RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit et nouvelles technologies de l'information : une approche comparative des droits d'Europe continentale

Poullet, Yves

Publication date: 1988

Document Version le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1988, Droit et nouvelles technologies de l'information : une approche comparative des droits d'Europe continentale..

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- · Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
 You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 17. Jul. 2025





DROIT ET NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION.

UNE APPROCHE COMPARATIVE DES DROITS D'EUROPE CONTINENTALE.

Yves POULLET, Professeur à la Faculté de Droit de Namur

Directeur du Centre de Recherches Informatiques et Droit des Facultés de Namur.

* Article à jour au 1.11.1988.

Le thème couvert est vaste et le lecteur voudra bien comprendre l'embarras de l'auteur à proposer en une quinzaine de pages ce qui devrait être une synthèse du droit ou plutôt des droits de l'Europe continentale ayant trait aux "Nouvelles technologies de l'Information".

L'embarras s'explique tout d'abord par la diversité des sujets à aborder (1). Le droit des nouvelles technologies de l'Information couvre des aspects de droit civil, comme le droit de la preuve par des documents informatiques, le droit des contrats informatiques ou télématiques, des aspects de droit pénal, de droit intellectuel, des aspects de droit administratif et public, des aspects constitutionnels comme le droit des libertés individuelles, sans mentionner des aspects de droits fiscal et comptable.

Notre propos a été de dégager quelques tendances des droits de l'europe continentale sur cinq thèmes :

- la protection des programmes d'ordinateurs;
- la criminalité informatique;
- la protection des données ou des libertés individuelles;
- les télécommunications;
- les services télématiques grand public.

Sur chacun de ces thèmes, on ne peut en aucune manière -et c'est une seconde raison de notre embarras- parler d'un droit commun aux différents pays d'Europe continentale. En ces matières nouvelles, il n'est même pas question d'opposer l' approche latine, celle qui caractériserait les droits belge, espagnol, italien et français, de l' approche scandinave et,enfin, de l' approche germanique cette dernière caractérisant les droits allemand, autrichien et hollandais. Au contraire, il faut bien constater que chaque

⁽¹⁾ Sur l'ensemble de ces thèmes, Y. POULLET - X. THUNIS, Droit et Informatique, un mariage difficile, Droit de l'Informatique et des Télécommunications, n° 2, p. 11.

pays, de façon profondément originale, a tenté de donner une solution juridique propre aux questions nées du développement des nouvelles technologies de l'information, sensible tantôt à la rigueur dans l'interprêtation des textes classiques confrontés à des réalités nouvelles, tantôt à un souci louable de protection du citoyen.

Le lecteur ne trouvera donc pas un relevé exhaustif des textes et des solutions. A partir d'une grille de lecture propre à chacun des thèmes choisis, nous avons essayé de relever les grandes tendances des réglementations des pays européens, nous bornant parfois à n'envisager que l'une ou l'autre des solutions, renvoyant pour le reste le lecteur aux références des textes et à une bibliographie sélective.

CHAPITRE I : LA PROPRIETE INTELLECTUELLE DES PROGRAMMES D'ORDINATEUR.

Un programme d'ordinateur est défini par le Livre Vert de la Commission (1) comme "a set of instructions the purpose of which is to cause an information processing device, a computer, to perform its functions".

Sous cette définition, peuvent être rangés tant les programmes d'application que des operating systems, tant les programmes en code objet qu'en code source, même si de telles distinctions apparaîtront utiles dans la discussion de l'extension de la protection accordée par les différents systèmes juridiques.

La protection juridique des programmes d'ordinateur est réclamée en Europe continentale comme dans les pays anglo saxons par l'industrie du software. La comparaison se poursuit dans la mesure où nos pays ont adopté le même point de vue que ceux anglo-saxons, c'est-à-dire qu'ils ont préféré appliquer, parfois en les adaptant, les lois existantes en matière de propriété intellectuelle à la protection du software que de définir légalement des solutions législatives originales (2). Ainsi, les protections par le brevet et, surtout, par le droit d'auteur ont été étendues aux programmes d'ordinateur.

La <u>protection</u> de programmes d'ordinateur <u>par le brevet</u> avait été rejetée, dans un premier temps, pour la raison que les programmes d'ordinateur, en tant que tels, étaient l'application de méthodes mathématiques et la représentation d'information, non brevetables et l'article 52 de la convention européenne en matière de brevets exclut nommément les programmes d'ordinateur (3). Nonobstant ce principe, certaine jurisprudence encouragée par la doctrine (4) a progressivement admis la brevetabilité d'inventions ayant un caractère <u>technique</u> et <u>inventifs</u> et incorporant un programme d'ordinateur.

Ainsi, la décision de la Cour d'Appel de Paris (5) affirme qu'on ne peut refuser la qualité d'invention brevetable à une invention permettant

l'analyse du sol et des potentialités d'exploitation pétrolière au seul motif que certaines étapes de la procédure étaient commandées par un programme d'ordinateur. Il semble donc, selon la jurisprudence française, que la brevetabilité ne soit exclue que pour les programmes considérés en eux-mêmes.

En Allemagne, au contraire, du moins pour le Bundesgerichtshof (6), est refusée la brevetabilité d'inventions incorporant un programme. HANNEMAN (7) résume la position de la cour allemande comme suit : "An invention whose gist lies in a program is non technical. A computer with which said program can be carried out is of technical nature, it is true but if said program can be carried out on any general purpose computer -which usually is the case- the technical means lack novelty".

On note que nonobstant ces réticences, en 1985, l'European Patent Office (8) a décidé de réexaminer sa politique et d'adopter de "New Examination Guidelines" suivant lesquelles une invention qui prise comme un tout a un caractère technique et présente toutes les conditions de brevetabilité, peut être brevetée même si l'invention en question incorpore un programme d'ordinateur.

La protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur a été plus âprement discutée dans les pays d'Europe continentale que dans les pays anglo-saxons. La principale raison en est certes qu'une telle protection a été dans nos systèmes juridiques de "civil law", conçue principalement comme un moyen d'assurer la protection d'oeuvres littéraires et artistiques, lors de leur communication au public et non comme la rétribution d'inventions ayant un caractère souvent industriel ou Cette objection est rappelée par des décisions tant commercial (9). allemandes que françaises (10). Elle est cependant rejetée par la majorité des auteurs et de la jurisprudence s'appuyant sur le fait que les conventions internationales et les législations nationales protègent également des travaux scientifiques et techniques ayant un caractère commercial et industriel (11). L'attendu d'une décision allemande (12) résume bien cette position majoritaire : "Computer programs can be classified as linguistic works within the meaning of sec. 2 (1) (1) of the

Copyright Act and/or as representations of scientific or technical nature within the meaning of sec. 2 (1) (7) of the Copyright Act. A computer program also constitutes a creation arising from personal intellectual activity. The fact that is may serve scientific, technical or commercial purposes is irrelevant in this respect."

Des amendements législatifs ont donné raison à cette tendance majoritaire. En Allemagne, la loi du 24 juin 1985 (13) assimile les programmes d'ordinateur à des oeuvres littéraires. En France (14), la loi du 3 juillet 1985 étend la protection du droit d'auteur aux programmes d'ordinateur mais les soumet à un régime spécifique (p. ex. limitation de la durée de protection à 25 ans et non à 50). L'Espagne (15) prévoit, de façon explicite, la protection par le droit d'auteur des programmes. Des projets de loi à contenu similaire existent en Belgique, Hollande, Danemark et Italie (16).

Cette quasi unanimité des pays d'Europe continentale à accepter la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur n'interdit pas des interprétations profondément divergentes quant à l'extension de cette Ainsi, le concept d'"originalité" du programme, caractéristique nécessaire à la protection de l'oeuvre par le droit d'auteur, est entendu de façon différente selon les jurisprudences nationales. L'opposition d'attendus de décisions allemande et française le montre à suffisance. Le 7 mars 1986, la Cour de Cassation française confirmait un arrêt de la Cour d'Appel de Paris (18) suivant lequel : "The elaboration of a computer program is an original work of the mind in its composition and expression, and goes beyond automatic and imposed logic since a programmer, like a translator, must choose between various alternatives and expressions. His choice reflects the image of his personality and he is therefore entitled to invoke the rights granted by the author by the Ainsi, seuls les programmes dont les instructions sont Copyright law". dictées par la fonction à programmer -chose rare- ne seront pas susceptibles de protection.

A l'inverse, le célèbre cas allemand : "Inkasso" (19) se montre plus restrictif pour l'appréciation de l'originalité. Le programme doit représenter un travail individuel, original et créatif. Ceci requiert que la structure du programme résultant du choix, de l'assemblage et de la répartition des informations relevantes et des propositions dépasse les compétences d'un programme moyen.

La question de l'attribution à l'employeur ou à l'employé de la propriété intellectuelle d'un programme est une deuxième source de divergences (20). En Allemagne (21), l'employeur est automatiquement titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les logiciels développés par son employé dans l'accomplisement de ses tâches professionnelles. L'attribution à l'employé en compensation d'une "rémunération équitable", au cas où celui-ci quitterait la firme, y est discutée (22). En Belgique, par contre, il semble nécessaire de prévoir, dans le contrat de travail, une clause de cession des droits de propriété intellectuelle par l'empoyé au bénéfice de son employeur (23). En France, l'amendement prévu par la loi de 1985 déroge à la règle générale en attribuant la propriété du software développé dans le cadre des relations de travail à l'employeur.

Différentes décisions ont trait à la reprise partielle dans des logiciels, de codes source développés par autrui : dans quelle mesure cette reproduction constitue-t-elle une infraction ? BERTRAND et COUSTE (24) citent les solutions affirmées par les jurisprudences nationales :

- il y a , selon une décision hollandaise, infraction alors même que seulement 16 % des instructions sont identiques;
- une décision allemande estime qu'une reproduction à 70 % d'un programme source est une infraction;
- enfin, la Cour d'Appel de Paris condamne la reproduction, moyennant des adaptations mineures, de plus d'une douzaine de sous programmes.

PROPRIETE INTELLECTUELLE : Bibliographie sélective.

- G. P. VANDENBERGHE, Bescherming van Software, Een rechtsvergelykend onderzoeck, Kluwer, Antwerpen, 1984.
- G. BERTIN et I. de LAMBERTERIE, La protection du logiciel Enjeux juridiques et économiques, Paris, Litec, 1985.
- G. ALPA, La tutela giuridica del Software, Milano, Giuffré, 1984.
- S. DENIS Y. POULLET X. THUNIS, Banques de données, Quelle protection juridique ?, Cahiers de Recherches du CRID, Bruxelles, 1988.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Green Paper on Copyright and the challenge of new technologies, Communication from the Commission, COM (88) 172 final, Brussels 7 june 1988.
- _ A. BERTRAND- M.COUSTE, Copyright Protection for Computer Software in Civil Law Countries, June 1-3, 1988, Amsterdam,73- 93

PROPRIETE INTELLECTUELLE: NOTES.

- (1) Green Paper on Copyright and the challenge of technology Copyright issues requiring immediate Action - Communication from the Commission COM (88) 172 final, Brussels 7 June 1988.
- (2) ... hormis la matière de semiconducteurs (chips) où à la suite de l'invitation américaine, les pays européens ont dû adopter des législations originales, conformes à la directive du Conseil des Communautés européennes du 16 décembre 1986 (n° 87/54/EEC), J.O.C.E., n° L24 du 27 janvier 1987, p. 36.

 Dans le cadre restreint de l'article, nous n'avons pu développer le problème spécifique de la protection des microconducteurs.
- (3) L'exclusion prévue par l'article 52 de la Convention est reprise dans les lois belge, danoise, allemande, française, italienne, luxembourgeoise et espagnole.
- (4) A cet égard, cf. notamment M. FLAMEE, Octrooierbaarheid van Software, Brugge, Die Keure, 1985.
- (5) Affaire Schlumberger, Propriété Intellectuelle Bull. Documentaire, 1981, III, 175.
- (6) Affaire Rolled Bar Cutting, GRUR, 1981, 39-42, note Pietzker.
- (7) H.W. HANNEMAN, op.cit., 252.
- (8) Décision du Président de l'European Patent Office du 6 mars 1985.
- (9) Pour un exposé complet des critiques à l'endroit de l'extension de la protection par le droit d'auteur, aux programmes d'ordinateur, lire not. G.P.V. VANDENGERGHE, op.cit. et M. VIVANT, Informatique et propriété intellectuelle, J.C.P. éd. C.I., 1985, II, 14382.

- (10) En France, Paris, 20 fév. 1985, G.P., 1985, note J.R. BONNEAU, Paris, 4 juin 1984, JCP, éd. C.I., 1985, II, 14.409, note M. VIVANT. En Allemagne, L.G. Mannheim 12 juin 1981, B.B., 1981, 1543 (rejeté en Appel par OCG Karksruhe, 9 fév. 1983 GRUR, 1983, 300). Computer programs are not eligible for copyright protection since they lack intellectual aesthelic substance". Une autre objection est le manque de "communicabilité" de l'oeuvre au public : cf. BERTRAND-COUSTE, p. 76. Ajoutons que DIETZ démontre très bien que nonobstant les divergences de base des approches "common law", d'une part, "civil law", d'autre part, les jurisprudences et les récentes modifications législatives ont progressivement aboli les opppositions (A. DIETZ, a comon european copyright, is it an illusion ? 8 EIPR, 215 (1985).
- (11)Pour une excellente synthèse de ces différents arguments, E. ULMER et G. KOLLE, Copyright protection for computer programs, 14 IIC, 172 (1974).
- (12)Bundesarbeitsgericht 13 sept. 1983, B.B., 1984, 871.
- (13)Law of 24 june 1985 on the Amendment of legal provisions in the copyright Field, Bundesgesetzblett, n° 33, 27 June 1985.
- (14)Law n° 85-660 of 3 july 1985 on the rights of authors, performers, record and videogram producers and communication enterprises, J.O. 4 july 1985, 7495 et s.
- (15)Art. 91-100 of Ley de Propriedad Intelectual, n° 22/87 of 11 mai 1987, Boletin Oficial del Estado, n° 275 of 17 nov. 1987.
- (16)A cet égard,

Danemark, Bill n° L 153 of 14 January 1988 on the amendment of the Copyright Act.

Italy, Draft Law n° 1746, Senate, 25 March 1986.

Belgium, Prop. de Loi Lallemand, Sénat, 329-1, 1988.

•••

- (17) Cette divergence est soulignée comme une source de difficultés pour le commerce entre Etats membres dans le Livre Vert de la Commission, op.cit., 187 et s.
- (18) Paris, 2 nov. 1982, G.P., 1983, 1, 1/7 note J.R. BONNEAU plus récemment, Paris, 5 mars 1987, GRUR Int., 1983, 669; dans le même sens, un arrêt allemand du Landsgericht de Kassel, 21 mai 1981, B.B., 1983, 992.
- (19)OLG Karlsruhe, 9 fév. 1983, B.B., 1983, 986. Dans le même sens, la décision du Bundesgerichtshof du 9 mai 1985, BGH2, 1985, 1747 qui affirme que la seule preuve que deux programmeurs n'auraient pas choisi la même programmation pour résoudre un problème donné, n'est pas suffisante pour satisfaire à l'exigence d'originalité.

 La jurisprudence hollandaise (Assen, 10 janv. 1984, K.G., 1984, 30) semble au contraire comme la jurisprudence française se satisfaire de l'originalité dite "statistique".
- (20)A ce propos, B. HUBO, La titularité des droits d'auteur sur les logiciels civils par un salarié, Droit de l'informatique, 1986, n° 3, p. 151.
- (21)OLG Koblenz 13 août 1981, B.B., 1983, 992 (même solution en Hollande).
- (22)La décision du Bundesarbeitsgericht du 13 sept. 1983 (B.B. 1984, 871) semble l'exclure.
- (23)Cf. B. HUBO, op.cit., 151. La proposition de loi actuellement déposée au Sénat prévoit l'attribution automatique des droits d'auteur sur le logiciel à l'employeur.
- (24)A. BERTRAND M. COUSTE, Copyright protection for computer software in civil law countries, in Distribution, Access and Communications, June 1-3 1988, Amsterdam, p. 84.

CHAPITRE II: LA FRAUDE INFORMATIQUE.

Un groupe d'experts auprès de l'OCDE (1) définit le "computer crime" comme "any illegal unethical, or unauthorized behaviour involving automatic processing and/or transmission of data". Une telle définition rassemble des délits aussi divers que la fraude assistée par ordinateur (Fraud by computer manipulation), l'espionnage informatique, le piratage de programmes, le copiage de semi-conducteurs, le sabotage informatique, l'utilisation non autorisée de l'ordinateur ou l'accès non autorisé à une base de données que les infractions au regard des réglementations dites Privacy (2).

Le présent chapitre n'aborde ni les infractions liées à la "Privacy", ni celles liées à la protection des programmes d'ordinateur, reprises par ailleurs (chapitres I et III). Il analysera, à travers la jurisprudence et les législations parfois nouvelles, les réponses données à chaque type d'infractions.

La fraude assistée par ordinateur consiste en la modification de données par appât du gain, ainsi le détournement de fonds dans le cas d'un E.F.T.. Son incrimination par des délits classiques se heurte aux exigences légales mises par les législations des pays d'Europe continentale à la répression de ces délits. Ainsi, le vol suppose "la soustraction d'une chose corporelle appartenant à autrui", selon la définition qui en est donnée notamment en Allemagne, Belgique, Grèce, Luxembourg, etc. et peut-on parler de soustraction d'une chose corporelle lorsqu'il y a simple modification d'une information ?; ainsi, l'abus de confiance (breach of trust) ou la fraude suppose, notamment en Belgique, France, Italie, Allemagne, qu'une personne -et peut-on parler de personne à propos d'un ordinateur ?- soit trompée.

Certains pays d'Europe continentale ont, à l'instar de l'Australie (3) ou des Etats-Unis (4), établi des dispositions nouvelles leur permettant d'incriminer les fraudes assistées par ordinateur. Sieber distingue parmi ces dispositions nouvelles, différents types : soit, il s'agit de s'attaquer

de façon globale au problème du computer crime et de viser aussi bien la manipulation de données que leur destruction, leur substitution, l'accès ou leur utilisation non autorisée. Le chapitre 9, section 1 de la loi suédoise de l985 (5) propose en ce sens de réprimer "any person who, by presenting incorrect or incomplete information, by altering a program or a recording or otherwise without permission affects the result of an automatic information processing or a similar automatic process in a way which involves gain for the offender and loss for someone else, shall likewise be guilty of fraud".

A l'inverse, une autre tendance, développée en particulier par l'Allemagne et le Danemark, se caractérise par la volonté d'élargir les dispositions classiques en ajoutant un alinéa relatif à la spécificité de la fraude par ordinateur. Ainsi, par exemple, à l'article 263 du Code Pénal allemand sur la fraude, la loi de 1986 (6) ajoute une disposition sur la fraude informatique dans les termes suivants (7): "Any person who, with the intention of procuring an unlawful gain for himself or for a third party, causes loss to another by influencing the result of data processing by improper programming, by the use of incorrect or incomplete date, by the unauthorized use of data, or by otherwise interfering without authorization with the processing, shall be liable ...".

Cette seconde tendance est nettement majoritaire dans les pays d'Europe continentale. Nos droits répugnent à la création d'infractions nouvelles et préfèrent l'extension des incriminations déjà existantes, qu'il s'agisse de la fraude ou du faux en écriture.

Le <u>sabotage (mischief) informatique</u> pose la même question d'extension des concepts pénaux. Pour qu'il y ait acte de sabotage, la législation classique de nos pays exige le plus souvent destruction physique (8). Or celle-ci n'existe pas lorsqu'il y a effacement de programmes voire simplement de données. Sans attendre de modifications législatives, la doctrine et la jurisprudence de nombreux pays, ainsi l'Italie, la Norvège, l'Autriche, considèrent que l'effacement volontaire de données ou de programmes tombe sous le coup des incriminations classiques. D'autres pays ont modifié leur législation, ainsi l'Allemagne et

la France pour élargir le champ d'application du concept légal de sabotage à de tels effacements (9). Cette extension peut être très large : la section 193 du code pénal danois, révisé en 1985, énonce : "Any person who, in an unlawful manner, causes major disturbances in the operation of public means of communications, of the public mail service, of telegraph or telephone systems, radio or television systems, data processing systems, ... shall be liable...". Cette extension danoise, souhaitée également par les projets finnois et norvégiens, se justifie par la volonté de prévenir, par une même incrimination, tout acte criminel fondé sur la vulnérabilité plus grande d'une "société dite informationnelle" peu importe qu'il s'agisse du sabotage d'une ligne téléphonique, du brouillage d'ondes, de l'effacement d'un programme, etc. (10).

L'incrimination de l'utilisation non autorisée d'ordinateurs ne soulève pas de difficultés dans certains pays, comme le Danemark et la Finlande, où l'utilisation illégitime de la propriété d'autrui est punissable comme vol d'usage dans la mesure où l'utilisateur se sert nécessairement du hardware propriété matérielle d'autrui et non seulement de ses programmes.

D'autres pays n'admettent pas la notion de " vol d'usage " (furtum usus) ou ne l'admettent que dans des cas très spécifiques. Ainsi, Sieber cite le cas des Pays-Bas, de l'Allemagne et de l'Autriche. En ce qui concerne ces deux derniers pays (11), on note qu' à l'inverse du projet d'autres pays comme la Suisse, le Portugal et la Norvège, ils ont refusé de criminaliser la pure utilisation de l'ordinateur d'autrui (cf. à la différence de l'accès non autorisé à la base de données). Ces pays considèrent que sanctionner la simple intrusion, le simple vol de temps machine, sans qu'il y ait pour autant ni acte de sabotage, ni accès illégitime à certaines données, ni manipulation de données d'autrui, relèverait d'un excès de sévérité (overcriminalization) (12).

Enfin, la question de l'<u>accès non autorisé à un système informatisé</u> a souvent été abordée comme un élargissement des incriminations classiques prohibant, dans la plupart des pays, l'interception de messages téléphoniques oraux (13). Il s'agit dans les deux cas de <u>protéger en soi</u>

<u>l'intégrité d'un système de stockage et/ou de transmission</u> de l'information indépendamment du secret des informations y contenues ou y transmises.

Une telle extension de la protection pénale autrefois réservée à un système public de transmission à tout système informatisé soulève des difficultés. Certains pays, comme la Suède (14), n'hésiterait pas à punir toute personne qui, illégitimement, obtient (procures) l'accès à des données stockées sur ordinateur. La plupart des pays, cependant, refusent de condamner le seul accès. La loi allemande, les projets norvégien et finnois réclament de celui qui prétend bénéficier de la protection pénale, qu'il ait pris des mesures techniques de protection (15). D'autres, ainsi la France, exigent la preuve d'une volonté caractérisée de nuire, pour punir l'auteur de l'infraction (16).

FRAUDE INFORMATIQUE: BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE.

- 1. U. SIEBER, The international Handbook on Computer Crime Computer related Economic Crime and the Inpingements of Privacy, Chichester, New York, Brisbane, Toronto, 1986.
- 2. R. KASPERSEN (éd.), Strafrecht in de Informatiemaatschappij, Amsterdam, 1986.
- 3. OECD, ICCP, Computer-related crime: analysis of legal policy, Paris, 1986.
- U. SIEBER, R. KASPERSEN, G. VANDENBERGHE, K. STUURMAN, The legal Aspects of Computer Crime and Security. A comparative Analysis with suggestions for future international Action, Document prepared for the Commission fo the European Communities - Legal Advisory Board, 10 déc. 1987.
- 5. IBI, Le droit pénal de l'informatique, Problèmes et Perspectives, Janv. 83.

FRAUDE INFORMATIQUE: NOTES.

- (1) OECD, ICCP, Computer related criminality: Analysis of Legal Policy in the OECD area, Report DSTI/ICCP 84.22, 18 avril 1986 (version finale).
- (2) C'est la typologie proposée par l'OECD et reprise par SIEBER, The International Handbook on Computer Crime, op.cit., 2 et 3. Nous nous référons aux ouvrages de ce dernier dans la présentation succincte qui suit.
- (3) Cf. les "Northern Territory Criminal Code Act" (n° 47) de 1983 et le "Crimes ordinance (n° 4)" n° 44, 1985, amending the New South Wales Crimes Act de 1900.
- (4) Cf. the Federal Credit Card Fraud Act de 1984 et the Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act de 1984 et 1986.
- (5) Sur cette disposition, U. SIEBER, R. KASPERSEN, G. VANDENBERGHE, K. STUURMAN, op.cit.
- (6) Second Law for the prevention of economic crimes, 1986. SIEBER classe également dans cette seconde tendance, outre la loi danoise (Penal Code Amendment of 6 june 1985), les projets autrichiens et norvégiens.
- (7) Cf. de même, la modification proposée par la section 269 à propos du faux (forgery), permettant d'inclure la fausse signature électronique.
- (8) Cf. par exemple, le libellé de l'article 528 du Code Pénal belge, qui sanctionne le dégat volontaire aux biens matériels.
- (9) Cf. également dans le même sens, les projets de loi en Suisse, au Portugal et Pays-Bas.

- (10) Sur cette extension de la notion de sabotage informatique et les arguments en faveur de cette extension, U. SIEBER, The International Handbook, op.cit., p. 80 et s.
- (11) Le débat devant le parlement allemand est particulèrement instructif à cet égard. Un premier projet reprimait "any person who makes unauthorized use of data processing equipment and by so doing causes damage to another party, entitled to use it". Ce premier projet fut abandonné. Sur ces discussions, HARTMANN, La criminalité informatique et sa répression par les réformes pénales en R.F.A., Droit de l'informatique, 1986, n° 6, 11 et s.
- (12) Pour une discussion plus approfondie, SIEBER, op.cit., 85 et s.
- (13) Cf. par exemple, l'art. 17 de la loi belge du 13 oct. 1930 realtive aux téléphones et télégraphes; la section 201 du Code Penal allemand; les par. 139a et 139c du Code Pénal hollandais; l'article 617 du Code Penal italien, etc.
- (14) Dans le cadre de la disposition générale déjà citée à propos de la fraude assistée par ordinateur.
- (15) Cf. par exemple, la section 2O3 du Code Penal allemand révisé en 1986 qui punit "any person who obtains without authorization, for himself or for another data, which are not meant for him and which are specially protected against unauthorized access".
- (16)L'article 462-2 de Code Pénal révisé par la loi du 5 janv. 1988 parle d'accès frauduleux, c'est-à-dire exige le "dol spécial". A cet égard, M.P. LUCAS de LEYSSAC, Fraude informatique - protection des systèmes de traitement automatisé de données - loi du 5 janv. 1988, Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1988, n° 2, p. 20 et 21.

CHAPITRE III : LA PROTECTION DES DONNEES OU DES LIBERTES INDIVIDUELLES.

La protection des données ou des libertés individuelles face aux traitements informatisés des secteurs tant public que privé (1) amène progressivement tous les pays d'Europe continentale (2) à implémenter, chacun de façon originale, les **principes de la convention du Conseil de l'Europe** (3) ayant désormais une valeur juridique directe dans le pays l'ayant ratifié (4).

L'examen des principes de la Convention nous amènera en effet à prendre en compte la diversité de leurs traductions dans les différents pays (5).

Le Conseil de l'Europe n'entend protéger que les <u>données</u> individuelles et non les données relatives aux personnes morales. Certaines législations (norvégienne, luxembourgeoise, autrichienne) ont cependant estimé qu'un des objectifs d'une législation de protection des données, à savoir la lutte contre la discrimination entre personnes et la difficulté de distinguer parfois les données relatives aux personnes morales et celles relatives aux personnes physiques, membres de ces personnes morales, justifieraient l'extension des principes de protection des données aux personnes morales.

Seuls les <u>traitements automatisés</u> sont visés, par la convention du Conseil de l'Europe mais tous sans exception. La loi française (art. 45) permet cependant à l'autorité de contrôle d'étendre à certains fichiers manuels, les principes de protection des données (6). Récemment, en 1982, la loi suédoise et, plus récemment encore la loi hollandaise en 1987, ont prévu un régime particulier pour les traitements automatisés tenu dans le cadre d'activités privées, ainsi l'agenda ou le fichier d'adresses tenus sur micro ordinateur par une personne privée pour ses besoins propres.

La <u>mise sur pied</u> d'une banque de données est soumise dans certains pays à une procédure préalable. La procédure se résume souvent à une simple déclaration, à l'autorité de contrôle, de l'existence du fichier et de certaines de ces caractéristiques. C'est le cas en Autriche, en France, en Hollande, en Suède. Le Danemark, l'Allemagne, la Norvège ne prévoient de déclaration que pour les fichiers détenus par le secteur public ou tenus par des entreprises ne travaillant pas dans le cadre d'une relation directe avec le fiché (agences de renseignements commerciaux, "chasseurs de têtes", etc.).

Le **principe de "pertinence"** énoncé à l'article 8 de la Convention du Conseil de l'Europe, suivant lequel : "Les données à caractère personnel qui sont l'objet d'un traitement automatisé doivent être :

- a) ...
- b) stockées pour des fins déterminées et légitimes et ne doivent pas être utilisées de manière incompatible avec ces fins;
- c) adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux fins pour lesquelles elles sont enregistrées;
- d) ...
- e) conservées sous une forme qui permette l'identification par la personne interessée, pour une période non supérieure à celle nécessaire aux fins pour lesquelles elles sont enregistrées".

est repris dans toutes les législations de tendance germanique : Autriche, Danemark, Allemagne, Hollande, Norvège. Elle est la base d'une distinction entre les fichiers publics, les fichiers privés tenus pour compte propre et ceux détenus pour autrui. Les premiers ne peuvent enregistrer de données que dans le but prescrit par la loi et que dans la mesure où ces données sont nécessaires à l'exécution des tâches légales. Un récent arrêt de la cour constitutionnelle allemande à propos de la loi statistique applique ces principes ; il condamne le gouvernement pour avoir insuffisamment explicité dans cette loi, les buts poursuivis par les traitements publics.

Les fichiers privés tenus pour compte propre, c'est-à-dire dans le cadre d'une relation avec la personne fichée (ainsi les banques, les assurances, etc.) peuvent traiter les données nécessaires au bon accomplissement du service rendu au fiché. Enfin, les fichiers privés de la troisième catégorie sont ceux tenus par les entreprises qui font profession de transmettre à des tiers des renseignements personnels (ainsi les compagnies d'assurance crédit). Ils sont soumis à un contrôle plus sévère.

La loi hollandaise récente va plus loin encore dans cette <u>approche</u> <u>différenciée</u> entre les traitements et propose une approche <u>sectorielle</u> puisqu'elle permet à des organisations d'un secteur professionnel déterminé d'arrêter des codes de bonne conduite ayant pour objet l'application de la loi et de demander leur ratification à l'autorité de contrôle (7).

La traduction de ce principe de "pertinence" permet aux législations de ces mêmes pays, de distinguer le <u>traitement interne des données</u> et <u>leurs communications externes</u>, soumettant ces dernières à des règles plus strictes (8).

Toutes les législations d'Europe continentale instituent une <u>autorité</u> <u>de contrôle</u> : la Commission Nationale Informatique et Libertés française, le Bundesbeauftragte allemand, le Commissaire à la protection des données danois, norvégiens et suédois, la Chambre d'enregistrement hollandaise, etc. Ces autorités ont un rôle d'ombusdman : inspection des traitements automatisés, éventuellement tenue d'un registre public de ces traitements, assistance aux personnes fichées, surtout émission d'avis à l'intention des gouvernements et du législatif ,enfin, publication d'un rapport. Les membres sont nommés par le gouvernement (9).

Quant au **droit d'accès** des fichés consacrés par le Conseil de l'Europe, il est garanti dans certains pays par un devoir des "ficheurs" de les informer du traitement les concernant. C'est le cas au Danemark, en France, en Suède et en Allemagne, sous réserve d'importantes exceptions. Il s'exerce moyennant un dédommagement fixé par le gouvernement (10).

Enfin, de nombreux pays réglementent les **flux transfrontières de données** (11) nonobstant le principe de l'article 12 de la Convention du Conseil de l'Europe, réclamant la suppression de toute restriction entre pays ayant adhéré à la Convention et disposant de principes octroyant aux fichés une protection équivalente. Ainsi, par exemple, l'article 32 de la loi autrichienne soumet à autorisation de l'autorité de contrôle tout flux transfrontière; l'article 21 de la loi danoise exige également l'autorisation ou le consentement au fiché pour les données les plus sensibles. Les articles 19 et 24 permettent au gouvernement français de restreindre les flux transfrontières. Dans les milieux de la Communauté européenne, on craint que l'application des ces dispositions ne permette aux Etats de mettre en place des barrières non tarifaires à la libre prestation des services, affirmés par l'article 59 du Traité de Rome (12) et on plaide pour l'adoption par tous les pays du Marché Commun de principes semblables qui pourraient être inscrits dans une directive.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE.

- Banque de données. Entreprises et vie Privée, Actes du colloque de Namur, CIEAU, Bruxelles, 1981.
- R. PAGANO, Panorama of Personal Data Protection Laws, Camera dei deputati, Roma, 1983.
- B. CATANIA, Dossier Privacy, Ed. Sarin, Torino, 1984.
- J. de HOUWER, Privacy and Transborder Data Flows, VUB, Brussels, 1984.

NOTE - PRIVACY.

(1) On rappellera que dans les pays nord américains (Canada-Etats-Unis), les législations Privacy ne valent que vis-à-vis des traitements du secteur public.

(2) Allemange: loi du 27 janv. 1977 (Bundesdatenschutzgesetz)

Autriche: loi du 18 oct. 1978 (Datenschutzgesetz)

Belgique : projet de loi

Danemark : loi du 8 juin 1978 sur les registres privés;

loi du 8 juin 1978 sur les registres publics.

France : loi nº 78-17 du 16janv. 1978 relative à l'informatique, aux

fichiers et aux libertés.

Grèce : Projet de loi en discussion Hollande : loi du 17 septembre 1987. Italie : Projet de loi en discussion.

Luxembourg : loi du 31 mars 1979.

Norvège : Personal Data Registers Act, 9 juin 1978.

Portugal: art. 35 de la Constitution;

Projet de loi en discussion

Espagne: Art. 18 et 105 de la Constitution.

(3) La convention approuvée par le Conseil des Ministres, le 17 sept. 1980, a été ouverte à la signature, le 28 juin 1981.

- (4) A l'heure actuelle, la France, la Suède, l'Espagne, l'Allemagne, la Norvège, le Royaume-Uni.
- (5) ... étant bien entendu, que nous sélectionnerons chaque fois les solutions les plus originales.
- (6) Cf. également, la récente loi hollandaise qui (art. 1) étend le domaine d'application de la loi à tout "ensemble cohérent de données ..., tenu par voie automatisé ou <u>mis sur pied de manière systématique</u> en vue d'une consultation efficace de ces données".

- (7) A noter également en ce sens, le système de la déclaration simplifiée mis en place par la loi française qui permet à l'autorité de contrôler, de dispenser les entreprises d'un secteur, de certaines procédures si celles-ci respectent les règles de traitement édictées par cette autorité (art. 17 de la loi de 1978).
- (8) A titre d'exemple, l'article 24 de la loi allemande : "La transmission des données nominatives est autorisée dans les limites du but de la relation contractuelle, quasi contractuelle et/ou de confiance avec l'intéressé ou pour autant que la protection des intérêts légitimes de l'Institution transmettante ou d'un tiers ou l'intérêt général l'exigent et que cette transmission ne mette pas en cause les intérêts dignes de protection de l'intéressé ..."
- (9) La composition de la C.N.I.L. française est plus complexe. Le parlement, la magistrature et le gouvernement interviennent à la nomination des membres (art. 23 de la loi française). Il s'agit ainsi de garantir l'indépendance de la commission par rapport au gouvernement.
- (10)Sur le droit d'accès et ses différentes modalités dans les pays d'Europe continentale, lire C. DEBRULLE, Le droit d'accès, in Problèmes législatifs de la protection des données, Conférence Internationale, Madrid, 13 juin 1987, Conseil de l'Europe, p. 33 et s.
- (11)Sur cette question, notre analyse, Transborder Data Flows and Privacy, in Information Market - Legal Aspects, G. VANDENBERGHE (éd.), Kluwer, Amsterdam, 1988, en voie de publication et l'étude très complète de J. de HOUWER, op.cit.
- (12)A cet égard, les réflexions de M. BRIAT, Flux de données transfrontières et barrières non tarifaires, in Actes du colloque de l'ABDI, décembre 1987, à paraître et de H. BURKERT, International Information Flows between Freedom and Protection, compte rendu de la 2ème conférence mondiale sur les politiques en matière de Flux transfrontières de données, Rome 26-29 juin 1984, IBI, TDF 260.

CHAPITRE IV : LES TELECOMMUNICATIONS.

Traditionnellement, la réglementation des télécommunications en Europe continentale était caractérisée par l'existence d'un monopole légal étendu, confié à une entreprise publique, auquel en outre étaient confiés à la fois le pouvoir réglementaire d'édicter les normes en matière de terminaux, et la police de l'éther. Qu'il s'agisse de la "Deutsche Bundespost" allemande, de la "Direction Générale des Télécommunications" française, de la "Régie des Télégraphes et Téléphones" belge ou hollandaise, le schéma est semblable. Seuls, les cas italien, de la SIP et celui espagnol de Telefonica, entreprise publique ou à forte majorité étatique, s'écartent légèrement de ce schéma.

Une telle confusion des rôles réglementaires et d'exploitation fut dénoncée à plusieurs reprises par la Commission européenne (1) ou devant des tribunaux nationaux (2), au nom du principe de la concurrence.

Les "déréglementations" américaine et britannique, en même temps que le récent Livre Vert de la Commission (3) devaient amener la plupart des pays cités à modifier quelque peu et progressivement leurs positions. Le paysage réglementaire des télécommunications en Europe occidentale est en plein bouleversement : partout des lois ou des projets de loi cherchent à concilier l'existence d'un service public fort que l'on ne prétend pas démanteler mais dont on renforce l'autonomie, avec les principes d'une concurrence saine et efficace, affirmés par la commission et déjà consolidés par une première directive (4) en matière de libéralisation des équipements terminaux.

Notre propos portera sur l'analyse de l'évolution dans deux pays : la France et les Pays-Bas. Il s'agira plus particulièrement dans ces deux pays d'étudier comment se sont traduits les deux plus importants principes du Livre Vert :

- la nécessité de <u>séparer clairement les activités de réglementation et</u> d'exploitation:

- le maintien possible du monopole sur l'offre et l'exploitation à la fois de l'infrastructure du réseau et de services qualifiés de réservés, parmi lesquels la commission range le seul téléphonique vocal, tous les autres devant être offerts de manière concurrentielle.

La loi française du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (6) stipule en son article 1 : "L'établissement et l'emploi des installations de télécommunication, l'exploitation et l'utilisation des services de télécommunication sont libres". Si un tel libellé laisse supposer une déreglementation totale, il faut bien admettre que d'autres textes et la suite du texte lui-même présentent certaines restrictions Ainsi, l'article L 33 du Code des Postes et majeures au principe. Télégraphes qui consacre le monopole des télécommunications au profit d'une entreprise publique, dorénavant baptisée de France Télécom, n'est Il faut en déduire que la liberté de communication n'est pas totale et se résume suivant l'article 10 de la loi de 1986 comme un régime d'autorisation auquel sont soumis l'établissement et l'utilisation des installations de télécommunication : "La Commission Nationale de la Communication et des Libertés délivrera les autorisations prévues par les articles L 33 et L 34 du Code des Postes et Télégraphes pour l'établissement et l'utilisation de toutes les liaisons et installations de télécommunication, à l'exception de celles de l'Etat".

On attire l'attention du lecteur sur deux points :

- l'auteur de l'autorisation est -encore que la situation risque d'évoluerune <u>autorité administrative indépendante</u> : la CNCL. Ainsi, non seulement est consacrée la séparation des activités d'exploitation et de réglementation mais, au delà, participe à la fonction réglementaire de l'Etat, une institution indépendante du gouvernement et composée d'experts, selon le modèle de la F.C.C. américaine ou du C.R.T.C. canadien. La comparaison avec le précédent canadien se prolonge lorsqu'on sait que le CNCL couvre l'ensemble du secteur des télécommunications et de l'audiovisuel; - l'autorisation n'est pas accordée pour tous les services. Un décret dit provisoire du 24 septembre 1987 (6) délimite ainsi ce qui pourra être offert de façon concurrentielle et ce qui reste confié au monopole de France Telecom. Sans entrer dans le détail technique des ordonnances, notons simplement l'utilisation d'un critère original (7) pour délimiter la notion de service à valeur ajoutée, service concurrentiel : "La personne morale, énonce le décret, exploitant un réseau ouvert à un tiers ... doit respecter, pour chaque service offert sur le réseau, entre le montant des charges d'exploitation annuelle correspondant à l'activité de transport des données et le montant du chiffre d'affaires annuel total correspondant à l'exploitation du service télématique, un rapport au plus égal à un pourcentage déterminé. Ce pourcentage qui ne peut être inférieur à 1520, est fixé par arrêté du Ministre ...".

La récente loi hollandaise : "Op telecommunicatievoorzieningen" (8) détermine le sort de l'infrastructure des services de télécommunication et des terminaux; celle "Op PTT Nederland N.V.", le statut du futur exploitant. Les deux lois sont liées : il s'agit avant de libéraliser le marché des télécommunications, de définir exactement les règles de fonctionnement de l'entreprise publique, appelée à jouer un rôle important dans la régulation du marché concurrentiel (9).

Le souci de séparer strictement les activités de réglementation, de celle d'exploitation amène les autorités hollandaise à créer un certain nombres d'organes réglementaires : la "Directie Regelgeving en Vergunning Telecommunicatie", créée au sein du Ministère Télécommunications, et consultatif : le "Raad voor Advies voor Post en Telecommunicatiebeleid", composée d'experts et d'"Overlegorgaan", forum de réflexion entre l'opérateur public et tous les acteurs concernés. même souci les conduit à transformer l'ancienne entreprise d'état en une société anonyme; la PTT Nederland N.V., non seulement appelée, dans le cadre d'un contrat de concession limité dans le temps, à exercer l'exploitation des activités sous monopole public, mais également susceptible d'offrir en concurrence avec le secteur privé, d'autres services ou d'autres produits.

Quant au monopole octroyé au concessionnaire, la loi y inclut l'infrastructure, "système d'installation et de moyens y afférents, destiné à la télécommunication et que traverse en tout ou en partie le terrain public", mais excepte les installations de télécommunication de type particulier (câbles de télédistribution) ou de taille restreinte (appareils d'émission ou de réception radio électrique). Certains services, selon la même loi, doivent obligatoirement être fournis par le concessionnaire : il s'agit de l'ensemble des services afférents au "transport direct d'information de et vers des points de raccordement", services à définir La raison du recours à concrètement par une ordonnances ultérieure. l'ordonnance est claire : le gouvernement veut se réserver la possibilité, compte tenu de l'évolution des techniques et du marché, de modifier rapidement la liste des services réservés au concessionnaire. Un projet d'ordonnance définit le contenu des services monopolitiques d'une façon plus restreinte que la France. Seuls, les services téléphoniques (y compris, le follow me), le service de télex et le pur service de transport de données seront sous monopole. Avec une telle législation, les Pays-Bas entendent, à la fois permettre une amélioration rapide de leur infrastructure en donnant à l'opérateur public les moyens de son financement, et à la fois devenir le lieu d'implantation privilégié des entreprises de services à valeur ajoutée, entreprises soumises à aucune contrainte et ayant le droit d'exiger de l'opérateur la part de l'infrastructure nécessaire au développement de leurs activités concurrentielles.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE.

- R. BRUCE, J. CUNARD, M.D. DIRECTOR, From Telecommunications to electronic services, Butterworths, 1986.
- C.R.I.D., Les Réseaux de Service à valeur ajoutée : quelle réglementation?, Cahiers de Recherche du CRID, n° 4, 1989 (à paraître).
- E.J. MESTMAEKER (éd.), The Law and Economics of Transborder Telecommunications, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1987.
- OECD, Changing Market Structures in Telecommunications, North-Holland, 1984.
- R.L. WHITE, H.M. WHITE, The Law and Regulation of International Space Communication, Artech House, Norwood, 1988.

TELECOMMUNICATIONS: NOTES.

- (1) Green Paper, op.cit., 65 et s.
- (2) Ainsi, par exemple en ce qui concerne la Belgique, les questions préjudicielles posées à la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire RTT c. GB Inno BM, Trib. comm. Brux. 11/1/1988.
- (3) CCE, Projet vers une économie dynamique : Livre Vert sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications, Communication de la Commission au Conseil, Bruxelles, 26 mai 1987.
- (4) Directive 88/JO/CEE, 16 mai 1988, J.O. n° L 131/73, 27 mai 1988.
- (5) Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, J.O. 1/10/86. Le lecteur trouvera un commentaire de cette loi, in Juris PTT, n° 11, Janv. 1988, 1 à 33. Il n'est pas impossible que le nouveau gouvernement socialiste modifie la présente loi.
- (6) Décret du 24 sept. 1987 relatif aux liaisons spécialisées et aux réseaux télématiques ouverts à des tiers, J.O. 25/9/1987. Ce décret a été pris, étant donné l'impossibilité du gouvernement de faire aboutir l'avant projet de loi sur la concurrence dans les télécommunications. Ce texte eut abouti à des solutions plus libérales.
- (7) L'avant projet de loi cité note (6) réservait au monopole public l'exploitation d'un service élémentaire de télécommunication, service "dont l'objet principal est de transmettre et d'acheminer des signaux sans leur faire subir d'autres traitements que ceux nécessaires à leur transmission et à leur acheminement" (service téléphonique, service de transmission de données par commutation de paquets et de circuits, service télex et location de liaisons spécialisées).

- (8) A l'heure où ce papier est écrit, il s'agit toujours d'un projet de loi, déjà approuvé par la Deuxième Chambre du Parlement. Son texte ne devrait plus être modifié. L'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 1989.
 - D'autres textes sont également en discussion : ainsi une loi règle le statut de l'ensemble des services postaux; une autre, celui du personnel.
- (9) Sur l'ensemble de ces lois, le lecteur lira R. van den HOVEN van GENDEREN, De wet op de telecommunicatievoorzieningen, afsluiting van een tijdperk of handhaving van de status quo ?, Computerrecht, 1988, n° 1, 51 et s.

CHAPITRE V : LES SERVICES TELEMATIQUES EN PARTICULIER GRAND PUBLIC.

Le mariage de l'informatique et des télécommunications a permis, en Europe continentale comme ailleurs, l'éclosion de nombreux services dit "télématiques", selon l'expression du rapport français Nora-Minc. A côté des services télématiques destinés au monde professionnel, se sont développés des services télématiques grand public. Si on songe bien évidemment aux guichets automatiques de banques (G.A.B.) ou aux terminaux point de vente (T.P.V.), certains gouvernements ont permis, dans le cadre de politiques volontaristes, l'éclosion de multiples services : annuaire électronique, messagerie rose, presse électronique, home shopping. On cite volontiers, l'expérience Télétel française (plus de trois milions de terminaux en circulation) mais les expériences hollandaise (VIDITEL), allemande (Bildschirmtext) et italienne (VIDEOTEL) sont également remarquables. Il semble en tout cas qu'en France et Hollande, ces expériences ont permis la création d'un véritable marché privé.

Le propos de cette section est d'analyser succinctement le régime juridique applicable à ces services, tenant compte des réglementations spécifiques souvent mises en place lors de l'introduction de ces nouveaux services (1) mais également de la doctrine et de la jurisprudence parfois bien établies en matière de transferts électroniques de fonds.

L'offre de services télématiques grand public n'est soumise à aucune autorisation préalable (2). Ainsi, si l'ancienne loi française de 1982 sur la communication audiovisuelle prévoyait un régime provisoire d'autorisation, l'article 43 de la loi du 30 septembre de 1986 prévoit un régime de simple déclaration non applicable en outre aux services de courrier électronique, considérés comme des services de correspondance privée (3). Le Bildschirmtextstaatsvertrag allemand de 1983 prévoit de même le droit de toute personne de participer au BTX, sous la seule réserve d'avoir un siège permanent en Allemagne (4).

Si l'offre de services n'est soumis à aucune autorisation, le contenu des services offerts peut être quant à lui réglementé, en particulier pour des raisons de protection des consommateurs. A nouveau, les exemples des réglementations française et allemande nous serviront de référence.

Les articles 37, 43 et 76 de la loi française déjà citée oblige le producteur à s'identifier, à indiquer le tarif applicable par page et à clairement distinguer publicité et information. En matière de presse électronique, les dispositions relatives à la presse classique s'appliquent : indépendance des journalistes, transparence financière, nomination d'un directeur de rédaction et respect du pluralisme de la presse (article 37 de la loi de 1986). Le Bildschirmtextstaatsvertrag allemand oblige les producteurs à offrir une information exacte, loyale et mise à jour et à identifier par un "W" (Werbung) toute publicité.

En ce qui concerne les <u>relations avec les utilisateurs</u>, en particulier la remise de la carte ou du code secret nécessaire à l'utilisation de services, une récente proposition de directive européenne (5) relative aux cartes de paiement s'inspire de la loi danoise sur les Transferts électroniques de fonds et de l'Electronic Fund Transfers Act américain (6). Ces divers textes obligent les offreurs à informer préalablement les utilisateurs à la fois du régime de responsabilité, du coût du service, de la fréquence des "periodic statements", des procédures en cas d'erreur et, enfin, des utilisations faites des informations collectées.

La réalisation des opérations peut entraîner d'autres difficultés. Certaines législations (7) exigent comme preuve d'une opération civile un écrit signé. La validité de clauses insérées dans les conditions générales des contrats permettant l'accès à des services télématiques selon lesquelles : "The registration of the automatic apparatus or its reproduction on computer data carriers count for the issuing organization as proof of the effectued operations, which took place by means of the card or the electronic key with whom the systems operates" peut être mise légalement en cause pour des raisons de protection des consommateurs. Ainsi, l'article 180 du code de procédure civile hollandais

stipule: "Agreements which sets aside law on evidence are not admissible when they concern the proof of facts, which have legal consequences, and are not free to parties". La Corte di cassazione italienne décida le 29 janvier 1982 que les parties ne sont pas libres de contracter en matière de charge de la preuve lorsque la position d'une des parties est de ce fait affaiblie.

En conséquence, ils semblent qu'en Europe continentale, si aucun juge ne rejette a priori ni la preuve ni la signature (8) informatisée (9), cependant il se réserve le droit, nonobstant les clauses évoquées et les exigences du système legal en vigueur d'apprécier la valeur de tels enregistrements, en fonction de critères techniques et organisationnels (10).

A propos de la question de la <u>responsabilité de l'émetteur de la carte ou du code secret</u> en cas de perte ou de vol du moyen d'accès, les attendus d'une décision belge de la Cour d'Appel de Liège en matière de T.E.F. sont volontiers cités en référence (11). La responsabilité de l'utilisateur cesse dès qu'il a notifié la perte ou le vol. La responsabilité est alors au serveur (la banque en l'occurrence) de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter des pertes financières qui pourraient résulter de l'utilisation illégitime de la carte. La loi danoise de 1978 affirme le même principe en son article 21. Elle ajoute, suivant l'exemple de l'EFT Act américain, qu'en cas de retard à dénoncer la perte ou le vol, la responsabilité du porteur doit être limitée sauf en cas de récidive ou d'acte intentionnel.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE.

- (1) Y. POULLET G. VANDENBERGHE (ed), Telebanking-Teleshopping and the Law, Computer Law Series, Kluwer, 1988.
- (2) C. MONVILLE Y. POULLET, La demande finale en télématique, Aspects juridiques, La documentation française, 1988.
- (3) T. BOURGOIGNIE, M. GOYENS, J. LAFFINEUR, Questions juridiques liées à l'introduction de la télématique grand public, UCL, Centre de Droit de la Consommation, 1985.
- (4) F. VAN RYN, R. WILLIAMS (ed.), Concerning Home Telematics, Proceedings of the IFIP TC9 Conference on social Implications of HIT, North Holland, Amsterdam, 1987.
- (5) W. RING R. HARSTEIN, Bildschirmtext heute, Neues Recht und Praxis, Fraunzs Rehm, München, 1983.
- (6) La télématique, Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, Actes du colloque de Namur, 1984, Story Scientia, Bruxelles, 2 tomes.

SERVICES TELEMATIQUES: NOTES.

(1) France : Décision de la C.N.C.L. du 4 février 1988 relative au télé-achat; Circulaire du 17 février 1988 prise en application de l'article 43 de la loi n° 86- 1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication applicable à certains services de communication audiovisuelle;

Italie: Decreto Ministeriale 17 mai 1985 / Istituzione del servizio pubblico "VIDEOTEL";

Allemagne: Bildschirmtext-Staatsvertrag du 18 mars 1983;

Pays- Bas: Viditelcode inzake reclame en interactief gebruik, 1 janv. 1984.

- (2) Sauf en ce qui concerne l'Italie où "tout service VIDEOTEL doit faire l'objet d'une autorisation préalable du Ministre soumise à l'obligation de respecter les prescrits des conditions d'abonnement" (Décret Ministériel du 30 oct. 1982).
- (3) C'est dans la mesure où de tels services, y compris les services de "messagerie rose", sont considérés comme des services de correspondance, qu'ils échappent, du moins selon le Tribunal de Paris() à toute incrimination d'outrages publics aux bonnes moeurs.
- (4) Cette disposition est considérée par d'aucuns comme une atteinte à l'article 59 du Traité de Rome relatif à la libre prestation des services.
- (5) Draft Proposal for a Council Directive concerning the consumer and modern means of payment, The Commission of the European Community, XI/267/88, april 88.
- (6) Il s'agit de la "Law om betalingsakt" danoise (1978) et de l'EFT américain.
- (7) Ce sont notamment, les législations belge, française et luxembourgeoise qui exigent légalement un écrit signé. De telles dispositions légales sont cependant considérées comme supplétives.

Sur cette question en droit comparé, B. AMORY, Y. POULLET, Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique, Droit de l'Informatique, 1985, n° 5, 14.

- (8) Il faut mentionner une exception. Le Tribunal de grande Instance de Sète (9 mai 1984) affirma que la signature dite électronique ne peut équivaloir à une signature légale.
- (9) Sur cette conclusion, A. MEYBOOM, in Y. POULLET-G. VANDENBERGHE, op.cit., 52 et s.
- (10) On notera que ce sont précisément les conclusions de la recommandation n° R (81) 20 du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence de preuve écrite et d'admissibilité de copies ou de traitements informatiques.
- (11) Liège, 22 fév. 1985, Droit de l'Informatique, 1985, n°3, p. 28, note B. AMORY, La jurisprudence française est plus hésitante. En faveur de la responsabilité du porteur de la carte, Douai, 26 oct. 1983; Pau 17 oct. 1983; Paris 29 mars 1985, Droit de l'Informatique, 1986, 3, p. 120 et s.; Contre la responsabilité du porteur, Cass. 1 déc. 1980, eod. loco, p. 124.