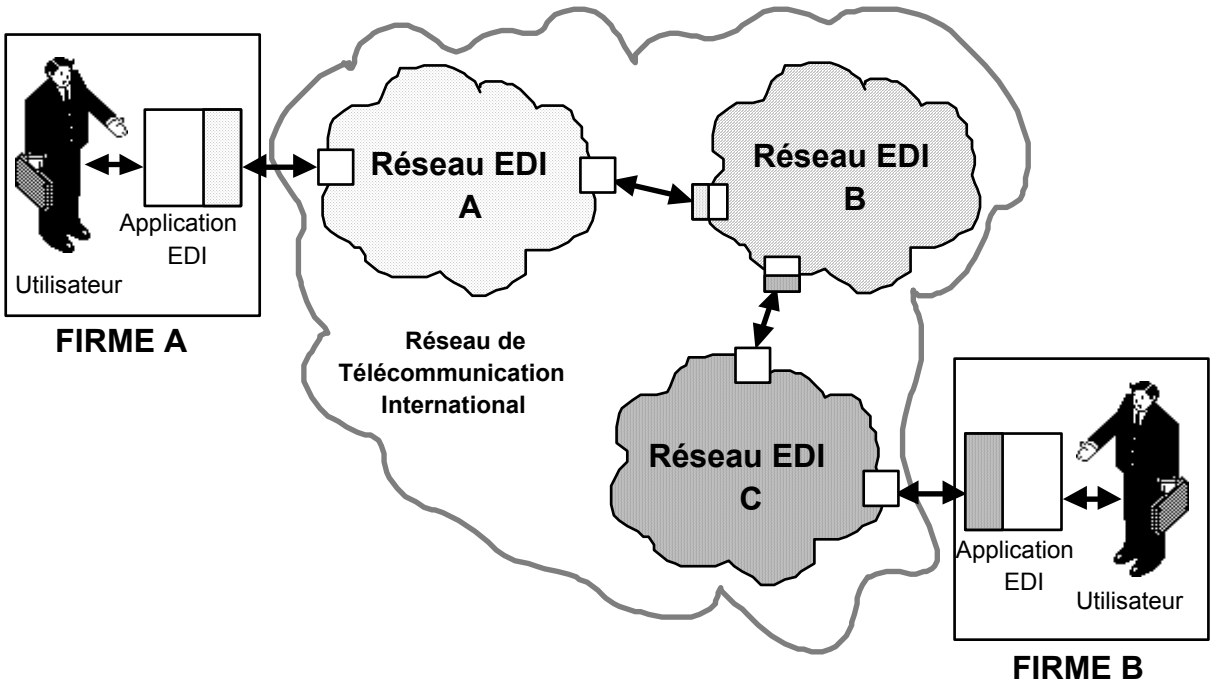
Avant de présenter les services EDI susceptibles d'être offerts par un gestionnaire de réseau et par un organisme de télécommunication, nous présentons ci-dessous une vision schématique d'une relation typique entre deux utilisateurs de réseau dans leur relation EDI.

Ce schéma inclut différents réseaux EDI dont un (le réseau B) sert de passerelle entre les deux autres. Il permet d'identifier les problèmes liés à l'interconnexion de différents réseaux EDI ainsi que les services pouvant être fournis par un gestionnaire de réseau.

---

32 Nous soulignerons plus loin les différents services que les gestionnaires de réseaux mettent en oeuvre. Le type de service fourni donnera une qualité particulière au fournisseur. Ceci nous permettra de classifier plus finement ces fournisseurs.

33 Parmi ces usagers, se trouve RINET, une société coopérative belge, regroupant parmi ses membres adhérents, différentes compagnies européennes d'assurance. RINET bénéficie contractuellement des services de réseau IBM et partage les capacités des lignes internationales louées par IBM auprès de différents organismes de télécommunication.



4.5.2. Les services (de base) susceptibles d'être offerts par les organismes de télécommunication

Nous pouvons identifier les services suivants :

— transport des données
— moyens pour assurer la disponibilité du réseau de télécommunication
— moyens pour assurer l'intégrité du réseau de télécommunication
— confidentialité du réseau de télécommunication(pas nécessaire mais parfois souhaitable)
— contrôle d'accès au réseau de télécommunication
— interconnexion des différents réseaux nationaux et internationaux de télécommunication

4.5.3. Les services à valeur ajoutée

Dans la mesure où les services de base font l'objet de certains droits exclusifs, il est permis d'offrir des services en dehors des limites de ces droits. Certaines sociétés utilisent donc l'infrastructure publique pour fournir ces services supplémentaires sans toutefois porter atteinte au domaine réservé des organismes de télécommunication.

Nous pouvons identifier les services suivants :

— comptabilité correcte et détaillée pour chaque opération
— possibilité d'audit et de traçage des messages lors de leur passage dans le réseau

— interconnexion des différents réseaux existant et traduction des normes si elles sont différentes
— facturation unique lors de l'utilisation de différents réseaux
— contrôle d'accès aux différents services
— archivage / stockage des données
— etc.

4.5.4. Les services à valeur ajoutée particuliers à l'EDI

Nous pouvons identifier différents services spécifiques :

— formulation des messages EDI
— conversion de messages EDI de normes différentes
— certification à des degrés divers de messages EDI
— etc.

4.5.5. Mesures techniques et juridiques du monde EDI

Dans l'état actuel des connaissances et de l'évolution du monde EDI, une relation ne peut être établie entre deux correspondants de façon occasionnelle. L'utilisation de l'EDI suppose que les utilisateurs établissent une relation durable et définie. Pour ce faire, il est nécessaire de s'entendre sur un ensemble de mesures assurant une communication correcte. Ces mesures portent sur les choix au niveau :

— des réseaux EDI,

— des méthodes et des protocoles de communication,

— de la norme utilisée ainsi que du groupe de messages réellement utilisés au sein de cette norme,

— de la fréquence des échanges,

— des valeurs limites, des paramètres, des codages particuliers liés à la norme, aux méthodes et protocoles choisis,

— des systèmes de sécurité à mettre en oeuvre pour garantir l'échange,

— des systèmes de tarification et de partage des ressources nécessaires,

— etc...

L'établissement de tels compromis doit se compléter d'un ensemble de mesures juridiques assurant la bonne communication entre les partenaires commerciaux. Tout cet ensemble de mesures et de décisions seront éventuellement mis en oeuvre dans un accord de communication.

4.5.6. Répartition des services par couches

Le schéma ci-dessous présente les différents services nécessaires à une relation de type EDI.

Notre analyse se base sur la découpe en couches suivante :

— l'infrastructure (reprenant les lignes physiques et le matériel nécessaire à leur bon fonctionnement d'un point de vue technique);

— les services de télécommunication de base (reprenant les services nécessaires au transport des données et la gestion d'un réseau de base);

— les services de télécommunication avancés (apportant une meilleure qualité aux services de télécommunication de base pour une communication de message quelconque);

— les services EDI (reprenant les services nécessaires à une communication de message de type EDI);

— et enfin, des services supplémentaires (apportant une meilleure qualité pour une communication de message de type EDI).

Chaque couche utilise les services définis dans les couches inférieures.

En partant du bas du tableau, la deuxième et la troisième couche (à l'aide de la première) définissent les fonctions que l'on peut désigner globalement comme “la gestion d'un réseau”. L'opérateur qui offre ces fonctions ou services peut, dès lors, être dénommé “gestionnaire de réseau”. Un tel opérateur offrant en plus les services de la quatrième couche peut être appelé “gestionnaire de réseau EDI”, en raison des services spécifiques mentionnés.

Par ailleurs, il faut souligner que la répartition stricte des ces fonctions ne correspond pas exactement à la réalité pratique. L'offre des services de télécommunications est disparate :

— une offre de services peut couvrir à la fois des fonctionnalités des couches de services de transport de base, avancés et des services EDI et supplémentaires;

— une autre offre peut ne couvrir que certains services EDI et supplémentaires, laissant les services de transport à un gestionnaire de réseau (celui-ci peut éventuellement ne proposer que quelques services parmi ceux cités dans les deux couches correspondantes)...

Couches	Services offerts
SERVICES EDI	— formulation des messages EDI — conversion de messages EDI de normes différentes — certification à des degrés divers de messages EDI — etc.
SERVICES A VALEUR AJOUTEE	— comptabilité correcte et détaillée pour chaque opération — possibilité d'audit et de traçage des messages lors de leur passage dans le réseau — interconnexion des différents réseaux existant et traduction des normes si elles sont différentes — facturation unique lors de l'utilisation de différents réseaux — contrôle d'accès aux différents services — archivage / stockage des données — etc.
SERVICES DE TELECOM DE BASE	— transport des données — moyens pour assurer la disponibilité du réseau de télécommunication — moyens pour assurer l'intégrité du réseau de télécommunication — confidentialité du réseau de télécommunication(pas nécessaire mais parfois souhaitable) — contrôle d'accès au réseau de télécommunication — interconnexion des différents réseaux nationaux et internationaux de télécommunication
INFRA STRUCTURE	— disponibilité des lignes — intégrité des lignes

4.5.7. Répartition des services par acteurs

Le schéma ci-dessous présente la localisation au niveau des acteurs des différents services nécessaires à une relation de type EDI. Notre analyse se base sur la découpe en couches présentée au point 5.

Nous considérons par hypothèse que les données fournies par l'utilisateur sont correctes.

Les différents acteurs qui ont été identifiés sont les suivants :

— OT: l'organisme de télécommunication,

— GR: le gestionnaire de réseau,

— UT: l'utilisateur.

Services	Localisation		
	OT	GR	UT
— formulation des messages EDI		*	*
— conversion de messages EDI de normes différentes		*	
— certification à des degrés divers de messages EDI		*	
— comptabilité correcte et détaillée pour chaque opération		*	
— possibilité d'audit et de traçage des messages lors de leur passage dans le réseau		*	*
— interconnexion des différents réseaux existant et traduction des normes si elles sont différentes		*	
— facturation unique lors de l'utilisation de différents réseaux		*	
— contrôle d'accès aux différents services		*	*
— archivage / stockage des données		*	*
— transport des données	*		
— moyens pour assurer la disponibilité du réseau de télécommunication	*	*	
— moyens pour assurer l'intégrité du réseau de télécommunication	*	*	
— confidentialité du réseau de télécommunication (pas nécessaire mais parfois souhaitable)	*	*	*
— contrôle d'accès au réseau de télécommunication	*	*	*
— interconnexion des différents réseaux nationaux et internationaux de télécommunication	*	*	
— disponibilité des lignes	*	*	
— intégrité des lignes	*		

Sur le schéma ci-dessus, nous avons identifié par une étoile (*) les endroits où les fonctions des services visés peuvent (ou doivent) être remplies.

Pour les deux couches inférieures, la pose des lignes et des réseaux (Infrastructure) et le transport des données (Services de télécommunication de base) ainsi que les moyens mis en oeuvre pour assurer certaines qualités du réseau (disponibilité, intégrité, contrôle d'accès et gestion) sont, dans l'état actuel des réglementations nationales, des services exclusivement réservés à l'organisme de télécommunication.

Pour la couche "services à valeur ajoutée", la plupart des services cités peuvent être offerts par l'organisme de télécommunication ainsi que par un gestionnaire de réseau. En effet, le gestionnaire de réseau, utilisant des lignes et des réseaux gérés par l'organisme de télécommunication, peut avoir besoin de services supplémentaires pour son propre fonctionnement. Si l'organisme de télécommunication ne veut ou ne peut pas les offrir, un gestionnaire de réseau doit pouvoir le remplacer et fournir ces services. Dans cette hypothèse, cet intervenant peut être désigné comme “un gestionnaire de réseau EDI” dans la mesure où il propose ces mêmes services à des tiers.

Il en va de même pour la couche "services EDI". En effet, un service EDI utilise la couche "services à valeur ajoutée" pour le transfert des messages. La disponibilité du réseau EDI et le transport des messages EDI sont des services par définition offerts par le gestionnaire de réseau.

En ce qui concerne les services supplémentaires (garantie d'intégrité, contrôle d'accès et gestion), il est souhaitable qu'ils soient rendus par le gestionnaire de réseau. De l'offre de ces services supplémentaires dépend la qualité et l'efficacité du réseau EDI offert par un gestionnaire de réseau. Néanmoins pour plus de sécurité ou pour une meilleure qualité de service, l'utilisateur peut lui-même implanter ces services dans son environnement informatique.

La détermination de la localisation des fonctions s'avère souvent difficile (organisme de télécommunication, gestionnaire de réseau et/ou utilisateur). La localisation précise dépend surtout des options prises dans les couches inférieures.

Remarques générales :

L'indépendance des couches est semblable, sans être identique, à la logique des couches OSI.

Lorsqu'un choix existe pour la localisation d'un service particulier (c-à-d qu'il y a deux ou trois étoiles sur le schéma en face du service), c'est, par ordre logique, d'abord à l'organisme de télécommunication ou au gestionnaire de réseau puis à l'utilisateur de remplir cette fonctionnalité ou ce service.

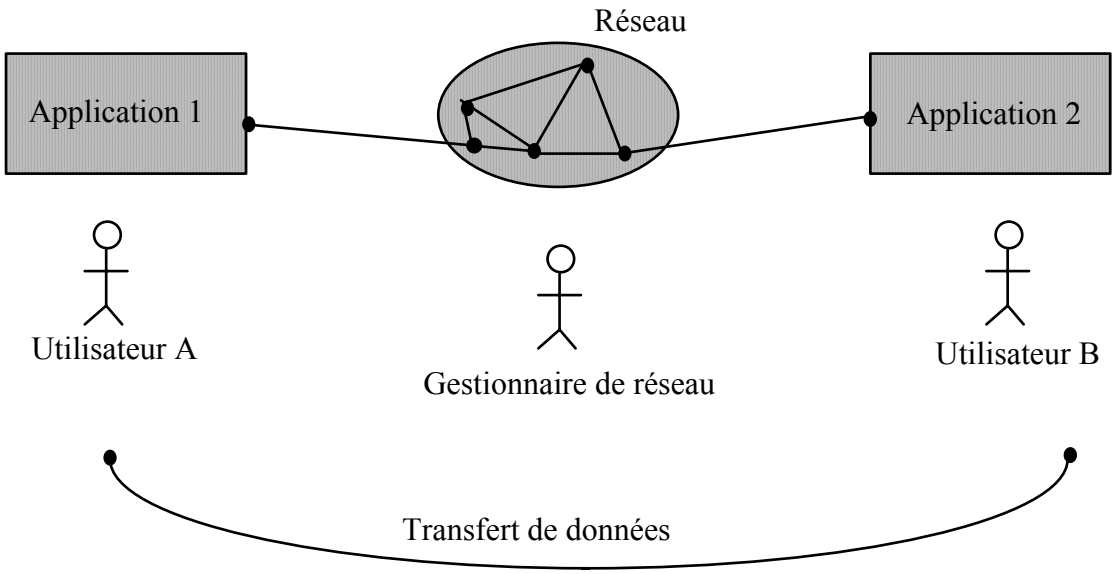
5. Résumé

L'EDI est un mode de transmission de données mettant en oeuvre des moyens informatiques et de télécommunication. Techniquement, les données sont générées et destinées à des applications informatiques.

Juridiquement, derrière ces applications, se trouvent des personnes physiques ou morales qui sont titulaires de droits et d'obligations. Ces personnes peuvent conclure des conventions à l'aide de ce système proposé par différents fournisseurs.

En ce qui concerne les moyens de communication, nous nous trouvons également en présence d'une multitude d'offre de services. Dans un premier temps, on perçoit les organismes de télécommunication bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs sur l'infrastructure ou les services de base. Dans ce contexte de concurrence restreinte, des gestionnaires de réseau conçoivent et proposent des services de télécommunication particulier ("à valeur ajoutée") adapté éventuellement aux besoins des utilisateurs d'EDI. Nous avons désigné par le terme "opérateur de réseau EDI" les gestionnaires de réseau "à valeur ajoutée" offrant des services spécifiquement EDI.

Ce constat de multiplicité d'offres nous permet de suggérer que, pour une analyse des questions de responsabilité, il est nécessaire de faire état des différents acteurs de la session de communication, de dégager les relations juridiques entre ces derniers et d'examiner l'allocation des risques au sein de cet ensemble.



Aux frontières des questions juridiques (responsabilité et formation des contrats) et techniques, de nouvelles constations s'imposent impérativement.

Dans l'état actuel des connaissances et de l'évolution du monde EDI, une relation ne peut être établie entre deux correspondants de façon occasionnelle. L'utilisation de l'EDI suppose

que les utilisateurs établissent une relation durable et définie. Pour cela, il est nécessaire de s'accorder sur un ensemble de mesures techniques assurant une communication correcte (cf. 4.5.5. Mesures techniques et juridiques dans un monde EDI). Cet ensemble de mesures doit également se compléter d'un ensemble de mesures juridiques assurant la bonne communication entre les partenaires.

II. Eléments de la responsabilité dans les réseaux EDI

Imaginons qu'un bon de commande de pièces soit envoyé par un grossiste à son fournisseur par l'intermédiaire d'un système EDI. Si ce bon ne parvient pas à destination ou y parvient avec retard, le grossiste ne pourra pas honorer les commandes de ses clients dans les délais prévus.

Il pourra se poser la question de savoir quelle est la cause exacte du retard, avant de chercher le moyen d'en trouver le responsable. Les données transmises peuvent revêtir une grande valeur financière. Il est donc crucial pour l'expéditeur d'un tel message d'identifier la cause et le responsable afin d'obtenir un dédommagement éventuel.

La recherche de la cause du retard (dans notre cas) nécessite une compréhension du fonctionnement du réseau EDI qui est utilisé.

Quant à la question de la responsabilité proprement dite, il est nécessaire dans un premier temps, d'établir la preuve (c'est-à-dire les éléments de fait) que c'est tel ou tel incident qui est à l'origine du retard. Ensuite, il est nécessaire de connaître les relations juridiques entre le responsable de l'incident et la personne qui a subi le préjudice, et finalement, de faire état du régime de responsabilité qui sera appliqué.

Dans ce rapport, il n’est pas tenu compte des solutions de droit international privé dans la mesure où elles dépendent des cas d’espèce. Nous avons préféré la résolution d’un cas type représentatif d’une généralité de problèmes.

1. Les éléments de la technique EDI

La définition de l'EDI contenue dans le titre premier a fait état de l'utilisation du réseau de télécommunication pour transmettre les messages EDI. Certains pourraient contester la pertinence de ce point de vue au regard de la pratique actuelle où l'usage des moyens de télécommunication est assez limité. Le sujet de notre recherche étant précisément “la responsabilité des opérateurs de réseau”, l'absence de cet élément rendrait sans objet le contenu de notre rapport.

1.1. La dépendance des utilisateurs vis-à-vis de divers fournisseurs

Les éléments essentiels de l'EDI peuvent être décrits de la façon suivante :

— un **matériel** informatique ;

— des **applications** (EDI intégré) et/ou des **applications spécifiques à l'EDI** (EDI de base) qui forment les moyens de communication des possesseurs des systèmes informatiques ;

— une **infrastructure publique et/ou un réseau privé de télécommunication**[34] transportant les messages d'un point donné vers les destinations formulées par leur expéditeur et assurant un niveau approprié de sécurité ;

— une **norme des messages** qui définit la représentation des données et leur interprétation non ambiguë par les applications des correspondants commerciaux.

Du point de vue juridique, ces éléments soulignent la dépendance des utilisateurs de cette technologie vis-à-vis des fournisseurs de matériel et d'applications informatiques, des prestataires de services informatiques et enfin, des fournisseurs de services de télécommunication.

Remarquons que certains utilisateurs sont également gestionnaires de réseau EDI. Ainsi, avant d'être des utilisateurs de réseau EDI, IBM et GEISCO sont également des gestionnaires de leur propre réseaux de télécommunication. Ces réflexions nous amènent à penser que ces agents du marché jouent un double rôle, d'abord comme fournisseurs sur ce marché et ensuite, comme utilisateurs. Leur stratégie, que l'on peut qualifier de *market maker,* pourrait influencer les tendances, non seulement économiques (en matière de tarif, par exemple), mais aussi juridiques (mise en oeuvre de leur responsabilité) dans ce domaine.

Nous porterons plus particulièrement notre attention sur les relations entre utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunication.

Parmi les fournisseurs de services de télécommunication, nous pouvons distinguer :

— les entreprises qui ont été créées à l'initiative de certains utilisateurs ;

— les entreprises informatiques qui se sont présentées naturellement sur ce marché en raison des compétences qu'elles ont acquises dans ce domaine ;

— les organismes publics de télécommunication.

---

34 Comme nous l'avons fait remarquer sous le titre 1 “Définitions“, l'opérateur d'un réseau doit se procurer les moyens de télécommunication nécessaires à ses prestations de service à valeur ajoutée auprès d'un organisme public ou privé de télécommunication. Il convient également d'envisager le cas où un organisme de télécommunication étend ses activités traditionnelles à la fourniture d'un service à valeur ajoutée de type EDI. Dans les deux cas, ces organismes nationaux investis de droits spéciaux ou exclusifs en matière de télécommunication imposent les conditions contractuelles de fourniture de services.

1.1.1. Les réseaux créés à l'initiative des utilisateurs

Ces réseaux ne dépendent pas des entreprises informatiques ou d'organismes de télécommunication. Elles ont été créées et développées à l'initiative des utilisateurs qu'elles servent.

Quelle que soit leur forme juridique (société coopérative de droit belge pour SWIFT, RINET ou ASSURNET ; société commerciale pour REUTERS ...) ou le secteur économique dans lequel elles opèrent, ces réseaux ont vu le jour en raison des besoins spécifiques de leurs utilisateurs (caractéristiques techniques, performances, sécurité, relation particulière entre leurs membres, ...).

Ainsi, le but de ces réseaux est d'offrir des services de télécommunication aux membres adhérents. Parfois, des préoccupations particulières sont à l'origine de la création de ces réseaux. (une efficacité accrue de leurs relations commerciales, par exemple). Nous pouvons citer quelques exemples :

— SWIFT s.c. : société coopérative de droit belge fondée à l'initiative de banques établies de par le monde pour répondre à une demande spécifique de transfert de fonds ;

— ASSURNET s.c. : société de droit belge fondée par un groupe de compagnies d'assurance, opérant en Belgique et reliant les compagnies à leur courtier à l'aide d'un réseau de transfert de données et d'une application de communication spécifique ("*proprietary standard*") ;

— PHILIPS : multinationale ayant tissé un important réseau interne entre ses différentes succursales et filiales à travers le monde entier.

Par ailleurs, une caractéristique commune rassemble ces "entreprises" : la communication restreinte aux seuls utilisateurs des services en raison des besoins de confidentialité des données ou de sécurité des transactions. Ces besoins spécifiques ont été rencontrés par certains moyens techniques mis en oeuvre tels que l'usage de protocoles de communication particuliers, d'applications de communication spécifiques ou encore l'emploi de messages spécifiques éventuellement encryptés.

1.1.2. Les entreprises informatiques

Nous apercevons deux types d'entreprises informatiques :

— les constructeurs de matériel informatique ;

— les sociétés de services informatiques.

a) Les constructeurs sont les concepteurs et les fabricants de matériel informatique que les utilisateurs acquièrent pour implanter éventuellement une application EDI. Ces constructeurs ont

initialement établi leur réseau de communication en interconnectant leurs propres ordinateurs, et ce, à usage exclusivement interne.

Récemment, l'offre de cette infrastructure typique et d'un éventail de services s'est étendue et la commercialisation de certains réseaux EDI, à l'origine à usage privatif, s'est complétée par des partenariats dans le domaine des réseaux locaux[35] ou internationaux[36] ou encore, dans le domaine du savoir-faire logiciel[37].

b) Quant aux fournisseurs de services informatiques, ils se sont positionnés plus naturellement sur le marché en proposant leur savoir-faire en matière de logiciels. Ils ont construit et géré des réseaux nationaux et internationaux[38] directement disponibles à des tiers. Ils réalisent l'interconnexion de leur réseau avec ceux de certains constructeurs informatiques[39]. Parfois, ils se risquent à prendre des participations dans des entreprises (filiales) communes avec d'autres organismes ou entités[40].

1.1.3. les organismes de télécommunication

Les organismes de télécommunication ont développé des réseaux spécifiquement destinés aux transmissions de données. Ces organismes ne se sont orientés que très tardivement vers l'offre d'applications EDI. Encore une fois, cette nouvelle activité ne s'est pas faite sans l'aide de partenaires ayant acquis un savoir faire en ce domaine[41]*. Ils se risquent parfois à prendre des participations dans une entreprise de grande envergure avec l'aide d'autres organismes de télécommunication*[42].

---

35 IBM, par exemple, pour asseoir une implantation rapide et efficace dans un pays, choisit généralement un partenaire réputé : en Italie, il forme une joint venture avec Fiat en 1986, Intesa.

36 Le réseau TRADANET qui supporte les services EDI d'ICL n'a pu se développer à une échelle nationale et internationale que grâce à deux joint-ventures en 1987 : l'une avec MERCURY (le deuxième opérateur public en Grande-Bretagne) pour étendre sa couverture nationale avec MERCURY 5000 et l'autre, INS, avec GE Information Services qui lui ouvre les portes du marché mondial.

37 WANG, par exemple, a négocié avec un fournisseur de services informatiques, GEISCO pour utiliser les logiciels EDI*EXPRESS et EDI*CENTRAL sur le réseau WNS.

38 GE Information Services a construit et géré un réseau international de transmission de données, MARK*NET sur lequel il propose toute une gamme de services et notamment EDI EXPRESS.

39 GE Information Services a étendu sa clientèle en Grande Bretagne avec l'aide d'INS. Par ailleurs, certains réseaux de ses fournisseurs de services ont été conçu de manière ouverte, en supportant plusieurs normes et en prévoyant des passerelles avec d'autres réseaux : INFOTRAC, le réseau de transfert de données a été prévu pour recevoir des messages EDI (service EDICT) en provenance d'autres réseaux nationaux, comme INS, ou internationaux, comme IBM Information Network.

40 En 1990, une partie de l'actionnariat d'Infonet est composée d'organismes de télécommunication européens.

41 En Allemagne, la Deutsche Bundespost Telekom négocie avec IBM à propos de la création d'un service EFT à implémenter sur son réseau d'organisme de télécommunication.

42 En 1990, une grosse partie de l'actionnariat d'Infonet est composée d'organismes de télécommunication européens.

1.1.4. Conclusion

Le marché des réseaux et des services de réseau est actuellement disparate. Les fournisseurs proposent des services différents et de qualités différentes.

Les gestionnaires de réseau, par exemple, proposent un service de transport allié éventuellement avec des services spécifiques comme des services de cryptographie, de conversion de normes lorsque les applications des correspondants ne sont pas normalisés,... Même si les fonctionnalités sont semblables, le savoir-faire des fournisseurs peut influencer la qualité des services offerts et les résultats des transmissions.

1.2. Description d'une transmission suivant la structure du réseau

Il est important de souligner les différentes techniques mises en oeuvre en EDI pour réaliser l'analyse de la responsabilité des opérateurs de réseau.

On rappelera que l'on entend par "**réseau EDI**" l'ensemble des **infrastructures** et des **services** mis en oeuvre pour permettre et faciliter la transmission de messages entre applications. Cette définition recouvre les applications de l'émetteur, celles du destinataire du message, les différents réseaux des organismes de télécommunication et/ou le réseau partagé d'un gestionnaire de réseau.

1.2.1. Une transmission par un réseau EDI fermé

(a) Le cas de deux correspondants

Le premier type de réseau EDI fermé est celui où il n'y a que deux correspondants. La société de machines-outils "X" a des relations étroites avec son principal fournisseur de pièces détachées, la société "Y". Les deux entreprises veulent faire communiquer leurs applications respectives soit en louant une ligne permanente, soit en se connectant par ligne téléphonique.

Elles peuvent également concevoir une adhésion à un réseau de télécommunication existant (d'un organisme public de télécommunication ou d'un réseau privé partagé proposant des fonctionnalités suffisantes).

Il existe une différence importante entre la première solution (liaison par ligne directe) et la seconde (liaison par réseau). En effet, dans la liaison par ligne directe, les fonctions de communication remplies par l'organisme de télécommunication ne comprennent pas la gestion des transmissions de données alors que les réseaux comportent une fonctionnalité permettant de suivre et de vérifier l'acheminement correct des données. Dans le cas d'une ligne directe, cette fonction doit être assurée par les applications des correspondants.

(b) Groupe fermé de plus de deux correspondants

On peut imaginer qu'un des membres soit le centre d'un réseau en étoile (les autres membres étant connectés à lui) et qu'il assure les services de transmission. C'est le cas typique d'un constructeur informatique qui impose son moyen de transmission à différents partenaires commerciaux. En ce qui concerne les conditions de transmission, les rapports entre les membres du groupe et le gestionnaire du réseau sont régis par des relations contractuelles classiques.

Par ailleurs, on peut aussi imaginer que toutes les liaisons entre les membres s'effectuent à l'aide d'un réseau géré par un tiers au groupe. Encore une fois, la fonction de gestion des transmissions est assurée par ce tiers qui fournit ce service. Celui-ci peut être un organisme de télécommunication ou encore, une opérateur de réseau indépendant.

1.2.2. Un réseau ouvert EDI

On peut comprendre "le réseau ouvert" de différentes façons :

— l'ouverture concerne les conditions d'accès au réseau;

— l'ouverture concerne la possibilité de transmission vers n'importe quel utilisateur d'un réseau donné sans condition autre que la connaissance des coordonnées d'appel de cet autre utilisateur;

— une possibilité étendue d'interconnexion d'un réseau avec un autre, ce qui suppose la compatibilité des normes utilisées dans ces réseaux ou un service de traduction de normes entre ces réseaux.

(a) L'ouverture des conditions d'accès à un réseau

Dans des circonstances particulières, une ouverture de réseau a été réclamée par les Communautés européennes au nom des règles de la concurrence. Lorsque certains opérateurs limitent de manière déraisonnable l'accès à un moyen de communication permettant d'atteindre un certain marché et lorsque cette pratique discriminatoire fausse le jeu normal de la concurrence, la Commission des Communautés européennes peut mettre en oeuvre les articles 85 et 86 du Traité C.E.E.. Le but de cette réglementation est le maintien de la concurrence dans un secteur particulier.

Ainsi, en matière de réservation aérienne[43], faisant suite à son action contre la SABENA[44], la Commission a complété récemment son règlement 2672/88[45] par un nouveau règlement 83/91 du 5 décembre 1990[46].

On y notera les dispositions suivantes :

---

43 Un Service de Réservation Informatisé peut être aisément qualifié d'EDI suivant les critères précédemment émis, de sorte qu'un S.R.I. en est une application particulière.

44 Décision 88/589/CEE de la Commission du 4 nov. 1988, London European/Sabena, *J.O.* L 317/88, p. 47.

45 Règlement n° 2672/88 de la Commission du 26.01.1988, *D.I.T.*, 89/3, p. 25.

46 Règlement (C.E.E.)n° 83/91 de la Commission du 5 décembre 1990 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité C.E.E. à des catégories d'accords entre entreprises portant sur des systèmes de réservation informatisés pour les services de transport aérien, *J.O.*, 15.1.91, n° L 10/9.

article 3 — condition de libre accès — tout transporteur aérien doit pouvoir conclure et résilier, avec un préavis de 6 mois maximum, un accord avec un vendeur de système pour l'affichage de ses informations par un service informatisé de réservations [47];

articles 4 - 5 - 6 - condition de non-discrimination — le vendeur de système ne peut pas prévoir de conditions discriminatoires dans ses relations avec les transporteurs participants d'une part, quant à l'affichage de leurs informations qui doit être neutre et ne comporter aucune préférence liée à l'ordre de présentation, quant au soin et à la rapidité d'introduction de cette information dans le service informatisé de réservations et d'autre part, quant aux redevances demandées par le vendeur : celles-ci doivent être "en rapport raisonnable" avec le coût du service, et en particulier être les mêmes pour le même niveau de service.

(b) L'ouverture des communications à tous les abonnés d'un même réseau

Une façon de faciliter une communication étendue à tous les abonnés d'un même réseau est de promouvoir ou d'imposer un même langage ou une même norme à tous les correspondants. A titre d'illustration, si un correspondant d'un réseau téléphonique ne comprend que le chinois et si les autres ne parlent pas cette langue, les messages et les idées ne seront pas compris de part et d'autre du réseau. L'adoption d'un langage commun est de nature à faciliter ce type d'ouverture, toute autre condition technique étant remplie.

Ainsi, une autre branche de l'action européenne, que l'on peut qualifier de "soft law", est la promotion de la norme UN-EDIFACT. Si cette norme est admise par les utilisateurs d'un même réseau, elle permettra à tous les systèmes informatiques du réseau de communiquer.

(c) L'interconnexion de réseaux

Les avantages de l'interconnexion de plusieurs réseaux nous semblent évidents dans la mesure où un correspondant d'un réseau pourra communiquer avec un correspondant d'un autre réseau sans devoir utiliser un autre moyen que l'EDI.

Les organismes offrant des services de télécommunication, que ce soient les organismes publics de télécommunication ou les entreprises informatiques possédant un réseau propre, ont vu assez rapidement l'avantage d'un tel système. Ils procèdent généralement par la création d'une "joint-venture" ou d'une filiale commune, chargée de la gestion et de l'exploitation de ce nouveau réseau permettant ce nouveau type de service. A titre d'exemple, TRADANET (le réseau de transfert de données pouvant supporter entre autre l'EDI d'ICL) n'a pu s'étendre à une échelle nationale et internationale que par la constitution de "joint ventures" : à l'échelle

---

47 On notera qu'une réserve importante, de nature technique, pourrait conditionner le libre accès à des S.R.I. : "... dans les limites de la capacité du système et sous réserve des contraintes techniques qu'il n'est pas en mesure de maîtriser, ...", article 3 du règlement CEE n° 83/91.

nationale, par MERCURY 5000 avec MERCURY et à l'échelle internationale, par INS avec G.E. Information Services.

1.2.3. Notions de "groupe fermé" et de "groupe ouvert"

Des "groupes fermés ou ouverts d'utilisateurs" peuvent fonctionner au sein d'un réseau ouvert.

Ces notions sont donc fondamentalement différentes des concepts de "réseau ouvert" et de "réseau fermé". Elles nous ont été inspirées par la législation allemande relative au *Bildschirmtext* qui a recherché le critère permettant de distinguer les intérêts à protéger en fonction de la qualité des destinataires d'une opération télématique[48][49].

Cette distinction a permis l'adoption de règles plus strictes pour les groupes ouverts et plus souples pour les groupes fermés. Nous pouvons envisager éventuellement d'appliquer le même raisonnement.

Pour prévenir l'abus consistant à échapper à une réglementation plus stricte (qui serait éventuellement proposée pour les groupes fermés d'utilisateurs) en réseau ouvert, il faut établir parallèlement des critères stricts permettant de conclure à l'existence d'un groupe fermé.

Cela étant, l'analogie doit s'arrêter là en raison des différences trop importantes entre la télématique grand-public et l'EDI[50] .

---

48 Le but de la législation allemande est d'appliquer une réglementation différenciée selon que le destinataire appartient à l'un ou l'autre groupe, le groupe ouvert, devant recevoir le plus de protection. Voy. H. BARTL, Handbuch BTX-Recht, Decker's Verlag, Heidelberg, 1984, p. 82 et s..

En ce qui concerne les critères objectifs permettant de conclure à l'existence d'un groupe fermé d'utilisateurs et d'appliquer des règles plus souples ou mieux appropriées, citons notamment :

- l'exigence d'un nombre concret de membres, même si ce nombre n'est pas fixé ou donné et que les entrées et les sorties sont fréquentes;
- la possibilité d'établir une liste des membres du groupe;
- le trait commun aux membres du groupe, d'ordre professionnel, idéologique ou confessionnel;
- l'existence d'une relation contractuelle avec le fournisseur d'information et préexistante à l'opération télématique, par l'appartenance à une même association ou par des relations de droit public;
- etc... Voy. pour plus de détails, J. LAFFINEUR et M. GOYENS, *La télématique grand public en Belgique*, Coll. Droit et Consommation, Story, 1989, p. 20.

49 Par ailleurs, dans le système hollandais Viditel, l'ouverture du service ou la limitation de l'accès à certains réseaux ont subi l'influence des questions de confidentialité des données produites par les différentes transactions. On parle d'"openbare viditel" pour les systèmes où quiconque, qui est prêt à en payer le prix, peut y accéder comme fournisseur d'information ou comme utilisateur. On emploie le terme "besloten viditel" lorsque l'accès en tant que fournisseur ou en tant qu'utilisateur est lié à des règles spécifiques autres que de nature financière.

50 Les règles applicables au *Bildschirmtext* allemand, au *Viditel* hollandais, au *Prestel* anglais ou au *Minitel* français ne peuvent pas être systématiquement appliquée en matière d'EDI. On peut éventuellement les adapter.

En effet, l'objet des réglementations citées a généralement pour but de protéger les intérêts des abonnés en réseau ouvert. Ces contrats se forment entre des fournisseurs professionnels et des consommateurs équipés de terminaux. On constate que la protection légale vise ces contrats formés par les moyens télématiques.

1.2.4. Conclusion

Dans la mesure où les avantages des réseaux ouverts sont indiscutables et où des conditions contractuelles désavantageuses pourraient être imposées par les gestionnaires de réseau aux groupes ouverts d'utilisateurs, une stratégie européenne devrait être définie dans ce cas précis. Dans un premier temps, il y a lieu d'entendre les "groupes ouverts" comme un ensemble d'utilisateurs ne satisfaisant pas à la définition restrictive des "groupes fermés". Ensuite, il convient de trouver un équilibre harmonieux des différentes conditions d'offre émises par les prestataires des services de réseau.

En ce qui concerne les groupes fermés d'utilisateurs, même si, conformément à l'article 85, paragraphe 3, le récent règlement 83/91 n'interdit pas la création concertée de réseaux services de réservation informatisés (SRI) destinés à un usage particulier, la politique et la réglementation européennes en matière de concurrence veulent régler l'ouverture et l'accès libre de ces réseaux EDI. Dans la mesure où leur utilisation et leurs conditions d'offre affectent le jeu normal de la concurrence à l'intérieur de la CEE, la Commission est habilitée à prendre des mesures réglementaires de nature à assurer les principes de la concurrence communautaire.

Ce déséquilibre des relations ne se retrouve pas de toute évidence en matière EDI : d'une part, les contrats qui se forment par l'EDI s'établissent entre des professionnels et d'autre part, les contrats de services de réseau s'établissent entre des personnes connaissant leurs droits, bien que les opérateurs de réseau proposent des conditions générales stéréotypées et peu susceptibles de négociation.

2. Un constat : la multiplication des acteurs

Une constatation[51] s'impose : on assiste à une multiplication des acteurs et donc des **contrats** entre les utilisateurs désireux de mettre en oeuvre l'EDI et les prestataires de service de télécommunication ainsi que les fournisseurs de services EDI.

2.1. Le recours aux services de différents prestataires

Le schéma qui suit décrit les recours multiples aux différents prestataires de services.

L'utilisateur, avant de se lancer dans l'utilisation d'une application EDI, peut s'entourer des conseils d'une société (S.S.C.I.) dont l'intervention a pour but de définir les besoins de l'utilisateur, de l'aider au choix de la solution la plus adaptée, et surtout de le mettre en garde contre les adaptations organisationnelles nécessaires au sein de l'entreprise (FOURN. 1).

L'utilisation de l'EDI dans une entreprise peut supposer l'acquisition d'un logiciel particulier (par exemple le logiciel de traduction des données du format EDI en format interne) auprès d'une société spécialisée (FOURN. 2). L'acquisition de ce logiciel suppose résolus les problèmes de compatibilité avec le système informatique (hardware et software) déjà existant et acquis auprès d'une tierce société, le FOURN. 1, de même que la connexion au réseau par un modem.

Le réseau auquel l'utilisateur se connecte est lui-même complexe. L'opérateur de ce réseau, organisme de télécommunication ou gestionnaire de réseau EDI, (O.R.1) doit éventuellement se connecter à l'un ou l'autre réseau (O.R.2 et O.R.3) pour établir une communication entre A et B.

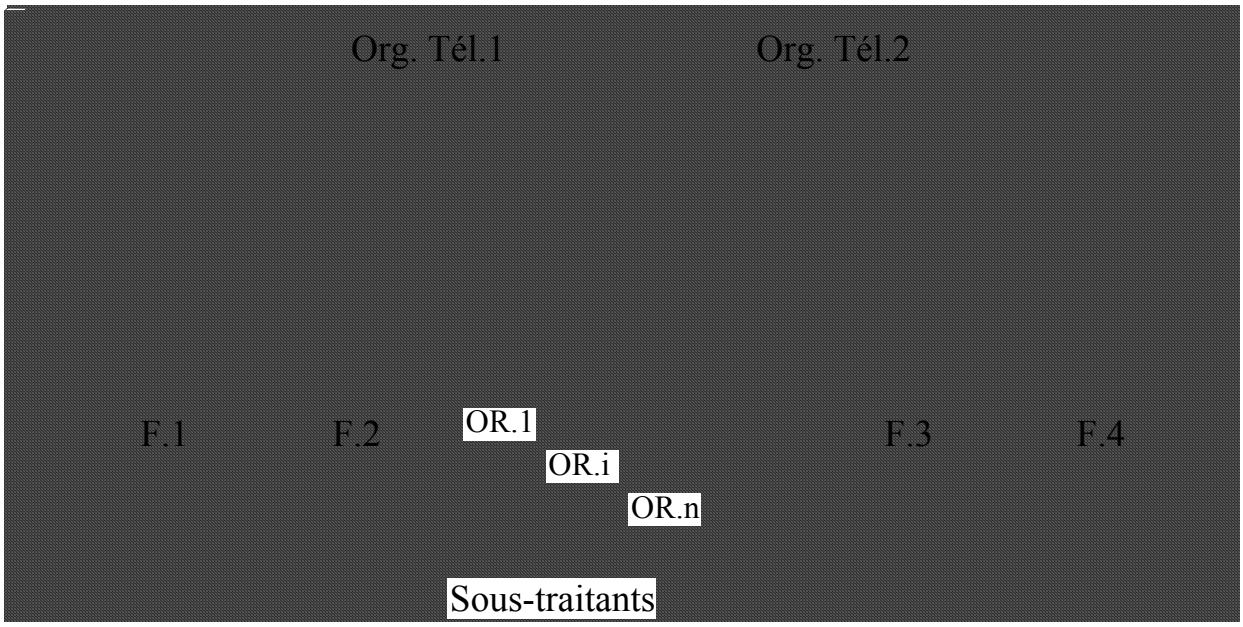
Bien souvent l'utilisateur se raccorde à un point d'entrée du réseau, par l'intermédiaire des services d'un organisme de télécommunication (Org. Tél. 1 et 2).

Le réseau privé offre toute une série de services dits à valeur ajoutée qui s'ajoutent à celui du simple transport : des services de contrôle des messages, de routage, de stockage en cas d'encombrement du réseau, de multi-adressage des messages, d'accès à des banques de données, de “boîtes postales” électroniques, d'archivage et surtout de sécurité (cryptographie, contrôle d'accès, etc...). Ces services sont offerts totalement ou partiellement (sous-traitants) par un gestionnaire de réseau (tels INS, ISTEL, GEIS, SWIFT) qui louera au réseau public de télécommunication l'infrastructure nécessaire au transport (lignes louées). Le cas échéant, une filiale sera créée pour la gestion des services EDI spécialisés pour un secteur d'activité précis (Sous-traitants).

---

51 Cette constatation n'est pas un phénomène nouveau dans le monde informatique : voyez à ce propos Y. POULLET et M. COIPEL, “Introduction aux concepts juridiques”, *in Le droit des contrats informatiques - Principes et applications*, Précis de la Faculté de Droit de Namur, n°4, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 39.

En d'autres termes, l'E.D.I. suppose l'intervention de nombreux acteurs comme le montre le schéma suivant :



2.2. La pratique de l'Unbundling

Les utilisateurs doivent faire appel à des fournisseurs de logiciels de communication et d'applications spécifiques à la conversion de données, ensuite, aux organismes publics ou privés de télécommunication et enfin, à un “opérateur” de réseau EDI permettant la liaison avec les correspondants commerciaux.

Dans les faits, la réalisation du projet est soit confiée à une seule et même personne, l'exploitant du réseau EDI, qui se charge de sous-traiter certaines prestations ou de les traiter lui-même, soit confiée à une multitude de fournisseurs.

Signalons, en outre, que certains réseaux utilisent les capacités d'un autre réseau privé [52].

Même lorsque plusieurs prestations émanent d'un même fournisseur, celui-ci multiplie généralement les contrats en fonction des différents services, chaque convention traitant d'un élément de l'ensemble technique. **Un premier contrat pourrait fixer les conditions générales applicables à toute prestation de service, un deuxième régit les services de réseau et finalement, un dernier traite plus spécifiquement des services tournés vers les utilisateurs du secteur de la distribution.

---

52 C'est une revente de capacité : on peut citer comme exemple RINET qui utilise les capacités des lignes internationales d'I.B.M.

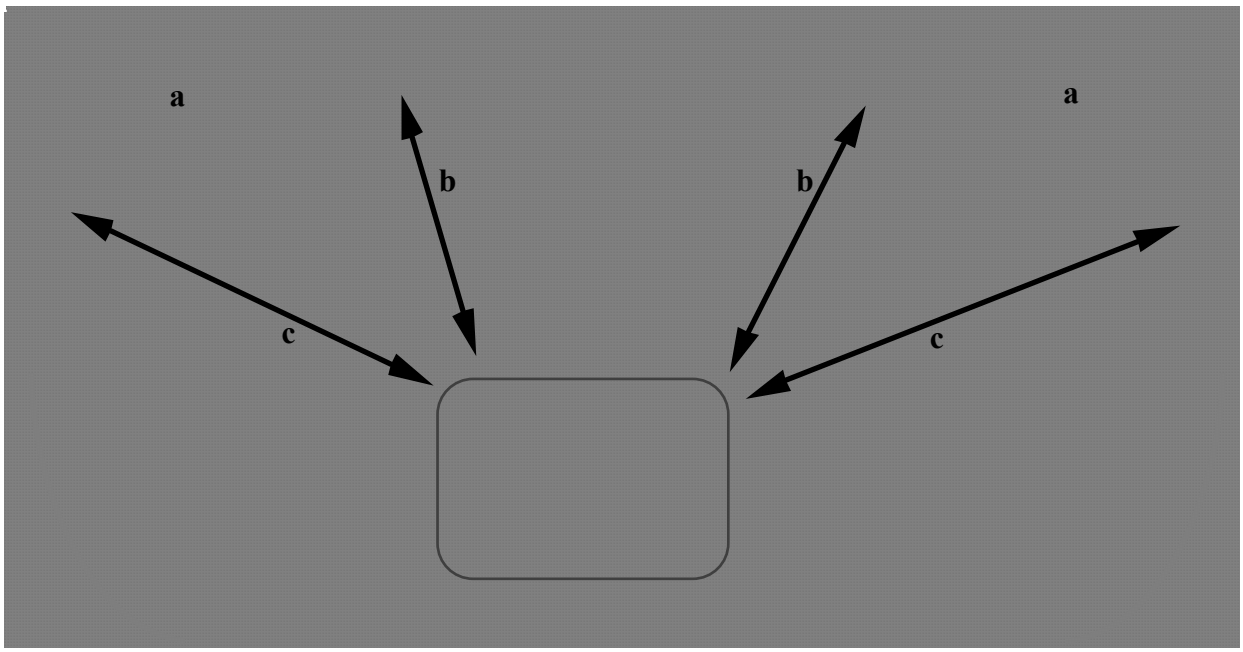
Cette pratique n'est pas sans incidence juridique. En effet, en vertu du principe de l'autonomie des contrats, la nullité d'un contrat n'entraîne pas la nullité d'un autre alors que les prestations, objets des deux contrats, sont matériellement tributaires l'une de l'autre.

Un fournisseur en informatique peut, par exemple, proposer un "package" EDI se composant d'une application spécifique (ou une interface de communication), un matériel de communication adéquat et une offre de services de réseau. Cette proposition est formulée dans différents contrats distincts. Si le contrat de fourniture de logiciel est, le cas échéant, invalidé pour une raison ou une autre, les autres contrats qui ont pourtant été conclus en raison de la fourniture de cette application, ne recevront pas le même traitement juridique.

Cette situation résulte d'un principe juridique qui veut qu'un contrat ne peut porter préjudice et remettre en cause l'existence d'un autre contrat.

Il n'est pas certain que l'obtention de ces effets juridiques (autonomie et isolationnisme contractuel[53]) ne soit pas la principale préoccupation des praticiens de l'Unbundling[54].

Cette réflexion doit être posée dans le contexte du droit interne applicable aux contrats en question.



53 En France, le principe classique de l'isolationnisme contractuel a subi des assauts et progressivement, la théorie des "groupes de contrats" a cherché à substituer à la notion d'indépendance des contrats celle d'interdépendance : voir B. TEYSSIE, "Les groupes de contrats", *Thèse*, Paris, 1975, n° 2, p. 2.

54 Y. POULLET et M. COIPEL, *op.cit*., p. 39

Au regard de notre principale préoccupation, les conventions les plus significatives sont les suivantes :

— *a) celles liant les utilisateurs et l'organisme en charge des télécommunications ;*

— *b) celles qui gèrent les relations entre l'exploitant d'un réseau EDI et l'organisme en charge des télécommunications ;*

— *c) celles liant les utilisateurs et un exploitant de réseau EDI.*

3. Identification des risques liés à l'EDI

Chaque élément nécessaire à l'utilisation de l'EDI présente certains risques.

La sécurité juridique liée à l'EDI conditionne sa crédibilité. Aussi, la probabilité de dysfonctionnement affectant l'encodage, le traitement, l'enregistrement ou le résultat de l'EDI doit être analysée.

Ces risques comprennent :

— les incidents et les pannes causés par l'environnement, l'usure et les pannes de l'équipement ;

— les défauts physiques et logiques dans la conception du système EDI (en ce compris la propagation de virus informatiques en raison de l'interconnexion de réseaux de télécommunication) ;

— les erreurs humaines et les erreurs dans la collecte des données, antérieures à l'entrée des données dans le système de communication ;

— toute forme de fraude née avec l'usage de l'informatique et des télécommunications.

3.1. Les événements perturbateurs ou dommageables

On peut comparer la transmission d'un message EDI à l'envoi et au transport d'un courrier postal.

Lorsqu'un (ou plusieurs) des risques précédemment énumérés se réalise dans un système EDI, des événements dommageables peuvent se produire :

— **l'altération du message** pendant sa transmission à travers le réseau en raison d'une erreur de traitement du système ou encore, par fraude (par exemple, un ordre d'achat a été correctement formaté et expédié dans le réseau vers le destinataire qui reçoit un message différent de celui qui avait été envoyé) ;

— **la perte du message** par l'opérateur de réseau qui ne le fait pas parvenir à son destinataire ;

— **le retard dans la transmission du message** causé par une panne ou un incident quelconque sur le réseau ;

— **le routage erroné du message** qui débouche sur le fait que le message ne parvient pas au destinataire ;

— **la rupture de la confidentialité du message** suite à une erreur de routage ou à un manque de prévoyance de l'opérateur de réseau.

Nous pouvons encore citer, en dehors de ces évènements classiques :

— **la répétition d'un même message**, par exemple, durant l'envoi d'un ensemble de messages ;

— **la répudiation d'un message par le système du destinataire** (tout le processus de transfert étant correct et complet, le système du destinataire ne va pas lire le message - par analogie, ce cas est semblable à celui où un envoi recommandé n'est pas réceptionné et a fortiori, n'est pas lu par son destinataire) ;

— **le "déguisement" ou "mask write"** qui change la forme du texte rendant ainsi impossible la lecture du message par le destinataire.

Les événements les plus graves aux yeux des utilisateurs sont, sans doute, tous ceux qui empêchent la réception dans des délais corrects de l'information. Nous pouvons les lier aux concepts de fiabilité et de confidentialité qui seront développés ultérieurement.

3.2. Les causes ou les origines des faits dommageables

3.2.1. La localisation des faits dommageables

Considérant les différents éléments de la technologie EDI, on peut distinguer trois zones où une défaillance est prévisible :

— le réseau de transport des organismes en charge des télécommunications, dont la fiabilité est mise en cause par ses utilisateurs ;

— les systèmes de traitement informatique de l'opérateur(s)/exploitant(s) qui sont délocalisés et reliés entre eux par une infrastructure des organismes de télécommunication;

— le système de communication des utilisateurs.

La difficulté de localiser l'origine des faits dommageables peut être combattue par la technique d'enregistrement systématique des documents d'entrée et de sortie dans un réseau. Ainsi SWIFT réalise un “log-in” et un “log-out” de toutes les informations reçues dans son réseau ainsi que toutes celles qui en sortent.

On aborde ainsi l'aspect preuve des dommages en s'aidant de solutions techniques qui ont été imaginées pour résoudre les différends en matière de formation des contrats.

Les questions en suspens seront celles de l'opposabilité et de la durée des enregistrements. Des clauses contractuelles, accordant une force probante à ces enregistrements et limitant à bref délai (15 jours) la possibilité de mettre en cause la responsabilité de l'opérateur, sont systématiquement insérées dans les contrats de fourniture de service EDI.

3.2.2. La cause des événements dommageables

A supposer qu'on ait résolu le problème de la localisation des faits dommageables, on peut se poser la question de savoir quelle en est la cause.

D'un point de vue juridique, l'établissement des seuls faits ne suffit pas pour mettre en cause la responsabilité de l'une ou l'autre des parties intervenantes. Il s'agira d'établir un lien de causalité adéquat entre le dommage et la faute au regard du droit positif applicable. On rencontrera inévitablement la définition des obligations contractuelles (obligation de moyen ou de résultat) du prestataire de services ainsi que les régimes de responsabilité des organismes en charge des télécommunications.

Retenons les faits significatifs suivants :

— les incidents et les pannes causés par **l'environnement** : la chaleur, l'humidité, l'électricité statique, la poussière, une alimentation électrique défaillante, etc... En bref, tout l'environnement physique des équipements est susceptible de causer des dommages et des changements dans le stockage des données. Il peut, de surcroît, être à l'origine de résultats erronés. L'adoption de contre-mesures techniques y remédie ou du moins, réduit la probabilité de tels incidents[55].

— **les pannes de l'équipement** : certains composants des systèmes informatiques sont sujets à des pannes (particulièrement les éléments mécaniques). Ce risque est accru si la maintenance est inadéquate. Le risque peut cependant être réduit par l'adoption d'un système de contrôle et de prévention. On peut aussi prévoir la duplication des moyens informatiques et de télécommunication, qui sont sensibles à ces incidents.

— **les défauts dans la conception** du système EDI : même théoriquement, la conjonction d'éléments physiques et logiques d'un système informatique qui traite un nombre très grand d'opérations génère inévitablement des résultats erronés.

— **les erreurs humaines** : fautes volontaires (ou négligence) dans la manipulation des équipements. On peut pallier efficacement ce risque en mettant en place des mesures de contrôle pour valider les opérations inhabituelles ou dommageables pour le système ;

— **les erreurs d'encodage des données** antérieures à l'entrée des données dans le système : ils peuvent être le fait d'une intervention humaine dans l'encodage des données ou le fait de traitement informatique. Il est vrai qu'une fois la donnée erronée introduite dans le processus de transmission, il est difficile, sinon impossible, de la détecter ou de la corriger. Au niveau du processus de transmission, cette donnée est traitée par le système de transmission de l'exploitant comme une donnée exacte.

Il convient de noter que tous les incidents peuvent être neutralisés par des mesures techniques. La recommandation de normes de sécurité semble nécessaire dans ce domaine aussi.

Au demeurant, le juriste peut se demander :

— à qui incombait l'obligation de veiller au bon fonctionnement du système ?

— est-ce que l'incident relève du champ de ses prestations ?

— etc...

En répondant à ces questions, il tente de définir l'imputabilité du fait dommageable.

---

55 Par exemple, l'air conditionné, l'isolation ou une alimentation électrique appropriée.

3.3. Les dommages en EDI

Lorsqu'un système EDI est défaillant, les dommages subis s'apparentent à ceux des systèmes informatiques.

Globalement, on peut concevoir deux types de dommages, les dommages subis par l'ensemble des moyens techniques mis en oeuvre en EDI (y compris l'infrastructure de l'opérateur de réseau) et les dommages plus immatériels[56] .

3.3.1. Les dommages au matériel

Des dommages matériels peuvent être inhérents à tous les éléments techniques d'un réseau. Localisés chez l'opérateur, chez les utilisateurs, ils sont aisément évaluables en argent.

Cependant, on peut craindre que ces pertes ne forment pas la majorité des dommages possibles.

3.3.2. Les dommages financiers dans le chef des utilisateurs

D'une manière générale, le contexte commercial de l'utilisation de l'EDI fait naître des risques d'un autre type : les dommages économiques et financiers.

Dans la mesure où une défaillance du système de transmission met en jeu l'économie même d'une entreprise, il est à craindre que l'importance quantitative de ces dommages soit plus grande.

Quel que soit le type de défaillance, on peut imaginer différentes pertes :

— la perte de marchandises, de fonds et de biens, lorsque les messages EDI concernent un transport de marchandises ou un transfert de fonds[57];

— la perte de données d'importance majeure, lorsque un système informatique subit une panne;

— la perte de commandes, lorsque un message disparaît d'un circuit de transmission;

---

56 COOPERS & LYBRAND, The Security of Network Systems, 5 Reports (London : Coopers & Lybrand, 1988), Report 1, p. 13.

57 Si le message EDI est l'équivalent du connaissement traditionnel représentant un titre de propriété des marchandises, pour le possesseur du connaissement, la perte du message équivaut à la perte des marchandises.

— la perte de l'efficacité de la production, lorsque la production dépend de ce moyen de communication;

— la perte d'une certaine clientèle, lorsqu'à plusieurs reprises, des commandes ne sont pas exécutées par leur destinataire;

— la perte d'une certaine crédibilité...

Certains de ces dommages sont subis directement par les utilisateurs lors d'un incident de transmission ou un autre, d'autres le sont indirectement, comme la perte de la clientèle ou d'une certaine crédibilité. Les qualités “direct ou indirect” dépendent fortement d'une appréciation subjective : un utilisateur aura tendance à considérer que tous les dommages sont directement subis par les incidents de transmission; l'opérateur de réseau, par contre, limitera les dommages directs aux pertes tangibles et aux pertes des biens ou des fonds.

4. Les besoins des utilisateurs d'un système EDI

Une manière d'appréhender la qualité d'un système EDI est d'analyser :

— la manière dont les besoins des utilisateurs peuvent être fonctionnellement partagés entre les différents fournisseurs privés et publics intervenant dans la réalisation du service EDI ;

— la manière dont les clauses des conventions EDI réalisent l'équilibre des relations entre les prestataires de service et les utilisateurs.

4.1. Les qualités attendues d'un réseau EDI

Nous pouvons énumérer les préoccupations des utilisateurs lorsqu'ils se posent la question de l'adoption d'un système EDI.

A chaque interrogation, correspond un concept : disponibilité, fiabilité, confidentialité... A ces concepts, correspond une qualité ou une caractéristique de service EDI proposé par l'un ou l'autre fournisseur.

4.1.1. Une énumération

Voici les principales qualités attendues d'un réseau :

— la **disponibilité** : c'est-à-dire la qualité du réseau selon laquelle les services y sont accessibles et utilisables sur un base horaire ainsi qu'à la demande des adhérents. Les deux critères de la disponibilité sont donc l'"*up time basis*" et le "*response time*".

En d'autres termes, l'indisponibilité suppose des problèmes d'encombrement ou de rupture du réseau, d'insuffisance des portes d'accès au centre de traitement, des heures d'ouverture et de fonctionnement du centre de traitement, du temps nécessaire à la reprise des activités lors d'une panne ou encore d'une maintenance déficiente ;

— la **confidentialité** désigne la qualité du réseau selon laquelle les messages véhiculés par le réseau et les informations qui y sont conservées sont susceptibles de n'être lus que par des personnes dûment autorisées dans des circonstances précises et selon une procédure spécifique : le nombre et les destinataires des messages échangés ne peuvent être connus que par des personnes autorisées.

Le problème de la confidentialité nécessite certaines règles applicables à la fois au personnel de l'émetteur et du destinataire (qui a effectivement accès au réseau) mais également au personnel des centres de traitement, voir de tous les intermédiaires intervenant dans le transport du message.

Finalement, elle justifie des mesures de protection à l'égard de tiers susceptibles de se connecter au réseau pour y “dérober des informations”;

— la **fiabilité**, qualité du réseau suivant laquelle les messages transmis par des personnes autorisées ne seront ni déformés ni perdus sur le réseau et arriveront au destinataire désigné et autorisé. Elle se conçoit sous deux angles :

* lors d'une transmission, il y a lieu de s'assurer de **l'intégrité** des données (ou des messages), c'est-à-dire de préserver le caractère correct et complet des données à transmettre d'un point à un autre du réseau (il s'agit de s'assurer que les données reçues sont bien les données transmises et qu'il n'y a pas eu de perte ni d'erreur lors de la transmission) ;

** préventivement, la sécurité du système doit envisager le problème de la **continuité des services**, c'est-à-dire s'assurer qu'en cas d'interruption volontaire ou non du fonctionnement du réseau, aucun message traité par le réseau ne sera perdu, ou en d'autres termes que l'opérateur puisse recommencer la transmission là où elle a été interrompue.

Ce problème de la fiabilité a des liens évidents avec celui de la confidentialité : certaines méthodes de chiffrement permettent de vérifier tant la non-modification (accidentelle ou frauduleuse) que la provenance du message (par exemple en procédant à l'échange d'une clé secrète).

— La **rapidité** s'entend de la qualité du réseau relative à la vitesse de transmission des messages. Il est clair que la vitesse de transmission dépendra de la capacité du réseau à acheminer les messages (problèmes de la disponibilité mais également des obligations mises à charge des intervenants afin d'assurer la priorité à certains messages et des obligations des utilisateurs de relever leurs “boîtes aux lettres”;

— l'**interconnectivité** désigne la faculté que possède un réseau de communiquer efficacement avec un autre réseau et qui permet ainsi la communication de messages entre utilisateurs des deux réseaux. Cette caractéristique supplémentaire pourrait être appréciable pour certains utilisateurs mais surtout, lorsque l’on envisage une adoption “paneuropéenne” de l’EDI.

— l'**ouverture** des réseaux : un réseau EDI se caractérise par les conditions mises à l'entrée dans le réseau. Au sein des réseaux dits ouverts, on peut trouver des "groupes ouverts d'utilisateurs" où l'accès est permis à toute personne qui en fait la demande, ainsi que les "groupes fermés d'utilisateurs" où l'accès est réservé à quelques utilisateurs généralement réunis dans une structure de coopérative ou d'association.

On connaît la position de la Commission face à ces réseaux fermés, particulièrement en matière de système de réservation aérienne[58] : la Commission exige que les gestionnaires de ces systèmes appliquent des critères précis et objectifs permettant de sauvegarder une activité concurrentielle au sein de ce secteur;

4.1.2. Les priorités relatives

Parmi les différentes qualités énumérées, la disponibilité, la confidentialité et la fiabilité devraient être les préoccupations majeures des utilisateurs. Elles sont les éléments de ce que l'on désigne techniquement par "la sécurité du réseau".

Cela étant, leur importance relative dépend essentiellement des utilisateurs eux-mêmes et de l'utilisation effective du service EDI : quels types de messages sont véhiculés par le réseau ?...

Partant de leur importance relative, les gestionnaires de réseau peuvent moduler les conditions d'offre de service, de sorte qu'un gestionnaire peut privilégier la fiabilité au détriment de certains aspects de la confidentialité des transmissions.

---

58 Voyez le réglement 83/91 de la Commission concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité CEE à des catégories d'accords entre entreprises portant sur des systèmes de réservation automatisés pour les services de transport aérien, *J.O.*, 15/01/1991, L 10/9.

4.2. Les solutions techniques et juridiques

La réponse aux besoins des utilisateurs peut être abordée par l'étude précédemment faite des services EDI et de leurs localisations entre organismes de télécommunication, opérateurs de réseau et utilisateurs (cf. supra IV. E. 6).

On constate que les fonctions répondant à certains besoins sont parfois remplies par les utilisateurs eux-mêmes et que pour le surplus, les autres intervenants proposent des solutions techniques et des compromis contractuels.

Ces aspects techniques sortant du cadre de notre rapport, nous aborderons les solutions contractuelles dans la dernière partie de notre rapport.

Sans anticiper les résultats de notre étude, un tableau résume les différentes solutions juridiques disponibles.

BESOINS	ORGANISMES DE TELECOM	OPERATEURS DE RESEAU
1. DISPONIBILITE	Garanties offertes en fonction de l'ONP et du type de réseau	- Clauses contractuelles de disponibilité - Obligation d'intervention et responsabilité
2. CONFIDENTIALITE	Réglementation pénale ONP et type de réseau Garanties offertes en fonction du type de réseau (normes)	- Définition des méthodes d'authentification - Devoir de garde des moyens d'accès - Obligation de confirmer réception des messages - Reprise sous forme contractuelle (sanction civile) de certaines incriminations pénales
3. FIABILITE	Garanties offertes en fonction du type de réseau	- Clauses responsabilité pour perte ou erreur - Clauses quant à la preuve d'une transaction ou d'un message - Clauses quant à la prescription d'une plainte
4. RAPIDITE	en fonction du type de réseau	- Clauses de responsabilité pour retard de transmission
5. INTERCONNEXION	en fonction du type de liaison et d'interface	- Clauses de responsabilité quant aux évènements survenant sur un autre réseau
6. OUVERTURE	sous réserve de certains monopoles en fonction de l'ONP publication des interfaces	- Clauses d'admission de nouveaux membres - Clauses sur les possibilités d'interconnexion

III. La responsabilité des opérateurs de réseaux

Cette partie du rapport n'a nullement la prétention de donner une situation juridique précise des droits de la responsabilité des Etats Membres. Nous donnons simplement quelques notions générales communes à tous les droits. Là où nous semblait nécessaire, nous nous sommes penchés sur des caractéristiques particulières.

1. Les grands régimes de responsabilité - Rappel

Une division majeure régit la matière de la responsabilité. On distingue la responsabilité civile de la responsabilité pénale.

La responsabilité pénale de l'opérateur ne peut être engagée que dans les hypothèses où il a enfreint la loi pénale. Seul l'accomplissement d'un acte incriminé peut en effet, justifier que soit mise en cause cette responsabilité[59].

Des législations nouvelles, relatives à la criminalité informatique et à la "*privacy* ", se développent dans tous les Etats membres. Ils punissent en général l'accès non autorisé à des systèmes informatiques[60], la prise de connaissance des données enregistrées... D'autre part, certaines réglementations nouvelles en matière de télécommunication élargissent la notion d'écoute téléphonique et d'autres étendent parfois aux opérateurs privés les règles déjà existantes visant les préposés des opérateurs publics. Enfin, un projet de directive européenne définit les règles de protection des données nominatives applicables en matière de réseaux de télécommunication[61].

La responsabilité civile de l'opérateur sera engagée lorsque l'opérateur aura été en défaut d'exécuter ses obligations découlant d'un contrat ou bien lorsqu'il aura accompli des actes dommageables à une personne vis-à-vis de laquelle il n'était pas lié sur le plan contractuel. En

---

59 C'est le principe exprimé par l'adage latin "*nullum crimen sine lege*" dont l'application au niveau de la peine est régie par l'adage "*nulla poena sine lege*".

60 Voyez le récent projet anglais "Computer Misuse Bill" commenté par I. WALDEN, "Computer Crime", *A.C.C.L.*, 1990, vol.7, n°2, p.2.

61 Draft Proposal for a Council Directive concerning the protection of personal data and privacy in the context of public digital telecommunications network, 5/06/1990, Directorate General, Telecommunications, Information industries and Innovation, Telecommunication Policy, Regulatory Aspects, Analyses, and Sector Studies, ref. HU-HPG-RSB-NPC.

principe, la faute constitue le fondement de la responsabilité civile. Dans certaines hypothèses, néanmoins, la faute n'est pas requise. On parle alors de responsabilité sans faute[62].

Cette responsabilité civile se divise donc en responsabilité contractuelle et en responsabilité délictuelle. Même si les termes employés diffèrent suivant que l'on raisonne en droit anglo-saxon[63] ou en droit romano-germanique, cette distinction est importante dans la matière qui nous occupe.

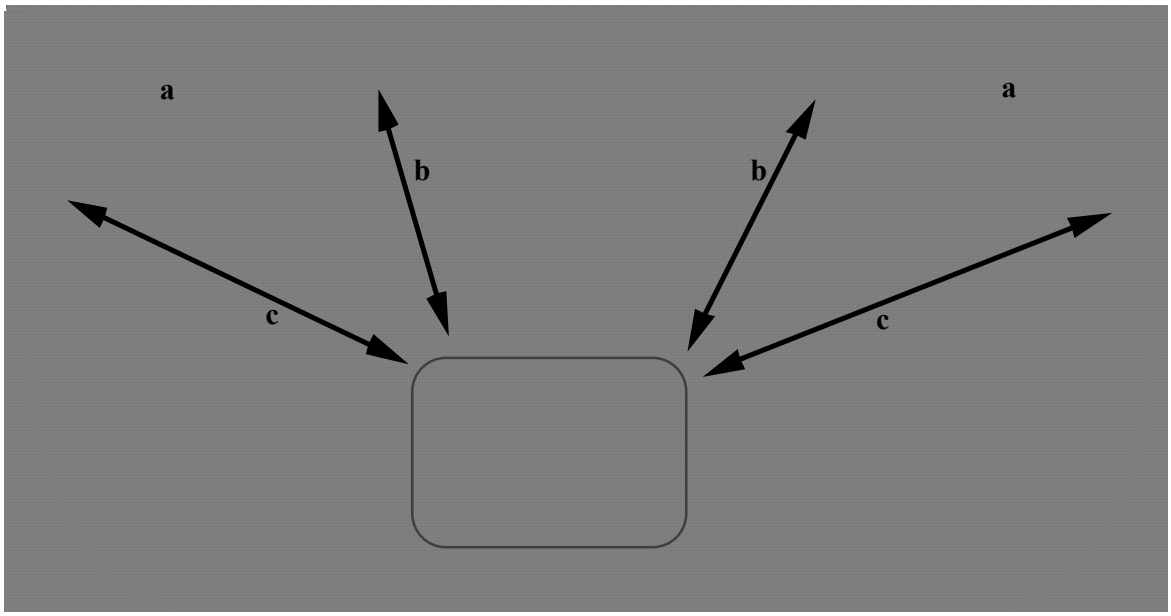
Dans un réseau EDI, l'opérateur doit contracter avec un organisme de télécommunication pour l'établissement d'une ligne entre ses différents noeuds. Il peut également sous-traiter certains des services proposés aux adhérents de son réseau.

De manière générale, une série de relations contractuelles s'établit entre cet opérateur et les différents utilisateurs du réseau. Ces contrats portent sur des prestations demandées, lors des sessions de communication, par l'un ou l'autre des correspondants.

En cas d'incident de transmission, les recours éventuels sont fonction de l'utilisateur qui subit un dommage, de l'acteur dont la faute a causé le dommage et des relations qui unit ces deux protagonistes.

Au dommage contractuel, correspond un recours en responsabilité contractuelle dans les limites des clauses souscrites. Par contre, lorsque les dommages subis par un utilisateur ont été causés par le fait d'une personne avec laquelle l'utilisateur n'a aucun lien contractuel, le recours de ce dernier est de nature quasi délictuelle.

Schéma des relations contractuelles



62 C'est sur cette conception de la responsabilité qu'est alignée la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Peu de référence y sera faite dans le cadre de l'étude : le champ d'application *ratione materiae* de cette directive d'inspiration consumériste est limitée aux dommages privés subis par des consommateurs.

63 En droit anglais, on parle de “tort” et de “contractual liability”, de “negligence” et de “lack of care”.

1.1. Responsabilité contractuelle

1.1.1 Introduction

Dans le cadre de ce rapport, nous n'examinerons pas les différentes questions relatives au problème du cumul éventuel des responsabilités contractuelle et aquilienne.

Nous ferons simplement état de certains principes juridiques régissant les droits de six Etats membres : la France, la Belgique, les Pays-Bas, l'Italie, l'Allemagne et le Royaume-Uni.

1.1.2. L'obligation d'exécuter le contrat

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"[64] .

Même si différentes formulations ont cours dans les législations nationales, force est de constater que le principe d'un contrat obligatoire entre parties existe dans les droits nationaux des six Etats membres.

L'idée est que le débiteur est tenu d'exécuter la prestation qu'il a promise et que le créancier peut exiger la prestation telle qu'elle lui a été promise. Avant d'examiner les corollaires de ce principe, il y a lieu de souligner la nécessité d'un contrat valable régissant les rapports entre ces contractants et que les effets de ce contrat n'ont de portée qu'entre ces parties[65].

Quel que soit le système juridique considéré, nous devons souligner les deux principes contenus dans l'obligation d'exécuter un contrat :

— un principe d'interprétation des obligations contenues dans un contrat ;

— un principe qui doit guider l'exécution des obligations par les parties contractantes.

(a) L'étendue des obligations contractuelles

i. Les obligations expresses et les obligations implicites

Les obligations contractuelles ne découlent pas uniquement des termes expresses du contrat. Il y a lieu de considérer les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et les obligations implicites qui peuvent être retirées de la volonté des parties[66]. Ainsi, dans la matière qui nous occupe, les contrats de fourniture de service de réseau peuvent ne pas contenir des

---

64 1134 C. Civ. français et belge, § 241 B.G.B. qui met plus l'accent sur le droit du créancier de réclamer la prestation promise que sur l'obligation d'exécution.

65 Voy le rapport de L. ELIAS sur la formation des contrats.

66 Voy. R. RODIERE, *Définition et domaine de la responsabilité contractuelle*, ouvrage collectif, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché Commun, Ed. Pedone, Paris, 1981, et les rapports nationaux contenus dans cet ouvrage.

dispositions expresses sur la confidentialité, la fiabilité des services... Un juge peut-il interpréter le contrat en question de façon à comprendre ces notions implicites dans les obligations promises ? Si oui, sur quelle base juridique peut-il agir de la sorte ?

ii. Les fondements des obligations implicites

Il est admis dans les droits considérés que le juge puisse étendre les obligations contractuelles, a priori en fonction des exigences essentielles d'un contrat et éventuellement selon la nature même du contrat. Ce principe crée dans certains cas des obligations accessoires implicites (à condition qu'elles n'aient pas été écartées par les parties).

Dans certains droits[67], il reçoit une consécration légale. Citons en exemple l'Italie où en vertu de l'article 1374 C.civ., le débiteur s'oblige non seulement à ce qui est exprimé mais aussi à toutes les conséquences qui en résultent selon la loi ou, à défaut, selon les usages et l'équité.

Bien que le droit anglais permette également aux juges d'interpréter de la sorte un contrat, il faut relever qu'en élaborant la doctrine de la "*Breach of contract*", il insiste plus sur les conséquences d'une exécution non conforme que sur l'étendue même des obligations à exécuter[68].

(b) Les conventions doivent être exécutées de bonne foi

"Les conventions doivent être exécutées de bonne foi"[69] .

L'économie générale d'un contrat exige une certaine bonne foi, un certain respect d'une loyauté dans l'exécution même du contrat[70]. Ce principe exprime un usage communément admis dans les Etats membres (sauf la *Common law* mais bien l'*Equity* [71]) : un contrat nécessite une participation active des contractants. Certes, les obligations accessoires n'existent pas nécessairement dans tous les cas mais il est permis au juge, sur le fondement des usages admis et de l'équité, d'étendre la sphère des droits ou des obligations à des comportements socialement opportuns pour la sauvegarde de cette institution.

---

67 Voy. la France et la Belgique.

68 En effet, l'idée anglaise est que dès l'inexécution, la partie lésée peut réclamer des dommages et intérêts correspondant au préjudice résultant de cette non conformité. On renvoie dès lors la question de l'étendue des obligations à l'examen de l'existence de l'obligation essentielle et de son accomplissement pour en dégager les solutions d'indemnisation : nullité du contrat avec indemnisation correspondant à la remise dans son pristin état ou résiliation avec une indemnisation prenant en compte les différentes prestations déjà accomplies.

69 1134 al 3 C.Civ. belge ; 1375 BW et 6.5.3.1. N.B.W. ; 1375 C.Civ. italien

70 Cette idée a représenté le principal fondement juridique selon lequel les juges élargissent le cadre des obligations contractuelles.

71 P. LAVIVE, "Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat", in *Mélanges R. VANDER ELST*, p. 434 et la note n° 24.

Une intéressante sentence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale (n°2291) rendue en Belgique en 1975[72] désigne la bonne foi comme l'un des "principes généraux du droit et de l'équité qui doivent régir les transactions commerciales internationales". De ce principe, les arbitres tirèrent notamment la conséquence du devoir de chaque partie de ne pas causer de tort à l'autre.

En quoi consiste précisément ce principe de "bonne foi" ?

Comprendre cette disposition comme un principe d'interprétation ressort d'une confusion malheureusement fréquente[73]. En bonne méthode, l'interprétation détermine d'abord à quoi les parties sont tenues et ensuite, on peut rechercher comment les parties doivent exécuter leur convention.

En EDI, ce principe pourrait notamment signifier que les correspondants ont pour tâche essentielle d'agir de manière conforme à un certain standard de conduites. Certains accords type de communication formulent, par exemple, expressément une certaine obligation, à charge des parties à ces accords, de confirmer la réception d'un message[74] ou de réagir dans le plus bref délai lorsqu'elles constatent un défaut dans la transmission[75].

i. Le devoir de loyauté dans l'exécution de l'obligation contractuelle

Selon FAGNART[76], ce devoir de loyauté est double : il suppose l'absence de toute attitude de nature à tromper le cocontractant et parfois, la communication de renseignements précis.

L'information loyale

Il est couramment admis que chaque partie doit s'abstenir d'induire le cocontractant en erreur sur l'étendue des ses droits et obligations. Par exemple, le créancier d'une obligation de somme ne doit pas se livrer à des manoeuvres dilatoires pour exiger des intérêts de retard sur le montant de la dette.[77]

---

72 Sentence CCI, n° 2291, Clunet, 1976, p. 989 citée par P. LAVIVE, *op.cit.*,p. 430, note 13.

73 Voy. les références citées par J.L. FAGNART, "L'exécution de BonneFoi des conventions - un principe en expansion", *R.C.J.B*,. 1986, p. 289, note 19.

74 Prévoir dans l'application EDI l'envoi d'un message de confirmatio est un comportement exprimant la réalité de la bonne foi de son expéditeur.

75 Voy. sur ce point certaines règles de conduite produites par les règles UNCID.

76 J.L. FAGNART, *op. cit.*, p. 285 et s.

77 Gand, 16 janvier 1968, *R.W.*, 1967-1968, col. 2003.

Le renseignement obligatoire

La loyauté impose aussi un devoir de communication d'informations utiles au cocontractant[78].

Ce devoir porte sur tout élément de nature à permettre à l'autre partie d'exercer utilement ses droits. De manière générale, la jurisprudence et la doctrine contemporaines exigent que chaque partie fournisse à l'autre tous les renseignements d'une certaine importance. C'est ce que l'on a appelé l'obligation de renseignement[79].

En France, la jurisprudence a largement appliqué cette obligation en l'absence de tout texte général[80]. La jurisprudence allemande, quant à elle, (sur base des § 157 (10) et 242 BGB) a dégagé également des obligations de prévenir, d'avertir et de renseigner.

L'application de ce devoir en matière EDI pourrait imposer notamment à un opérateur de réseau indépendant d'avertir tous les correspondants de son réseau des risques d'incident à une telle date et à une telle heure pour leur permettre de prendre des mesures adéquates au transfert de leurs données. Cette obligation ne serait pas seulement imposée aux opérateurs indépendants mais principalement aux organismes de télécommunication (dont les prestations sont essentielles à l'EDI) lorsque ceux-ci projettent des aménagements ou la maintenance de leur infrastructure.(cette obligation doit aussi se doubler de certains soins lors de l'exécution de ces travaux, ce qui relève d'une autre question)

ii. Le devoir de modération

En vertu de ce devoir de modération, l'exercice immodéré d'un droit constitue un abus de celui-ci : il en est ainsi, lorsque devant plusieurs manières d'exercer son droit, le créancier choisit, sans utilité pour lui, le mode le plus dommageable pour le débiteur[81]. Lorsqu'il y a une disproportion entre l'intérêt qu'il peut en retirer et l'importance des inconvénients qu'il impose au débiteur, il y a aussi abus de droit[82].

Ce devoir de modération pèse sur les deux parties au contrat. D'une part, le débiteur doit assurer une exécution fidèle et s'abstenir de toute manoeuvre qui puisse empêcher l'autre partie de retirer le bénéfice normal du contrat. D'autre part, le créancier doit s'abstenir de toute manoeuvre qui rendrait l'exécution du contrat plus difficile ou plus onéreuse.

---

78 FAGNART, *op. cit.*, p. 295, n°14.

79 Cette obligation de renseignement a fait l'objet de nombreuses études : voy. les références citées par J.L. FAGNART, *op. cit.*, p. 296 note 60.

80 Ex. de textes légaux, l'obligation pour l'assurer d'informer l'assureur de tout événement de nature à aggraver le risque couvert : Code français des assurances 1976, art. L 1134. Ex. de jurisprudence française, entre le mandataire et son mandant : Trib. civ. Seine, 18 mars 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 1, 820.

81 Voy. en jurisprudence belge, Cass., 16 novembre 1961, *Pas*. 1962, I,332.

82 Voy. notamment, Cass. belge, 10 septembre 1971, *Pas*. 1972, I, 28 et *R.W.*, 1971-1972, col. 321, les conclusions du Procureur Général GANSHOF VAN DER MEERSCH.

De multiples exemples peuvent surgir à l'esprit en matière d'EDI :

— une rupture de la transmission pourrait parfois dicter à l'organisme de télécommunication ou à l'opérateur de réseau indépendant de prendre toutes les mesures nécessaires en vue de limiter les dommages au présent et à l'avenir (comme prévoir une double liaison, détecter rapidement la cause de l'incident et y remédier,...) ;

— en l'absence de précision sur les moyens de communication utilisés (dans le cas d'une transmission d'un réseau vers un autre), le gestionnaire de réseau EDI choisit le moyen et donc l'itinéraire normal et s'il y a plusieurs itinéraires, celui le plus avantageux pour l'émetteur du message[83] ;

— comme en matière de contrats informatiques, l'utilisateur doit supporter, après l'installation d'un système EDI, une période de mise au point. Il ferait preuve d'une impatience et d'une précipitation blâmables en sollicitant la résolution de la vente (ou du contrat), sous prétexte qu'il a rencontré des difficultés dues à des incidents de fonctionnement pendant cette période[84].

iii. Le devoir de collaboration

L'exécution harmonieuse d'un contrat entraîne aussi une solidarité active des contractants[85]. Le devoir de collaboration, dans le droit positif actuel, impose parfois au débiteur de se prêter à un contrôle effectué par le créancier. Ce contrôle permet de fixer l'étendue des obligations des parties ou de constater leur bonne exécution[86].

Par exemple, l'émetteur d'un message doit permettre à l'opérateur de procéder à la vérification du format des données, au besoin, par la lecture et l'enregistrement du message. A l'arrivée, c'est l'opérateur qui devrait permettre au destinataire de procéder à la vérification du format avant d'en prendre livraison[87].

Par ailleurs, ce devoir impose aussi à chaque partie de permettre à l'autre d'exécuter ses obligations en lui donnant les facilités nécessaires.

Ainsi, l'acheteur d'un matériel informatique doit aménager à ses frais, le site d'accueil conformément aux instructions, directives et conseils du fournisseur[88]. Il doit également accorder au fournisseur une collaboration souple et étroite pour lui permettre la mise au point de

---

83 Par analogie avec le droit des transports, voy.VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 1er éd., n°2310, et les références et le cas de l'installateur d'électricité, voy.Cass. fr., 19 janvier 1925, Dalloz hebd., 1925, 77: l'installateur d'électricité a l'obligation de rechercher le branchement le plus court.

84 Paris, 3 décembre 1976, *J.C.P.*, 1977, 2, 18.579; voy. P. et Y. POULLET, "Les contrats informatiques", *J.T.*, 1982, p. 18 et s., n° 32 et 38.

85 DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 469 in fine.

86 FAGNART, *op. cit.*, n° 24.

87 L'expéditeur doit permettre au transporteur de procéder à la vérification des marchandises, au besoin, par l'ouverture des colis : R. RODIERE, *Droit des transports*, Ed. Sirey, 1977, n°376. A l'arrivée, c'est le transporteur qui doit permettre au destinataire de procéder à la vérification des marchandises avant d'en prendre livraison : VAN RYN et HEENEN, *op.cit.*, t. III, 1ère éd., n°2323.

88 X. THUNIS, in "Le droit des contrats informatiques", ouvrage collectif, *Précis de la Faculté de Droit de Namur*, 1983, p. 229.

l'appareillage. Si l'acquéreur se plaint d'une mauvaise exécution alors que ce dialogue n'a pas pu exister, le juge ne pourra pas rencontrer cette prétention[89].

A propos du devoir de prévenir le dommage en matière d'échange de données informatisées, les Règles UNCID traduisent ce devoir entre les signataires en proposant une collaboration à deux niveaux : la confirmation de réception d'un échange de données[90] et la confirmation du contenu de l'échange[91].

On peut se demander si en particulier, le premier de ces devoirs ne pourrait pas être également mis à charge de l'opérateur, sur base de bonne foi.

Si les parties acceptent cette procédure de confirmation, l'article 7c de ces Règles souligne notamment l'obligation du destinataire, lors d'un transfert incorrect, incomplet,..., d' informer aussi rapidement que possible l'émetteur. De cette manière, ces deux types de confirmation peuvent éventuellement participer à la gestion des preuves d'incidents de réseau.

1.1.3. L'inexécution du contrat

Avant de faire état de la différence de régime entre inexécution imputable à une partie et non imputable à une partie, il y a lieu de cerner les notions d'inexécution et d'imputabilité.

---

89 Ph. ULLMAN ET Y. POULLET,"Jurisprudence récente en matière de contrats informatiques", *R.D.C.* 1983, p. 486 et s., n° 26 à 29.

90 Article 7 des Règles UNCID.

a) L'expéditeur du transfert peut stipuler que le destinataire doit en accuser la réception. L'accusé de réception peut être effectué au moyen de la technique de télétransmission utilisée ou par d'autres moyens prévus par le TDI-AP correspondant. Le destinataire n'est pas autorisé à agir en exécution de ce transfert avant d'avoir satisfait aux exigences de l'expéditeur.

b) Si l'expéditeur ne reçoit pas l'accusé de réception stipulé dans un délai raisonnable ou dans le délai fixé. Il doit prendre les mesures nécessaires pour l'obtenir. Si, en dépit de ces mesures, l'expéditeur ne reçoit pas l'accusé de réception dans un nouveau délai raisonnable. Il doit alors en aviser le destinataire, par les mêmes moyens que ceux utilisés lors du premier transfert, ou tout autre moyen si nécessaire, et, s'il procède ainsi, il est en droit de présumer que le transfert initial n'a pas été reçu.

c) Si un transfert reçu ne semble pas être en bon ordre, correct et complet dans sa forme, le destinataire doit en informer l'expéditeur le plus tôt possible.

d) Si le destinataire d'un transfert comprend qu'il ne lui est pas destiné, il doit prendre les mesures raisonnables pour en informer l'expéditeur le plus tôt possible et effacer de son système, l'information contenue dans ce transfert en dehors du journal de données commerciales.

91 Article 8 Règles UNCID.

a) L'expéditeur d'un transfert peut demander au destinataire qu'il lui fasse savoir si le contenu d'un, ou de plusieurs messages déterminés de ce transfert, peut être considéré comme correct sur le fond, sans préjuger de toute considération ou action ultérieure que ce contenu pourrait justifier. Le destinataire n'est pas autorisé à agir en exécution de ce transfert avant que cette exigence de l'expéditeur n'ait été satisfaite.

b) Si l'expéditeur n'a pas reçu l'avis demandé dans un délai raisonnable. Il doit prendre des mesures pour l'obtenir. Si, en dépit, de ces mesures, cet avis n'est pas reçu dans un nouveau délai raisonnable, l'expéditeur doit alors en aviser le destinataire et, s'il le fait, il est en droit de penser que le transfert n'a pas été accepté comme correct quant au fond.

(a) La notion d'inexécution (imputable à une partie)

L'inexécution est la notion de base sur laquelle sont fondés les systèmes de responsabilité contractuelle des droits des Etats membres[92].

C'est un fait matériel, c'est "le décalage entre la satisfaction promise par le contrat et la satisfaction procurée"[93]. Il faut donc l'entendre dans un sens large qui englobe à la fois le défaut d'exécution et le retard dans l'exécution[94]. Dans les systèmes juridiques où la responsabilité contractuelle est fondée sur l'exigence de faute[95], l'inexécution en soi n'est pas constitutive de faute dans le chef du débiteur de l'obligation. Encore faut-il que ce fait matériel soit imputable à la faute du débiteur.

L'exécution défectueuse d'une obligation (par exemple livraison d'une marchandise de mauvaise qualité) est assimilée à une inexécution soit totale[96], soit partielle. En EDI, dans la technique de la commutation de paquets, par exemple, l'altération d'une partie du message équivaut à la perte totale du message, c'est-à-dire une inexécution totale de la transmission demandée par l'émetteur.

Par contre, le retard dans la transmission d'un message n'est pas nécessairement constitutif d'une faute contractuelle de l'opérateur, qui est tributaire de la rapidité promise. Il y aura faute contractuelle si le délai de transmission promis n'a pas été respecté. Si aucune stipulation n'est établie, il faudra interpréter la convention suivant certaines règles supplétives en vigueur (obligations implicites découlant des usages, etc...).

(b) Les dommages indemnisables

Pour mettre en oeuvre la responsabilité contractuelle d'un débiteur, l'inexécution doit causer un préjudice au créancier. Ce préjudice pour être indemnisable doit répondre à certaines conditions.

i. Condition et étendue de la réparation

En principe, tout type de dommages (corporels, matériels ou moraux) ouvre droit à réparation.

Un rapport de causalité est requis entre la faute du débiteur et le préjudice du créancier. Il consiste à se demander quelles sont les suites de l'inexécution qui ont été prévues ou prévisibles

---

92 Sauf en Allemagne où l'on ne connait pas l'impossibilité et le retard qui sont deux cas spéciaux d'inexécution. Dans les autres cas de violation fautive, on parle de "positive Forderingsverletzung" infraction positive d'obligation.

93 CONTANTINESCO, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé* (français, allemand, anglais), thèse, 1960.

94 Article 1147 C.civ. français, 1147 C.Civ. belge, article 1248 C.Civ. italien.

95 Les pays analysés à l'exception de la Grande Bretagne.

96 Elle est totale lorsque l'exécution n'a pas de sens dans le contexte contractuel.

soit par les parties[97], soit par le débiteur[98] au moment du contrat (à condition toutefois que la faute du débiteur n'ait pas été dolosive).

En Belgique, cette prévisibilité est appréciée de manière abstraite : il suffit que la cause du dommage ait été prévue ou prévisible, sans qu'il soit nécessaire que les effets réels de la cause aient pu l'être[99].

Sauf en Allemagne où la responsabilité contractuelle aboutit à la réparation des dommages économiques, la réparation contractuelle se limite strictement aux dommages directs et immédiats[100], même en cas de dol du débiteur (qui impose la réparation de dommage non prévisible).

ii. Forme de la réparation

La forme que prendra cette réparation dépendra de la nature même de l'obligation contractuelle inexécutée (obligation de donner - obligation de faire ou de ne pas faire) sous forme d'un dédommagement pécuniaire[101] ou exceptionnellement en nature[102].

(c) La notion d'imputabilité

La définition de ce concept est difficile à apporter et, la seule qui paraît facile est une tautologie : "l'inexécution imputable à une partie est celle pour laquelle cette partie est responsable".

En droit français, belge, hollandais et italien, l'imputabilité est *grosso modo* la relation de fait entre la faute et son auteur, plus précisément, le débiteur. La faute du créancier pourrait s'analyser comme une cause étrangère exonératoire de la responsabilité du débiteur.

En droit français, belge et italien, le débiteur est en faute toutes les fois qu'il n'est pas empêché par une cause étrangère[103] d'exécuter son obligation ou qu'étant chargé de veiller à la conservation de la chose, il n'y a pas apporté tous les soins d'un bon père de famille[104].

Ainsi, pour les obligations de résultat (par exemple, le vendeur de système informatique promet la délivrance, le transfert de propriété de l'ordinateur à l'acheteur, à une date précise), la

---

97 En Angleterre : voy. Haley v. Baxendale (1854), 9 Exch. 341).

98 Articles 1150 et 1151 des Codes civils français et belge; art. 1223 et 2056 C.civ. italien.

99 VAN RYN, *op. cit*., n° 43.

100 Un aperçu de cette distinction vous est donné en page 49 du présent rapport : un dommage est direct lorsque le préjudice découle directement d'un manquement. On constate que ces notions sont fortement subjectives et que les solutions pourraient varier d'un Etat à l'autre ou d'un système juridique à l'autre.
Soulignons que le nouveau Code civil hollandais renonce au critère de la prévisibilité : art. 6.1.9.4.

101 France, Belgique, Italie, Pays-Bas, Grande-Bretagne.

102 Allemagne, mais en pratique la réparation se fait en argent.

103 La plupart des auteurs français s'accordent à dire que la notion de faute est sous-entendue dans l'article 1147 C.Civ. : R. RODIERE , "Une notion menacée, la faute en matière contractuelle", *R.T.*, 1945, 235 et s.; cité dans l'ouvrage collectif dirigé par cet éminent auteur "Les effets du contrats ...", *op. cit.*, p. 47.

104 1137 C.Civ. français, belge et art. 1176 C.Civ. italien.

faute contractuelle est présumée du fait de l'inexécution. Le débiteur ne pourra se libérer qu'en prouvant la “force majeure” ou une autre cause qui l'a empêché de livrer l'ordinateur à la date prévue (par ex., les modalités financières n'ont pas été respectées par l'acheteur).

Pour les obligations de moyens, où le débiteur promet non pas un résultat, mais seulement les soins, la diligence nécessaires à l'exécution de ses promesses contractuelles (exemple - le médecin ne promet pas la guérison du malade mais uniquement son savoir et son expérience conformes aux données actuelles de la science), la responsabilité du débiteur ne sera engagée que si le créancier montre qu'il n'a pas apporté ce soin dans l'exécution de son obligation[105].

Bien que cette distinction soit assez simple à concevoir, il est cependant mal aisé en pratique de catégoriser un contrat exclusivement dans l'une ou l'autre de ces catégories d'obligation (sauf si les contractants l'ont précisé expressément)[106].

La jurisprudence est parfois incertaine et même fluctuante[107]. Dans certains cas, il faut dissocier la nature d'une même obligation au cours des différentes phases de l'exécution d'un contrat[108] .

On peut toutefois considérer que les obligations de donner ou de ne pas faire font partie des obligations de résultat et qu'une obligation de faire, et tout particulièrement les obligations de sécurité introduites dans certains contrats (notamment, les contrats de services de réseau dans le domaine EDI), sont sujettes à discussion.

Les droits allemand[109] et anglais ne connaissent pas cette distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat[110]. Dès lors, la liaison établie, quant à la charge de la preuve entre le créancier et le débiteur, ne semble pas applicable.

---

105 En quelque sorte, la nature de l'obligation détermine le porteur de la charge de la preuve (le débiteur de l'obligation de résultat ou le créancier de l'obligation de moyen) ainsi que la nature de la preuve (preuve d'un fait matériel remplissant les conditions de la force majeure et preuve de comportements non conformes au critère abstrait d'un homme normalement diligent).

Indéniablement, cette distinction doctrinale répartit la charge de la preuve entre les cocontractants : l'obligation de moyen fait supporter la charge de la preuve par le créancier. Par ailleurs, la preuve requise est plus fastidieuse à établir, d'abord, parce que celle-ci se réfère à une abstraction (les soins d'un homme normalement diligent) à établir dans chaque situation typique, ensuite, parce qu'il n'est pas certain que tous les éléments matériels soient disponibles au créancier en vue de la comparaison et enfin, parce que le juge appréciera subjectivement la pertinence des arguments avancés.

106 En effet, dans un contrat de transport de marchandises par exemple, on peut assister à différents régimes en fonction des différentes obligations. Le transporteur doit assurer notamment une obligation de sécurité à l'égard de la chose ou de la personne transportée, conduire à “bon port” ou dans un certain délai. Des aménagements contractuels peuvent moduler ces obligations, tout en évitant de vider le contrat de ses obligations essentielles (conduire à “bon port” en veillant à ne pas endommager les marchandises, le tout en s'assurant de livrer dans un délai de temps)

107 En France notamment, l'obligation de sécurité des exploitants de remonte-pente, après avoir été une obligation de moyens, puis une obligation de résultat, est redevenue une obligation de simple moyen en 1986 (Cass. fr., civ. 1er, 11 mars 1986, Bull. I, n° 65 : voy. A. BENABENT, *op. cit*., p. 137, n° 283.).

108 Par exemple, le transporteur de voyageurs est tenu d'une obligation de sécurité, qui est de résultat, au cours du transport et de moyens seulement, sur les quais avant l'embarquement ou après le débarquement.Cass. fr., civ. 1er, 1er juillet 1969, D., 1969, p. 640

109 Cette distinction ne sert qu'à différencier le louage d'ouvrage (contrat d'entreprise) du louage de service : A. KNEIP, *Définition et domaines de la responsabilité contractuelle*, p. 122.

110 Voy également le droit italien.

En droit allemand, l'imputabilité résulte du principe d'une faute définie objectivement par le *Bürgerliches Gesetzbuch B.G.B*. : "chacun est responsable seulement de son fait intentionnel ou de sa négligence"[111]. Néanmoins, exceptionnellement, le débiteur est aussi responsable de la faute de son représentant et des personnes dont il se sert pour exécuter le contrat[112].

En droit anglais, on appelle une inexécution imputable à une partie, "une rupture du contrat", "*breach of contract*". L'imputabilité de l'inexécution n'est pas nécessairement liée à une faute d'une partie : lorsque celle-ci n'a pas accompli ce à quoi elle s'est engagée, il y a "breach of contract". Elle ne pourra se dégager de sa responsabilité que si elle démontre que le contrat a été "frustré", c'est-à-dire lorsque l'arrivée d'un événement postérieur à la conclusion du contrat rend l'exécution de celui-ci entièrement différente de ce qu'elle aurait été normalement[113].

(d) La hiérarchie de la faute contractuelle

Dans les pays où la faute est le critère de l'imputabilité d'une inexécution, il est apparu que des gradations ont permis de rendre inefficaces certaines clauses qui tendent à libérer le débiteur de toute responsabilité ou, tout au moins, de limiter l'étendue de cette responsabilité[114].

On peut considérer *grosso modo* qu'il y a quatre degrés de faute même si des nuances supplémentaires peuvent y être apportées :

— la faute légère ;

— la faute simple ;

— la faute lourde ;

— le dol.

Certains systèmes juridiques appliquent des traitements différents à certaines catégories de faute. En France par exemple, la faute lourde est assimilée au dol pour éviter que le débiteur ne cache sa mauvaise foi sous "le masque trop facile de la bêtise"[115] et n'exclue éventuellement sa responsabilité contractuelle par une clause le libérant expressément de cette faute lourde. La faute lourde étant assimilée au dol, la sanction du droit français à l'égard de ce type de clause est la nullité[116].

---

111 § 276, al. 1, phrase 1 BGB; al. 1, phrase 2 : "Agit avec négligence celui qui n'applique pas la diligence requise par la pratique commerciale".

112 278 BGB

113 Nous verrons plus loin qu'un contrat ne sera pas considéré comme "frustré" simplement parce que son exécution est devenue plus difficile ou légèrement différente de ce qu'elle aurait été normalement.

114 Voy. le paragraphe à propos de ces clauses.

115 Voy. L. MAZEAUD, L'assimilation de la faute lourde au dol, *Dalloz.Hebd*., 1933, Chr. 49.

116 La solution est différente en Belgique où l'on n'assimile pas la faute lourde au dol.

1.1.4. Causes étrangères limitatives ou exclusives de responsabilité

Une inexécution fondée sur une faute imputable au débiteur ou un "breach of contract" sont les fondements légaux de la responsabilité contractuelle.

Il est cependant des cas où le débiteur peut invoquer la survenance d'une cause étrangère rendant impossible l'exécution : ce sont principalement la force majeure pour les droits d'inspiration civiliste et la théorie de la "*frustration"* pour le droit anglais.

La justification de cette cause a pour effet non seulement de libérer le débiteur de l'exécution (puisqu'il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation promise)[117] mais aussi, de le dispenser des dommages et intérêts compensatoires de la prestation. L'examen de cette question pose incidemment le problème du lien de causalité.

(a) La force majeure ou le cas fortuit[118]

Ces événements postérieurs à la conclusion du contrat qui sont à l'origine de l'inexécution ne doivent en rien être le fait du débiteur. Les jurisprudences française et belge en ont tiré deux caractères cumulatifs essentiels : l'imprévisibilité et l'irrésistibilité.

L'imprévisibilité : l'événement doit ne pas avoir été prévu lors de la conclusion du contrat et les parties ne pouvaient raisonnablement pas le prévoir.

Si l'événement était prévisible, le débiteur aurait dû en tenir compte soit en ne s'engageant pas, soit en excluant sa responsabilité[119] et par ailleurs, il aurait dû prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter la survenance de cet événement, en sorte que la survenance de pareil événement serait due à une faute du débiteur exclusive de la force majeure[120].

En Belgique, bien que la jurisprudence soit fidèle au concept d'imprévisibilité, cette dernière notion est proche de celle du caractère "inévitable" de l'événement. En effet, un événement prévisible, mais inévitable constitue un cas de force majeure. Une surcharge d'un réseau EDI peut constituer un tel événement en Belgique : cet événement est prévisible en raison de la capacité même d'un réseau mais le moment de la survenance dépend essentiellement du trafic généré par l'ensemble des utilisateurs à un moment donné.

Il n'en est pas de même d'un événement inattendu, mais évitable, comme une rupture de ligne de télécommunication car on peut toujours prévoir un enregistrement back-up ou une double liaison.

---

117 La cause sera libératoire si l'événement est définitif, et suspensive s'il est temporaire. En matière de contrat synallagmatique, la théorie des risques pourrait aboutir à la dissolution du contrat tout entier.

118 Ces deux notions, bien que mentionnées distinctement, sont synonymes en droit français et belge.

119 Civ. 26 nov. 1963, *Sem. Jur.*, 1964, II, 15518.

120 Cass. b., 14 octobre 1957, *Pas*., 1958, I, 131.

Le caractère irrésistible de l'événement place le débiteur devant l'impossibilité d'exécuter les obligations découlant du contrat[121]. Ce caractère s'apprécie *in abstracto* pour le débiteur en question mais aussi pour tout autre débiteur placé dans les mêmes circonstances.

La jurisprudence française (ou belge) ne se contente pas d'un événement rendant l'exécution de l'obligation plus difficile[122] ou plus onéreuse[123]. Dans une certaine limite, dès lors que l'exécution reste matériellement possible, le débiteur devrait se ruiner en exécutant son obligation.

L'impossibilité objective de prestation[124] doit aussi être définitive[125].

Pour le surplus, l'absence de faute du débiteur est également nécessaire. On ne peut imaginer que soit constitutif de force majeure, un événement qui ait été favorisé ou provoqué par une faute, une imprudence ou une négligence du débiteur contractuel[126].

La question s'est posée de savoir si l'exclusion de toute faute dans le chef du débiteur suffisait pour admettre la force majeure, ou s'il fallait en outre exiger que l'événement, constitutif de force majeure, fût extérieur au débiteur.

En France, l'extériorité est exigée en tant que caractère spécifique de la force majeure[127]. Par contre, ce caractère n'est pas requis en droit positif belge : la force majeure peut donc être "intérieure" au débiteur (pour autant qu'elle soit étrangère à toute faute de ce dernier)[128].

---

121 Cass. belge, 8 janvier 1981, *Pas.I*, 1981, 492; qui fait une interprétation stricte du principe.

Appréciation in abstracto, voy Civ. 3 juin 1929, S. 1929, 1, 365.

122 Une guerre, par exemple, ne constitue pas en soi un cas fortuit si elle rend seulement plus difficile l'exécution du contrat.

123 Cass. b., 23 février 1967, *Pas. I*, 1967, 782. En l'espèce, certaines entreprises avaient cessé leurs activités et avaient considéré qu'elles se trouvaient dans l'impossibilité de payer leurs travailleurs.

Bien que la société fut dans une situation économique difficile, celle-ci ne rendait pas impossible l'obligation de rémunération. Cette obligation devient simplement plus onéreuse.

124 Pour une obligation de moyens, par exemple, l'impossibilité ou la force majeure dépend donc du degré de diligence qui avait été promis. Elles ne sont donc pas les "obstacles pour géants imaginés pour la doctrine classique". Voy. J. LIMPENS, "Les obligations, Examen de jurisprudence" (1964 à 1967), *RCJB*, 1969, n° 53, p. 237.

Cass. belge, 18 juin 1965, Pas., 1965, I, p. 1137.

125 Lorsque l'impossibilité est temporaire, l'exécution de l'obligation est seulement suspendue, à moins que cette impossibilité temporaire ne soit assimilée à une impossibilité définitive, eu égard à l'intérêt de l'autre partie et aux circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu.

126 Cass. belge, 14 octobre 1957, Pas., 1958, I, 31; Cass. belge, 18 mai 1962, Pas., I., 1059; en Allemagne, cette solution résulte d'un raisonnement *a contrario* voy. Wolf-Dieter PLESSING, in Les Effets du Contrat dans les pays du marché commun, *op. cit*., p. 208; en Italie, cela résulte des dispositions de l'art. 1218 c. civ.; en France, voy. Christine SOUCHON, in Les Effets du contrat dans les pays du marché commun, *op. cit*., p. 57; aux Pays-Bas, voy. art. 6.1.8.2. N.B.W.

127 Même solution aux Pays-Bas : H.R., 4 mai 1951, *N.J*., 1952, 129.

128 Les cas où cette question se pose sont principalement la démence du débiteur contractuel. Dès lors, la notion de force majeure semble plus large en Belgique qu'ailleurs.

Par analogie avec la force majeure[129], le débiteur pourrait être exonéré au cas où l'inexécution est due :

— soit à un fait de tiers, à condition que le débiteur n'ait pu prévoir ni empêcher ce fait (ce qui se ramène à un véritable cas de force majeure)[130] ;

— soit à un fait du créancier lui-même, qui est la cause exclusive et génératrice de l'impossibilité[131].

(b) La théorie de la "frustration"

Le droit anglais ne connait pas explicitement la notion de force majeure. Plus pragmatiques, les juristes anglais considèrent le contrat comme "frustré" uniquement si l'arrivée d'un événement postérieur à la conclusion du contrat rend l'exécution de celui-ci entièrement différente de ce qu'elle aurait été normalement[132]. Par opposition aux règles suivies en France et en Belgique, l'événement postérieur ne doit pas être en soi imprévisible. L'imprévisibilité peut être un élément de démonstration de la modification radicale du contrat pour conclure à l'absence d'identité avec le contrat primitif. Cela étant, la théorie de la "frustration" est un amalgame de la théorie de la force majeure et celle de l'imprévision du droit français.

La "frustration" suppose, par ailleurs, l'absence de faute dans le chef de celui qui l'invoque. Le débiteur aura donc fait tous les actes nécessaires en vue d'éviter et de surmonter les effets des circonstances invoquées.

Comme dans les autres droits nationaux, un contrat ne sera donc pas considéré comme "frustré" simplement parce que son exécution est devenue plus difficile ou légèrement différente de ce qu'elle aurait été normalement[133].

La jurisprudence anglaise accepte trois sortes d'événements susceptibles de "frustrer" un contrat :

l'impossibilité simple ("*supervening impossibility*") : par exemple, dans un contrat de vente d'une chose certaine, un événement postérieur à sa conclusion[134] (ex.- suite à une incendie, la perte d'un tableau de maître faisant l'objet du contrat) ; dans un contrat d'emploi, la

---

129 Solution belge et française.

130 En France, Com. 26 octobre 1954, D. 1955, p. 213 note RADOUANT.

131 Civ., 28 novembre 1955, D., 1956, 173. Le plus souvent, le fait du créancier revêtira le caractère d'une faute mais il peut être exonératoire sans être constitutif de faute.

Aux Pays-Bas, le N.B.W. contient seize dispositions sur l'omission du créancier "créditeurs verzuim" (art. 6.1.7.1. à 6.1.7.16. N.B.W.) et deux sur la faute du créancier "eigen schuld" (art. 6.1.9.6. et 6.1.9.8. al. 2 N.B.W.)

En Allemagne, voy. la notion de "infraction positive d'obligation" qui s'applique aux comportements des deux contractants, W.-D. PLESSING, op. cit., p. 199.

132 John Mc CAUGHRAN, in les effets du contrat dans les pays du marché commun, op. cit., p. 241.

133 Voy. Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C. (1956), A.C., 696.

134 Taylor V. Caldwell (1863), 3 B § S 826.

maladie de l'employé (cause "intérieure" du débiteur de l'obligation)[135] ; l'incendie du bâtiment où se déroulent les premières opérations de traitement de transmission[136] ;

l'illégalité ("*supervening illegality*") : une loi postérieure peut rendre illicite les obligations contractuelles. Remarquons que cette notion est fort proche du "fait du prince" rencontré dans la jurisprudence continentale[137].

l'inutilité commerciale vise le cas où l'objet du contrat est devenu sans raison : par exemple, la location d'un emplacement sur un défilé, l'annulation du défilé, si l'événement est l'objet principal du contrat[138].

1.1.5. Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité

Dans une étude sur la responsabilité des intervenants dans un certain secteur, comme par exemple sur la responsabilité des opérateurs de réseaux dans un contexte EDI, on ne peut faire l'économie d'une analyse des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité : par le jeu de ces mécanismes contractuels, les parties (à l'initiative de l'une d'elles) peuvent écarter partiellement ou totalement les règles supplétives en vigueur.

Ce genre de clauses se retrouve tout à fait fréquemment dans les contrats de services EDI : les opérateurs de réseau tentent, par le biais de ces clauses, d'éviter les responsabilités qui leur seraient imposées par les règles normales.

La question qui se pose est dès lors de savoir si ces clauses sont licites et dans l'affirmative, dans quelles mesures elles le sont. A cet égard, une évolution, parfois législative mais plus souvent jurisprudentielle, tente de contrôler de plus en plus sévèrement ces clauses exonératoires[139], et de sanctionner le cas échéant les abus. En conséquence, le principe suivant lequel les règles de responsabilité de droit commun seraient facultatives (et non d'ordre public), et qui veut qu'entre les parties, le contrat tienne lieu de loi (au motif que chacune d'elles était libre de s'engager ou non), doit être nuancé, car il ne correspond plus tout à fait à la réalité.

Nécessairement, les limites à la validité des clauses exonératoires sont à rechercher dans le droit national des Etats membres, car la matière n'a pas donné lieu à une harmonisation. On ne fera, dans les pages qui suivent, que donner les grandes lignes de l'état actuel des législations ou des jurisprudences dans certains Etats membres, sans procéder à une analyse détaillée ou systématique, qui dépasserait le cadre de l'étude.

---

135 Poussard v. Spiers § Pond (1876), 1 Q.B.D. 410.

136 Par analogie avec le cas de l'incendie du bâtiment où devait se dérouler une représentation : Taylor v. Cadwell, 2863, 3 B.& S. 826.

137 Voy. par exemple, Civ. Brux. 14 novembre 1969, *J.T.*, 1970, 86.

138 Les juges anglais semblent réticents pour accepter ce principe; voy. J. Mc CAUGHRAN, *op. cit.*, p. 241 et les références citées.

139 Ci-après, on utilisera le terme "exonératoire" comme couvrant l'ensemble des clauses qui limitent ou suppriment la responsabilité.

(a) Diversité des mécanismes contractuels

Il existe différentes manières d'aménager la portée de sa responsabilité et de déroger aux règles de droit commun autrement applicables[140].

i. Aménagement de la portée des engagements

On peut, après avoir souscrit dans le contrat à des obligations assez générales, limiter ensuite dans le même contrat la responsabilité qui en découlerait normalement, en ajoutant certaines dispositions relatives aux obligations acceptées.

Les parties peuvent procéder de différentes manières[141] : en restreignant la portée de ladite obligation[142], en changeant la nature de l'obligation[143], en allégeant en fait l'obligation[144], en permettant au prestataire de service de modifier unilatéralement certains éléments de la prestation[145].

Un exemple significatif du flou qui peut être créé par cette façon d'aménager la portée des engagements est la clause de responsabilité inscrite dans les conditions générales de British Telecom :

" *...service is not fault-free and the customer shall be entitled only to the quality of service provided by B.T. from time to time for its telephone service to customers generally ...*".

ii. Aménagement des conditions de la responsabilité

On peut, après avoir limité ainsi la portée de ses obligations, essayer de limiter sa responsabilité en cas de non-respect des engagements prédéfinis.

Cela peut aussi se faire de diverses façons[146] : en écartant les règles éventuellement inscrites dans un Code Civil ou une loi[147], en étendant la notion de force majeure qui exonérera

---

140 La classification proposée ici s'inspire de H. Mehl-Mignot, "Les limitations de responsabilité dans les contrats de banques de données", *colloque CELIM*, 1988, p. 63 et s.

141 Voir H. Mehl-Mignot, *op.cit.*, p. 65.

142 Le client reconnait être informé de la capacité, et surtout des limites du service qui lui est proposé.

143 On fait d'une obligation de résultat une simple obligation de moyen : le prestataire ne s'engage qu'à assurer le mieux possible le fonctionnement du service.

144 L'utilisateur accepte un certain taux d'imprécision, de retard, de pannes; ou il reconnait que le prestataire s'est acquitté parfaitement de telle obligation (de sécurité, par exemple) s'il a respecté telle procédure (qui sera décrite).

145 Notamment relatives à l'accès, au coût, etc.

146 Voir H. Mehl-Mignot, *op.cit.*, p. 70.

147 Par exemple, en refusant de garantir que la chose vendue est exempte de vice caché (article 1641 et s. des Codes Civils français et belge).

le prestataire[148], en excluant toute responsabilité du fait des tiers[149], ou enfin en prévoyant une clause expresse de non-responsabilité en cas de dommages causés à l'utilisateur.

Citons à titre d'exemples :

a) "*La société X.S.A. n'assume pas de responsabilité plus étendue que les obligations de moyens prévues au présent contrat et notamment, elle n'est tenue à aucune indemnisation pour préjudice direct ou indirect.*"

Cette clause contenue dans un contrat de service informatique d'une société française limite d'abord la portée de ses engagements à celle des obligations de moyen. Ensuite, elle mentionne que la réparation ne porte pas sur les dommages directs ou indirects. L'exclusion des dommages indirects peut être valable mais le même traitement appliqué aux dommages directs vide la réparation de toute substance.

b) "*The operator can never be held liable for a temporary interruption in the service due to events beyond this control such as a breakdown, the telephone lines being cut off, strikes or circumstances justifying such an interruption as for instance work to improve existing equipment*."

Cette clause exclut une série d'événements de la responsabilité de l'opérateur. Elle traite de la même manière la grève qui peut être un événement de force majeure, la rupture des liaisons téléphoniques en général même celles qui relient les différents noeuds de son réseau, ainsi que les interruptions du service en raison des travaux d'amélioration des équipements du réseau. Certains événements sont le fait de tiers qu'il a choisis pour offrir les services, d'autres sont des actes volontaires qui causent l'interruption.

Parfois, une clause autorise l'opérateur à recourir aux secours de tiers pour la transmission de messages. Cependant une autre clause précise que l'intervention de ce tiers s'effectue au risque de la partie expéditrice d'un message :

> "*...The Company shall be entitled to make use of any reputable third party with regard to the transmission of messages, at the risk of the ordering user.*"[150]

En ce qui concerne la force majeure, on peut également faire référence à la clause 9 des conditions générales du réseau TRANSPAC : elle énonce comme causes exonératoires de responsabilité, la force majeure en général et la grève particulièrement.

---

148 Par exemple, en y incluant le cas d'une défaillance de réseau public de télécommunication. La notion de "force majeure" varie sensiblement d'un pays à l'autre. Ainsi, en droit allemand, ne peut constituer un cas de force majeure - à la différence du droit français qui est plus large à cet égard - un événement extraordinaire et inévitable, si celui-ci survient dans la "sphère d'activité" du débiteur (dans laquelle il pouvait avoir une influence) : ainsi, une grève des employés pourra exonérer l'employeur en France mais non en Allemagne.

149 Notamment de tous les acteurs qui ont un rôle à jouer dans la mise sur pied du service EDI; sur la multiplicité des prestataires, cfr supra.

150 Clause 7 des conditions générales du réseau S..

iii. Aménagement de la mise en oeuvre de la responsabilité

On peut aussi, après avoir limité la portée de ses obligations (voir **i**) et sa responsabilité de ce fait (voir **ii**), tenter de diminuer les possibilités de mise en oeuvre d'une responsabilité qui existerait. Cela peut se faire, par exemple, en raccourcissant les délais d'action et de prescription, en précisant les preuves qui seront seules admissibles, en imposant certaines règles relatives à une procédure préalable de concertation, à la compétence obligatoire d'un juge déterminé et à l'applicabilité d'une seule loi au contrat.

Le délai d'action et le régime de preuve sont en pratique liés entre eux : l'opérateur ne garde la trace électronique des messages que durant un temps déterminé (4 mois dans le cas de ∑.[151]); la prescription des recours auprès de l'opérateur ne peut en pratique se faire que durant ce délai de conservation des preuves.

Quant au choix de la loi applicable, l'opérateur de réseau de transmissions internationales impose généralement la loi interne de l'Etat de son établissement.

Quant à la résolution des litiges, dans les réseaux fermés, une procédure de concertation obligatoire est fréquemment établie[152]. Cette tendance a l'avantage de répondre rapidement aux requêtes urgentes des utilisateurs, de limiter la publicité des conflits et de prendre en considération les particularités du milieu concerné. Lorsque cette concertation n'aboutit à aucun résultat admissible par le requérant, le recours à l'arbitrage est proposé.

iv. Limitation de la réparation

On peut enfin limiter la réparation qui sera due si la responsabilité parvient à être établie dans les limites des aménagements prévus, et préciser que la réparation des dommages n'excédera pas, en tout état de cause, un montant donné (par exemple, l'équivalent du prix payé par l'utilisateur).

A titre d'illustration, en matière d'EFT, les dommages prévisibles sont spécifiquement la perte des montants, en principal et en intérêts, qui sont l'objet des messages transmis.

En ce qui concerne la perte des montants en principal, un opérateur de réseau EFT limite sa responsabilité, par type d'événement et par événement dommageable, à un montant maximum, sans pour autant que l'addition de toutes les indemnités payées par type d'événement ne dépasse le double du premier maximum.

> "∑. *shall only be liable as detailed in sub-section ...for :*
>
> *a) direct loss or damage through any fraudulent or dishonest act or acts committed by any one or more of the ∑. employees (i.e. fidelity) acting directly or in collusion with themselves or others in the sum of :*

---

151 Faute d'autorisation expresse, nous ne pouvons citer nommément cet opérateur actif dans le domaine des transferts de fonds.

152 Voy. l'analyse ultérieure du contrat S dans le point suivant (iv. Limitation de la réparation).

BEF 3,000,000,000 for any one loss or series of losses arising out of the same event and BEF 6,000,000,000 in the aggregate for each annual period;

b) direct loss or damage through Errors and Omissions and Fraud in the sum of:...”

Les indemnités éventuelles peuvent se résumer annuellement à des montants forts élevés. C'est la raison pour laquelle le prestataire de service prévoit deux mécanismes correcteurs :

— une franchise à charge de l'utilisateur banquier pour chaque incident dommageable - “*The user shall accept for his own account the first BEF 2,000,000 of any claim arising out for circumstances described above.*” -;

— lorsque les demandes de réparation excèdent les deux maxima cumulés disponibles annuellement, une répartition proportionnelle dudit montant devra s'effectuer en fonction des montants traités par le réseau au bénéfice des requérants - “*If the claims for direct loss through Fidelity, Errors and Omissions and Fraud exceed the company's annual maximum liability (on aggregate), then the annual maximum indemnity available will be apportioned among the claimants on the basis of the principal amount of the messages involved during the year.*”.

Ces différentes règles permettent à cet opérateur de limiter les réparations éventuelles d'une année et de se garantir personnellement contre le payement d'indemnités en contractant une assurance (dont le risque est le paiement d'un capital donné).

(b) Quelques solutions retenues dans les Etats membres

Il n'est pas possible ici de décrire les limites légales ou jurisprudentielles qui s'imposent à chacune de ces clauses[153].

D'une manière générale, la première catégorie, par lequel le prestataire définit de façon limitative la nature et la portée de ses obligations, sera plus facilement acceptée que les autres, et soulevera moins d'objections.

En principe, les clauses organisant les conditions de la responsabilité sont valables, sous la réserve qu'il y a dans toute convention un minimum d'obligations “essentielles à l'être même de l'opération projetée”[154]. Elles ne peuvent avoir pour objet de détruire l'objet même du contrat ou de lui enlever toute utilité[155], et sont sans effet en cas de dol du débiteur[156].

---

153 Pour plus de détails, voir “Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la CEE” (rapport rédigé pour la Commission des Communautés Européennes), publié dans la *Revue Internationale de droit comparé*, 1982, p. 507 à 1122, ainsi que les références citées en note infra.

154 Voir l'ouvrage publié sous la direction de R. Rodière, Définition et domaine de la responsabilité contractuelle, Coll. Harmonisation des droits des affaires dans les pays du Marché commun, Ed. Pedone, Paris, 1981.

155 Voir, par exemple, la jurisprudence belge sur le sujet.

156 Voir aussi à ce sujet A. Braggion, “The validity of clauses limiting the liability of software suppliers under Italian and other civilian law systems”, *Int. Comp. L. Adv.*, 1990, p. 29 et s.

Par ailleurs, les délais de prescription ne peuvent pas toujours être raccourcis[157].

Quant aux clauses de non-responsabilité proprement dites, en principe elles sont valables sauf quand un texte les prohibe[158] et sauf dans certains cas donnés par la jurisprudence.

Ainsi une telle clause ne peut avoir pour effet d'exonérer une partie de son dol. Cette solution est généralement retenue dans l'ensemble des Etats membres[159].

La faute lourde ou la négligence grave est généralement assimilée au dol[160] (mais pas dans chaque pays[161]).

En Grande-Bretagne et en Irlande, ces clauses doivent être "justes et raisonnables, compte tenu des circonstances"[162] ; il en est de même au Danemark où le juge annulera une clause qui serait "déraisonnable".

Dans certains cas, les conditions de preuve sont alourdies concernant ces clauses, qui devront par exemple être constatées par écrit[163].

Ces clauses seront plus sévèrement jugées si elles figurent dans des contrats d'adhésion[164]. Or, on constate que les prestations des opérateurs de réseau font en principe l'objet d'un contrat aux clauses "stéréotypées", peu sujettes à négociation. On tiendra compte également de la position de force qu'occuperont chacune des parties.

On relèvera que, de manière générale, s'agissant d'exceptions à des principes, les clauses exonératoires sont à interpréter restrictivement.

En France, on observe une réticence de plus en plus évidente à l'égard des clauses exonératoires de responsabilité. En invoquant "les obligations essentielles du débiteur", "la bonne foi contractuelle ou l'ordre public", la jurisprudence a ainsi estimé que certaines obligations comme les obligations de sécurité, d'information, de mise en garde ou de conseil, sont parfois tout à fait inhérentes à un contrat et ne peuvent être écartées contractuellement[165].

En Angleterre, on distinguera le droit commun (*common law*) selon lequel le principe est la validité des clauses exonératoires, et la législation sur les "*Unfair Contract Terms*" qui interdit toute exonération dans certains cas (ex. : négligence entraînant des dommages corporels) ou n'autorise dans d'autres cas l'exonération que si elle est raisonnable (ex. : négligence simple)[166].

---

157 Ainsi, par exemple, en Grèce.

158 Voir, par exemple, en France en matière de transports.

159 Entre autre : France, Belgique, Pays-Bas, Grèce, Allemagne, Italie.

160 Entre autres : France, Pays-Bas, Grèce, Allemagne, Italie.

161 Ainsi, en Belgique, on ne peut s'exonérer de son dol, mais bien de sa faute lourde : on ne retient pas l'équivalence avec le dol depuis 1959. Cette évolution est l'un des rares cas dans le monde où le droit de s'exonérer a été élargi; R. Kruithof, "Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité - rapport belge" in *Recueil In Memoriam Jean Limpens*, Kluwer, Anvers, 1987, p. 165.

162 Voir les lois concernant les "unfair contract terms".

163 Ainsi par exemple en Italie.

164 En Allemagne, dans ce cas, la clause exonératoire est nulle.

165 G. Viney, "Les conventions d'irresponsabilité - droit français" , *op.cit.*, Kluwer, Anvers, 1987.

166 T. Weir, "Products Liability and Exemption Clauses - English Law", *op. cit.*, p.149.

(c) Nécessité d'une harmonisation

Si l'on considère que les règles juridiques régissant l'EDI nécessitent une harmonisation, il faut alors que la question des possibilités contractuelles d'exonération soit incluse dans cette initiative, et qu'elle soit traitée afin que les solutions soient semblables dans chaque cas. On a vu en effet que, à côté d'importantes convergences, il y a des différences d'un Etat à l'autre. Or les transactions par EDI, sont faites pour être transfrontières ; ces divergences, qui posent des problèmes de droit international privé, devraient dès lors être aplanies.

1.1.6. Conclusion

L'inexécution du contrat que nous avons examinée à travers les différents systèmes nationaux est la question motrice en matière de responsabilité contractuelle. Nous avons, dans un premier temps, mis en relief l'opposition importante entre les systèmes nationaux dans la conception même de l'inexécution.

En effet, au-delà des différences d'appellation, la conception anglaise de la "breach of contract" (ainsi que le système allemand) s'oppose radicalement à celle des systèmes civilistes qui exigent non seulement l'inexécution de l'obligation mais encore la faute du débiteur[167].

A cette apparente opposition, il nous semble nécessaire d'apporter des atténuations de principe.

En droit allemand, la théorie de la "positive Vertragsverletzung"[168] *a été corrigée par la jurisprudence allemande qui n'a pas recouru de façon systématique au concepts de faute des textes du B.G.B*[169].

Par ailleurs, les droits français et belge, même si une certaine doctrine se réfère à la notion de faute, peuvent très bien s'en passer, étant admis que toute inexécution doit être considérée comme fautive sauf cause légale d'exonération. Il s'agit dès lors de parler d'inexécution imputable ou non au débiteur.

C'est en ce sens qu'ont été établies la loi uniforme sur la vente internationale de marchandises (L.U.V.I.) de 1964 et la convention des Nations Unies sur la vente internationale

---

167 Cette faute peut être présumée dans les systèmes nationaux qui connaissent la distinction "obligation de moyens et obligation de résultat" (France, Belgique, Italie, Pays-Bas). Elle est présumée par l'inexécution d'une obligation de résultat. Par ailleurs, nous constatons que cette distinction sur la nature des obligations engendre une répartition de la charge de la preuve :

a) obligation de résultat : la preuve de l'inexécution rapportée par le créancier présume la faute du débiteur. Celui-ci ne peut se décharger qu'en prouvant la survenance d'une cause étrangère rendant impossible l'exécution de l'obligation telle que stipulée au contrat;

b) obligation de moyens : l'inexécution en soi ne prouve pas la faute du débiteur - le créancier doit effectivement prouver que le débiteur est fautif dans la diligence qu'il a apporté à l'exécution du contrat non-conforme aux promesses contractuelles - le débiteur pourra toujours invoquer la survenance d'une cause étrangère pour exclure sa responsabilité.

168 En droit allemand, rappelons que la faute est définie de façon objective et qu'elle est largement présumée par les textes du B.G.B.

169 D. TALLON, *op. cit*., p. 301.

de marchandises (C.V.I.M.). Il est dès lors aisé de concilier les oppositions des systèmes nationaux en adoptant une formulation semblable à celle établie dans la L.U.V.I. ou la C.V.I.M.

A juste titre, l'attention des juges se détourne de l'examen des comportements du débiteur[170] *vers le contenu des prestations promises. C'est ainsi que les droits de plusieurs pays (France, Belgique, Italie) ont recours à la distinction des obligations de moyens et de résultat.*

En pratique, cette distinction permet une répartition de la charge de la preuve et résume à l'essentiel le débat de la responsabilité contractuelle. Il y a inexécution quand ce qui a été promis (un résultat ou des moyens) n'a pas été réalisé par le débiteur et cette inexécution entraînera le déclenchement des remèdes légaux lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'une cause d'exonération[171].

En ce qui concerne les clauses de responsabilité, les parties peuvent aménager les solutions contractuelles tendant à limiter et à garantir leurs droits et obligations respectifs. En principe, les clauses organisant les conditions de la responsabilité sont valables. Leur validité sera plus douteuse lorsque la convention ne garantit pas un minimum d'obligations essentielles à la nature même de l'opération projetée. Les clauses de non-responsabilité, quant à elles, sont également valables, sauf exceptions légales ou jurisprudentielles. Ces deux types de clauses sont sans effet si elles tendent à exonérer le débiteur contractuel de son dol.

---

170 Cet examen semble difficile puisque l'on doit se référer à un critère de comportement défini au cas par cas et que la preuve d'un comportement est hasardeux.

171 D. TALLON, *op. cit.*, p. 302.

1.2. Responsabilité aquilienne

1.2.1. Introduction

Décrire les principes de la responsabilité aquilienne semblerait signifier qu'il y ait d'abord une logique commune aux droits nationaux des Etats membres. Les similitudes que nous avons relevées ont essentiellement trait à deux idées : les fondements de la responsabilité aquilienne sont, soit le risque, soit la faute, avec une incursion progressive d'une responsabilité "sans faute" (*no fault*).

Par ailleurs, il faut préciser que, contrairement à la responsabilité contractuelle, aucun rapport contractuel n'est nécessaire pour la mise en oeuvre de ces règles. Au contraire, l'existence d'un tel lien entre le demandeur et le défendeur peut, dans certains cas[172], repousser l'action aquilienne. En pratique, l'émetteur d'un message altéré lors de la transmission par le réseau EDI ne peut en principe pas agir sur le plan aquilien contre l'opérateur avec qui une relation contractuelle est établie, même si le dommage indemnisable en matière aquilienne est plus étendu.

On constate que souvent, les droits nationaux règlent en quelques dispositions générales les fondements de la responsabilité. Les jurisprudences successives y ont imprimé des courants assez significatifs des intérêts sociaux à protéger. En effet, l'influence grandissante des notions de raison et d'équité a permis d'apporter des solutions souples, logiques et appropriées aux hypothèses de fait.

Les auteurs distinguent la famille romano-germanique qui se base sur un principe général de faute aquilienne et la "*common law*" où la responsabilité civile se présente comme un catalogue de "*torts*" répondant à des conditions particulières[173] et possédant des éléments propres comme le "*duty of care*"[174].

Néanmoins, l'évolution des "*torts*" reflète une tendance au rapprochement avec les systèmes continentaux ainsi que nous le verrons ci-après[175].

---

172 Belgique, etc.

173 B. HANOTIAU, "Torts et Responsabilité civile", *Annales de Droit de Louvain*, 1980, 13.

174 Cet "duty of care" crée une certaine relativité dans la responsabilité aquilienne. Cette notion de relativité n'est pas reconnue par la famille romano-germanique.

175 R.O. DALCQ, B. HANOTIAU, D. PHILIPPE, Tendances du droit de la responsabilité, *Rev. dr. Intern. comp*, 1983, p. 45.

1.2.2. Les droits français et belge

Dans ces deux Etats dont le Code civil découle directement de la codification de Napoléon, la matière est régie par les articles 1382 et suivants des Codes civils respectifs.

(a) Le principe : la responsabilité pour faute personnelle

En des termes très généraux, les articles 1382 et 1383 des Codes belge et français obligent l'auteur de la faute[176] à réparer le dommage qui en a résulté.

Dommage, faute et lien de causalité entre cette faute et le dommage sont les éléments nécessaires à sa mise en oeuvre. Le demandeur doit dès lors, apporter les éléments de preuve de ces trois éléments constitutifs, à charge pour le défendeur (aquilien) de s'exonérer notamment en prouvant une cause d'exonération telle que la force majeure[177].

Dans l'appréciation de cette faute, à l'inverse de la matière contractuelle, la référence est très diffuse. Le juge se rapporte à une abstraction subjective, le comportement normal d'un bon père de famille. Celui-ci est, en effet, défini par le juge lui-même en fonction des circonstances de la cause, son propre bon sens et la politique jurisprudentielle de l'époque (par exemple, la récente sévérité à l'égard des professionnels)[178].

La jurisprudence belge est abondante sur le concept de faute et elle a toujours évolué vers un renforcement de la responsabilité par un affinement de cette notion[179]. Dès qu'il y a prévisibilité d'un dommage quelconque, la faute la plus légère engage la responsabilité de son auteur.

En dehors de cette exigence précise de faute, il y a un certain nombre d'hypothèses où la faute d'un agent est simplement présumée, conduisant à un certain renversement de la charge de la preuve.

(b) Responsabilité pour fait de tiers et celle du gardien de choses

A côté de ces règles qui régissent les comportements personnels, ces droits nationaux ont établi des règles particulières relatives au comportement de tiers dont on doit répondre (ex.- les préposés d'un opérateur dans l'accomplissement de leurs tâches et éventuellement les sous-

176 L'auteur d'une faute doit nécessairement posséder une certaine capacité juridique. Il est apparu que les faits de personnes démentes n'étaient pas couverts par cette responsabilité.

177 Voy. les notes sur ce concept dans la partie relative à la responsabilité contractuelle.

178 Voy. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Ed. Montchrestien, Paris, 1987, p. 193, n° 384.

179 Voy. R.O. DALCQ, "Réflexions sur le droit de la responsabilité civile", *J.T.*, 1982, p. 157.

traitants de cet opérateur) et aux choses que l'on a sous sa garde (les systèmes informatiques et les moyens de communication que l'on emploie).

Force est de reconnaître que ces deux matières ont fait l'objet de nombreux développements (notamment dans le domaine des accidents de travail et de roulage) pour aboutir aujourd'hui à ce que l'on peut appeler "la garantie des choses que l'on a sous sa garde".

En Belgique, c'est un arrêt de la Cour de Cassation du 26 mai 1904[180] qui a imposé au gardien d'une chose — donc au patron, propriétaire des machines — de répondre des dommages causés par le vice de celles-ci. De nos jours, les questions débattues sont principalement la définition du concept de vice de la chose[181] et la notion de garde.

Cette responsabilité ne connut pas les mêmes développements qu'en France[182] dans la mesure où la jurisprudence française n'exige pas la preuve du vice de la chose comme une condition sine qua non. Dès lors, le seul dommage causé par le fait de la chose possédée entraîne l'application de la présomption de responsabilité de son gardien.

A titre d'illustration, un court-circuit dans l'alimentation d'un système informatique pourrait propager un incendie en dehors des locaux du gardien du système et causer des dommages à des tiers.

(c) Le dommage

Il faut relever que le plus grand nombre de procès en responsabilité ne porte pas sur le principe même ou son application au cas d'espèce, mais bien sur les discussions concernant la réparation des dommages[183]. Comme en France, la jurisprudence belge se soucie d'avantage de rechercher l'indemnisation la plus juste pour la victime en essayant de la replacer dans sa situation antérieure.

Replacer le destinataire d'un message EDI dans une situation identique à celle où il n'y a pas dommage signifie que la réparation en nature est inadéquate. Une réparation pécuniaire est seule envisageable en raison de la nature purement financière du dommage du destinataire.

(d) Le lien de causalité

Il est évident que l'auteur d'une faute ne doit pas supporter le poids de n'importe quel dommage, mais seulement tous ceux qui sont la conséquence de sa faute.

---

180 Cass. Belg., 26 mai 1904, *Pas*. 1904, I, 246.

181 Cass., 27 février 1969, *R.C.J.B*. 1970, p. 41 et s. note R.O. DALCQ; Cass. b., 19 janvier 1978, *R.C.J.B*. 1979, p. 243 et note R.O. DALCQ.

182 Voy. Cass. fr., 11 juin 1896, Sir. 1897, 1., 17 et note Esmein; sur un compte rendu de cette évolution, Mazeaud et Tunc, *op. cit*., t. II, n° 1138 et s.; G. VINEY, *La responsabilité*, n° 628, et s..

183 Voy. R.O. DALCQ, B. HANOTIAU, D. PHILIPPE, *op. cit.* , p. 35.

Imaginons, dans la matière qui nous occupe, qu'un concours de circonstances entraîne un dommage dans le chef d'un tiers à la relation contractuelle entre un opérateur et un membre de son réseau :

- concours de circonstances : envoi à 17 heures 50 d'un bon de commande pour un lot de pièces détachées (livraison le lendemain 12 heures), erreur de traitement de la part du fournisseur de services de réseau, coupure d'une liaison du réseau fournie par un organisme de télécommunication mais rétablie instantanément, mauvais adressage du message suite à cette panne; un message correct est disponible finalement dans l'application du destinataire qu'à 18 heures 02, l'heure de clôture et d'indisponibilité du destinataire;

- dommage subi par un tiers : le destinataire n'a pas reçu le message dans un délai lui permettant de répondre à l'émetteur. Il a donc subi une perte financière correspondant au prix qui était offert pour la livraison de ces pièces détachées.

On constate que ce dommage financier est la conséquence de plusieurs fautes : l'erreur de traitement du fournisseur des services de réseau, la coupure ultérieure de la liaison de l'organisme de communication, le mauvais adressage suite à la rupture de la liaison. Quel est, dès lors, le critère qui permettra de déterminer le lien qui relie le dommage et les différentes fautes ?

Face à ce problème délicat, les analyses doctrinales ont dégagé deux conceptions : la théorie de l'équivalence des conditions qui place sur le même plan toutes les circonstances qui ont concouru à la production du dommage et la théorie de la causalité adéquate qui tend à dégager, parmi les différents facteurs, celui qui en est la cause efficiente, c'est-à-dire celui qui devait ou risquait de produire ce dommage.

Selon la première théorie, toutes les causes ont concouru à la création du dommage financier dans le chef du destinataire du message. Par contre, selon la seconde, le dommage ne découle pas du traitement initial du message bien qu'il ait retardé l'envoi du message correct au moment où la liaison de l'organisme a été interrompue. Le dommage résulte plutôt de la rupture de liaison qui a entraîné un mauvais adressage ou une altération du message.

En France, il faut relever une certaine prédominance de la causalité adéquate[184], mais la jurisprudence s'abstient d'employer cette terminologie. Toutefois, on ne saurait affirmer avec certitude cette tendance[185].

La jurisprudence belge reste fidèle à la théorie de l'équivalence des conditions, laissant au juge un très large pouvoir d'appréciation et le pouvoir de remonter très loin dans les antécédents du préjudice[186].

---

184 Cass. fr., civ., 2e, 20 juin 1985, *Bull. civ*., II, n° 125, p. 84.

185 A. BENABENT, *op. cit*., p. 201, n°392 et Cass. civ. 2°, 24 mai 1971, *Bull. civ*., II, n°186.

186 Voy. R.O. DALCQ, B. HANOTIAU, D. PHILIPPE, *op. cit.* , p. 35; pour les autres pays, voy. J.L. FAGNART, "La directive du 25/07/1985 sur la responsabilité du fait des produits", *Cahiers de Droit Européen*, 1987, p. 3 et s..

1.2.3. Le droit allemand

Dans cet Etat membre, le pouvoir créateur du juge est en principe fortement limité en matière de responsabilité. En effet, le B.G.B. énonce des règles fort précises et plus complètes que les législations française ou belge. C'est l'article 823 du B.G.B. qui en énonce les principes essentiels.

(a) Responsabilité pour faute et pour risque

Cette disposition prévoit deux choses :

— la réparation du dommage causé par celui qui, à dessein ou par négligence, et de manière illicite[187] porte atteinte à la vie, au corps, à la liberté, à la propriété ou à tout droit subjectif absolu d'autrui ;

— une obligation de réparation à charge de celui qui transgresse une réglementation tendant à protéger autrui.

Elle institue donc, en principe, une responsabilité pour faute. Comme on le verra dans d'autre droits, le système juridique allemand reconnaît la théorie de la relativité aquilienne en vertu de laquelle la victime n'a droit à réparation que si le fait litigieux est illicite à son égard[188].

Mais à côté de cette responsabilité, on retrouve une série impressionnante de réglementations ou de législations imposant une responsabilité pour risque. Citons, entre autres, la responsabilité de l'exploitant de chemin de fer, celle des exploitants d'installations nucléaires et des personnes utilisant des matières réactives.

(b) "Tout droit absolu d'autrui"

On a vu que l'article 823 B.G.B. énonce limitativement les droits pour lesquels une action en responsabilité est admise.

Malgré l'interprétation restrictive des différents intérêts protégés, la jurisprudence allemande[189] a élargi l'interprétation du concept de "tout droit absolu d'autrui" (ou droit similaire) à l'activité d'une entreprise[190] d'une part, et au droit général de la personnalité d'autrui d'autre part.

---

187 Voy. sur la portée de cette notion, J. LIMPENS, "La faute et l'acte illicite en droit comparé", *Mélanges Jean DABIN*, p. 773 et s.

188 Voy. J. LIMPENS, "La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé", *Mélanges Savatier*, pp. 559 et s.

189 Voy. J. HERBOTS, "Le "*duty of care*" et le dommage purement financier en droit comparé", *Rev. dr.. Intern. comp.*, 1985, p.11.

190 La conduite du défendeur aquilien doit être dirigée d'une certaine façon contre l'entreprise elle-même, et non contre des droits et des intérêts qui peuvent être séparés de l'entreprise comme unité fonctionnelle. Même pour les juristes allemands cette formulation est obscure. Cette responsabilité s'est présentée dans les cas

1.2.4. Le droit néerlandais

La responsabilité civile est régie par quelques dispositions générales du Code civil (6.3.1.1. N.B.W.), semblables aux articles 1382 et suivants des Codes civils belge et français.

Le principe est la responsabilité pour faute (acte illicite), atténué (comme en Allemagne et en Angleterre) par une certaine relativité en vertu de laquelle le fait litigieux doit être illicite à l'égard de la victime.

Comme en droit belge, la faute fait l'objet d'une interprétation de plus en plus large[191].

(a) Responsabilité pour risque

Connaissant une responsabilité du fait des choses interprétée comme exigeant une faute du gardien, le nouveau Code civil néerlandais introduit sur ce point une responsabilité sur base du risque créé par l'usage de la chose.

Les articles 6.3.2.5. et 6.3.2.6. N.B.W. rendent responsable le propriétaire d'une chose ou d'une matière particulièrement dangereuse en cas de dommage causé par celle-ci[192].

En pratique, cette responsabilité impose au possesseur de toute chose, même d'un système informatique, prendre toutes les mesures techniques nécessaires à sauvegarder les intérêts des tiers.

(b) Le lien de causalité

Avant 1970, le *Hoge Raad* avait adopté la théorie de la causalité adéquate : un acte est censé être à l'origine d'un dommage lorsque celui-ci est la conséquence que l'on doit raisonnablement attendre de cet acte[193].

Dans les arrêts plus récents, elle a abandonné cette théorie et énoncé qu'était responsable pour le dommage celui à qui, eu égard aux circonstances de l'espèce, la faute devait

---

suivants : une personne croyait à bon droit exercer une action judiciaire pour arrêter l'activité d'une entreprise sur base d'un brevet, d'une licence ou un droit exclusif de ce genre, l'action est en définitive déclarée comme non fondée, la personne a néanmoins été condamnée à des dommages et intérêts; une personne peut chercher à protéger son entreprise contre des critiques en fondant son action sur les intérêts d'une entreprise établie et opérationnelle.

191 Voy. P.A. STEIN, "De ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad", *N.J.*, 1980, pp. 707 à 719.

192 R.O. DALCQ et al., *op. cit.*, p. 42.

193 Voy. R.O. DALCQ et consorts, *op. cit.*, p. 43.

raisonnablement (*in redelijkheid*) être imputé (*toegerekend*)[194]. Notons en l'occurrence que l'article 6.1.9.4. N.B.W. dispose que la responsabilité doit pouvoir, eu égard à la nature de l'obligation et du dommage, être imputée à la survenance de cet événement.

1.2.5. Le droit anglais

A l'inverse de la famille romano-germanique, la *common law* ne fonde pas le droit de la responsabilité sur un principe général de faute aquilienne. Ce droit se fonde sur un catalogue de *torts* qui répondent chacun à des conditions particulières[195].

Cela étant, il y a lieu de relever une évolution de la responsabilité civile suivant deux axes :

— le développement considérable du rôle de l'assurance dans la prise en charge des accidents, basée sur le principe du "*no fault insurance*" ;

— l'accroissement important des cas de responsabilité sans faute.

(a) "*No fault insurance*"

Ce principe d'indemnisation des dommages a été repris d'une étude assez ancienne d'origine américaine et appliqué en matière d'accident de roulage. En vertu de cette règle, toute personne désireuse de couvrir un risque doit contracter une "*no fault insurance"* à concurrence d'un certain montant défini par une législation. En cas d'accident, toute victime peut réclamer à la compagnie d'assurance les dommages et intérêts jusqu'à concurrence du montant maximum. Un action en responsabilité peut être intentée pour le préjudice qui dépasse ce montant maximum[196].

On remarquera que l'application de ce type de responsabilité requiert une intervention légale restreignant la portée d'une action judiciaire en responsabilité et qu'elle assure une rapide indemnisation de la personne préjudiciée.

Cette idée est intéressante dans la mesure où le dédommagement de la victime n'est pas tributaire de discussions entre les intéressés. La compagnie d'assurance indemnise rapidement les dommages à concurrence du montant assuré. Pour les dommages excédents, la victime doit en réclamer le montant suivant les moyens ordinaires, c'est-à-dire un recours au juge. La couverture de dommages forfaitaires par un contrat d'assurance nous semble appropriée même dans une matière généralement contractuelle comme la relation entre un opérateur de réseau et

---

194 Voy. R.O. DALCQ et consorts, *op. cit*., p. 43 et spécialement la note 2.

195 Voy. notamment B. HANOTIAU, "Torts et responsabilité civile", *Annales de Droit de Louvain*, 1980, 1, 3.

196 R.O.DALCQ et consorts, *op. cit*., p. 48..

un membre de son réseau. ∑. en fait une application particulière (cette société est son propre assureur) dans son règlement d'ordre intérieur[197].

197 Voy. ce qui a été dit dans le paragraphe concernant les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité.

(b) Le développement de la responsabilité sans faute

La *Common Law* connaît certainement des *torts* dont l'existence est indépendante de l'idée de faute[198].

La jurisprudence et le législateur sont toutefois venus étendre ces cas de manière significative. Ainsi, on a assisté à une application de plus en plus étendue de la théorie de l'arrêt *Rylands v. Fletcher*[199] imposant une responsabilité sans faute ("*strict liability*") aux personnes qui causent un dommage à autrui en raison d'une activité ou par l'usage d'un objet anormalement dangereux (cf. la responsabilité du fait des produits).

1.2.6. Quelques constatations

La tendance actuelle du droit de la responsabilité civile est double.

D'une part, on constate que les juges des Etats de la famille romano-germanique ont une propension à élargir le concept de faute pour indemniser dans la proportion la plus juste les victimes de faits préjudiciables. "Comment replacer la victime dans la situation antérieure à l'événement dommageable ?"

Sur le plan juridique, même si les cas généralement analysés ont trait à des dommages touchant à l'intégrité même de la personne, la question n'est plus tellement d'établir les conditions d'exercice de la responsabilité mais elle est de fixer une indemnisation équitable et de replacer la victime dans sa situation antérieure.

D'autre part, les hypothèses de responsabilité fondée sur le risque se multiplient (sans faute - strict liability ou avec présomption de faute). Ils mettent à charge du propriétaire ou possesseur d'une chose dont l'exploitation économique comporte des risques pour les concitoyens, les dommages éventuels inhérents à la réalisation de ces risques de la vie moderne. Même sans ce critère de dangerosité (chose dangereuse en elle-même et chose se révélant dangereuse), tout défaut engage objectivement la responsabilité du fabricant ou du distributeur, comme le démontre la directive européenne en matière de produits défectueux.

---

198 Notamment les *torts* de *trespass, nuisance, libel et slander* ainsi que la plupart des cas de responsabilité dérivée.

199 Rylands v. Fletcher, 1868, L.R. 3 H.L. 330.

2. La responsabilité en matière de transferts électroniques de fonds

Le transfert électronique de fonds est une application particulière de l'EDI dans le secteur bancaire et financier. Il nous a semblé que l'analyse d'un domaine où existent déjà des principes et des solutions pourrait inspirer valablement l'étude générale des questions de responsabilité des opérateurs de réseaux EDI.

2.1. Introduction

Traditionnellement, les opérations bancaires donnaient lieu à des écrits tels que le formulaire à remplir et à signer en cas de versement ou de virement.

L'informatisation des opérations de transfert de fonds, en supprimant les diverses formalités existantes rend toute preuve par procédé "traditionnel" beaucoup moins aisée. Le transfert de fonds repose non plus sur un support écrit dont la banque assurait précédemment le traitement par voie manuelle, mais bien sur des données introduites et traitées automatiquement.

Aux problèmes probatoires engendrés par l'usage de nouveaux modes de transfert de données viennent s'ajouter ceux relatifs à la responsabilité, problèmes qui se posent avec d'autant plus d'acuité que le nombre de parties intervenantes s'accroît. En effet, lorsque plusieurs banques prennent part au processus de transfert de fonds, il s'agit de déterminer l'imputabilité de la faute subséquente à l'inexécution ou à la mauvaise exécution de l'ordre de transfert. Une fois celle-ci réalisée, il restera encore à fixer l'étendue du dommage réparable.

Après une brève description de deux cas de jurisprudence mettant en lumière les problèmes juridiques posés par les transferts électroniques de fonds (EFT), l'analyse juridique portera sur l'étendue de la responsabilité des parties intervenantes et sur la nature du dommage réparable.

2.2. Jurisprudence relative à la responsabilité

Les deux cas de jurisprudence envisagés illustrent d'une part, la responsabilité des intervenants[200] dans leurs obligations de transmission d'un message (1 - Evra Corp.) et d'autre

---

200 L'essentiel est de souligner la responsabilité des intervenants (opérateur de réseau ou correspondants en cas d'EDI en ligne directe) au regard des fonctions de transmission et de la gestion des moyens de communication.

De manière particulière, en l'absence des moyens EDI dans le chef des clients des banques ou des banques elles-mêmes (applications,...), nous pouvons considérer que nous nous trouvons confrontés à une forme d'EDI en ligne directe : les correspondants (les banques) gèrent elles-mêmes leurs transmissions par télex, sans avoir recours à un opérateur de réseau de transmission spécifique.

part, les fonctions et obligations essentielles d'un gestionnaire de réseau de services bancaires (2 - la jurisprudence belge de Verviers).

2.2.1. Evra Corp. v. Swiss Bank Corp. (673 F. 2d. 951) 1982 [201]

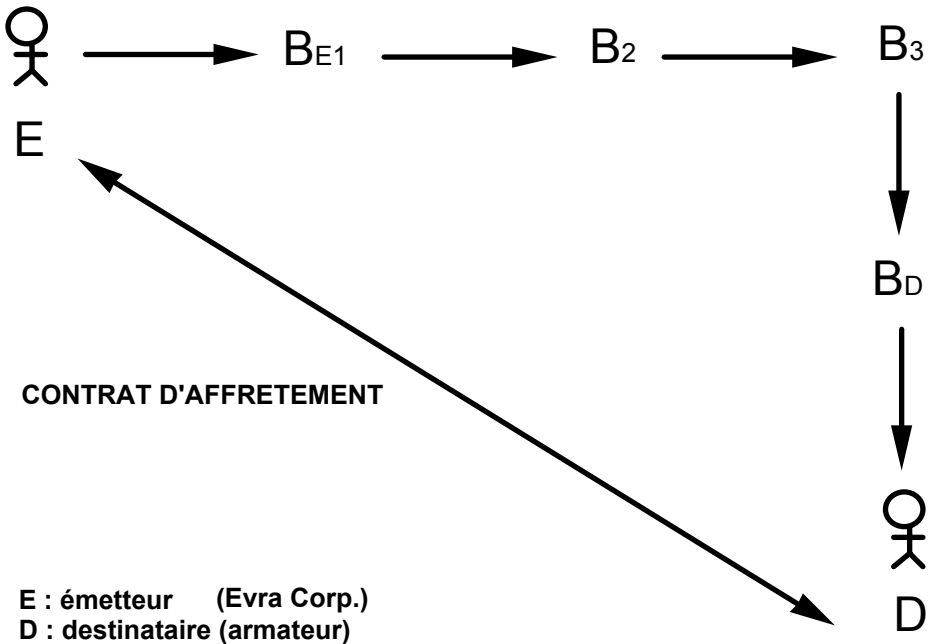
Une société américaine, Hyman Michaelis, a conclu à une certaine époque une contrat d'affrêtement avec un armateur. Ce contrat comportait évidemment une clause relative aux modalités de paiement de la location. Substantiellement, tout retard pour honorer une échéance donne au propriétaire du bateau le droit de résilier la convention.

En pratique, cette opération de paiement s'effectuait de la façon assez traditionnelle suivante : à chaque échéance, Hyman Michaelis (E) ordonne à sa banque, la Continental Bank de Chicago (BE1), d'opérer un transfert électronique de fonds au crédit du compte de l'armateur (D) auprès de la Banque de Paris (BD).

Comme ni la Continental Bank de Chicago (BE1), ni a fortiori, son agence londonienne (B2) n'ont de relation suivie avec la Banque de Paris (BD), il s'est avérer nécessaire de rechercher un intermédiaire ayant des relations multilatérales à la fois avec la Continental Bank et la Banque de Paris. Cet intermédiaire fut, en l'occurrence, la Swiss Bank Corp. (B3). Son rôle était d'être le relai entre la (B2) et la (BD) et donc, de débiter et de créditer à due concurrence les comptes respectifs de ces deux institutions bancaires.

C'est précisément ces fonctions de transmissions qui sont importantes.

201 Pour une analyse plus complète, voir X. THUNIS, “La responsabilité dans les réseaux de services à valeur ajoutée : le cas des transferts électroniques de fonds”, *D.I.T.*, 1990/2, p. 34 et s..



Les faits qui ont ouvert le litige sont les suivants : le 25 avril 1973, *Hyman Michaels* (devenu Evra Corp) (E) téléphone à sa banque, la Continental Bank (BE1) et lui demande de transférer le montant de la location du bateau sur le compte de l'armateur (D). Le paiement devait être effectué selon le schéma repris ci-dessus.

Le télex arrive à l'agence londonienne de la Continental Bank (B2) le même jour. Le 26 avril (date limite pour le paiement), après divers essais de l'opérateur de télex londonien, l'appareil de la Swiss Bank (B3) accuse réception du message. Aucune suite n'étant donnée à celui-ci (en raison sans doute du défaut de papier dans le télex de la Swiss Bank - B3), l'armateur (D) avertit le 27 avril *Hyman Michaels* (E) de la résiliation du contrat[202].

La question qui se pose est de savoir qui, en l'espèce, doit supporter les dommages consécutifs à la résiliation du contrat d'affrêtement. La Swiss Bank (B3) se voit assignée par *Hyman Michaels* (E). Alors qu'au premier degré le juge tient la banque suisse (B3) pour responsable du dommage causé par sa négligence, la Cour d'appel considère cette négligence inopérante quant aux **dommages indirects** étant donné le défaut d'information de la banque en question (B3) quant aux circonstances particulières de la transaction (résiliation du contrat d'affrêtement en cas de paiement tardif).

---

202 Il est à noter que dans le cas Evra Corp., si l'on ne peut qualifier le mode de transfert de fonds employé d'EDI, on peut très bien imaginer qu'aucune intervention humaine ne soit intervenue aux différents stades du transit du message : le retard dans l'exécution de l'ordre de virement serait causé par un défaut dans le système de réception des messages au niveau de la Swiss Bank. Cet intervenant a donc été en défaut de remplir ses fonctions de transmission. Cette jurisprudence constitue, sous cet aspect, un précédent intéressant susceptible d'alimenter la réflexion en matière d'EDI.

2.2.2. Juge de paix du second canton de Verviers, 23 novembre 1984 et tribunal de première instance de Verviers, 8 janvier 1986 [203]

Une personne, titulaire d'un compte chèque postal, bénéficie du service "POSTOMAT" offert par la banque auprès de laquelle son compte est ouvert. Ce service permet au titulaire d'effectuer des retraits sur son compte à des guichets automatiques moyennant l'utilisation d'une carte magnétique et la composition d'un code secret.

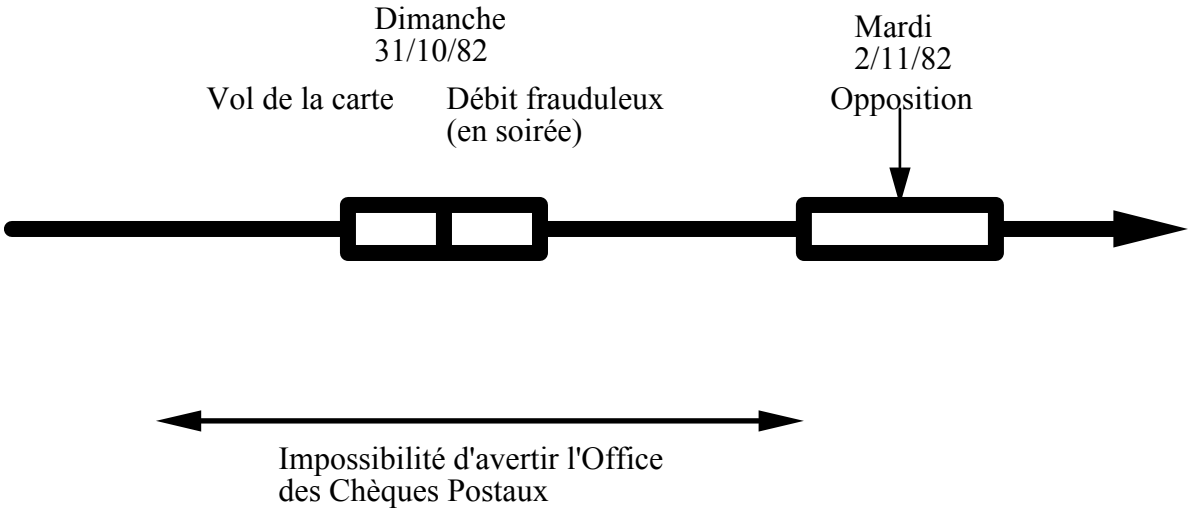
Ce service de retrait n'est proposé au client que moyennant signature par celui-ci d'une convention relative à l'utilisation d'une carte de retrait.

Celle-ci contenait entre autres deux obligations essentielles à charge du titulaire de la carte :

— conserver la carte et tenir secret le code confidentiel ;

— prévenir immédiatement l'Office des chèques postaux en cas de perte ou de vol de la carte (les retraits abusifs étant à la charge du titulaire du compte jusqu'au moment où l'Office des chèques postaux aura été informé de cette perte ou de ce vol).

En l'espèce, la situation était la suivante :



Le dimanche 31 octobre 1982, le titulaire d'un compte chèque postal se fait voler dans sa voiture sa carte magnétique ainsi qu'un agenda reprenant son code secret au milieu de numéros d'appel téléphonique. Il signale immédiatement le vol à la gendarmerie mais ne peut prévenir l'Office des chèques postaux, ce dernier n'ayant mis aucun système en place afin de prévenir les pertes et les vols survenus pendant les week-ends et jours fériés.

---

203 Pour une analyse plus complète, voir M. SCHAUSS, note sous Justice de Paix du 23 novembre 1984 - "Distributeurs automatiques de billets - vol de carte", *D.I.T.*, 1988/3.

La nuit du 31 octobre au 1er novembre, les voleurs prélèvent 40 000 francs sur le compte dont la personne est titulaire.

La question posée était la suivante : qui, de la banque ou du titulaire du compte, doit supporter la charge du retrait frauduleux ? L'Office des chèques postaux, à défaut d'avoir accepté de recréditer le compte du titulaire de la somme en cause se voit assigné par le titulaire du compte.

Au premier degré, le Juge de Paix a considéré que le demandeur, titulaire de la carte, avait commis une faute en inscrivant son numéro de code dans son agenda et avait dès lors manqué à sa première obligation. Néanmoins, cette faute a été considérée sans incidence par le Juge de Paix, en raison de l'inefficacité du système de sécurité mis en place par le défendeur. En effet, le Juge a considéré que le demandeur s'est trouvé dans l'impossibilité matérielle d'avertir le défendeur du vol de sa carte. Dès lors, la faute du défendeur a été considérée comme **cause directe du dommage** survenu.

Au second degré, le Tribunal de première instance a confirmé le jugement rendu au premier degré (la faute du demandeur est sans incidence, "la cause directe du dommage étant les faiblesses du système de sécurité"). Il a en outre considéré que le défaut de système de sécurité devait être considéré, dans le chef d'un professionnel comme la banque, comme **faute lourde** ne pouvant être couverte par aucune clause d'exonération.

2.3. Nature et étendue de la responsabilité des différents acteurs

2.3.1. Evra Corp.

(a) Types de relations

Avec l'internationalisation des transferts électroniques de fonds, l'on assiste à une multiplicité de plus en plus grande d'acteurs. Il s'agit dès lors de savoir la part de responsabilité que chacune des parties intervenantes doit assumer.

Dans le cas Evra Corp., l'on peut distinguer trois types de relations soulevant des problèmes de responsabilité différents[204] :

— relation juridique principale née de la convention entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (Evra Corp. **E** - armateur **D**)

---

204 X. THUNIS, *op. cit.*, p. 29.

— relation du donneur d'ordre avec la banque transférante (Evra Corp. **E** - Continental Bank **BE1/B2**)

— relation de la banque transférante avec la banque correspondante (Continental Bank **BE1/B2** - Swiss Bank **B3**).

En matière EDI, nous pouvons transposer ces différentes relations de la façon suivante :

1. la relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire du transfert électronique de fonds, étant entendu que le transfert est l'exécution du contrat par un moyen de télécommunication;

2. la relation contractuelle entre le donneur d'ordre et la banque transférante, qui porte sur les prestations de transmission de messages;

3. la relation entre banque transférante et la banque correspondante qui juridiquement est une relation contractuelle portant sur la transmission de messages entre les membres respectifs des deux réseaux (techniquement, la transmission reste une liaison EDI), étant entendu que chacune des banques gère elle-même les transmissions de son réseau.

(b) Relation juridique principale née de la convention entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire

Une convention synallagmatique (un contrat affrêtement d'un navire) a été passée entre deux parties. Alors que l'une de celles-ci s'est engagée à accomplir une prestation au bénéfice de son cocontractant (en l'occurrence, mettre à la disposition d'Evra Corp. un navire marchand), l'autre s'est engagée en contre-partie à effectuer un transfert pour une date déterminée. Quand bien même n'y aurait-il eu aucune faute de la part du donneur d'ordre, il est responsable vis-à-vis du créancier, sous réserve de la force majeure, de la bonne exécution du transfert de fonds et ne pourrait se prévaloir, à cet égard, d'une faute commise par sa banque ayant entraîné une inexécution ou une mauvaise exécution de l'ordre de transfert.

Ainsi donc, le donneur d'ordre assume-t-il en principe “le risque du moyen de transmission pour autant qu'il l'ait choisi”[205].

L'obligation de paiement étant de résultat, la seule inexécution du paiement suffit à entraîner la responsabilité du débiteur, hormis les cas où elle pourrait résulter d'une cause étrangère exonératoire. Dans l'hypothèse des EFT, il n'y a guère que la faute de la banque du créancier qui pourrait entraîner l'exonération du débiteur de sa responsabilité[206], le créancier étant tenu de supporter les conséquences du fait fautif de sa banque (quant au choix de la banque chargée de créditer son compte).

(c) Relation du donneur d'ordre avec la banque réalisant le transfert

---

205 B. AMORY et X. THUNIS, "Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur", *D.I.T.*, 1988/4, p. 37.

206 X. THUNIS, *op. cit.*, p. 29 et 30. A cette cause d'exonération, nous devons ajouter le fait de tiers et la force majeure, qui se révèle être la cause de la survenance du dommage.

Le principe de la responsabilité du donneur à l'égard de son créancier étant établi, il convient d'analyser la relation du donneur d'ordre avec sa banque. Ainsi pourra-t-il être ensuite possible de déterminer le recours dont il dispose à l'encontre de la banque transférante si elle a mal exécuté l'ordre de transfert.

La responsabilité de la banque vis-à-vis du donneur d'ordre est donc subordonnée à la conception que l'on a du rapport juridique existant entre ces deux parties[207].

Quelle que soit la nature que revêt le transfert, le donneur d'ordre dispose, à l'encontre de son banquier, d'une action en responsabilité contractuelle en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution de l'ordre.

(d) Relation de la banque transférante avec la banque correspondante

Un des problèmes soulevés par le cas EVRA Corp. est celui du "recours", par la banque du donneur d'ordre, à une banque correspondante chargée ainsi d'intervenir dans le processus de transfert de fonds. La nature de la relation contractuelle peut influencer les recours juridiques du donneur d'ordre contre l'une ou l'autre des banques.

La qualification de cette relation est toutefois incertaine et controversée en droit belge, de sorte que l'on ne peut donner une réponse précise à la question de savoir quelle est l'étendue de la responsabilité de la banque du donneur d'ordre et de quel recours ce dernier dispose.

Une solution pourrait être trouvée dans un arrêt de la Cour de cassation belge du 21 juin 1979[208]. En l'espèce, la Cour avait décidé que la banque du donneur d'ordre qui s'est substituée une autre banque pour l'exécution de ses obligations contractuelles, peut être tenue contractuellement responsable pour les fautes commises par celle-ci. En statuant de la sorte, la Cour a consacré le principe général de la responsabilité contractuelle pour autrui.

Si ce principe ne fait l'objet d'aucune disposition légale et si sa justification théorique est incertaine[209], son fondement se situe au niveau des règles de responsabilité contractuelle. Les banques transférantes "doivent exécuter leur mission correctement, soit elles-même, soit en recourant au service d'un tiers dont elles assument la responsabilité "[210].

La responsabilité du fait d'autrui requiert, pour son application, la réunion de trois éléments constitutifs : un contrat (a) pour l'exécution duquel une des parties recourt à

---

207 Etant donné la similitude existant entre le transfert électronique de fonds et le virement (certains ont même parlé de EFT en termes de "virement électronique" voy.VASSEUR, "Le paiement électronique - aspects juridiques", Sem. jur., 1985, I, 3206, les règles applicables à ce dernier pourraient être transposables à l'EFT. Nous ne nous attarderons pas à celles-ci (pour une analyse détaillée de la nature juridique du virement, voir P. WERY, "La nature juridique du virement bancaire de fonds", *J.T.*, 1988, p. 385 et s.), le seul intérêt de la question étant de démontrer le malaise pouvant exister en l'absence de règles uniformes.

208 Cass. belge,21 juin 1979, J.T., 1979, p 675.

209 P.-H DELVAUX, ″La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation," *J.T.* 1987, p 419.

210 X. THUNIS, *op.cit.*, p 36.

l'intervention d'un tiers (b), ce tiers ayant, dans l'accomplissement de son devoir, commis une faute (c).

i. Le contrat

En matière de transfert électronique de fonds, le contrat dont il est question pour la mise en oeuvre du principe exposé est celui qui a été conclu entre le donneur d'ordre et la banque. Celle-ci, pour des raisons qui lui sont propres, décide de faire appel, pour l'exécution de ses obligations, à une banque tierce.

ii. L'intervention d'un tiers

Le recours à l'intervention du tiers doit avoir été effectué à l'initiative du débiteur contractuel : il ne peut avoir été imposé par le créancier, auquel cas le principe de la responsabilité pour autrui ne trouverait plus à s'appliquer.

iii. La faute du tiers

Pour qu'il y ait responsabilité contractuelle pour autrui, il faut enfin qu'il y ait une faute[211] du tiers dans l'exécution de l'obligation contractuelle. Ce manquement doit rendre l'exécution impossible[212].

L'étendue de la responsabilité du débiteur de l'obligation contractuelle est subordonnée à la nature de l'obligation qui lui avait été confiée.

En vertu du principe de la relativité des conventions (article 1165 du Code civil belge), le donneur d'ordre ne dispose pas de recours contractuel à l'encontre de l'agent d'exécution. Quant au recours sur base délictuelle, il est soumis à des conditions très restrictives, ce qui aboutit à une immunité des agents d'exécution envers le créancier préjudicié[213] (donneur d'ordre).

Le donneur d'ordre pourrait, selon la jurisprudence de la Cour de cassation belge, obtenir réparation du dommage causé suite à la violation, par le tiers, d'une obligation qui s'impose à tous[214]. Dans ce cas, le créancier se voit reconnaître le droit d'agir contre le tiers sur base quasi-délictuelle.

Dans le cas Evra Corp.[215], n'aurait-on pu imaginer, dans notre système juridique belge, une action du même type qu'Evra Corp. contre la Swiss Bank ? La question mérite d'être posée. En effet, le manque total de mesures de "sécurité" doit être considéré comme une négligence

---

211 En vertu des rè!gles contractuelles, cette faute pourrait être un retard dans l'exécution, une mauvaise exécution ou encore, une inexécution pure et simple

212 P.-H DELVAUX, *op. cit.*, p 420.

213 Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376.

214 P.-H DELVAUX, *op. cit.*, p 419.

215 Par un jeu de procédures, les deux banques (BE et B2) se sont vues assignées devant les juridictions.

grave[216], voire comme la violation par le tiers d'une obligation qui s'impose à tout banquier normalement prudent et diligent.

De surcroît, en droit anglais, une "*quasi contractual relationship*" est établie entre le donneur d'ordre et la banque correspondante. Même s'il n'y a pas de relation contractuelle effective entre le donneur d'ordre et la banque correspondante, la nature spéciale de la convention principale établie entre ce même donneur d'ordre et sa banque transférante étend les effets de cette convention principale vers la banque tierce.

2.3.2. La jurisprudence de Verviers

Alors que l'*Evra corp. case* a posé la question des fondements de la responsabilité de la banque correspondante, dans ce cas simple, la responsabilité des acteurs est simplement contractuelle, le contrat régissant les services POSTOMAT.

(a) Les obligations de l'Office

Contractuellement, l'Office des chèques postaux propose un service bancaire qui garantit une certaine sécurité. Cette sécurité est assurée à deux niveaux :

- lors des opérations de retrait au guichet automatique, par l'usage d'une carte magnétique et un code numérique personnalisé (authentification de l'opération);

- lors de perte ou de vol de la carte, par un service d'opposition.

Il est bien entendu qu'à la disponibilité des services de retrait, doit correspondre la disponibilité des services de sécurité et donc celle des services d'opposition en cas de perte ou de vol de carte, et ce en raison des obligations de sécurité promises par le gestionnaire de ce réseau.

(b) Les obligations de l'utilisateur

De son côté, l'utilisateur de ce service bancaire doit également participer au maintien de la sécurité des moyens d'accès aux services :

- il doit conserver la carte magnétique et le code d'accès;
- il doit informer l'Office de tout événement (perte ou vol) susceptible de mettre en cause la sécurité du service.

L'usager de ce service doit supporter les retraits frauduleux jusqu'au moment où l'Office aura été informé de la perte ou du vol de la carte (compte tenu d'éventuel délai technique). La

---

216 X. THUNIS, *op. cit.*, p. 35.

procédure d'opposition renverse donc la charge des risques de retrait frauduleux. En vertu du règlement POSTOMAT, elle passe de l'utilisateur gardien des moyens d'accès au gestionnaire du réseau de guichets électroniques.

(c) La solution du cas d'espèce

La faute de l'utilisateur (avoir conservé ensemble la carte et le code et donc ne pas avoir assuré la sécurité des moyens d'accès) ne peut exonérer le prestataire de service. L'indisponibilité du service d'opposition durant une période où le service bancaire reste accessible constitue un manquement aux obligations assurant la sécurité du réseau EFT. De surcroît, c'est une faute lourde invalidant toute clause d'exonération de responsabilité du gestionnaire de réseau.

2.4. L'allocation des risques en matière d'EFT.

L'étude de ces deux cas de jurisprudence illustre la nécessité d'envisager la répartition des responsabilités suivant deux aspects : d'une part, les relations entre un utilisateur de service bancaire et sa banque et d'autre part, les relations entre un donneur d'ordre de transfert avec une banque intervenante dans le transfert avec qui le donneur d'ordre n'a aucune relation contractuelle.

2.4.1. La répartition des responsabilités entre cocontractants

Lors d'incidents relatifs à la transmission, l'allocation de la responsabilité s'effectue entre les intervenants actifs.

(a) La responsabilité pour les fonctions de transmission

La première règle est que chaque intervenant est responsable de manière autonome et dans les limites des fonctions qu'il remplit dans l'opération de transmission.

Dans le cas "guichet électronique", l'usager est responsable vis-à-vis de sa banque des moyens d'accès au réseau qu'il détient. Il est en faute chaque fois qu'il contrevient aux directives établies par sa banque pour assurer la sécurité des services qu'elle propose. En l'occurrence, le vol de la carte magnétique n'est pas une faute en soi s'il ne s'était accompagné de la révélation des informations nécessaires à son utilisation, c'est-à-dire le code numérique personnalisé.

Au regard de cette responsabilité, l'Office doit également, de son côté, assurer une sécurité adéquate par l'établissement de procédures spécifiques : service d'authentification des codes d'accès lors des demandes de retrait, service d'opposition pour permettre aux usagers de l'informer de la perte ou du vol éventuels des moyens d'accès. L'indisponibilité de ces services, examinée sous l'angle de l'horaire, engage la responsabilité contractuelle de l'Office, alors que une indisponibilité née d'une saturation pourrait ne pas connaître les mêmes conséquences juridiques. L'examen des causes d'exonération d'une obligation contractuelle nous a démontré qu'une surcharge de réseau pouvait être inévitable au moment de sa survenance et qu'elle pouvait, dans certains droits et sous certaines conditions, constituer un cas de force majeure.

(b) Chaque partie doit minimiser les dommages

Un corollaire du premier principe est que chaque partie se doit de minimiser les dommages. Cette nécessité est formulée en termes d'obligations de l'utilisateur et en termes de services mis en place par le prestataire.

Cette obligation pourrait ne pas être explicitement mentionnée dans les contrats. Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions serait à même de la créer.

L'usager est gardien des moyens d'accès. Il se doit de respecter les consignes de sécurité en ce qui concerne ces moyens d'accès. Lors de la survenance d'événement qui peut entraîner un dommage, il doit en informer immédiatement l'intervenant suivant dans la chaîne des fonctions de transmission.

L'Office doit vérifier l'authenticité de chaque demande de retrait mais il doit aussi prévoir des procédures de sécurité suffisantes pour permettre à tout usager de l'informer de la probabilité de dommages ainsi que pour stopper tout retrait frauduleux dans de telles circonstances.

(c) La relative incidence de la faute d'un intervenant sur la responsabilité d'un autre intervenant

Un autre corollaire du premier principe est l'effet de la faute d'un intervenant sur la faute d'un autre intervenant.

Un débiteur en défaut d'exécuter une obligation contractuelle peut se prévaloir de la faute de son créancier pour s'exonérer de sa propre responsabilité[217].

Devant une dualité de fautes (négligence de l'usager et manquement contractuel de l'Office), il faut s'attacher aux relations entre la négligence de l'usager et l'indisponibilité du service d'opposition ainsi qu'à l'incidence de la fonction d'un intervenant sur celle de l'intervenant subséquent : est-ce que la négligence de l'usager a eu une incidence sur l'horaire des services d'opposition ? Assurément, la réponse est négative. La solution aurait été différente si la

---

217 Voyez supra les causes étrangères exonératoires.

faute de l'usager avait été le manque de prévoyance et l'absence d'information auprès de l'Office durant l'horaire d'ouverture du service d'opposition.

La faute d'un intervenant peut donc exonérer un autre intervenant si la faute du premier a effectivement empêché le second d'accomplir correctement ses propres devoirs contractuels.

2.4.2. La répartition des responsabilités entre non-contractants

(a) Chacun est responsable des moyens qu'il emploie

En fonction des rôles respectifs de chaque intervenant dans la chaîne de transmission, chacun est responsable des moyens qu'il emploie et des fonctions qu'il remplit. Cette responsabilité peut être contractuelle comme nous l'avons rappelé dans le paragraphe précédent. Elle peut certainement être quasi-délictuelle vis-à-vis d'un intervenant quelconque : c'est une illustration des principes mis en oeuvre dans la responsabilité des gardiens de chose[218].

Dans le cas Evra Corp., la banque correspondante est effectivement responsable du bon entretien et de la bonne maintenance des moyens de communication, que ce soit vis-à-vis de la banque du donneur d'ordre ou du donneur d'ordre lui-même. Ne pas pourvoir à la fourniture de papier d'une imprimante et donc, ne pas s'assurer du fonctionnement efficient de tous les éléments de son système constitue assurément une faute. Cette faute peut être contractuelle vis-à-vis de la banque transférante mais elle est aussi quasi-délictuelle en relation avec le donneur d'ordre.

(b) Parmi toutes les parties, celle qui est la mieux placée pour minimiser les dommages doit assumer la responsabilité d' un incident de transmission

Différentes jurisprudences américaines[219][220], dont nous n'avons pas fait état dans le présent rapport, ont appliqué le devoir de minimiser la survenance d'un dommage en précisant de manière assez pragmatique, que la banque la mieux placée dans la chaîne de transmission (pour éviter le dommage) se devait d'assumer l'entière responsabilité d'un incident.

Pour éviter que des fonds soient débités sur un mauvais compte, la banque réceptrice de l'ordre est parfois la seule à pouvoir effectuer la comparaison entre l'ordre et les éléments corrects qui sont en sa possession : le compte bénéficiaire peut être inconnu, les coordonnées du bénéficiaire de l'ordre peuvent être erronées,...[221]

---

218 Voyez supra la partie consacrée aux principes généraux de la responsabilité.

219 Bradford Trust v. Texas American Bank - Houston, 790 F. 2d. 407; voy. également H.S. KOH, "Liability for lost or stolen funds in cases of name and number discrepancies in wire transfers : Analysis of the approach taken in the United States and internationally", Cornell Int'l L.J. 91, 1989, p. 99 et s.

220 Voy. également Article 4 a Payment Act ainsi que UNCITRAL, Legal guide on Electronic Funds Transfers.

221 Voy. l'avis de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws et l' American Law Institute dans leurs débats sur l'adoption de l'Article 4 a de l'Uniform Commercial Code, cités par H.S. KOH, *op. cit.*, p.104.

Dans d'autres circonstances, c'est la banque expéditrice qui est à même d'assumer cette responsabilité.[222]

Selon ce point de vue, il est des cas où un intermédiaire ne fait que remplir des fonctions de transmission dans la chaîne des intervenants et il en est d'autres où un intervenant doit lire un message et exécuter les instructions qui lui sont destinées. Ces derniers intervenants “actifs” se trouvent aux extrémités de la chaîne de transmission. Ils doivent, en vertu de cette règle, vérifier la vraisemblance ou la possibilité d'un message électronique avant de l'exécuter matériellement.

Si l'on transpose ce raisonnement en matière EDI, les utilisateurs de réseaux doivent se répartir en fonction de transmission entre eux à l'aide d'un accord de communication.

Parmi les intervenants (utilisateurs et opérateurs de réseaux), la partie la mieux placée pour minimiser les dommages doit assumer l'entière responsabilité d'un incident de transmission.

---

222 Bradford Trust v. Texas American Bank - Houston, 790 F. 2d. 407 ainsi que UNCITRAL.

3. Une responsabilité spécifique : celle des organismes de télécommunication

Le traitement de ce point requiert le rappel de certains concepts de télécommunication, tels que les notions d'infrastructure ou de service de télécommunication. En effet, les organismes publics ne sont responsables que dans la mesure où des faits dommageables font partie du champ des prestations de ces organismes (question de l'étendue des prestations ou des services de ces organismes).

Ensuite seulement, se pose la question du régime de responsabilité. On constatera que le régime est fonction du type de rapport entre les usagers et les organismes de télécommunication (rapport de droit public ou rapport de droit privé) ainsi que du type de service offert par ces organismes eux-mêmes (question du régime applicable)[223].

A l'heure actuelle, les différents droits des Etats Membres ne sont pas homogènes sur ce point. Cependant, dans la majorité des ordres juridiques, les organismes de télécommunication (i.e. l'opérateur exploitant en charge du réseau de transport de données) bénéficient de par la loi d'un régime spécifique en raison des droits spéciaux ou exclusifs accordés à ces organismes[224][225]. Cette immunité relative en matière de responsabilité vis-à-vis des tiers tend, toutefois, à disparaître dans certains Etats Membres[226] par le jeu de certains principes juridiques.

---

223 Voy. les différents projets les directives en matière de télécommunication, implémentant les principes de l'O.N.P. framework (Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, 90/387 C.E.E., *J.O.*, L.192/1, 24 juillet 1990).

224 C'est le cas de la Belgique à l'heure actuelle, la R.T.T. bénéficie d'une immunité résultant de la loi. Ce régime sera réformé dans un avenir proche. Deux régimes seront concurremment appliqués : un régime d'immunité limitée pour les actes accomplis dans le cadre des fonctions relevant des prérogatives de l'Etat et un régime de droit commun pour les activités commerciales.

225 Au niveau européen, la récente directive du Conseil relative à l'ouverture des réseaux publics dite directive "O N P" (ONP framework), Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, 90/387 C.E.E., *J.O.*, L.192/1, 24 juillet 1990, ne rejette pas le principe de l'attribution de droits spéciaux exclusifs d'exploitation à des organismes de télécommunication. Cependant, une harmonisation des conditions d'accès et d'utilisation des réseaux publics doit être définie par les Etats Membres suivant trois principes de base :

— Les conditions de fourniture d'un réseau ouvert par les organismes de télécommunication doivent être fondées sur des critères objectifs ;

— elles doivent être transparentes et publiées d'une manière appropriée ;

— elles doivent garantir l'égalité d'accès et être non discriminatoires, conformément au droit communautaire (art. 3, al.1).

"Ouverture" ne signifie pas "accès anarchique" aux réseaux publics de télécommunication comme le souligne l'alinéa 2 de l'article 3 : "les conditions de fourniture du réseau ouvert ne doivent pas restreindre l'accès aux réseaux publics de télécommunication ou aux services publics de télécommunication, si ce n'est pour des raisons fondées sur des exigences essentielles au sens du droit communautaire", à savoir :

— la sécurité du fonctionnement du réseau;

— le maintien de l'intégrité du réseau;

— l'inter-opérabilité des services, dans les cas justifiés ;

— la protection des données dans les cas appropriés.

3.1. Principes de responsabilité des organismes de télécommunication

Les différents régimes possibles de responsabilité des organismes de télécommunication vont de l'irresponsabilité totale à une responsabilité de droit commun en passant par une responsabilité atténuée (faute lourde).

A l'égard de la définition de ces régimes, lorsque l'entité bénéficiant de droits exclusifs est une entité publique, deux méthodes sont employées par les Etats membres : soit une méthode législative consistant à fixer dans une loi les grands principes d'un tel régime, soit une méthode jurisprudentielle reposant au contraire sur le rôle du juge administratif (parfois même du juge civil).

Avant d'analyser plus précisément les différents régimes nationaux, il y a lieu d'indiquer que la situation générale est une limitation de responsabilité à des cas limitativement énumérés (négligence grave, faute intentionnelle, violation du secret des correspondances[227]). Des montants maxima d'indemnisation sont, le cas échéant, établis.

Par ailleurs, une similitude se retrouve dans tous les systèmes nationaux : le remboursement d'une fraction de la redevance en cas d'indisponibilité des services. Elle se retrouve également énoncée dans certaines directives projetées par la commission en matière d'"O.N.P." : par exemple, le projet de directive "ligne louée" prévoit ce remède si des ruptures ou des mauvais fonctionnements de l'infrastructure persisteront durant un certain temps.

3.2. Les organismes de télécommunication

3.2.1. Introduction

La directive du Conseil du 28 juin 1990 concernant l'ouverture des services de télécommunication (90/387/CEE)[228] définit ces organismes comme des "entités publiques ou privées auxquels un Etat membre octroie des droits spéciaux ou exclusifs pour l'établissement de

---

En d'autres termes, les Etats Membres devront garantir aux utilisateurs du réseau public de télécommunication les quatres qualités essentielles citées au paragraphe précédent, qui forment les quatre obligations générales des organismes de télécommunication.

Cela étant, on peut se poser la question de savoir si ces qualités seront suffisamment précises dans les différentes directives qui vont suivre. Par manque de précision, il est à craindre que ces garanties ne sauront satisfaire valablement les besoins des usagers et ne pourront pas être directement applicables.

226 En dehors de la Grande Bretagne où la responsabilité de ces organismes est soumise au droit commun de la responsabilité contractuelle, l'Italie connaît, par exemple, une atténuation jurisprudentielle du régime légal dans certaines circonstances : l'organisme étatique et les sociétés concessionnaires peuvent se voir imposer une responsabilité de droit commun lorsque les relations avec les usagers sont effectivement déséquilibrées.

227 Lamy 1990, n° 1741.

228 J.O.C.E., L. 192 du 24-07-90, p. 1.

réseaux publics de télécommunication ainsi que, le cas échéant, la fourniture de services publics de télécommunication".

Cette définition propose deux critères cumulatifs permettant de qualifier une entité publique ou privée d'organisme de télécommunication :

— l'attribution de droits spéciaux ou exclusifs (sans précision terminologique sur ce point telle que monopole, licence, ...)

— ces droits spéciaux ou exclusifs doivent porter sur l'établissement de réseaux publics de télécommunication[229] ainsi que, le cas échéant, sur uniquement la fourniture de services de télécommunication.

3.2.2. Une entité publique ou privée ?

La directive emploie une terminologie différente ("... des entreprises publiques et entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs ...") de l'article 90 du Traité C.E.E.

Les "entités privées" ne semblent pas poser de problème de compréhension. Par contre, les "entreprises publiques" recouvrent différentes formes d'organisation économique et juridique.

D'un point de vue juridique, au-delà des différences entre les législations des Etats membres, on retrouve un commun dénominateur pour définir ces entreprises publiques : "l'influence que les pouvoirs publics peuvent exercer sur la gestion de ces entreprises sans avoir à recourir à des mesures autoritaires"[230].

Cette influence peut résulter de différents facteurs comme la participation au capital d'une société, qu'elle soit prépondérante[231], majoritaire[232] ou de contrôle.

Dans les faits, un grand nombre d'entités du marché des télécommunications peuvent répondre à ce critère. C'est la raison pour laquelle le Conseil impose aux Etats membres de notifier à la Commission les entités auxquelles ils ont octroyé ces droits spéciaux ou exclusifs, pour désigner, a priori, les entités auxquelles ils devront adresser eux-mêmes les modifications réglementaires imposées par la directive.

---

229 Selon nous, la notion de réseau de télécommunication recouvre à la fois l'infrastructure et les services qui sont offerts à l'aide de cette infrastructure.

230 Voy. THIESING, SCHROBER et HOCHBAUM, *op. cit.*, p. 276 et s.

231 P.T.T. Nederland est une société dont le capital est détenu à 100 % par l'Etat hollandais. Voy. Wet van 26 oktober 1988, houdende regels met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap P.T.T. Nederland N.V. (Machtigingswet P.T.T. Nederland N.V.), Stb., 1988, 521. Voy. également l'ouvrage collectif, *Vers une nouvelle réglementation des télécommunications,* Cahiers du C.R.I.D., n° 4, Story Scientia, 1990.

232 Le capital S.A. TRANSPAC exploitant le réseau de commutation par paquets de France Télécommunication est détenu en majorité (66%) par France Télécommunication.

Parmi les entreprises visées, on peut citer quelques entités que l'on peut qualifier, sans aucun doute, d'organismes de télécommunication. Un tableau récapitulatif en fonction du pays et de la forme juridique les reprend succinctement. Un "*" signalera une prochaine modification du régime actuel, que ce soit une réforme profonde de la structure légale des organismes ou une mise à niveau en raison des exigences européennes en la matière.

Réseaux ouverts au public	France*	Belgique*	Pays-Bas	Allemagne*	Gde-Bret.	Italie*
Administration publique	"France Telecom"			D.B.P. Telekom		ASST
Société privée à participation d'Etat	S.A. Transpac (66%)	Belgacom	P.T.T. Telecommunicatie BV (100 %)			SIP Italcable Telespazio
Société privée à capitaux privés					B.T. et MERCURY	

De façon générale, des entitées indépendantes reçoivent les licences d'exploitation en vertu d'une loi[233] ou des administrations nationales qui ont les télécommunications dans leurs compétences. Ces licences sont soit générales[234], soit particulières[235].

A côté de ces licences générales ou particulières, des monopoles de droit ont été institués au bénéfice de certaines administrations nationales qui se sont, le cas échéant, donné une façade commerciale[236]. Il y a lieu de souligner le cas particulier de la B.V. P.T.T. Telecommunicatie qui est une société anonyme de droit néerlandais constituée par le Ministre des Transports et voies fluviales en vertu d'une loi d'autorisation.

3.3. Les régimes particuliers de responsabilité

Devant ces différentes façons d'organiser l'octroi de droits spéciaux et exclusifs, on peut se poser la question de savoir comment les autorités nationales ont organisé les régimes de responsabilité qui s'attachent à ces organismes.

---

233 Par exemple, Belgacom bénéficie d'un droit d'exploitation exclusif en vertu de la loi belge du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991.

234 B.T., MERCURY en G.B.

235 Limitée à un service de réseau public : en France, S.A. TRANSPAC pour la commutation par paquets; en Italie, SIP pour les liaisons nationales et européennes, ITALCABLE pour les liaisons intercontinentales et TELESPAZIO pour les liaisons par satellites, ...

236 En France, le Ministère des Postes, des Télécommunications et de l'Espace a, pour l'exercice de ses compétences légales, adopté le nom commercial de France Télécommunication.

A chaque Etat membre s'attache une organisation propre des services publics de télécommunication. Dès lors, il y a lieu, selon nous, de considérer séparément chaque régime national et leurs particularités propres. L'exemple de la France nous montrera que cette responsabilité particulière doit s'analyser précisément en fonction des services utilisés en EDI (et donc des contrats avec les organismes en question) avec une référence au régime général de ces organismes.

3.3.1. France

En France, même si une nouvelle loi sur la réglementation des télécommunications[237] est en projet, elle ne modifiera pas le régime actuel de responsabilité de France Télécommunication. Ce régime de responsabilité légale et limitée se trouve résumé dans l'article L.37 du Code des Postes et Télécommunications.

(a) Responsabilité de l'Etat à raison des services de communication

La loi française

L'article L.37 du Code français des Postes et Télécommunications institue un régime dérogatoire au droit commun de la responsabilité administrative.

"La responsabilité de l'Etat peut être engagée à raison des services de communication sur réseau de télécommunication en cas de faute lourde.

Il en est de même en ce qui concerne les erreurs ou omissions qui pourraient se produire dans la rédaction, la distribution ou la transmission des listes d'abonnés."

Nous allons principalement préciser le régime découlant de l'alinéa premier puisque la responsabilité de l'Etat français à raison du service des renseignements et de l'annuaire n'a pas de lien avec les transmissions EDI[238].

Cette disposition législative concerne les services de communication qui selon l'exposé des motifs de la loi du 23 octobre 1984, couvrent "l'ensemble des messages transmis par le réseau", qu'il s'agisse de messages oraux ou écrits, de messages privés ou de messages collectifs[239].

La jurisprudence

---

237 Voy. le projet de loi en question (Publication du Ministère des Postes, des Télécommunications et de l'Espace, Service de l'information) qui a, en fait, pour objet de séparer les fonctions de réglementation et les fonctions commerciales de France Télécommunication.

238 On suppose, en effet, que par hypothèse les utilisateurs connaissent les coordonnées téléphoniques ou d'accès à un correspondant signataire à l'accord (type) d'échange de données.

239 Lamy informatique, 1990, p. 1141, n° 1743.

L'interprétation restrictive[240] des termes “sur le réseau de télécommunication” nous conduit à penser que seuls les dommages relatifs aux communications échangées sont couverts par cette responsabilité, c'est-à-dire :

— le dommage résultant de l'impossibilité soudaine d'établir une communication ;

— l'interruption d'une communication en cours ;

— ou encore, la transmission défectueuse du contenu d'une communication[241].

Par ailleurs, les dommages qui découlent de cet art. L.37 al. 1er n'engagent la responsabilité de l'Etat français que s'ils sont imputables à une *faute lourde* de l'administration.

Le concept de “faute lourde” est assez imprécis[242] dans la mesure où son acception a été créée de toute pièce par le juge administratif français pour tenir compte des difficultés inhérentes à l'activité de l'administration. A l'image de la responsabilité civile de droit commun, l'appréciation de cette *faute* est laissée à la discrétion du juge. Cette imprécision et cette subjectivité pourraient reporter la charge des risques techniques sur les usagers.

Retenons simplement que l'administration a droit à l'erreur dans le fonctionnement d'un réseau de télécommunication en raison de la fiabilité limitée des techniques actuelles[243]. Encore faut-il qu'elle ne fasse pas preuve de carence ou de “retard excessif” ou de “délais anormalement longs” pour réparer une liaison interrompue, par exemple[244].

Selon nous, les techniques de transmission sont devenues plus fiables que toute autre technique moderne. La solution française tend, alors, à reporter sur les utilisateurs de ce service public le risque d'une technique mise en oeuvre par l'administration.

Cette allocation des risques plus importante dans le chef des utilisateurs pourrait, cependant, nous paraître admissible si des critères objectifs viennent corriger l’imprécision de la “faute lourde”. A titre d’illustration, sur base de critères précis, le juge administratif déterminera si une rupture soudaine d’une transmission de données résulte des aléas statistiques (risque à charge des utilisateurs) ou d'une carence caractérisée d'une partie précise du réseau (responsabilité à charge de France Telecom). En d'autres termes, l'appréciation de cette responsabilité limitée devrait tenir compte des normes admissibles en matière de fiabilité (à déterminer) et de la fréquence d'incidents sur un tronçon ou une section (régionale) d'un réseau (éléments de fait).

Par ailleurs, la diligence de l'administration pour réparer ou corriger un incident devrait elle aussi avoir des références précises (1 jour, 12 heures, ...) encore que dans ce domaine et pour l'ensemble de la responsabilité, les projets de directives communautaires n'envisagent que trop peu cette question.

---

240 En raison du régime dérogatoire que cette disposition institue.

241 Cette solution découle de la jurisprudence française antérieure à 1984 que le législateur a consacré par le texte de cet article L.37.

242 C.E., 12 mai 1976, Bogas, D. 1977, 62, note L. RICHER.

243 C.E., 15 mai 1981, de Chatellux, Rec. Lebon, p. 902, Voy. Conclusions du Commissaire du Gouvernement Robineau.

244 Voy. pour les communications téléphoniques, C.E., 15 mai 1981, de Chatellux, Rec. Lebon, p. 902.

Préjudice indemnisable

Il semble que le juge administratif est beaucoup plus large que le juge civil pour l'indemnisation des préjudices.

En effet, par principe, tous les préjudices, même le préjudice financier[245], sont indemnisables à charge pour le requérant d'établir un lien de causalité suffisant[246] entre la faute lourde de l'administration et le dommage.

Une rupture accidentelle d'une liaison téléphonique qui provoque un incendie, par exemple, peut constituer une *faute lourde* sauf cause d'exonération. En effet, comme en droit commun de la responsabilité, l'administration peut s'exonérer de sa faute lourde en invoquant la faute d'un tiers ou de la victime.

(b) TRANSPAC - Responsabilité d'un concessionnaire de service sur un réseau public de transmission

Le réseau TRANSPAC est un réseau de transmission de données, reposant sur la technique de la commutation par paquets[247] et principalement destiné aux communications entre entreprises.

Il permet notamment la communication entre ordinateurs à distance et l'EDI.

Ce réseau est géré par une société d'économie mixte, la S.A. TRANSPAC[248] (97 % du capital appartient à l'Etat français, via son "holding" COGECOM et 3% par les usagers regroupés sous UTIPAC) en vertu d'une concession définissant les obligations mises à sa charge et les modalités exploitation du réseau[249].

Les relations S.A. TRANSPAC - utilisateurs, quant à elles, sont régies par un contrat-type regroupant les conditions générales de ce service. La clause 9 en définit certaines modalités :

9.1 La responsabilité du Fournisseur ne saurait être engagée en cas de force majeure ou de faits indépendants de sa volonté (interruption du service résultant de conflits sociaux, défaillance des moyens de transmission fournis par l'Administration des P.T.T.).

En raison de son indépendance juridique vis à vis de l'Etat français, cette société ne pourrait bénéficier d'aucun privilège particulier tenant à sa qualité d'entreprise publique. Ainsi,

---

245 (Perte de clientèle et diminution du C.A.), C.E. 5 novembre 1982, Cassard, Rec. Lebon, 1982, 744.

246 En effet, le Conseil d'Etat français semble admettre facilement ce lien de causalité, par exemple dans l'hypothèse du dommage résultant d'un incendie qui s'est propagé par suite d'une interruption accidentelle des liaisons téléphoniques. C.E., 15 mai 1981, Rec. Lebon, 902, de Chatellux; C.E., 18 juin 1982, n° 27.802, Viestyl's textil.

247 Recommandation du C.C.I.T.T. dans son avis X-25.

248 Le choix de cette dénomination confuse a vraisemblablement été dicté par une raison commerciale : lier le gestionnaire au service en question.

249 Voy. Lamy informatique, p. 1150, n° 1766 et s.

cette clause du contrat type doit être mise en oeuvre indépendamment de l'article L.37 al. 1er du Code.

La responsabilité de la S.A. TRANSPAC n'est engagée que pour les services qu'elle offre sur le réseau dont elle est le concessionnaire exclusif.

Pour les dommages imputables à l'infrastructure elle-même (défaillance des moyens de transmission fournis par l'administration elle-même), par contre, il y a lieu de vérifier les conditions d'application de l'article L.37 du Code des Postes et des Télécommunications en considérant l'éventualité où TRANSPAC a pris part à la survenance du dommage. La société anonyme TRANSPAC pourrait en effet ne pas exécuter correctement son obligation d'entretien et de maintenance des installations spécifiques du réseau[250]. Cette négligence pourrait entraîner une défaillance du réseau et causer des dommages à un utilisateur de TRANSPAC. En principe, en France, il y aura un recours exercé par l'utilisateur contre France Télécommunication (l'Etat français) qui se retournera contre Transpac S.A. .

Quant à l'article 9-2 :

"9.2 Le Fournisseur assume les dommages causés aux matériels visés à l'article 2.1, sauf si ces dommages résultent d'une négligence ou d'une faute du Client.

Toutefois le Client reste seul responsable en tant que détenteur et juridiquement gardien des dommages causés à ces matériels en cas de vol ou incendie".

A ce titre, il lui est conseillé de souscrire une assurance, le Fournisseur lui indiquera, à sa demande, la valeur des matériels installés chez lui.

Cet article concerne le matériel nécessaire à l'accès au réseau localisé chez l'utilisateur (ex. modem). Il répartit les risques de la façon suivante :

— TRANSPAC S.A., en tant que propriétaire, doit supporter les pertes ou les dommages occasionnés à ce matériel (sauf négligence ou faute de la part du client) ;

— quant aux dommages causés par ce matériel (p. ex. incendie d'un bâtiment provoqué par le matériel en question) ou aux vols perpétrés sur ce matériel (p. ex. vol avec effraction dans les bâtiments de l'utilisateur et disparition de ce même matériel), ce sont les clients eux-mêmes qui supportent ces risques en vertu de la responsabilité du gardien de la chose (1384 al. 1, C. civil).

L'article 9.3 s'aligne sur le droit commun de la responsabilité des dommages occasionnés par l'utilisation du matériel déposé, que ce soit un dommage causé à un tiers ou à un membre du personnel.

9.3 A partir de l'installation de ces matériels chez le Client au titre du présent contrat, et jusqu'à leur reprise par le Fournisseur, le Client est seul responsable de tout dommage corporel, matériel ou immatériel causé, directement ou indirectement, à lui-même, à son personnel ou à un tiers par ces matériels, sauf vice caché.

---

250 Un cahier des charges réglant la relation D.G.T. et S.A. TRANSPAC impose en effet de telles obligations.

(c) Responsabilité pour les liaisons spéciales

Il a été établi que la fourniture du réseau général (service public aux particuliers) est soumise à la responsabilité de l'Etat en raison de sa faute lourde (article L. 37).

En ce qui concerne les liaisons spéciales, leur fourniture est singulièrement dotée d'un régime d'irresponsabilité totale alors que leur établissement (bien qu'effectué à la demande spéciale des usagers) est exclusivement l'oeuvre de France Télécom et que leur support fait parfois partie intégrante de l'infrastructure du réseau général. Il nous semble, dès lors, qu'il y a là matière à critique dans la mesure où deux régimes de responsabilité sont appliqués sur une même infrastructure.

Liaison point à point et liaison multipoint

Ces liaisons sont mises à la disposition d'un ou de plusieurs usagers sous le régime de la location. Elles sont destinées à relier deux ou plusieurs installations existantes à partir d'une voie de communication disponible, prélevée sur le réseau général des communications.

Cette mise à disposition ne s'accompagne pas de service de réseau.

Par ce procédé, l'usager ou les usagers en question peuvent constituer un réseau indépendant du réseau public.

Ligne d'intérêt privé

C'est une voie de communication d'usage privatif dont le support de transmission n'emprunte ni en totalité ni même en partie, l'infrastructure générale de l'administration des P.T.T.. Son établissement et son entretien sont à charge exclusive de l'usager qui supporte en définitive toute la responsabilité.

L'article D 395 al. 1er du Code des P. et T. ne crée aucune responsabilité du fait des interruptions accidentelles des communications même causées par les fils dont l'entretien est réservé au service des télécommunications.

Réseaux télématiques ouverts à des tiers utilisant des liaisons spécialisées

C'est "l'ensemble des moyens informatiques et de communication gérés par une même personne morale, qui offre à des tiers des services associant le transport et, pour une part majoritaire (85%- selon l'article D. 385-4), le traitement informatique de données[251]." Cette définition recouvre les réseaux offerts, par exemple, par les opérateurs de réseau EDI qui propose des services de conversion de protocole, de conversion de formats, ...[252]

---

251 Décret n° 87-775 du 24 septembre 1987 relatif aux liaisons spécialisées et aux réseaux télématiques ouverts à des tiers, art 9 (article D.385-2).

252 En France, il a semblé qu'une réglementation spécifique était nécessaire pour permettre l'établissement de tels réseaux tout en prévenant le détournement du trafic des communications traditionnelles. Ce décret, en définitive, ne déroge pas aux principes de responsabilité établis précédemment.

Dans les relations entre l'Administration et la personne qui gère ce réseau, il y a lieu de considérer les types de liaisons et le contrat (ou l'autorisation) qui sont à la base de l'établissement de ces réseaux télématiques. Une multitude de situations sont dès lors possibles et il y aura lieu de considérer précisément les éléments de fait.

3.3.2. L'Allemagne

Le "*Deutsche Bundespost Telekom*" est l'organisme allemand des télécommunications. Il fait partie intégrante de l'administration de la République Fédérale d'Allemagne. Dès lors, la fourniture des services de télécommunication n'est pas régie par le droit commun de la responsabilité civile mais par le droit public de la responsabilité de l'Etat.

Bien que le "*Grundgesetz*" établit un principe de responsabilité de l'Etat pour ses propres actes[253], l'Allemagne est l'un des Etats membres qui connaît l'irresponsabilité de principe de l'organisme en charge des télécommunications. Ce résultat est obtenu par la limitation instaurée par les sections 445 à 448 de la "*Telekommunikationordnung*" et par la section 18 sous section 1, 24 *Ausland. T.K.O*[254], en ce qui concerne les liaisons internationales[255].

On retiendra que, dans le cadre des services fournis par le DBP, la principe est l'irresponsabilité sauf cas limitativement énumérés par la loi, tels que les lésions corporelles ou l'atteinte à la santé physique, l'atteinte à la propriété en général, et les dommages financiers.

Cumulativement à ces dommages couverts et pour ouvrir le droit à réparation, la loi allemande requiert soit le dol (l'intention délibérée d'agir de la sorte pour provoquer le dommage) soit la faute (soit simple[256] soit lourde[257]) de la part de la DBP ou de ses représentants[258].

Par ailleurs, l'indemnisation des dommages fait l'objet d' un double plafond : un plafond par incident pour une partie préjudiciée et un plafond général par incident pour toutes les parties préjudiciées.

Malgré ces limites importantes quant à la responsabilité et à l'indemnisation des victimes, le déséquilibre des conditions générales n'entraîne pas l'application des dispositions protectrices de l'A.G.B.Gesetz (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Algemeinen Geschäftsbedingungen*). en raison du caractère administratif du droit qui est applicable en la matière.

---

253 Article 45 Grundgesetz

254 Cette réglementation gère la responsabilité de la DBP en matière de liaison internationale.

255 De manière générale, un projet de règlement sur la responsabilité de D.B.P.Telekom est en préparation.

256 Pour les lésions corporelles et les atteintes à la propriété.

257 Pour les dommages financiers.

258 En général, tous les préposés de la DBP sont visés, sauf pour les dommages financiers où la loi requiert que le dol ou la faute lourde soit commis par des représentations supérieurs de cet organisme.

Dans un futur proche (pour le premier juillet 1991), la TKO devra, en vertu de la réforme intervenue en 1990[259], être remplacée par des ordonnances tenant compte du fait que le rapport Bundespost Telekom-utilisateurs est devenu un rapport de droit privé.

3.3.3. Les Pays-Bas

Depuis la réforme de 1989, on distingue aux Pays-Bas deux catégories de services fournis par un même organisme, PTT Nederland N.V.[260], auxquels sont applicables deux régimes distincts de responsabilité : d'une part, la fourniture de l'infrastructure et les "services de base"[261] (à cela, il faut ajouter la location de lignes spécialisées) et d'autre part, les services de "télé-information".

Un correspondant EDI peut emprunter l'une ou l'autre de ces deux catégories de services[262].

(a) La fourniture de l'infrastructure, des services de base, des lignes louées et de la transmission directe de données.

Le régime applicable est défini par l'article 12 de la loi générale[263]. L'irresponsabilité est la règle pour l'exploitation des fonctions d'utilité publique, sauf dans trois cas limitativement énumérés (a) et à condition que le dommage soit dû à certaines causes (b) :

— a) lors de dysfonctionnement ou de non-fonctionnement de l'infrastructure de télécommunication, la mauvaise exécution des services imposés et la maintenance des liaisons fixes;

— b) les dommages consécutifs à la mort ou le dommage corporel, la violation du secret des communications et le traitement erroné des données relatives aux utilisateurs des services ou des liaisons fixes ou encore l'erreur administrative concernant ces données).

Comme en Allemagne, la responsabilité exceptionnelle de l'organisme est envisagée en fonction des dommages indemnisables. Comme en Allemagne aussi, des maxima sont établis pour limiter l'indemnisation de ces dommages. Cependant, les maxima se réfèrent à chaque type

---

259 Article 65, 3° Postverf., voy. Cahier du C.R.I.D. n° 4, op. cit.

260 Wet van 26 oktober 1988, houdende regels met betrekking tot de oprichting van de naamloze venootschap PTT Nederlands N.V., Stb., 1988,521.

261 On vise par cette notion le service de téléphonie, de télex, de télégraphie et de transmission directe de données.

262 Un correspondant EDI peut communiquer avec un autre correspondant ou se connecter à l'opérateur de réseau indépendant par une liaison du réseau téléphonique général, par une ligne directe de transfert de données ou par une ligne louée spécialisée.

Par ailleurs, ce correspondant EDI peut communiquer avec son correspondant à l'aide du réseau spécialisé de transfert de données.

263 Wet op de telecommunicatievoorzieningen , Stb., 1988, 520.

d'événement[264] et à chaque type de services ou de liaisons fixes. Comme en Allemagne encore, l'application de ces limites maximales sont exclues dès lors que les agissements étaient délibérés ou que les dommages proviennent d'une négligence grave, c'est-à-dire les cas où la *Telecommunicatie B.V.* savait que de tels agissements ou une telle négligence pouvait engendrer le dommage.

(b) Les activités commerciales

Ces activités sont soumises au droit commun de la responsabilité contractuelle. Nous renvoyons dès lors à la partie consacrée à cette responsabilité.

3.3.4. La Belgique

L'ancienne législation belge des télécommunications date de 1930 et était, encore au début de cette année, une des réglementations les plus anciennes de la Communauté.

Le Parlement belge a récemment adopté une loi[265] réformant certaines entreprises publiques actives dans les secteurs industriels et commerciaux, dont la Régie des Télégraphes et Téléphones (R.T.T.), en les dotant d'une plus grande autonomie de gestion par leur classement dans une nouvelle catégorie juridique : les entreprises publiques autonomes[266].

Conformément au prescrit européen, la R.T.T. n'assurera plus que des fonctions d'exploitation (sous le nom de Belgacom) tandis que les fonctions de réglementations seront dorénavant exercés par le Ministre compétent pour les matières relatives aux télécommunications. Ce dernier est aidé en cela par un organisme indépendant (représenté et dirigé par le Ministre) à qui sont attribuées les compétences normatives de la R.T.T. : l'Institut Belge des services postaux et des Télécommunications (I.B.P.T.).

(a) Le régime de responsabilité de la défunte RTT

L'organisme en charge du service public de télécommunications était la Régie des Téléphones et des Télégraphes. Budgétairement indépendante de la comptabilité nationale, cette défunte régie ne demeurait pas moins soumise à la tutelle du Ministre des Communications. Aussi pouvait-on la qualifier d'entreprise publique bénéficiant d'un monopole légal en matière de télécommunication et soumise à un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun.

---

264 Besluit van 19 december 1988, houdende vaststelling van de bedragen ter limitering van de aansprakelijkheid voor telecommunicatie als bedoeld in artikel 12 van de wet op de telecommunicatievoorzieningen, Stb., 1988, 510.

265 Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques autonomes, *M.B.*, 27 mars 1991.

266 B. VERHAEGEN, "Le Cadre réglementaire belge des radiocommunications", à paraître dans *Adm.Publ.*.

Chargée d'exploiter les services de télécommunications dans l'intérêt public, la RTT était néanmoins active dans des activités que l'on ne pouvait raisonnablement appeler "service public"[267] . En dehors de cette évolution des offres, le régime de responsabilité n'avait subi aucune mutation fondamentale.

En effet, la RTT, dans l'exercice de ses fonctions, bénéficiait d'une irresponsabilité totale consacrée par quelques dispositions expresses[268] et confirmée par la jurisprudence[269]. En cas d'incident et de dommages, les usagers ne bénéficiaient d'aucune indemnité. Exceptionnellement, l'usager pouvait bénéficier du remboursement d'une partie de la redevance si une interruption des services s'était prolongée au-delà d'un certain délai (ex. le locataire d'une ligne spécialisée pouvait demander le remboursement d'une fraction de la redevance périodique relative à cette ligne spécialisée).

En dehors de ce cas qui correspond au principe de la répétition de l'indu[270], l'usager belge n'avait droit à aucune indemnisation pour tout autre dommage. Force est de constater que cette irresponsabilité atténuait fortement la portée de la loi de la régularité et de la continuité des services publics[271], qui gouverne la mission du service public. Sans doute l'intérêt public s'opposait-il fortement à la prise en charge par la Régie de la réparation totale des dommages privés causés par les défaillances éventuelles de ces services publics. Cependant entre cette réparation intégrale et l'indemnisation en cas d'interruption de service, on aurait pu certainement trouver la place pour une indemnisation autre que dérisoire et symbolique, même si elle devait demeurer forfaitaire et plafonnée.

(b) La réforme des "entreprises publiques autonomes"

L'article 64 de la loi[272], définit le régime de responsabilité du successeur juridique de la R.T.T., BELGACOM. Ce système possède de forte similitude avec les régimes hollandais et allemands.

Ainsi, on distinguera de la même manière, d'une part, les dommages découlant du mauvais fonctionnement de l'infrastructure des télécommunications publiques et de manquements dans

---

267 Cette notion s'attache à des services fournis à un grand nombre d'usagers à des tarifs indépendants des coûts réels de production.

268 Par exemple, l'article 24 de la loi du 19 juillet 1930 : "La Régie n'est soumise à aucune responsabilité en raison des services de correspondance par télégraphe et par téléphone avec et sans fil"; l'article 65 de l'arrêté ministériel du 20 septembre 1978 qui fait écho à l'article 24 de la loi notamment en matière de délai d'exécution des travaux, d'interruption de services, d'erreur dans les annuaires et de la qualité des transmissions.

269 A cet égard voir : "Les conditions d'usage du service de la correspondance par téléphone", Centre du droit de la consommation, U.C.L., 3 décembre 1981 ainsi que le Cahier du C.R.I.D. n°4, *op. cit*..

270 Voy. par exemple, Bruxelles, 12 septembre 1978, *J.T.*, 1980, p. 85.

271 Cette loi est une des quatre qui gouvernent la mission de la RTT. Elle est une obligation imposée au service public au bénéfice des usagers dans leur ensemble. Elle signifie que le service public doit être assuré de façon régulière, continue et permanente.

272 Loi du 21 mars 1991, M.B. du 27 mars 1991. Voyez également le projet de loi sur les entreprises publiques autonomes, Doc. Parlementaires, Ch., 1287/1, 89-90.

l'exercice des services réservés, et d'autre part, les dommages résultant de l'exploitation de services commerciaux.

En ce qui concerne l'infrastructure et les services réservés, c'est-à-dire dans l'exercice de la fonction d'utilité publique, le principe demeure que BELGACOM est a priori irresponsable sauf exceptions expressément énumérées par la loi[273]. Les trois exceptions sont fondamentalement inspirées des textes hollandais comme le démontre le principe des plafonds d'indemnisation à fixer par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres ainsi que l'exclusion de ces plafonds en cas de faute délibérée ou de négligence grave.

Par contre, en ce qui concerne les services non réservés (ouverts à la concurrence d'autres opérateurs), le régime de droit commun de la responsabilité sera appliqué dans les relations purement contractuelles entre BELGACOM et les usagers de ces services.

3.3.5. L'Italie

En Italie, les rapports entre les différents acteurs subissent une forte rigidité des réglementations des télécommunications, précisément en matière de responsabilité.

Les services de télécommunications font l'objet d'un monopole légal exercé par une administration de l'Etat italien qui accorde des concessions spécifiques à certaines entités. A chaque service de télécommunication, correspond une réglementation particulière mettant en application les principes généraux édictés par le Code Postal italien. Il existe par exemple une réglementation en matière de services télématiques grand-public, en matière d'E-mail, etc ...qui s'adresse le cas échéant au concessionnaire de ce service Cependant, il n'existe pas à l'heure actuelle de réglementation spécifique à l'EDI.

La réglementation découpe les relations juridiques entre les différents acteurs de la manière suivante :

— la relation de base entre la société concessionnaire d'un service de télécommunication et un fournisseur de services spécifiques empruntant ce service concédé;

---

273 Article 64

§1er. En ce qui concerne les dommages causés aux dépens d'un utilisateur à la suite du non-fonctionnement ou du fonctionnement défectueux de l'infrastructure des télécommunications publiques ou de manquements lors de la fourniture de services réservés, BELGACOM ne peut être tenu responsable que pour les dommages causés à la suite :

1° d'un décès ou d'une lésion corporelle;

2° d'une infraction aux dispositions des articles 111 ou 112, deuxième alinéa, commise par les membres de son personnel, pendant l'exercice de leur fonction;

3° de la gestion ou de la maîtrise défectueuse de données concernant les utilisateurs des services réservés.

La restriction de la responsabilité prévue à l'alinéa 1er n'est pas d'application pour autant qu les dommages découlent des actes propres ou de la négligence de BELGACOM, soit avec l'intention de causer ces dommages, soit inconsidérément et en sachant que ces dommages en résulteraient probablement.

Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition de l'Institut, déterminer les montants au-delà desquels ne s'applique pas l'indemnisation visée à l'alinéa premier.

— et la relation entre ce dernier fournisseur de services spécifiques et ses usagers.

Les premières relations sont régies par les décisions ministérielles concédant ces services à un concessionnaire, à charge pour celui-ci de remplir les obligations précises, comme par exemple en matière d'E-mail.

Dans les relations entre ces concessionnaires ou l'administration de l'Etat et les usagers, une grande lacune subsiste en matière de responsabilité. En effet, l'article 6 du Code Postal pose le principe de l'irresponsabilité de l'administration et, le cas échéant, du concessionnaire pour les services de télécommunications, hors les cas et les limites expressément prévus par la loi. Or aucune loi n'a fixé ou réglé des cas d'indemnisation des usagers[274] comme dans certains autres Etats membres.

Cependant, deux décisions importantes de la Cour Constitutionnelle nuancent cette irresponsabilité de fait, en la déclarant partiellement inconstitutionnelle .

En effet, dans le premier arrêt, la Cour a considéré que les règles du Code postal sur les limitations et les exemptions de responsabilité étaient partiellement illégitimes. Elle s'est également prononcé sur l'obligation pour les services publics essentiels (comme le service postal) de s'organiser sous forme d'entreprises agissant selon des critères économiques. Les rapports avec les usagers de leurs services devraient aussi devenir des rapports de droit privé avec une certaine responsabilité contractuelle.

Dans la seconde décision qui traite précisément du service téléphonique, la Cour a répété le principe de l'organisation et de la gestion d'un service public sous forme d'entreprise et la nécessité de modifier en conséquence les rapports avec les usagers en rapports contractuels. En constatant simplement l'irresponsabilité de fait de l'administration et des concessionnaires des services publics, la Cour en a déduit :

— que la loi traite différemment les concessionnaires et les usagers;

— qu'en exonérant le concessionnaire des services téléphoniques des dommages et intérêts pour les interruptions fautives du service public, la loi déroge au principe de la responsabilité contractuelle;

— et qu'en définitive, est inconstitutionnelle la disposition légale qui déroge au principe de la responsabilité des concessionnaires.

A l'heure actuelle, on ne peut encore mesurer les effets de ces deux décisions en Italie.

3.3.6. L'Angleterre

---

274 Selon l'Etat italien et certains auteurs, cette solution est nécessaire en vue de laisser la plus grande liberté possible à l'Administration dans la gestion d'un service public tel que les télécommunications : voy. *Computerrecht* 1989/3, p. 164.

En Angleterre, les télécommunications font l'objet d'un monopole de l'Etat. L'exploitation de ce monopole est néanmoins confiée sous forme d'autorisation (ou licence) à des entités à capitaux privés. On distingue deux types de licences, d'une part, les licences générales qui autorisent l'exploitation des services de base (infrastructure, transport de signaux vocaux, transport de données,...) et le développement de services à valeur ajoutée à l'aide de ces services de base, et d'autre part, les licences spécifiques (par classe de service) pour l'exploitation d'un service spécifique à valeur ajoutée. Les conditions d'exercice des droits accordés par l'autorisation sont régies par une licence qui règle les rapports entre l'administration et ces entités[275].

Pour le surplus, et notamment en ce qui concerne les relations entre ces organismes ou ces opérateurs et les usagers de leurs services, il faut se référer au droit commun des contrats et de la responsabilité contractuelle.

En ce qui concerne le simple transport de données par les deux organismes majeurs de télécommunication, British Telecom et MERCURY, il y lieu d'abord d'examiner les principes imposés par l'article 32 du Telecommunication Act et ensuite, les conditions générales de la fourniture de service et spécifiquement, la clause de responsabilité du contrat-type.

Cet article 32 dispose que ces organismes doivent, dans la fourniture de l'infrastructure et des services, assurer un "*reasonable skill and care*".

A cela, les conditions générales de B.T. ajoutent que :

" ...service is not fault-free and the customer shall be entitled only to the quality of service provided by B.T. from time to time for its telephone service to customers generally ...".

La clause est assez explicite en soi : l'usager ne bénéficie que d'une qualité générale de service; un incident isolé en lui-même n'est pas la preuve d'une déficience générale du service public.

Malgré cette mise en garde de principe, B.T. admet sa responsabilité de façon limitée. En effet, l'obligation de réparation est strictement restreinte à £500.000 par incident ou série d'incidents (avec un maximum de £ 1.000.000), à l'exclusion des dommages corporels. Cette indemnisation est établie au bénéfice des usagers, des contractants pour des services spécialisés et des tiers utilisateurs des services de ces contractants. Elle exclut, par ailleurs, toute indemnisation des pertes de produits financiers mais comprend les "*consequential losses*" (dommages dérivés).

Par ailleurs, MERCURY possède une disposition similaire dans les conditions générales des services de commutation par paquets[276].

A la différence des autres organismes européens examinés, on peut conclure que les organismes anglais assument une plus grande responsabilité dans l'exploitation des services publics.

---

275 Pour plus de détails, voyez le Cahier du CRID n°4, *op. cit.*.

276 Voy. B.Colin ., *Telecommunications Law & Practice*, Sweet & Maxwell, 1988.

Cette responsabilité reste cependant limitée. La validité juridique de ces limitations vis-à-vis de leur usagers doit s'analyser au regard de la Section 13 *Supply of Goods and Services Act 1982* qui requiert, comme dans les rapports avec l'administration anglaise, un soin et une adresse raisonnable dans les prestations de service. A l'heure actuelle, aucune jurisprudence ne permet de préciser la notion de "*reasonable skill and care*" dans une matière (les télécommunications) où ce critère anthropomorphique semble peut adéquat.

Récemment, suite aux pressions des lobbies consuméristes tendant à une amélioration de la qualité des services et des solutions aux mauvais fonctionnements des services, B.T. a volontairement modifié ses conditions générales (avril 1990) : des indemnités forfaitaires seront désormais allouées pour les retards ainsi qu'une réparation des fautes contractuelles. MERCURY a également introduit un nouveau système de réparation dans le courant de cette année là[277].

277 C. D. Long, "Derniers développements en matière de télécommunications, *D.I.T.*, 1990/1, p.71

3.4. Conclusions

De façon générale, que les télécommunications publiques soient exploitées par un organisme à statut public ou privé, les Etats membres semblent vouloir leur réserver les privilèges hérités d'une conception des services de télécommunication. Les télécommunications ont été historiquement un “service public”, c'est-à-dire un service presté par un organisme dépendant, de près ou de loin, de l'Etat selon des critères propres de rentabilité, etc... Dans cet esprit, la responsabilité des organismes exploitant est partout conçue de manière restrictive et sans garantie aucune d'une certaine qualité des services de télécommunication, rappelant ainsi que les télécommunications restent un instrument au service de l'Etat.

Bien que l'accès à ces services ne découle plus tout à fait d'un pouvoir discrétionnaire de l'Etat en raison de certaines idées (reprises par différentes directives européennes projetées en cette matière), il demeure que si des particuliers y ont accès, c'est à leurs risques et périls.

1) Ainsi au Pays-Bas, on peut s'étonner de la dualité du régime dont bénéficie une société de droit privé à forme commerciale, même si la participation de l'Etat est de 100 %.

On peut admettre que la fonction d'utilité publique puisse encore de nos jours, justifier certaines réglementations protectrices d'un certain marché des télécommunications (aspects économie et concurrence). Mais elle ne peut plus entériner toute forme d'irresponsabilité en raison des progrès accomplis dans le domaine de la fiabilité.

2) Lorsque la responsabilité est soumise aux règles contractuelles (comme en Angleterre), on est en droit de s'interroger sur les effets de l'exclusion pure et simple des dommages financiers. Sont-ils, dans tous les cas, des dommages indirects ou des “consequential damages” ? Il est à craindre que la majorité des dommages ne soient pas réparés. Les limitations d'indemnisation sont, a priori, acceptables si elles ne vident pas la réparation de tout contenu. Cependant, les effets cumulés de l'exclusion des dommages financiers et des plafonds d'indemnisation se résument à une réparation vraisemblablement symbolique.

La tentation est grande, dès lors, de vouloir établir et imposer un régime de responsabilité calqué sur des rapports plus équitables de droit privé. Cette solution radicale pourrait méconnaître certaines particularités des techniques de télécommunication en général et du contexte EDI en particulier.

Suivant les fonctions des différents intervenants (établissement de l'infrastructure, gestion de la transmission, ...), il y a un partage de responsabilité à opérer. Ce partage est essentiellement tributaire des liaisons employées.

Pour les lignes louées ou les liaisons spécialisées, il n'est pas question que l'organisme, qui n'est chargé que de l'établissement de cette infrastructure, s'engage personnellement pour les incidents qui relèvent exclusivement de la gestion et de l'exploitation des services de liaison.

Par contre, en ce qui concerne les réseaux, la gestion des services suppose également la responsabilité de l'infrastructure qui a été choisie.

Cette logique particulière découle de la distribution des fonctions dans un processus de transmission. Ainsi, en appliquant exclusivement cette règle, la responsabilité d'une transmission EDI par un réseau à valeur ajoutée pourrait reposer non pas sur le gestionnaire du réseau mais bien sur un organisme de télécommunication qui a fourni l'infrastructure.

Cependant, en considérant la réalité des relations juridiques, comme nous l'exposerons plus loin, le dit gestionnaire de réseau pourrait être amené à supporter la responsabilité pleine et entière de tout incident (même s'il est lié à l'infrastructure publique) survenant dans les limites physiques de son réseau.

Cela étant dit, un facteur restera invariable pour tout gestionnaire de réseau, le régime réglementaire de responsabilité de tout organisme de télécommunication. Fortement limitative, cette responsabilité est difficilement acceptable pour tout gestionnaire de réseau. Une solution éventuelle restera la couverture, par une police d'assurance, de ces risques d'un type bien particulier.

Malheureusement, nous constatons que l'on déplacera inévitablement la question de la responsabilité des organismes de télécommunication vers celle de la responsabilité contractuelle des gestionnaires de réseau qui en l'occurrence, apprécient les moyens de télécommunication comme un outil professionnel. Une autre constatation est l'augmentation des coût : est-ce bien souhaitable ? Quelle en serait le bénéfice réel ?

Il nous semble qu'un moyen terme est possible. Sans pour autant intervenir dans les définitions propres des régimes de responsabilité, il passerait par la définition de certains niveaux de fiabilité, de disponibilité, etc... à destination des organismes et pour chaque type de liaison. Ces critères s'intégreraient dans les différentes directives projettées en matière d'O.N.P..

4. La responsabilité contractuelle des opérateurs de réseau EDI

Des obligations précises des utilisateurs et des opérateurs seront d'abord définies de façon théorique (A) avant d'aborder l'analyse de deux contrats d'opérateurs de réseau (B). Le choix des opérateurs en question n'est pas innocent : un constructeur informatique sera confronté à un pur prestataire de services informatiques. Notre analyse portera en fait sur les réponses contractuelles aux critères de sécurité de réseau (disponibilité, confidentialité et fiabilité). Intuitivement, les solutions seront différentes de par les intérêts de ces opérateurs de réseau.

Dans un premier temps, les rapports entre les utilisateurs et un opérateur de réseau EDI sont à comprendre comme des rapports contractuels.

La question que nous tenterons de résoudre est la suivante : en dehors des opérations techniques, comment se règlent les relations juridiques entre précisément d'une part les utilisateurs et d'autre part, les opérateurs de réseau ?

Dans un premier temps, nous tenterons d'établir un équilibre idéal entre les obligations et les droits respectifs d'une part des utilisateurs de réseau EDI et d'autre part, les opérateurs de ces réseau. Il ne sera pas tenu compte des particularités des services et des réseaux qui feront l'objet d'un second développement.

4.1. Les obligations contractuelles des parties intervenantes

A ce stade de notre analyse, nous nous proposons de dresser un inventaire (non nécessairement exhaustif) des obligations ou des droits "naturels" d'une part, des utilisateurs d'un réseau EDI et d'autre part, opérateurs de ce même réseau.

Ces règles se veulent "idéales" et donc, ne correspondent pas nécessairement à la réalité actuelle. On y retrouvera des évidences mais certainement, des principes généraux souhaitables.

4.1.1. Les obligations des utilisateurs

Les utilisateurs d'un réseau s'engagent à confier à un opérateur les messages EDI, à lui donner les instructions nécessaires à la transmission et à payer le prix convenu pour les différentes transmissions.

En dehors de ces obligations générales, la première obligation spécifique des utilisateurs est d'employer un système informatique fiable et conforme à la norme admise pour la transmission de données.

Ensuite, ils doivent respecter les règles édictées dans le manuel des utilisateurs ainsi que les procédures adéquates de communication.

Par ailleurs, les utilisateurs se doivent de maintenir leur système (matériel et applications) dans un état satisfaisant de fonctionnement. Ils procèderont dès lors à des entretiens périodiques et des maintenances appropriées.

Finalement, ils doivent aussi veiller à la sécurité des moyens d'accès au système afin de préserver une certaine confidentialité des messages.

En somme, les utilisateurs devront acquérir les moyens techniques appropriés et les maintenir à un niveau de sécurité suffisant, dans la mesure où ils sont placés sous leur contrôle.

4.1.2. Les obligations des opérateurs de réseau[278]

Deux types d'engagements incombent à un opérateur de réseau : dans sa fonction de transmission, il se charge du transport correct et complet de données; d'autre part, dans sa fonction de prestataire de services EDI, il sera éventuellement amené à effectuer sur les messages des traitements propres ou spécifiques au concept de l'EDI (comme par exemple, la conversion de normes).

En effet, par définition, la fonction de transport (considérée comme principale) d'un opérateur de réseau EDI ne se différencie pas de celle d'un gestionnaire de réseau à valeur ajoutée. Seuls les traitements spécifiques du message distinguent la technique EDI d'une autre technique de transmission de données.

(a) L'engagement principal de l'opérateur : la fonction de transport

L'opérateur s'engage à transmettre, d'un point de son réseau à un autre, éventuellement dans un certain délai, un message normalisé qui lui a été confié à cet effet par un utilisateur de son réseau. En contrepartie, il reçoit une rémunération.

L'obligation de transmission est une obligation de faire suivant certaines instructions de l'émetteur du message : adresse du destinataire, utilisation d'un autre réseau, ... L'utilisateur doit s'attendre à un résultat quant à cette obligation principale de transport[279].

L'opérateur est maître de cette opération de transmission, dans la mesure où il possède le contrôle de son réseau; il est également maître de la manière dont il va exécuter son obligation,

---

278 Rappelons que le terme "opérateur" de réseau désigne soit un organisme de télécommunication, soit un gestionnaire de réseau, proposant tous deux des services de télécommunication avancés.

279 Dans certains systèmes juridiques, on parle d'obligation de résultat et d'obligation de moyens, comportant chacune des conséquences juridiques différentes. Chaque obligation contractuelle est sujette à un classement dans l'une ou l'autre de ces catégories.
Le transport du message et son intégrité sont logiquement des obligations de résultat. Mais cette façon de voir se heurte aux conceptions juridiques des autres systèmes des Etats membres.

dans la mesure où suivant les techniques de réseau, il choisit un itinéraire dans son réseau; dans tous les cas, il doit prendre les soins adéquats quant au contenu du message, dans la mesure où le traitement à effectuer pourrait porter atteinte à ce contenu.

Cette obligation s'étend de la prise en charge d'un message pour se terminer à sa décharge du réseau. La prise en charge commence à partir du moment où suite à une demande d'accès d'un utilisateur, un noeud disponible du réseau “accepte” le message qui lui est transmis. La décharge s'opère dès la transmission d'un message traité soit à partir d'un noeud du réseau vers son destinataire, soit d'un noeud du réseau vers un noeud d'un autre réseau.

(b) Les engagements subséquents de l'opérateur

i. Les services supplémentaires

Lorsque le message transite dans son réseau, l'opérateur peut aussi s'engager à mettre en oeuvre toutes les techniques disponibles pour fournir un service additionnel : authentification, confidentialité,... Une énumération de ces services additionnels a été établie dans le titre “Définitions - IV - E - 6”.

Ce sont des obligations de faire et de moyens (en droit civil) : l'opérateur promet de fournir tous les soins nécessaires à l'exécution de ces services. Par analogie, un transporteur aérien de personnes s'engage à prendre en charge des passagers d'un point de départ vers une destination précise (obligation de résultat) et durant le transport, à fournir des services d'accueil, de restauration soit de première classe, soit de classe tourisme ... Les spécifications et la qualité de ces services varient d'une compagnie aérienne à une autre. Ces compagnies ne s'engagent pas sur la satisfaction d'un passager mais sur les éléments des services promis

ii. Les obligations implicites

Entre la prise en charge et la décharge, l'opérateur doit prendre toutes les mesures nécessaires à la réussite de l'opération, en application d'un certain principe de bonne foi dans l'exécution d'une obligation contractuelle; en soi, le contenu de ces mesures est assez élastique en raison des réserves émises précédemment.

Le cas échéant, il devra informer l'émetteur de tout événement de nature à modifier la bonne fin de la transmission : il devra avertir l'émetteur des risques d'incidents; éventuellement, il devra prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'empêcher la survenance actuelle et ultérieure de tels incidents.

Lorsque l'émetteur d'un message impose le recours à un réseau intermédiaire ou à un service spécifique, l'opérateur aura le devoir d'informer l'émetteur de toute difficulté. Par ailleurs, il devra aussi exercer sa tâche avec modération, choisir un itinéraire adéquat et avantageux pour son client.

En cas d'incident, il devra également collaborer à tout contrôle permettant de fixer l'étendue des responsabilités de chaque intervenant (cas d'interconnexion de plusieurs réseaux) ou de constater la bonne exécution des transmissions.

(c) Les responsabilités

Que ce soit l'obligation principale ou les obligations subséquentes, il faut envisager deux hypothèses : le cas où l'opérateur a la maîtrise de son réseau et le cas où il ne l'a pas.

i. Responsabilité en raison de la maîtrise de son réseau

Si une partie de son réseau est défaillant, on peut imaginer que l'opérateur choisisse et se substitue un autre opérateur de réseau pour effectuer sa prestation. Lors de cette transaction, l'opérateur agit en son nom et pour son compte. Les prestations effectuées par ce second opérateur seront considérées comme les prestations du premier[280]. Ainsi, une défaillance de ce second réseau pourrait être considérée comme une défaillance du premier opérateur.

Ce raisonnement est également admis pour tous les services offerts sur le réseau qui ne sont pas directement prestés par l'opérateur responsable mais qui ont fait l'objet d'une offre contractuelle par l'opérateur. La ratio est que l'opérateur est responsable des techniques ou services de son réseau, dans la mesure où il a effectivement la maîtrise de ces choix.

ii. Irresponsabilité pour les choix imposés par les utilisateurs

Par contre, chaque fois qu'un utilisateur adresse un message à un destinataire qui n'est pas adhérent au même réseau, cet utilisateur impose, le cas échéant, le recours à un ou plusieurs réseaux qui font office de passerelle entre les correspondants. Le premier opérateur perdant la maîtrise totale de l'opération, on ne peut admettre de façon catégorique sa responsabilité pour les prestations défectueuses.

Ce cas de figure se présente également lorsqu'un utilisateur marque sa préférence pour un fournisseur de service EDI spécifique, comme l'authentification de signatures. Cette préférence se révèle par un accord distinct du contrat de prestation de services de réseau EDI, avec ce fournisseur particulier.

---

280 Contrairement à la situation du cas Evra Corp. où l'émetteur avait "imposé" le recours à intermédiaire dans la transmission (la Swiss Bank) par la destination du transfert de fonds.

(d) Les effets des accidents ou des incidents en cours de transmission

i. Transport d'un message

Le transport de messages (entre le moment de leur prise en charge jusqu'à leur décharge du réseau) étant une obligation de résultat, les conséquences des incidents de parcours doivent être supportées par l'opérateur, en tant qu'elles influencent son obligation de transporter et à condition que l'incident ne soit pas fortuit ou provoqué par un tiers. Ainsi, l'opérateur bénéficie de causes exonératoires de responsabilité, à charge pour lui d'en apporter la preuve.

Au demeurant, la gestion d'une telle preuve n'est pas un fardeau difficilement supportable. En effet, l'opérateur est à même d'apporter tous les éléments d'une telle preuve : contrôlant tous les éléments de son réseau, il est capable de retracer un historique précis des événements survenus au cours d'une transmission. Généralement, il serait recommandable qu' une convention particulière ou une clause du contrat de prestation de services EDI fassent admettre entre parties une preuve de nature “électronique”

ii. Services spécifiques

En ce qui concerne les obligations de moyens, les opérateurs s'engagent sur les soins qu'ils apportent à la fourniture de certains services spécifiques.

La charge de la preuve pèse sur les utilisateurs et devra porter sur la qualité des soins effectivement fournis par les opérateurs. L'objet de cette preuve est parfois de nature subjective : même si l'utilisateur a la preuve tangible d'une mauvaise prestation, comment suggérer au juge que la qualité des services ne correspondait pas à son attente légitime ?

Par ailleurs, les risques d'incident fortuit ou provoqué par un tiers sont également à charge des utilisateurs. Par définition, ce tiers ne peut être un organisme de télécommunication dans la fourniture des liaisons ou de l'infrastructure comprise dans le réseau. Par contre, ce tiers peut être l'opérateur d'un second réseau sur lequel le premier opérateur se connecte pour répondre à une demande précise de l'émetteur.

4.1.3. Conclusions

Nous constatons que l'ampleur de la responsabilité de l'opérateur varie en fonction de deux critères : d'abord, la maîtrise effective ou non de la transmission EDI en raison du choix de ses moyens et ensuite, les types de service qui seront à prester par l'opérateur.

Le nombre de responsables

Lorsque l'opérateur possède la maîtrise complète des services EDI de son réseau ou d'une transmission, c'est-à-dire lorsque l'utilisateur n'intervient pas dans le choix des intermédiaires, l'opérateur est l'unique responsable.

Lorsqu'il ne possède pas cette maîtrise, il y a une pluralité d'intervenants responsables, chacun dans les limites des services qu'ils fournissent.

L'étendue de leur responsabilité

Dans les deux cas, chaque opérateur est responsable du transport d'un point de son réseau vers un autre point du réseau. Cette obligation porte sur un résultat qui est l'arrivée d'un message à une destination précise.

Durant ce transport, les traitements à effectuer (les services spécifiques) sont à considérer comme des obligations de moyens. Les obligations d'un opérateur de réseau EDI relèvent donc de natures différentes : le transport est une obligation de résultat et les autres services spécifiques sont des obligations de moyens.

Dualité du régime de preuve

On constate que pour chaque opérateur, la charge de la preuve d'une exécution inadéquate repose sur deux parties différentes en fonction des services défaillants (transport ou service spécifique).

Il faut d'abord déterminer le service défaillant, ensuite désigner l'intervenant responsable et enfin, procéder à la preuve de l'inexécution. Or, les éléments permettant d'attribuer la charge de cette preuve sont en possession des opérateurs de réseau eux-mêmes : quel est le service défaillant ? On ne peut, dès lors, imaginer que ceux-ci se prêtent volontiers à l'établissement d'éléments qui sont de nature à les mettre en cause.

Le principe de l'exécution de bonne foi, sous son aspect "devoir de collaboration" peut apporter un secours, encore faut-il que ce principe soit admis par le droit d'un Etat membre et qu'un juge accepte de lui donner une efficacité certaine dans le cas d'espèce.

Ces quelques réflexions montrent qu'un certain droit commun de la responsabilité contractuelle est de nature à défavoriser les utilisateurs quant aux risques de transmission et quant à l'établissement de la preuve de la responsabilité d'un opérateur.

Par ailleurs, l'usage de la classification des obligations (obligation de moyens et obligation de résultat) n'est pas généralisé dans tous les droits nationaux des Etats membres.

Ces deux arguments montrent à suffisance la nécessité d'un régime de responsabilité des opérateurs, qui serait acceptable par tous les droits nationaux et qui tiendrait compte également des aspects de preuve des incidents de transport.

Certains changements seraient donc souhaitables en ce domaine.Le principe de "la responsabilité de l'ensemble d'un réseau en raison de sa maîtrise" ainsi que celui de "l'admissibilité de tout enregistrement informatique émanant du système des utilisateurs et de celui de l'opérateur comme moyen de preuve" sont, selon nous, de nature à rééquilibrer les relations en question.

4.2. Les clauses contractuelles et les qualités des réseaux

Nous avons défini six préoccupations de l'utilisateur : la disponibilité, la confidentialité, la fiabilité, la rapidité, l'extensibilité, l'ouverture du réseau. En matière de responsabilité pour les incidents de transmission, seuls les trois premières qualités seront analysées : elles sont les éléments de ce que l'on désigne techniquement par la "sécurité d'un réseau".

Pour répondre à certains besoins et définir certaines qualités des services, on suppose le concours de diverses obligations, tant du côté de l'utilisateur que du côté de l'opérateur[281]. Les contrats de deux gestionnaires de réseau EDI en principe ouvert (INS, IBM) nous serviront de documents de travail pour l'étude de cette question.

4.2.1. La disponibilité

Par définition, la disponibilité se compose de deux éléments : une disponibilité horaire et le taux de disponibilité.

(a) Horaire - accessibilité des services

Les horaires d'utilisation des services sont souvent définis en-dehors du contrat de service lui-même. Cela étant, ils font partie intégrante des conditions de fourniture de service.

Il n'y a pas de remarque importante à formuler à ce sujet, sauf à préciser que des entretiens périodiques sont techniquement nécessaires et que des heures d'indisponibilité sont prévisibles (sauf le cas d'une urgence rendant l'indisponibilité en question imprévisible).

La jurisprudence en matière d'EFT influencera certainement l'horaire des services d'aide ou de sécurité pour certaines transactions.

i. IBM

A cet égard, les clauses du "*Retail Network Service*" de IBM créent un écart entre l'accessibilité des services de transmission et celle des services d'aide :

"Le service est disponible tous les jours de 1h00 à 24h00, à l'exception du temps d'entretien technique des machines. A ce jour, cet entretien s'effectue au maximum un dimanche par mois de 8h00 à 18h00 et ce avec un préavis de deux semaines.

---

281 Pour simplifier, nous ne prenons en compte que l'hypothèse où la responsabilité des intervenants est concentrée autour du seul opérateur.

Le Help Desk est ouvert du lundi au vendredi de 8h00 à 22h00, à l'exception des jours fériés."

Ce service d'aide permet au client d'identifier et de résoudre les problèmes d'utilisation des services du réseau. L'inaccessibilité de ce service durant une période de fonctionnement pourrait influencer l'usage des autres services et plus loin, la fiabilité des transmissions.

IBM a pris en compte cette préoccupation en prévoyant en annexe (clause 2 c) une extension particulière de la disponibilité de ce "*Help Desk*" :

"Si une disponibilité du Help Desk plus longue que celle prévue dans la formule RNS était souhaitée, chaque cas ferait l'objet d'un accord particulier."

Ce service de réseau peut, donc, être fourni à la carte.

ii. INS

Quant à ce gestionnaire de réseau, l'article 2 "*Supply by description*" renvoie aux spécifications particulières de chaque contrat. De la même manière, ce service peut être considéré comme du "sur mesure".

(b) La disponibilité durant les heures d'ouverture - capacité des services de réseau

Il est difficile pour un opérateur de réseau EDI de s'engager sur un niveau de disponibilité opérationnelle des services de réseau, étant donné l'incertitude du trafic généré par les utilisateurs du réseau. D'ailleurs chaque année des audits internes sont effectués pour mesurer cette disponibilité : pour 1990, INS a offert un taux de disponibilité de ± 95 % tandis qu'IBM se targue de 99,5 %. Ce second chiffre semble se rapprocher plus de la performance générale des réseaux, semble-t-il, dans la mesure où INS a tendance à minimiser ses propres performances.

A défaut d'un engagement sur la capacité du réseau à acheminer à toute heure du jour et de la nuit un message, peu importe son volume et sa destination, l'opérateur préférera s'engager sur un certain nombre de moyens aptes à permettre cette disponibilité. Ainsi, il décrira l'équipement mis à la disposition des utilisateurs, (capacité du centre de traitement, nombre de portes, capacité des lignes) et s'engagera le cas échéant sur la continuité de fonctionnement de cet équipement [282].

---

282 On connait à cet égard les diverses clauses existant dans le domaine des contrats informatiques.

En matière de contrat informatique, par taux de disponibilité d'un système, on entend le rapport entre la période effective de fonctionnement du système et celle du temps de production souhaité par l'utilisateur et défini dans le contrat. Ceci dit, la disponibilité aura tendance à être définie d'une façon globale avec les précisions suivantes :

1) exclusion de la notion de panne de toute cause d'indisponibilité non imputable à son propre fait (ex. déficience d'un logiciel d'application fourni par un tiers);

2) tout moyen même dégradé d'assurer la fonctionnalité du système ne peut être comptabilisé comme indisponibilité de la configuration;

Cette disponibilité peut donc se comprendre comme un partage du temps machine du réseau. Un noeud d'accès peut s'avérer saturé, le correspondant ne pourra pas confier son message au gestionnaire. Plus grave est l'indisponibilité d'un service de traitement à l'intérieur même du réseau : le message a été pris en charge mais les traitements spécifiques de formatage, par exemple, n'ont pas été effectués. Ces indisponibilités sont en quelque sorte des arrêts de fonctionnement des systèmes de traitement du contenu des données. Elles affectent la lecture ultérieure de ces dernières et le cas échéant, l'intégrité des traitements ultérieurs.

Il existe un lien évident entre d'une part, la disponibilité et d'autre part, la fiabilité des services de traitement, dans l'hypothèse précise où ces services se révèlent soudainement indisponibles lors d'un traitement de données. Ce lien est en quelque sorte la manière dont le système va rétablir le traitement interrompu.

i. IBM

IBM se limite à envisager les deux aspects de la disponibilité des services sous l'angle du prix à payer :

— une redevance annuelle est imposée en contrepartie du droit d'accès aux services du réseau;

— des charges proportionnelles à la durée de connexion et d'utilisation sont, en outre, portées au compte de l'utilisateur.

ii. INS

Cet opérateur prévoit deux choses :

— en contrepartie d'une redevance et de charges spécifiques, un engagement de mettre tout en oeuvre pour fournir l'accès et l'utilisation du service TRADANET et des autres services de réseau;

"3. Provision of service and licence grant

In consideration of the payment of the fees and charges payable by the User and the performance of the User's other obligations hereunder INS :

(1) will make available to the User within the United Kingdom access to and use of the TRADANET Service and facilities and resources appropriate to his User Type together with such other services and items as may be specifically identified on the face of this Contract and/or on any duly executed Supplement hereto; and..."

---

3) application des clauses d'indisponibilité à une configuration "minimale", en excluant certains périphériques, certaines applications et terminaux.
(la garantie de 95% demandée est octroyée pour une configuration minimale, c'est-à-dire pour les composants principaux du système et moyennant l'installation de la configuration proposée).
Voyez à ce propos Y. POULLET, "Quelques réflexions sur des questions contractuelles liées à l'informatisation des entreprise", *Cahiers Lamy du droit de l'informatique,* n° 13bis, avril 1990, p. 3.

— préventivement, une obligation à charge de l'usager d'informer INS de toute modification du volume mensuel de données destinées à être transmises par le réseau.

"4. User's obligations

(e) The User shall give INS as much notice as is reasonably possible of any significant change which he expects to make in the average volume of data per calendar month which he submits to the TRADANET Service."

On peut évidemment regretter que ces deux gestionnaires ne s'engagent pas sur un taux précis de disponibilité, comme GEISCO pour la communauté CEFIC :

"System up-time is defined as those periods of time during scheduled service hours when the system is operable and accessible to Customer. System up-time shall be measured as the percentage of system availability during scheduled service hours for the period of one calendar month."

Cette convention particulière prévoit même une sanction contre l'opérateur lorsque le pourcentage est inférieur aux stipulations contractuelles.

4.2.2. La fiabilité

C'est incontestablement à propos de cette qualité du réseau que se concentrent les soins des intervenants, utilisateurs et gestionnaires.

Les solutions contractuelles au problème posé par la fiabilité du réseau s'entendent à la fois :

— d'un certain nombre d'engagements tant de l'opérateur et des intermédiaires que des utilisateurs de s'assurer du caractère complet, concret du message et de son routage ;

— de règles relatives à la preuve des opérations effectuées par le biais du réseau.

(a) Les engagements des utilisateurs de deux réseaux ouverts

L'utilisateur des services doit disposer d'un **système informatique** adapté à la transmission des messages vers le réseau et à la réception des messages en provenance du réseau.

IBM prévoit notamment les clauses suivantes :

"CONDITIONS COMMUNES A TOUS LES PAYS - Utilisation des services

10. Sauf stipulation contraire figurant dans la Formule de service, le Client est responsable de l'acquisition, de l'installation, de l'entretien et de l'utilisation des systèmes hôtes, des terminaux,

des postes de travail, des lignes de communication et de tout autre équipement nécessaire à l'accès aux Services. Ces lignes et ce matériel doivent satisfaire aux spécifications d'IBM d'accès au Service concerné."

IBM se réserve le droit de supprimer au Client l'accès à un Service lorsque, de l'avis de cette société, l'utilisation qu'il en fait est la cause d'un mauvais fonctionnement de tout ou partie dudit Service.

"RNS - Responsabilité du client

Le système informatique du client devra disposer des équipements et des programmes nécessaires, au niveau requis de mise à jour et devra notamment se conformer à l'un des protocoles RJE accepté par le centre IBM."

INS quant à lui stipule ceci :

"4. User's obligations

a. The User shall have available, at his expense, on his side of the Service Interfaces all such equipment and communication lines, magnetic media, programs, persons and other things as are necessary for the submission of Transmissions to the TRADANET Service and for their retrieval and deletion therefrom. The User shall interface to the TRADANET Service only hardware and software validated for the purpose by INS and shall pay INS's charges (if any) in force from time to time for such validation."

La connexion aux services EDI suppose la possession ou l'acquisition d'un système informatique (matériel, logiciel et personnel) compatible avec les spécifications d'un réseau.

Par ailleurs, les utilisateurs s'engageront sur l'utilisation de normes pour l'écriture et l'envoi des **messages**. Cela étant, ils s'assureront de l'exactitude des données concernant le destinataire.

Les différents contrats IBM restent obscurs sur ce point, ou du moins muets.

INS conçoit ce problème comme un engagement spécifique de l'utilisateur :

"4. User's Obligations

b. The User shall be responsible for the accuracy of the data and addressing and proper use of passwords within the Transmissions submitted to the TRADANET Service and the correct formatting and addressing thereof in accordance with the standards specified by INS from time to time."

Cette conception répond à des besoins implicites où chacun des utilisateurs, l'opérateur, les intermédiaires s'accorderont à utiliser des normes précises pour déterminer les éléments du message, sa structure et les règles de communication (par ex. : identification du ou des destinataires). En effet, seule l'adoption d'un langage commun leur permettra de se comprendre au sein d'un réseau.

Les règles UNCID parlent à cet égard d'un protocole d'application pour l'échange de données commerciales (TDI-AP), c'est-à-dire d'une méthode convenue pour échanger des messages de données commerciales, fondée sur les normes internationales de présentation et de structuration des transferts de données commerciales par télétransmission (ANSI X 12, EDIFACT,...).

L'**émetteur** d'un message s'engage à vérifier le caractère complet et correct de son message. Il y mentionnera son identité ainsi que celle du destinataire. Les règles UNCID ajoutent même (art. 6b) que "le message doit nécessairement contenir les moyens de vérifier soit par la technique de télétransmission utilisée dans le transfert, soit par d'autres moyens fournis par le TDI-AP correspondant l'intégralité formelle et l'authenticité du message".

Pour aborder l'aspect "preuve" des incidents de transmission, seul le contrat INS impose à tout utilisateur d'enregistrer tout message confié aux services TRADANET ou de prévoir un moyen de reconstituer ce message :

"4. User's Obligations

d. The User shall retain a copy of all Transmissions submitted to the TRADANET Service, or shall otherwise retain the ability to reconstitute such Transmissions until their correctness shall have been established, so that INS shall be able to perform its obligation at sub-clause 11(e) below."

Ces précautions servent à la fois à la gestion de la preuve des incidents de transmission mais surtout, à la retransmission, après reconstitution, des messages dont le traitement est incorrect.

En ce qui concerne IBM, la perte des données n'est pas son problème et il ne l'envisage que sous l'angle de la sécurité des données maintenues dans le système de l'utilisateur :

"Confidentialité/Sécurité

20. Il appartient au Client de mettre en place et de maintenir, en dehors du Service, des procédures de sauvegarde de ses programmes et de ses données, ainsi que de récupération et de reconstitution des données, programmes et procédures qui auraient été perdues."

Pour l'opérateur IBM, en aucune façon, un enregistrement, par un utilisateur, de messages transmis ne pourrait constituer une preuve de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des services de réseau[283]. Par contre pour INS, il semblerait que cet enregistrement soit un début de

---

283 Le **destinataire** d'un message peut lui aussi avoir des obligations en matière de preuve des transmissions : l'article 8 des règles UNCID prévoit la possibilité pour l'émetteur de demander à ce destinataire "qu'il lui fasse savoir si le contenu...peut être considéré comme correct sur le fond" (confirmation du contenu). Celui-ci a en outre le devoir (art. 7d) de réagir immédiatement "si le transfert reçu ne semble pas être en ordre, correct et complet dans sa forme".

En matière de EFT, S. s'engage en outre soit à accuser réception du message, soit à signaler le rejet du message en cas de défaut de vraisemblance du message. Enfin, l'opérateur et les intermédiaires peuvent

preuve ou minimalement, un critère de comparaison déterminant. De surcroît, ce dernier opérateur encourage l'enregistrement et la conservation par les utilisateurs en imposant un coût supplémentaire au-delà de 5 jours de conservation.

(b) Les engagements des deux opérateurs

i. Obligations générales concernant les retards et les échecs

Encore une fois, l'opérateur aura plus tendance à s'engager sur une description des services qu'il propose que sur un résultat précis de ces services. Précédemment, nous avons signalé que s'agissant du transport d'un message, il y a lieu de considérer cette obligation essentielle comme une obligation de résultat. Pour les autres services spécifiques, leur fiabilité doit s'analyser sous l'angle des **soins** qu'apportent l'opérateur à leur exécution (obligation de moyens).

IBM

L'opinion de l'opérateur IBM est qu'il a droit à l'erreur et que toute erreur ne induit pas une indemnisation systématique.

"Fonctionnement du service

24. Tout service fourni est conforme à sa description en vigueur mais il peut ne pas être ininterrompu ou exempt d'erreurs.

25. IBM, à ses frais, aidera le client à corriger des erreurs causées par une défaillance d'un Service, si ces erreurs sont imputables au personnel de IBM ou aux programmes ou au matériel fournis par elle au titre du Service.

26. Dans tous les cas, IBM aura la possibilité de remédier à toute défaillance d'un Service avant d'être considéré comme manquant à ses obligations contractuelles. Le Client autorisera IBM à prendre toute mesure...

---

s'engager à tenir copie fidèle des messages ainsi transmis et ce, pendant un délai déterminé. Ce point est important lorsqu'il existe une contestation sur le contenu du message.

Le problème de la preuve entre utilisateurs

Il peut arriver que l'émetteur et destinataire contestent le contenu d'un message transmis par le réseau, l'un, par exemple, affirmant que la commande portait sur autant d'exemplaires d'un article de telle qualité, l'autre niant les quantité et qualité demandées. Dans ce cas, force sera de trancher entre les prétentions des parties.

Le principe suivant lequel toute transaction EDI devra être suivie d'un échange de lettres confirmatives ruinerait l'intérêt de l'EDI. L'article 10 des règles UNCID tout en prévoyant l'obligation pour chacune des parties de veiller à la qualité des moyens de preuve électroniques qu'elle apporte, ne tranche pas la question de la valeur probante de ces traces électroniques ni le problème de leur contradiction.

On peut évidemment accorder une valeur probante aux traces électroniques conservées par l'opérateur du réseau EDI (ou par un tiers désigné). On prévoira alors par exemple que "chaque utilisateur accepte sans réserve les données enregistrées par l'opérateur soient considérées comme conformes, correctes et exactes."

Enfin, si l'opérateur ne veut pas être obligé de stocker indéfiniment la trace des messages circulant sur le réseau, une telle règle doit être assortie d'une clause obligeant, sous peine de forclusion, l'utilisateur qui décide de contester un message, d'agir dans un bref délai (15 jours, par exemple).

27. Le Client est responsable du choix et de l'utilisation des Services et des résultats qu'il en obtient."

A la lecture de cette dernière clause (27), nous avons l'impression que l'utilisateur seul doit supporter les risques de cette technique et qu'aucune responsabilité n'est prise par cet opérateur. Au demeurant, il serait judicieux de vérifier dans les faits et au regard du contenu interprété de la convention entière si cette clause ne vide pas les engagements contractuels de l'opérateur de leur contenu.

INS

Quant à INS, le principe adopté pour les services semble approximativement identique, si ce n'est une approche sous l'aspect propriété des données confiées pour la transmission.

"6. Security of data

a. All data submitted to the TRADANET Service by the User shall remain the sole property of the User. INS shall take all reasonnable steps to ensure that User data is not lost or corrupted within the TRADANET Service."

INS s'engage uniquement sur les soins qu'il apportera à la prestation des services de réseau. Toutefois, les données restant contractuellement la propriété de leur émetteur, les risques de destruction par cas fortuit ou par des tiers, lors de la transmission ou des traitements, seront supportés par le propriétaire, i.e. l'émetteur.

Sans pour autant s'engager dans une discussion à ce propos, on peut s'interroger sur l'exactitude de la notion de propriété des données.

Par ailleurs, la particularité de certains services veut que l'opérateur altère le contenu même des messages "initiaux". Le cas échéant, l'opérateur scindera le message pour le restructurer suivant une autre norme. INS a prévu à cet égard une clause particulière :

"6. Security of data

c. INS shall not alter any User data save to the extent necessary for performing conversions of protocol or of data structure and by deletion of passwords so as to make such data available to its intended recipient in a standard and acceptable format."

En toutes circonstances, INS assure une procédure de recherche et de retransmission des messages perdus. Cette obligation découle de la lecture de plusieurs dispositions :

— "6. Security of data

h. INS shall ensure at all times that effective restart and recovery procedures, agreed between ANA and INS are available.

— 11. Exemptions and limitations of liability

e. If any transmission submitted by the User to the TRADANET Service is through the fault of INS, incorrectly transmitted or stored, INS shall retransmit such Transmission at INS's expense, provided that the User shall have fulfilled his obligation at sub-clause 4(d) above."

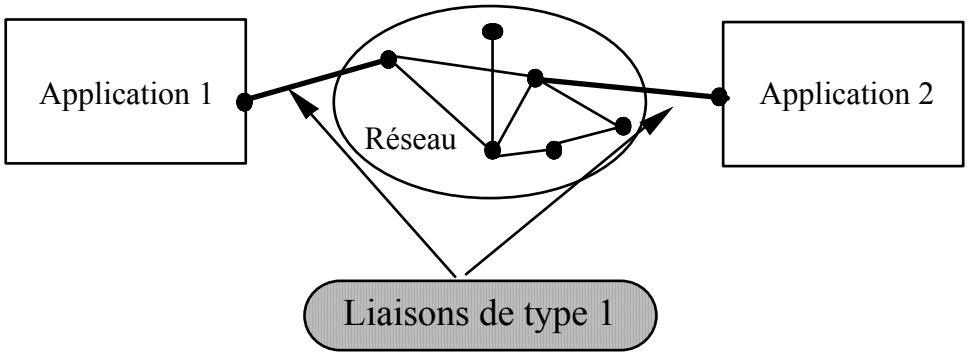
ii. Responsabilité pour les incidents dus aux liaisons de télécommunication

Les télécommunications (lignes directes) peuvent être utilisées pour relier :

— 1. les utilisateurs et un noeud du réseau et

— 2. les différents noeuds de ce réseau.

Schéma : Liaisons de type 1



De manière générale, la personne responsable des incidents des liaisons 1 est différente suivant les engagements propres des gestionnaires de réseau EDI :

a) — si le gestionnaire s'oblige pour l'ensemble des liaisons (de type 1 et de type 2), il sera responsable vis-à-vis des utilisateurs de son réseau pour tout incident relatif à tous les services de télécommunication indistinctement (infrastructure, services de base, services avancés de transmission); éventuellement, il est en droit de se retourner contre l'intervenant en cause; le tableau en couches successives des services EDI (p.27 et suivantes) reproduit ces recours en cascade;

b) — par contre, au cas où le gestionnaire ne se déclare responsable que des liaisons de type 2, il faut tenir compte de la nature de la liaison (ligne louée ou réseau public), des services et des fonctions remplis respectivement par chaque intervenant (organisme de télécommunication, gestionnaire du réseau EDI et utilisateur des services EDI) et finalement, de la fonction déficiente (grâce à la comparaison des logs de l'utilisateur et du gestionnaire de réseau) pour désigner le responsable.

Dans la mesure où cette liaison de type 1 peut être soit un réseau public géré par un organisme de télécommunication, soit une ligne spécifique établie par et louée auprès d'un organisme de télécommunication, les fonctions de transmission sont effectivement réparties entre trois acteurs (l'organisme de télécommunication, le gestionnaire de réseau EDI et l'utilisateur EDI).

Le schéma suivant désigne le responsable respectivement pour chaque fonction déficiente et pour chaque technique de liaison (ligne louée ou par réseau).

		O. T.	G. R.	Ut.
R	Infrastructure (+ maintenance et réparation)	€		
E	Gestion des services de transport de base	€		
S	Gestion des services de transport avancés		◊	◊
L	Infrastructure (+ maintenance et réparation)•	€		
L	Gestion des services de transport de base		◊	◊
	Gestion des services de transport avancés		◊	◊

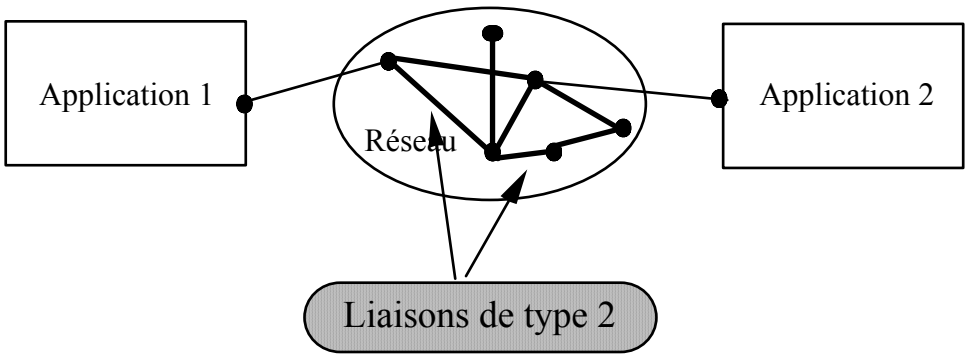
• N.b. : les services de maintenance et de réparation de l'infrastructure peuvent éventuellement être réalisés par le demandeur d'une ligne spécifique, c'est-à-dire le gestionnaire de réseau EDI ou un utilisateur de ce réseau EDI.

◊ Ce symbole désigne les fonctions où le gestionnaire et l'utilisateur se répartissent des rôles et des responsabilités. Cette répartition est fonction des techniques employées par le réseau EDI.

€ Ce symbole désigne quant à lui les fonctions et les responsabilités exclusives de l'intervenant.

En ce qui concerne les liaisons de type 2, il faut nécessairement considérer que l'usage de ces lignes dépend entièrement de la responsabilité de l'opérateur qui les choisit et les gère.

Schéma : Liaison de type 2



Lorsque des clauses contractuelles désignent les lignes de télécommunication, nous supposons qu'elles doivent viser les liaisons de type 2. Cependant la rédaction de ces clauses est pour le moins imprécise et ambiguë.

IBM

IBM pose comme principe catégorique toute exclusion de responsabilité pour les erreurs, les altérations ainsi que pour la sécurité des données “pendant leur transmission par les liaisons de communications publiques”[284].

Qu'entend-on par “communications publiques” ?

Si l'on comprend par ce terme toutes les liaisons qui sont de la compétence des organismes de télécommunication, le mot “publiques” est inadéquat dans la mesure où dans certains Etats comme l'Angleterre, les droits spéciaux sont attribués à des entités privées.

Si l'on considère que les liaisons visées recouvrent à la fois le réseau téléphonique commuté et les liaisons spéciales (services publics), alors cette clause traite de la même manière les liaisons de type 1 et de type 2.

L' exclusion de responsabilité peut être admissible pour les liaisons de type 1; elle l'est moins lorsqu'elle veut englober les liaisons de type 2. En effet, au sein d'un réseau, nous avons souligné que le transport des données entre les différents points repose sous l'entière responsabilité de l'opérateur. Exclure toute responsabilité pour ces transmissions conduit à vider l'**obligation principale** d'un prestataire de service de réseau : le transport de données (sous forme de messages) d'un point à un autre du réseau.

INS

La limitation de responsabilité d'INS est plus nuancée. Elle repose sur un partage de la responsabilité pour les incidents de transmission entre d'une part, INS et d'autre part, le bénéficiaire des services.

“11. Exemptions and limitations of liability

c. INS shall have no liability for any loss or damage suffered by the User as a result of the non-availability or failure of any telecommunications line of any duly authorised public telecommunications operator, except where such non-availability or failure is caused by act or ommission on the part of INS.”

Même si INS ne fait pas de distinction entre les liaisons de type 1 et 2, soulignons qu'il assume ses fautes ou la négligence de ses préposés.

Le principe posé est cependant une exclusion de responsabilité pour l'indisponibilité et la “défaillance” des télécommunications, sauf à prouver la faute ou la négligence d'INS. Au regard de la relation INS-utilisateurs, cette indisponibilité et ce défaut sont à supporter par l'utilisateur. Ce dernier devra recourir éventuellement contre l'organisme responsable.

---

284 IBM - conditions générales INFORMATION NETWORK - conditions communes à tous les pays - Confidentialité/Sécurité article 22.

De manière singulière, cette clause de responsabilité règle incidemment la charge de la preuve : en ce qui concerne les liaisons de type 2 (liaisons au sein du réseau), la preuve de la négligence ou de la faute d'INS serait à établir par l'utilisateur; or, nous avons déjà fait état des difficultés d'établissement de cette preuve par l'utilisateur. L'utilisateur devra compter en définitive sur la bonne foi de l'opérateur.

Pour conclure, l'allocation des risques quant à la fiabilité des moyens de transmission est établie au détriment des utilisateurs des réseaux. Ce fait est critiquable dans la mesure où selon les dires mêmes des opérateurs, la fiabilité des réseaux modernes est proche de 99,9%. Les clauses de ces mêmes opérateurs contreviennent, selon nous, à l'obligation essentielle des services de réseau et sont en contradiction avec le principe de responsabilité pour le choix des moyens employés pour exécuter un contrat.

Par ailleurs, il a été établi qu'en cas d'incident où il semble que la responsabilité de l'opérateur EDI est mise en cause, c'est à l'utilisateur de prouver l'inexécution des obligations mises à charge de l'opérateur, alors qu'objectivement, l'apport de cette preuve par l'utilisateur est difficile sinon impossible.

4.2.3. La confidentialité

Le contenu des messages et leur confidentialité exigent souvent la protection de l'accès au réseau. Celle-ci se réalise, par exemple, par la reconnaissance préalable de l'identité de l'interlocuteur. Une telle fonction est remplie par l'attribution, lors de l'admission d'un membre ou d'un client, d'un (ou plusieurs) numéro d'identification à un membre ou à un groupe d'utilisateurs[285].

De telles précautions sont nécessaires. Les risques que peuvent entraîner l'utilisation, par une personne non autorisée, des services d'un réseau, sont grands : par exemple, la destruction partielle de données, l'obtention de données relatives aux transmissions en cours, etc...

Des clauses énoncent clairement le devoir de garde des moyens d'accès dans le chef des opérateurs et des utilisateurs.

Il est évident que la souscription à de telles clauses s'accompagnent de mesures internes vis-à-vis du personnel. Ainsi, ces obligations relatives à la garde des moyens d'accès seront répercutées sur les membres du personnel ayant accès au réseau et dans les règlements internes.

---

285 L'adaptation de mesures de cryptographie peut aussi représenter une assurance d'un meilleur niveau de confidentialité. L'article 9 des règles UNCID autorise les parties (utilisateurs) à convenir de l'adoption de ce type de technique pour tous ou certains messages. Elles s'engagent alors à maintenir le même niveau de protection pour les transferts ultérieurs opérés vis-à-vis de tiers.

Dans l'optique de ces règles, l'opérateur ou de façon plus générale les intermédiaires recevront pour instruction, -notent les règles Uncid (art.5)-, “de veiller à ce qu'il n'y ait plus de modification non autorisée quant aux transferts et qu'aucune personne non autorisée n'ait accès au contenu de ces transferts”.

IBM

"CONDITIONS COMMUNES A TOUS LES PAYS

Utilisations des services

7. IBM s'engage à attribuer les userids (user's identification) ou tous autres moyens qui permettent l'accès aux Services. Le Client est responsable du contrôle et de la répartition de ses userids (user's identification) à ses Utilisateurs. IBM n'encourra aucune responsabilité en cas de mauvaise utilisation de ces userids (user's identification) par toute personne qui n'est pas sous le contrôle de IBM. De plus, le Client accepte de payer toutes les pertes financières ou dépenses ou tous dommages qui résultent de cette mauvaise utilisation par lui-même ou par ses Utilisateurs."

INS

La clause INS est plus explicite sur l'étendue de l'obligation de confidentialité.

La confidentialité est conçue à deux niveaux, celui de l'opérateur et celui de l'utilisateur.

Dans le chef de l'opérateur, la confidentialité est conçue comme un devoir de soins et de compétence à un niveau professionnel élevé, en limitant les transmissions entre les utilisateurs autorisés et en prenant les mesures adéquates pour prévenir et détecter l'intrusion de tiers non autorisés.

Cette obligation de soins professionnels s'appliquent aux termes du contrat dans trois domaines :

— la communication limitée entre certains utilisateurs :

"6. Security of data

e. Subject to the provision of sub-clause 6(f), INS shall ensure that data is exchanged only between the User and the other users who have agreed to exchange the types of data concerned and whose current passwords coincide with the passwords submitted for Transmissions of the data concerned."

— la sécurité de l'accès au réseau :

"6. Security of data

f. INS warrants that it has built into the computer programs, which will be used in the provision of the TRADANET Service, checks and controls designed with a high degree of professional competence to detect and prevent unauthorised access to User data which is being transmitted or stored in electronic form. INS does not, and cannot, guarantee that a third party could not gain such unauthorised access, but INS shall at all times endeavour to prevent any such unauthorised access."

— la sécurité de l'accès aux bâtiments du réseau :

"6. Security of data

g. INS shall ensure at all times that all access to computer operations areas in the Site and to computers used in the provision of the TRADANET Service shall be through high-level security locks, and INS shall enforce strictly controlled access to the Site."

Pour INS, la confidentialité a des liens évidents avec la fiabilité de la transmission. En effet, dans la mesure où il est nécessaire de sauvegarder les messages durant la transmission, une forme lisible de la copie serait de nature à faciliter la violation du caractère confidentiel des données.

Pour résoudre l'opposition des deux besoins, INS privilégie la fiabilité et s'engage à procéder à un enregistrement adéquat et strictement nécessaire à assurer le besoin de fiabilité. Cet engagement est une option des services de réseau. Si le cocontractant ne lève pas cette option, INS se dégage de toute responsabilité en matière de fiabilité[286].

4.3. Les causes d'exonération de responsabilité et la limitation de la réparation

Ce paragraphe traite de deux objets incontestablement différents : les conceptions de la force majeure et des limitations des réparations conventionnelles lorsque la responsabilité de l'opérateur est établie.

4.3.1. La force majeure

Nous avons déjà relevé les différences de conception des causes d'exonération de responsabilité contractuelle entre le droit anglais et les autres droits des Etats membres : le droit anglais adopte une vision large du sujet en recouvrant dans la théorie de la "frustration" à la fois les cas de force majeure et les cas de l'imprévision économique de certains droits continentaux.

Dans l'analyse des clauses contractuelles, il y a lieu d'attacher une certaine attention au droit applicable dans la mesure où ce droit commun devra éventuellement s'appliquer d'une manière supplétive. Dans notre espèce, le contrat IBM que nous possédons est régi par le droit belge et le contrat INS par le droit anglais.

---

286 Voy. la clause 6(b).

(a) IBM

De manière générale, les conditions communes à tous les pays soulignent que des causes indépendantes de la volonté des parties peuvent les exonérer de leurs obligations contractuelles, exception faite de l'obligation de paiement à charge de l'utilisateur du réseau[287]. La terminologie "causes indépendantes de la volonté des parties" n'est pas strictement une notion du droit continental.

Outre l'application de ces causes à toutes les parties au contrat, il est remarquable que cette clause ne précise pas la conception adoptée des "causes indépendantes de la volonté des parties". Ce sont certainement la force majeure ou le cas fortuit au sens du droit applicable au contrat. En droit belge, ces causes doivent être imprévisibles et irrésistibles et la pratique juridique belge reconnaît que globalement, l'événement en question doit être inévitable.

La formulation lapidaire et vague de cette clause renvoie, au cas par cas, à la conception des causes d'exonération du droit applicable au contrat, alors que la liberté contractuelle est de nature à moduler l'acception de ces causes.

(b) INS

Contrairement à la clause IBM, la clause INS d'exonération de responsabilité[288] est plus précise. Régie par le droit anglais, INS fait appel à la notion de force majeure inconnue telle quelle par ce droit, ainsi qu'à la théorie de la *frustration* propre au droit anglais, pour définir les causes exonératoires de responsabilité.

La succession d'énumération est destinée à la fois, à étendre objectivement les causes d'exonération (*force majeure, Act of God*) et aussi à préciser avantageusement les causes spécifiques d'inexécution indépendantes de la volonté des parties au regard de la théorie anglaise de la "frustration".

---

287 Conditions générales d'Information Network - article 8 : "A l'exception pour le Client de payer les redevances visées aux articles 12 et 13 ci-avant, aucune des parties ne sera tenue pour responsable de l'inobservation des dispositions du contrat si cette inobservation est due à des causes indépendantes de sa volonté."

288 11. Exemptions and limitations of liability

a) Neither party will be liable for delay in performing obligations or for failure to perform obligations if the delay or failure results from circumstances beyond the control of the party (whether happening in the United Kingdom or elsewhere) including, but not limited to force majeure, Act of God, refusal of licence (including refusal or revocation of any licence, approval or consent in respect of data communications equipment and/or transmissions, other than a revocation due to any act or omission on the part of INS), or other governmental act, fire, flood, bad weather, explosion, accident, civil commotion, industrial dispute, or impossibility of obtaining materials."

4.3.2. La limitation de la réparation

Les clauses limitant la réparation définissent la nature des dommages indemnisables et le montant d'indemnités auquel un utilisateur peut s'attendre.

De manière générale, les dommages réparables sur base contractuelle doivent être subis par une partie à la convention. En l'occurrence, les clauses envisagent la réparation des dommages subis par un utilisateur du réseau.

Pour ouvrir le droit à réparation, les systèmes juridiques exigent un certain lien de cause à effet entre l'inexécution contractuelle et le dommage. En droit civil, nous avons souligné qu'à défaut de convention sur cette matière, seuls les dommages directs, immédiats et prévisibles sont susceptibles d'être réparés, par opposition aux dommages indirects. En droit anglais, on emploie les concepts de "general damages" prévisibles par les parties et de "consequential damages" (dommages dérivés) pour limiter la réparation.

En matière d'EDI, l'appréciation subjective de ce lien de causalité peut conduire à estimer que certains préjudices financiers ou commerciaux soient effectivement des dommages directs et immédiats du manquement d'un opérateur de réseau : par exemple, le manque à gagner lorsqu'un retard de transmission met en échec l'exécution d'une convention; ...Il y a lieu de vérifier si de tels dommages ont été prévus ou prévisibles.

En dehors de ces solutions supplétives, les parties ont le loisir de régler elles-mêmes la réparation des cas portant à discussion. Ce qui est l'objet des clauses suivantes.

(a) IBM

En ce qui concerne les caractéristiques des dommages envisagés par la limitation contractuelle de réparation, IBM[289] exclut les préjudices financiers ou commerciaux qui ne sont pas la conséquence directe et immédiate d'un manquement à ses obligations. Elle cite à titre d'exemple, le manque à gagner, l'augmentation de frais généraux, la perturbation de planning, la perte de clientèle, de profit ou d'économies escomptées. Par ailleurs, ces dommages ne peuvent

---

289 Conditions générales de prestation de services, article 13 al. 3 "Ne peuvent en aucun cas donner lieu à réparation, même si IBM a été préalablement avisée de la possibilité de tels dommages, pertes ou réclamations :

a) ...

b) les dommages indirects, c'est-à-dire les préjudices financiers ou commerciaux qui ne sont pas la conséquence directe et immédiate d'un manquement d'IBM à ses obligations, notamment le manque à gagner, l'augmentation de frais généraux, la perturbation de planning, la perte de clientèle, de profit ou d'économies escomptées;

c) ...

L'article 32 des conditions générales de prestations de services IBM Information Network reprend ces idées de façon plus succincte mais ambiguë.

être considérés comme des préjudices directs et immédiats d'un manquement, même si la compagnie a été préalablement avisée de la possibilité de tels dommages ou pertes.

De ces prémisses, on peut aisément comprendre que dans certaines circonstances, certains préjudices financiers et commerciaux peuvent être les conséquences directes et immédiates de manquement contractuel et devenir des dommages indemnisables contractuellement. Cette question relève des circonstances d'espèce (type de message transmis, le correspondant qui subit le dommage financier ou commercial,...) et en quelque sorte de l'appréciation du juge qui sera saisi de la question.

Plus intéressante est la limitation des réparations[290] au montant le plus élevé de soit quatre millions de francs belges, soit le montant total facturé pour l'utilisation du service défaillant sur les douze mois avant la survenance de l'incident générateur des dommages.

Si l'on considère les pratiques tarifaires de cet opérateur pour le “connect package” reprenant des services élémentaires du réseau IBM (facturation anticipée des redevances de douze mois d'utilisation, calcul des redevances effectives suivant des unités IN, disponibilité des services supplémentaires, ...), le montant maximum d'indemnisation sera effectivement de quatre millions de francs belges.

Le second montant de la comparaison faisant référence aux redevances payées semblerait indiquer qu'une partie de ces mêmes redevances est destinée à couvrir d'une manière ou d'une autre la réparation des dommages.

(b) INS

L'article 11 b) [291]est de la même inspiration que la limitation des réparations aux dommages directs et immédiats d'IBM.

Bien que la loi applicable soit le droit anglais, l'utilisation conjuguée des termes “indirect losses” (terminologie des droits de famille romano-germanique) et “consequential losses” est assez déroutante. On peut se poser la question de savoir si en plus de l'exclusion des “consequential losses”(dommages dérivés) au sens du droit anglais, le contrat n'envisage pas la réparation des “indirect losses” ?

---

290 Conditions générales des prestations de service - article 13 : “Dans les limites prévues à la présente clause et quelle que soit la gravité de la faute, sauf en cas de dol, la responsabilité d'IBM vis-à-vis du Client pour les dommages réellement subis et établis sera limitée au montant le plus élevé des deux sommes ci-après, soit un montant correspondant au prix facturé pour les services ayant spécifiquement causé les dommages ou étant l'objet de l'action en responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle. La présente limitation ne sera pas d'application pour tous dommages corporels ou dégâts à des biens matériels causés par la seule faute d'IBM.”

Les conditions générales de prestations de services IBM Information Network reprennent une formulation simplifiée de cette clause : article 31.

291 Exemptions and limitations of liability

“INS shall have no liability for indirect or consequential loss or for loss of business or of profits howsoever arising.”

A ces exclusions, il faut y ajouter les "*loss of business or of profits"* qui comme selon la clause IBM, sont explicitement exclus des montants envisagés au paragraphe g) de la même clause[292].

Singulièrement, en ce qui concerne les dommages indemnisables, des montants distincts sont prévus pour chaque type de dommage : les dommages matériels, les dommages corporels.

Un indemnisation distincte est prévue pour tous les autres événements qui ne causent pas directement des dommages corporels ou matériels. Ce sont les incidents de transmission qui ont une parenté directe avec la qualité des services de réseau : citons par exemple, l'indisponibilité ou la rupture des liaisons de télécommunication relevant de la faute ou de la négligence d'INS, l'indisponibilité des services de réseau INS, la rupture de la confidentialité, la perte d'un message, l'enregistrement défectueux des messages transitant dans le réseau, la transmission dans un délai excédent le temps convenu comme raisonnable,...

L'indemnisation dans ce cas précis est limitée au quart des redevances annuelles payées à INS. Cette précision a pour avantage de limiter les réparations à un pourcentage des redevances payées et de créer une formule de couverture précise des risques financiers supportés par INS.

Remarquons que pour un incident ou une série d'incidents, les montants des réparations sont cumulables suivant les types de dommages subis.

4.4. Conclusions

De manière générale, nous avons fait état de notre conception des obligations contractuelles des parties intervenantes à l'EDI. Ensuite, nous avons comparé ces obligations aux pratiques contractuelles de deux grands gestionnaires de réseau, IBM en tant qu'opérateur appartenant à la famille des constructeurs informatiques et INS en tant qu'opérateur et prestataire de services informatiques, tous deux proposant des services EDI au secteur de la distribution.

Outre les lois applicables différentes, les approches sont fondamentalement distinctes : IBM intègre ses services de EDI dans l'offre d'autres services informatiques et de réseau alors qu'INS, proposant exclusivement des services informatiques, a eu le loisir de préciser davantage les différentes facettes des transmissions.

---

292 Article 11 g) : "Total INS liability under this Contract (whether arising from Contract or negligence or otherwise) is limited in respect of each event or series of connected events as follows :

i) £ 250,000 in respect of physical damage to or loss of tangible property; and

ii) no limit in respect of negligence causing death of, or injury to persons; and

iii) £ 100,000 in respect of all other events, provided that the total liability of INS in relation to such events in any year expiring on an anniversary of the Commencement Date of this Contract shall not exceed one quarter of the total Volume Related Charges as stated in INS's applicable Price Schedule, paid to INS by the User in respect of that year.

Parfois, il nous a été nécessaire de faire référence aux conditions générales des prestations de services de IBM pour comprendre des clauses de la convention sur Information Network. Quant à la formule RNS, elle fait référence aux autres conventions de services, les conditions générales de prestation de services et les conditions générales d'Information Network. Dès lors, la compréhension de cet ensemble de conventions relève d'un exercice ardu, rendu plus difficile encore par l'usage de termes ou d'abréviations techniques propres au constructeur.

Le contrat INS nous semble plus élaboré et plus adapté aux spécificités de l'EDI. Les différentes limites de réparation sont cumulables et elles distinguent les différents risques de dommages. Cette systémisation est de nature à faciliter la couverture par une assurance de ces risques, principalement les risques de transmission et de traitement spécifiques à l'EDI.

V. LES IDEES NOUVELLES

1. Une solution possible au problème de la définition d'un régime de responsabilité des opérateurs de réseau

L'EDI en lui même peut se composer de différents services ou se composer de différentes fonctionnalités. Un opérateur de réseau règle les conditions de prestations de ces services et les responsabilités prises en charge, à l'aide d'une convention formant la loi des parties.

Quelles que soient les obligations prises en charge, l'opérateur tente de régler d'une manière uniforme le régime de responsabilité : une obligation de moyens sera généralement imposée pour définir sa responsabilité. Cette approche de la question influence, dans certains systèmes juridiques, la question de la répartition de la charge de la preuve de l'inexécution contractuelle : l'obligation de moyens est de nature à reporter sur le créancier la charge de prouver l'inexécution et la faute ou la négligence commise dans cette exécution.

Ce problème juridique en lui-même n'est certainement pas de nature à faciliter l'adoption de l'EDI par les entreprises de ces Etats membres. Pour les ressortissants des autres systèmes juridiques, la question de la preuve reste invariablement : comment prouver que l'opérateur est en faute ou qu'il y a eu effectivement une inexécution contractuelle ?

Une solution harmonisée nous semble nécessaire dans ce domaine. Elle devrait non seulement faciliter et accélérer le règlement des différends mais aussi et surtout, unifier le régime de la responsabilité des opérateurs de réseau.

Ce problème n'est pas neuf en soi. Dans la première moitié du vingtième siècle, cette question s'est aussi posée en matière de transport aérien. Les compagnies aériennes ne voulaient pas garantir la sécurité des passagers ou des marchandises alors que l'extension de ce secteur dépendait précisément des garanties contractuelles offertes en matière de sécurité.

La confiance des usagers peut éventuellement s'acquérir par une offre précise de remèdes contractuels et concurremment, par la couverture des risques financiers à l'aide d'une assurance.

Cela étant, le problème de l'harmonisation des règles de responsabilité a longtemps préoccupé les juristes. La Convention internationale de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international[293] a réglé cette question en proposant comme principe général une responsabilité automatique du transporteur avec un renversement de la charge de la preuve, suivant la règle *quid pro quo*[294]. Pour s'exonérer, le transporteur doit

---

293 Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, approuvée en Belgique par la loi du 7 avril 1936, Mon. 24 sept. 1936, article 17 et suiv..

294 C'est-à-dire présomption de responsabilité du transporteur. Cette règle en matière de preuve définit l'objet de la preuve et la personne qui doit fournir la preuve.

prouver soit que les moyens mis en oeuvre ont été suffisants pour assurer une sécurité nécessaire au transport, soit qu'il lui a été impossible de prendre certaines mesures adéquates.

Même si l'on considère que le contenu des obligations d'un opérateur est double (essentiellement, une obligation de transport de messages EDI à bonne destination et subsidiairement, une obligation de traitement particulier des données), on pourrait imaginer une responsabilité présumée de l'opérateur pour l'ensemble des services prestés, à charge pour celui-ci de démontrer, le cas échéant, soit que les moyens employés ont été suffisants pour assurer la sécurité de son système et celle des traitements, soit qu'il lui a été impossible de prendre les mesures adéquates pour empêcher la survenance de l'incident.

2. Les directives européennes en matière de responsabilité du fait des produits et des services

2.1. Nécessité d'une harmonisation"

Si la disparité des règles juridiques régissant l'EDI nécessite une harmonisation, il est nécessaire que *la question des possibilités contractuelles d'exonération* soit incluse dans cette initiative, et qu'elle soit traitée de manière à ce que des solutions soient semblables dans chaque cas. On a vu en effet que, à côté d'importantes convergences, il y a des différences d'un Etat à l'autre. Or les transactions par EDI, sont faites pour être transfrontières ; ces divergences, qui posent des problèmes de droit international privé, devraient dès lors être aplanies.

2.2. Quelques sources possibles d'inspiration pour une solution

Dans les Etats membres, la réponse à la question de la validité des clauses exonératoires pourra être influencée par deux facteurs, et un troisième s'y ajoutera à l'avenir.

2.2.1. Application du droit commun

Faut-il, dans le cas pendant devant le juge, appliquer le droit commun et les règles dégagées par la jurisprudence concernant les clauses d'exonération, ou existe-t-il une législation spécifique à ce sujet et dont on puisse s'inspirer (concernant généralement la protection des consommateurs) ?

Ces législations spécifiques sont plus strictes à propos des limitations de responsabilité, et le cas échéant, elles peuvent partir du principe (inverse du droit commun) selon lequel les clauses exonératoires sont nulles, sauf dans certains cas. Selon qu'on applique le principe d'interprétation du droit commun (“clauses licites, sauf...”) ou celui de la législation spécifique (“clauses en principe illicites”), la solution dans un cas précis variera selon la règle que le juge aura prise comme source d'inspiration ou comme principe d'interprétation.

Il est vrai qu'à l'heure actuelle, le secteur de l'EDI est limité aux rapports entre professionnels[295] ; on sera dès lors enclin à considérer que ceux-ci ont plus ou moins librement

---

295 Surtout si la définition de l'EDI exclut le secteur de la télécommunication grand public.

négocié les clauses de leur contrat, et à accepter le principe de la licéité des clauses d'exonération en faveur de l'opérateur, car l'utilisateur, en tant que professionnel, est censé comprendre la portée des clauses qu'il accepte.

Cependant, si l'on considère que l'EDI est appelé à s'étendre à des domaines de plus en plus larges, dans des applications de plus en plus facilement accessibles à un plus grand nombre, et si l'on souhaite, pour ce faire, favoriser la notion de "réseau ouvert", il serait peut-être opportun, pour l'avenir, d'envisager l'application, dans ces cas (et dans les relations entre un professionnel et des non-professionnels), des principes issus des législations sur les clauses abusives dans les contrats d'adhésion - quitte à limiter l'application d'un tel régime aux seules transactions avec des non-professionnels.

2.2.2. Règles de responsabilité du fait des produits

Dans la mesure où il n'existe généralement pas de dispositions spécifiques relatives à la responsabilité dans le domaine des services, peut-on s'inspirer des règles acceptées dans le domaine de la responsabilité du fait des produits ?

Une réponse positive aurait une double conséquence : une responsabilité sans faute de la part du fournisseur du service, et une interdiction des clauses exonératoires à l'égard des destinataires du service. Ce sont en effet deux principes désormais obligatoires dans le domaine de la responsabilité du fait des produits, suite à l'adoption, en 1985, d'une directive du Conseil[296].

Il est certain que cette directive en tant que telle ne trouvera pas application dans le secteur de l'EDI : elle vise exclusivement les produits "bien meubles", les travaux montrent que le secteur des services en a été délibérément exclu, et enfin elle ne vise que les dommages corporels ou à des biens privés (à l'exclusion des dommages professionnels, commerciaux ou économiques susceptibles d'intervenir dans le contexte de l'EDI).

A défaut d'être applicable en tant que telle à l'EDI, cette directive peut-elle servir de source d'inspiration ? Il ne serait peut-être pas opportun d'imposer aux opérateurs de réseaux une responsabilité sans faute, ni d'interdire toute possibilité de limitation de la responsabilité. Mais une notion, dont on trouve une trace dans la directive, pour y définir le défaut du produit, est celle d'une attente "légitime" de l'utilisateur : le "défaut" est de ne pas offrir la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

Cette notion d'attente légitime est, selon nos informations, également proposée à la Commission dans le cadre de la directive future sur la responsabilité du fait des services défectueux : elle est donc appelée à constituer de plus en plus un critère habituel en matière de

---

296 Directive du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, J.O.C.E., 07/08/1985, n° L210/29.

responsabilité. Son contenu est évidemment difficile à déterminer à l'avance ; il s'agit d'une certaine qualité minimale du service, que tout utilisateur est en droit d'attendre et que le prestataire doit obligatoirement offrir, sans pouvoir prévoir ou imposer contractuellement un niveau de qualité moindre.

Quant au contenu possible des attentes légitimes de l'utilisateur d'un réseau EDI, on peut renvoyer à ce qui est défini dans ce rapport comme correspondant aux “besoins des utilisateurs”, quitte à considérer que certains “besoins” sont plus légitimes que d'autres, ou qu'il y en a qui sont plus importants : il s'agit là, en grande partie, d'une question d'opportunité, dont on ne traitera pas dans cette section.

2.2.3. Le projet de proposition de directive sur la responsabilité des prestataires de services

Dans le cadre d'une étude sur la responsabilité des opérateurs de réseaux EDI, il nous a semblé qu'une brève prise en considération des travaux de la Commission dans le domaine de la responsabilité des "prestataires de services" pouvait être utile[297].

La solution relative aux clauses d'exonération viendra-t-elle de la future directive sur la responsabilité dans le domaine des services ?

(a) Résumé de la proposition

En quelques mots, le système préconisé peut se résumer comme suit.

Le système de responsabilité reste basé sur l'exigence d'une faute du prestataire de services, mais cette faute est présumée, sauf pour ce dernier à établir qu'il n'en a pas commise.

Le critère d'appréciation de la faute est celui de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

La définition de "service" qui est proposée pourrait couvrir les prestations de l'opérateur de réseau :

> “*...le terme "service" désigne toute prestation réalisée à titre professionnel ou de service public et de manière indépendante, à titre onéreux ou non, n'ayant pas pour objet direct et exclusif la fabrication de biens ou le transfert de droits réels ou intellectuels. ...*” (article 3 de cette proposition de directive).

---

297 Notre commentaire se base sur le "projet de proposition relative à la responsabilité des prestataires de service", du 7 août 1990, SPC/149/90.

La définition de "dommage", par contre, est assez restrictive : ne sont visés que le dommage direct causé par la mort ou par des atteintes à la santé ou l'intégrité physique, de même que le dommage direct causé aux biens meubles privés de la victime, ainsi que les dommages matériels financiers découlant des dommages précédemment décrits.

“Bien privé” est compris comme l'antonyme de “bien professionnel” et non de “bien public”.

La victime, bénéficiant d'un renversement de la charge de la preuve, ne doit prouver que le dommage et le lien de causalité entre la prestation du service et le dommage.

Enfin, le prestataire ne peut écarter ou limiter la responsabilité à l'égard de la victime par des clauses contractuelles.

(b) Non-applicabilité à l'EDI

Du résumé qui précède, on aura déduit que la directive ne sera pas appelée à s'appliquer, telle quelle, au secteur de l'EDI et aux opérateurs de réseaux.

C'est la définition restrictive du dommage qui ferait obstacle à une telle application : en limitant aux dommages physiques à la personne, aux dommages causés aux biens privés (et aux dommages résultant de ces deux sortes de préjudices), le texte de la proposition illustre l'objectif qui préside à son élaboration, et qui est principalement le souci d'une meilleure protection des consommateurs, destinataires à titre privé (non-professionnel) de prestations de services. A l'instar de la directive de 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (qui limitait la définition du dommage d'une manière analogue), le texte relatif aux services est rédigé dans la perspective du droit de la consommation[298].

Il n'est donc pas destiné à régler les relations entre professionnels, ni à traiter de l'indemnisation de préjudices subis dans un cadre professionnel (dommages financiers économiques, commerciaux, manque à gagner, etc.).

(c) Source d'inspiration possible ?

Après avoir indiqué que si la directive était adoptée dans la version actuelle[299], elle ne serait pas applicable aux prestations de services EDI, on peut cependant formuler quelques observations.

---

298 L'objectif de "protection des consommateurs" est mentionné à diverses reprises dans le projet d'exposé des motifs.

299 Quand on voit les difficultés qu'a entraîné la proposition relative aux produits défectueux et le temps qu'il a fallu pour arriver à son adoption (au prix de différents compromis), on peut deviner que l'adoption d'une

On retrouve dans le texte du projet, la reprise d'une notion qui se trouvait déjà dans le texte de la directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux : la référence à l'attente légitime en matière de sécurité.

De manière assez intéressante, la notion d'attente légitime sert à la fois de critère pour la détermination du défaut d'un produit[300] et pour celle de la faute des prestataires de services. Dans une certaine mesure, les deux régimes se ressemblent et la responsabilité basée sur la faute d'un prestataire de service n'est en pratique pas moins sévère qu'une responsabilité basée sur le défaut du produit. Le tout est évidemment de voir la façon dont les juges interprèteront ces notions dans les cas particuliers.

D'une manière générale, il est possible qu'une évolution du droit de la responsabilité soit en cours et il semble que la notion d'attente légitime soit de plus en plus appelée à s'appliquer, de sorte qu'elle pourrait influencer le traitement des solutions applicables en dehors du droit de la consommation, et en particulier dans l'EDI.

Cette affirmation doit cependant, dans l'état actuel des choses, être considérée avec prudence. C'est d'autant plus vrai que la notion d'attente légitime dans les deux textes (directive sur les produits et proposition sur les services) vise la sécurité et non pas l'attente légitime de l'utilisateur quant à la qualité du produit ou du service.

Au demeurant, inévitablement, la notion d'attente légitime renvoie à celle des "besoins des utilisateurs", qui fait l'objet d'une autre partie de ce rapport. Le problème se résume dès lors à la question de s avoir parmi les besoins cités, lesquels correspondent à une attente légitime de l'utilisateur.

---

directive dans le domaine des services n'est pas à attendre dans un avenir proche, et que le processus menant éventuellement à l'adoption n'en est qu'à ses premiers pas.

300 Pour rappel, le régime de responsabilité du fait des produits défectueux n'est pas basé sur la faute mais sur l'existence d'un défaut du produit.

V. Recommandations

1. Des préalables

Recommandation 1 : De la nécessité de certains éclaircissements du vocabulaire

1. D'un point de vue technique [p. 9 et suivantes du rapport][301]

Entre une définition large de l'EDI (le cas où un ou les deux correspondants sont humains et/ou sans la mise en oeuvre de moyens de télécommunication) et une définition plus restrictive (aucune présence d'élément humain dans un transfert de données à l'aide des télécommunications), l'analyse démontre que les risques attachés à la mise en oeuvre de telle ou telle technique varient. Ainsi, l'EDI intégré substitue à des risques humains de manipulation et d'entrée de données, des risques de défectuosité ou de défaillance des logiciels spécifiques utilisant l'EDI.

Il est donc utile de clarifier le vocabulaire, d'approfondir les types de risques encourus pour chaque catégorie d'EDI et de rendre l'utilisateur conscient des spécificités de chaque mode de transfert.

2. En ce qui concerne les acteurs et leurs rôles [p. 30 et suivantes du rapport]

La multiplicité des acteurs et la diversité des rôles que chacun peut jouer dans la mise en oeuvre d'une opération EDI rendent nécessaire cette recommandation.

Nous avons identifié deux grandes catégories d'intervenant dans une transmission par les moyens de télécommunication : les organismes de télécommunication au sens des directives européennes en matière d'O.N.P. et les gestionnaires de réseau offrant certains services dits à valeur ajoutée en concurrence avec les dits bénéficiaires de droits spéciaux ou exclusifs.

---

301 Pour chaque recommandation, nous avons mis entre parenthèses, les références aux passages du rapport qui permettent d'inférer la recommandation.

Cela étant dit, dans l'offre de services ouverts à la concurrence, il y a lieu de distinguer de façon générale les opérateurs de réseau à valeur ajoutée et les opérateurs de réseau spécifiquement EDI.

Notre analyse propose les définitions suivantes :

Le concept "d'opérateur de réseau EDI" doit être compris, selon nous, comme étant *la personne physique ou morale qui fournit à des utilisateurs EDI les services nécessaires à un échange de données par une liaison de télécommunication* .

Cette définition peut s'appliquer soit à des organismes de télécommunication[302] (publics ou privés) offrant des services non-réservés en particulier des services EDI, soit à des gestionnaires de réseau EDI.

Encore que les opérateurs de réseau EDI ne soient pas légion à leur actuelle, leur statut public ou privé ne devrait pas influencer la détermination des responsabilités (cf.. infra, Recommandation **5**). Il y a lieu dans tous les cas de s'attacher aux prestations promises et effectuées au bénéfice de leurs usagers.

3. En ce qui concerne la structure des réseaux EDI [p. 22 et suivantes du rapport]

Rappelons d'abord que :

— un réseau de télécommunication est *"un ensemble d'infrastructure et de services nécessaire à la communication entre deux ou plusieurs correspondants"*;

— la notion de réseau EDI est définie comme "*un ensemble d'infrastructure et de services de télécommunication nécessaires à un échange automatisé de messages normalisés et agréés, entre applications informatiques."*

Par ailleurs, les directives européennes en matière d'O.N.P. définissent le concept de "réseau ouvert" par opposition à celui de "réseau fermé". Ce concept a pour objet l'infrastructure de base des télécommunications et certains services considérés comme essentiels aux usagers ou à la prestation de services ouverts à la concurrence.

Par ailleurs, plus loin, nous distinguerons les réseaux de télécommunication EDI suivant qu'il est ouvert ou fermé. Le réseau est dit "ouvert" à partir du moment où il est accessible à toute personne indéfinie ou faisant partie d'une catégorie générale d'usagers, moyennant une redevance et le respect de certaines spécifications techniques aménagés au sein d'une convention. Le réseau est "fermé" si son accès est réservé à des utilisateurs désignés et identifiés de manière "intuitu personae".

Indépendamment de ces distinctions, il y a lieu de considérer certaines communautés d'utilisateurs de moyens de télécommunication, que l'on désignera les termes "groupe ouvert" et

---

302 Un organisme de télécommunication est une entité publique ou privée auquel un Etat accorde des droits spéciaux ou exclusifs en matière d'infrastructure ou de services de télécommunication.

“groupe fermé". La notion de groupe fermé doit être réservée, selon nous, aux associations caractérisées uniquement par les particularités suivantes :

— un nombre aisément définissable de membres, même si ce nombre n'est pas fixé ou donné et que les entrées et les sorties sont fréquentes;

— une possibilité d'établir une liste des membres du groupe;

— un trait commun aux membres du groupe, d'ordre professionnel;

— l'existence d'une relation contractuelle avec un opérateur de réseau au sens large, qui doit être préexistante à l'échange de messages normalisés;

— l'appartenance volontaire à une même association ou l'établissement volontaire de relations.

Les notions de “groupe” et “réseau” fermé ne se recouvrent donc pas. Un groupement fermé d'utilisateurs peut parfaitement utiliser un réseau de télécommunication ouvert. Des techniques de chiffrement permettent alors de réserver, aux seuls membres “coopérateurs” du groupe fermé, les messages véhiculés par le réseau ouvert.

Cette distinction est importante : notre rapport n'analyse pas les règles de responsabilité propres à certains opérateurs de “groupe fermé”. En effet, le caractère associatif de ces groupements justifie que les "coopérateurs" répartissent différemment les risques en fonction de leurs préoccupations propres.

Nous nous attacherons aux relations contractuelles entre les gestionnaires de réseaux ouverts (et plus particulièrement, les opérateurs de réseau EDI) et les usagers de leurs réseaux (que ces usagers fassent partie ou non de “groupe fermé”).

Il est donc particulièrement important que les critères distinctifs du “groupement fermé” soient définis de façon précise afin que les opérateurs de réseau ne puissent se prévaloir du fait que leur réseau constitue un soi disant groupement fermé pour échapper aux règles et responsabilités relatives à l'offre de services de réseaux ouverts.

Recommandation 2 : De la normalisation

Pour éviter les risques liés à l'incompatibilité des réseaux EDI, les normes techniques et administratives relatives au contenu, au format et à la syntaxe des messages doivent être développées, publiées et acceptées dans toute la mesure du possible à l'échelon européen. Cette normalisation doit tenir compte de la multiplication des échanges intersectoriels.

Par ailleurs considérant que les normes de sécurité des réseaux sont de nature à faciliter la sécurité des messages, il nous semble nécessaire d’entamer une étude plus approfondie des moyens techniques qui seraient de nature à conforter ces deux préoccupations.

Par sécurité des messages, on entend au sens large, à la fois :

— leur confidentialité, réalisée notamment par la qualité du réseau selon laquelle les messages véhiculés par le réseau et les données qui y sont conservées sont susceptibles de n'être lus que par des personnes dûment autorisées dans des circonstances précises et selon une procédure spécifique : le contenu, le nombre et les destinataires des messages échangés ne peuvent être connus que par des personnes autorisées;

— leur intégrité, rendue possible notamment par la fiabilité du réseau suivant laquelle les messages transmis par des personnes autorisées ne seront ni déformés ni perdus sur le réseau et arriveront au destinataire désigné et autorisé;

— leur disponibilité, facilitée par la qualité d'un réseau suivant laquelle le message sera accessible et utilisable à un moment donné selon la procédure requise (sauf à considérer séparément le cas où un réseau n'est pas disponible mais où le message l'est bien).

Vu l'intérêt évident de la question, les Communautés et les Etats membres doivent résoudre précisément la question suivante : comment définir et mettre en oeuvre de manière efficace des spécifications et des normes en matière de sécurité des systèmes d'information ?

Ce travail doit être défini en fonction des besoins des utilisateurs en matière de sécurité des systèmes d'information et aboutir à une solution rapide et immédiate sans préjuger ou mettre en cause la compatibilité avec des normes futures.

Cette tâche doit également s'intégrer dans une stratégie globale ou du moins ouverte sur des techniques apparentées à l'EDI. Ainsi, il serait éventuellement nécessaire de coordonner ces travaux avec ceux décidés dans cadre de la proposition de décision du Conseil en matière de sécurité des systèmes d'information (COM {90} 314 final).

Recommandation 3 : De la mise sur pied d'un label européen pour opérateur de réseau EDI

La Commission des Communautés européennes devrait encourager la création d'un groupe européen d'experts représentatifs de la pluralité des intérêts mis en jeu par l'utilisation et l'exploitation des réseaux EDI (gestionnaire de réseaux, opérateur de réseaux EDI, serveurs EDI, utilisateurs).

Ce groupe européen d'experts serait chargé premièrement :

- de réfléchir à un code européen de déontologie ou de bonne conduite d'opérateur de réseau EDI, voire d'élaborer un contrat type d'opérateur. Le contenu de ce contrat-type d'opérateur devrait soutenir un équilibre dans la répartition des risques entre utilisateurs et opérateur et ainsi, préciser les responsabilités de opérateurs de réseau. La recommandation 4 décrira mieux cette idée;

- de définir les normes techniques nécessaires à la qualité des services proposés par ces réseaux.

On peut songer en outre que ce groupe européen d'experts délivre aux opérateurs de réseaux qui s'engageraient à respecter le code, à utiliser le contrat type et à suivre les normes techniques définies, un label de qualité. Ce label permettrait aux opérateurs de réseaux EDI, l'ayant obtenu de s'en prévaloir auprès des utilisateurs et d'accroître leur confiance en la qualité et la sécurité du réseau, sans que pour autant, l'obtention de ce label ne soit une condition d'accès à la profession.

Par ailleurs, des mesures complémentaires plus pragmatiques devraient être prises par la Commission pour informer les utilisateurs potentiels de l'état de la normalisation technique et du contrat-type d'opérateur. Il convient éventuellement de regrouper toutes ces informations sous la forme d'un "vademecum des utilisateurs EDI".

Recommandation 4 : Du principe du Code de bonne conduite des opérateurs de réseau de EDI

Partant du constat de l'existence de certaines règles uniformes en la matière et de leur inadéquation face au problème soulevé dans ce rapport, une nouvelle initiative nous semble nécessaire.

1. Code de bonne conduite des utilisateurs

Les règles uniformes UNCID ainsi que le contrat type de communication européen, s'ils mettent clairement en évidence les responsabilités des utilisateurs de réseaux EDI décrivent insuffisamment la responsabilité des opérateurs de réseau EDI. Cette lacune naturelle (dans la mesure où ces initiatives sont relatives aux rapports entre utilisateurs) est préjudiciable au développement des services EDI car elle crée un climat d'insécurité pour les utilisateurs.

2. Code de bonne conduite des opérateurs

Un nouveau code de conduite devrait être rédigé, sous l'égide de la Commission, dans le cadre de réunions rassemblant tant les utilisateurs que les opérateurs. L'acceptation de ces codes devraient aussi servir de critères à la certification des opérateurs évoquée par la recommandation 3.

3. Contenu des règles de bonne conduite des opérateurs

Ces codes de conduite auxquels les opérateurs et utilisateurs de réseaux souscrivent lorsqu'ils envisagent l'utilisation de réseaux EDI doivent contenir des engagements de l'opérateur

vis-à-vis des utilisateurs en ce qui concerne la sécurité du réseau EDI et la qualité des services offerts par ce réseau, qui sont décrits ci-après (Recommandation 9).

2. De la responsabilité pénale et de la responsabilité des autres intervenants à la réalisation d'une opération EDI

Recommandation 5 : Des mesures pénales comme moyen de renforcer la sécurité des réseaux EDI

Une des causes de risques relatifs à l'utilisation de l'EDI peut être l'action intentionnelle du personnel d'un membre du réseau (usage frauduleux d'un accès autorisé) voire plus généralement d'un tiers (accès non autorisé à un noeud du réseau, destruction de systèmes d'information, modification du contenu d'un message ou de son routage).

Pour parer à de tels risques, une répression pénale est adéquate et évitera un gaspillage considérable de temps et d'argent, subi par les possesseurs de systèmes EDI, dans la vérification du fonctionnement normal de son système ou de sa non “effraction”.

Si certains pays ont déjà modifié leurs législations pour couvrir les délits nouveaux nés de l'utilisation malveillante des N.T.I.C. (Nouvelles Technologies de l'Informatiques et des Communications), d'autres ne l'ont toujours point fait.

Une harmonisation des délits et des sanctions pénales par les Etats membres est souhaitable. Une coopération internationale entre les autorités chargées de la poursuite des infractions est particulièrement nécessaire étant donné le caractère international que peuvent prendre les relations EDI.

L’absence de compétence des autorités communautaires dans cette matière nous pousse à recommander des mesures indirectes pour satisfaire cette préoccupation.

En effet, des règles assurant le secret des correspondances électroniques pourraient être prévues au niveau du code de déontologie recommandé précédemment. Calquées sur les meilleurs systèmes existant, elles devront idéalement couvrir tous les aspects de “l'usage non autorisé de systèmes d'information” :

— l'usage frauduleux d'un accès autorisé à un système;

— l'accès non-autorisé à un système;

— la modification ou la destruction d'un système (ainsi que des données contenues dans le système);

— et l'usage de systèmes à des fins de fraude ou de vol.

Ces règles s'adresseront dans un premier temps aux opérateurs de réseau qui répondront des agissements de leur personnel et de tiers commettant de tels faits en raison des relations avec ces mêmes opérateurs.

On ajoutera que la preuve de l'existence d'un délit de la part d'un tiers ne peut conduire à l'exonération de l'opérateur vis-à-vis de ses clients que si celui-ci démontre qu'il avait pris les mesures de sécurité qui peuvent être "raisonnablement attendues d'un spécialiste en EDI" ou qu'il a été "normalement diligent et compétent"(cf. infra recommandation **10**).

3. De la responsabilité des intervenants en matière de transport de données sur des supports de télécommunication

Recommandation 6 : De la responsabilité des organismes de télécommunication, titulaires de droits exclusifs sur l'infrastructure [p. 90 et suivantes du rapport]

1) Face à la diversité des solutions législatives adoptées par les Etats membres sur la qualité privée ou publique de l'organisme titulaire des droits exclusifs, il est nécessaire que la responsabilité de ces mêmes organismes de télécommunication ne dépende pas de leur statut privé ou public, sous peine de créer des distorsions de concurrence et une incertitude pour les utilisateurs de ces réseaux.

Au regard de l'exercice du monopole de droit étatique, cette responsabilité devrait dépendre de règles plus objectives et plus uniformes au niveau européen. Les différentes initiatives européennes en matière d'O.N.P. devrait prendre en compte cette préoccupation et édicter des principes directeurs dans cette matière précise.

2) Lorsque le titulaire de droits exclusifs sur l'infrastructure est en même temps opérateur de réseau EDI, voire fournisseur de services spécifiquement EDI, ces dernières activités devraient être soumises à des règles différentes de la responsabilité générale de l'organisme de télécommunication : la responsabilité d'un opérateur de réseau ou d'un fournisseur de services EDI ne peut se confondre avec celle qui lui incombe en tant que titulaire de droits exclusifs. Plusieurs contrats séparés doivent être conclus relativement à ces différentes activités.

3) Dans le cadre des directives relatives à l'ouverture des réseaux (Open Network Provision), des règles communes devraient être établies au niveau européen : l'établissement d'obligations précises à charge des titulaires de droits exclusifs vis-à-vis de leurs clients quant aux délais de fourniture des services d'accès à l'infrastructure, de la qualité des services de base fournis par cette infrastructure (capacité, fiabilité des réseaux, sécurité de ceux-ci). Ces précisions seraient de nature à créer un droit uniformément applicable dans les systèmes juridiques des Etats membres. Elles seraient également de nature à rompre l'irresponsabilité constatée chez les gestionnaires de réseau pour les incidents de liaison de télécommunications.

4) L'inexécution de ces obligations devrait entraîner la responsabilité des titulaires de droit exclusif sur l'infrastructure. Cependant, cette responsabilité ne peut tenir compte, sauf négligence grave ou faute intentionnelle du titulaire, des dommages financiers particuliers subis par le client ou par un tiers suite à la transmission d'un message. En effet, le droit d'établir une infrastructure à tout usage n'emporte pas l'obligation de réparer tout dommage. La limite du raisonnable veut que seuls les dommages directs et communément prévisibles soient de nature à ouvrir le droit à réparation : dommages corporels, etc...

Recommandation 7 : De la responsabilité des gestionnaires de réseau [p. 109 et suivantes du rapport]

Sans nous prononcer sur l'opportunité d'étendre les règles de l'O.N.P. à des gestionnaires de réseaux ouverts à valeur ajoutée, il est important cependant que contractuellement, ces derniers ne puissent s'exonérer, par des engagements vagues ou vides de portée, de toute responsabilité pour les incidents relevant de la gestion du réseau.

En raison des techniques de liaisons qui ont été volontairement définies au sein d'un réseau, il y a lieu de s'assurer que les obligations précises mises à charge des organismes de télécommunication dans le cadre des règles de l'O.N.P. (cf. la recommandation 6) soient également offertes contractuellement par ces gestionnaires (par ex. le délai d'intervention en cas de panne d'une ligne louée du réseau).

Précisément, dans la mesure des choix techniques opérés et des services offerts et dans les limites de leur réseau de transmission, ces gestionnaires devraient mieux définir le contenu de leur responsabilité, prendre en charge éventuellement, une présomption de responsabilité globale des incidents de réseau.

Ces principes se trouveront appliqués dans la suite de nos recommandations au sein deux hypothèses d'opérateur de réseau EDI, lorsque l'opération de transmission ne nécessite qu'un seul intervenant et lorsqu'elle en nécessite deux ou plusieurs.

4. De la responsabilité de l'opérateur de réseau EDI lorsqu'un seul opérateur intervient pour la transmission du message [p. 46 et suivantes du rapport]

Recommandation 8 : De l'objet et de l'étendue de la responsabilité de l'opérateur

Partant de l'analyse des deux contrats (celui proposé par un constructeur informatique et celui stipulé par un prestataire de services informatiques), nous avons dégagé dans le corps du rapport, des obligations idéalement réparties entre utilisateurs du réseau et l'opérateur lui-même.

Il va sans dire que le contenu des recommandations qui vont suivre devrait aussi idéalement s'inscrire dans le cadre du code de bonne conduite précédemment proposé.

1. Un service mieux défini et une qualité modulable

Pour éviter le vague de la majorité des contrats proposés, les opérateurs de réseaux EDI devraient spécifier les divers services offerts, le cas échéant, différencier les tarifs suivant la qualité du service offert.

En ce qui concerne l'étendue des services, le contrat pourra proposer clairement certains services comme optionnels (ex. service d'archivage, service de vérification de signature, etc...).

En ce qui concerne la qualité du service (p. ex. en terme de rapidité du transfert du message ou de disponibilité du service), des tarifs différents peuvent être prévus. Ils doivent bien évidemment correspondre à la prise en charge d'une responsabilité différenciée. Il y a lieu dès lors de lier cette question de qualité de services avec celle relative à la valeur de clauses de limitation de responsabilité.

2. Des causes d'exonération de responsabilité du fait des tiers

L'opérateur est seul responsable vis-à-vis de son client des services qu'il offre et des techniques qu'il utilise même s'il fait appel pour ce faire à des tiers (y compris les organismes de télécommunication). En conséquence, il ne peut s'exonérer du fait des fournisseurs de son propre système d'information, ni des sous-traitants qu'il a choisis et qu'il emploie pour la réalisation de tel ou tel service, sous réserve de ce qui est dit au point 3 ci-dessous.

En aucune manière, un opérateur de réseau EDI ne peut donc se prévaloir vis-à-vis de ses clients du fait du titulaire de droits exclusifs sur l'infrastructure comme cause d'exonération de sa propre responsabilité. Il est tenu de prendre, vis-à-vis de ses clients, les mesures organisationnelles et techniques nécessaires de façon à éviter tout événement dommageable

relatif à l'utilisation par lui de l'infrastructure du (ou des) gestionnaire(s) (lignes de back-up, contrôle de la non déformation des messages, etc...).

En d'autres termes, le fait du gestionnaire de l'infrastructure ne peut être considéré en soi comme un cas de force majeure et toute clause générale d'exclusion de responsabilité du fait du gestionnaire apparaît dès lors comme une clause de non responsabilité du fait du soustraitant. L'opérateur devra dès lors démontrer *in concreto* l'existence d'un réel cas de force majeure nonobstant les mesures organisationnelles et techniques prises pour être exonéré de sa responsabilité.

3. Des règles d'allocation des risques en ce qui concerne la localisation de l'événement dommageable

L'opérateur est responsable des dommages survenant du fait d'événements se produisant sur le réseau

En vertu de ce principe, il devrait être recommandé :

— qu'un procédé d'enregistrement identifiant l'entrée des messages lors de l'accès au réseau (log in) et lors de la sortie du réseau soit mis en place (log out);

— que soient précisés vis-à-vis des utilisateurs les points d'entrée et de sortie du réseau.

Ainsi, l'opérateur unique ne peut être responsable des événements survenant hors de son réseau, par exemple lors de l'acheminement des messages du système informatique de l'utilisateur à un point d'entrée du réseau. Ce lieu relève incontestablement de la responsabilité de l'utilisateur, émetteur du message, vis-à-vis de l'opérateur, sous réserve de la responsabilité de l'organisme de télécommunication dans l'établissement ou dans la gestion de cette transmission particulière.

Si l'opérateur est également fournisseur des logiciels implantés sur le système d'information de l'utilisateur et de l'interface, sa responsabilité pourrait s'étendre à l'ensemble du réseau qu'il en ait ou non la maîtrise, sauf pour lui de démontrer que l'événement, du fait de sa localisation, sort de la sphère des risques dont il peut avoir le contrôle (négligence ou faute de l'utilisateur ou d'un de ses préposés; ...).

4. Des services offerts sur le réseau de l'opérateur par des tiers

Une hypothèse particulière doit être aménagée où l'utilisateur opte pour un service EDI particulier presté par un tiers et utilisant le réseau de l'opérateur.

Il ne s'agit pas ici de la fourniture d'un ensemble de services élaborés par des tiers et intégrés dans l'offre d'un opérateur de réseau (par ex., les services des titulaires de droits exclusifs de l'infrastructure ou des opérateurs, gérant un réseau indépendant). Il s'agit bien de services supplémentaires proposés par un fournisseur particulier : ces services peuvent faire l'objet d'un contrat direct entre l'utilisateur final et ce fournisseur et l'accès à ces services s'effectue via l'opérateur de réseau (ainsi, l'utilisateur d'un réseau EDI qui conclurait avec une société spécialisée en arbitrage et en certification de messages - sorte de notaire électronique).

Dans cette dernière hypothèse de pluralité des contrats, l'opérateur de réseau EDI ne sera pas responsable de ces services supplémentaires dans le mesure où la fourniture de ces services fait l'objet d'un contrat séparé, placé sous la responsabilité directe d'un tiers, sous réserve de ses propres prestations. Ses propres prestations pourraient être éventuellement à la transmission et à la réception des données en direction et en provenance de ce tiers.

Le seul point discutable est la détermination de l'intervenant défaillant, et donc, la preuve de la défaillance d'un des intervenants. Il est recommandé dès lors de mettre à charge de l'opérateur du réseau EDI, une obligation contractuelle de collaborer, étroitement et dans le respect du principe de la bonne foi, à la détermination de cette preuve.

Recommandation 9 : Du contenu d'une obligation majeure des opérateurs de réseau : la sécurité du réseau [p. 110 et suivantes du rapport]

1. Principe général

A l'offre d'un service EDI, doit correspondre une responsabilité dans la mesure où la personne qui l'offre en a la maîtrise et où celui-ci a pu exercer son choix parmi les différentes solutions techniques et parmi les éventuels sous-traitants.

Parallèlement aux idées des directive et projet de directive en matière de responsabilité du fait des produits ou des services, tout opérateur d'un réseau EDI devrait avoir l'obligation de prendre les mesures de sécurité correspondantes à celles qui peuvent être normalement attendues par un utilisateur de la part d'un professionnel.

Le niveau de sécurité minimal ainsi attendu devrait être précisé en fonction de la qualité des services proposés et de l'évolution des technologies. Sa définition par des groupements professionnels d'utilisateurs et d'opérateurs en la matière doit être encouragée par la Commission. Par ailleurs, l'intégration de ce consensus doit s'effectuer de concert avec les groupes de normalisation évoqués dans la Recommandation 2. Plus loin, ce niveau de sécurité pourrait également faire partie intégrante des critères de certification de la Recommandation 3.

A ce niveau de sécurité offert, doit s'ajouter un devoir d'information pré-contractuel dans le chef de l'opérateur. Cette information doit, en toute circonstance, être suffisante.

2. Les régimes de responsabilité proposés

De manière générale, il est nécessaire d'unifier le mécanisme juridique mettant en oeuvre la responsabilité des opérateurs de réseau. Etant donné la diversité des systèmes de responsabilité invoqués (obligation de résultat, obligation de moyen, responsabilité sans faute,…), qu'il nous soit permis de suggérer ce qui suit :

— une présomption de responsabilité dans le chef de l'opérateur unique (premier intervenant dans l'hypothèse d'un seul contrat), à charge pour lui de prouver soit qu'il a pris toutes les mesures de sécurité équivalentes à celles qui peuvent être normalement attendues par un utilisateur de la part d'un spécialiste de la profession, soit qu'il y a eu une survenance d'un cas fortuit;

— dans le cas de la pluralité d'opérateurs (cf. la recommandation 11 qui suit), également une présomption de responsabilité mais dans le chef de l'opérateur principal, à charge pour lui de prouver soit la diligence normalement attendue (cas de sa faute personnelle), soit le cas fortuit, soit encore, la complétude et l'exactitude du traitement effectué par le réseau dont il a la maîtrise (cas de la faute du fournisseur choisi par l'utilisateur).

Ces solutions répondent aux difficultés rencontrées par un utilisateur dans l'établissement de la preuve d'une faute en matière de services de réseau. La charge de la preuve ne repose plus sur la partie la moins apte à la fournir mais bien sur l'opérateur qui normalement dispose de tous les moyens adéquats.

3. Les obligations particulières

Des niveaux de confidentialité et d'intégrité doivent être définis et mis à charge de l'opérateur de réseau.

Toute clause dispensant totalement ou partiellement l'opérateur des devoirs suivants doit être considérée comme non écrite, sauf exception expresse et certaine des utilisateurs.

(a) L'obligation de confidentialité

Cette obligation a de multiples aspects. Elle couvre :

— la question de l'accès aux services du réseau;

— la question des mesures techniques assurant la confidentialité du contenu des messages;

— la question des mesures organisationnelles assurant la confidentialité des messages.

L'opérateur doit prévoir un niveau de contrôle des communications autorisées : cette procédure doit nécessairement contenir l'identification des correspondants et la vérification des autorisations réciproques de communication. En ce qui concerne l'accès aux services, l'opérateur de réseau doit prévoir à la fois des mesures d'octroi des moyens d'accès garantissant le secret de ceux-ci, des règles relatives à la modification de ces moyens d'accès et à l'opposition éventuelle des clefs d'accès (à la demande d'un utilisateur). Au cas où cette opposition ne pourrait avoir lieu immédiatement (problème de disponibilité de ce service de sécurité), l'opérateur du réseau sera responsable des conséquences dommageables suite à l'utilisation du code dont le blocage a été demandé.

En ce qui concerne les mesures techniques assurant la confidentialité du contenu des messages, l'opérateur du réseau doit décrire les mesures techniques qu'il entend prendre pour assurer que seules les personnes dûment autorisées par l'utilisateur auront accès au contenu du message et s'engager sur la mise en oeuvre de ces mesures techniques. Toute rupture de la confidentialité des messages entraîne une présomption de responsabilité de non respect de l'engagement de l'opérateur sauf à lui de démontrer que l'événement qui est à la base de cette rupture de confidentialité ne peut lui être imputé.

En ce qui concerne les mesures organisationnelles assurant la confidentialité des messages, l'opérateur doit, vis-à-vis de ses employés, dans le cadre des contrats d'emploi comme vis-à-vis de ses sous-traitants dans le cadre des contrats de sous-traitance, prévoir des clauses contractuelles de manière à garantir le secret des messages électroniques. Ces clauses doivent, parallèlement aux hypothèses envisagées en matière pénale (cf. la Recommandation 4), idéalement recouvrir les hypothèses pénales. C'est-à-dire, en l'occurrence :

— l'usage frauduleux d'un accès autorisé à un système;
— l'accès non-autorisé à un système;
— la modification ou la destruction d'un système (ou des données contenues dans le système;
— et l'usage de système à des fins de fraudes ou de vol.

(b) L'obligation d'intégrité

Pour assurer le transfert complet et conforme du message, l'opérateur se doit de prendre certaines mesures visant à informer l'expéditeur de la "réception" par le destinataire du message, des anomalies constatées lors du traitement du message. Ces mesures rappellent des obligations équivalentes mises à charge du destinataire du message par les règles UNCID (sur le caractère incomplet de ces règles, cf. supra Recommandation **4**) et s'appuient sur des principes parallèles valables en matière de E.F.T..

Ensuite, il pourrait éventuellement être proposé la prise de mesures techniques pour déceler des messages manifestement non conformes et des traitements incomplets ainsi que pour prévenir toute déformation volontaire ou non de ces messages. Ces mesures pourraient figurer parmi les règles de l'art élaborées suivant le principe de la Recommandation **8**.

Au cas où l'émetteur prétendrait que le message a été déformé et que cette déformation ne lui a point été signalée, il est bien nécessaire de faire référence à certaines règles relatives à la preuve. Il appartiendra, ainsi, à l'opérateur de démontrer que les "enregistrements informatiques" et les mesures techniques de sécurité et d'information prises au sein de son réseau sont suffisamment sûres pour permettre leur admissibilité en cas de litige et pour les présumer fidèles et complets lorsqu'ils ont été effectués conformément aux conditions reprises ci-dessous.

Suivant la Recommandation R(81) 20 du Conseil de l'Europe[303], pour renverser la présomption de responsabilité, l'opérateur devra apporter la preuve de ses allégations, preuve qui se trouve être sur support informatique.

Il doit prouver, outre le contenu de ses prétentions, qu'en l'occurrence, ses propres enregistrements satisfont aux conditions suivantes :

a) être la représentation fidèle et durable du message reçu et transmis;

b) être effectués de façon systématique et sans lacune;

c) être effectués selon des instructions de travail conservées aussi longtemps que les enregistrements; et

d) être conservés avec soin, dans un ordre systématique, et être protégés contre toute altération.

Il est bien évident qu'à l'heure actuelle aucun enregistrement d'un réseau à valeur ajoutée ne satisfait les conditions reprises ci-dessus. Dès lors, nous recommandons une réactualisation ou éventuellement une réadaptation de ces principes à notre matière, après avoir mesurer la réalité de ces besoins.

Par ailleurs, si un "tiers certificateur" est chargé de ces enregistrements dans un réseau ou si l'opérateur a confié ces supports informatiques à la garde d'un tiers certificateur, les règles suivantes doivent être respectées :

a) les travaux d'enregistrement ont été surveillés par ce "tiers" désigné comme responsable de ces enregistrements et dépositaire contractuel;

b) l'enregistrement doit permettre de déterminer l'ordre d'émission et de réception des messages par ce tiers;

---

303 Recommandation du Conseil de l'Europe R (81) 20 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, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Section des Publications 1982.

c) les diverses phases d'enregistrement doivent être opérées strictement selon le schéma arrêté aux instructions de travail visées au point c) du paragraphe précédent;

d) l'enregistrement doit avoir fait l'objet d'un "procès verbal" (sorte de trace électronique) conservé avec l'enregistrement. Il doit reprendre les indications suivantes : l'identité du tiers dépositaire et du préposé qui l'a effectué, la nature et l'objet des messages, le lieu et la date de l'enregistrement, les défauts éventuels constatés pendant la reproduction ou l'enregistrement.

(c) L'obligation de disponibilité

La disponibilité d'un réseau s'entend de la qualité du réseau selon laquelle les services y sont accessibles sur une base horaire (*"up time basis"*) et utilisables à la requête des utilisateurs(*"response time")*. On pourrait aisément s'inspirer des clauses des contrats informatiques où l'on entend la disponibilité d'un système comme le "rapport entre la période effective de fonctionnement du système et celle du temps de production souhaité par l'utilisateur et défini dans le contrat".[304]

Cette qualité doit effectivement s'appliquer à tous les services offerts. Toutefois, la règle "l'accessoire suit le principal" serait à même de modifier les données du problème comme l'a démontré la jurisprudence belge de Verviers.

En effet, il est parfois nécessaire qu'un service accessoire (par ex. le service de cryptographie) soit disponible au même moment que le service principal (le transport d'un point à un autre du réseau) en raison de leur complémentarité au regard de certains besoins de sécurité. Dans ce cas, nous serions enclain à considérer le service EDI dans son ensemble comme indisponible.

Recommandation 10 : Des limitations contractuelles des obligations des opérateurs de réseau [p. 61 et suivantes; p. 128 et suivantes]

Nous nous trouvons devant deux faits :

— contrairement aux opérations de T.E.F., étant donné la diversité de nature des messages EDI (bon de commande, facture, etc...), même si la défaillance d'un opérateur à l'une des ses

304 Voyez également l'exemple de clause citée dans l'analyse des clauses contractuelles des deux opérateurs de réseau en ce qui concerne les qualités des réseaux.

obligations contractuelles peut avoir des conséquences dommageables importantes; le degré de prévisibilité de ces dommages est, en tous les cas, difficile à évaluer pour l'opérateur;

— lorsqu'un dommage est réellement subi par un utilisateur, le lien de causalité entre la défaillance de l'opérateur et ce préjudice peut être difficile à établir en raison des multiples possibilités de réaction de l'émetteur à la connaissance des incidents soulevés par le transfert de son message.

Dès lors, il paraît normal, en raison de la multiplicité des messages et de la participation active des utilisateurs, que l'opérateur puisse limiter contractuellement sa responsabilité à un montant déterminé. Dans certaines hypothèses, il nous paraît souhaitable que les utilisateurs eux-mêmes participent à la détermination de cette valeur limite par une possibilité de **"déclaration de valeur"** et celle de **"déclaration d'intérêt spécial"**: lorsqu'un message EDI incorpore un titre de propriété (un connaissement électronique, par exemple), nous constatons que les dommages consécutifs à la perte du message ne sont pas uniquement le coût de la transmission inefficiente mais surtout, la valeur des marchandises représentées. Si la perte du message conduit finalement à la rupture de la transaction commerciale de base (cf. le cas Evra Corp.), des dommages particuliers pourraient amener l'expéditeur du message à déclarer l'importance de la transmission et à y attacher une valeur supplémentaire.

L'adoption de "principe de double déclaration de valeur déclarée" (à la manière du droit des transports) n'est pas neuve dans le monde des télécommunications : ∑. accorde à tout message des degrés de priorité correspondant à des plafonds de réparation différents. Par ailleurs, à toute priorité, correspond un tarif différencié. Ici, un message ou un segment de message informe ∑. des priorités à consacrer au traitement du message principal.

Par ailleurs et de façon plus générale, il est évident que de telles limitations devraient être sans efficacité en cas de faute lourde (p. ex. rappeler le non respect des obligations minimales de sécurité) ou volontaire de l'opérateur. Elles ne peuvent non plus avoir pour conséquence une atténuation telle des obligations qu'elles les rendraient purement symboliques.

5. De la responsabilité de l'opérateur du réseau de EDI lorsque plusieurs opérateurs interviennent [p. 77 et suivantes]

Recommandation 11 : Responsabilité in solidum du premier intervenant

La multiplicité des opérateurs pouvant intervenir dans le cas où chacun des correspondants est abonné à un réseau différent, accroit les risques mais, en même temps, la difficulté pour les utilisateurs d'identifier l'opérateur responsable et d'obtenir auprès de lui une réparation des dommages éventuellement subis.

Dans un premier temps, il faudrait admettre une action en responsabilité contractuelle directe contre l'opérateur effectivement défaillant dans l'hypothèse précise où la victime n'a pas contracté ce dernier.

Si une telle action est admise, les questions suivantes devraient être résolues :

— quel serait le fondement juridique d'une telle action ?

— quels seraient les dommages couverts par cette action ?

— à supposer que l'utilisateur préjudicié soit A, que le second correspondant soit B, que le premier intervenant soit X et que l'opérateur défaillant soit Y, ce dernier peut-il se prévaloir, au regard de l'action directe intentée par A, des clauses contractuelles existantes entre X et A lui-même ?

— dans les mêmes circonstances, l'opérateur défaillant Y peut-il invoquer les clauses contractuelles de ses propres relations avec X ou B ?

Il est dès lors recommandé, conformément aux tendances observées dans la jurisprudence récente et les travaux des organisations internationales relatifs aux E.F.T., de même qu'aux principes existant en matière de responsabilité des transporteurs, d'affirmer une responsabilité in solidum à charge de l'opérateur en relation contractuelle directe avec l'utilisateur, victime du dommage, quitte pour l'opérateur désigné comme responsable à se retourner, dans un second temps, contre son exécutant ou contre l'opérateur subséquent dans la chaîne de transmission. Ce dernier fera de même. Cette même procédure de recours (de préférence, amiable) s'effectuera tout le long de la chaîne des intervenants jusqu'au responsable effectif.

Il est bien évident que le Code de conduite préconisé dans les recommandations précédentes devrait idéalement contenir cette idée du recours contre le premier opérateur. Sa responsabilité in solidum ne devrait pas être moins étendue que celle définie pour l'hypothèse où il n'y qu'un seul opérateur.

Parallèlement à cette responsabilité du "premier intervenant", il y a lieu d'aménager un cas particulier, lorsque le service défaillant relève d'un tiers dont les relations avec l'utilisateur ont

fait l'objet d'un contrat direct et séparé (cf. la Recommandation **7 c)** *Les causes d'exonération de responsabilité en raison de tiers*).

Dans le code de conduite, les conditions de cette exception (rejet de responsabilité du "premier intervenant") devraient être établies d'une manière stricte et elles devraient être les suivantes :

— lorsque l'opérateur premier intervenant peut démontrer que le choix de l'opérateur défaillant a été imposé par l'utilisateur ou le destinataire (contrat direct et distinct) et qu'il avait expressément mis cet utilisateur en garde contre les risques d'un tel choix (p.ex. parce que cet opérateur ne respectait pas des normes de sécurité suffisantes ou qu'il utilisait des normes différentes de celles utilisés par lui-même).

— En toute hypothèse, il ne pourrait écarter sa responsabilité, lorsque le nom de l'opérateur défaillant faisait partie de la liste des opérateurs avec lequel il correspondait habituellement.

VI. ANNEXE 1

L'accord-type de communication de la Commission des Communautés européennes

L'objet de cet accord est de régler le comportement des parties signataires désireuses d'employer l'E.D.I. en vue de la formation future de contrats. L'accord crée des droits et des obligations dans le chef de ces parties signataires. Ces droits et ces obligations sont sanctionnés par certaines dispositions relatives à la responsabilité pour leurs faits personnels (article 12) et à la responsabilité pour le fait des intermédiaires (article 9).

1. La répartition des responsabilités entre utilisateurs

La matière de responsabilité entre signataires de l'accord-type de communication est réglée par l'article 12 de l'accord type de communication dans sa version de novembre 1990.

Article 12 - Responsabilité

Chaque partie sera responsable pour tout dommage direct résultant de tout manquement délibéré à la présente convention ou de toute défaillance, retard ou erreur dans la transmission, réception ou exécution de tout message.

Aucune partie ne sera responsable envers une autre pour un dommage incident ou conséquent résultant d'un tel manquement.

Les obligations de chaque partie imposées par le présent accord EDI seront suspendues durant le temps et dans la mesure où une partie est empêchée ou retardée d'exécuter les dites obligations par force majeure.

Dès qu'une partie a connaissance de toutes circonstances ayant pour conséquence une défaillance, un retard ou une erreur, elle en informera immédiatement l'(les) autre(s) partie(s) et fera le plus grand effort en vue de communiquer par d'autres moyens.

L'alinéa 1 pose le principe même de la responsabilité, l'alinéa 2 est relatif aux effets de la survenance d'une force majeure et l'alinéa 3 impose une obligation de renseignement lors de la survenance de circonstances entraînant une forme d'inexécution contractuelle.

1.1. Le principe de la responsabilité pour fait personnel

Le terme "manquement" équivaut à celui de "faute contractuelle", mais la suite de la clause traduit bien que c'est par référence au contenu du contrat qu'on apprécie le comportement du contractant.

"Délibéré" fait appel à la notion de faute volontaire ou de dol. Ce terme qualifiant "manquement", on peut se poser la question de savoir si le rédacteur de la clause a voulu déroger à la loi applicable désignée par les parties (à l'article 14) pour instaurer uniquement un principe de responsabilité basée sur la faute volontaire

Par ailleurs, les régimes de responsabilité contractuelle sont fondamentalement différents et même divergents dans les droits nationaux des Etats Membres des Communautés Européennes.

La Grande-Bretagne ne connait pas le concept de faute dans l'appréciation de la *breach of contract* tandis que dans les autres ordres juridiques, la faute est un élément constitutif de la responsabilité contractuelle[305].

Pour harmoniser les solutions juridiques et éviter une controverse tendant à la suppression de cette clause, il y a lieu, selon nous, de modifier la rédaction de ces quelques termes et éventuellement d'envisager une responsabilité sans faute ou une responsabilité où la faute est présumée, pour toutes les obligations découlant de cet accord, à l'image du régime de responsabilité proposé au chapitre précédent (une présomption de responsabilité sauf si l'opérateur prouve deux types d'événement).

1.2. Le contenu des obligations dégagées de l'accord

Selon nous, le contrat-type fait référence à deux catégories d'obligations :

a) celles qui découlent du régime général des contrats en fonction de la loi applicable : citons en l'occurrence le devoir d'exécuter de bonne foi les obligations contractuelles. De manière générale, le débiteur et le créancier d'une obligation doivent s'abstenir de toute manoeuvre qui priverait leur cocontractant du bénéfice normal du contrat.

---

305 Dans la famille française (France, Belgique, Pays-Bas, Italie), la faute du débiteur sera à prouver lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyens et elle sera présumée lors de l'inexécution d'une obligation de résultat.

On peut se poser la question de savoir quel est le bénéfice normal du contrat-type ? A première vue, les deux parties signataires devraient tirer des avantages économiques liés à la rapidité et à une certaine "fiabilité" des *transmissions* EDI, notamment :

- les parties doivent pouvoir accorder une certaine foi aux messages émis par leur correspondants (non-répudiation);

- comme en matière commerciale traditionnelle, une certaine confidentialité des relations doit être maintenue malgré l'utilisation de cette technique.

Ces deux préoccupations sont singulièrement mises en évidence par différentes dispositions de la convention-type[306].

Quant à l'obligation de renseignement dégagée par une certaine jurisprudence française, il semblerait que cette obligation précise de renseignements (sur les faits pouvant porter préjudice à l'exécution correcte par le créancier) soit expressément inscrite dans la convention-type (article 12 al. 2-3).

b) celles qui sont spécifiques à la matière de l'EDI et à ce contrat-type : les obligations des parties quant à la transmission, à la réception et "à l'exécution" des messages.

Le terme "exécution du message" nous paraît ambigu, à la fois parce qu'il semble signifier que le message est un ordre donné par l'émetteur au destinataire et parce qu'il fait une liaison entre cette convention-type et les transactions à venir entre les signataires de cette convention. Il y aurait lieu de remplacer ce terme par "traitement du message" afin d'éviter une certaine confusion des deux sphères contractuelles (celle de l'accord type de communication et celle des contrats conclus postérieurement à l'aide de l'EDI).

1.3. L'inexécution des obligations contenues dans l'accord

L'article 12 traite de deux questions particulières relevant de la responsabilité contractuelle :

1. les dommages indemnisables par la partie responsable de l'inexécution d'une obligation contractuelle (al. 1);

2. l'éventualité de la survenance d'un cas de force majeure (al. 2).

Nous traiterons le thème de la force majeure dans le paragraphe consacré aux causes d'exonération.

---

306 Nous vous renvoyons à la lecture des commentaires des experts qui sont à la base de la convention type.

(a) Les dommages indemnisables

La mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle entre les parties à cet accord exige un préjudice dans le chef du créancier de l'obligation non accomplie.

En l'absence de précision expresse des parties quant à la nature et à l'étendue des dommages réparables, il y a lieu de se référer au droit applicable désigné par les parties.

En ce qui concerne la forme de la réparation, tous les dommages (corporels, moraux ou matériels) ouvrent droit à un dédommagement pécuniaire/financier[307] ou exceptionnellement en nature[308] .

(b) Etendue de la réparation

Les droits nationaux des Etats membres connaissent deux formules : soit une réparation intégrale du dommage contractuel[309], soit une réparation limitée au dommage *prévisible* lors de la conclusion du contrat[310].

Le dommage prévisible consiste en "toutes les suites qui ont été prévues par les parties[311] ou par le débiteur[312] au moment du contrat". En fait, on vise les causes d'inexécution qui ont été prévues ou qui étaient prévisibles lors de la conclusion du contrat, d'après la nature de l'obligation promise.

L'article 12 n'apporte aucune précision à cet égard. Dès lors, il y a lieu de faire référence à la loi applicable désignée par les parties.

1.4. Le lien de causalité

L'article 12 al. 1 exige que le dommage indemnisable soit "direct".

Ainsi, le dommage envisagé doit être d'abord *direct et immédiat* , ce qui exprime l'exigence d'un lien de causalité, entre la faute et le dommage, assez étroit pour être certain.

Une commande de certaines fournitures nécessaires à la fabrication de moteurs par l'émetteur de ce message [A], est transmise à (B). Celui-ci ne respecte pas les engagements et la

---

307 France, Belgique, Italie, Pays-Bas, Grande-Bretagne.

308 Allemagne; mais en pratique, la réparation se fait en argent.

309 Allemagne, Angleterre.

310 France, Belgique, Pays-Bas (abandonné par le nouveau Code civil), Italie : sauf en cas de dol ou de faute lourde (sauf en Belgique, la faute lourde est assimilée au dol), la réparation s'étend à l'intégralité des dommages subis.

311 En Angleterre.

312 Dans les autres pays, la référence à la prévisibilité du débiteur avantage ce dernier. C 'est la raison pour laquelle cette limitation tombe en cas de dol du débiteur.

commande passée n'est pas exécutée. On peut se demander où s'arrête le dommage direct subi lorsque l'on sait que ces moteurs doivent, par ailleurs, honorer un contrat avec (X) :

a) l'inexécution de la commande par le destinataire [B][313] peut engendrer (alors que [A] aurait pu valablement croire ou s'attendre à une exécution selon les termes du contrat) :

— un manque à gagner dans le chef de l'émetteur, (A);

— une inexécution consécutive de la part de [A] pour les contrats de fourniture de moteur avec toutes les conséquences qui en découlent (clause pénale, dommages et intérêts);

— par ailleurs, (X), le co-contractant de A, escomptait probablement remplir son contrat avec une autre personne;

— etc...

b) d'un autre point de vue, la chaîne de production de [A] peut être simplement arrêtée suite au retard (bouleversement du planning de production); il en résulte un manque à gagner. Si la fourniture se trouve être stratégique pour l'entreprise [A] et si l'inexécution se prolonge, des risques de faillite sont à craindre.

Dans ces deux scénarios qui ne prétendent pas être exhaustifs, on peut retrouver différents dommages qui sont, de loin en loin, liés à l'inexécution du destinataire du message. L'appréciation du lien de causalité est laissée à l'appréciation du juge et ne saurait donner de solution uniforme.

Dans l'exemple a), d'abord, les dommages consécutifs à la première inexécution et encourus par l'acheteur de [A] (le manque à gagner) pourraient être qualifiés de "directs et immédiats" à l'inexécution. L'étendue de ce dommage est certainement prévisible puisque les pièces à fournir et leur nombre déterminent quel dommage A pourrait subir. Par contre, l'étendue du dommage résultant de l'inexécution par A de son contrat avec X l'est moins dans le chef de B. En effet, la convention A-X et ses clauses pénales ne sont pas opposables à B, tiers à cette convention.

Dans l'exemple b), le bouleversement du planning de production serait de nature à générer un dommage direct au regard de l'accord type. Par contre, la causalité ou l'immédiateté du dommage découlant de la faillite de [A] sont plus incertaines.

313 Inexécution simple, retard dans l'exécution ou exécution fautive.

2. Les causes d'exonération de responsabilité

2.1. La force majeure

L'article 12 al. 2 de l'accord de communication envisage l'hypothèse de la force majeure. Selon nous, cet alinéa ne règle que les effets du problème entre les parties à l'accord, mais ne s'attache pas à définir la notion même de force majeure.

Il nous paraît indispensable de dresser à cet égard un état des conceptions nationales pour différentes raisons.

Dans la mesure où les parties, soit expressément, soit tacitement, déterminent la loi applicable, elles se soumettent à cette loi notamment en ce qui concerne la conception de la force majeure. A cet égard, les négociateurs doivent être conscients que les conceptions nationales sont différentes et même parfois divergentes.

Une grande précision dans la rédaction des clauses est dès lors nécessaire, si l'on désire atteindre des résultats comparables quelle que soit la loi régissant la convention dans l'application de cette clause.

(a) Remarque générale

L'alinéa 2 de l'article 12 n'énonce pas la conception retenue de la force majeure. On pourrait considérer que les parties ont entendu confirmer le droit positif, quant au contenu de la notion.

(b) L'ordre juridique britannique

Dans l'ordre juridique britannique, le concept de base est la "frustration" qui couvre à la fois le domaine correspondant à la force majeure et la matière de l'imprévision[314]. Un contrat est “frustré” dans trois séries de circonstances :

1. une impossibilité physique ou matérielle d'exécuter une obligation (p.ex. : incendie d'un local où devaient se donner des représentations)[315];

---

314 La théorie de l'imprévision permet au juge dans certains ordres juridiques (notamment en France) de modifier les termes du contrat en raison d'un bouleversement de circonstances économiques ne rendant pas son exécution impossible mais plus onéreuse et plus injuste.

315 Taylor v. Cadwell, 2863, 3 B et s., 826.

2. une impossibilité juridique, par exemple l'expropriation ou la nationalisation des biens objets du contrat;

3. la disparition de l'événement ou de la "cause" en considération duquel le contrat a été conclu (p. ex. : le défilé sur le trajet duquel un emplacement avait été loué, a été annulé).

La "frustration" suppose que les circonstances qui interviennent modifient complètement le contrat; ces circonstances ne doivent pas être, en soi, imprévisibles (contrairement aux règles suivies en France et en Belgique ou en Allemagne). Toutefois l'imprévisibilité peut être un moyen de démontrer qu'il y a une modification radicale du contrat permettant de conclure à l'absence d'identité avec le contrat primitif.

La frustration implique aussi l'absence de toute faute dans le chef de celui qui l'invoque (le débiteur de l'obligation)[316]. Il est en outre requis que le débiteur ait commis tous les actes nécessaires en vue d'éviter et de surmonter les effets des circonstances invoquées.

La "frustration" ne s'applique pas aux choses de genre, comme objet d'un contrat (sauf disparition totale de la chose de genre. Elle peut agir de manière partielle ou totale sur l'existence même du contrat. Il se peut que la "*frustration*" ne rende l'exécution du contrat impossible que pendant une durée limitée. Dès lors, le contrat pourrait reprendre après l'expiration de cette durée et à condition que ce laps de temps n'ait pas eu pour effet de modifier substantiellement la nature même de la convention.

En principe[317], la "frustration" a pour effet la disparition automatique du contrat initial (puisqu'un nouveau contrat s'y substitue) pour l'avenir et sans rétroactivité.

(c) L'ordre juridique allemand

Suivant l'article 275 B.G.B., le débiteur est libéré de son obligation lorsque la prestation qu'il doit exécuter est devenue impossible après la naissance d'une impossibilité, sans que cette impossibilité ne soit imputable (*nicht zu vertreten Unmöglichkeit*) au débiteur[318].

Le droit allemand conçoit principalement deux types d'impossibilité :

— 1) l'impossibilité objective comprenant :

- une impossibilité physique ou matérielle qui s'imposerait à toute personne se trouvant dans la même situation;

- une impossibilité juridique résultant d'une loi, d'un règlement et de manière générale de toute autorité administrative;

---

316 Cette condition est commune à tous les ordres juridiques.

317 Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 dispose expressément que les règles qu'elle énonce sont supplétives et qu'elles ne doivent pas recevoir application lorsqu'une clause a été prévue par les parties à cet effet.

318 L'exécution est imputable au débiteur lorsqu'elle provient de sa négligence ou de sa faute intentionnelle ou encore de la faute ou de la négligence des personnes dont il dépend (BGB 276 et s).

- et une impossibilité qui concerne la prestation elle-même, lorsque l'exécution d'une obligation serait objectivement hors de toute proportion avec les résultats à atteindre et lorsque ces résultats n'ont jamais pu être considérés par les parties comme compris dans le champ l'obligation.

— 2) l'impossibilité subjective qui concerne la personne même du débiteur sans que cette impossibilité lui soit imputable et pour autant qu'elle n'ait pas pu être prévue dès la naissance de l'obligation (par exemple, une expropriation rendant impossible l'obligation de transférer la propriété et de la livrer[319]).

La survenance de ces impossibilités a pour effet l'extinction de l'obligation à moins que l'empêchement ne soit temporaire. Dans ce cas, l'obligation est simplement suspendue tant que dure l'empêchement (pour autant qu'elle puisse encore être utilement exécutée).

Ces règles sommairement décrites correspondent assez bien au concept de force majeure du droit français mais recouvre certaines hypothèses de la théorie de l'imprévision.

(d) L'ordre juridique français et belge.

En droit français, la force majeure constitue un mode d'extinction des obligations. En effet, lorsque l'obligation inexécutable est comprise dans un contrat synallagmatique, celui-ci se dissout pour le tout par application de la théorie des risques fondée sur le principe de l'exécution trait pour trait des obligations contractuelles.

Par ailleurs, les conditions requises (au nombre de trois) pour qu'un événement puisse être constitutif de force majeure sont appréciées de manière restrictive :

1. L'événement doit être irrésistible et rendre impossible l'exécution de l'obligation (impossibilité physique ou juridique). On apprécie tous les moyens mis en oeuvre par le débiteur en fonction du contenu des obligations, voulu tel quel par les parties. Dès lors, lorsque l'exécution est simplement rendue plus onéreuse par un événement irrésistible, il n'y a pas lieu de conclure à l'existence d'une cause de force majeure.

2. Il faut aussi que l'événement soit imprévisible. Il est nécessaire d'apporter certaines nuances. Certains événements sont prévisibles comme une tornade dans les Caraïbes mais constituent également des événements de force majeure. En fait, on détermine dans quelle mesure le débiteur aurait pu se prémunir contre les conséquences de l'événement (inévitabilité) ou encore dans quelle mesure les parties avaient inclu l'événement parmi les risques que le débiteur devait supporter[320].

---

319 VAN OMMESLAGHE, *op.cit.*,p. 22 et note 25.

320 Cass. belge, 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 85 et la note du Prof. HEENEN.

3. L'événement ne doit pas être provoqué par une faute du débiteur. La force majeure suppose donc que le débiteur ait fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter ou limiter l'incidence de l'événement constitutif de cause étrangère.

L'exclusion de toute faute du débiteur suffit-elle à admettre la force majeure, ou faut-il exiger que l'événement soit *extérieur au débiteur* ? En France, l'extériorité est exigée en tant que caractéristique spécifique de la force majeure. Par contre, elle n'est pas requise en droit positif belge, pour autant qu'il y ait absence de faute dans son chef[321].

(e) Conclusion

En raison des disparités importantes entre les droits nationaux, il faut recommander une grande prudence dans la rédaction de cet accord type de communication. Il y lieu dans un premier temps de définir l'acception de la force majeure adoptée par les parties, sans quoi la loi applicable pourrait être plus rigoureuse que leurs conceptions propres. Ensuite, une énumération d'événements circonstanciée serait utile pour illustrer ou éventuellement confirmer leur conception commune. Et enfin, il ne serait pas superflu de régler, de manière plus complète, les effets de tels événements.

2.2. Le fait d'un tiers et le fait du créancier.

Le fait d'un tiers ou le fait du créancier peuvent être considérés comme des causes d'exonération de responsabilité.

En effet, le fait d'un tiers est en principe une cause d'exonération à condition que le débiteur ne soit pas responsable de ce tiers. Les articles 9.1. et 9.2. règlent un cas particulier de tiers, ceux auxquels les parties ont recours pour transmettre, traiter et enregistrer des messages EDI, en d'autres mots les intermédiaires techniques. Parmi ceux-ci, on retrouve les organismes de télécommunication, les gestionnaires de réseau, les prestataires des services,...

Globalement, l'article 9 prévoit deux séries d'hypothèses :

1. le destinataire (ou une des parties) a recours librement aux services d'intermédiaires en vue de transmettre, traiter ou conserver des messages (art. 9.1.); et

2. une partie impose à l'autre l'utilisation des services d'un intermédiaire spécifiquement désigné pour la transmission, la conservation ou le traitement des messages (art. 9.2.-9.3.).

---

321 Cette solution a été dégagée dans des cas d'espèce où le débiteur contractuel et le défendeur en responsabilité civile ont été subitement pris par un état de démence.

Dans les deux cas, le raisonnement est le même : en cas de défaillance de cet intermédiaire, la partie qui y a recours volontairement ou qui l'a imposé en est responsable vis-à-vis de l'autre, même si, dans le cas du choix imposé, une relation contractuelle lie directement le préjudicié et l'intermédiaire.

Un lecture simultanée des articles 9.1, 9.2, 9.3, a pour effet de créer le droit de recours direct[322] d'une partie contre celle qui a fait le choix, pour toute défaillance ou omission du tiers intermédiaire choisi.

La clause 9.1 pose le principe suivant lequel les manquements des intermédiaires sont considérés comme les manquements de la partie qui y a recours.

L'application de cette responsabilité du fait des intermédiaires techniques pourrait poser des problèmes : cette clause établit une responsabilité sans faute[323] alors que la majorité des contrats de prestations de service EDI ne promet pas un résultat mais la mise à disposition de certains moyens nécessaires à une transmission Dans la mesure où l'action éventuelle sur base du contrat de services EDI, fondé sur des obligations de moyens, sera moins efficace, la clause 9.1 a pour effet de reporter la charge des risques techniques sur la partie qui recourt aux services de l'intermédiaire défaillant.[324]

Par contre, dans l'hypothèse 9.2./9.3., cette charge est supportée par la partie qui a imposé ces intermédiaires. Cette solution n'est pas forcément critiquable si :

— on tient compte du rapport de force entre les deux parties à l'accord de communication;

— on sait que cette partie est précisément un agent économiquement fort.

La clause 9/3 pourrait s'analyser comme une obligation, dans le chef de la partie économiquement forte, de stipuler en faveur de l'autre partie (qui se voit imposer le recours à un intermédiaire précis) par le biais d'un accord de principe liant cette partie économiquement forte et l'intermédiaire désigné.

L'objet de la clause 9.3 est qu'en l'absence de cet accord de principe entre [A] et [X] et de la stipulation garantissant de telles obligations en faveur de [B], [B] possède un recours sur base de l'accord de communication (article 9.3. précisément). Par contre, si une telle stipulation existe entre [A] et [X] et si le contrat de l'intermédiaire ne prévoit pas les obligations précitées, [B] pourra, en tous les cas, exercer son action directe résultant de la stipulation, ainsi que l'action en responsabilité contractuelle contre [A] (article 9.3.) en vertu de l'accord de communication.

---

322 Sur une base contractuelle.

323 Singulièrement dans la seconde hypothèse de l'article 9 (article 9.2.- 9.3.), l'accord de communication impose à la partie économique forte de faire mention d'une obligation de confidentialité et d'une obligation de résultat (une transmission sans défaillance) dans le contrat avec l'intermédiaire technique qu'il impose.

324 Cet état est d'autant plus alarmant lorsque l'EDI est en ligne directe (c'est-à-dire, les parties elles-mêmes gèrent la liaison fournie par un organisme de télécommunication). En effet, la responsabilité de ces organismes est souvent limitée à certaines circonstances (dommages corporels, rupture d'une liaison excédant x jours) et à l'indemnisation du coût de la location de la ligne ou à une indemnisation plafonnée.

En résumé, l'article 9 relatif à la responsabilité pour les faits des intermédiaires tente de simplifier la répartition des risques inhérents à l'EDI. Il traite en un seul tenant le fait d'un tiers et le fait du créancier comme cause possible d'exonération. Il responsabilise la partie qui fait le choix de l'intermédiaire défaillant précis.

VII. ANNEXE 2

Surplus des recommandations

La proposition de décision du Conseil faite par la Commission sur la sécurité des systèmes d'information (COM [90] 314 final) pourrait servir de base à ces efforts de normalisation. Même si celle-ci a été développée dans le contexte de la protection des données personnelles, on y retiendra les justifications suivantes, également applicables en notre matière :

— la Sécurité des Systèmes d'Information (SSI) s'intéresse à la protection de l'information, lorsqu'elle est conservée, traitée ou transmise sous forme électronique, contre les menaces accidentelles ou volontaires. Les services d'information électronique exigent une infrastructure de télécommunication sécurisée, des terminaux sécurisés (ceci incluant les processeurs et les bases de données) aussi bien que des procédures sécurisées;

— considérant la grande importance des services d'information électronique pour le développement socio-économique de la Communauté Européenne et la réalisation du Marché Intérieur en 1992, une approche consistante au niveau européen devrait créer en même temps un sentiment accru de confiance vis-à-vis des nouvelles Technologies de l'Informatique et des Télécommunications et permettre d'éviter la formation de nouveaux obstacles techniques entre les Etats membres ou vis-à-vis des pays tiers;

— par lui-même, le développement d'une approche harmonisée de la sécurité de l'information doit former partie intégrante des politiques communautaires relatives au renforcement des performances socio-économiques de la Communauté européenne, de la compétitivité internationale et de la réalisation du Marché Intérieur.

A cause de leurs responsabilités respectives, la Communauté et les Etats membres doivent résoudre précisément les questions suivantes :

— de quelle manière définir et publier des spécifications et des normes efficaces en matière de sécurité des systèmes d'information ?

— de quelle manière mettre en oeuvre les évaluations et certifications formelles de conformité des produits et systèmes aux normes de sécurité (aux plans des fonctionnalités et de l'assurance) ?

— de quelle manière mettre en oeuvre, fournir et utiliser les produits et systèmes de sécurité des systèmes d'information ?

Sur la plan des principes en matière de sécurité des systèmes d'information, six idées[325] ont été retenues pour servir de point de départ à nos réflexion.

Le fil conducteur de ces idées est de fournir une sécurité efficace et pratique des systèmes d'information au bénéfice des administrations et des milieux d'affaires concernés :

1. Le développement d'un cadre stratégique pour la sécurité des systèmes d'information.

En l'absence d'une initiative pour coordonner les efforts, il est probable que leur dispersion créerait une situation de facto contradictoire, posant progressivement encore plus de problèmes juridiques.

2. L'analyse des besoins en matière de sécurité des systèmes d'information.

Pour un traitement consistant et transparent des besoins des acteurs, il apparaît nécessaire de développer une classification agréée des besoins des utilisateurs et leurs relations avec des mesures en matière de sécurité des systèmes EDI. Il apparaît aussi important d'identifier des stratégies alternatives permettant d'atteindre les objectifs au moyen de dispositions administratives, de service, opérationnelles et techniques ainsi que d'évaluer leur efficacité, leur convivialité et leurs coûts pour les utilisateurs, les prestataires de service et les opérateurs.

3. L'élaboration de solutions immédiates (mais ouvertes sur les solutions futures) à certains besoins prioritaires

L'ISO travaille sur la sécurité de l'information OSI ainsi que le CCITT dans le contexte de l'X 400. L'authentification, l'intégrité et la non répudiation sont traitées comme parties intégrantes des messages EDIFACT et le X 400 MWS. La Chambre de Commerce Internationale a également publié des règles de conduites.

4. L'élaboration des spécifications, normes et tests de validation en matière de sécurité des systèmes d'information

Des efforts sont nécessaires pour fournir le moyen de soutenir et réaliser les fonctions spécifiques de vérification dans les domaines généraux de l'OSI, ONP, RNIS / IBC, gestion et sécurité de réseaux. Il y a, en effet, une relation très étroite entre les aspects réglementaires, opérationnels, administratifs et techniques. Cette relation s'exprime de la manière suivante : les réglementations doivent se refléter dans les normes; quant aux dispositions en matière de sécurité des systèmes d'information, elles doivent se conformer aux normes et réglementations. Précisément, les spécifications et normes devraient couvrir les domaines des services de sécurité

---

325 Pour le Conseil, la matière de la sécurité est “un exemple typique d'application du principe de subsidiarité au regard de la complexité inhérente au domaine, de la présence de nombreuses parties prenantes et de la nécessité d'employer un éventail d'outils différents”.

des systèmes d'information[326], les services de communication[327], la gestion de la communication et de la sécurité[328] et la certification[329].

5. L'intégration des développements technologiques et opérationnels en matière de sécurité des systèmes d'information dans un cadre stratégique général

Le travail stratégique de R&D devrait notamment couvrir des modèles conceptuels d'authentification de l'utilisateur et du message (par exemple grâce à l'analyse de la voix ou les signatures électroniques), d'interfaces techniques et de protocoles pour chiffrement, les mécanismes de contrôle d'accès et des méthodes de mise en oeuvre pour des systèmes garantis sûrs. En plus, des mesures d'accompagnement sont nécessaires en matière de création, de maintenance et d'application consistante de normes, validation et certification de produits.

La Recommandation R(81)20, 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, a établi les principes relatifs à la sécurité des documents informatiques et les conditions requises pour leur authentification[330] :

— un document informatique doit être lisible via un moyen approprié, conservé sur un support inaltérable et identifié en lieu et en temps;

— des options peuvent être appliquées pour assurer sa confidentialité (une partie du contenu peut être confidentielle ou doit nécessairement contenir une partie confidentielle);

— en ce qui concerne l'authentification du document, une signature électronique généré par et identifiant son signataire doit y être apposée de manière permanente et indissociable dès l'acception du contenu du texte;

— de plus, cette signature doit être incopiable, inimitable, mais vérifiable par une (ou plusieurs) tierce(s) personne(s).

6. L'intégration de certaines fonctions de sécurité dans les systèmes d'information

Selon la nature exacte des fonctions de sécurité, les fonctionnalités adéquates devront être mises en place à différents endroits des systèmes depuis les utilisateurs, les services, la gestion de la communication,...La plupart des produits et services en matière de sécurité des systèmes d'information seront probablement fournis par les vendeurs, les prestataires de services ou les

---

326 C'est-à-dire authentification des personnes et sociétés, protocoles de non répudiation, preuve électronique juridiquement valable, contrôle d'autorisation.

327 C-à-d. le respect des droits des personnes au regard de la protection des données, sécurité des services intégrés.

328 les systèmes de clés publiques/privées pour l'opération de réseaux ouverts, protection de la gestion de réseaux, protection des prestataires de services.

329 Critères et niveau d'assurance de la sécurité des systèmes d'information, procédures d'assurance de la sécurité.

330 Voy. le commentaire de cette recommandation par M. ANTOINE & M. ELOY, in Cahiers du CRID n° 7, à paraître.

opérateurs. Pour certaines fonctions spécifiques comme la fourniture de clés publiques et privées, l'audit ou le contrôle d'accès, il pourra être nécessaire d'identifier et mandater des organismes appropriés. Il en va de même de la certification des produits aux normes. Il convient de former au plus tôt un consensus sur les principes gouvernant la sécurité des systèmes d'information et d'identifier et spécifier dans le même temps les fonctions que l'intérêt public commande de confier à un organisme indépendant. Ces fonctions pourraient comprendre l'audit, l'assurance de qualité, la vérification, la certification et des fonctions similaires.).