

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Aspects juridiques de la télématique professionnelle

Schaff, Sylvie; Monville, Claire; Amory, Bernard; Schauss, Marc; Poulet, Yves

Publication date:
1987

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Schaff, S, Monville, C, Amory, B, Schauss, M & Poulet, Y 1987, *Aspects juridiques de la télématique professionnelle*. Diensten voor Programmatie van het Wetenschapsbeleid = Services de Programmation de la Politique Scientifique, Bruxelles.

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.

**ASPECTS JURIDIQUES DE LA TELEMATIQUE
PROFESSIONNELLE**

SYNTHESE OPERATIONNELLE

Objectifs de la recherche

De par sa situation géographique et la densité de son réseau téléphonique, la Belgique se trouve être un endroit privilégié pour le développement des services télématiques professionnels, comme le prouve l'existence dans notre pays du réseau télématique bancaire le plus performant du monde. Or, il faut constater que si l'on assiste aujourd'hui à un certain développement de ces services, celui-ci n'est pas aussi rapide qu'il pourrait l'être. Cette lenteur s'explique par plusieurs facteurs (psychologiques, matériels, ...), mais il est certain que des considérations juridiques jouent un rôle à cet égard. En effet, l'absence de garanties et les exonérations de responsabilités notamment, peuvent susciter des réticences chez les utilisateurs potentiels de services télématiques professionnels.

Aussi l'objectif de cette recherche consistait-il à analyser les services sous un angle juridique afin de dégager les problèmes soulevés et de proposer des solutions propres à favoriser le développement de la télématique professionnelle.

Démarche suivie

La première tâche a consisté à définir la télématique professionnelle, c'est-à-dire :

- à présenter la technique téléinformatique, ses acteurs, ses mécanismes et les services qu'elle rend possibles (appelés services télématiques) et
- à distinguer la télématique professionnelle et grand public.

A partir de cette définition, nous avons identifié trois types de services télématiques professionnels :

- 1) Les services de traitement à distance;
- 2) Les services de communication;
- 3) Les services d'information.

Leur analyse juridique s'est organisée autour de plusieurs thèmes, qui constituent autant de chapitres dans les rapports successifs : la responsabilité du transmetteur; les contrats; la dimension internationale; la preuve.

Enfin, un chapitre a été consacré à la télématique bancaire, qui représente l'application la plus complète et la plus utilisée aujourd'hui de la télématique professionnelle.

Cette recherche s'est effectuée sur base de trois types d'informations : la collecte de documents (ouvrages, articles, contrats, ...) la rencontre de professionnels (techniciens, producteurs, serveurs, utilisateurs, membres d'organisations professionnelles, chercheurs, ...) et la participation à plusieurs conférences, en tant qu'auditeur ou orateur. Ces informations ont été récoltées en Belgique, mais aussi et surtout à l'étranger et en particulier en France et aux Etats-Unis (et dans une moindre mesure en Allemagne, Italie et Angleterre). Enfin, la recherche a bénéficié de l'effet de synergie des autres recherches menées au sein du C.R.I.D. dans des domaines voisins (en particulier sur la demande finale en télématique, la réglementation des télécommunications et la télématique bancaire).

Résultats atteints

Les résultats de cette recherche sont une série de recommandations adressées essentiellement aux participants aux services (organisations professionnelles, utilisateurs), mais, également aux gouvernements (en matière de télécommunication et en matière internationale notamment).

Ces recommandations sont les suivantes :

RECOMMANDATION 1 : REDACTION DES CONTRATS TELEMATIQUES PROFESSIONNELS - PROBLEMES GENERAUX

1. La rédaction des contrats télématiques professionnels est dominée par l'offre. Ce fait est une constante de tous les contrats portant sur les nouvelles technologies (en particulier, contrat informatique, contrat de transfert de technologie, il y a 10 ans). On note en outre que l'offre n'est pas dans la plupart des cas une offre purement nationale (cf. intervention de nombreuses filiales de sociétés étrangères).

Les fournisseurs de ces services imposent des clauses particulièrement restrictives en termes de responsabilité, se réservent le droit de modifier leurs tarifs, les conditions du service, etc. et ne se chargent que de peu de responsabilité en termes de continuité, de performances et de confidentialité du service.

2. Il est donc utile pour un développement sain de ces services que les pouvoirs publics par diverses actions promeuvent la rédaction de clauses plus équilibrées. Ces actions seraient :

a. rédaction pour et par les administrations fournisseurs de services ou consommateurs de services de conditions générales plus équilibrées.

Ces conditions générales seraient publiées et pourraient servir de modèles aux entreprises privées dans leurs négociations avec les fournisseurs.

b. contrôle des conditions générales de vente ou de fournitures par des organes ad hoc créés dans le cadre des réglementations générales existantes ou à créer.

c. encouragement à la création d'organismes permanents de discussion entre les fournisseurs et les utilisateurs, qui pourraient développer dans ce secteur, des "Codes of Practice" (modèles E.U.S.I.D.I.C). Des organisations telles l'A.B.U.T. et T.E.L.E.T.R.A.N. pourraient jouer un rôle utile à cet égard;

d. rédaction de "vade mecum", léger, identifiant pour chaque point abordé dans les contrats, les divers problèmes à résoudre et les différentes manières de le faire. Ces "vade Mecum" seraient distribués aux entreprises, via les fédérations professionnelles.

RECOMMANDATION 2 : NECESSITE D'ADOPTER UN VOCABULAIRE PRECIS

Il serait utile que les futures législations puissent se baser sur un vocabulaire précis. A cet égard, le "législateur" belge est invité à suivre l'exemple français : un arrêté définissant le vocabulaire des télécommunications serait utile.

Dans toute la mesure du possible, cet arrêté devrait être pris en accord avec les autres pays européens et suivre les définitions données dans les conventions.

De telles définitions sont nécessaires pour assurer la cohérence de réglementations diverses, allant du contenu des services de radiocommunication (réglementation des médias audio-visuels) à la technique des télécommunications par fils.

RECOMMANDATION 3 : LIBERALISATION DES RESEAUX - SIGNIFICATION - CONSEQUENCES

Il est absolument nécessaire que le gouvernement belge étudie dans quelle mesure la libéralisation d'un certain nombre des services de télécommunication permettrait d'encourager l'innovation

technologique et aurait des retombées positives sur l'industrie nationale et à cet égard, l'impact des définitions proposées ci-dessus.

Il est important que la libéralisation des services profite également à l'ensemble des utilisateurs et non à une seule catégorie d'utilisateurs (les grosses entreprises). Ceci peut être obtenu par une tarification au volume de l'ensemble des services de télécommunication.

Enfin, la libéralisation ne signifie pas la déréglementation. Une réglementation des tarifs, l'obligation d'obtenir une licence, mais également la normalisation des réseaux et services peut permettre d'éviter les risques souvent dénoncés.

RECOMMANDATION 4 : DEFINITION DES SERVICES TELEMATIQUES PROFESSIONNELS - OBJECTIFS

1. La distinction "services télématiques professionnels - services télématiques grand-public" qui est à la base de la définition de l'objet du contrat de recherches s'appuie implicitement sur la distinction classique entre opérations destinées à l'usage privé d'un consommateur et celles destinées à l'usage professionnel.

2. En matière de services télématiques, il apparaît :

a. que le critère de l'usage est inopérant. Ainsi, le vidéotex dit "grand-public" véhicule des services à destination tant des professionnels que du grand-public et certains pourraient difficilement être classés dans l'une ou l'autre catégorie;

b. que l'exemple étranger montre que l'approche réglementaire se fait par services : certains services tels que les services d'information largement accessibles, les transferts électroniques de fonds, le téléshopping, sont l'objet de réglementations spécifiques, tenant compte des réglementations déjà existantes, comme celle de la presse pour les services d'information ou celle de la vente par correspondance pour le téléshopping.

3. Il nous apparaît donc que plutôt que d'affirmer d'emblée une distinction a priori entre la télématique grand-public et la télématique professionnelle, il est préférable d'envisager chaque type de service (principe de spécificité) et d'adopter à leur égard une réglementation inspirée des principes de continuité et de proportionnalité.

4. Par principe de continuité, on entend le fait que la téléinformatique n'est en réalité qu'une nouvelle technique permettant la réalisation d'opérations traditionnelles et souvent déjà réglementées, qu'il est donc bon de situer la réglementation de chacun de ces services télématiques dans le prolongement - et de la manière la plus proche possible - des réglementations déjà existantes.

5. Par principe de proportionnalité, on entend le fait que la nouvelle technique modifie cependant quelque peu le mode de réalisation de ces opérations traditionnelles (ainsi pour le téléshopping, difficulté de prendre connaissance des conditions générales de vente), qu'il est donc nécessaire, dans la stricte mesure de ces modifications, de prévoir quelques aménagements aux réglementations traditionnelles.

6. La distinction "télématique professionnelle" - "télématique grand-public" a le mérite d'insister sur le fait que les deux clauses d'utilisation des services télématiques, les "privés" et les professionnels, n'ont pas nécessairement les mêmes intérêts à défendre. Ainsi en ce qui concerne les questions liées aux réseaux la libre concurrence en matière de service à valeur ajoutée peut être un avantage pour les entreprises, et est plus discutable pour les "privés", la politique tarifaire des lignes louées est envisagée différemment suivant la classe d'utilisateurs.

Il est donc recommandé que les deux classes d'utilisateurs soient représentées dans les organes chargés de la réglementation des télécommunications en Belgique. Si les professionnels sont représentés pour le moment (A.B.U.T. - T.E.L.E.T.R.A.N.), les "privés" devraient l'être également. Le C.R.I.O.C. pourrait jouer un rôle à cet égard.

RECOMMANDATION 5 : PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT - METHODES - EVALUATION DE CELLES-CI

1. La protection de l'investissement économique réalisé par les producteurs de bases de données nécessite une protection juridique adéquate.

Cette protection juridique peut être réalisée :

- par la voie contractuelle (clauses de confidentialité et de reproduction limitée, insérées dans les contrats d'accès aux bases de données, clauses de distribution limitée, insérées dans les contrats de distribution);

- par la voie du droit d'auteur;

- par la voie de la protection pénale, si l'on admet que l'information est un bien en tant que telle susceptible de "vol".

2. Chacun de ces trois modes de protection doit être évalué. Leur consécration peut avoir des effets cumulatifs pour la protection de l'investisseur : ainsi le "droit de destination", reconnu au titulaire du droit d'auteur permettrait de renforcer les clauses contractuelles citées infra. Mais leur consécration peut également avoir des effets pervers, tels que restreindre la concurrence entre bases de données (clauses de distribution exclusive), voire la sidération légitime de l'information.

3. Nous recommandons dès lors :

- qu'une analyse interdisciplinaire Droit-Economie soit entamée sur les conséquences de la protection par le droit d'auteur et sur l'objet de cette protection (l'information ou le produit informationnel ou les deux);

- qu'une évaluation systématique des différents modes de protection et de leurs enjeux économiques soit effectuée.

RECOMMANDATION 6 : EXTENSION DES LEGISLATIONS PROTECTRICES DE LA VIE PRIVEE

L'existence et le développement de bases de données invitent à s'interroger à nouveau sur l'opportunité d'une extension de l'application des législations de protection de données aux "legal persons" (certains pays de la Communauté ont opté pour une telle extension : Luxembourg et Danemark, cf. également Autriche, Norvège, Islande). Les arguments opposés à une telle extension (protection de la concurrence, absence de vie privée) pourraient être remis en question à partir du moment où se développe un véritable commerce de l'information relative à l'entreprise (cf. à cet égard, les réflexions in : "Applicabilité aux entreprises d'une législation protectrice des données, Banques de données - Entreprises. Vie privée", Namur 1980). A tout le moins, la Belgique devrait promouvoir la reconnaissance d'un certain nombre de droits consacrés par les législations protectrices de la vie privée à l'entreprise fichée, comme les droits d'accès et de rectification.

RECOMMANDATION 7 : INFORMATION "PUBLIQUE" - SIGNIFICATION - ROLE DES POUVOIRS PUBLICS

1. La notion d'information "publique" est à l'heure actuelle mal définie. Elle se caractérise par sa nature et sa finalité : une information "publique" est celle dont l'accessibilité à tous est voulue dans le cadre d'une réglementation (bilan, jugements, acte de mariage, etc.).

2. Il est utile :

a. de s'interroger sur la modification de la notion que les techniques de communication risquent d'entraîner. L'information qui réglementairement doit être publiée (ainsi, le jugement) est-elle nécessairement publique, la technique permettant une réelle accessibilité à tous et soulevant dès lors des problèmes de protection de la vie privée?

b. de définir le rôle des pouvoirs publics détenteurs de cette information publique. Peuvent-ils la commercialiser, ou doit-elle être gratuitement accessible? A quelles conditions, tenant compte notamment des impératifs de concurrence avec les entreprises privées?

RECOMMANDATION 8 : TRANSMETTEUR - RESEAUX DE TRANSMISSION

Le développement maximal des services télématiques professionnels implique du point de vue du transporteur public :

- la limitation de son monopole aux services de base, entendus comme les services de pur transport de l'information sans modification de celle-ci (définition F.C.C.). Une telle limitation permettra un développement en libre concurrence du marché des terminaux et la libéralisation de l'offre des services à valeur ajoutée. Sur ces marchés, le transporteur public doit agir dans des conditions parfaitement concurrentielles.

Elle implique nécessairement la modification de l'article 13 de l'arrêté ministériel du 20 septembre 1978 relatif à l'interdiction pour une entreprise de transporter des messages pour le compte de tiers.

- la crainte de l'écrémage du réseau public au profit de réseaux privés (par lignes louées) peut être résolue par une politique tarifaire réalisant un meilleur équilibre entre le prix des lignes louées et celui de l'accès au réseau commuté; une taxation des lignes louées prenant en compte le volume des informations transmises peut être proposée en ce sens.

- les obligations du transporteur public en tant que service public, en particulier les obligations de continuité et d'égalité et l'obligation de prévoir conformément à l'article 18 de la Convention Internationale des télécommunications, une sécurité des réseaux doivent être pleinement affirmées.

- enfin, la libéralisation des terminaux et des services à valeur ajoutée n'équivaut pas nécessairement à une déréglementation, c'est-à-dire à l'absence de normes édictées par l'autorité en cette matière (cf. l'exemple anglais ou canadien).

A cet égard, il est recommandé que la confusion des rôles d'exploitation et de réglementation soit abolie et que les tâches de réglementation soient confiées à un organe plus proche des décideurs politiques et ouverts au monde des entreprises, des usagers consommateurs et des fournisseurs. Les tâches de réglementation devraient avoir pour objectifs :

- d'assurer une parfaite compatibilité du ou des réseaux et leur protection (normalisation et agrégation des terminaux selon une procédure rapide, contradictoire et ouverte);

- de veiller à une correcte application des lois du service public;

- de veiller étroitement au maintien de la concurrence dans le marché des terminaux et des services à valeur ajoutée;
- sur tous ces points, de corriger les règles existantes, étant donné l'évolution des technologies de l'information (ainsi, le R.N.I.S.).

RECOMMANDATION 9 : CONTRAT DE FOURNITURE D'ENERGIE INFORMATIQUE

1. S'il est évident que la qualification de contrat de location donnée au contrat de fourniture d'énergie informatique, tout en nécessitant quelques adaptations de doctrine juridique, permettrait de protéger l'entreprise utilisatrice de tels services, il est également patent que cette qualification ne résoud pas tous les problèmes et que certains aspects du services doivent être précisés, en particulier par des clauses relatives au temps de réponse, à l'adaptation du service, à la sécurité des données, etc.

2. En ce qui concerne ces diverses questions, devraient être étudiées, outre l'élaboration de "Codes of Practice" (cf. recommandation 1), la création de règles de l'art en la matière. Cette élaboration de règles de l'art devrait se faire en concertation avec les organisations représentatives des fournisseurs et des utilisateurs.

3. Des codes de déontologie devraient être adoptés au sein des associations de fournisseurs de tels services en matière de sécurité et de confidentialité des données et des résultats du traitement, et ce pour protéger les intérêts des entreprises utilisatrices de tels services.

4. Des règles légales en la matière apparaissent nécessaires lorsqu'il s'agit de données nominatives. A cet égard, la notion de "gestionnaire" des données, distinguée de celle d'"entreprise collectrice des données", devrait être proposée et des règles spécifiques, quant à l'organisation de ces centres gestionnaires et à l'utilisation par ces centres des informations dont ils disposent pourraient être proposées.

Un contrôle a priori de ces centres pourrait également être envisagé (cf. en Allemagne, la notion d'organismes traitant des informations pour compte de tiers).

RECOMMANDATION 10 : SERVICES D'INFORMATION ON-LINE

1. Devant la rareté de la jurisprudence relative à ces services, on pourrait en déduire l'absence de litiges dans ce domaine et questionner l'utilité de notre démarche. C'est oublier que l'informatique était jusqu'à récemment confinée à un milieu relativement restreint de professionnels qui réglèrent leurs différends à l'amiable.

L'accroissement du nombre de ces professionnels en même temps que celui du nombre et de la variété des utilisateurs ne va pas manquer de multiplier et d'aggraver les litiges, et c'est pourquoi il convient de déterminer dès à présent les principes applicables sur au moins deux points :

- les obligations professionnelles des fournisseurs de services télématiques, c'est-à-dire une sorte de code de déontologie fixant les usages auxquels il pourrait être fait référence en cas de litige;
- la protection des utilisateurs de ces services, qui sont de plus en plus souvent de simples consommateurs face aux professionnels de l'informatique.

2. La multiplicité des fonctions nécessaires à la mise sur pied d'un service d'information et à son accès, expliquent la diversité des structures contractuelles envisageables à cet égard. Elle exige :

- que l'utilisateur ait une idée claire des fonctions exercées par chaque action nécessaire à la réalisation du service, afin de pouvoir s'adresser au responsable en cas de problème. Une autre solution consiste à nommer dans le une personne responsable vis-à-vis de l'utilisateur pour tous les

problèmes relatifs à l'utilisation du service. Le distributeur nous apparaît comme étant la personne la plus appropriée, puisque c'est avec lui que l'utilisateur est en contact.

- dans le même sens, que des définitions claires soient proposées pour chaque fonction et que des normes élaborées par une association dans laquelle chaque fonction, y compris les utilisateur, est représentée, répartissent a priori les responsabilités résultant de l'utilisation des banques de données. Ainsi, les obligations de confidentialité et de sécurité sont à mettre à charge de celui qui met à disposition technique la base de données, les obligations relatives à la qualité du contenu (licéité, exhaustivité, véracité de l'information), doivent a priori peser sur l'acteur qui prend en charge la collecte et l'organisation de la base de données, peu importe qu'il y ait relation directe ou non avec l'utilisateur final.

3. La réglementation des services d'information on line, destinés à un large public, même professionnel, devrait dans toute la mesure du possible:

- éviter d'accorder aux entreprises offrant de tels services des (dés)avantages fiscaux ou autres leur donnant une situation compétitive trop (dé)favorable par rapport aux entreprises de presse traditionnelles;

- au plan du principe de la liberté de presse et de ses conséquences (droit de réponse, indépendance des journalistes, pluralisme idéologique concentration), adopter les principes de continuité et de proportionnalité déjà évoqués (cf. recommandation n° 4).

4. La recommandation (n°9, 3) est applicable également aux services informationnels on line.

5. Des codes of practice doivent être élaborés au sein de (ou des) l'association(s) évoquée(s) supra recommandation 1, n° 2 c) définissant les limites à l'utilisation des bases de données et à la reproduction des informations consultées (cf. par exemple le Code of Practice d'E.U.S.I.D.I.C. permettant le Downloading).

5. L'utilisation d'une base de données par une personne susceptible d'être identifiée crée une donnée nominative. Les réglementations légales relatives à la protection des données nominatives sont donc applicables. En outre, certaines utilisations par l'entreprise qui reçoit l'interrogation doivent être a priori interdites, ainsi celles de commercialiser les données d'interrogation de toute forme d'Electronic Surveillance.

RECOMMANDATION 11 : EN MATIERE INTERNATIONALE

La télématique se situant par nature dans le contexte international, toutes les recommandations proposées dans ce rapport doivent être conçues au niveau international. Elles doivent notamment tenir compte des travaux de divers organismes et organisations internationales en la matière, tels les travaux de la C.N.U.D.C.I. et de l'O.C.D.E. (sur les flux transfrontières de données, la signature électronique, la protection de la vie privée, la preuve par enregistrement informatique, ...).

Il apparaît que pour favoriser la circulation des données, le droit doit intervenir a priori et de façon ponctuelle :

- a priori, c'est-à-dire en définissant des règles indiquant clairement le cadre de la circulation des données et ses limites;

- de façon ponctuelle, c'est-à-dire en élaborant des réglementations applicables à certains aspects des F.T.D. (comme la preuve notamment) ou à des F.T.D. de nature particulière (flux interbancaires, flux de données commerciales, ...).

Cette approche pragmatique sera la plus efficace, et dans ce sens, on peut remarquer qu'il existe

déjà des textes internationaux en matière de protection de la vie privée et de propriété intellectuelle, et que la normalisation internationale commence à devenir une réalité.

Quant aux textes déjà existants, ils doivent être interprétés dans un sens favorable à la circulation des données. Ainsi le principe de la correspondance doit-il s'entendre comme interdisant aux Etats de s'immiscer de quelque manière que ce soit dans les communications passant sur leur réseau national et comme les obligeant à veiller à la sécurité de ce réseau. Ces obligations valent évidemment pour les transmetteurs privés.

Le problème le plus crucial des réglementations internationales demeure toujours leur application. Qu'elle dépende du bon vouloir de l'Etat ou d'une organisation internationale, le principe de souveraineté fait obstacle aux mesures de coercition et cette application ne pourra donc être obtenue selon nous que par une sensibilisation des Etats aux avantages que pourra leur procurer une meilleure circulation des données.

Au niveau national, les réglementations ayant un effet restrictif sur les F.T.D. (qu'elles soient directement applicables à la télématique ou non) sont tolérables dans la mesure où le contexte international est encore très incertain dans ce domaine, notamment en matière de protection des données. Cependant, les effets restrictifs de ces législations devraient être limités au strict nécessaire et pour cela il est important de commencer dès aujourd'hui la sensibilisation des Etats préconisée ci-dessus.

Enfin, en ce qui concerne la loi nationale applicable aux services télématiques professionnels, une organisation internationale telle que la Conférence de La Haye de Droit International Privé pourrait être chargée d'élaborer une Recommandation et des clauses-type sur ce point et d'observer la pratique afin de les modifier si nécessaire.

Nous proposons ici de retenir le principe que cette loi doit être présumée être celle du lieu où le fournisseur du service a sa résidence habituelle.

Comment favoriser la libre circulation des données?
Sanction a posteriori ou réglementation a priori?

Elaborer une réglementation de la libre circulation des données indiquant clairement son cadre et ses limites.

Une réglementation générale ou des réglementations ponctuelles?

Des réglementations ponctuelles, comme en matière de services télématiques (cf. supra), nous considérons que des réglementations ponctuelles, c'est-à-dire s'adressant soit à des aspects particuliers des F.T.D. (valeur probante), soit à des F.T.D. de nature particulière (flux interbancaires, flux de données commerciales, ...).

Dans ce sens, on peut remarquer qu'il existe déjà des textes internationaux en matière de protection de la vie privée et de la propriété intellectuelle.

Quant aux textes déjà existant, ils doivent être interprétés dans un sens favorable à la libre circulation des données. Ainsi le principe du secret de la correspondance doit-il s'entendre comme interdisant aux Etats de s'immiscer de quelque manière que ce soit dans les communications passant sur leur réseau national et comme les obligeant à veiller à la sécurité de leur réseau national. Ces obligations valent évidemment également pour les transmetteurs privés.

Le problème le plus crucial des réglementations internationales demeure toujours leur application. Qu'elle dépende du bon vouloir de l'Etat ou d'une organisation internationale, le principe de souveraineté interdit toute mesure de coercition, et cette application ne pourra donc être obtenue selon nous que grâce à une sensibilisation des Etats aux avantages que pourra leur procurer une

meilleure circulation des données.

RECOMMANDATION 12 : EN MATIERE DE PREUVE

Etant donné qu'en matière commerciale tous les modes de preuve sont recevables par le juge, la télématique professionnelle échappe aux problèmes de recevabilité par les Cours et tribunaux des techniques de preuve liées à la télématique (codes d'identification personnelle, cryptographie, reconnaissance de caractéristique physique à distance).

Contrairement à la télématique grand-public, la télématique professionnelle ne devrait donc pas être freinée dans son développement par les règles strictes de droit civil en matière de preuve. Dans le cadre de la présente étude, il n'est donc pas recommandé d'envisager une réforme des dispositions du Code Civil sur la preuve.

Par contre, il faut être conscient que si les nouveaux modes de preuve liés à la télématique professionnelle sont recevables par le juge, le degré de force probante que celui-ci leur accordera en cas de litige est très incertain. Cette incertitude est défavorable au développement de la télématique professionnelle. C'est donc vers un renforcement des nouveaux modes de preuve qu'une action éventuelle devrait s'orienter.

L'étude de la jurisprudence (particulièrement celle relative aux transactions conclues par télex et par téléphone) a montré que la confiance des juges dans une technique nouvelle découle de la reconnaissance de sa fiabilité dans le monde des affaires.

En ce qui concerne les nouveaux modes de preuve utilisés dans la télématique professionnelle, il est recommandé d'envisager une action visant à assurer la reconnaissance de leur fiabilité dans les milieux concernés. Une telle action suppose que les milieux concernés s'accordent sur les techniques qui apparaissent les plus appropriées du point de vue de leur fiabilité. De tels accords devraient être envisagés au niveau inter-professionnel (par exemple : banques, grande et petite distribution, pétroliers), éventuellement avec la collaboration d'organismes de normalisation, nationaux et internationaux (par exemple Institut Belge de Normalisation, International Standards Organization) et celle d'organisations internationales (par exemple la Communauté Economique Européenne).

Des expériences ont déjà été lancées dans certains secteurs particuliers (par exemple T.R.A.S.E.C. dans le secteur bancaire belge et O.D.E.T.T.E - Organization for Data Exchange via Tele-Transmission in Europe dans le secteur automobile européen). Il faudrait donner à ces expériences un caractère plus étendu. A cet égard on recommandera d'appuyer le projet européen T.E.D.I.S. (Trade Electronic Data Interchange Systems).

En tout état de cause, le fournisseur de tout service télématique devrait être tenu de conserver pendant un certain délai et dans de bonnes conditions de sécurité un enregistrement de toute opération télématique qu'il a fournie. Cet enregistrement doit cependant être limité aux données les plus importantes en cas de contestation (numéro de code, date et heure, durée, service utilisé, ...). L'utilisateur du service sera averti de cet enregistrement et y aura accès.

RECOMMANDATION 13 : EN MATIERE DE MOMENT DU PAIEMENT

Un certain flou règne sur le moment où un transfert électronique de fonds devient définitif ainsi que sur les conditions de sa révocation. Nombre de critères ou de moments ont déjà été évoqués, depuis le moment où le compte du donneur d'ordre est débité jusqu'au moment où le bénéficiaire est averti que le montant du transfert est porté à son compte.

Il y a lieu d'analyser les problèmes théoriques et pratiques que pose chacun des critères évoqués et de retenir un "moment" qui soit compatible avec celui retenu par les autres techniques de transfert

de fonds. Il faut, en effet, éviter que le moment du paiement soit tributaire de la technique utilisée. Par ailleurs, la solution adoptée devra nécessairement être acceptée au niveau international, étant donné le caractère transfrontalier de la matière.

RECOMMANDATION 14 : EN MATIERE DE RESPONSABILITE

Comme l'opération télématique dont elle est une variété, l'opération de transfert électronique de fonds se caractérise par une multiplicité d'intervenants : donneur d'ordre, banque du donneur d'ordre, banque du bénéficiaire, bénéficiaire, transmetteur ...

Les recours des clients en cas de défaillance, fautive ou non, d'une banque partie au transfert électronique sont aléatoires parce que la cause du préjudice peut être difficilement identifiable et que même identifiée et fautive, la banque n'a pas nécessairement de rapport contractuel direct avec l'utilisateur lésé, ce qui est un obstacle au succès d'une action en responsabilité au regard de certaine jurisprudence.

Il serait donc utile que les utilisateurs (entreprises ou utilisateurs "grand public") extérieurs au système bancaire puissent recourir contre un seul répondant en cas de dommage causé par suite d'un mauvais acheminement du message.

Ainsi, vis-à-vis du donneur d'ordre, on prônera, au moins de lege ferenda, la responsabilité de la banque transférante pour l'ensemble de l'opération.

RECOMMANDATION FINALE : ETUDES COMPLEMENTAIRES

S'il est clair que la présente étude n'a pu, faute de moyens, épuiser toutes les questions qui en étaient l'objet et renvoie à des analyses en profondeur, nous voudrions in fine attirer l'attention sur la nécessité d'entreprendre certaines études complémentaires, situées en dehors de l'objet de notre étude.

En effet, le développement des services télématiques professionnels n'exige pas simplement l'analyse des problèmes juridiques posés par les opérations elles-mêmes, il oblige à prendre en compte l'environnement réglementaire de l'opération.

A cet égard, on notera l'importance des questions suivantes :

En premier lieu, celles du droit de la concurrence aux multiples facettes :

- l'intervention du secteur public comme opérateur de nombreux services, encouragée en outre par des législations comme celle dite de "Freedom of Information Act" (cf. chez nous, dans un autre domaine, l'activité du Registre National et des centres régionaux ou sous régionaux), pose la question de la légitimité de l'extension des activités du secteur public et du droit de celui-ci de restreindre le libre développement du marché;
- la lourdeur des investissements nécessaires à la mise sur pied de certains services explique la concentration et les ententes dans ce secteur.
- la nécessité d'une normalisation technique et contractuelle (cf. supra nos recommandations) exige que les pouvoirs publics puissent s'appuyer sur des fédérations professionnelles dont l'action doit cependant être contrôlée pour éviter qu'elle ne représente une entrave à la concurrence;
- le droit européen et belge (à venir) de la concurrence oblige à examiner les accords de distribution des bases de données (relations producteurs - serveurs, mais également serveurs - utilisateurs) à de nombreux points de vue : cloisonnement de marchés, clauses tarifaires discriminatoires, utilisation des droits de propriété intellectuelle à des fins anti-concurrentielles, ...);

- enfin, les entreprises qui mettent sur pied des services télématiques ont souvent d'autres activités (ex. : les banques, les assurances, les entreprises du secteur informatique). Elles peuvent dès lors être tentées de pratiquer des offres liées ou du dumping.

En deuxième lieu, les questions de droit fiscal doivent également être étudiées;

- Les services télématiques circulant à l'intérieur et à l'extérieur des frontières nationales font partie intégrante du commerce mondial. Non seulement, ils servent de support aux échanges de biens et de services, mais ils deviennent, eux-mêmes, une valeur économique, part du commerce global. Même si le caractère économique des flux d'informations est reconnu, il est difficile et dangereux de déterminer le régime fiscal et douanier qui s'appliquera à l'échange de données.

- A propos des difficultés

- Il faut souligner le dilemme devant lequel on se trouve en cette matière : "L'information est-elle un bien ou un service?" La réponse à cette question a une incidence importante au point de vue fiscal et douanier. Monsieur Madec ("Les flux transfrontières de données vers une économie internationale de l'information ?", Doc. française, Paris, 1982) résume comme suit, les conséquences de la qualification de "services" donnée à l'information :

"Les flux d'informations étant considérés par le droit fiscal et douanier dans la majorité des cas, comme le "résultat d'une prestation de services", ils ne sont pas assujettis à la T.V.A. à l'importation recouvrée par les douanes, ils relèvent en revanche du régime intérieur de la T.V.A., assise et recouvrée par les recettes des impôts". Il est évident que, n'ayant pas connaissance des flux, même quand ceux-ci sont à "support matériel", "l'Administration des Impôts est mal placée pour percevoir cette taxe, surtout lorsque l'importateur est un utilisateur final".

Le problème est plus difficile à résoudre encore s'agissant d'impôts directs : ainsi les prestations de services télématiques au sein d'un même groupe d'entreprises (consultation de banques de données, partage de ressources informatiques, assistance technique, développement en commun de logiciels, utilisation de brevet et de marques, ...) peuvent être facturées ou non, au gré des firmes concernées.

La difficulté de déterminer la valeur de ces services tient également au fait que l'information est une ressource comme il n'en existe aucune autre: un emploi accru de l'information ne l'use pas, bien qu'elle en diminue la valeur, et son utilité pour des usages successifs peut aller d'un extrême à l'autre.

- A propos des dangers

Dans le cadre d'un développement européen et international des services télématiques, il faut veiller à ce que les réglementations nationales ne créent pas de barrières tarifaires aux flux d'informations traversant les frontières, sous forme de droits de douane ou de taxes à la valeur ajoutée. En outre, l'imposition ou le prélèvement de droits sur tous les flux de données ne pourrait que décourager l'usage des technologies de l'information.

- Quelques idées

a) Dans de nombreux pays, des incitants fiscaux sont accordés aux nouvelles industries. Souvent, ces régimes de faveur visent les entreprises qui s'installent dans des régions défavorisées. Il serait intéressant de déterminer si ces incitants visent également à promouvoir les services informatiques et télématiques.

Dans le "Bundesanzeiger", journal officiel Ouest allemand, du 8 janvier 1986, le Ministre de la

Recherche et de la Technologie a annoncé que des incitants fiscaux seraient accordés aux firmes qui lanceraient des services électroniques d'information. La réglementation a pour objet les informations spécialisées fournies par les producteurs directement ou à travers un intermédiaire.

En Irlande, des avantages sont reconnus aux activités non-manufacturières telles que les services informatiques (services de traitement de données et services de développement de logiciels). Des avantages similaires sont accordés aux entreprises en Grèce et en Espagne.

Des régimes fiscaux différents au sein des 12 états européens risquent d'entraîner des distorsions de concurrence. La meilleure façon de promouvoir les services informatiques et télématiques en Europe, serait d'adopter une politique fiscale commune en ces matières.

b) La télématique permet la réalisation de services qui, auparavant, étaient réalisés et peuvent toujours être réalisés d'une autre manière.

En vertu du principe de continuité, les règles présidant à la fourniture de services classiques ne devraient-elles pas être étendues (et adaptées) aux services électroniques (c'est-à-dire aux services remplissant la même fonction par un autre média)?

Ainsi dans la plupart des états européens (8 sur 12), la presse écrite jouit d'une certaine réduction fiscale ou para-fiscale. Dans ces états, cependant, les services électroniques d'information ne jouissent pas de tels avantages.

Cette situation va probablement évoluer. Des discussions sont en cours. En France notamment, le Ministre de l'Economie et des Finances cherche l'équilibre entre d'une part, l'incitation fiscale qui vise au développement des nouveaux services d'information et, d'autre part, la nécessité de sauvegarder les revenus de l'Etat.

c) Si les services informatiques sont soumis à l'imposition, le transfert d'informations par voie de télécommunications lui-même est souvent libre de taxes ou d'impôts, pour des raisons essentiellement pratiques : il est très difficile de dépister ces flux. Mais si la majorité d'entre eux étaient canalisés sur des réseaux contrôlés par des autorités en matière de télécommunication, cette taxation serait envisageable. Elle soulèverait cependant d'autres problèmes.

En conclusion, il serait souhaitable que soient entreprises des études complémentaires ayant pour objet le régime fiscal et douanier des services télématiques en Europe.

En troisième lieu, devraient être systématisées les questions de protection des données. Ici, la solution serait l'aréglementation.

Il est clair qu'en cette matière comme en celle de downloading, une solution générale est souhaitable comme celle d'un "Code of Practice", auquel souscrirait chaque membre de l'association et dont chaque utilisateur serait clairement informé.

Les recommandations de l'A.L.A. (American Libraries Association) pourraient servir de base à ce code, mais certaines modifications et certaines précisions devraient cependant lui être apportées.

Ainsi, la référence à la seule protection de la vie privée est peut être trop étroite; il s'agit de protéger et la "vie privée" des personnes physiques et les secrets d'affaires des entreprises.

Ensuite, des prévisions seraient utiles notamment :

- sur la durée de conservation des données d'interrogation;

- sur les personnes autorisées à y accéder au sein de l'entreprise fournisseur du service, mais également à l'extérieur parmi les personnes participant à l'opération (producteur, intégrateur, serveur) et, pour ces dernières d'agrégats fournis;
- sur les limites d'utilisation du numéro d'identification nécessaire pour l'accès à chaque base de données, en particulier lorsque le serveur distribue ce numéro à une entreprise;
- sur l'interdiction de divulguer à des tiers (autres utilisateurs, agences de renseignements, autorités publiques, les données d'interrogation.

Au terme de cette énumération, il nous apparaît que de telles analyses ne peuvent s'effectuer sans la coopération des milieux intéressés.

Le relevé des services actuellement existants en Belgique est un préalable absolument nécessaire. Ce relevé doit être opéré sur base d'un questionnaire mettant en évidence la manière concrète avec laquelle actuellement sont abordées ces diverses questions (financement et comptabilité des activités relatives à ces services; mesures de sécurité techniques et organisationnelles prises; pratiques fiscales, etc).

Ensuite, il est certain que le développement des systèmes experts va révolutionner ces services télématiques. Ainsi en matière de services d'information, les systèmes experts permettront à l'utilisateur d'ajouter aux informations brutes reçues une valeur ajoutée (ex. : calcul des indicateurs de faillite pour une base de données économiques), mais également d'apporter des informations complémentaires à celles déjà stockées pour obtenir une information résultat particulièrement riche. Ces exemples montrent que les services d'information se coupleront avec des services de télétraitement posant de nouveaux problèmes juridiques : propriété intellectuelle du système-expert et des résultats d'interrogation menée grâce à lui; responsabilité des résultats (de qui?); confidentialité relative aux informations supplémentaires fournies, etc.

Enfin, il serait utile de s'interroger sur les problèmes juridiques de télétravail, non point nouveau service télématique professionnel mais nouvelle technique de réalisation des prestations de travail. Quel statut donner au télé-travailleur? Comment imaginer la décision d'implantation de cette nouvelle technique au sein de l'entreprise (rôle du Conseil d'Entreprise à cet égard?)

Liste des rapports disponibles

- "La télématique professionnelle : aspects contractuels", Septembre 1985 - 150 pages.
- "La notion d'information" - Mars 1986 - 24 pages.
- "La dimension internationale des services télématiques professionnels" - Mars 1985 - 53 pages.
- "La preuve des opérations télématiques" - Septembre 1986 - 27 pages.
- "La télématique bancaire" - Septembre 1986 - 34 pages.