

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Introduction aux aspects juridiques de la télématique

Poullet, Yves; Thunis, Xavier

Published in:

La télématique. Tome 1 : aspects techniques, juridiques et socio-politiques

Publication date:

1985

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Poullet, Y & Thunis, X 1985, Introduction aux aspects juridiques de la télématique. dans *La télématique. Tome 1 : aspects techniques, juridiques et socio-politiques*. Story Scientia, Bruxelles, pp. 125-190.

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.

Introduction aux aspects juridiques de la télématique

POULLET Yves
Directeur du Centre de Recherches
Informatique et Droit (Namur)

THUNIS Xavier
Attaché de recherches
au Centre de Recherches
Informatique et Droit (Namur)

Sommaire

Objet de l'étude

Chapitre 1. L'opération télématique. Présentation des acteurs

1. Schéma simple tripartite
2. Schémas complexes

Chapitre 2. L'opération télématique. Présentation des relations

1. Les rapports entre le transporteur et l'utilisateur
 - 1.1. Nature juridique de la relation
 - 1.2. La facturation : les questions soulevées
2. Les rapports entre le transporteur et le prestataire de services
 - 2.1. Considérations générales
 - 2.2. La convention transporteur - prestataire de services - Typologie
 - 2.3. Les clauses essentielles des contrats transporteur - prestataire de services
 - 2.3.1. Objet du contrat
 - 2.3.2. Clauses de responsabilité
 - 2.3.3. La neutralité du transporteur
3. Les relations entre serveurs et utilisateurs
 - 3.1. Le vidéotex interactif - service d'informations
 - 3.1.1. La publicité
 - 3.1.2. L'information stricto sensu
 - 3.1.3. Considérations critiques
 - 3.2. Le vidéotex interactif - service de transactions
 - 3.2.1. Essai de classification des contrats serveurs utilisateurs
 - 3.2.2. Qualification
 - 3.2.3. Les problèmes posés par la conclusion du contrat
 - 3.2.4. La preuve des contrats télématiques
 - 3.2.5. Problèmes de responsabilité des parties

Conclusions

Notes

Objet de l'étude

1 Il n'est pas possible d'envisager ici tous les aspects juridiques de toutes les applications de la télématique, mouvements électroniques de fonds, télétext, vidéotex.

Notre étude présente donc plusieurs limites :

- seul le vidéotex interactif en est l'objet : "Né d'un mariage peut-être un peu consanguin entre plusieurs techniques appartenant toutes à la même filière électronique : l'informatique, les télécommunications et l'audio-visuel", (1) le vidéotex constitue en effet une application de la télématique particulièrement riche de possibilités techniques et de problèmes juridiques.
- l'approche adoptée est essentiellement une approche de droit privé, et plus précisément encore, de droit des obligations.

Les problèmes de droit public (droit de la communication ...) ne sont évoqués qu'incidemment.

- on suppose dans la suite de l'exposé que les parties au vidéotex interactif et les relations qu'elles nouent sont soumises au droit d'un seul Etat, ce qui laisse de côté les problèmes de droit international privé que suscitent les flux transfrontières de données.
- notre réflexion s'est volontairement centrée sur les questions soulevées par la télématique "grand-public". Il ne s'agit pas d'affirmer que le droit des applications de la télématique professionnelle s'écarte radicalement de celui des applications "grand-public", (2) mais simplement que la réglementation des expériences "grand-public" permet d'affiner l'analyse de l'ensemble des opérations juridiques suscitées par la télématique, en ce compris les contrats télématiques professionnels.

2 Nous avons voulu aborder cette analyse à partir des différentes réglementations :

- en Allemagne, outre les lois expérimentales relatives au Bildschirmtext des Länder de Berlin (29 mai 1980), de Rhénanie-Westphalie (18 mars 1980) et du Palatinat, le récent Staatsvertrag conclu entre les présidents des Länder, le 18 mai 1983. (3)

- en France, outre les conditions juridiques et déontolo-

giques applicables aux prestations du service participant à l'expérience TELETEL, les conventions TELETEL, le projet de cahier des charges des services de télématique interactifs (type TELETEL) du 27 septembre 1983, la loi du 29 juillet 1982, sur la communication audio-visuelle, le rapport de la commission du suivi des expériences télématiques et enfin les conventions TRANSPAC.

- en Grande-Bretagne, les dispositions pratiques établies par British Telecom, le contrat pour le service PRESTEL établi par British Telecom et le code of Practice VIEW DATA.

- aux Pays-Bas, les conventions et règlements émis dans le cadre de l'expérience VIDITEL ainsi que le Rapport van de Commissie Swarttouw : "Taak en functie van de PTT bezien in het licht van de informatie - en telecommunicatie technologie" (29 mars 1982).

- en Belgique, enfin où seul l'Arrêté ministériel du 28 septembre 1983 (M.B. 15-10-1983, 13.013), portant fixation de tarifs accessoires en matière de télécommunications et des conditions de raccordement et d'usage des moyens de télécommunication en service extérieur a retenu notre attention.

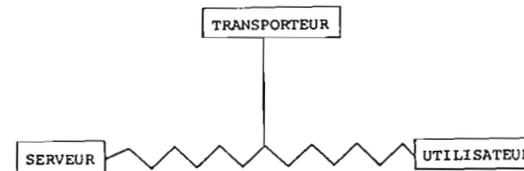
Ces références donneront à l'ensemble de notre étude, un caractère de droit comparé qui nous apparaît indispensable lors d'une réflexion sur une nouvelle technique, abordée par des biais fort différents et complémentaires dans les diverses réglementations. Ainsi, au souci de la réglementation allemande de veiller à la protection des données individuelles, s'ajoute la volonté de la réglementation anglaise de prévoir des dispositions protectrices du consommateur et celle française de souligner que l'audio-visuel est également une affaire de liberté de la presse.

CHAPITRE 1 : L'OPERATION TELEMATIQUE. PRESENTATION DES ACTEURS

3 Le vidéotex interactif permet à l'utilisateur, au moyen d'un clavier particulier, de sélectionner les informations qu'il désire recevoir. Cette opération en apparence simple suppose l'intervention de différents acteurs, au minimum trois : le serveur, l'utilisateur et le transporteur.

1. SCHEMA SIMPLE TRIPARTITE

4 Toute opération télématique met en présence au moins trois acteurs, (4) et ce selon le schéma suivant :



Décrivons les trois acteurs.

5 Par serveur (Host computers), on entend une personne disposant d'un ordinateur dont le rôle est de gérer un ou plusieurs services, (5) qui sont rendus accessibles par le commutateur vidéotext. (6) On distingue deux types de serveurs, les *serveurs privés* et les *serveurs publics*. Ces derniers assurent la transmission d'informations ou l'offre de services dans le cadre d'une mission légale ou réglementaire. (7)

6 Par utilisateur (user), il faut comprendre la personne physique ou morale qui dispose d'une station terminale (8) ayant accès à un ou plusieurs services. On distingue (9) différents types d'utilisateurs suivant le caractère plus ou moins fermé du service en question. Ainsi on parlera de "*groupe fermé d'utilisateurs*" (closed Users Groups) lorsque seuls certains utilisateurs dûment habilités par le serveur ont accès à certains services. Les services "ouverts" sont ceux accessibles au maximum d'utilisateurs possibles. Certaines réglementations européennes ont accueilli cette définition explicitement (10) ou implicitement (11).

7 Enfin, le transporteur (carrier) gère la liaison entre l'utilisateur et le serveur. "Les transporteurs sont des organismes publics ou privés qui assurent des services de réseaux de télécommunications, c'est-à-dire le lien essentiel entre utilisateur et serveur on-line". (12) Une liaison entre utilisateur et serveur peut nécessiter l'intervention de différents transporteurs, par exemple en matière de flux transfrontières lorsque les Etats respectifs traversés ont chacun leur réseau public du transport et que ce réseau dispose en outre du monopole des télécommunications

ou encore lorsque le terminal de l'utilisateur ne peut rejoindre le réseau privé lui permettant d'accéder aux banques de données du service que par un raccordement téléphonique (réseau public). (13)

Ainsi que le suggère la définition donnée plus haut, on peut distinguer plusieurs types de transporteurs : les transporteurs privés, (14) les transporteurs publics, (15) et les transporteurs "mixtes", c'est-à-dire constitués sous la forme d'entreprises d'économie mixte où se retrouvent à la fois le privé et le public. (16)

Les télécommunications, au moins en Europe Occidentale, se sont développées en dehors du marché concurrentiel : des monopoles sont institués en faveur d'administrations nationales publiques, (17) à côté desquelles peuvent exister certains transporteurs privés en vertu d'une reconnaissance de fait (18) ou de licences octroyées par l'Administration (19).

Même aux Etats-Unis où les transporteurs sont privés, et où il n'existe pas de monopole légal en matière de télécommunications, une réglementation existe et la Federal Communication Commission (F.C.) (20) agit dans le sens de l'"intérêt, la commodité et les besoins du public", même si se manifeste dans ce pays, une nette tendance vers une totale déréglementation. (21)

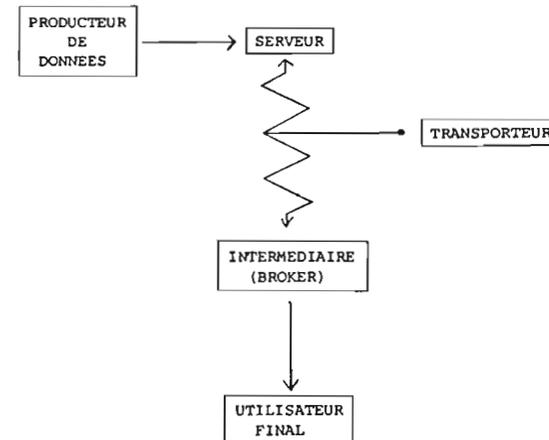
8 Les principales raisons du recours à des transporteurs privés sont les suivantes :

- insuffisance des normes de sécurité, au sens le plus large, des réseaux offerts par les transporteurs publics; (22)
- insuffisance de capacité en volume des réseaux publics;
- absence de garanties suffisantes quant à la continuité du service;
- existence de clauses d'exonération de responsabilité (23) inadmissibles par des sociétés professionnelles devant assurer le transport d'informations de haute valeur économique. (24)

Ces désagréments particulièrement relevants en matière de télématique professionnelle justifieront sans doute à brève échéance une adaptation des réseaux publics et de leur réglementation.

2. SCHEMAS COMPLEXES

9 Le schéma simple tripartite s'élargit bien souvent; d'autres acteurs interviennent, en particulier, les producteurs de données et les intermédiaires. (25)



10 Les *producteurs de données* (Data base producers) sont ceux qui assemblent (compilent) l'information et la traduisent dans une forme lisible par l'ordinateur. Une définition plus juridique du producteur pourrait être : "Le producteur d'une donnée est celui qui est habilité à la valider". Une donnée peut donc être fournie par un collecteur et validée par un autre.

Les relations entre producteurs et serveurs de données peuvent être construites de deux façons :

- soit le producteur est *son propre serveur*
- soit le producteur n'est *pas son propre serveur*.

Dans la première hypothèse, le producteur est qualifié de "serveur intégré". Il peut s'agir d'un producteur agissant individuellement, mais le plus souvent, "les producteurs créent un système dans lequel les différents producteurs de données déposent leurs propres informations dans des banques de données. Les utilisateurs consultent les banques de données et sont directement mis en relation avec le producteur choisi", (26) c'est le système du "pool". (27)

Dans la seconde hypothèse, le producteur peut opter pour différentes solutions. Soit, il opère par différents serveurs privés; (28) soit, il négocie un accord d'exclusivité avec un seul serveur qui assurera la distribution. On note que dans ce dernier cas, il s'agit souvent de producteurs de données travaillant par des filiales serveurs (29) ou, à l'inverse, de serveurs ayant de larges participa-

tions dans les sociétés productrices de données. (30)

Enfin, les producteurs peuvent recourir aux facilités ouvertes par des serveurs publics d'informations. Toutes les expériences télématiques "grand-public" européennes (31) ont permis ainsi à des producteurs de données d'utiliser la centrale du serveur public.

11 Si les producteurs de données travaillent ainsi en amont des serveurs, les *brokers* ou "*intermédiaires*" interviennent parfois entre le serveur et le destinataire final de l'information.

Les raisons de cette intervention d'intermédiaires sont multiples. Ainsi, pour des petites entreprises ne désirant pas faire l'investissement du matériel nécessaire au raccordement avec les serveurs, il est pratique d'obtenir par un spécialiste des bases de données les informations souhaitées. Quelle que soit leur taille, les entreprises peuvent également désirer, devant le grand nombre de bases de données et le caractère parfois brut des renseignements offerts par les serveurs, disposer d'un expert en banques de données qui sélectionnera le type d'informations utiles.

Bien souvent, les *brokers* sont des institutions publiques, par exemple, des bibliothèques, des centres publics d'informations financières et économiques, etc...

CHAPITRE 2. L'OPERATION TELEMATIQUE. PRESENTATION DES RELATIONS

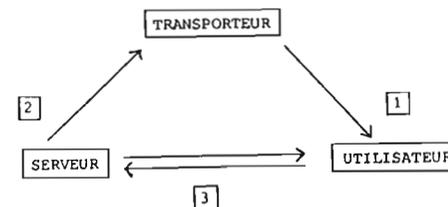
12 Nous raisonnerons essentiellement sur un schéma tripartite, en évoquant, au besoin, les particularités juridiques dues à l'intervention des autres auteurs cités.

L'analyse des relations, d'une part, entre producteurs de données et serveurs et, d'autre part, entre broker et utilisateur n'est pas abordée de façon autonome mais uniquement dans la mesure où elle influe sur les relations serveur-utilisateur (32) dont il sera principalement question par la suite.

La considération du seul schéma tripartite nous amène à distinguer trois relations contractuelles :

- la *relation : serveur-utilisateur*. C'est elle qui constitue la pièce originale de l'opération télématique (Section III);
- la *relation : serveur-transporteur*. Le serveur qui désire se connecter au réseau de télécommunication exploité par le transporteur signe une convention avec ce dernier (Section II);

- la *relation utilisateur-transporteur*. Elle prendra souvent la forme d'un règlement administratif (Section I). Ainsi se construit le schéma :



13 Certaines opérations télématiques en particulier professionnelles se construisent de façon profondément originale par rapport à ce schéma triangulaire. On citera en ce sens le montage propre à SWIFT. (33) La Société SWIFT gère un réseau de télécommunication interbancaire. Ce transporteur est constitué sous forme de société coopérative dont les différents membres sont à la fois serveurs et utilisateurs du réseau. Il s'agit cependant là de télématique professionnelle, débordant le cadre des frontières étatiques et donc aussi le cadre de notre étude.

1. LES RAPPORTS ENTRE LE TRANSPORTEUR ET L'UTILISATEUR

1.1. NATURE JURIDIQUE DE LA RELATION

14 La nature juridique des rapports entre transporteur et utilisateur est contestée. Selon certains, cette relation serait contractuelle. (34) Mais l'absence totale de négociation, le monopole de la régie, son droit de modification unilatérale des conditions du service et le déséquilibre patent entre les intéressés en présence sont autant d'arguments qui, en Belgique, tout au moins, autorisent le juriste à qualifier la relation de réglementaire. (35)

15 Une clause exorbitante du droit commun des obligations caractérise cette relation. Il s'agit de la clause d'exonération totale de responsabilité prévue en faveur du transporteur, telle qu'elle est stipulée par exemple à l'article 24 de la loi belge du 19 juillet 1930 : "La régie n'est soumise à aucune responsabilité en raison des services

et de la correspondance par télégraphe et par téléphone ou sans fils". (36)

Cette exonération de responsabilité est presque absolue dans tous les pays. La principale exception certes limitée, est celle proposée par l'"Abonnementsvoorwaarden", règlement spécifique émis par la "Staatsbedrijf der Posten", Telegraphie en Telephonie Centrale Directie", à raison du service télématique VIDITEL. On notera les principales clauses de ce règlement.

L'article 6.3 stipule : "dans la mesure où la consultation d'information par Viditel est impossible pendant trois espaces successifs de 24 heures, et ce à la suite d'une cause qui raisonnablement et équitablement ne peut être imputée à l'abonné, il est dû à l'abonné un remboursement proportionnel au montant de l'abonnement". (37)

L'article 6.1 accepte également une responsabilité lors du placement, du déplacement et de façon plus générale à raison de la présence du modem : il la limite cependant aux dommages matériels. (38)

On notera cependant que les PTT hollandaises n'acceptent aucune responsabilité à raison du contenu des informations reprises dans Viditel.

15bis Que l'utilisateur dispose ou non d'un terminal vidéo-text interactif ne modifie généralement pas ses relations avec le transporteur public. On déplore fréquemment l'absence d'une réelle information de l'utilisateur quant aux conditions de raccordement et d'usage du service public. Ce regret est bien plus vif encore lorsqu'est couplée au téléphone, l'utilisation du service télématique. Au Royaume-Uni cependant, Prestel (39) édite un guide qui précise le mode d'utilisation de Prestel et ses conditions de fonctionnement, les prescriptions de ce guide s'imposant à l'utilisateur.

Aux Pays-Bas, nous avons déjà noté que le service Viditel était à l'origine d'un règlement particulier les "Abonnementsvoorwaarden" et que l'article 10 de ce règlement prévoit la remise gratuite d'un guide particulier des différents services accessibles et du mode d'utilisation. (40)

1.2. LA FACTURATION : LES QUESTIONS SOULEVEES

16 En principe, la facturation du transporteur ne devrait concerner que le service de transport (par exemple téléphonique), c'est-à-dire le temps de raccordement utilisé pour la consultation de pages d'informations et des services

offerts.

Or, dans certains pays, en Allemagne notamment, le transporteur fut chargé de facturer outre la communication, le prix de tels services. La solution s'expliquait par la volonté de protéger les utilisateurs.

Ainsi, différentes législations prises au niveau des Länder allemands (41) stipulèrent à titre provisoire que le transporteur collecterait les redevances pour le compte des prestataires. Concrètement, le transporteur enregistrerait le nombre d'appels par utilisateur et pour chaque serveur. Il enregistrerait en outre la durée de la communication, son moment, son prix et le barème de taxation, mais non la page individuelle demandée. Il collectait dès lors les fonds correspondants par le biais de la facturation téléphonique.

Cette solution présente un double intérêt. Elle fournit un moyen de preuve des transactions opérées, indépendant de chacune des parties à la relation, puisque c'est un tiers qui effectue le relevé. (42) Elle permet également, sur le plan technique, de protéger les données nominatives puisque les serveurs n'ont accès aux noms de leurs interrogateurs que lorsque ceux-ci contestent le bien-fondé des factures qui leur sont adressées. (43) Il est certain que cette technique substitue à un danger d'enregistrement abusif par les serveurs privés des données recueillies au cours de l'interrogation, (44) un autre danger né d'une collecte centralisée par l'administration postale de toutes les interrogations faites par un utilisateur. (45)

17 Sans doute, est-ce en considération de ce réel danger (46) que le récent "Staatsvertrag" allemand conclu entre les différents Länder (47) régleme strictement la facturation par le transporteur (§9 du Staatsvertrag).

La solution anglaise n'est pas profondément différente de celle proposée initialement par les allemands. A cette nuance près : la facturation n'est pas l'oeuvre du British Telecom lui-même, mais de son centre serveur "indépendant" Prestel par lequel transitent l'ensemble des services du vidéotex public anglais. Prestel facture trimestriellement et sa facture est indépendante de la facture téléphonique. (48) Il redistribue alors le prix des pages aux prestataires.

En France, l'administration, vis-à-vis des prestataires de services utilisant le centre Vélizy mais également pour des prestataires ayant leur propre centre, (49) s'engage à enregistrer et à communiquer les informations nécessaires à la facturation d'un service payant à l'organisme chargé

du recouvrement, désigné par le serveur. (50) Ainsi, l'administration ne facture pas elle-même, tout au plus aide-t-elle le serveur ou le prestataire de services à prouver l'existence des transactions invoquées, et le montant dû. (51)

2. LES RAPPORTS ENTRE LE TRANSPORTEUR ET LE PRESTATAIRE DE SERVICE

2.1. CONSIDERATIONS GENERALES

18 Si la relation transporteur public-utilisateur se caractérise par l'absence de toute convention particulière relative au service télématique, il en va autrement de la relation entre le transporteur et les prestataires de services.

Même lorsque le transporteur est public, une *convention particulière* de mise à disposition du réseau de télécommunication règle ses rapports avec les prestataires de services. En outre, cette convention *déroge* dans une mesure plus ou moins grande à la *règle de l'irresponsabilité* du transporteur.

Or, en principe, l'exonération de responsabilité devrait s'appliquer tant au serveur qu'à l'utilisateur puisqu'en définitive, tous deux sont les usagers d'un service public gouverné par la règle de l'égalité. (52)

Par ailleurs, la convention prémunit également le serveur contre les conséquences d'une autre règle découlant de la nature même du service public : la règle du changement. (53)

Un dernier point mérite d'être souligné. Si les transporteurs publics ont initialement assuré un certain contrôle de l'activité des prestataires, il semble à l'heure actuelle, que ces transporteurs s'orientent vers une *plus grande neutralité*.

2.2. LA CONVENTION TRANSPORTEUR-PRESTATAIRE DE SERVICES. TYPOLOGIE

19 Le transporteur, public, (54) mixte (55) ou privé, (56) accepte généralement d'établir des relations contractuelles avec le prestataire de services. *L'existence* même d'une convention mérite d'être soulignée.

Par ailleurs, la qualité publique de transporteur n'interdit pas l'insertion dans le contrat de clauses d'arbitrage. (57)

Trois types de convention peuvent être conclues suivant

les possibilités techniques du prestataire. Soit celui-ci n'a pas son propre centre "serveur" et ne peut donc accéder au réseau que par le centre "serveur" du transporteur lui-même (type I), ou par le centre "serveur" d'un tiers offrant ses ressources informatiques à des producteurs de données (type II), soit il a son propre centre serveur et il s'adresse au transporteur pour la seule transmission de l'information (type III).

20 Comme l'atteste l'existence de conventions du 1er type, les transporteurs publics développent leur propre centre serveur, également public. Ainsi, la Bundespost a développé le "Bildschirmtextzentral", l'administration française des Postes, le centre Vélizy et le British Telecom, le centre Prestel. Ce centre ne jouit pas d'une indépendance juridique par rapport au transporteur même si lui est reconnue une certaine indépendance technique.

Le premier type de convention a donc un double objet. Il s'agit de mettre à la disposition du producteur de données et des prestations de serveur (en particulier assurer le classement des informations fournies par le producteur et permettre leur recherche et leur appel) et des prestations de transporteur (acheminer les informations).

Dans l'hypothèse du Type II, le transporteur établit la convention au nom du serveur, celui étant tenu, d'une part, de répercuter auprès des producteurs de données utilisant son centre, les prescriptions et réglementations propres à l'utilisation du réseau et, d'autre part, de fournir certains renseignements sur le caractère gratuit ou non des services offerts par le producteur. (58)

Enfin, l'hypothèse du Type III est la plus classique; elle a pour seul objet la mise à la disposition du serveur d'un réseau de télécommunications selon des clauses qu'il nous faut maintenant analyser.

2.3. LES CLAUSES ESSENTIELLES DES CONTRATS TRANSPORTEUR-PRESTATAIRE DE SERVICES

21 Les contrats transporteur-prestataire n'ont pas fait l'objet d'analyses aussi fouillées que celles relatives aux contrats serveur-utilisateur. (59) Nous essaierons donc d'en préciser de façon synthétique les clauses essentielles sans prétendre être complet.

Après avoir étudié l'objet du contrat (A), nous analyserons les clauses de responsabilité (B) incluses dans les différents conventions proposées en Europe occidentale par les transporteurs. Nous distinguerons les clauses de

responsabilité à raison du service et celles à raison du contenu. Enfin, nous évoquerons le principe de la *neutralité* du transporteur et ses limites (C).

2.3.1. Objet du contrat

a. *Objet principal*

22 Il est frappant de constater qu'en règle générale, le transporteur privé, public ou mixte ne s'engage pas à transférer les informations émanant du serveur, mais simplement à offrir un service de transmission de l'information.

Ainsi, le contrat Transpac a-t-il "pour objet de définir les conditions de mise à disposition du service Transpac par le fournisseur au client" (contrat Transpac, art. 1), et le contrat américain A.T.T. (60) précise que "la société s'engage non à transmettre des messages mais bien à mettre son service à disposition de ses clients à des fins de télécommunications". C'est dire qu'il ne s'agit pas pour le transporteur de s'engager sur le résultat attendu par le serveur (la transmission des données) mais uniquement sur les moyens mis en place pour assurer ce résultat, à savoir un réseau présentant certaines qualités, comme nous le verrons lors de l'étude des clauses de responsabilité.

b. *Objets annexes*

23 Aucun transporteur ne s'engage au-delà de son réseau, en particulier pour les réseaux des autres transporteurs. (61)

Or, nous l'avons souligné, un message pour arriver à l'utilisateur peut emprunter différents réseaux. En cas de déformation ou de non-arrivée des messages, quel transporteur pourra être attaqué ? On ne peut que soulever ici les délicats problèmes de localisation de la panne, localisation qui permettrait de rendre responsable un transporteur déterminé, soit sur une base contractuelle s'il s'agit du réseau du premier transporteur, soit sur une base délicate dans les autres cas.

Certes, il ne serait pas inconcevable, comme le souhaitent certains auteurs, (62) de rendre le premier transporteur responsable de la totalité du voyage conformément à la règle posée pour le transport international de marchandises.

En toute hypothèse, les clauses imposées par les transporteurs interdisent actuellement le recours à un tel système de responsabilité, certains transporteurs s'en-

gageant tout au plus à faire de leur mieux pour permettre la connexion avec les réseaux d'autres transporteurs.

24 Lorsque le transporteur impose au prestataire certains matériels et modems pour rendre possible l'accès au service de transport, il est bien évidemment tenu à en assurer la qualité et à en contrôler le bon état technique. (63)

2.3.2. Clauses de responsabilité

25 Nous n'envisageons ici que les clauses de responsabilité à charge du transporteur. Les clauses de responsabilité à charge du serveur sont soit classiques, dérivant essentiellement de la violation d'obligations de paiement en son chef, soit originales à raison de la violation de prescriptions relatives aux réseaux et services télématiques. (64)

On distinguera, à la suite de M.G. Choisy, (65) la responsabilité à raison du service et la responsabilité à raison du contenu des informations véhiculées.

L'affirmation du principe de neutralité du transporteur étudié au point C explique l'absence de toute clause de garantie relative au contenu des informations véhiculées par le transporteur. (66)

Ce point B n'évoquera donc que les clauses de responsabilité relatives au service de transport.

26 Il est évident que le système d'irresponsabilité totale affirmé par la plupart des lois sur la télécommunication ou téléphonie : "L'Etat n'est soumis à aucune responsabilité en raison du service de la correspondance privée sur le réseau des télécommunications" (67), n'est pas tenable si l'Etat désire jouer un véritable rôle en tant que transporteur. Une telle clause d'irresponsabilité serait inacceptable économiquement par les utilisateurs du réseau.

L'aménagement du système rendu dès lors nécessaire s'est cependant fait de façon prudente et très limitée. Quelques garanties sont données : la plus importante porte sur la continuité du service, viennent ensuite quelques engagements sur la disponibilité du service, la sécurité des données et l'obligation d'adapter le réseau au progrès technologique.

27 La première qualité du service sur laquelle tous les transporteurs s'engagent est la *continuité ou quasi-continuité du service*. Hormis les impératifs de maintenance, (68) la force majeure définie de façon plus ou moins large, (69) le transporteur assure que son service "est assuré sur

une base journalière pour une durée minimum de 24 heures". (70) Il s'agit d'une reconnaissance claire de la loi de la continuité du service public selon laquelle le service presté doit l'être de façon régulière, continue et permanente. Il s'agit là d'une *obligation de résultat*. (71)

Si l'engagement est ferme, les sanctions sont faibles. Il s'agit le plus souvent de porter au crédit du prestataire, une somme correspondante ou proportionnelle au montant de la redevance perçue pendant la période d'interruption du service. (72) Les transporteurs ne prennent généralement en considération que les périodes de non-fonctionnement du service ayant une certaine durée. A ce propos, on notera la différence entre les périodes prises en considération par les transporteurs publics, ainsi Transpac, 16 heures et celles prises en considération par les transporteurs privés, ainsi la convention A.T.T., (73) prenant en considération des périodes de 30 minutes et plus, avec un taux de pénalité progressif.

28 On distingue de la *continuité* du service de transport, sa *disponibilité*. "La disponibilité caractérise la possibilité d'accès à une donnée lorsque cet accès est requis. Elle inclut également la possibilité de corriger les effets d'une panne du système assurant la sécurité des données si une panne survient". (74)

Définie ainsi, la disponibilité du réseau sous-entend premièrement que les serveurs non seulement auront accès au service mais pourront utilement transmettre des messages sans craindre d'encombres (75) et attendre les réponses dans des délais brefs. Les engagements à ce propos sont rares. Les conventions Télétel ne garantissent qu'"un ensemble de ressources informatiques" sans affirmer leur suffisance. (76) Transpac se limite à prendre toute disposition utile jugée nécessaire pour garantir la disponibilité du service. (77) Si les transporteurs privés, en particulier pour les applications télématiques professionnelles osent souscrire à des clauses plus contraignantes et indiquent des serveurs prioritaires, (78) on note que Viditel est le seul transporteur public à garantir aux serveurs un temps de réponse. (79)

Dans un second sens, la disponibilité s'étend de la possibilité de reconstitution des messages en cas de panne ou d'interruption du transport. Nous n'avons trouvé aucune clause contraignante à cet égard dans les conventions proposées par les transporteurs publics européens.

29 L'évocation de cette dernière garantie nous amène à parler des garanties données par le transporteur quant à

la *sécurité* des transactions assurées par le réseau, c'est-à-dire la protection de l'information au cours de son transport, ce qui couvre aussi bien le maintien de son *intégrité* que celui de la *confidentialité*.

Seuls certains transporteurs privés, pour des services professionnels semblent s'engager contractuellement sur ce point. (80)

2.3.3. La neutralité du transporteur

30 L'idée d'un transporteur dont le rôle se limite à celui d'un pur "common carrier" sans aucun contrôle possible par lui du contenu des informations véhiculées sur les réseaux n'est pas récente ni européenne, elle s'explique en grande partie par la volonté des concepteurs privés du système télématique d'échapper aux critiques de ceux qui les accusaient d'imposer leur logique à l'ensemble du public. Ainsi donc "n'importe qui peut devenir fournisseur d'informations, c'est-à-dire acheter de l'espace sur l'ordinateur et dire ce qu'il veut à qui il veut et aux prix qu'il veut". (81)

L'application par les transporteurs publics de ce principe de neutralité s'explique tant par les raisons déjà évoquées à propos des transporteurs privés américains que par le principe d'égalité qui régit le service public.

Plusieurs dispositions des réglementations européennes relatives aux expériences Vidéotex appliquent ce principe de neutralité. On citera la récente réglementation allemande selon laquelle (82) "toute personne peut participer au Bildschirmtext que ce soit comme membre ou comme prestataire, que ce soit par son propre centre ou par l'utilisation d'un centre externe, et ce, dans les conditions prévues au présent contrat. Le serveur qui met ses moyens techniques à la disposition d'autres personnes, n'est pas autorisé à influencer sur le contenu du Bildschirmtext". (83)

31 Ce principe affirmé, il faut cependant noter que les premières réglementations des expériences grand-public ou des codes déontologiques, contiennent quelques exceptions temporaires à ce principe de neutralité. "La puissance publique écrit le rapport intérimaire de la commission du suivi des expériences télématiques, (84) ne veut pas se borner à fixer les règles applicables aux services télématiques et aux entreprises qui les exploitent. Sans doute sa mission reste-t-elle essentiellement le transport et la diffusion de l'information par voie hertzienne ou par câble ... Mais il n'en résulte pas que le développement de la télématique puisse, au moins dans la

phase initiale être livré au seul jeu du marché. Il doit s'accompagner d'un ensemble de mesures visant à assurer les conditions de ce développement, à aider certaines applications, à faciliter la participation des intéressés, à prévenir les perturbations qui pourraient en résulter sur le plan social et économique".

Cette première exception "temporaire" se justifie par la volonté de construire les conditions d'une réelle concurrence parmi les serveurs en offrant à certains organismes une infrastructure leur permettant d'avoir accès au réseau.

32 On peut rapprocher de cette exception temporaire, l'intervention tout aussi temporaire des transporteurs publics en ce qui concerne la facturation des services télématiques grand-public. La facturation par le transporteur ou par le serveur public, émanation directe du transporteur (Centre Vélizy, Prestel, etc. ...), répondait à une double préoccupation du transporteur lors de l'organisation du réseau télématique grand-public.

1. Dans la mesure où la technique ne permet pas encore de résoudre les problèmes nés de l'exigence d'une preuve des actes juridiques conclus par la télématique, il est peut-être nécessaire que le transporteur public se charge d'établir, du moins dans l'attente de solutions techniques, la facturation de ces services télématiques. (85)

2. Cette facturation par le transporteur ou le serveur public correspond en outre à la volonté de l'Etat d'assurer la protection des données nominatives qui peuvent directement ou indirectement être déduites des opérations effectuées par l'utilisateur.

Cette double préoccupation des premières expériences télématiques grand-public semble actuellement remise en question.

33 L'intervention des transporteurs publics dans les activités des services n'est sans doute que temporaire. La plupart des transporteurs abandonnent le principe d'une facturation centralisée par eux et le droit de regard de l'administration sur le contenu des banques de données du serveur est de moins en moins exercé par le transporteur lui-même que par les autorités chargées d'une manière générale de protéger les intérêts du citoyen. Ainsi, pour citer le cas exemplaire de l'Allemagne, ce n'est pas à l'Administration des Postes que revient désormais la tâche de prévenir et d'empêcher des enregistrements abusifs de données nominatives mais à la commission fédérale de protec-

tion des données (86) par le biais d'audit des banques de données des serveurs, tant au point de vue du contenu que les systèmes techniques de sécurité et des stockage des informations.

34 A ces préoccupations de large ouverture du réseau et de protection de la vie privée, il faut ajouter les dispositions de "police du réseau", que l'on retrouve dans les réglementations imposées par les transporteurs. Cette "police du réseau" permet d'écarter certains serveurs indéliçats, ne respectant pas la réglementation. On citera en ce sens la disposition de Viditel (87) qui permet au transporteur de bloquer toutes les informations d'un serveur attaqué par un utilisateur en correction ou effacement d'une information déterminée. Le même principe permet à Prestel en outre (88) d'exclure certains serveurs dont la qualité de l'information est insuffisante, ou dont l'information est illégale, la tarification mal présentée ou, enfin, qui ne respecte pas les directives de Prestel. (89) On note que Prestel dispose à ce propos d'un droit de contrôle du contenu des informations véhiculées par le réseau : "B.T. aura le droit d'une manière générale d'avoir accès et d'utiliser toute information fournie par le prestataire pour toutes les applications du service Prestel ...". (90) Dans ce cas, on se demande s'il y a encore réellement neutralité du transporteur, c'est-à-dire non immixtion dans le contenu des banques de données des serveurs. Une telle immixtion n'implique-t-elle pas indirectement une réelle responsabilité dans le chef du transporteur dans certaines hypothèses ? Ainsi, il apparaît qu'un usager (en ce compris un autre serveur) pourrait se plaindre du retard mis par le transporteur à bloquer, voire à exclure certains serveurs indéliçats.

3. LES RELATIONS ENTRE SERVEURS ET UTILISATEURS

35 Le vidéotex interactif se présente à la fois comme un service d'information (I) permettant à l'utilisateur de bénéficier d'un certain nombre de "renseignements" diffusés par le serveur, et comme un service de transactions (II) permettant à l'utilisateur de nouer une relation contractuelle avec le serveur.

Ces deux types de services ne constituent pas des catégories closes; ils interfèrent, l'information véhiculée peut faire l'objet d'un contrat ou inciter à la conclusion de celui-ci.

3.1. LE VIDEOTEX INTERACTIF - SERVICE D'INFORMATIONS

36 Autant pour la protection de l'utilisateur que pour la diffusion du vidéotex, il faut qu'un certain crédit s'attache à l'information transmise.

La distinction publicité information et la détermination rigoureuse des qualités que doit revêtir l'information constituent deux grandes lignes de force des textes réglementant spécifiquement le vidéotex, qu'il s'agisse du code de déontologie anglais, (91) du Staatsvertrag allemand (92) ou des conditions déontologiques Vélizy. (93)

3.1.1. La publicité

37 Ainsi qu'il ressort notamment de la *définition* retenue par le Code of Practice anglais (94), la caractéristique fondamentale de la publicité est son *but*. On pourrait la définir comme une information dont la diffusion vise à susciter, à soutenir ou à stimuler la demande de prestations commerciales.

Même si une réglementation spécifique n'est pas prise pour déterminer les qualités que doit revêtir la publicité diffusée sur Vidéotex (être honnête, loyale ...), les prescriptions pertinentes en matière de pratiques du commerce peuvent trouver à s'appliquer (cfr. l'article 14 de la Loi Belge du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce qui vise toute publicité, "quel que soit le lieu ou le moyen de communication mis en oeuvre").

Certaines conditions de forme, souhaitables lorsque la publicité est diffusée par voie "classique", sont indispensables quand la présentation publicitaire emprunte la voie télématique.

Les fournisseurs ont l'obligation de s'identifier clairement et la publicité doit être désignée comme telle. Cette double exigence correspond à un souci d'*identification* de celui qui émet et de ce qui est émis. (95)

Le même objectif se retrouve dans le "principe de distinction" suivant lequel il est interdit de diffuser simultanément de la publicité et des informations. (96) Ceci devrait en *théorie* éviter de jeter la confusion dans l'esprit du consommateur.

38 Le Code Anglais impose au fournisseur l'obligation de conserver une copie de la présentation publicitaire (copy of the frame) pendant la durée de vie du produit ou disponibilité du service. En cas de conflit, le défaut de présenter cette copie fait présumer une infraction aux prescriptions du Code (Art. 5, Section 2, Code AVIP).

Par contre, aucune disposition spécifique dans les lois régissant les expérimentations allemandes, ni dans le récent Staatsvertrag n'apporte de précisions à ce sujet. Il n'est pas prévu que l'administration des télécommunications ou le prestataire de services garde une trace des pages stockées ou diffusées. (97)

3.1.2. L'information stricto sensu

39 Outre la publicité (information au sens large), les systèmes vidéotex permettant la mise à disposition du grand public de quantités d'informations, météorologiques, financières, juridiques ou culturelles.

L'information peut être gratuite (98) (ce sera souvent le cas lorsqu'elle émane de services publics) ou payante (il en est ainsi des informations rassemblées sur des bases de données juridiques). (99)

Ainsi, selon le Code AVIP, (100) toutes les informations doivent être actualisées (éventuellement datées et minutées), vraies, réelles et objectives et identifier clairement l'émetteur de l'information et son adresse.

L'abonné doit par ailleurs être informé du caractère gratuit ou onéreux de l'information qu'il appelle. (101) L'identification des informations soumises à redevance et du montant de la redevance exigée doit se faire avant la diffusion de la page pour laquelle est exigée la redevance.

La réglementation anglaise oblige même l'offrant, en cas de possibilité d'interrogations multiples et successives à proposer le chemin le plus économique. (102)

3.1.3. Considérations critiques

40 Claire sur le plan théorique, la distinction entre une publicité et une information objective est délicate à appliquer, ainsi que le montrent les cas limites suivants.

Un horaire d'arrivée et de départ de chemin de fer est-il à considérer comme publicité? Les informations présentées sous la rubrique "Conseils, aide-information du consommateur" ou encore des listes d'hôtels publiées par un Office du Tourisme constituent-elles de la publicité? (103)

De surcroît, le vidéotex multiplie les occasions pour les prestataires de brouiller la distinction en mêlant subrepticement les genres. (104)

Même si le Staatsvertrag ou le Code Anglais proscrivent expressément cette confusion, en pratique, le contrôle peut s'avérer difficile car le contenu de l'écran est très fugace. La remarque est d'ailleurs généralisable :

comment vérifier si les mentions relatives à l'indication des prix ou des quantités sont bien respectées, alors que l'écran est en principe sujet à modification ou à actualisation. La solution anglaise qui impose au fournisseur de garder copie (copy of the frame) apparaît peu satisfaisante vu le caractère unilatéral de la conservation.

Peut-être la copie de l'écran devrait-elle être conservée par le transporteur, qui, par sa neutralité (voir supra, n° 30 et 31), présente le caractère d'impartialité requis.

41 Plus fondamentalement, la technique même du vidéotex atténue la distinction fondamentale entre publicité et information, en même temps qu'elle la rend plus difficile à mettre en oeuvre.

Comme l'a bien souligné M. GAUTHRONET, "Contrairement aux media traditionnels dans lesquels la publicité s'insère sous des structures prégnantes, avec le vidéotex, la publicité doit être appelée volontairement; pour cela, elle a tendance à adopter des qualités informatives nouvelles de manière à séduire et à inciter les usagers à la consulter". (105)

En d'autres termes, phénomène complètement neuf, le consommateur adopte une attitude active : il est *demandeur d'informations* (lato sensu), ce qui implique un ajustement de la part de ceux qui en offrent.

Bien plus, le consommateur, consciemment ou non, est *producteur d'informations* sur lui-même ce qui renvoie à un problème de protection de vie privée que nous n'évoquons pas ici.

3.2. LE VIDEOTEX INTERACTIF - SERVICE DE TRANSACTION

3.2.1. Essai de classification des contrats serveurs-utilisateurs

42 Le vidéotex interactif permet d'obtenir des *informations* à distance (informations économiques, scientifiques) (106) également de *passer commande* de biens ou de services (ex. : acquisition à distance de biens de consommation courants, réservation d'hôtel ... (107)).

Cette distinction a une portée pratique et juridique. Dans le cas d'informations véhiculées par la télématique, la réception même des informations constitue l'exécution - partielle ou totale - (108) de la transaction.

Par contre dans le cas de commandes à distances, la télématique n'exécute pas une convention; au contraire, elle

en provoque la naissance et appelle une exécution différée dans le temps. Ainsi, *la télématique peut être l'instrument de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat.*

43 Cette première distinction doit encore être affinée. Lorsqu'une banque de données offre des informations, elle peut le faire en vertu d'un contrat préalable conclu, par écrit le plus souvent, entre serveur et utilisateur, et dont l'objet est l'utilisation future du service offert par le serveur via la télématique. Cette technique est surtout utilisée en matière de banques de données professionnelles, lorsqu'il s'agit de données non banales et que le service du serveur présente une haute valeur ajoutée. Dans ce cas, il importe que les conditions d'utilisation du service soient rigoureusement précisées. Ce sont ces contrats serveurs-utilisateurs, conclus en dehors du système vidéotex, qui ont fait l'objet d'études en France et ailleurs. (109)

Mais il se peut aussi que l'utilisateur ayant repéré le programme du serveur demande et obtienne l'information sans que n'existe aucune convention autre que celle qui naît de la rencontre, grâce au vidéotex, de la demande de l'utilisateur et de l'acceptation du serveur. Dans ce cas, le contrat est à la fois conclu et exécuté par la télématique.

44 Ainsi, on distingue *trois catégories* de "contrats télématiques" :

1. les contrats *conclus par le vidéotex mais exécutés en dehors du système vidéotex*; ainsi, par exemple, la commande de livres ou de vêtements à distance ...;
2. les contrats *conclus en dehors du vidéotex mais exécutés par le système vidéotex*; ainsi la plupart des contrats conclus entre utilisateurs (généralement professionnels) et serveurs pour la transmission de données juridiques, économiques, financières ...;
3. les contrats *conclus et exécutés par le vidéotex*; ce sont certes les contrats où la dématérialisation est la plus poussée puisque ni leur conclusion ni leur exécution ne sortent du réseau télématique.

En outre, la dissociation entre le moment de la conclusion du contrat et celui de son exécution est réduit au minimum.

Enfin, si pour l'instant, ces contrats ont pour objet des informations relativement banales, telles que les cours de bourse, des listes d'hôtels ... il n'est pas exclu, à

long terme, que des contrats, actuellement conclus sur un mode classique, qui ont pour objet de transmettre à distance des informations à haute valeur ajoutée, juridiques, économiques ou financières, se concluent eux aussi par la télématique.

On pourrait très bien envisager aussi que la "vente", le "courtage" ou la "location" de fichiers clientèle se conclue et s'exécute par la télématique.

La distinction entre ces deux dernières catégories de contrats ne doit donc pas être exagérée.

Nous examinerons successivement les problèmes de qualification, de conclusion, de preuve et de responsabilité que posent les "contrats télématiques".

3.2.2. Qualification (110)

45 La qualification des contrats passés par la télématique mais exécutés en dehors ne suscite pas de question particulière.

Le plus souvent, il s'agira d'une vente portant sur des biens de consommation courante, tels que ceux proposés dans des catalogues de vente par correspondance.

Si la vente est soumise à des formalités particulières par le législateur (par exemple : vente à tempérament, ou à crédit, vente à domicile, ou par correspondance), il n'y a évidemment aucune raison de les écarter parce que la conclusion du contrat passe par une technologie nouvelle. (111)

Il est en revanche beaucoup plus délicat de qualifier les deux dernières catégories de contrats, dont l'objet est "la transmission d'une information ou d'une série d'informations à l'utilisateur".

46 A propos de ces deux dernières catégories de contrats passés entre un serveur et un utilisateur, la doctrine dominante (112) semble opter pour la qualification de contrat d'entreprise ou de services.

Cette conception est confortée par la pratique contractuelle elle-même, les contrats étant expressément qualifiés de contrat d'entreprise, (113) ou leur objet étant défini par la mise à disposition de services. (114)

On ne parle que rarement de contrats d'abonnement ou de raccordement à des banques de données. (115)

Le choix de cette qualification nous semble discutable en droit français (infra, n° 53 et s.) : quant à la doctrine allemande, après de longues hésitations, (116) elle envisage trois qualifications possibles : le contrat de vente (Kauf-

vertrag), le contrat de location (Mietvertrag) et le contrat d'entreprise (Dienstvertrag).

47 Chacun de ces contrats (vente et location d'une part; entreprise d'autre part), est régi par un cadre juridique différent.

Le choix d'une qualification a donc des conséquences importantes :

1. Si les règles relatives à la responsabilité du vendeur quant à la conformité et aux vices cachés (117) sont relativement précises, il n'en est pas de même pour le contrat d'entreprise, où l'on se réfère volontiers à la responsabilité professionnelle de l'entrepreneur.

2. La question délicate de la détermination des prix est traitée plus soupagement dans le contrat d'entreprise que dans le contrat de vente.

3. La "réception" a une portée différente dans les deux contrats. En matière de contrats d'entreprise, hormis les cas visés par les articles 1792 et 2270 inapplicables ici, le maître de l'ouvrage, après la réception définitive, devra se contenter des seules garanties conventionnelles. L'acheteur, non-spécialiste, pourra invoquer la garantie des vices cachés outre les garanties conventionnelles.

4. On évoque aussi l'article 1794 du Code civil qui permet la résiliation unilatérale, par le maître de l'ouvrage, du contrat d'entreprises au prix fait, chose impossible en matière de contrat de vente.

Il est donc utile de s'interroger sur l'exacte qualification des contrats "télématiques".

a. L'essence de la distinction

48 L'essence de la distinction entre contrat d'entreprise et contrat de vente (ou de location) est la suivante : alors que le contrat de vente ou de location porte sur un produit existant même s'il est futur, fourni par une des parties sans que l'autre ne participe à son élaboration, le contrat d'entreprise porte sur une "chose", à concevoir, à élaborer ou à construire par la prestation d'un travail pour répondre à une requête précise et originale. On rappellera à ce propos les conclusions du groupe de travail "juridique" chargé par la commission technique française de la sous-traitance d'étudier les critères distinctifs du contrat de vente et du contrat d'entreprise : (118)

"Le travail fourni doit être considéré comme l'élément

principal du contrat lorsque l'objet réalisé est spécialement conçu et produit, en vue d'objectifs définis et selon des spécifications qui, même si elles ne portent pas sur les moyens à mettre en oeuvre, sont imposées à l'une des parties pour satisfaire à des exigences précises et déterminées à l'avance".

Toujours, selon le groupe de travail, "la notion de contrat d'entreprise exige que le produit réalisé soit commandé à des fins spécifiques par le donneur d'ordre". (119)

Bref, le critère dit de "conception", essentiel à la définition du contrat d'entreprise, implique la participation du donneur d'ordre ou client à la définition des caractéristiques fonctionnelles et techniques du produit. (120) Ce critère est également accepté en Belgique. (121)

Son application aux contrats télématiques nous amène à analyser la plupart des contrats non comme des contrats d'entreprise, mais bien de location voire de vente. En effet, dans nombre de cas, ce que nous qualifierons de "produit informationnel" est préconstitué et préexiste à la demande qui ne le façonne pas mais le mobilise.

Une telle affirmation doit être précisée : elle implique que l'on définisse le "produit informationnel" en le distinguant de concepts voisins, "données" et "information".

b. Donnée, information et "produit informationnel"

49 Une distinction peut être faite entre une *donnée* (ou information de base) qui est une indication à l'état brut ou isolé décrivant un phénomène, une chose ou un événement et une *information* (information-résultat) qui désigne une donnée porteuse de sens, parce qu'ayant fait l'objet d'un travail de standardisation, de classification, de mise en relation au sein d'un ensemble.

Les données prennent, pour le client, une valeur informative d'autant plus grande que le réseau dans lequel elles s'insèrent est bien structuré (richesse des recoupements, qualité des mots clés ...).

50 La notion de *produit* informationnel met l'accent sur les caractéristiques marchandes de l'information et se réfère à une réalité plus large. Le produit informationnel est le lieu où s'opère le passage de la donnée à l'information : l'ensemble des données constituant le fonds documentaire est soumis à différentes méthodes de tri, de traitement, de mise à jour ce qui donnera naissance à des informations (résultat) susceptibles elles-mêmes d'être réintégrées comme

données par le client.

Certaines qualités du produit informationnel peuvent ajouter à la valeur des informations qui en naissent, ainsi l'exhaustivité et la fréquence de mise à jour d'une bibliographie accroissent la qualité de l'information-résultat.

51 Toute banque de données, informatisée ou non (exemple : une bibliographie) est un produit informationnel. L'informatique ne fait qu'accroître les possibilités de valeur ajoutée, sans modifier l'essence des anciennes banques de données, ainsi les bibliographies, les annuaires, les agendas culturels, les imprimés. Il s'agit ici comme là de rassembler des données, et de proposer des critères de sélection, de combinaison ... La seule différence est que l'informatique multiplie ces possibilités de sélection, et de combinaison, qu'elle peut travailler sur une quantité impressionnante de données, et que la qualité du produit, son exhaustivité et surtout sa mise à jour peuvent être plus facilement garanties.

La continuité entre banques de données non informatisées et celles informatisées est évidente si on considère qu'en pratique, l'édition à partir de banques de données est confiée à l'ordinateur et se présente dès lors sous forme de simples listings qui font l'objet de contrat d'achat comme n'importe quelle bibliographie.

La technique télématique, parce qu'elle offre la possibilité de contracter à distance, modifierait-elle la qualification applicable à la convention passée entre serveur et utilisateur ?

A en croire la pratique contractuelle et la doctrine (voir supra n° 46), une réponse positive s'imposerait.

Certains doutes cependant sont possibles. La mise à disposition d'un agenda culturel doit-elle être analysée différemment suivant qu'elle emprunte la forme d'un imprimé ou la voie des télécommunications ?

Pour le client, le résultat est le même.

Certes dans le premier cas, l'objet de l'achat est fourni sur support papier, mais qui prétendra que l'objet de l'achat se réduit au support papier de l'information ? Le papier n'est ici qu'un mode de transport, un passage *non obligé* pour transférer l'information. La meilleure preuve en est justement l'utilisation de technologies nouvelles comme le vidéotex qui transporte l'information de serveur à utilisateur sans fixation durable et quasiment sans incorporation de l'information à un support matériel.

On objectera certes la dématérialisation apparente du moins de l'opération. Cette dématérialisation n'est cependant pas complète.

Premièrement, la constitution d'une banque de données accessible par la télématique implique l'utilisation de différents programmes et de différents supports accessoires. (122) Elle occupe un certain espace mémoire et suppose une série d'opérations électromagnétiques ou électroniques sur les données, permettant d'affirmer que la banque de données est loin d'être incorporelle, qu'il existe une certaine matérialisation de ce produit informationnel.

Secondement, la transmission de l'information ne peut s'accomplir sans modification même instantanée d'un support matériel, modification qui permettra une reproduction de ces informations sur un listing papier. (123)

La quasi dématérialisation inhérente à l'emploi de méthodes d'accès différentes justifie-t-elle une qualification différente du contrat dont l'objet demeure pourtant identique ?

c. La qualification de la relation serveur-utilisateur

52 Comment qualifier le contrat serveur-utilisateur ? Il nous paraît indispensable de distinguer deux types de contrats selon une distinction déjà suggérée dans notre essai de typologie contractuelle.

Dans le cas de *contrats conclus et exécutés par la télématique*, il s'agit (supra n° 20) de demandes d'informations ponctuelles, souvent d'informations banales, agendas culturels, renseignements d'ordre divers, etc. ... Dans le cas de *contrats conclus en dehors de la télématique et exécutés par la télématique*, il s'agit de contrats de durée permettant des accès répétés à une banque de données.

53 A examiner de près ces deux types de contrats, on s'aperçoit que leur objet est fondamentalement différent. Dans le premier cas, l'utilisateur désire obtenir, acquérir, une information précise par une interrogation simple. Pour lui, l'opération n'est pas différente de l'achat d'un document dactylographié reprenant les mêmes informations.

La télématique, dans cette opération, ne représente qu'un vecteur d'informations original dont les avantages résident dans la vitesse de la transmission à distance, et la disponibilité permanente de l'information. Le produit informationnel qui permet la transformation de pures données en information n'est pas envisagé comme tel. Ce que l'on désire, ce qui est l'objet de la transaction est directement l'information produite, indépendamment de sa méthode de production. Le contrat porte donc sur *l'information* mise à disposition via un réseau de transmission de données et il nous apparaît qualifiable de contrat d'achat-vente.

54 La qualification *du contrat conclu en dehors de la télématique et exécuté par la télématique* ne peut (cependant) rejoindre celle du contrat conclu et exécuté par la télématique. En effet, l'objet du contrat est non point l'obtention d'informations précises et désignées d'emblée, mais la possibilité pendant toute la durée du contrat d'interroger la base de données, et d'en tirer au fur et à mesure suivant leurs besoins les informations nécessaires.

Le contrat porte donc sur l'utilisation, selon certaines modalités, (124) du produit informationnel. L'utilisation de ce produit entraînera certes la mise à disposition d'informations; l'objet du contrat n'est pourtant pas directement cette obtention d'information, mais le droit d'utiliser à distance les services d'un produit informationnel dont le serveur ou le producteur ont décrit seuls les qualités et sont entièrement maîtres de la conception. (125)

Ce droit d'utilisation à distance, précisément par le biais de la technique télématique, constitue l'objet même de la convention. Il permet, nous semble-t-il, de la qualifier de contrat de location.

On objectera, qu'il n'y a pas de mise en possession exclusive de l'objet loué. L'innovation que représente la télématique oblige à approfondir l'essence du concept de location. Cette essence nous paraît devoir se définir comme l'utilisation à titre précaire d'un bien préconstitué, peu importe que la technique télématique permette l'utilisation simultanée de ce bien par plusieurs personnes. La mise en possession de l'objet mobilier corporel n'apparaît nécessaire à la qualification : "contrat de location" que dans la mesure où la technique interdisait que l'utilisation d'un produit puisse se faire à distance. L'utilisation à distance d'un bien meuble corporel comme un produit informationnel (cf. supra n° 51) peut être qualifiée dès lors de contrat de location (ou de sous-location si le producteur de données reste le réel propriétaire de la banque de données). (126)

Parallèlement, on peut imaginer que le bailleur, celui qui a élaboré et/ou diffusé le produit informationnel octroie, gratuitement ou non, au locataire les améliorations, c'est-à-dire les mises à jour nécessaires du produit informationnel.

d. La qualification de la relation producteur-serveur

55 Le producteur peut avoir élaboré complètement le produit informationnel, le serveur se contentant de proposer les logiciels et interfaces nécessaires au dialogue avec

l'utilisateur.

Le producteur peut, au contraire, se contenter de collecter et de fournir des données. Les procédures de sélection, de classement et de combinaison des données étant du ressort du serveur. Dans cette seconde hypothèse, le producteur est un sous-traitant du serveur et leur contrat doit être qualifié de contrat d'entreprise. L'objet de la convention est en effet défini par une activité de recherche documentaire sur mesure, c'est-à-dire selon les besoins propres du serveur, véritable propriétaire du produit informationnel.

Dans la première hypothèse, à l'inverse, la convention porte sur un produit préexistant parfaitement défini. Il s'agira le plus souvent d'un contrat qualifiable de contrat de location, par lequel le serveur obtient de pouvoir se servir d'un produit informationnel mis à sa disposition par le "propriétaire" de ce produit : le producteur de données. La convention de location peut stipuler l'existence de certaines qualités de ce produit, ainsi la mise à jour constante de celui-ci. Ces qualités peuvent impliquer certes des prestations de faire, mais ces prestations ne sont que l'accessoire, voire la conséquence, de la prestation principale, à savoir la mise à disposition d'un produit informationnel présentant certaines particularités.

3.2.3. Les problèmes posés par la conclusion du contrat

56. Le principe du consensualisme permet d'affirmer la validité d'un contrat passé par le vidéotex (2ème et 3ème catégories de contrat), validité qui ne fait en principe pas plus de difficultés que celle d'un contrat conclu par télex ou par téléphone. (127) (128)

Le contrat naît de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Leur transmission par vidéotex peut susciter des questions :

1. La diffusion sur écran de pages d'informations constitue-t-elle une offre au sens juridique (a) ?
2. L'acceptation de l'utilisateur pose quelques difficultés. D'une part, des distorsions sont toujours possibles entre offre réelle et offre transmise, entre acceptation réelle et acceptation transmise. D'autre part, l'utilisation du terminal peut être le fait de personnes non autorisées ou incapables (b).
3. L'offre et l'acceptation émanent d'endroits différents. Le lieu de la conclusion du contrat doit donc être déterminé (c).

a. L'offre

57 Pour permettre la formation du contrat, l'offre doit être suffisamment claire, précise et dépourvue d'équivoque. (129). L'offre suppose, selon l'expression de la Cour de Cassation belge "l'émission définitive d'une des volontés en présence qui ne doit qu'être acceptée par l'autre pour que le contrat soit formé". (130) La publicité peut dès lors constituer une offre.

En l'occurrence, en matière de télématique "grand-public", il s'agit d'offres faites à des personnes indéterminées, (131) et non d'offres réservées à des personnes autorisées.

Les réglementations qui régissent la participation des serveurs aux expériences télématiques grand-public, précisent les caractéristiques de l'offre en les adaptant aux exigences de la technique télématique (supra n° 37 et s.).

b. L'acceptation

58 L'acceptation transmise par vidéotex suscite plusieurs difficultés.

Une première source de difficultés relatives à l'acceptation naît de la distorsion qui pourrait exister entre d'une part, l'offre réelle et l'offre transmise, et d'autre part, l'acceptation réelle et l'acceptation transmise.

Ainsi l'utilisateur marque son accord pour 6 bouteilles de vin à 200 F.B. la bouteille, et le serveur enregistre une commande de 4 bouteilles à 300 F.B. Ou encore, l'utilisateur demande tel type d'information et reçoit, à cause d'une défectuosité du système, une information d'un autre genre.

Les conséquences de telles distorsions sont généralement plus manifestes dans le premier exemple (132) : l'exécution du contrat *en dehors* du réseau télématique révèle le défaut de rencontre des volontés.

Bien que le juriste ait une propension et une vocation à traiter les hypothèses marginales et conflictuelles, on peut cependant soutenir que les conditions de production de celles-ci sont rarement réussies.

Des moyens techniques existent pour prévenir de telles distorsions, par exemple, l'affichage immédiat de la réponse et l'envoi d'une demande de confirmation (système d'écho). Les systèmes vidéotex connectés au réseau devraient disposer de telles procédures.

Même si une distorsion avait lieu, on peut toujours

transposer, pour les contrats exécutés en dehors du réseau télématique, la règle applicable en matière de vente par correspondance, permettant à l'utilisateur de renvoyer une marchandise qui ne lui convient pas. (133)

59 La seconde source de difficultés concerne la personne dont émane l'acceptation. Celle-ci peut être un membre de la famille, mineur ou encore un utilisateur étranger. Le risque existe qu'une personne non autorisée puisse conclure une transaction, qu'il y ait dissociation entre l'abonné au service et l'utilisateur effectif.

Ce risque paraît faible cependant : les terminaux dont il est ici question ne sont pas accessibles à partir de lieux publics, contrairement aux terminaux ou aux guichets automatiques dans le domaine des transferts électroniques de fonds.

Par ailleurs, des précautions techniques existent : on évoquera l'octroi par le serveur ou le transporteur, d'une carte d'accès et d'un numéro secret à chaque abonné, qui diminue considérablement le risque de fraude et rend probablement la transaction discutée imputable à une négligence de l'abonné au réseau.

Le risque résiduaire pourrait donc selon nous être mis à charge du titulaire des moyens d'accès, soit à titre de sanction d'une négligence, (134) soit comme corollaire logique de l'autorisation donnée à l'utilisateur qui rendrait l'abonné mandant d'actes passés par les membres de sa famille (un mineur par exemple). (135)

Le titulaire des moyens d'accès qui craint la répétition de transactions indésirées pourra demander la modification de son code. Il pourra aussi, par notification au serveur, exiger de celui-ci le blocage de toute demande illicite, ce qui suppose que le serveur a l'obligation de disposer d'un système technique permettant le blocage dans les plus brefs délais.

60 Une troisième série de difficultés a trait à la portée des obligations auxquelles l'utilisateur s'engage par son acceptation.

L'hypothèse envisagée est celle d'une vente de biens matériels conclue par voie télématique. Elle appelle une réflexion sur le contenu des conditions générales et la manière dont celles-ci sont portées à la connaissance de l'utilisateur.

Le contenu des conditions générales exprime le déséquilibre de forces qui caractérise souvent les rapports de consommation. Le phénomène n'est pas spécifique au contrat de vente passé par vidéotex. Faut-il laisser jouer

la liberté contractuelle ou au contraire développer, comme le préconise M. BOURGOIGNIE, un contrôle du contrat lui-même (réglementation des délais de livraison, des exonérations de responsabilité ...)? (136)

Le choix en faveur de l'un ou l'autre terme de l'alternative requerrait une analyse approfondie et nuancée que nous ne pouvons mener ici. Relevons cependant que l'argument suivant lequel la liberté contractuelle sert autant le fournisseur que le consommateur dans la recherche d'une solution "sur mesure", ne s'applique guère dans les ventes à distance portant sur des produits plus ou moins standardisés, préfabriqués et où par hypothèse, la discussion même des conditions contractuelles de vente est difficile sinon impossible en raison de l'éloignement des parties.

Indépendamment de leur contenu, les conditions générales de vente doivent, pour entrer dans le champ contractuel, et faire l'objet du consentement, être mentionnées clairement et explicitement dans le contrat.

61 On pourrait, dans l'hypothèse d'un contrat passé par vidéotex, assouplir cette exigence et admettre qu'une simple référence, lisible et évidente, soit faite sur écran aux conditions générales de vente que le fournisseur aurait intégrées dans l'ordinateur de façon que le consommateur prudent puisse en prendre connaissance à tout moment.

A défaut de référence, la conclusion du contrat, de vente dans notre hypothèse, se fera selon les règles du droit civil généralement plus favorables à l'acheteur ... ce qui est un incitant pour le fournisseur à faire connaître ses conditions générales de vente.

c. Lieu de conclusion du contrat

62 Tout contrat conclu à distance pose la question du lieu de la conclusion du contrat. (137) "La fixation du lieu de formation, du contrat intéresse au premier chef la compétence territoriale des tribunaux pour laquelle le législateur fait souvent référence au lieu de la convention. Elle permet de connaître les usages locaux y applicables, et sur un plan plus vaste, la loi à laquelle se trouve soumis le contrat". (138)

On rappellera à ce propos la solution anglaise relative aux contrats conclus par télex, fondée sur l'analyse des risques propres à ce mode de conclusion du contrat, "c'est-à-dire en tenant compte du risque pris délibérément par l'offrant qui a choisi ce dangereux procédé de formation du contrat". (139) En l'occurrence, s'appliqueraient donc

la compétence et la loi des tribunaux du domicile de l'utilisateur.

La jurisprudence et la doctrine française, si elles maintiennent que la solution à la question est en principe, sous réserve de clauses expresses insérées par les parties, laissée à l'appréciation des juges du fond, insistent cependant sur les considérations d'équité qui doivent guider le juge. (140) De ce fait, elles seraient sans doute également amenées à préférer le rattachement de la convention au lieu de l'acceptation, c'est-à-dire au domicile de l'utilisateur. (141)

3.2.4. La preuve des contrats "télématiques"

a. Les questions

63 "Le problème le plus sérieux que posent les transactions effectuées au moyen de la télématique, écrit la commission française du suivi des expériences télématiques, concerne, en l'absence d'un écrit, la preuve même de ces transactions : existence d'un ordre ou d'une acceptation, identité de l'utilisateur et objet du contrat, contenu des clauses applicables".

"Lorsque la loi exige un écrit, un contrat ne peut être conclu (opérations de crédit, loi du 10 janvier 1978) ou prouvé (contrats de plus de 5.000 F.F., loi du 12 juillet 1980) que par un écrit. Dans les autres cas, le risque que l'opération fait peser sur les prestataires ne peut être écarté, ou au moins réduit, que par le recours à des procédés d'identification et de contrôle ...". (142)

Si l'avantage de la télématique est la rapidité accrue dans la conclusion de contrat, son inconvénient est la fugacité. Les mentions apparaissent et disparaissent à l'écran rendant problématique la constitution d'une trace de ce qui s'est échangé.

Par ailleurs, même si l'on parvient à établir l'existence et le contenu d'un contrat, l'identité des parties à ce contrat n'est pas certaine pour autant. L'identification du terminal ne permet pas de "remonter" à l'identité de la personne qui opère la transaction. Même un mot de passe ou un code secret n'identifie que l'abonné au réseau mais pas la personne qui effectue l'opération. (143)

64 Ainsi, la preuve de la transaction par trois questions différentes : (144)

1. la preuve de l'existence d'un contrat. L'hypothèse de contestation la plus radicale est en effet celle où, le

principe même du contrat étant remis en cause, il incombe, à la partie qui s'en prévaut, de montrer qu'il a bien été conclu;

2. la preuve du contenu du contrat. L'existence n'en est pas contestée mais certaines dispositions (exemple : délai de livraison, modalité de paiement du prix ...) le sont;

3. la preuve de l'identité des parties à ce contrat.

Les exigences légales relatives à ces trois niveaux de preuve peuvent s'avérer différentes.

b. Les exigences légales

- Le préalable : la distinction acte-fait juridique

65 Le droit civil distingue nettement la preuve des actes juridiques de celle des faits juridiques. La distinction entre les deux notions n'est pas chose facile (145) "C'est que le fait juridique est un fait social, un fait de l'homme. Le "je pense donc je suis" conduit à dire que le fait juridique étant lié à l'individu, l'est par lui-même à sa volonté. Toutefois, et c'est là que réside l'opposition à l'acte juridique, les conséquences de droit du fait juridique sont indépendantes de la volonté de l'auteur ... Une caractéristique du fait juridique est de laisser indéterminée la portée exacte de ses effets". (146)

Si la distinction "acte-fait juridique" n'est pas chose aisée, la conséquence en ce qui concerne le régime de la preuve est importante. Le fait juridique peut être prouvé par tous les moyens de droit : présomptions, témoignages, aveu, etc. ... Par contre, en matière d'acte juridique, le code impose, en principe, l'obligation de rédiger un écrit à titre probatoire.

- Le principe : la prééminence de la preuve écrite des actes juridiques

66 L'article 1341 du Code Civil, texte de portée générale constitue une pièce essentielle du régime probatoire :

Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de trois mille francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve contre et outre le contenu aux actes. Le "tout" sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. (147)

L'application de ce principe aux contrats conclus par la télématique amène à s'interroger sur la valeur probante

de ces transactions : les conventions passées par les réseaux télématiques se dématérialisent; la signature écrite, l'expression de la personnalité d'un individu et de son adhésion au contenu d'un acte (148) disparaît. Les traces éventuelles de la transaction ne peuvent donc, apparemment du moins, avoir aucune valeur probatoire ni servir à l'établissement de la vérité judiciaire. "Idem est non esse et non probare". Les contrats conclus par la télématique seraient alors refoulés dans "les ténèbres pré-juridiques".

Cette conclusion un peu rapide doit être nuancée.

- Les exceptions au principe et leur application aux contrats télématiques

Les exigences de preuve de l'article 1341 du Code Civil ne portent que sur l'existence de la convention

67 Lorsque l'existence de l'acte n'est pas contestée mais bien son contenu, la jurisprudence française admet que la restriction à l'admissibilité des modes de preuve ne joue pas. Selon MM. GHESTIN et GOUBEUX, (149) cette distinction, si elle soulève certaines difficultés, s'explique : "lorsque les parties s'accordent sur l'existence de l'acte, la modification de l'ordre juridique est acquise et il reste seulement à en fixer la mesure ...".

Aussi, la preuve par présomptions et témoins pourrait-elle être admise pour déterminer le contenu.

Les exceptions légales et leur interprétation

68 1. Les transactions relatives à de petits montants (jusque 5.000 F.F. en France; jusque 3.000 F.B. en Belgique), peuvent être prouvées par tout moyen de droit. Ce sera souvent le cas en matière de contrats conclus et/ou exécutés par la télématique.

2. L'article 1341 du Code Civil s'applique quand la matière, c'est-à-dire l'acte, relève du droit civil (art. 1341 al. 2). En matière commerciale, la preuve est libre et tous les modes de preuve sont recevables sous le contrôle du juge. (150)

L'exigence d'une preuve écrite se fera donc moins sentir dans la télématique professionnelle que dans le vidéotex grand-public puisque la première met souvent en relation des commerçants tandis que le second, dans la plupart des hypothèses, rend possible, à distance, un contrat entre un commerçant (le serveur) et un non-commer-

çant (l'utilisateur).

Lorsque le contrat est conclu par un particulier, l'acte passé sera un acte mixte, c'est-à-dire commercial dans le chef du serveur et civil dans le chef de l'utilisateur.

La qualité du défendeur joue en pratique un rôle prépondérant : si, à l'encontre du fournisseur défendeur, l'utilisateur peut toujours se prévaloir de la liberté de preuve d'application en matière commerciale, (151) les règles strictes relatives à l'administration de la preuve en matière civile reprennent leur empire quand l'utilisateur supposé non commerçant est défendeur à la cause.

Bref, quand l'acte est mixte, l'article 1341 réserve ses rigueurs au commerçant qui peut éprouver des difficultés à produire une preuve écrite signée de l'acte juridique passé sur le réseau.

3. Selon de nombreux auteurs, (152) l'article 1341 du Code Civil n'est ni une disposition impérative, ni une disposition d'ordre public. Ainsi, il serait possible de déroger à la règle de l'écrit dans une convention relative à la preuve précisant que les opérations juridiques passées sur le réseau peuvent être prouvées par toutes voies de droit.

Cette convention pourrait revêtir la forme d'un règlement général applicable à l'ensemble des opérations qui seront passées par le service télématique. (Ainsi, le règlement relatif à la remise d'une carte de banque.) Ce règlement général - et en particulier la clause relative à la preuve - émanant du serveur lui-même devra être porté à la connaissance de l'utilisateur.

Une convention relative à la preuve se conçoit facilement en cas de conventions conclues par écrit en dehors de la télématique et exécutées par celle-ci. A vrai dire, la qualification de ce type de convention comme contrat de location unique et non comme une succession de contrats d'achat-vente, permet de résoudre aisément le problème.

Prenons par exemple une convention écrite par laquelle un serveur-producteur s'engage à transmettre des données juridiques à l'utilisateur.

S'agit-il d'une convention-cadre suivie, lors de chaque demande particulière, de conventions d'application, soit d'une convention unique, sur laquelle se fondent les demandes d'informations ultérieures, les réponses, à celles-ci constituant autant de faits d'exécution de cette convention ?

S'il n'y a pas de convention relative à la preuve et que l'on adopte la première conception, des problèmes de preuve risquent de se poser. Par contre, si l'on retient

la seconde conception (la bonne à notre avis), l'existence d'une convention relative aux modes de preuve ne change guère la solution applicable, puisque l'exécution d'une convention est un fait juridique (153) dont la preuve peut se faire par tous moyens de droit.

69 4. L'article 1341 ne s'applique pas davantage lorsqu'il n'a pas été possible à celui qui invoque le fait de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (Code Civil art. 1348), ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (Code Civil, art. 1347).

Il semble que l'utilisation de systèmes informatiques ou de réseaux télématiques, du moins dans ses applications grand-public, constitue l'exception prévue à l'article 1348 du Code Civil. Cette interprétation s'accorde en tous cas, avec la conception extensive, en jurisprudence, de l'impossibilité de se réserver une preuve écrite. (154)

69bis Une fois que l'on a déterminé l'impossibilité pour les parties contractant par réseau télématique de se réserver une preuve écrite signée, que l'on a montré, en analysant la portée de l'article 1341 du Code Civil, que le principe même de l'écrit signé (instrumentum) requis pour faire preuve d'un acte juridique (negotium) souffre de larges exceptions dérivant de la loi, d'une convention loi des parties ou de la jurisprudence, le problème demeure entier.

Quels sont (in concreto), les éléments que le juge pourrait retenir pour conclure à la passation d'un acte juridique sur le réseau ?

La question fondamentale à résoudre est donc très précisément la suivante : les techniques modernes fournissent-elles des présomptions admissibles dont on puisse induire l'existence d'un acte juridique, le contenu d'un acte et l'identification des parties à cet acte ?

c. Modes techniques d'administration de la preuve

70 On ne procédera pas à une analyse détaillée des modes techniques d'administration de la preuve. (155) On citera seulement quelques techniques susceptibles de fournir une solution aux problèmes de preuve se posant aux 3 niveaux évoqués.

- Preuve de l'existence de la convention

71. Des terminaux de fac-similé fonctionnent actuellement

en réception et en mode local (copie).

Il serait possible de les utiliser pour démontrer qu'un appel a été reçu à une date et à une heure déterminées.

On pourrait aussi imaginer que le terminal soit muni d'une imprimante travaillant en caractères différents suivant que le message émane ou non de l'abonné. Mais il s'agit là d'une solution coûteuse.

- Preuve de l'identité des parties

72 Il a déjà été souligné que l'utilisation d'un code secret (ou d'un numéro d'abonnement) ne permet d'identifier que l'abonné ou le titulaire des moyens d'accès mais pas la personne physique qui conclut la transaction.

Il faudrait donc imaginer des techniques permettant de reconnaître à distance une caractéristique physique de l'individu. (156) Ces techniques seraient particulièrement utiles dans le domaine du vidéotex (et des mouvements électroniques de fonds).

La reconnaissance dynamique de la signature, des empreintes digitales, ou vocales sont des méthodes envisageables mais encore à l'état de recherche ou de prototype.

- Preuve du contenu de la convention

73 Quel que soit le type de contrat télématique envisagé, il peut être intéressant en cas de contestation d'établir le contenu de la convention (exemple : prix, quantités demandées ...) ou le contenu d'une prestation issue de celle-ci (exemple : information transmise par vidéotex).

Deux problèmes se posent. (157)

Il s'agit de prouver que le contenu de la transaction n'a pas été modifié par le destinataire et qu'il n'a pas été modifié au cours de la transmission.

Il ne semble pas qu'il existe, à part les procédures de chiffrement, (158) à clef, de méthode opérationnelle en ce domaine.

Peut-être, une impression en caractères différenciés du type télex pourrait-elle fournir une trace du message transmis.

Mais la fiabilité de cette trace n'est pas absolue. La force de la présomption qui s'y attache(r) est dès lors relative d'autant plus qu'on peut difficilement lui reconnaître la qualité de preuve contradictoire.

Enfin, il est évident que le procédé de l'écrit confirmatif de la commande pourrait utilement être imposé en matière de contrats conclus par la télématique mais

exécutés au dehors. (159) Il s'agirait d'une mesure spécifique de protection des consommateurs. Il resterait à s'interroger sur la nature de cet écrit, simple écrit probatoire ou condition d'existence du contrat.

3.2.5. Problèmes de responsabilité des parties

a. Contrats conclus par la télématique et exécutés en dehors

- Responsabilité du serveur

74 Le serveur peut voir sa responsabilité engagée vis-à-vis de l'utilisateur en tant qu'offreur de biens et de services parce que les indications qu'il diffuse à l'écran sont incomplètes, fausses, peu claires, de nature à tromper l'utilisateur. (160)

Les lois relatives aux pratiques du commerce (la loi belge du 14 juillet 1971, par exemple), ou des réglementations régissant spécifiquement l'offre de biens et de services par vidéotex permettent en théorie de prévenir ce genre de situation.

La nullité du contrat, éventuellement assortie de dommages-intérêts, peut aussi sanctionner (161) la faute commise par l'émetteur à la formation du contrat.

Par ailleurs, on peut envisager, dans les cas extrêmes (exemple : informations sciemment inexactes malgré les avertissements donnés par la "police du réseau") à l'instar des législations allemandes, le retrait de l'autorisation de participer ou l'exclusion du système. (162)

- Responsabilité de l'utilisateur

75 L'hypothèse d'une utilisation abusive par le titulaire du droit d'accès, telle qu'elle existe pour les transferts électroniques de fonds est théorique, puisque la conclusion du contrat implique paiement ultérieur à charge de l'acceptant pour le bien fourni ou le service exécuté.

L'utilisation abusive par un tiers qui disposant des moyens d'accès passerait commande sans le consentement du titulaire est envisageable surtout lorsqu'il s'agit d'une personne proche de l'abonné.

Les problèmes commencent lorsque le fournisseur de biens ou le prestataire de services réclame paiement pour l'exécution de son obligation, que le tiers le refuse parce qu'il n'a pas les moyens de payer ou qu'il s'est ravisé entre la passation de la commande et son exécution, et que l'abonné du système se voit réclamer paiement pour un bien ou un service qu'il n'a pas commandé.

Cette situation découle du fait qu'en l'état actuel de la technique, aucune méthode opérationnelle n'existe déjà, qui permettrait d'identifier, à distance, une caractéristique physique de l'individu. (163)

Le fournisseur peut, à notre avis, réclamer le paiement à l'abonné : ce dernier a commis une négligence ou une faute de choix en plaçant sa confiance en quelqu'un qui ne la mérite pas.

En pratique cependant, l'hypothèse pourrait être évitée si le consommateur disposait d'une faculté de résolution du contrat conclu, faculté généralement offerte en matière de vente par correspondance.

b. Contrats exécutés par la télématique

76 Les contrats conclus par la télématique mais exécutés en dehors posaient des questions somme toute classiques.

Les contrats qui, exécutés par la télématique qui portent sur la transmission d'informations, posent des problèmes de responsabilité plus délicats.

On évoquera d'abord la responsabilité du serveur, ensuite celle de l'utilisateur, la responsabilité du transporteur ayant déjà été largement abordée (supra, n° 15).

Les quelques réflexions qui suivent se veulent synthétiques. Il ne pouvait être question de reprendre l'analyse de l'ensemble des clauses des contrats serveurs-utilisateurs, déjà analysés dans l'ouvrage de M.G. CHOISY, auquel nous renvoyons nos lecteurs.

- Responsabilité du serveur

Responsabilité du serveur vis-à-vis de l'auteur de l'information (164)

77 La combinaison du traitement de données et de leur transmission à distance par la télématique, ne crée pas, sur le plan du droit d'auteur, de problèmes juridiques conceptuellement nouveaux mais elle les active et les multiplie.

S'il est en même temps, producteur de données, et le présent paragraphe se limite à cette hypothèse, le serveur peut être à la fois bénéficiaire et tributaire du droit d'auteur. (165)

Bénéficiaire parce qu'il fait oeuvre de créateur : que l'on songe à la sélection des mots clés, aux résumés, aux dictionnaires analogiques et de façon plus générale, à la masse d'informations, qui rassemblées, regroupées, constituent une compilation protégeable par le droit d'auteur. (166) Ainsi, à propos de banques de données juri-

diques, M. KEREVER écrit : "les classements rationnels du corpus juridique, les dictionnaires analogiques et autres instruments fournis aux utilisateurs sont des formes, des expressions témoignant d'une originalité suffisante pour justifier la protection". (167)

78 *Tributaire* du droit d'auteur : ce second aspect nous intéresse beaucoup plus directement car la violation du droit d'auteur, en l'occurrence, l'enregistrement d'une oeuvre dans la banque de données sans le consentement et la rémunération de son créateur, est une faute qui engage la responsabilité du serveur.

Cependant les textes, appartenant au domaine public, sont exclus de la protection par le droit d'auteur et peuvent donc être enregistrés librement : il en est ainsi de la loi (lato sensu) et de la jurisprudence (168) qui l'interprète (Loi belge du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur, art. 11).

Par contre, les textes de doctrine ainsi que les chapeaux et sommaires sont protégeables au titre du droit d'auteur, (169) à la condition qu'ils soient originaux.

A supposer que l'oeuvre soit protégeable, il y a lieu cependant, d'opérer une distinction suivant le type de référence qui y est fait.

L'enregistrement d'oeuvres *entières* en mémoire requiert incontestablement l'autorisation de l'auteur.

Le cas des *résumés* ou des *index* constitués de mots-clés, est plus délicat à résoudre. La solution doit être recherchée dans un principe de base gouvernant le droit d'auteur, selon lequel les idées étant de "libre parcours" (H. DESBOIS), la seule forme d'une oeuvre est protégeable. L'index constitué de mots clés porte sur la matière, le fond de l'oeuvre de référence qui est libre et non appropriable.

Par contre le résumé d'oeuvres couvertes par le droit d'auteur prête à discussion. Si un résumé constitué de mots-clés peut être publié librement, un résumé constitué de larges emprunts à l'oeuvre de référence vise à l'auto-suffisance et tend à se substituer à l'oeuvre antérieure. L'accord de l'auteur est alors requis. (170)

Les possibilités de conflits entre un auteur et un serveur ne s'arrêtent pas là.

"Les recherches effectuées au moyen d'une base de données entraînent inévitablement l'utilisation d'un logiciel ou de programmes informatisés spécialement destinés à ces recherches. Cette utilisation implique forcément la mémorisation de ce logiciel dans la base de données, ne serait-ce qu'en transférant une partie de la mémoire d'un ordinateur". (171)

Même s'il est discutable que la simple reproduction interne, aux fins de mémorisation, d'un programme original, soit constitutive d'une violation du droit d'auteur sur le programme (à supposer que celui-ci soit protégeable par le droit d'auteur), il n'est pas exclu cependant que les tribunaux, pour sanctionner les pillages de plus en plus fréquents, étendent la protection du créateur à la reproduction interne non autorisée.

Par ailleurs, on rappellera que les dispositions-types de l'OMPI, (172) permettent de sanctionner l'utilisation non autorisée d'un programme d'ordinateur, ce qui constitue un aspect essentiel de la protection recherchée par les auteurs.

79 Bref, le serveur peut engager sa responsabilité tant vis-à-vis de l'auteur (173) du programme de recherches que vis-à-vis de l'auteur de l'oeuvre intégrée dans le fonds documentaire.

Les conflits ne se circonscrivent cependant pas en amont du processus de "délivrance" de l'information. Ils peuvent aussi, une fois l'information délivrée, opposer le serveur qui la transmet à l'utilisateur qui la consomme.

Le premier engage-t-il sa responsabilité vis-à-vis du second et dans quelle mesure ?

Responsabilité du serveur vis-à-vis de l'utilisateur née de la réclamation d'un tiers : l'"éviction" de l'utilisateur

80 Il est concevable que l'utilisateur, même de bonne foi, soit poursuivi par l'auteur pour utilisation illicite d'un programme ou d'une information primaire couverts par le droit d'auteur.

On peut recommander à l'utilisateur d'exiger, dans le contrat, une garantie explicite que les prestations fournies par le serveur ne constituent pas une violation du droit d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle. (174)

Une garantie expresse contre l'éviction serait nécessaire dans la mesure où l'on admet avec la doctrine dominante que le contrat utilisateur-serveur est un contrat d'entreprise (175) dont le cadre légal est très souple. (176) Si le contrat est qualifié de contrat de location, comme nous le proposons, une telle garantie est automatique suivant le prescrit de l'article 1727 du Code Civil.

La question n'est pas neuve : elle est déjà réglée dans les "contrats de logiciel" où le "fournisseur" garantit le plus souvent l'utilisateur contre les poursuites intentées par des tiers sur base de droits intellectuels afférant

au programme transmis.

Responsabilité du serveur vis-à-vis de l'utilisateur à raison du contrat lui-même

81 La doctrine (177) distingue un *double objet* au contrat d'utilisation de banques de données, à savoir selon les termes de M.G. CHOISY :

- "la fourniture d'un service informatique conversationnel";
- "la mise à disposition de banques de données".

Cette distinction entre d'une part la prestation de services consistant à fournir un système permettant une interrogation à distance et d'autre part, la concession d'un droit d'accès à un ou plusieurs fonds documentaires, ne nous paraît pas ressortir du texte des clauses des contrats citées par cette même doctrine.

En outre, cela nous paraît trahir la réalité : le soi-disant premier objet de contrat n'étant que la modalité d'exercice du droit d'accès à certaines banques de données. La fourniture d'un service informatique conversationnel n'a de sens que dans la mesure où il est l'instrument d'accès, d'utilisation de banques de données. Si l'objet du contrat d'utilisation de banques de données est donc unique, le dépeçage proposé par la doctrine peut avoir une utilité lorsqu'on s'interroge sur les faits générateurs de responsabilité.

S'il ne peut donc être question d'affirmer l'existence d'un double objet du contrat télématique, qui deviendrait dès lors un contrat mixte, à la fois contrat de service et contrat d'abonnement, (178) il convient cependant, lors de l'analyse de la responsabilité du serveur, de distinguer deux faits générateurs de sa responsabilité.

En effet, le fait générateur de responsabilité, peut être tantôt le mauvais fonctionnement du service conversationnel qui perturbe l'utilisation de la banque de données (+), tantôt la mauvaise qualité des informations contenues dans la banque de données ou la conception inadéquate de la banque de données (++).

- *Responsabilité quant au fonctionnement du système*

82 Les problèmes ici posés ont été largement analysés par la doctrine, on renverra en particulier à l'ouvrage de Mme CHOISY. (179)

On se contentera de quelques réflexions :
Le serveur s'engage "à apporter tout le soin en usage dans sa profession" pour garantir le *bon fonctionnement du service*. Il s'agit à la fois des procédures opératoires

(attribution et contrôle des codes d'identification, horaires, matériels d'interrogation (terminaux) et réseaux) de la formation du client.

Il est difficile de qualifier l'ensemble de cette obligation, d'obligation de moyens, signifiant par là que la charge de la preuve de la faute incombe à l'utilisateur. En effet, certains engagements, quant au bon fonctionnement du service sont précis et déterminés. Ainsi, le fait de l'attribution d'un numéro de code particulier pour certaines informations confidentielles garantit que seules les personnes autorisées auront accès à tel type d'information. Le fait qu'un tiers, non autorisé, accède à ces informations sans utiliser le numéro d'identification requis et cause ainsi un dommage à l'utilisateur autorisé entraîne la responsabilité de la banque de données, sauf à celle-ci de démontrer son absence de faute.

D'autres engagements par contre, ne sont pas garantis. Ainsi, il est rare que des serveurs s'engagent sur les temps d'accès, le taux d'indisponibilité, la reprise en cas d'incident ou de panne. On connaît la raison invoquée par les serveurs : ils ne maîtrisent pas entièrement l'ensemble du réseau. Les qualités techniques du service conversationnel dépendent en effet également du respect par les utilisateurs des consignes données par le serveur, et, de la qualité du réseau de transport dont le transporteur répugne à garantir la qualité.

Enfin, on notera l'extension parfois trop importante des causes d'exonération de responsabilité des serveurs couvrant à la fois le fait du client, c'est-à-dire son non respect des consignes, ou les défaillances de son matériel, le fait de tiers, (180) interruptions d'électricité, mauvais fonctionnement des réseaux et la force majeure (grèves, émeutes, etc. ...).

- *Responsabilité quant à la conception et quant aux informations transmises*

83 Nous distinguerons les obligations du serveur quant à la conception de la banque de données et celles du serveur quant aux informations contenues.

1. A propos de la conception de la banque de données

84 Il apparaît important de souligner l'obligation du serveur d'informer le plus complètement possible l'utilisateur du contenu exact de la banque de données, des méthodes de constitution de celles-ci, ainsi que des possibilités de tri et de sélection qui la caractérise.

Il est bon que soit précisée, dans le contrat lui-

même la nature des services offerts. Ainsi, par exemple, l'utilisateur a-t-il la possibilité d'interroger directement la banque de données ? Est-il nécessaire d'interroger directement la banque par l'intermédiaire du personnel du serveur ?

Quelles sont les méthodes de recherche documentaire utilisées et les possibilités de sélection des données ...? (181)

En effet, bien souvent, l'information recherchée n'est pas atteinte parce que la question a été mal posée. Or, ce fait peut s'expliquer par bien des raisons. On se posera notamment les questions suivantes :

1. Qui du client ou du serveur, a formulé la question ?
2. Une mauvaise formulation de la question peut être imputable :

- au serveur, si celui-ci fait office d'intermédiaire;
- à une méthode de recherche documentaire mal conçue;
- à l'incompréhension du client devant la méthode bien conçue, mais insuffisamment expliquée ...

On le constate : la spécification des conditions du service faciliterait l'établissement et le règlement des hypothèses où le serveur engage sa responsabilité.

2. A propos du contenu des informations transmises

85 Ni l'exhaustivité de l'information, ni son exactitude, sa complétude, sa fraîcheur et son adéquation aux besoins particuliers du client ne sont généralement garantis par le serveur. N'existe-t-il pas cependant une obligation de garantie minimale ?

A cet égard, la qualification proposée de contrat de location pour les contrats en dehors de la télématique peut s'avérer intéressante à plusieurs points de vue.

- en ce qui concerne la conformité

86 M. ALTER (182) a bien montré, à propos de la vente de meubles corporels que l'obligation de délivrance ne se réduit pas à une simple mise à disposition, mais qu'elle implique la conformité de chose livrée à la chose convenue. La conformité s'apprécie par rapport à "ce que l'utilisateur est en droit d'attendre" d'après la description donnée par le serveur peu importe que celui-ci soit producteur de données ou non. (183)

Ainsi, une banque de données qui prétend détenir la totalité des informations financières sur les mouvements de bourse, pourrait voir sa responsabilité engagée au cas où l'utilisateur, sur base de renseignements incomplets ou inexacts prendrait une décision erronée.

Ceci dit, le serveur pourrait-il décliner toute responsabilité quant au contenu même de la banque ?

Une clause d'exonération aussi générale, enlève toute portée pratique à l'obligation contractée et prive le contrat de son objet. Elle est donc nulle à notre avis. (184)

Comme le souligne le Comité d'Experts sur l'Informatique Juridique, ... "un service d'informatique juridique ne devrait pas écarter toute responsabilité contractuelle. L'exonération totale n'est pas compatible avec le minimum de protection auquel l'utilisateur est en droit de prétendre. Elle n'est pas non plus conforme à l'intérêt des services d'information juridique qui, comme tout prestataire de services, ne sauraient, s'ils veulent inspirer confiance, se refuser à réparer les conséquences dommageables de leurs erreurs ou négligences ...". (185)

On n'admettra pas non plus que le serveur s'exonère de sa responsabilité pour l'inexactitude ou l'erreur due à sa légèreté ou à son imprudence. (186) (Exemple : défaut de vérification élémentaire)

Le serveur pourrait-il valablement, stipuler qu'il met tout en oeuvre pour fournir une banque de données exhaustive sans garantir l'exhaustivité ? Oui, mais l'exonération ne jouera pas, à notre avis, pour des textes appartenant au domaine public que le professionnel doit être capable de réunir dans leur intégralité.

- en ce qui concerne la mise à jour

87 Il nous paraît possible de tirer de l'article 1719 du Code Civil, en particulier de l'obligation légale du bailleur "d'entretenir la chose louée (le produit informationnel) en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée", une certaine obligation de mise à jour.

Des mises à jour périodiques de l'information transmise peuvent être légitimement attendues par l'utilisateur et découlent de l'essence du contrat.

A nouveau, une clause par laquelle le serveur s'exonère de sa responsabilité pour toute absence de mise à jour nous apparaît nulle en tant que contraire à l'objet même du contrat.

L'évaluation de la responsabilité du serveur : le dommage réparable

88 On a posé qu'en principe le serveur est tenu de fournir une information correcte et de qualité, sous peine d'engager sa responsabilité. En supposant prouvés sa faute, et le lien de causalité, (187) entre sa faute et le préjudice subi par l'utilisateur, (188) il faut encore fixer la mesure du dommage réparable.

Selon le *droit commun*, (189) "le débiteur n'est tenu

que des dommages et intérêts qui ont été prévus et qu'on a pu prévoir lors du contrat ..." (Code Civil, article 1150).

Par ailleurs, ces dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite *immédiate et directe* de l'inexécution de la convention (Code Civil, article 1151).

Ainsi pour reprendre l'exemple d'une banque de données juridiques, l'utilisateur qui, par suite d'une information déficiente, perd "le procès du siècle", subit un dommage qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

Ce dommage n'est cependant pas d'une ampleur prévisible à la conclusion du contrat. Aussi la perte d'un procès ne sera-t-elle pas, à notre avis, prise en compte au titre de dommage prévisible sauf à l'utilisateur de notifier expressément au service que l'information demandée était destinée au traitement d'une affaire de grande importance, et pour autant que le serveur accepte une telle notification.

Il est plus difficile de déterminer positivement le montant du dommage réparable.

Pour éviter les aléas de l'évaluation judiciaire, il serait bon que les parties fixent *conventionnellement* une indemnité forfaitaire à charge du serveur qui a transmis une information dont l'inexactitude lui est imputable, (190) et a causé un dommage à l'utilisateur.

Cas particulier : la responsabilité du producteur en cas de service non intégré

89 Il arrive fréquemment que le producteur de la banque de données n'assure pas lui-même la diffusion de la banque et confie cette mission au serveur (ce qui nous place en dehors de l'hypothèse examinée jusqu'ici : à savoir celle où producteur et serveur sont une seule et même personne).

Dans ce cas, seul le serveur contracte alors avec l'utilisateur.

De quel recours dispose l'utilisateur qui n'est lié au producteur par aucun contrat ?

A notre avis, on peut envisager 3 recours :

1. soit une *action en responsabilité délictuelle* contre le producteur qui répond du dommage causé par le "produit" défectueux, même incorporel, mis sur le marché par l'intermédiaire du serveur; (191)
2. soit une *action en responsabilité* assignant conjointement le producteur et le serveur responsables solidairement pour avoir mis sur le marché un produit défectueux;
3. soit une *action directe* en garantie contre le producteur de données, action de nature contractuelle qui serait

accessoire au produit objet du contrat passé avec le serveur. Ce troisième type d'action suppose que l'on considère le contrat passé entre le serveur et le producteur, sinon comme un contrat de location (supra n° 55) du moins comme un contrat "sui generis", auquel les règles de la location s'appliqueraient.

- Responsabilité de l'utilisateur

90 Le client a l'obligation de collaborer à la réussite du contrat en assurant la formation de son personnel et de façon générale en obéissant aux instructions données par le serveur. (192)

Nous examinerons ici 2 aspects particuliers de la responsabilité de l'utilisateur :

1. la responsabilité liée aux moyens d'accès qui lui sont octroyés;
2. la responsabilité liée au non-respect des restrictions à l'utilisation des informations transmises.

Responsabilité liée aux moyens d'accès

91 On a déjà évoqué l'hypothèse d'appels à l'information par une personne non autorisée en soulignant qu'un contrôle permettant d'identifier l'utilisateur effectif et éventuellement de lui refuser l'accès n'est pas encore envisageable dans l'état de la technique.

Les contrats serveurs-utilisateurs mettent généralement à charge du client abonné, l'obligation de garder le secret sur son code et le cas échéant sur son mot de passe.

En cas de divulgation du code (ou du mot de passe), le client assume le coût de l'appel effectué jusqu'à ce qu'il notifie au serveur sa volonté de changer de code (ou de mot de passe).

L'article 4 du contrat I.T.F. nous paraît à cet égard heureusement rédigé : "... le contractant est financièrement responsable de toute utilisation du service TITUS ON LINE effectué à l'aide du ou des mots de passe qui lui sont attribués. Le contractant s'assurera que son ou ses mots de passe ne sont pas utilisés par des personnes non autorisées.

L'I.T.F. prend toutes mesures pour garantir dans ses services le secret du ou des mots de passe qui pourront être changés périodiquement à sa demande ou à celle de l'I.T.F."

En l'absence de précisions, la responsabilité du client est-elle seulement financière ou répond-t-il également du "vidage" de la banque de données et de façon générale du non-respect des restrictions mises par le serveur à

l'utilisation des informations obtenues ?

Responsabilité liée au non-respect des restrictions à l'utilisation des informations transmises

92 L'utilisateur, en "possession" de l'information, n'est pas libre d'en faire n'importe quel usage. (193)

Il est souvent stipulé que le client ne peut inter-rôger que pour des besoins propres, que les résultats d'une interrogation ne peuvent être reproduits, communiqués à des tiers ou utilisés à des fins commerciales. (194)

Par-delà une formulation parfois maladroite (qu'est-ce qu'un besoin propre ? une filiale est-elle un tiers ?), le serveur entend préserver sa rémunération et éviter le "vidage" de la banque et la diffusion à large échelle d'informations reproduites telles quelles.

93 Pour excitante qu'elle soit, la complexité des problèmes juridiques abordés dans ce rapport ne doit pas détourner de réflexions plus fondamentales le lecteur assez courageux pour suivre notre cheminement jusqu'à son terme.

1. "L'interpellation", pour employer le jargon actuel que la télématique adresse au droit privé ne remet pas réellement en cause les concepts fondamentaux de celle-ci.

"Appuyons-nous sur les principes, ils finiront bien par céder" affirmait un humoriste. Dans notre matière, c'est au contraire du recours aux principes fondamentaux, de l'approfondissement des classifications de base, de la référence à la finalité des législations existantes que l'on tire la solution de questions juridiques très techniques. (195)

Peut-être le juriste s'apercevra-t-il, au terme de son raisonnement, que le droit ne répond pas adéquatement à toutes les questions que suscitent les techniques de traitement et de transport de l'information. Les exemples de défaillance juridique totale sont heureusement rares : l'esprit juridique ne se définit-il pas comme la recherche, par le biais de la qualification, de l'application d'une règle existante à une situation nouvelle ?

Sans être tardives pour autant, les réformes législatives éventuelles se doivent d'être prudentes. Voulant tout régir, elles risquent d'être tâtilloises. Voulant régir tout de suite, elles risquent d'être rapidement obsolètes.

Qu'il aborde le domaine de la preuve ou des droits intellectuels, le législateur devrait, à notre avis, avoir pour souci de lier le moins possible les définitions et l'application d'une nouvelle législation aux supports

techniques existants.

94 2. Entre le droit et la technique, le dialogue est inter-actif : il n'y a pas d'une part le progrès technique, d'autre part le droit qui soit l'entérinerait soit y ferait obstacle.

Le droit doit encadrer le progrès et le diriger dans un sens socialement souhaitable. Il est la médiation par laquelle le corps social reconnaît et fait sien une technique qui risque d'autant plus d'échapper au grand nombre qu'elle est plus complexe.

"Droit créateur de progrès ou progrès créateur de droit ?" Ceux qui conçoivent le droit comme une super-structure optent pour le second terme de l'alternative. Et pourtant, du large débat sur l'impact et les conséquences des nouvelles technologies de l'information, il semble bien que le juriste, privatiste ou publiciste (mais ces catégories ont-elles encore un sens ?) ne soit pas absent.

Traitant de l'organisation du pouvoir et de la protection des libertés publiques, le droit public a forcément été amené à réglementer le développement de l'informatique qui tend à redistribuer les cartes du pouvoir et à concentrer les atouts dans les mains de quelques-uns.

En droit privé, la loi française du 12 juillet 1980 prévoit la liberté de preuve pour les opérations d'un montant de moins de 5.000 FF. Même si elle garde à l'écart sa prééminence, elle ouvre une brèche où des procédés techniques faibles peuvent se voir reconnaître une force probante.

Ceci devrait inciter les agents soucieux de préserver leurs droits à la recherche de la sécurité la plus grande. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, le droit d'auteur interprété largement devrait stimuler la création et la diffusion des banques de données.

Ces deux exemples le montrent : confronté à l'émergence d'une économie de l'information où se créent et s'échangent des valeurs dématérialisées, le droit peut s'ouvrir à l'évolution et la favoriser.

95 3. Une réflexion plus fondamentale est cependant nécessaire. Des questions aussi diverses que la fraude informatique, la protection des banques de données et des programmes d'ordinateur ou la qualification des contrats de progiciel ont, comme l'a souligné M. CATALA, (196) un dénominateur commun : l'information. Il n'est pas contesté qu'elle ait une valeur économique. Mais quel statut juridique lui reconnaître ?

Dans nombre de cas, le droit semble limiter son application à ce qui, même de façon ténue, présente une certaine matérialité. Ainsi, les programmes d'ordinateurs ne sont-ils pas brevetables parce qu'ils n'ont pas un caractère industriel, c'est-à-dire un caractère matériel.

Ainsi encore, la soustraction frauduleuse d'information peut-elle difficilement être qualifiée de vol quand il n'y a pas soustraction du support ?

Dernier exemple révélateur : si le "contrat de progiciel" s'est avéré si difficile à qualifier, c'est bien en raison des incertitudes juridiques quant à l'objet même de la transmission d'information.

Même si notre rapport s'est délibérément limité au droit privé, "l'économie de l'information" concerne tous les domaines du droit. La comptabilisation des informations fait en France l'objet de recherches importantes, recherches qui seront vraisemblablement complétées par des réflexions sur la fiscalité. Au niveau international, le G.A.T.T. (General Agreement on Tariff and Trade) manifestera sans doute sa volonté de favoriser la libéralisation des services, ce qui implique forcément l'examen des droits de douane applicables aux échanges d'information.

L'information sera-t-elle considérée comme un service ou comme un bien ? Si elle est considérée comme un bien, sa valeur sera-t-elle celle de son support matériel ?

Ces deux questions montrent qu'une analyse fondamentale du statut juridique de l'information doit être menée. (197) C'est un défi conceptuel pour le juriste. C'est aussi, nous paraît-il, la condition nécessaire pour l'élaboration d'un droit à la fois souple et efficace.

NOTES

(1) GAUTHRONET, S., "La télématique des autres", Informatisation et société, n° 13, La documentation française, Paris, 1982, 7.

(2) La réalité des choses est toute différente. La distinction des applications professionnelles et "grand-public" est souvent malaisée et bien des expériences télématiques "grand-public" se sont vite avérées n'avoir de réel succès qu'auprès des professionnels.

(3) Sur le "Staatsvertrag", lire BURKERT, H. et DIPPOLDSMAN, P., Videotex and the Law. The German Case, Document du colloque, à paraître dans le second volume.

(4) Il peut arriver que dans les phases expérimentales, le transporteur offre outre le transport, des services comme serveur. Ainsi la British Telecom a son propre centre serveur : Prestel et le centre Vélizy relève directement de la Direction générale des Télécommunications française. L'identité du serveur et du transporteur est également possible dans le privé. Ainsi, Télésystème en région parisienne est à la fois transporteur et son propre serveur.

(5) Le terme "services" recouvre une ou plusieurs applications automatisées implantées dans un serveur. Il s'agira, par exemple, de la consultation de données, de la réalisation de transactions.

(6) Le commutateur videotex assure la gestion des liaisons entre utilisateurs et serveurs; il commande, en outre, le routage des informations à travers le réseau voire permet la facturation des services assurés par lui.

(7) C'est en tout cas, la solution retenue par le projet de cahier des charges français du 27 septembre 1983 reprenant en cela les conclusions du rapport de la commission du suivi des expériences télématiques : "Le service offert par une administration, un établissement public, un organisme privé chargé d'une mission de service public, doit correspondre à l'objet de sa mission de service public" (art. 3 du projet). Cfr. également, en Allemagne, BURKERT, H. et DIPPOLDSMAN, P., o.c.

(8) Une station terminale comprendra obligatoirement, outre l'écran du visualisateur et le clavier de commande, le décodeur nécessaire à l'interprétation et à la traduction des messages en provenance ou à destination de l'utilisateur et le modem qui permet le raccordement du terminal au réseau du ou des transporteurs. Le terminal "utilisateur" peut comprendre en outre des éléments tels que : imprimante, unités de stockage ou de traitements des informations reçues.

(9) Cette distinction est classique. On la retrouve explicitement dans l'Arrêté Royal du 28 septembre 1983 (M.b. du 15.10.1983, 13.013), à l'article 168 : "A la demande de l'abonné, la Régie peut créer un "groupe fermé d'utilisateurs". Ce service complémentaire permet aux membres du groupe de communiquer entre eux mais empêche la communication avec tout autre abonné.

(10) Le récent "Staatsvertrag" du 18 mars 1983, conclu entre les présidents des Länder allemands, ne vaut (art. 3), à l'exception de certaines prescriptions relatives à l'agrégation des services, que pour les services télématiques ouverts :
"Les dispositions des articles 4 à 8 ne valent pas pour des commandes

(Bestellvorgänge), pour des transactions bancaires et pour des services individuels semblables, de même que pour des communications spécifiques particulières, à moins qu'il n'en soit disposé autrement." "Les articles 5 à 8 et l'article 2, alinéa 1, §1, ne valent pas pour des offres à des personnes déterminées, liées à un serveur particulier soit par une relation professionnelle, ou tout autre caractéristique tenant à la personne, soit par une relation contractuelle de membres, ou de droit public, pour autant que l'offre soit faite uniquement à ces personnes".

(11) Ainsi, le rapport intérimaire de la commission du suivi des expériences télématiques a développé une distinction entre les banques de données ouvertes et fermées, à propos des articles 77 et suivants de la loi du 30 juillet 1982. Ces articles soumettent à autorisation préalable "tout service de communication audio-visuelle". (Sur ces articles, TRUCHET, D., "Une loi de la dernière chance", J.C.P., 1982, I, 3120, n° 27 et suivants). L'article 1 de la même loi permet cependant d'affirmer que ce régime de déclaration et d'autorisation ne vaut que pour les services télématiques comprenant "une mise à la disposition du public" d'informations et non pour des services ayant le caractère d'une simple correspondance privée (Rapport intérimaire de la commission du suivi, n° 7 et suivants).

(12) U.N. Center on Transnational Corporations, Transborder Data Flows : Access to the International On-line Data-base Market. A Technical Paper, New York, 1983, Doc. ST/CTC/41, 35.

(13) Bien souvent, les réseaux privés ne sont commutés avec le terminal utilisateur que grâce à une liaison téléphonique entre ce terminal et le noeud de la commutation le plus proche (à ce propos, PUJOLLE, G., La télématique, réseaux et applications, 2e édition, Paris, 1983, 70 et suivants).

(14) Ainsi Chips, Swift, les satellites américains, etc. ...

(15) Ainsi l'administration des Postes en Allemagne, le British Telecom, le Staatsbedrijf der Posterijen, Telegraphie en Telephonie hollandais, etc. ...

(16) Ainsi TRANSPAC, société d'économie mixte créée par le décret 77/785, du 13 juillet 1977.

(17) Soit l'administration de la Poste, soit l'administration des télécommunications lorsque celle-ci pour des raisons budgétaires s'est constituée de façon indépendante.

(18) Ainsi, notamment, certains réseaux privés en Belgique.

(19) Le British Telecommunication Act de 1981 permet la délivrance de licences à des sociétés privées pour la mise en oeuvre de réseaux.

(20) GAUTHRONET, S., o.c., 40.

(21) A ce propos, l'intervention de Mme V. ASSAVERO au 3e Colloque de Nanterre le 20 octobre 1983, et Tedson J. MEYERS, The Impact of Deregulation on Liability Limitations in the United States, Rapport au Symposium de Londres, OCDE, 1 et 2 décembre 1983.

(22) Sur les différents reproches techniques et autres, faits à l'administration "transporteur" par les utilisateurs de télécommunications, lire le document de travail présenté à la Régie T.T. par les utilisateurs professionnels de télécommunications, Bruxelles, 9 mars 1982, Tele 80's, n° 7, 5 et suivants.

(23) Sur ces clauses, infra, n° 16 et s.; n° 26 et s.

(24) "L'importance vitale prise par les télécommunications dans la vie économique contemporaine, autant que la loi de régularité et de continuité s'imposant à tout service public justifierait selon nous que soit tempéré, sous forme d'une responsabilité limitée mais non simplement symbolique, le rigoureux et inéquitable principe de l'exonération totale de responsabilité de la Régie, en raison du service dont elle a le monopole" (de CANNART d'HAMALE, E., "Les "contrats" RTT ou les rapports juridiques entre RTT et usagers", J.T., 1983, 108 ct.s.).

Pour une remise en cause du monopole des PTT, voyez, Taak en functie van de PTT bezien in het licht van de informatie - en de telecommunicatie technologie, Rapport van de Commissie SWARTTOUW, mars 1982, 108 et s.

(25) BENSOUSSAN, (Les contrats télématiques, rapport au colloque de Namur, à paraître dans le second volume) distingue d'autres paramètres encore.

(26) Il s'agit souvent alors de sociétés coopératives. Ainsi l'On-line Cooperative Library Center (O.L.C.L.C.), regroupe les bases de données de nombreuses bibliothèques réparties dans différents pays.

(27) Cf. U.N. Center on Transactional Corporations, o.c., 9.

(28) C'est la politique du Centre National de la Recherche Scientifique de France.

(29) Exemple : C.I.S.I. (Compagnie Internationale de Services en Informatique), filiale de l'Agence pour l'énergie atomique française.

(30) La distinction entre la personnalité juridique du producteur et celle du serveur peut avoir des conséquences non négligeables, le producteur n'ayant pas alors de relation juridique directe avec l'utilisateur (sur ce point, infra n° 89).

(31) Du moins, celles du Bildschirmtext allemand, de Prestel au Royaume Uni, ou Télétel en France.

Dans ces trois pays, existent alors des conventions particulières (cf. à ce propos, la convention Télétel (type 1) : Prestataire utilisant les ressources du centre informatique de Vélizy).

(32) Ainsi le régime de responsabilité du serveur envers l'utilisateur et la nature juridique de la relation contractuelle entre eux diffèrent si le serveur est en même temps producteur de données (cf. infra, n° 80 et s.).

(33) La "Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication", a été constituée le 9 avril 1980 sous forme de coopérative soumise au droit belge. Les statuts de la coopérative ont été publiés dans le Moniteur belge du 23 octobre 1980, Annexe, 15.489.

A propos de SWIFT, lire LINGL, H.F., "Risk Allocation in international Interbank Electronic Fund Transfers : Chips&Swift", Harv. Int. Law Journal, 1981, 621 et suivantes.

(34) Ainsi les auteurs allemands parlent de contrats de droit public (CHAMOIX, J.-P., DELAHAIE, H., GRISSONNANCHE, A., Le statut juridique du vidéotex interactif, Document ronéotypé, 31).

(35) En ce sens, de CANNART d'HAMALE, E., art. cit., 110, point D et les références citées à la note 25.

(36) "Cette exonération de responsabilité couvre donc aussi bien les interruptions dues à la fois aux cas fortuits et de force majeure, aux interruptions locales pour travaux, et même aux négligences de la

Régie, c'est-à-dire un comportement fautif de sa part" (Centre du droit de la Consommation, Les conditions d'usage du service et de la correspondance par téléphone, Document 3/198, Dactylographié, U.C.L., Louvain-la-Neuve, 41).

En Allemagne, le §52 du Fachordnung (modifié par la loi du 16 juillet 1981), prévoit cependant certaines exceptions : la Deutsche Bundespost est responsable des dommages aux personnes ou aux biens causés par, ou au cours, des installations téléphoniques à la suite de négligence. Aucune responsabilité n'est cependant prévue pour des erreurs commises dans la transmission de données. Pour la France, on consultera la communication de LINTINGRE, M., au colloque de Namur, Responsabilité de l'Etat en qualité de transmetteur d'informations, à paraître dans le second volume.

(37) En cas de non ou mauvais fonctionnement, l'article 9 stipule que les PTT interviendront aussi rapidement que possible.

(38) Par contre, l'abonné ne peut en aucune manière réclamer de dommages pour le non ou mauvais fonctionnement de Viditel, ou de l'appareil placé dans le cadre de Viditel (art. 6.2).

(39) Rappelons que Prestel est un serveur et non un transporteur, même si Prestel n'opère qu'au sein du British Telecom, Transporteur.

(40) En Allemagne, le Fernmeldordnung dans sa dernière version du moins (Zweiundzwanzigste Verordnung zur Änderung der Fernmeldordnung vom 6.5.1983, Amtsblatt des Bundesministers für das Post- und Fernmeldewesen, n° 70, 1983), contient des dispositions spécifiques quant aux conditions de raccordement, coûts, etc. ... des services télématiques. Il applique en outre les dispositions du Staatsvertrag relatives à la protection des données.

(41) Lois expérimentales sur le Bildschirmtext dans le Land de Berlin (29.05.1980) et de Rhénanie-Westphalie (18.03.1980).

(42) Notons que le moyen de preuve couvre l'existence de la transaction mais non son contenu.

(43) La Bundespost ne percevait en cas de contestation sur la transaction que le prix de la communication téléphonique. Dans ce seul cas, elle était autorisée à transmettre au serveur copie des supports informatiques attestant la transaction. Sur ce problème de la facturation, cfr. également le rapport intérimaire de la commission du suivi des expériences télématiques, 27.

(44) Nous reviendrons sur ce point, infra n° 34. Le premier danger est certes la constitution de profits de personnalité (à ce propos, les remarques de MICKLITZ, H., Legal Issues, General Report, The Consumer and New Information Technology, Actes du colloque de la C.E.E., 30-31 mars 1982, Louvain, 1982, 141 et suivantes).

(45) L'administration postale allemande comme toute administration est soumise à l'obligation de n'enregistrer que les données nécessaires à l'exécution de la mission, dont elle est légalement investie (cfr. le Bundesdatenschutzgesetz de 1979, 5), ceci constitue une garantie qui atténue le danger signalé dans le texte.

(46) La qualité des profils de personnalité qui pourraient être dégagés par une administration centralisant tous les renseignements est de loin supérieure.

(47) Pour une analyse d'ensemble du Staatsvertrag, BURKERT, H. et DIPPOLDSMANN, P., Videotex and the law, The German case, Document

du colloque, à paraître dans le second volume.

(48) Sur ces détails de la facturation anglaise, lire DELAHAIE, H., GRISSONNANCHE, A., Le cadre juridique du vidéotext interactif, Document ronéotypé, 1982, 52 et suivantes.

(49) Convention Télétel type I. Prestataire utilisant les ressources du centre informatique de Vélizy, Art. 46; Convention Télétel type II. Prestataire utilisant les ressources de son propre centre, Art. 46.

(50) Dans le cas d'un prestataire ayant son propre centre, il faut que les sommes dues par l'utilisateur aient été communiquées au centre informatique Télétel à la fin de chaque communication.

(51) Art. 65 des conventions Télétel : "Le recouvrement des sommes dues par les utilisateurs au titre des services payants relève de la totale responsabilité du contractant".

(52) La règle de l'égalité devant le service public découle de la nature même du service public, cfr. BUTGENBACH, A., Théorie générale du service public, Bruxelles, 1952, 85, n° 90.

(53) Règle en vertu de laquelle l'autorité publique garde le contrôle total de l'organisation et du fonctionnement du service dont elle peut unilatéralement modifier les conditions d'exécution.

(54) Nous nous sommes limités à l'examen des seules conventions conclues dans le cadre de l'expérience Télétel par l'administration française des Postes et Télécommunications, de l'expérience Prestel par l'administration anglaise des British Telecommunications, et de l'expérience Viditel par le "Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie".

(55) Cfr. la convention Transpac, société d'économie mixte.

(56) Nous nous baserons essentiellement sur des textes enregistrés auprès de la Federal Communications Commission (F.C.C.), (tarifs n° 17, n° 6, N° 263) : aux Etats-Unis en effet, les entreprises de télécommunications communiquent leurs "tarifs" à la Federal Communications Commission.

(57) Au départ, le British Telecom obligeait tous les producteurs de données même s'ils disposaient de leur propre centre serveur à recourir au centre Prestel, serveur public. Cfr. à ce propos, CHAMOUX, J.-P., DELAHAIE, H., GRISSONNANCHE, A., Le statut juridique du vidéotext interactif, Document ronéotypé, Paris, 1982, 46 et s.

(58) Conventions Télétel : "Société offrant ses ressources informatiques à des prestataires" (Art. 5 §5 et §6).

(59) A ce propos, l'excellente étude de CHOISY, M.G., Banques de données - Aspects contractuels, Agence de l'informatique, Paris, 1983.

(60) Contrat A.T.T. (American Telephone and Telecommunications Cy), Extrait du tarif F.C.C., n° 263.

(61) Cfr. notamment la clause A.T.T., F.C.C., n° 263, 21.4.D : "Aucune entreprise de télécommunications participant au service ne peut être tenue responsable de tout acte ou omission dus à toute autre entreprise de télécommunications participant également au service", et la clause 9.1. Transpac : "La responsabilité du fournisseur ne saurait être engagée en cas de ... défaillance des moyens de transmission fournis par l'Administration des P.T.T.".

(62) VASSEUR, M., "Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement", Revue de la Banque, 1982, n° 5, 592.

(63) Clause 11.2. Transpac.

(64) Cfr. la clause de la convention Télétel (article 5 : engagements du contractant) qui résume une série d'obligations du serveur.

Article 5 : Engagements du contractant

Le contractant s'engage :

1. à payer à l'Administration les redevances dues conformément aux conditions décrites en annexe à la présente convention;
En cas de non paiement des redevances dans le délai indiqué sur la facture adressée au contractant, l'Administration pourra, après mise en demeure, suspendre le service Télétel puis procéder à la résiliation de la présente convention sans préjudice de tout autre recours;
2. à assumer la totale responsabilité du contenu de son service en accord avec la Législation en vigueur notamment en matière et de consommation et de publicité;
3. à respecter toute disposition d'ordre réglementaire ou déontologique qui pourrait être prise avant ou pendant l'opération pilote de Télétel;
4. à ne pas divulguer aucune information concernant l'Administration ou un tiers dont il pourrait avoir connaissance du fait de sa participation à l'opération pilote sans l'accord écrit préalable de celle-ci ou de celui-ci;
5. à ne pas divulguer, publier, utiliser, transmettre ou vendre des détails concernant le logiciel de Télétel et le système lui-même ainsi que les informations appartenant à un tiers dont il aurait pu prendre connaissance de manière fortuite;
6. à indiquer à l'Administration si les informations contenues dans son service sont publiques ou confidentielles; dans ce cas, le contractant indiquera quelles sont les garanties souhaitées en matière d'identification des usagers du ou des services et d'autorisation d'accès;
7. à faire connaître à l'Administration si le service est payant et dans ce cas à expliquer son mode de tarification à l'utilisateur, avant accès à l'information payante;
8. à ne pas procéder à des recherches d'information, enquêtes ou sondages, auprès des abonnés Télétel sans l'accord écrit de l'Administration.

(65) M.G. CHOISY évoque cette distinction à propos des contrats serveurs-utilisateurs (voir, Banques de données, Aspects contractuels, o.c., 44 et suivantes).

(66) On peut se demander cependant comme nous le ferons alors (cfr. infra, n° 35), si certaines exceptions ou limites de cette neutralité prévues par les réglementations n'entraînent pas une certaine responsabilité du transporteur à raison de ce contenu.

(67) Code français des P.T.T., Art. L. 37. Sur ce principe le rapport de LINTINGRE, J., au présent colloque. A propos de ces clauses, cfr. déjà supra, n° 25.

(68) Cfr. à ce sujet, l'article 43 des conventions Télétel, l'article 1.1 de la convention Transpac. La convention Viditel (art. 7.1) prévoit que la maintenance se fera entre 24.00 et 6.00 heures.

(69) Puisque sont souvent compris la grève, les perturbations sociales et le fait d'autres réseaux dans la notion de "force majeure", "Corzaak

die in redelijkheid en billijkheid niet aan de P.T.T. valt toe te rekenen", (Viditel, art. 7,5).

(70) Tarif F.C.C., n° 6, art. 8.

Comparer Viditel qui ne s'engage que pour 22 heures "P.T.T. draagt er zorg voor dat Viditel gedurende tenminste een niet onderbroken periode van 22 uur per etmaal goed functioneert. Onder een periode van 22 uur wordt begrepen iedere periode gelijk aan of korter dan 22 uur doch niet korter dan 95/100 x 22 uur". (Art. 7).

(71) Centre de droit de la consommation, U.C.L., Les conditions d'usage du service de la correspondance par téléphone, doc. 3/1981, p. 10 et références y citées.

(72) C'est le cas des conventions françaises Télétel et Transpac (article 21).

(73) Extrait du F.C.C., n° 17.

(74) La définition est donnée par CHAMOIX, DELAHAIE, GRISSONNANCHE, Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques, Rapport de synthèse, Document ronéotypé, Septembre 1980, 23.

(75) Sur les différentes techniques d'accès en cas d'encombrements (F.D.M.A. - Frequency Division Multiple Access et le T.D.M.A. - Time Division Multiple Access), PUJOLLE, G., La télématique. Réseaux et applications, Paris, 1983, 104 et suivantes.

(76) Télétel, art. 4, 1.

(77) Transpac, art. 10.

(78) Tarif F.C.C., n° 263, art. 2.1.2.

(79) Art. 73 a.

"P.T.T. draagt er zorg voor dat de reponse tijd bij de invoer van de informatie in 95 % van de gevallen wordt gegeven in 0,5 seconde of minder".

(80) Ainsi les clauses de SWIFT User Handbook.

(81) WINSBURG, R., The Electronic Bookstall I.C.C., London 1979, cité par GAUTHRONET, o.c., 40.

(82) Staatsvertrag, 18 mars 1983, art. 2 §1. Comp. art. 1 des conditions juridiques et déontologiques applicables aux prestataires de service participant à l'expérience Télétel; "Toute personne physique ou morale désignée par l'expression "prestataire de services" peut proposer des services et informations aux abonnés du réseau téléphonique spécialement équipés d'un décodeur pour l'expérience Télétel". Cfr. également la Loi du Nord-Rhein Westphalen, §6.3; Loi du Land de Berlin, §3; l'introduction des dispositions pratiques établies par British Telecom à l'intention des prestataires d'informations de Prestel.

(83) Rapport cité, n° 29.

(84) Rapport cité, n° 29.

(85) Sur cette préoccupation, supra, n° 18.

(86) Cfr. à cet égard, déjà la décision de la 7ème conférence des commissaires à la protection des données de la R.F.A. et des Etats en date du 11 décembre 1980.

Pour plus de détails sur le rôle de la Commission Fédérale, DAMMAN, U., "Auditing Data Protection", T.D.R., 1983, Vol. VI, n° 3.

- (87) Art. 17 de la convention Viditel.
- (88) L'article 5.2. du contrat Prestel permet à celui-ci d'interdire l'accès à toute page ... à tous les usagers de Prestel et à toute personne si B.T. considère que l'information contenue dans cette page est ou peut être contraire à la loi, ou constitue un fait susceptible d'être poursuivi par une quelconque personne ...".
- (89) Cfr. la longue liste des obligations des serveurs reprise à l'article 2 du contrat Prestel.
- (90) Article 5.2. du contrat Prestel.
- (91) (92) (93) Pour les références, cfr. supra, n° 2.
- (94) "On view data systems, an advertisement will be deemed as
a. any frame or part frame whose prime purpose is to promote the sale of goods and/or services ..., or to promote the reputation or image of a company or organisation, and/or;
b. any frame or part frame which carries an announcement to promote the sale of goods and/or services ..., or to promote the reputation or image of a company or organisation, for which a considerative has been paid to the provider of that frame.
(Code of Practice, Section 2, Advertising Art. 1).
- (95) Loi sur l'expérience de Rhénanie Westphalie 18 mars 1980, §6(2) et §5(4); Code AVIP Section 2(3).
- (96) Rhénanie Westphalie, §6(4).
- (97) DELAHAIE, H., GRISSONNANCHE, A., Le cadre juridique du vidéotex interactif, o.c., 1982, 39.
- (98) La publicité devrait toujours être gratuite.
- (99) Ainsi, sur Prestel existent des écrans réservés aux hommes d'affaires moyennant paiement (high value frames for businessmen). La British Telecom donne liberté aux fournisseurs de fixer leurs prix mais dans une certaine fourchette.
- (100) Section 1, Art. 2.8.1; cfr. aussi Loi de l'expérience Rhénanie Westphalie.
- (101) Par exemple, Vélizy art. 6; loi de Rhénanie Westphalie §8; Staatsvertrag, art. 6.
- (102) Pour la critique de cette disposition particulière, GAUTHRONET, S., o.c., 112.
- (103) Le §7 de la loi Berlinoise répond par l'affirmative. Pour d'autres exemples, MICKLITZ, H., Questions juridiques. Rapport général, Actes du Colloque de Bruxelles. Le consommateur et les nouvelles technologies de l'information. Cabay, 1982, 107 et suivantes.
- (104) En ce sens, DELAHAIE, H., GRISSONNANCHE, A., o.c., 61.
- (105) GAUTHRONET, S., o.c., 113.
- (106) En ce qui concerne le contenu des banques de données françaises, cfr. CHOISY, M.G., Banques de données, Aspects contractuels, A.D.I., 1983, p. 13 et s.
- (107) Il semble que ce service télématique de commandes à distance rencontre actuellement peu de succès auprès du public.
- (108) Sur la question délicate de savoir si dans le cadre d'un abonnement à une banque de données, chaque demande d'informations représente

une transaction particulière ou au contraire, constitue un mode d'exécution partielle d'une transaction unique, infra, n° 54.

- (109) Outre l'ouvrage déjà cité de M.G. CHOISY, on citera celui de ROCHE, I., "Aspects juridiques et économiques des relations entre producteurs, serveurs et utilisateurs de bases et banques de données", Mémoire Institut d'Etudes Politiques de Paris, octobre 1982. En Allemagne, lire HACKEMANN, M., "Die vertragliche Haftung der Fachinformations Zentrum für fehlerhafte IuD-Dienste", G.I.D., Frankfurt/M., 1981; du même auteur, Rechtsfragen der Fachkommunikation, I.D.D. Verlag, Frankfurt/M., 1983, 25 pages.
- (110) Nous tenons à remercier M.P. POULLET (Parisbas-Belgique), pour les précieux conseils donnés lors de la rédaction de ce paragraphe.
- (111) De nombreuses réglementations le rappellent. Cfr. également, les conclusions de la commission du suivi des expériences télématiques.
- (112) J. HUET évoque la nécessité d'une mise à jour permanente du fonds documentaire, ce qui met l'accent sur le service rendu (HUET, J., préface à l'ouvrage de CHOISY, M.G., o.c., 10). Selon CHOISY, M.G., l'indétermination du prix, fréquenté dans ce genre de contrat, indiquerait qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise (o.c., 24).
- (113) Cfr. la liste des contrats proposés par les serveurs cités à la note 59 de l'ouvrage de CHOISY, M.G., (o.c., 24).
- (114) Ibidem.
- (115) Cfr. les deux contrats cités notes 60 et 61 par CHOISY, M.G., (eod. locq).
- (116) Dans la doctrine allemande, notamment et surtout HACKERMANN, M., "Die vertragliche Haftung der Fachinformations Zentrum für fehlerhafte IuD-Dienste", G.I.D., Frankfurt, 1981, spéc. p. 8 et suivantes, p. 31 et suivantes, p. 39 et suivantes; BRINCKMANN, W., Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellung bei Bildschirmtext, B.B., 1981, 1183-1190.
- (117) Le vice doit être antérieur ou concomittant à la vente, alors qu'il n'est pas nécessaire que le vice existe à la conclusion d'un contrat de bail.
- (118) "Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance", Revue Trim. dr. comm., 1981, 1 et suivantes.
- (119) Art. cité, 10 et 11.
- (120) A cet égard, l'excellente analyse de la jurisprudence belge faite en matière de contrats d'"entreprise" immobilière sur phase par FLAMME, M.A. et Ph., "Le contrat d'entreprise", Chron. de jurisprudence, J.T., 1976, n° 60 et suivants.
- (121) Comp. : "Il a semblé que si le "donneur d'ordre" s'arrêtait à la seule spécification des objectifs auxquels devait répondre le produit, le contrat ne sortait pas de la catégorie de la "vente de choses futures". Pour que le contrat puisse porter sur l'exécution d'un "travail déterminé" (voir définition du contrat d'entreprise), il faut, selon le sous-groupe, que soit franchi le deuxième degré de précision dans les "spécifications" du produit mobilier, à savoir la définition des caractéristiques techniques nécessaires pour que la spécification d'objectif soit satisfaite. La qualification de contrat d'entreprise dans ce cas laisse donc entière la liberté pour le fabricant du produit de développer son "savoir-faire" dans le choix des

moyens techniques, de réalisation; mais le "donneur d'ordre" pourra, en fonction de ce qu'il désire et de sa connaissance des techniques spécifiques impliquées, spécifier plus ou moins précisément la technique de fabrication. La qualification de "contrat d'entreprise" s'en trouvera d'autant renforcée". (Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance, R.T.D. comm., 1981, 11).

(122) Au logiciel de base, s'ajoutent des logiciels utilitaires permettant la gestion de la base de données (les données elles-mêmes sont accessibles en mémoires internes ou externes (bandes magnétiques ou disques)).

(123) La plupart du temps, le terminal disposera même d'une mémoire où la donnée s'inscrit, ne serait-ce qu'un instant, à moins que ce ne soit l'interface lui-même qui dispose d'une mémoire, R.A.M. volatile.

(124) Une exception existerait au cas où les utilisateurs seraient également associés à la conception du produit. Il en serait ainsi pour les serveurs adoptant la forme de coopératives, où chaque utilisateur est également son propre producteur de données.

(125) Les restrictions d'utilisation du produit sont nombreuses :
- pas d'interrogation couvrant la totalité du produit;
- respect des prescriptions quant aux procédures, temps, sécurité d'accès;
- rémunérations.

(126) L'intervention du serveur est alors d'ajouter une plus value à l'objet loué, de telle sorte qu'il puisse être l'objet d'une multitude de sous-locations à distance.

(127) STARCK, B., "Droit civil, Obligations", Librairies Techniques, 1972, n°s 1275 et 1227; GHESTIN, J., Traité de droit civil, t. II, Le contrat L.G.D.J., 1980, n° 243.

(128) Le contrat conclu en dehors du vidéotex, première catégorie de contrat, est un contrat "classique".
Nous n'y reviendrons donc pas dans ce paragraphe.

(129) Pour plus de détails, GHESTIN, J., Traité de droit civil, t. II, Les obligations, L.G.D.J., 1980, n° 201 et s.; SCHMIDT, J., Négociation et conclusion de contrats, Paris, 1982, n° 18 et suivants.

(130) Cass. (belge), 23 septembre 1969, R.C.J.B., 1971, 216 et suivantes, note Y. SCHOENTJES-MERCHERS.

(131) "La doctrine admet que la proposition adressée au public est bien une offre de contrat à l'égard de chacun de ses destinataires". SCHMIDT, J., o.c., n° 120).

(132) Encore que les répercussions d'une information non adéquate puissent être sérieuses si cette information sert de base à une prise de décision dans le domaine financier par exemple. Mais il s'agira dans ces cas, le plus souvent, de télématique professionnelle.

(133) C'est la solution du code AVIP.

(134) Cfr. le raisonnement tenu en matière bancaire, SYX, D., Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds, KB, avril 1982, 32.

(135) Dans l'hypothèse où la transaction est passée par un mineur, il serait toujours possible de la lui imputer personnellement au titre d'acte d'administration, acte de la vie courante que le mineur peut valablement poser seul (DE PAGE, H., Traité, I, III, 33 et suivantes, 42 et suivantes).

Pour plus de détails, PANSIER, F.J., "Propos sur le client mineur", Cah. dr. de l'entreprise et de la distrib., 1982, n° 5 et 6, 34.

(136) Le consommateur et les nouvelles technologies de l'information, Centre de droit de la consommation de Louvain-la-Neuve, Cabay, 1982, 143.

(137) Il n'y a pas de problème en ce qui concerne le moment de la conclusion du contrat, puisque offre et acceptation ont lieu au même moment; cfr. déjà à propos des contrats par téléphone, Cass., 22 mars 1920, Pas., 1, 208.

(138) AUBERT, J.L., Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse, Paris, 1970, n° 377.
Sur la diminution de cet intérêt et le fait qu'il ne subsiste que pour les contrats internationaux, SCHMIDT, J., "Négociation et conclusion de contrats", Manuel Dalloz, Paris, 1982, n° 185.

(139) Cfr. analyse de la solution anglaise et du "telex case", AUBERT, o.c., n° 391 et suivants.

(140) SCHMIDT, J., o.c., n° 185 et la jurisprudence citée.

(141) Comparer avec la solution défendue à propos d'un contrat par correspondance conclu par un salarié, CARBONNIER, J., Droit civil, t. 4, n° 18, 82; GHESTIN, J., o.c., n° 251, 198.

(142) Rapport intérimaire de la commission du suivi des expériences télématiques, 19 janvier 1983, 12.

(143) CHAMOIX, F., La force probante des supports modernes d'information, Inf. et gestion, 1981, n° 126, 25 et 26.

(144) Sur les méthodes d'identification du terminal, la distinction entre l'identification du terminal, qui correspond à la rétribution du transporteur et l'identification du client d'un service, voire de la personne physique, lire CHAMOIX, J.P., DELAHAIE, H., GRISSONNANCHE, A., o.c., 32 et suivantes.

(145) Cfr. à ce propos la thèse de HAUSER, J., Objectivisme et Subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse, Paris, 1970,

(146) AUBERT, J.-L., o.c., 188.

(147) Le décret 80.533 du 15 juillet 1980 pris en application de la loi française du 12 juillet 1980 adapte le montant en dessous duquel la preuve non écrite est admise, à savoir 5.000 F.F. (Sur ce point, LINANT de BELLEFONDS, X., L'informatique et le droit, PUF, 1981, 43).

(148) Cet argument n'est pas décisif car comme le signale Mme CHAMOIX, (La preuve dans les affaires LITEC, 1979, 75), un code secret est mode d'identification beaucoup plus sûr qu'une signature.

(149) GHESTIN, J., et GOUBEUX, J., Traité de droit civil, T.I., Les obligations, o.c., n° 599 et la note (118).

(150) A ce propos, notamment VAN RIJN, J., et HEENEN, J., Principes de droit commercial, T.I., 2e éd., 1975, 484. Comp. l'article 109 du Code de commerce français actualisé par la loi du 12 juillet 1980 : "A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens".

(151) SYX, D., Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds, avril 1982, édité par la Kredietbank, 62 et 63.

(152) MALENGREAU, X., Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents, Ann. dr. Louvain, 1982, 117 et les références citées à la note 25.

(153) Selon CATALA, N., La nature juridique du paiement, Paris, L.G.D.J., 1961, c'est en effet la loi qui, de plano, attache un effet extinctif à cette situation de fait que constitue la satisfaction du créancier.

(154) Dans ce sens, MALENGREAU, X., o.c., 116; cfr. également VAN RIJN, J., et HEENEN, J., Traité de droit commercial, T.I., 481.

(155) Pour une analyse de ces modes techniques, on consultera GRISSONNANCHE, A., Data protection and data security technology, document dactylographié, ADI, GMD, NCC, 03.15.1983, 24 et s.; CHAMOIX, J.-P., DELAHAIE, H., GRISSONNANCHE, H., Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques. Rapport de synthèse, document dactylographié, septembre 1980, spéc. 111 et s.

(156) Il faudrait que le moyen d'identification soit incorporé dans le moyen d'accès lui-même, une carte en l'occurrence.

(157) Sur ce point CHAMOIX, J.-P., DELAHAIE, H., GRISSONNANCHE, A., o.c., 36.

(158) Cfr. CHAMOIX, J.-P., o.c., 114.

(159) Le code de déontologie de l'AVIP mentionne l'obligation pour les serveurs, d'avoir une preuve écrite de la commande : "Every contract shall be capable of being evidenced in writing by the supplier".

(160) Nous n'envisageons pas ici la responsabilité du prestataire pour copiage ou utilisation illicite des pages d'autres prestataires.

(161) Pour plus de détails, WEILL, A., et TERRE, F., Droit civil. Les obligations, Dalloz, 3ème édition 1980, n° 184 et suivants.

(162) Art. 9 de la loi de Rhénanie-Westphalie; Art. 10 de la loi berlinoise. Cfr. supra n° 35, nos réflexions relatives à la police du réseau.

(163) Cfr. nos considérations, supra n° 59.

(164) Par auteur de l'information, nous entendons celui qui la conçoit et la met en forme.

Nous n'examinons pas ici la responsabilité du serveur liée à la récolte et au traitement d'informations nominatives.

(165) Pour plus de détails on consultera HUET, J., et LE TOURNEAU, Ph., "Droit privé et informatique, La protection des biens, les obligations contractuelles, la preuve", in Emergence du droit de l'informatique, Parques, 1983, 30 et s., spécialement p. 33.

(166) Même si on assiste ici, à notre avis, à un certain "détournement" du droit d'auteur qui protège plus un travail qu'une oeuvre véritablement originale, expression de la personnalité de l'auteur.

(167) KEREVER, A., "Banques de données juridiques et droit d'auteur en France", Le Droit d'Auteur, 1981, 272 et s.

(168) Mais une compilation de textes ou de jurisprudence peut revêtir un tour personnel en raison de la composition et sera éventuellement protégéable à ce titre.

(169) Sur cette délicate question, KEREVER, A., art. cit., 253. Cfr. également CHOISY, M.G., Banques de données, aspects contractuels, o.c., 36 à 40.

(170) Les frontières sont difficiles à tracer, entre résumés redoublés d'un droit d'adaptation et résumés libres; tout dépend de "l'importance qualitative ou quantitative de l'emprunt", FRANCON, A., Revue trim. droit commercial et économique, 1981, Prop. incorp. chr., 84.

Pour des applications récentes en jurisprudence française, cfr. le jugement du tribunal de grande instance de Paris, 20 février 1980, Rida n° 108, avril 1981, 185, S.A.R.L., Le Monde C. Société Microfor, jugement confirmé par la Cour d'Appel de Paris, 2 juin 1981, Gaz. Pal., 5 juin 1982, 22 et suivantes, avec la note critique de M. PLAISANT. Le récent arrêt de la Cour de Cassation du 9 novembre 1983 est commenté par Melle H. MIGNOT (Droits d'auteur et Banque de données, Rapport au colloque de Namur, à paraître dans le second volume).

(171) Rapport final du Groupe de travail sur la protection des utilisateurs des systèmes d'informatique juridique, Conseil de l'Europe, CI-IJ (81)3, 23.

(172) Dispositions-types sur la protection du logiciel préparées par le bureau international de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle, OMPI, Genève 1978.

(173) Il n'y aura évidemment pas de conflit si le programme a été conçu par le serveur lui-même (par un de ses employés).

(174) Cfr. Conseil de l'Europe, o.c., CI-IJ (81)3, 10.

(175) Cfr. cependant les nuances apportées supra n° 54.

(176) Sur ce point MOUSSERON, J.-M., Rép. Dalloz, Droit comm., tome IV, Savoir-faire, n° 81.

(177) CHOISY, M.G., o.c., 21 et s.; MARTIN, J., "Une première génération de contrats", Infotecture, n° 36, septembre 1981, 2.

(178) Sur la qualification unitaire des contrats conclus en dehors de la télématique et exécutés par télématique, supra n° 54.

(179) O.c., 45 et s.

(180) Article 1725 du Code Civil : "Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance ... sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel. On notera qu'un co-locataire, c'est-à-dire un autre utilisateur n'est pas un tiers au sens de cet article (Cass. 17 juin 1980, D.P., 1891, J., 324).

(181) Sur toutes ces questions, cfr. Conseil de l'Europe, document cité page 9 et Conseil de l'Europe, Comité Européen de concertation juridique, CDCJ (82)29, 9;

(182) ALTER, M., L'obligation de délivrance dans la vente d'objets mobiliers corporels, Thèse, LGDJ, Paris, 1961.

(183) C'est la solution dégagée par les Travaux du Conseil de l'Europe à propos des banques de données juridiques, document cité, 10.

(184) Pour plus de détails, CORNELIS, L., "Les clauses d'exonération couvrant la faute personnelle et leur interprétation", R.C.J.B., 1981,

n° 14, 208-209.

(185) Conseil de l'Europe, Document CJ-IJ (81), Misc. 1, 3.

(186) Cfr. aussi à propos des agences de renseignements, RENARD, C., Les modifications conventionnelles de la responsabilité en droit belge, Rapports belges au Congrès international de droit comparé de Téhéran, 1974, 94.

(187) Sur les difficultés de prouver le lien de causalité, VEZIAN, J., La responsabilité du banquier en droit privé français, Librairies Techniques, 1977, n° 310 et suivants.

(188) Le fait de détenir une information ne détermine jamais une décision. L'auteur de la décision reste libre de prendre en considération d'autres arguments, de contrôler l'information et d'en rechercher d'autres.

A propos du lien de causalité entre le conseil donné et le préjudice lire SAVATIER, R., Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D. 1972, 150 et s., en particulier n° 32 et s.

(189) On exclut ici l'hypothèse du dol dans l'exécution du contrat.

(190) Il sera parfois difficile d'imputer l'inexactitude : celle-ci peut être due à des erreurs de transmission de réseaux, dont le transporteur assume la responsabilité. Si ce dernier bénéficie d'une clause d'exonération, l'utilisateur n'obtiendra pas réparation.

(191) L'action en responsabilité délictuelle subsiste-t-elle lorsque les serveurs pratiquant une sorte "de stipulation pour autrui" ... précisent, dans le contrat passé avec l'utilisateur, que leurs fournisseurs ne sauraient voir leur responsabilité engagée ? Cette dernière formule est trop absolue. Une clause d'exonération n'a pas d'effet vis-à-vis du contractant en cas de dol (auquel la jurisprudence française assimile la faute lourde - Code Civil, article 1150). Il n'y a pas de raison pour qu'elle soit efficace vis-à-vis de l'utilisateur tiers au contrat et qu'elle aboutisse à le priver de tout recours contre le producteur, à raison d'informations inexactes, partielles ou "défraîchies".
"Res inter alios acta ...".

(192) Pour des précisions, CHOISY, M.G., o.c., 48 et s., spécialement p. 50.

(193) Comp. art. 1729 du Code Civil : "Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut suivant les circonstances, faire résilier le bail".

(194) Pour des commentaires approfondis, CHOISY, M.G., o.c., 40 et s.

(195) Cfr. par exemple, nos distinctions entre un acte et un fait juridique, entre un contrat de location et un contrat d'entreprise.

(196) CATALA, P., "Les transformations du droit par l'informatique", in Emergence de l'informatique, Editions des Parques, 1983, 261 et s.

(197) Pour un essai d'une théorie juridique globale de l'information, cfr. l'article déjà cité de CATALA, P.