

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le marché de l'information. Aspects contractuels : les clauses de confidentialité dans les services télématiques informationnels

Poullet, Yves

Publication date:
1987

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1987, *Le marché de l'information. Aspects contractuels : les clauses de confidentialité dans les services télématiques informationnels.*

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.

LE MARCHE DE L'INFORMATION

Les clauses de confidentialité dans les services télématiques informationnels

Rapport présenté à la conférence organisée par
l'Institut du droit et des pratiques des affaires
internationales

Paris, et 12 décembre 1986

*à remettre
chez N-G*

Yves Pouillet,
Chargé de cours à la Faculté de
Droit de Namur,
Directeur du Centre de Recherches
Informatique et Droit

INTRODUCTION

Le présent rapport analyse les clauses de "confidentialité" présentes dans les contrats d'accès aux services télématiques informationnels. La "confidentialité" s'y entend en deux sens :

Dans un premier sens, la confidentialité signifie la **protection** s'entoure une personne ayant soit un droit direct ou dérivé sur le produit informationnel soit simplement, sa maîtrise, **contre les utilisations** par des tiers non autorisés, qui préjudicierait son investissement. Elle concerne donc les **restrictions mises à l'utilisation du produit informationnel**.

Ces restrictions s'imposent, soit à la dernière étape de la distribution du produit final- elles ont trait alors aux possibilités d'utilisation par l'utilisateur final-, soit à une étape préalable, lorsqu'il s'agit de régler la distribution du produit informationnel, en excluant la diffusion de produits concurrents, ou en accordant certains privilèges à une des personnes intervenant dans la réalisation ou la distribution de ce produit informationnel.

Notre propos se limitera à l'analyse des **seules restrictions imposées à l'utilisateur final** et visant à protéger l'investissement que constitue la mise sur pied d'un produit informationnel.

Dans un second sens, la confidentialité signifie la protection des données créées par l'utilisation du produit informationnel par le client de la banque de données, qu'il soit entreprise ou personne physique. Elle concerne donc **les restrictions mises à l'utilisation des données**.

d'interrogation et imposées aux serveurs ou à toute autre personne susceptible de détenir de telles données.

Les clauses de confidentialité entendues en ce second sens protègent l'utilisateur. Il s'agira, tantôt, de protéger les intérêts purement privés de celui-ci (protection de la privacy), tantôt dans le cas d'utilisateurs professionnels, de garantir leurs secrets d'affaires au sens le plus large du terme.

2. L'accès aux services télématiques informationnels se réalise suivant différentes techniques et suppose l'intervention de multiples acteurs.

La prise en considération de ces techniques et du rôle de chacun de ces acteurs est un préalable à l'analyse des clauses. La portée de chacune de celles-ci ne peut en effet se comprendre sans ces remarques préalables.

Nous proposons donc le **plan** suivant

SI Remarques préalables les techniques d'accès et les acteurs.

SII. Clauses de confidentialité et protection de l'investissement.

SIII. Clauses de confidentialité et protection des utilisateurs.

PAR. 1. REMARQUES PREALABLES

1. Les techniques d'accès

3. L'accès à un service télématique informationnel se réalise suivant différentes techniques. On distinguera les **techniques d'accès on line et celles en temps différé (1)**.

Ces dernières peuvent être préférées par utilisateur, soit pour raisons financières, vu le coût que peut représenter l'acquisition du logiciel d'interrogation nécessaire au dialogue avec la base de données, soit étant donné sa préférence à passer par la formulation orale ou écrite des questions voire soit par l'intérêt qu'il trouve à confier ses questions écrites à un intermédiaire à la fois expert en l'interrogation de bases de données et qui lui évite en outre de devoir multiplier les abonnements (2).

Dans l'attente de base de données informationnelles implantées sur ROM lisibles sur des micro-ordinateurs, les techniques d'accès on présentent l'avantage de permettre la **réalisation d'un dialogue interactif** avec la base de données (3). L'utilisateur a l'occasion de préciser sa question, la réponse affichée à son écran peut lui suggérer ces demandes - précisions.

La technique d'accès on line nécessite une connexion au réseau de télécommunication. Il est rare que l'accès à une base de données nécessite à elle seule une ligne privilégiée, c'est-à-dire une ligne louée. Dès lors, l'accès se fera via le réseau commuté, réseau téléphonique en mode

analogique ou réseau par paquets, en attendant l'instauration des réseaux à large bande de type R.N. S.

Enfin, on signalera, dans certains pays, l'apparition **des normes vidéotex** (5). Leurs principaux intérêts résident dans leur convivialité, la normalisation de l'offre (par exemple, quant aux logiciels d'interrogation) et dès lors le fait qu'elles permettent avec un équipement standard de coût réduit de multiplier les bases de données accessibles.

II. Les acteurs

4. La mise sur pied et la distribution d'un service télématique informationnel font appel à un nombre important de fonctions. Chaque fonction peut être exercée par un acteur différent, mais il arrive souvent que plusieurs de ces fonctions soient accomplies par un même acteur (6).

Le schéma suivant (7) permet la représentation des différentes fonctions propres à assurer la mise sur pied et la réalisation de services électroniques informationnels.

CREATION

COLLECTION ET ORGANISATION

MISE A DISPOSITION
TECHNIQUE

MISE A DISPOSITION
COMMERCIALE

CONSULTATION

Parmi ces diverses fonctions, on distinguera les fonctions nécessaires et celles qui, bien souvent, s'ajoutent pour des raisons tantôt techniques tantôt organisationnelles (8).

A. Description des fonctions

a. Les fonctions nécessaires: le schéma de base

5. Toute opération télématique met en jeu au moins trois acteurs : l'un fournit le service; le deuxième l'utilise; le troisième permet précisément le dialogue entre le fournisseur et l'utilisateur.

Le "fournisseur de services" est "celui qui est capable d'offrir un produit final intégrant un ensemble d'informations" (9). On note que le produit offert n'est pas uniquement l'ensemble d'informations, c'est également

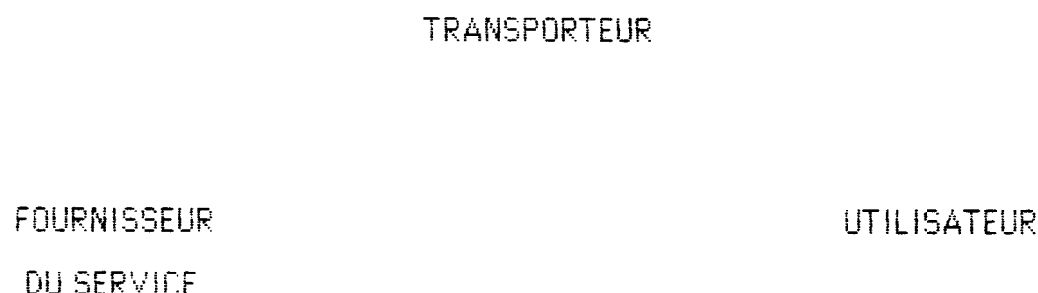
comme le note Bensoussan (10), "les formules de présentation (y compris le menu), les méthodes de commercialisation (y compris l'assistance à l'utilisateur), et les différentes agrégations entre un et plusieurs systèmes d'informations auxquels sont parfois liés des services annexes, tels que la réalisation de profils ou d'études spécifiques". Ainsi, le **fournisseur de services s'acquitte de l'ensemble des services permettant l'utilisation de la base de données.**

L'utilisateur est le **bénéficiaire du service**, personne physique ou morale. Par le biais d'une station terminale, il entre en relation avec le fournisseur de services dans le but d'obtenir des informations ou de réaliser des transactions.

Enfin, le transporteur est un **organisme public ou privé qui assure le service de transport grâce à un réseau de télécommunication câblé ou par voie hertzienne**. Ce réseau forme le lien essentiel entre l'utilisateur et le fournisseur de services. Pour reprendre la définition de l'Arrêté français du 30 décembre 1983 (11), le transporteur est un organisme gérant un réseau de télécommunication par lequel les utilisateurs accèdent au centre serveur.

6. Une liaison entre utilisateur et serveur peut nécessiter l'intervention de différents transporteurs, particulièrement, dans les hypothèses de flux transfrontières de données, mais, également, lorsque sur un même territoire national, la propriété ou simplement la gestion des réseaux sont confiées à différentes personnes publiques ou privées (12).

L'analyse de ces trois fonctions permet de dégager le schéma suivant



b. Les autres fonctions

D'autres fonctions existent et nécessitent souvent l'apparition de nouveaux acteurs

Ainsi la fonction "création des données" est confiée à un "producteur" (Data Base Producer), qui récolte les informations. Pour reprendre la formule d'un contrat américain le **producteur est "celui qui est habilité à les valider"**. On peut le considérer comme le maître d'œuvre d'un système d'informations (13).

Il crée un ou plusieurs "fichiers" d'informations. En certains cas, il les met à disposition des utilisateurs par l'intermédiaire des serveurs; en d'autres cas, il distribue lui même les informations collectées aux utilisateurs. Dans cette dernière hypothèse, les producteurs sont qualifiés de "serveurs intégrés". Ainsi, l'Office des Publications officielles des Communautés Européennes desservant la base CELEX de la Commission peut être qualifié de serveur intégré

A l'activité du producteur, toujours en amont du fournisseur du service, s'ajoute parfois celle de l'intégrateur (14). Ainsi, par exemple, un système d'informations constitué par une entreprise et qui dans une première phase, poursuivait un but purement interne à l'entreprise de ce producteur, peut par la suite, pour que cette information soit utilisable par d'autres personnes être réorganisé et mis à jour selon une finalité "multi-utilisateurs" (15). Ce travail est qualifié de **travail d'intégration**. Lorsqu'il est le fait d'une personne autre que le producteur lui-même, celle-ci est qualifiée d'intégrateur. Le travail peut concerner différentes banques de données ne relevant pas du même producteur. En d'autres termes l'intégrateur a pour fonction à partir de ensemble d'informations nominatives fournies par le producteur de construire un système d'informations susceptible d'intéresser plusieurs utilisateurs finaux.

Ce système d'informations sera commercialisé via le fournisseur du service, responsable de la diffusion publique ou non du service télématique informationnel. Bien souvent, le fournisseur offrira l'accès à plusieurs systèmes d'informations en provenance de différents producteurs (16).

La commercialisation du ou des produits se distingue parfois de leur mise à disposition technique. Le centre serveur met précisément des moyens informatiques permettant l'interrogation ou la diffusion en ligne des informations contenues dans une base de données (17). Les moyens informatiques concernent non seulement les moyens hardware nécessaires au stockage des informations et de leurs interrogations, mais également

les logiciels (parfois sur mesure) de contrôle de gestion de la banque et d'interrogation (choix des clés d'accès menu, types de chaînages possibles, etc) 18).

l'intermédiaire ou courtier (broker), est la personne qui intervient entre l'utilisateur et le fournisseur de services et l'utilisateur. Il s'agit d'un expert en banques de données qui sélectionne les informations nécessaires à l'utilisateur. Le **recours aux services de l'intermédiaire se justifie** pour les petites entreprises qui ont un besoin important d'informations, mais ne désirent ni faire investissement du matériel et logiciel nécessaires au raccordement à l'équipement du serveur ni, étant donné la nature diverse de leurs besoins, contracter avec de multiples fournisseurs. On ajoutera cet argument vaut également pour des entreprises plus larges, que certaines préfèrent en outre confier leurs recherches d'informations à des spécialistes faute de disposer des experts nécessaires ou pour protéger la confidentialité de leurs interrogations

6. Le statut des acteurs et leurs relations

8. Le schéma suivant cherche à identifier le **statut** des entreprises participant à chacune des **quatre fonctions techniques**, à savoir la production, la mise à disposition technique, le transport et l'utilisation.

Secteur Public		Secteur Privé	fonction <u>Production</u>
Administr.	Universités Centres de Recherches	Presse Banques (activités accessoires) Entreprises spécialisées (activité principale)	
Entreprises du secteur informatique		Entreprises privées dans le cadre d'activités accessoires	fonction <u>mise à disposition technique</u>
Réseau non spécialisé	Réseau spécialisé (ex. Euronet - Diane)	Réseau privé (ex. Tymnet)	fonction <u>transport</u>
Bibliothèques Centres Publics d'information	BROKERS Utilisateurs finaux	Centres privés (Assoc. Prof.) Privés Publics	fonction <u>utilisation</u>

9. Ce schéma volontairement n'évoque pas la fonction qui, du point de vue de l'utilisateur, est la plus importante, à savoir celle de la commercialisation du produit informationnel. En effet, la commercialisation du produit peut être le fait d'acteurs spécifiques: ainsi existe des distributeurs ayant comme seule activité celle de commercialiser les bases de données. Le distributeur contracte alors, d'une part, en amont avec le serveur, voire également avec un producteur, d'autre part, en aval, avec l'utilisateur ou des intermédiaires.

A l'heure actuelle, la commercialisation reste souvent le fait soit du producteur qui, en l'hypothèse, peut également être serveur (serveur intégré), soit du serveur lui-même, voire de l'intermédiaire (20)

C. CONSEQUENCES DE CETTE MULTIPLICITE DE FONCTIONS ET D'ACTEURS

10. La multiplicité des situations contractuelles possibles invite à quelques réflexions, déterminantes pour les problèmes à traiter par la suite

les stratégies de distribution d'un produit informationnel varient ainsi le Lamy Informatique (21), répertorie comme suit les schémas des différents montages contractuels envisageables

Les **différentes stratégies de distribution** s'expliquent soit en fonction de critères géographiques (par ex. distribution directe par le producteur, dans tel pays, distribution indirecte via un serveur, dans tel autre) soit en fonction de critères professionnels (tel type d'utilisateur est plus facilement contactable par le producteur de la même branche d'activités, tel autre par le serveur); ces critères peuvent se cumuler (par ex. pour une banque de données économiques et financières, distribution en Belgique à la fois indirecte par un serveur et indirecte via des organismes financiers mettant à disposition de leur clientèle professionnelle un service d'accès on line)

La possibilité pour chaque acteur impliqué dans la réalisation et la diffusion d'une banque de données d'en contrôler la distribution doit exister. Elle implique que:

vis-à-vis de l'utilisateur final, celui qui décide de la commercialisation du produit informationnel, même sans être en rapport direct avec cet utilisateur, souhaitera que la diffusion ne puisse se faire à son insu

+ vis-à-vis des intermédiaires, par lesquels passe la distribution du produit, le producteur entendra également assortir le droit de distribution d'une série de limites (22). Ces limites porteront sur l'étendue géographique du droit de distribuer la base de données, sur la qualité des

distributeurs (par ex. n'accepter que des intermédiaires disposant d'un renom suffisant d'installations techniques permettant d'assurer un service technique d'accès suffisant (capacité de leur configuration) et ne distribuant pas des bases de données concurrentes).

12. - Les différents schémas repris ci dessus introduisent une réflexion sur la responsabilité de chaque acteur. Les prestations et dès lors les obligations et responsabilités de chaque acteur s'expliquent et varient suivant les fonctions que cet acteur assume. Ainsi, a priori, on peut affirmer que les garanties attachées au contenu informationnel des bases (qualité, exhaustivité, licéité) s'attachent à la fonction de production; la qualité du service informatique (temps de réponse, disponibilité du système) ressort de la responsabilité de celui qui assume la fonction de mise à disposition technique; la formation de l'utilisateur, de la fonction commercialisation. Si un producteur cumule les fonctions de production et de commercialisation, sa responsabilité ne sera pas la même que s'il se contente de produire la banque de données.

Dès lors, la **prise en considération de la responsabilité d'un acteur se fondera sur les fonctions qu'il assure** ainsi, le serveur intégré assurera à la fois une responsabilité sur le contenu informationnel et sur la qualité du téléservice offert.

13. - Suivant ce principe de répartition des responsabilités, l'obligation de tenir confidentielles les informations nées des interrogations à distance du service informationnel résiderait dans le chef de celui qui met

à disposition technique le service et reçoit dans un premier temps de telles interrogations. L'acteur ainsi désigné peut être tantôt l'intermédiaire, tantôt le serveur, tantôt le producteur lui-même.

Cette désignation a priori n'interdit pas des dérogations ou le concours de responsabilités, lorsque les données d'interrogation sont communiquées à d'autres acteurs dans le cadre de l'accomplissement de leurs propres fonctions (ainsi, lorsque la facturation n'est pas faite par celui qui met à disposition le service, mais par un autre acteur), ou pour d'autres raisons (ex. pour des raisons d'études du marché, le producteur désire connaître les utilisateurs de sa base de données et leurs interrogations).

Nous reviendrons (infra, n° et s.) sur ces divers aspects des clauses relatives à la confidentialité des interrogations.

14 - Enfin, si l'analyse des clauses de confidentialité doit tenir compte de la fonction exercée par chaque acteur dans le cas d'espèce, elle doit également tenir compte des **"normes" ou "codes de comportement"** émanant des diverses associations professionnelles qui ces dernières années se sont constituées. On connaît les associations européennes EURIPA et EUSIDIC (23) qui ont développé certaines études, voire certains codes of practice" (24) valables pour les membres de leurs associations. Au niveau national, et bien souvent à l'occasion de lancement des expériences VIDEOTEX, se sont développées des associations d'"Information Providers", ainsi l'ANFOV italien (25), le V.I.A. anglais (26), le GFFIL français (27), qui également adoptent des règles de comportement

communes (28). Certaines de ces règles seront décrites dans la suite de notre propos.

Il est clair que l'importance des Codes of Practice promus par ces associations professionnelles qui bien souvent rassemblent des acteurs appartenant aux différentes fonctions décrites ci-dessus, grandira au point de devenir des règles de l'art professionnel dont le manquement pourra être sanctionné par nos juges.

PAR. II / CLAUSES DE CONFIDENTIALITE ET PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT :

LES RESTRICTIONS IMPOSEES AUX UTILISATEURS

15. L'introduction signalait deux types de clauses restreignant l'utilisation du produit informationnel: soit il s'agira, en amont de l'utilisateur, de régler la distribution, soit il s'agira, vis-à-vis de l'utilisateur, de limiter les possibilités de reproduction ou de diffusion d'informations obtenues par l'accès à une base de données. Le présent paragraphe analyse le second type de clauses

16. Les restrictions à l'utilisation de l'information s'expliquent par différents motifs:

1. s'agit d'abord de permettre les conditions optimales de rentabilité financière de l'investissement consenti

certaines restrictions s'expliquent ensuite par les questions de confidentialité et de sécurité relatives au contenu de l'investissement.

Ainsi, les informations peuvent être nominatives ou toucher les secrets commerciaux d'entreprises, enfin, leur contenu peut être considéré comme étant d'importance stratégique pour le pays où l'investissement de collecte des informations a été consenti

Ces restrictions amèneront les investisseurs à contrôler étroitement, non seulement les utilisateurs finaux mais également les canaux de distribution, y compris la sécurité des réseaux de télécommunication par lesquels transitent l'information

7. A propos des restrictions imposées aux utilisateurs finaux, quelques questions nous semblent devoir être soulevées.

Qui impose de telles restrictions? Pourquoi et Comment?

Quels types de restrictions existent?

L'analyse de la réponse donnée à ces questions nécessite la prise en considération de possibilités techniques nouvelles dans le chef des utilisateurs possibilités que l'on résume souvent par le terme de "DOWNLOADING" ou télé-déchargement. Le télé déchargement explique les craintes nouvelles des fournisseurs on line pour la rentabilité de leurs investissements et justifie des restrictions conventionnelles au droit d'utilisation des clients.

1. Le fait nouveau : le DOWNLOADING

18. "Downloading is a term used to denote that the user has material communicated to his local computer facility, and stores the material at this facility" (29) En d'autres termes, le Downloading ou télédéchargement se caractérise par le fait que l'utilisateur n'épuise pas en une ou plusieurs copie-papiers, l'utilisation qu'il fait de l'accès à la base de données, mais peut implémenter une partie

même substantielle de celle-ci sur des ressources informatiques propres (bandes magnétiques, disquettes) et ainsi prévoir une utilisation autonome de celle-ci dans le cadre de ces ressources informatiques propres.

Ainsi, il peut conserver en mémoire une partie de la base de données et la réinterroger autant que bon lui semble; être son propre serveur interne, en cas de service multi-utilisateurs; voire être serveur externe en connectant à ses propres ressources informatiques, des utilisateurs étrangers à son entreprise. D'autres opportunités s'ouvrent également à lui l'enrichissement de la base par des données propres et le réaménagement de celle-ci par l'ajout ou le choix de nouveaux mots clés (30). On note que les ajouts pourraient servir à réalimenter le produit informationnel de base et lui donner ainsi une plus value intéressante pour les producteurs et serveurs (31).

Ce fait nouveau s'explique par les progrès technologiques standardisation des langages d'interrogation implémentables même sur de petites configurations, augmentation des capacités mémoires, multiplication des micro-ordinateurs facilités offertes par les technologies de télécommunication, etc

19. Il modifie fondamentalement les stratégies des producteurs et serveurs jusqu'à présent confrontés à des simples reproductions sur papier et désormais appelés à devoir prendre en compte cette possibilité de régénération chez l'utilisateur d'une partie, voire de la totalité de la base de données (32).

C'est pourquoi si les producteurs et serveurs ont progressivement admis le Downloading -progrès technique oblige-(33), dans le même temps, ils ont cherché à le contrôler par des "Downloading Policies", dont l'examen est proposé au point c (34). On note en particulier que le premier Code of Practice proposé par l'Association Européenne E.U.S.I.D. C. (35) groupant des Informations Providers, des serveurs et des utilisateurs, porte précisément sur le Downloading.

Ces diverses précisions apportées retiendront notre attention les questions suivantes : qui est à la base de ces Downloading Policies ou autres clauses restrictives d'utilisations? Comment sont-elles rendues obligatoires à l'utilisateur et que contiennent-elles?

II. Qui et Comment?

20. Il est clair que le producteur est le premier intéressé aux restrictions en question. Il s'agit pour lui d'éviter que des utilisateurs ne deviennent à leur tour diffuseurs des informations non produites par eux et détournent à leur profit une part de la clientèle potentielle de ces mêmes producteurs.

On conçoit aisément que les serveurs soient également sensibles au même argument, puisque la diffusion par les utilisateurs risque de les priver de certaines connexions et dès lors de certaines "commissions" dues pour leur rôle d'intermédiaire.

21 Ensuite, il est normal que dans leur calcul de rentabilité, à la fois producteurs et serveurs tiennent compte pour la fixation du prix d'abonnement de l'importance de l'utilisation et du nombre d'utilisateurs

de la base de données qu'il propose. Ainsi la petite entreprise où un seul utilisateur potentiel dispose d'un seul terminal d'interrogation doit, selon certains serveurs (36), être taxée différemment de la grosse entreprise multi-utilisateurs et disposant de nombreux terminaux d'interrogation.

Sans entrer dans une analyse approfondie de cette question, on soulignera d'une part que la **reconnaissance de la protection par le droit d'auteur** du produit informationnel permettrait de valider (dans certains pays) le principe d'une taxation différenciée (37). En particulier, les pays qui comme la France et la Belgique reconnaissent le droit de destination de l'auteur, autorisent ce dernier à réglementer (38), même sans relation avec l'utilisateur final (39), les modalités financières et les limites de l'utilisation du produit informationnel

d'autre part, que dans le cadre européen, **l'article 86 du Traité de Rome n'autorise ces taxations différenciées que dans la mesure où elles se fondent sur des critères objectifs** (40), sous peine de constituer un abus de position dominante

22. Enfin, un troisième motif est lié au **contenu** même de certaines bases de données. Certaines informations sont de nature telle que leur utilisation par des personnes non contrôlées présente un danger pour la sécurité, l'indépendance nationale, voire pour les intérêts d'une organisation politique propre à divers pays (ex. Special Services on Nasa files restricted to E.S.A. Members States). Ainsi certaines bases de données contiennent des informations dont l'importance stratégique ou technologique mérite que leur diffusion soit sévèrement contrôlée. On

retrouve à cet égard les mêmes restrictions que celles mises à l'exploitation de certains produits de nouvelles technologies (41).

23. Les modalités, par lesquelles seront imposées aux utilisateurs certaines restrictions, vont varier suivant le schéma de commercialisation du produit informationnel. Nous avons en effet noté que l'utilisateur pouvait contracter soit avec le producteur directement ou un commercial soit avec le serveur. Dans le premier cas les clauses sont directement le fait du producteur ou de l'intégrateur et s'imposent contractuellement à l'utilisateur (42).

Dans le second cas, comment le producteur peut-il s'assurer que le serveur imposera bien les restrictions, souhaitables par lui, à l'utilisateur avec lequel il n'a point de relation contractuelle. On distinguera à cet égard les clauses présentes dans les contrats producteurs-serveurs et celles applicables aux contrats serveurs-utilisateurs

entre producteur et serveur, on note l'existence de clauses celle-ci

"Le souscripteur doit obtenir de ses clients, un engagement aux termes duquel ces derniers s'abstiendront de communiquer à des tiers, de quelque façon que ce soit (contre paiement, gratuitement ou autrement), des données de l'O.C.D.E. obtenues par l'intermédiaire du (des) système(s) du souscripteur. Le souscripteur peut adresser un accord global de sa part pour obtenir de ses clients leur engagement de ne pas communiquer les données mises en mémoire sur (ses) système (s)".

entre serveur et utilisateur, c'est souvent par une double méthode que le serveur se protège : d'une part, il reprend dans le contrat même une clause générale, telle celle

"The Customer expressly accepts not to reproduce, in whole or in part, the data for communication to third parties with or without payment, nor to commercialise them and not to use them in the carrying on of any business of creating or commercialising databases".

Le serveur ajoute dans son contrat avec l'utilisateur et ce généralement en annexe une référence aux restrictions plus particulières imposées par chaque base de données auxquelles le serveur donne accès

"The Customer further undertakes to comply with the restrictions on use (which are contained in appendix 1, particular to each of the databases to which he may have access

Le même contrat ajoute *"The clauses of the present article constitute an essential and indispensable condition of the present contract".*

Dans certains cas exceptionnels, le producteur, en position de force, est en mesure de **contrôler l'imposition** par le serveur de ces restrictions aux utilisateurs.

24. Le problème posé par l'intervention des intermédiaires est résolu identiquement. Le respect des restrictions d'utilisation mises à l'utilisateur final est sous le contrôle de l'intermédiaire. On notera le contenu des "conditions particulières aux brokers" proposées par C. S.I

"La cession des informations résultant de sélections et de traitements contenus dans les bases ou banques de données installées à la C.I.S.I. est tolérée pour un revendeur dans la mesure où il s'engage à faire respecter à son client les clauses de la présente annexe (c'est-à-dire les restrictions à l'utilisation des bases de données accessibles);

"Pour les banques de données nécessitant l'accord écrit du producteur des données, C.I.S.I. fera viser la présente annexe à celui-ci

Toujours à propos des brokers, on note que certains contrats les exceptent clairement des conditions générales proposées aux utilisateurs (43). On notera que le Code of Practice d'E.U.S.I.D.C. les exclut du champ d'application de certaines de ses "provisions" de la manière suivante

"There is one class of organization or individual purchaser which falls outside the provision of clause 6.21 (interdiction de vendre à des tiers)

There are professional information brokers or other individuals who purchase information on behalf of their clients on a one to one basis.

This general class of professional brokers should be accorded this special status if

a) they act in accordance with a recognized Code of Practice, such as the E.U.S.I.D.I.C. Code and

b) they use their best efforts to ensure that their clients are aware of, and act in accordance with the provisions of this code".

Le point b) se réfère à la même obligation que celle déjà faite aux serveurs, à savoir d'indiquer clairement les restrictions d'utilisation souhaitées par les producteurs dans leurs relations contractuelles avec l'utilisateur.

Comme le note le même Code E.U.S.D.I.C. *"The purchaser of an electronically delivered information product must be aware of the limits imposed by this agreement with the vendor of the product regarding the extent to which the information may be reused, retained and further redistributed"*.

25. A supposer la non connaissance par l'utilisateur des restrictions imposées par le producteur, il est clair que ce dernier peut toujours agir contre l'utilisateur sur base d'une **action en concurrence déloyale**. Le peut-il sur base de son droit d'auteur, alors que par hypothèse, il n'existe aucune relation contractuelle entre lui-même et l'utilisateur? Si cette action apparaît possible dans certains de nos pays, la plupart (cf. U.K. R.F.A. U.S.A.) ont adopté la doctrine de l'épuisement des droits après la première "vente" (44)

En conséquence, l'opération de redistribution du produit informationnel par des serveurs ou les brokers ne peut plus dépendre ni du consentement, ni des conditions du producteur, sauf à celui-ci d'imposer à ceux-là de faire figurer dans leurs propres contrats avec l'utilisateur final, les conditions en question. On comprend dès lors pourquoi les conditions de restriction à l'utilisation des bases de données souvent dictées par les producteurs forment partie intégrante des contrats-utilisateurs, même lorsque ceux-ci ne sont pas conclus par les producteurs.

III. Type de restrictions

26. Avant d'aborder l'analyse des différents types de restrictions et les modalités particulières de leur rédaction, il est utile de proposer les principes mêmes des critères utilisés par ces clauses.

A. Les principes de ces clauses

27. Jusqu'il y a quelques années, soit avant la généralisation du Downloading, les clauses se caractérisaient par **deux critères, le nombre de copies et la finalité interne** de la dissémination de ces copies

Le fait de pouvoir stocker une partie de la base de données, l'utiliser et la réutiliser en temps différé, de pouvoir éventuellement la réaménager, l'améliorer, la modifier et la rendre accessible à de multiples utilisateurs internes ou externes a modifié profondément les solutions à donner au problème de la reproduction par l'utilisateur.

Les "Downloading Policies" partent tous du principe mis en évidence par le "Code of Practice" proposé par E.U.S.I.D.I.C. (Point 6.5)

"It is the view of this Code that the mechanism used for downloading is not a significant issue; information products can be downloaded either to magnetic storage or to paper. What is of concern is the use to which downloaded information is put"

En d'autres termes, ce n'est pas le support de reproduction qui constitue le critère de réglementation (le fait que la reproduction est sur papier ou sur disquette), mais la finalité de celle-ci

Une telle politique de non discrimination quant aux supports, s'explique à la fois par l'incapacité des producteurs ou serveurs de contrôler le moyen de reproduction mais également par leur volonté de ne pas faire obstacle à l'utilisation de technologies mieux adaptées

26. Quant aux finalités, à la lecture des Politiques et du "Code of Practice" d'E.U.S. D. C. elles sont de 3 ordres (45)

"utilisateur unique ou multiutilisateurs";

"utilisation interne ou communication à des tiers";

"incorporation ou non à une base de données personnalisée".

Ces différentes finalités peuvent se combiner. Le principe des "Downloading policies" récentes sera soit de restreindre les reproductions en fonction de telle ou telle finalité et, par voie de conséquence, d'interdire explicitement ou implicitement les reproductions pour les autres finalités, soit de prévoir différentes tarifications suivant que les reproductions ont telle ou telle finalité.

On opposera à cet égard l'approche de Excerpta (46), producteur autorisant l'utilisation suivante *"store portions of the Excerpta Medica Databases in the exact form provided by E.S.P. and retrieve it, by means of a computer, for the sole purpose of refining and perfecting a search strategy*

and printing a copy of the final search results..." et celle de N.S.P.E.C. (47) qui distingue trois licences suivant trois catégories d'utilisation

"(A) Temporary storage - at no extra charge,

(B) Long Term storage and reuse at the downloading site - on payment of a downloading charge,

(C) Other uses e.g. multiple copying of data, use for resale etc. subject to specific written agreement and payment of appropriate charges to be negotiated

29. On note que cette différenciation des tarifs suivant la finalité de l'utilisation pourrait s'appuyer, comme déjà noté (supra n° 21), sur le droit de destination reconnu à l'auteur. Le droit de destination de l'oeuvre permet, en effet, une différenciation des tarifs suivant le type d'utilisation faite de son oeuvre.

A cet égard, les recommandations d'E.U.S.I.D. C. prévoient

a. que le tarif de base doit permettre l'utilisation pour une période illimitée d'une simple copie des informations obtenues (48) avec la possibilité de s'en servir de toutes les manières, y compris reformatage, impression et mixage avec d'autres informations (49);

b. que le tarif de base ne couvre pas des utilisations "multi-users", celles-ci devant faire l'objet d'une convention séparée (50);

c. qu'est interdite toute forme de distribution à des tiers sauf autorisation spécifique (51).

6. Le contenu des clauses : les types de restrictions

30. Les clauses dites de restrictions d'utilisation peuvent s'analyser sous différents points de vue

- le premier envisage les supports d'utilisation et de reproduction des données;
- le deuxième, les données que l'on peut reproduire;
- le troisième, les finalités de cette reproduction
- le quatrième, la mention du copyright que l'utilisateur doit faire figurer lors de certaines utilisations;
- le cinquième, les informations dues par l'utilisateur;
- le sixième, la durée de utilisation des données.

Nous ne pouvons prétendre reprendre ici toutes les clauses particulières relatives aux restrictions d'utilisation, tant elles sont nombreuses et variées. Nous nous limiterons à en reprendre les plus significatives.

a. Les supports d'utilisation et de reproduction

31 Il s'agira **tantôt d'exclure, tantôt d'autoriser certains modes de conservation de l'information**. Ainsi, certains producteurs (52) interdisent purement et simplement le stockage en mémoire (storage in machine readable form) de leur produit informationnel, empêchant dès lors tout downloading.

On note que des contrats (53) interdisent le copiage des informations *"sur des supports de toute nature permettant de reconstituer tout ou partie des*

fichiers d'origine”, c’est viser indirectement les supports permettant la conservation en mémoire. D’autres, plus nombreux, l’autorisent aux seules fins de reproduction sur support papier (hard copy) et ce en un nombre limité d’exemplaires (54).

Enfin, récemment, certains producteurs ont clairement autorisé le downloading, c’est-à-dire le stockage sur bandes magnétiques ou disquettes. Ainsi Predicasts *“authorizes the downloading of data from P.T.S. Database to an in home microcomputer(s), word processor(s) or other storage device(s)”*. L’autorisation peut donc s’accompagner de l’obligation d’identifier le “Downloading site”, c’est-à-dire l’ordinateur hôte sur lequel seront supportées nécessairement les informations reçues (55).

b. Les données susceptibles de reproduction

32. Il ne s’agit pas ici de rappeler les limites mises à l’accès à certaines bases de données ou à certaines informations y contenues, pour des raisons de sécurité ou de protection des données. L’accès admis, la question posée est de savoir si l’utilisateur peut reproduire l’entièreté de la base de données, ce qui, techniquement, étant donné les capacités actuelles des ordinateurs et le coût peu élevé du stockage en mémoire, est chose facile et pensable.

Une reproduction complète de la base de données représente un risque pour le producteur que celui-ci désirera prévenir en ne permettant que des reproductions partielles. Curieusement, les clauses interdisant au client de “vider” une base de données sont rares. On en trouve seulement parmi les contrats autorisant le Downloading, ce qui est logique, étant donné les

risques attachés à cette technique. Ainsi Mead précise : *"The stored information can include only an insubstantial portion of any discrete Library or file or similar grouping of Data"* (56).

c. Les finalités de la reproduction

33. Classiquement, les contrats approchaient le problème de la finalité de la reproduction par la seule obligation faite à l'utilisateur d'interroger pour des besoins propres et de ne pas commercialiser les données de la banque. Les clauses à cet égard sont classiques et s'articulent autour de trois principes

"Le client ne peut utiliser les données contenues dans les bases que pour ses propres besoins.

Le client s'interdit expressément de copier ou de reproduire, ou de laisser copier ou reproduire, par d'autres moyens que ceux faisant l'objet du présent contrat, totalité ou partie des données qui sont mises à sa disposition et qui sont la propriété exclusive du Fournisseur de la base, pour les communiquer à des tiers à titre gratuit ou onéreux.

Le client s'interdit donc toute forme de vente, de commercialisation directe ou indirecte ou de cession à des tiers" (57)

A l'appui de ces clauses, s'ajoutent des limitations du nombre de copies (58) et des précisions quant à la personnalité des interrogateurs de la base de données, ceux-ci devant être nécessairement des employés de l'entreprise de l'utilisateur. Enfin, on évoque certaines clauses définissant la notion de tiers (59).

On ajoutera que peu de contrats stipulent que les engagements, en particulier de non commercialisation s'étendent au delà de la période contractuelle (60).

34. L'autorisation des pratiques de Downloading a obligé à une analyse contractuelle plus fine des finalités de la reproduction. Sans revenir aux clauses déjà analysées plus haut (supra n° 26), nous attirons l'attention de l'utilisateur potentiel sur l'importance d'une lecture attentive des clauses proposées.

L'exemple d'Excerpta est intéressant à cet égard. La clause relative aux restrictions d'utilisation énonce dans son point a) *"E.S.P. grants the user a permission to do the following store portions of the Databases in the exact form provided by E.S.P., and retrieve it, by means of a computer, for the sole purpose of refining and perfecting a search strategy and printing a copy of the final search results..."* A la lecture d'une telle clause, l'utilisateur désire savoir si la finalité ainsi définie recouvre la possibilité de créer une base de données personnelle (61). La réponse doit être négative : premièrement, la conservation doit se faire dans la forme même où les données ont été reçues (62); secondement, le point c) ajoute *"The stored material may not be changed, repackaged, merged with other data or otherwise manipulated, with the purpose of creating a database"*. A défaut de cette précision donnée par le point c), la réponse pourrait être différente.

De même, doit être exclue la possibilité de créer une base de données personnelle dans le cas du "Temporary Information Storage Policy" de Mead: *"This storage policy may be used for local printing and word processing purposes only."*

d. La mention du copyright

35. *"Dans le cas où le client utilise les données de la banque dans un document, il doit faire mention de la source, ce qui est conforme au droit de citation"*(63).

Si l'affirmation est peut être trop absolue, puisqu'elle suppose la protection par le droit d'auteur, non seulement de toute base de données mais également de toute partie de celle-ci (64); les producteurs prennent souvent le soin d'imposer cette mention suivant la formule *"Les utilisateurs doivent mentionner ..." dans tout document ou écrit reproduisant les dites données le (nom du producteur)"* (65).

La formule s'adresse bien évidemment aux publications (au sens le plus large), publications mentionnant certaines des données obtenues par l'accès à la base et qui pourraient être faites par l'utilisateur - la mention de l'origine étant dans ce cas déjà prévue par la législation sur le droit d'auteur - mais le caractère général de la formule permettrait d'y inclure également les reproductions sur disquettes ou bandes magnétiques, y compris pendant leurs conservations dans l'ordinateur de l'utilisateur.

36. La pratique du downloading et les risques y attachés justifient, sans une telle extension. Le code E.U.S. D.I.C. la prévoit expressément *purchaser undertakes to retain with each unit of information purchased such identifications as to the source and ownership of the information as the owner requires or as it is delivered with the unit of information when it is downloaded" (66).*

La National Library of Medicine (67) prévoit indirectement cette obligation, également lorsqu'il y a création d'une base de données personnelle *"If one downloads citations from N.L.M. databases and merges these with other citations, specific attribution to N.L.M. as the source should accompany each citation*

e. Les informations dues par l'utilisateur

37. Des informations pourraient être réclamées de l'utilisateur. Elles le seraient par la personne qui commercialise le produit informationnel tantôt le serveur, tantôt le producteur, tantôt le broker (cf. supra n° 9). Elles pourraient concerner le hardware et les software utilisés, le nombre de terminaux, internes ou externes, connectés ou connectables, ceci pour contrôler les **risques de dissémination** de l'information lorsque celle-ci est l'objet d'un downloading. Il est clair que ces informations n'empêcheront pas les utilisations abusives du downloading (cf. infra n° 39, nos réflexions sur les contrôles et sanctions).

Dans le cas de données sensibles (données nominatives ou de sécurité) pourraient être exigées certaines informations sur les techniques de sécurité mises en place par l'entreprise utilisatrice (par ex. certificat

délivré par une société d'audit) et la conformité aux exigences réglementaires du pays en matière, par exemple, de privacy (68).

On notera que les seules informations réclamées dans le cadre de: contrats étudiés (69) concernent l'identité des tiers auxquels certaines: informations extraites de la base seraient transmises.

f. La durée de conservation des informations

38. S'il est clair que la question soulevait peu de difficultés jusqu'il y a peu, étant donné le caractère indéterminé de la durée de conservation d'une copie papier, la pratique du downloading modifie quelque peu les choses, étant donné les risques supplémentaires de concurrence qu'il crée entre le producteur et l'utilisateur.

La recommandation du Code E.U.S. D.I.C. est de permettre la conservation d'une seule copie en mémoire pour une période illimitée et ainsi, le droit de réutiliser de façon non limitée cette copie (70). En effet, premièrement la valeur de l'information réside dans sa fraîcheur et, dès lors l'information stockée perdra rapidement de sa valeur s'il n'y a pas réalimentation; secondement, le fait que l'utilisateur s'engage à ne maintenir qu'une copie et ce, pour des fins internes, ne crée pas de risque majeur de concurrence vis-à-vis du producteur (71).

Cette recommandation n'est pas toujours suivie dans les "Downloading Policies". Ainsi Excerpta et N.S.P.E.C. prévoient, lorsque la licence couvre également la possibilité de mise en mémoire pour recherche différée, une durée limitée de conservation en mémoire. *"The stored material shall not*

be retained beyond a reasonable time necessary to complete the processing of the search, normally one to three weeks". Une licence plus coûteuse *"Long term storage and re-use at the downloading site"* permettra au client d'I.N.S.P.E.C. de conserver la copie en mémoire sans limite de temps.

C. La sanction du non respect de ces clauses

39. M.G. Choisy (72) note *"La violation des clauses limitant l'utilisation, banques de données, qui sont essentielles dans les contrats, est passible de sanctions immédiates, prévues contractuellement suspension d'accès au réseau, résiliation de plein droit du contrat. Quelquefois, existe une simple mise en garde contre d'éventuelles poursuites judiciaires"*

Sans vouloir commenter longuement les clauses à ce sujet, on se limitera à deux réflexions

- Les contrats américains font fréquemment référence aux droits d'auteur justifier les clauses restrictives d'utilisation (73). Dans nos pays d'Europe, la référence est moins fréquente (74). On note à cet égard, incertitude de la doctrine (75) quant à la possibilité, dans le cadre des législations actuelles sur le droit d'auteur, d'obtenir une protection adéquate des bases de données contre les copies tirées de mémoires locales (76).

La difficulté de contrôler le respect des clauses analysées ci-dessus n'échappe à personne et a été l'objet de discussions d'experts sur le plan technique(77). Sans vouloir entrer dans les controverses relatives aux

possibilités techniques d'un contrôle effectif, ce qui faciliterait la tâche d'un arbitre nommé contractuellement pour vérifier l'utilisation des informations obtenues, on note certaines clauses des contrats utilisateurs, élargissant nettement les moyens de preuve offerts au producteur.

Ainsi le contrat S.Y.D.O.N. prévoit *"S'il venait à être porté à la connaissance de S.Y.D.O.N.I. une utilisation contraire aux dispositions ci-dessus, S.Y.D.O.N.I. pourrait résilier de plein droit le présent contrat après sommation délivrée au client."*

Par. III : CLAUSES RELATIVES A LA CONFIDENTIALITE DES INTERROGATIONS FAITES PAR L'UTILISATEUR FINAL.

41. L' A.L.A. (American Libraries Association) (78) adopte en janvier 1979 un "Ethic of Data Base Service Statement" qui stipule *"Information contacts with users whether reference or directional, are to be treated with complete confidentiality."* Lors de la conférence annuelle, A.L.A. adopte un Code d'éthique ayant le même propos, mais dont l'objet se précise encore *"Librarians must protect each user's right to privacy with respect to information sought or received and materials consulted, borrowed or acquired"*

L'action de l' A.L.A. se poursuit par une enquête menée en 1982 auprès des 75 directeurs de bibliothèque de l'Illinois. Les commentaires de l'enquête proposés par Isbel et Cook (79) affirment d'une part **l'incohérence et la diversité des politiques de confidentialité** et, d'autre part à la fois le peu de sensibilité des responsables à ce propos et l'insuffisance des protections contractuelles ou d'une autoréglementation en la matière.

I. Risques des utilisateurs et justification des fournisseurs

A. Les risques : Qui a peur de qui?

42. L'interrogation d'une base de données professionnelle représente, pour l'entreprise, voire pour la personne physique interrogeant au sein de l'entreprise, un risque à différents titres et vis à vis de différentes catégories de personnes susceptibles de connaître le contenu des interrogations

43. - **pour l'entreprise**, la connaissance de l'interrogation et de son contenu permet à autrui de deviner les perspectives de développement de l'entreprise, ses domaines de recherche (ex. consultation de bases de données de brevets), voire ses actions commerciales présentes et futures (ex. interrogation sur la solvabilité d'une entreprise prospectée en vue de relations commerciales).

Lorsque le fournisseur met en outre à disposition des utilisateurs un système expert (par exemple, calcul à distance de ratios comptables), l'interrogation de ces systèmes experts dans la mesure où elle est appliquée à des données propres de l'entreprise présente un danger plus grand encore

La connaissance par autrui des personnes physiques utilisatrices de la base de données au sein de l'entreprise est également un risque puisqu'elle permet à cet autrui de savoir au sein de l'entreprise qui fait quoi?

44. L'autrui dont l'entreprise se méfie est bien évidemment le concurrent, mais également l'éventuel décideur qu'il soit financier, gouvernemental ou autre et qui, par la connaissance de l'entreprise, induite des interrogations faites par cette dernière, pourrait modifier son attitude vis-à-vis d'elle.

Ce concurrent ou ce décideur pourrait être une des personnes participant à l'opération de mise sur pied ou de distribution du produit informationnel ainsi, la banque qui met à disposition comme serveur ou intermédiaire un système expert financier ou simplement une base de données économiques et boursières; ainsi la multinationale productrice qui offre par une filiale ou une succursale, voire un tiers serveur, l'accès à une base de données relatives aux activités de son secteur (ex. la chimie).

Le plus souvent, le concurrent ou le décideur seront des **tiers** qui pourraient chercher à acquérir l'information soit par la voie de conventions passées avec une des personnes participant à l'opération télématique, soit de façon non autorisée (par ex. : concussion d'employés; piratage du réseau ou de l'ordinateur serveur, etc).

45. **pour la personne physique** au sein de l'entreprise, utilisatrice du produit informationnel le risque est d'un ordre différent. Il est essentiellement lié au risque d'un contrôle interne à l'entreprise utilisatrice de banques de données de l'activité de chacun (80). Le problème rejoint celui général de l'**Electronic Surveillance** selon le terme utilisé par l'Office of Technology Assessment américain (81) et celui plus particulier, déjà aperçu par la Commission Informatique et libertés française, de l'enregistrement automatique des communications téléphoniques fait par certaines directions d'entreprise et ce à partir de l'utilisation des autocommutateurs installés dans des centrales téléphoniques privées (82).

En la matière il est clair que l'utilisation de données identifiant une personne physique tombe sous le coup des lois de protection des données nominatives. Nous reviendrons sur ce problème (infra, n°49 et s.)

B. Les justifications

46. A ces craintes de l'entreprise et des employés utilisateurs des produits informationnels, répondent les justifications apportées par les serveurs et producteurs à l'appui de la conservation et du traitement des données d'interrogation *"pour la bonne gestion et l'amélioration de la B.B.D. (le produit informationnel*)*, le producteur peut estimer utile, voire nécessaire, de procéder à des études statistiques, concernant notamment les types de question et les sous-ensembles plus ou moins interrogés de la B.B.D.

A ces motifs tirés de l'exigence d'un produit de qualité répondant aux souhaits de la clientèle, on ajoute ceux liés à la facturation. Il est évident que celui qui facture doit pouvoir justifier du montant réclamé. En cas de contestation, il doit pouvoir faire preuve des interrogations et de leur contenu.

47. On note que les deux types de justification ainsi avancés, celle sur le produit et celle sur la facturation, n'émaneront pas nécessairement des mêmes personnes. En effet, la première concerne au premier chef le producteur; la seconde peut le concerner également si la commercialisation du produit informationnel et la facturation de son utilisation constituent son fait, ce qui est cependant, nous l'avons noté (supra, n° 9), rarement le cas. Il est certain que dans ce cas, le producteur ne connaît qu'indirectement les interrogations faites par les utilisateurs avec lesquels il n'a pas de relation directe.

'Sauf accord précis avec les autres exploitants de la B.B.D. (), le producteur risque de n'avoir guère d'information, sauf par voie indirecte, sur les conditions d'exécution du service. En outre, le producteur ignore la consistance de l'ensemble des utilisateurs de sa banque, comme aussi la nature des interrogations et la fréquence de celles-ci suivant les différents sous-ensembles constitutifs de la B.B.D., ce qui présente de sérieux inconvénients pour la gestion'*

Il importe donc de distinguer dans les clauses, celles présentes dans les relations directes avec l'utilisateur final, clauses qui seront généralement le fait des serveurs, voire des intermédiaires et celles reprises dans les contrats en amont, généralement le fait des producteurs.

Avant d'analyser ces clauses, nous proposerons d'étudier la valeur de deux solutions générales souvent préconisées à l'endroit des problèmes de confidentialité : le secret professionnel et la protection des données nominatives.

II. Etude critique des deux solutions dites générales

48 Les législations ou jurisprudences instituant le **secret professionnel**, d'une part, les législations et conventions internationales garantissant la **protection des données nominatives**, d'autre part constituent-elles des solutions adéquates au problème soulevé

Dans le cadre d'un exposé sur les clauses contractuelles, nous ne pourrions développer que quelques considérations générales à ces propos.

A La solution par les législations de protection des données nominatives (83)

49 Une première constatation s'impose : hormis de rares pays ayant consacré l'extension de leurs législations protectrices des données aux données relatives aux personnes morales, la majorité des législations et en tout cas, les conventions internationales ne consacrent que la protection des personnes physiques (84). De telles législations et conventions ne permettent donc de répondre qu'aux seules préoccupations des personnes physiques, utilisatrices au sein de l'entreprise des bases de données

Il a déjà été souligné par ailleurs (85) combien le développement des services télématiques professionnels justifiait l'extension aux entreprises dans le cadre de ces services, non seulement de certains des droits consacrés par les législations protectrices des données (86) (ainsi les droits d'accès et des rectifications) mais également, les limites du droit à l'information consacrées par ces mêmes législations (ainsi le principe de pertinence et du contrôle des communications des informations aux tiers (87)).

50. Une seconde constatation met en cause le point de départ des législations actuelles. Historiquement, ces législations ont combattu le risque relatif aux traitements d'informations recueillies a priori par les centres de traitement (88). Or les risques dénoncés ici concernent des données nées a posteriori par l'utilisation du service lui-même. Les réglementations relatives aux services télématiques grand-public déjà existants (89) démontrent la nécessité face aux dangers créés par ce nouveau type de données, de définir a priori les usages licites de l'information ainsi créée. Se trouve donc légitimé l'effort de certains groupements professionnels d'Information Providers de réglementer, dans le cadre de conventions, les utilisations des données d'interrogation

5 Ces deux constatations faites, bien des questions seraient à poser dans le cadre de l'application des législations protectrices des données ou du moins de certains principes. Ainsi comment qualifier le serveur? Enregistre-t'il des données pour compte propre ou pour compte de tiers (le producteur)? La solution n'est elle pas différente lorsque le serveur est un pur agent technique (ainsi dans le cas d'une centrale vidéotex), mais que le

produit informationnel est commercialisé par le producteur et l'utilisation est facturée par lui?

Il importe nous semble t'il que utilisateur puisse connaître précisément dans le cadre du contrat voire de l'utilisation du service (première page écran appelable à tout moment par exemple) qui est responsable au premier chef de l'application des législations dites 'Privacy' (90) c'est-à-dire, plus concrètement qui supporte obligations de sécurité y prévues et auprès de qui s'exerce le droit d'accès et de rectification ? De même, devraient être connues de l'utilisateur les utilisations faites des données d'interrogation (91)(92)

B. LE SECRET PROFESSIONNEL

52 Certains présentent le secret professionnel comme la solution à l'ensemble des questions liées à la confidentialité des interrogations "Le producteur - comme le serveur - est tenu au secret professionnel et plus généralement, au devoir de discrétion "(93) Sans vouloir discuter en détail la question (94) il nous apparaît que l'affirmation mérite d'être précisée en ce qui concerne du moins les droits continentaux (95)

Le secret professionnel est une obligation sanctionnée pénalement le délit consistant de la part de personnes exerçant certaines professions appelées à recueillir des secrets, à les révéler intentionnellement. Ainsi, l'article 378 du Code pénal français sanctionne *"toutes personnes dépositaires par état ou profession, par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie" (96)*

S'il est bien évident que le secret professionnel ne s'applique pas à une liste close de professions, son **application aux serveurs et producteurs de bases de données est peu évidente**. Outre que par secret on entend les secrets relatifs à la personne physique" (97) la notion ne recouvre que les faits présumés confidentiels. Enfin, le secret ne vise que les personnes investies d'une fonction ou d'une mission de confiance qui sont constituées par la loi, la tradition ou les mœurs dépositaires des secrets qu'on leur confie (98). La mission d'un producteur et d'un serveur de base de données n'est pas celle de recueillir des confidences

53. Dès lors tout au plus, peut-on leur imposer un **devoir de discrétion** suite à ce qu'on pourrait qualifier, les confidences volontaires des utilisateurs. *Ainsi apparaît, conclut Lambert (99), la distinction entre les confidents nécessaires soumis à la loi pénale du secret professionnel et les confidents volontaires qui ne sont soumis qu'à un simple devoir de discrétion qui ne peut engager que leur responsabilité civile et, le cas échéant, disciplinaire, en cas de divulgation*

Le succès d'une action fondée sur la violation du devoir de discrétion serait dès lors facilitée par la **promulgation au sein d'associations professionnelles de normes déontologiques portant sur l'obligation de confidentialité**. Ces normes permettraient en cas de violation, dont resterait à fournir la preuve de présumer la faute professionnelle du producteur ou du serveur.

clauses relatives à la confidentialité des interrogations se voient renforcées par celles relatives à la **confidentialité du code utilisateur** : le code utilisateur est communiqué au seul client et bien souvent sera modifiable sur simple demande de celui-ci (100). Dans le cadre de ce rapport, nous n'examinerons que les clauses relatives à la confidentialité des interrogations stricto sensu.

III. LES CLAUSES SPECIFIQUES

54. L'analyse de ces clauses nous amène à poser les questions suivantes :

Qui s'engage ?

A quoi s'engage t'il ?

Le producteur est-t'il un tiers ?

A. Qui s'engage ?

55. Nous avons noté que les contrats utilisateurs pouvaient être souscrits par le producteur, le serveur ou un intermédiaire. On notera que peu importe cette qualité du contractant, c'est lui qui s'engage en son nom propre. Ainsi, on retrouve des clauses de confidentialité

chez des serveurs, tels C.S. Télésystèmes, E.C.H.O., C.T.E.R.E. Belindis, R.S.A.G., N.K.A., S.P., D.E.L. On remarque que certains serveurs en particulier anglais (C.S., GENIOS, DUN & BRADSTREET) omettent de s'engager à ce propos ;

- chez des intermédiaires, tels la Bibliothèque Royale de Belgique;
- chez des producteurs-serveurs, tels E.S.A. - .R.S
- chez des producteurs, tels S.Y.D.O.N C.E.D.I.J., E.R.G.O.D.A.T.A., etc

Ceci dit, il est clair que les interrogations sont en premier lieu enregistrées aux centres serveurs et qu'il est donc utile si le contrat utilisateur est conclu avec une autre partie, que **l'obligation de confidentialité soit étendue aux centres serveurs**. Certes, on peut considérer à juste titre qu'en l'occurrence, le producteur est responsable envers l'utilisateur du fait de son mandataire, que celui-ci ait fait ou non l'objet d'une clause particulière dans ses relations avec le producteur (101).

B. A quoi s'engage t'il?

56. Le contrat type Euronet (art. 1) permet de distinguer deux objets propres à la clause de confidentialité

"The customer's name and address shall be stored on the searchname computer. Information entered by the customer in carrying out searches shall also be stored on the searchname computer for as long as may be necessary to service the customer's search requirements or for such longer period as may be requested by the customer."

"Host hereby gives an undertaking that all such information will be kept confidential and not released to third parties without the prior consent of the customer"

Une telle clause comporte en effet

un **engagement négatif de ne pas communiquer à des tiers**. Cet engagement peut être considéré comme un engagement minimum. il est présent dans la plupart des contrats

un **engagement positif de limiter ses propres traitements relatifs aux interrogations du client**. Ce type d'engagement plus précieux pour les utilisateurs, est bien plus rare.

a. L'engagement de ne pas communiquer à des tiers

57. Sous réserve de savoir si le producteur peut être dit tiers (infra n° 60), on note que les engagements de ne pas communiquer à des tiers sont rédigés de façon plus ou moins absolue.

Ainsi, on comparera les clauses types suivantes

"X s'engage à ne dévoiler aucune information permettant à des tiers d'avoir connaissance directement ou indirectement du détail des interrogations effectuées par un client

et

"X s'engage à assurer la confidentialité du contenu des interrogations effectuées par le contractant".

Le premier type de clause est plus absolu. Elle interdit la communication à un tiers non seulement du contenu des interrogations, mais également d'**informations-résultat** par lequel le tiers pourrait deviner le d'interrogations faites par l'utilisateur, sans pour autant en connaître le contenu précis. Ainsi le premier type de clause interdirait la divulgation des zones d'intérêts propres à un utilisateur; le second type l'autoriserait

58. Parfois quelques réserves sont mises à cette interdiction

l'autorisation du client elle devra souvent être explicite (accord écrit (ex E.S.A. - R.S.).

la mise à disposition pour l'ensemble des autres utilisateurs d'interrogations apparaissant présenter un intérêt général aux yeux du service du producteur (E.R.G.O.D.A.T.A.) et dûment anonymisées. On note que malgré cette dernière précaution, les utilisateurs craignent parfois que la seule lecture de l'interrogation permette à d'autres utilisateurs de deviner l'auteur de l'interrogation

b. Les limitations de traitement des interrogations

59. La simple formule négative c'est à dire la clause se limitant à interdire la divulgation à des tiers laisse *"supposer a contrario que le serveur a toute latitude de connaître ces informations"* (102) et de les **traiter de façon interne**, peu importe le but de ce traitement marketing, facturation amélioration de la base de données, voire meilleure connaissance du client utile dans le cadre d'autres services (103). Cette

connaissance du client sera d'autant meilleure que le serveur distribue d'autres bases de données interrogées également par le client.

Les rares clauses limitant les traitements sont de divers ordres

Les premières ont trait à la **finalité des traitements permis**. A cet égard, on relève une référence soit aux besoins du client, soit aux besoins du serveur. C'est aux besoins du client que se réfère la clause proposée par Data Star : *"The customer's name and adress shall be stored on the Data Star Computer for as long as may be necessary to service the customer's search requirements or for such longer period as may be requested by the customer"* (104).

La formule utilisée par ERGODATA est plus précise: *"Ergodata n'utilisera cette connaissance que dans le cadre du perfectionnement du système et pour l'amélioration de la nature et du contenu des banques de données dont il a la responsabilité"* (105).

Il serait dès lors utile, à la suite de ce dernier exemple, premièrement, que les contrats précisent les traitements que s'autorise le fournisseur du service et, secondement, que la pertinence de la finalité des traitements autorisée soit l'objet d'un examen par les associations d'Informations Providers nationales et internationales qui pourraient dès lors proposer un code de conduite en la matière

La référence faite au principe de pertinence des traitements portant sur les interrogations des utilisateurs, principe déjà dégagé par les législations protectrices des données nominatives suggère que d'autres principes tirés de ces législations pourraient également trouver à s'appliquer.

60. Ainsi des clauses pourraient préciser

les modalités du droit d'accès dont chaque utilisateur disposerait auprès du serveur;

les techniques de sécurité utilisées par le fournisseur du service pour protéger la confidentialité des interrogations

la durée de conservation des données d'interrogation et des autres (notamment à la fin du contrat) (106).

C. Le producteur est-il un tiers?

61. Lorsque l'engagement de confidentialité est pris par une autre personne que le producteur, il est important, pour l'utilisateur, surtout lorsque le producteur est un concurrent (supra, n° 44) de savoir si celui-ci peut avoir accès aux données d'interrogation (107).

La réponse est peu évidente en l'absence de clauses précises en la matière. Une première analyse suggère cependant une distinction entre les clauses présentes dans les **contrats utilisateurs** et celles présentes dans les **contrats producteurs - serveurs**.

a. Les clauses présentes dans les contrats utilisateurs

Elles sont de divers types

soit elle consiste à identifier purement et simplement le producteur à un tiers : *s'engage à ne divulguer aucune information permettant à des tiers, y compris les producteurs de bases de données* (108),

ou, au contraire, le producteur est assimilé au fournisseur du service : *et les producteurs des données s'engagent.* (109,

enfin : *communication à tel producteur et les finalités de cette communication* sont spécifiées : *"Beim einer Benutzung der X Datenbanker wird Name und Anschrift des Dialogteilnehmers an für firmeninterne Zwecke, insbesondere zur aller Benutzungen, weitergegeben"* (110)

b. Les clauses présentes dans les contrats producteurs-serveurs

63. Certains contrats producteurs-serveurs précisent les types de données qui seront fournies au producteur. Ainsi de façon très détaillée, les clauses suivantes stipulent

le C.T. remettra au fournisseur l'appréciation du contenu du fichier, dressée par les utilisateurs, ainsi que les statistiques de consommation et autres rapports

"Le C.T. enverra chaque mois au fournisseur la facture quant à l'utilisation des services visés durant le mois précédent

"A l'expiration du contrat entre le C.T.I. et le contractant (le producteur, le C.T.I. remettra les fichiers de clientèle aux contractants" (111,

Dans un autre contrat (12), on relève les clauses suivantes *"X assure le traitement informatique de la facturation aux utilisateurs sous timbre de Y (l'intégrateur). Il fournira à Y les renseignements statistiques nécessaires pour qu'elle puisse assurer la répartition des recettes entre les producteurs d'informations et adapter la structure et le contenu de la banque de données au marché comptage des modalités d'accès aux fichiers, échantillon de question, etc. X fournit également à Y un listing récapitulatif des factures*

64. L'utilisateur, dont le contrat ne fait pas mention de ces clauses, peut-il s'en prévaloir au cas où elles ne sont pas respectées ? Le principe de la **"privity"** ou de la **relativité des contrats** nous conduit à une réponse négative, sauf à trouver dans ces clauses, ce qui paraît difficile, une stipulation pour autrui. En effet, l'intérêt protégé par ces clauses est essentiellement celui du serveur qui entend rendre difficile son "lâchage" par le producteur et non celui du tiers, à savoir l'utilisateur.

Ceci dit, il est clair que sans devoir se référer à la clause présente dans le contrat producteur-serveur, l'utilisateur pourrait simplement se référer au fait que pour lui, le producteur est un tiers et que dès lors soit une clause expresse interdit la communication aux tiers (cf. supra n° 54), soit

en toute hypothèse, le contrat ayant un caractère confidentiel et intuitu personae, il ne peut y avoir divulgation de l'exécution de ce contrat à un tiers.

65. Ces interrogations renvoient à la dernière question laissée en suspens **en l'absence de clause explicite, le producteur a-t-il droit à obtenir communication de certaines données d'interrogation ?**

"S'il apparaît ainsi que la communication au producteur d'informations utiles à la gestion est indispensable, il reste que s'il ne prend aucune précaution en ce domaine, le producteur peut se heurter à un refus du serveur. Aussi, toutes les modalités de communication doivent-elles être dûment précisées, même si le principe ne peut être contesté

D. Une solution : l'autoréglementation

66. Il est clair qu'en cette matière comme en celle de downloading, est souhaitable une solution générale comme celle d'un **"Code of Practice"**, auquel souscrirait chaque membre de l'association et dont chaque utilisateur serait clairement informé serait souhaitable. Les recommandations de l'A.L.A. reprises en tête de ce chapitre pourraient servir de base à ce code.

Certaines modifications et certaines précisions devraient cependant lui être apportées. Ainsi la référence à la seule protection de la privacy est peut être trop étroite; il s'agit de protéger et la "vie privée" des personnes physiques et les secrets d'affaires des entreprises utilisatrices des banques de données

Ensuite, des précisions seraient utiles notamment

sur la **durée de conservation** des données d'interrogation

sur les personnes autorisées à y accéder, au sein de l'entreprise fournisseur du service, mais également à l'extérieur parmi les personnes participant à l'opération (producteur intégrateur serveur) et pour ces dernières sur le type d'agrégats fournis

e: **limites d'utilisation du numéro d'identification** nécessaire pour accéder à une base de données en particulier lorsque le serveur distribue de multiples bases de données

interdiction de divulguer à des tiers (autre utilisateur agences enseignement autorités publiques) les données d'interrogation

CONCLUSIONS

L'analyse des clauses de confidentialité illustre les difficultés et la tendance du marché de l'information électronique

-c'est un **marché complexe**, dans la mesure où sont multiples les acteurs qui participent à la mise sur pied, à la réalisation et à la distribution d'une banque de données et où se précisent seulement progressivement les fonctions et les métiers dans le secteur

un **marché instable** parce qu'il dépend d'une technologie en pleine mutation. Ainsi la **pratique généralisée du télédéchargement, induite par les progrès technologiques** oblige à modifier les stratégies de commercialisation et justifie une conception profondément différente des droits de l'utilisateur sur les informations obtenues de la banque de données. Il est clair que demain l'avènement du C/D RDI obligera à des mutations plus profondes encore, réservant sans doute le domaine du marché de l'information on line à certains types d'information où les besoins d'une mise à jour continue seront plus pressants

-c'est un **marché qui se cherche**. A l'inverse d'autres marchés jeunes nettement dominés par l'offre, le marché de l'information on line semble être plus attentif aux souhaits de la demande. Ainsi la lecture des clauses de confidentialité, même si leur écriture est encore maladroite, ne révèle pas les défauts souvent dénoncés à propos des contrats informatiques: autres produits d'un marché jeune. Sans doute les incertitudes du marché, la taille et la qualité des entreprises opérant sur ce marché (en particulier les producteurs) expliquent l'équilibre des

clause. Une analyse plus fine aurait peut-être révélée des disparités justifiées par le monopole de l'un ou l'autre producteur ou vendeur ou par la qualité du produit offert. De façon générale, il semble que les **producteurs et serveurs soient attentifs aux exigences de leurs clients** répondant à leurs exigences en matière d'information interne de l'entreprise et obtenue par leur garantisant la confidentialité de leurs interrogations.

- et c'est un **marché autoréglementé**; cette dernière caractéristique est sans doute la plus remarquable de ce marché jeune. **Pour répondre aux incertitudes de l'avenir de ce marché, incertitudes tant économiques que juridiques (cf en particulier, le problème de l'applicabilité du droit d'auteur) et aux craintes et exigences de la demande, les acteurs tant utilisateurs que producteurs et serveurs ont ressenti la nécessité de réponses conjointes nées au sein d'associations nationales et internationales.** Nous avons noté à plusieurs reprises l'existence de CODES DE CONDUITE destinés à adapter de façon souple les règles de l'art de la profession et dont le respect est une condition de l'appartenance au groupement professionnel.

NOTES

A noter que certaines banques offrent conjointement les deux types d'accès.

Ainsi, la clause SPIDEL

"Service offert

Accès conventionnel par des réseaux téléphoniques ou les réseaux spécialisés de transmission de données aux bases ou banques de données disponibles sur les ordinateurs de la S.P.I.

Edition en différé des informations contenues dans les bases de données".

Sur le rôle de l'intermédiaire, cf. infra, n° 7, nos réflexions.

Nombre de contrats parlent d'"accès en mode conversationnel".

- (4) Ainsi, la clause G. CAM prévoit que

"Le présent contrat a pour objet de définir les conditions d'accès conversationnel par les réseaux téléphoniques, télex ou réseaux spécialisés de transmission des données, ...".

- (5) Ainsi, la clause du contrat TELESYSTEMES permet dès maintenant le choix pour l'utilisateur : "La signature du "contrat de service Questel" vous autorise à choisir l'un des deux manuels suivants : Manuel Questel ou Guide de l'utilisation de Questel avec un terminal MINITEL...".

- (6) La présente section s'est fondée sur les ouvrages et articles suivants : Lamy, Droit de l'Informatique, Paris, 1986; J.W. Gochel, D. Höfer-Frey, J. Scheller, Rechtstatsachen beim Betrieb von Informations systemen, J. Schweitzer Verlag, München, 1986, A. Bensoussan, Droit de l'informatique et de la télématique, Berger-Levrault, Paris, 1985; M.G. Choisy, Banques de données - Aspects contractuels, A.D.I., Paris, 1983; G.F.F.I.L., Les relations contractuelles des producteurs et bases de données, Dalloz-Paris, 1986; United Nations Centre on Transnational Corporations, T.D.F., Access to the International On Line Data Base Market, UN., New-York, 1983, S.T./C.T.C./41; S. Schaff - Y. Pouillet, Aspects juridiques de la télématique professionnelle, Rapport national FAST; C. OPPENHEIM, Loading Databases : A Host's experiences, 9ts Online,

Inf., Déc. 85, 70 et s.

- (7) S. SCHAFF, Le contrat utilisateur, Droit de l'Informatique, 1985, n° 7, pp. 2-14. Pour une application aux bases de données juridiques, Y. Pouillet, S. Schaff, Les systèmes informatisés de documentation juridique, in Rapports belges au XIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Sydney, 18-27 août 1986, Kluwer, Bruylant, Bruxelles, 1986.
- (8) Cf. sur cette distinction Y. Pouillet - X. Thunis, La télématique, Aspects techniques, juridiques et sociopolitiques, Ed. Story-Scientia, 1984, p. 128 et s.
- (9) A. Bensoussan, op. cit., p.
- (10) A. Bensoussan, Les contrats télématiques, La télématique, T. II, p. 23 et s.
- (11) A. Bensoussan, op. cit., p.
- (12) Ainsi, en France un utilisateur ayant un terminal MINITEL passera sur le réseau téléphonique commuté, avant d'atteindre via le réseau de transmission de données (TRANSPAC) la base de données choisie.
- (13) C'est selon la définition d'un autre contrat producteur - serveur : Celui qui "assure la définition du produit, c'est-à-dire la forme et le contenu des banques de données".
Souvent, les systèmes exigeront, dans le cadre d'un "comité de coordination", d'être consultés sur cette définition du produit.
- (14) L'intégrateur peut parfois proposer une nouvelle base de données à partir de bases de données plus spécialisées et restant distincte. Ainsi "BDA est une banque de données distincte de banques de données spécialisées, visant une clientèle plus restreinte, essentiellement composée de professionnels de la finance, banques de données qui ne sont pas du domaine de BDA".
- (15) A. Bensoussan, Les contrats télématiques, La télématique, op. cit., T. II, p. 23 et s.
- (16) Lamy, Droit de l'Informatique, n° 1894, p. 926 : "La fonction de

commercialisation est plus classique dans ses manifestations : activité de promotion (publicité, contacts avec la clientèle, ...), passation des contrats avec les clients, formation de ceux-ci devenus utilisateurs, service "après vente", facturation et recouvrement.

Cf. la clause suivante tirée d'un contrat intégrateur - serveur

"X assure les traitements informatiques relatifs à l'exploitation de la base de données :

En interactif :

Mise à disposition de la banques de données aux utilisateurs sous contrat en vigueur.

Cela implique non seulement la gestion du système proprement dit, mais également la disponibilité du langage d'interrogation et du générateur d'états choisis par l'intégrateur, ainsi que la maintenance des moyens téléinformatiques appropriés, afin que le Centre de Traitement Informatique puisse être accessible par tout réseau public français ou international, dans la mesure où les prévisions de revenus le justifient".

- (18) La réalisation de ces logiciels peut être faite par le serveur seul ou en collaboration avec le producteur, ou la personne chargée de la commercialisation.

Le choix des menus, clés d'accès et du logiciel d'interrogation a des conséquences importantes sur la qualité d'accès à une base de données : ainsi, par exemple, un serveur peut permettre l'accès à une banque de données "Entreprises", par mots "écorchés" ou "phonétisation", alors que d'autres obligeront à une rédaction exacte du nom de l'entreprise, le critère d'accès peut s'étendre à la localisation, la forme juridique, le secteur d'activités permettant l'identification de l'entreprise peut être plus ou moins finement défini.

- (19) On ajoutera d'autres motivations, telles celles de confidentialité des interrogations. L'interrogation faite auprès d'un intermédiaire ne révèle pas le nom de l'interrogateur.

Comparer nos réflexions avec celle faite par le GFFIL (op. cit., p. 38 et s.).

Lamy, op. cit, n° 994.

Il ne peut être question dans le cadre de cet exposé d'analyser la licéité des diverses clauses qui assurent le contrôle de ces modes de distribution, au regard notamment du droit de la concurrence ou du principe de la liberté de circulation des produits ou services.

E.U.R.I.P.A., European Information Industry Association, P.O. Box 19, Wilmslow, Cheshire SK9 2. D.I., United Kingdom.

E.U.S.I.D.I.C., European Association of Information Services, P.O. Box 429, London W 4 1 U.J., United Kingdom.

- (24) Cf. les Codes of Practice relatifs à l'Electronic Mail (Novembre 1986) et au Downloading (Août 1986), codes sponsorisés par la DG XIII des Communautés Européennes.

A.N.F.O.V., Associazione Nazionale fornitori di videoinformazione, Via A. Saffi, 18, Torino. L'Anfov est l'auteur d'un Codice di comportamento pour la fourniture d'informations en ligne.

- (26) Le Vidéotex Information Providers' Code of Practice (1983) a été émis par la Vidéotex Industry Association Ltd (1 Chapel Court London, SE 1 1 H4).

- (27) Le Groupement Français des Producteurs d'Informations en Ligne (Rue de Lille, 103, 75007 - PARIS), est à la base de divers travaux synthétisant le point de vue de ses membres.

Sur l'intérêt de ces codes de comportement dans des matières relatives aux nouvelles technologies de l'information, Cf. Monville - Y. Pouillet, La demande finale en télématique, Rapport final FAST, C.E.E. (D.G. XIII), janvier 1987.

J. BING, Data Base Publishing, Rapport Conf. C.C.E., déc. 1986, Comp. la définition proposée par M. Hackemann, Probleme der Online - Nutzung der Downloading Vertrag, Deutscher Dokumentartag, 1984, 526. Cf. la définition plus technique donné par la Fact Sheet C.A.S. Downloading (Chemical Abstract) :

Downloading means capturing information in computer readable form from C.A.S. files, whether the information is made available by C.A.S. directly or by a vendor under a C.A.S. license.

"Downloading also means relating by keying or other means, a computer-readable form of C.A.S. Information from a corresponding printed form or microform.

- (30) Sur toutes ces possibilités, Hackemann, art. cité, 525.

... soulevant ainsi la question compliquée des droits d'auteur sur ces ajouts. Sur cette question difficile, les réflexions de l'O.T.A. dans son rapport Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information, 1986.

Sauf à prévoir pour les bases de données des langages de programmation telles que les données communiquées ne puissent être reclassifiées. Le coût direct et indirect de telles mesures semble disproportionné avec le risque encouru. Parfois même le Downloading est encouragé : "The E.S.A. - I.R.S. Format x has been specially prepared to facilitate the Download of Database material from the E.S.A. - I.R.S. mainframe on the micro-computers, word processors or any form of user private magnetic support".

"Damit steht der Datenbankbetreiber alternativ los vor der TATSACHE, dass er Downloading nicht verhindern kann. Es prägt sich deshalb, ob er das Downloading von Daten verbieten sollte der ob es nicht kleiner ist, Downloading positiv als Dienst anzubieten und so beim Nutzer dass Bewusstsein eines neuen Dienstes zu verschaffen". Hackemann, op. cit. 528. Cf. également à cet égard la déclaration de Excerpta Medica : "More and more users are interested in "Downloading" in order to refuse their search objectives. Excerpta believes it would be useful for users to understand and agree to the present conditions under which Excerpta is willing to permit downloading from its Database" et

celle de Inspec : "We sympathise with the device of users of the Inspec Database to make the most effective use of the capabilities of the new systems and equipment..."

- (34) A cet égard, la compilation impressionnante des "Downloading Policies", proposée par J.A. Benson et B.H. Weinberg, Proceedings of the Congress for Librarians Feb. 18, 1985, Ann Arbor Michigan, Pierian Presse, 1985.

E.U.S.I.D.I.C. Code of Practice and Guidelines, Downloading - August 1986.

C'est le principe défendu par E.U.S.I.D.I.C. et mis en oeuvre par certains serveurs (cf. infra, n° 29).

Comp. nos réflexions à propos de la taxation différenciée des licences de produits de programmes d'ordinateur, in "La protection des programmes d'ordinateurs en droit belge et hollandais", Droit des affaires, 1987, p. 586, n° 26.

A cet égard, en droit belge, F. Gotzen, Het Bestemmingsrecht van de Auteur, Larcier, Bruxelles, 1975; en droit français, Ph. Gaudrat, "Les contrats de fourniture de logiciel. Conséquences contractuelles de la loi du 3 juillet 1985, Droit de l'Informatique, n° 8.

Il est en effet admis qu'une fonction essentielle du droit d'auteur est la faculté pour tout titulaire de calculer les redevances dues en fonction du nombre réel ou probable de représentation et de fixer les conditions de diffusion (Arrêt Cour Justice des Communautés Européennes, Affaire Coditel, Rec., 1980, p. 881 et s., sur cet arrêt, C. Dutrelepon, Les arrêts coditel face au droit interne et au droit européen, J.T., 1984, p. 597 et s.).

Cf. infra n° 25, à propos de la position d'autres systèmes juridiques, tel celui des Etats Unis.

Le nombre potentiel d'utilisateurs simultanés et la possibilité de création d'une base de données personnelles apparaissent comme des critères objectifs.

Ainsi, dans le cadre des règlements C.O.C.O.M.

- (42) Ainsi, dans le cas de Chemical Information System et d'Echo Service (Commission des Communautés Européennes).
- (43) Télésystèmes, Annexe 4 G (publié in Choisy, op. cit., p. 85).

Il s'agit de la doctrine du First Sale. A cet égard, Th. S. WARRICK, Large Databases, Small Computers and Fast Modems..., Online, July 1984, p. 58 et s. et cf. également sur la "First Sale" Doctrine, la réflexion de l'O.T.A., in Intellectual Property Rights in an Age of Electronic and Information, Rapport, April 1986, p. 54 et s.

Cf. les 10 catégories du Code of Practice d'E.U.S.I.D.I.C.

- (46)(47) Les Downloading Policies de Excerpta Medica (N.L.) et de I.N.S.P.E.C. (Institution of Electrical Engineers Station House) (U.K.) sont extraites de l'article de Benson-Weinberg déjà cité. Rejoint le premier type, l'approche faite par Predicast.
- (48) La recommandation 6.18 du Code d'E.U.S.I.D.I.C. stipule : "It is the recommendation of this Code that the basic terms of the licence granted by the owner to the purchaser should allow the retention for an unlimited period of a single copy of the products licensed. This means that once a unit of information has been downloaded, and the appropriate charges paid, the purchaser may retain the information for an unlimited term with the right to unlimited re-use of the single machine readable copy, without further payment to the information owner or the vendor. Within these conditions the licensee may use the information in any way they wish including re-formatting, sorting or merging with other information provided the conditions of clause 6.15 are followed.

On notera que ceci semble donc permettre la constitution d'une base de données personnelle, c'est-à-dire enrichie d'informations propres à l'utilisateur, du moment que conformément à la clause 6.15, l'identification des unités provenant de la base de données soit clairement faite.

Clause 6.20 "This basic licence condition does not extend to

computer systems where the information can be accessed simultaneously by multiple users. The purchaser may not use downloaded information for multiple simultaneous access (either through multi user operating system or through net worked systems) without a separate explicit agreement being made directly between the purchaser and the owner of the information product".

Clause 6.21 : "It is a recommendation of this code that the licensee is forbidden from re-selling the information licensed and is forbidden from any form of redistribution outside the organisation purchasing the licence unless either of these actions is specifically permitted by the owner of the information".

Ainsi, celles reprises en annexe du contrat utilisateur proposé par D.I.A.L.O.G., reprenant celles de plus de 60 producteurs.

Cf. également les clauses publiées par M.G. Choisy; Lamy, Benson et Weinberg.

- (53) A noter dans l'Annexe D.I.A.L.O.G. (Sept. 84) : "The following Databases may not be reproduced, stored in machine readable form, or transmitted in any means, electrical, mechanical, photocopy or otherwise... (suivent les noms d'une vingtaine de produits informationnels)".
Cf. également art. 7 de Téléconsulte.

Télédoc, Le client s'engage à ne pas reproduire à plus de 10 exemplaires.

Par exemple dans le Fact Sheet C.A.S. Downloading, proposé par Chemical Abstracts; Comp. le "Temporary Information Storage" de Mead et le "Downloading from the I.N.S.P.E.C. Database".

Même idée in Excerpta.

- (57) Spidel, art. 2.5., cf les innombrables clauses des contrats reprises par M.G. Choisy et Benson Weinstein.

A noter également dans certains contrats, l'engagement de non concurrence avec le producteur : "The downloaded information may

no be used to create a competitive business database for resale". (Market Data Retrieval - Electronic Yellow Pages - Downloading Policies).

Ainsi Chemical Abstract parle de particuliers ou d'entreprises n'étant pas de "wholly owned subsidiaries", Derwent excepte en outre les "government Agencies".

A noter parmi les rares clauses mentionnant ce problème, celle de Derwent World Patent Index, repris en annexe du Dialog, Database Supplier Terms and Conditions, "Notwithstanding the termination of this contract the searcher's above undertakings and acknowledgements shall continue and remain in full force.

Cf. la définition déjà mentionnée du Downloading par le "Fact Sheet C.A.S. Downloading" de Chemical Abstracts qui permettrait cette création.

On retrouve la même exigence in Psyc Info Permissions.

M.G. Choisy, 42.

Cf. la même clause : "Copyright or source acknowledgement is required for all copied and reprinted information" reprise dans les contrats anglo saxons.

64) Cf. à cet égard, le rapport de M. Bing déjà cité note (29)

Sans vouloir les citer toutes, signalons en ce sens les clauses imposées par l'O.C.D.E., l'O.P.O.C.E., A.N.A.I.S.

Le Code ajoute même : "Any attempt to remove or otherwise disguise such identification should be regarded as a fundamental breach of the agreement between the owner or host service and the purchaser of the information".

Peuvent être considérées comme des applications du Code, les clauses d'Excerpta et d'I.N.S.P.E.C.

Même remarque à propos de E.S.A. - I.R.S. (art. 8) : "The user shall not use the downloaded data to combine with others information

to create a consolidated file to be offered online or in any other way to third parties.

Cf. l'extrait de la correspondance avec Lois Ann Colaianni publié in Benson Weinberg, p. 91.

Cette information sera due d'autant plus qu'une autorisation du producteur sera nécessaire pour cette commercialisation contractuellement interdite.

(Cf. à cet égard, les clauses C.N.R.S. lab, F.R.A.N.C.I.S., C.I.S.I., etc.).

E.U.S.I.D.I.C. Code Provision déjà cité.

Même solution in Fact Sheet C.A.S. Downloading : "Annual Agreement permits continued downloading for that year. If the renewable fee is not paid, the customer may still retain and use previously downloaded information".

Hackemann, op. cit., 536.

72) M.G. Choisy, op. cit. p. 42

Pour s'en rendre compte, il suffit de lire la phrase d'introduction de la plupart des restrictions d'utilisation reprises en Annexe du contrat utilisateur Dialog.

On notera en outre la réponse faite par le Marketing Manager de Dialog à Benson et Weinberg (art. cité, p. 78) : "Dialog does not have a formal policy on downloading. It is each customer's responsibility to use information in accordance with the general terms of copyright law...". A cet égard, également, les réflexions de J.J. Beard (Copyright Law and Downloading, Proceedings of the Congress for Librarians, feb. 18, 1985, Pieran Press, 1985, 61 et s. qui étudie comment les clauses reprises ci-dessus constituent des aménagements de la doctrine du "fair use" (équivalent dans nos droits continentaux, du principe de l'admissibilité de la copie privée).

Cf. cependant par exemple l'article 8 du Contrat Télésystèmes qui affirme : "La propriété intellectuelle des bases de données, et les informations qu'elles contiennent, des produits dérivés et des

documents d'utilisation, appartient exclusivement Producteurs de ces bases".

- (75) Sur cette question, notamment le rapport de J. Bing.
- (76) En effet ne sont-ce pas des copies privées?
Le Code E.U.S.I.D.I.C. fait écho à cette incertitude : "Because changes to an information product can be made quickly and relatively cheaply with the aid of computer technology, the protection of copyright laws are of limited relevance since they assume print as the medium for publication and rely largely on the compilation and presentation of information rather than its content".
- (77) A cet égard, les travaux du G.I.D. (Frankfurt) repris in Hackemann - Scheller, (op. cit., 150 et s.).
- (78) L'A.L.A. rassemble outre les bibliothèques, c'est-à-dire les brokers, les principaux producteurs de bases de données scientifiques.
- (79) Dès 1975, l'A.L.A. recommandait une protection de la confidentialité des interrogations "from lesers by Agents of local, state and federal governments".
Sur les divers actions menées par l'A.L.A. en cette manière, lire M.K. Isbel et M. K. Cook, Confidentiality of Online Bibliographic Searches, Attitudes and Practices, R.Q., Summer 86, p. 483 et s.
- (80) Exemple rapporté par une personne interrogée, travaillant dans un laboratoire en cryptographie, l'ingénieur est appelé par le patron pour avoir :
1. à justifier sa consommation jugée "excessive" de bases de données scientifiques;
2. à justifier l'interrogation d'un programme de jeux-vidéo installé par MINITEL.
- (81) Suivant le titre même du rapport de l'O.T.A., Electronic Surveillance and Civil Liberties, Octobre 1985.
- (82) Cf. la recommandation de la C.N.I.L. relative

"autocommutateurs" (5e rapport cité, pp. 139 et 140).

Pour une discussion plus détaillée de cette question, Y. Pouillet, Privacy and Electronic Press, Rapport Legal Observatory, Janvier 1987.

Ainsi, le Luxembourg, le Danemark, l'Autriche, la Norvège et l'Islande.

Ainsi, la Convention du Conseil de l'Europe et les principes directeurs de l'O.C.D.E.

Pour une discussion de l'applicabilité des législations protectrices des données aux personnes morales, P. et Y. Pouillet, Applicabilité aux entreprises d'une législation protectrice des données, in Banques de Données, Entreprises, Vie Privée, Actes du Colloque de Namur, Bruxelles, 1980.

"Les conséquences de la diffusion d'informations incomplètes, fausses ou non à jour (par exemple sur la solvabilité d'une entreprise) peuvent entraîner pour cette dernière des conséquences fâcheuses", (Y. Pouillet, Rapport cité).

A cet égard, les remarques de Flaherty, Privacy in two ways electronic services, London, 1985.

En particulier, l'article 9 du Staatsvertrag allemand relatif à l'introduction du Bildschirmtext. Sur ce point, Cl. Monville, Y. Pouillet, La demande finale en télématique, Rapport final, FAST, Janvier 1987.

- (89bis) On conçoit aisément que les entreprises utilisatrices désirent protéger, contre toute divulgation à des tiers, voire contre toute utilisation interne (sauf pour des raisons pertinentes : marketing), les données résultant de l'utilisation de la base. Certaines clauses de confidentialité existent dans les contrats utilisateurs et certains auteurs vont même jusqu'à parler de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle de l'utilisateur sur son mode d'utilisation des bases de données. Ainsi, on trouve

actuellement dans les contrats, trop rarement à notre avis, des clauses du type suivant : "L'Agence garantit qu'elle prend toutes les mesures raisonnables pour assurer la confidentialité des recherches du client et, notamment, qu'elle ne transmettra pas les résultats de ces recherches à des tiers sauf, s'il existe une autorisation écrite spécifique du Client à ce sujet".

La reconnaissance du droit à la confidentialité des interrogations pourrait se faire dans un premier temps par la promulgation de codes de conduites adoptés par ces "agences de renseignements", lesquelles ouvriraient à tous les fichés le droit d'interroger leurs bases de données en ce qui concerne les informations de base mais non les informations (résultat : ex. : valeur de crédit d'une entreprise) à leur propos.

Il n'est pas certain que la promulgation de tels codes de conduite soient suffisants. outre le fait que le contenu est élaboré par les intéressés eux-mêmes, leur valeur juridique est limitée : il s'agit de simples standards professionnels et surtout, la sanction de leur non respect n'est pas évidente à définir, l'entreprise fichée pouvant être un tiers, c'est-à-dire n'avoir aucune relation contractuelle avec la banque de données (Flaherty, *Protecting Privacy in Two ways Electronic Services*, London, 1985).

- (90) Pour l'application de la législation allemande, cf. les remarques faites par Goebel et alii, op. cit., 148 et s.
- (91) A cet égard, les clauses du "Muster für Allgemeine Bedingungen für den Dialogteilnehmer" publiées in Goebel et alii, op. cit., p. 271.

6.2. "Von Dialogteilnehmer gesicherte Fragestellungen und Profile werden ubenfalls maschinenlesbar gespeichert und im Auftrag des Dialogteilnehmers machinell varerbeitet".

6.3. "Anschriften, Fragestellungen und Profiles des Dialog-teilnehmers werden von den Fachinformation Zentren vertraulich behandelt. Bei einer Benutzung der Datenbank werken Name und Anschrift des Dialogteilnehmers an, für firmeinterne Zwecke, insbesondere zur Kundenbetreuung weitergegeben".

- (92) On note que les références des contrats utilisateurs à ces

législations sont rares. Nous en avons cependant trouvé dans des conventions allemandes. Cf. par exemple la clause 6.1. du Muster für "Allgemeine Bedingungen für den Dialogteilnehmerdienst" publiée en annexe de l'ouvrage de Goebel, Hofer-Frey, Scheller, op. cit., p. 271 : "Der Dialogteilnehmer wird hiermit gemäss N 26 Abs. 1 des B.D.S.G. davon unterrichtet, dass die Fachinformationszentren seine vollständige Anschrift in maschinenelesbarer Form Speicher und für Aufgaben, die sich aus dem Auftrag ergeben, maschinell verarbeiten".

(99) G.F.F. L., rapport cité, p. 65.

Cf. à cet égard, not. P. Lambert, Le secret professionnel, Bruxelles, 1985.

En droit anglais, il n'y aura de toute façon qu'une responsabilité civile.

Comp. art. 458 du Code Pénal Belge étayé de décisions jurisprudentielles à propos des courtiers d'assurance, de juristes d'entreprise.

Comp. avec les réflexions sur la législation privacy, supra n° 50. La question est cependant discutée, certaines décisions françaises ont condamné des banquiers sur base de l'article 378 à propos de la violation de secrets d'affaire.

A cet égard pour une interprétation restrictive des personnes tenues au secret professionnel, P. Lambert, op. cit., p. 144 et s. Cf. son raisonnement largement.

Op. cit., 276. Lambert précise même qu'il doit s'agit de confidents nécessaires "dont le ministère est imposé par la loi".

(100) A cet égard, les clauses analysées par M.G. Choisy, op. cit., p. 31, Bureau M. van Dyck, Etude des clauses proposées par les serveurs DIANE, Clause 6.

(101) Nous reviendrons plus loin sur les clauses présentes dans les contrats producteurs-serveurs lorsque le serveur a conclu le

contrat utilisateur.

L'engagement est souvent de résultat, encore que les clauses de responsabilité limitent très nettement la sanction possible, parfois de moyens : "The Agency takes all reasonable measures to ensure the confidentiality of the User's searches and in particular will not release the results of such searches" (E.S.A. - I.R.S.). A noter dans un autre contrat, l'exonération du serveur pour fait de ses employés (TELECONSULTE).

- (102) M.G. Choisy, op. cit., p. 31
- (103) Ainsi, l'intérêt que pourrait avoir une banque, broker, de traiter les interrogations d'un client pour évaluer sa stratégie commerciale, sa valeur de crédit, etc.
- (104) Les besoins du client s'étendent-ils à la possibilité de contester les factures? Il est clair que la formule vague utilisée par Data Star ne permet pas de répondre à cette question.
- (105) La facturation n'est pas reprise.
- (106) "(A la fin du contrat), l'ensemble des informations du client existant dans l'ensemble des systèmes informatiques de C.I.S.I. sera détruit" (C.I.S.I.).
- (107) On note que lorsque l'interrogation a lieu auprès d'un broker, l'utilisateur peut souhaiter de même qu'il n'y ait pas de transmission du détail de ses interrogations aux serveurs (cf. supra).
- (108) Télésystèmes, C.N.E.X.O
- (109) G. CAM.
- (110) .N.K.A.
- (1) BELINDIS.

- (112) On note dans une autre clause dans le même contrat "X informera Y, sur une base périodique à définir, des actions commerciales qu'elle entreprend. C communiquera à chaque fin de mois les fichiers clientèles ainsi que les comptes rendus des réclamations formulées par les utilisateurs".
- (113) G.F.F.I.L., rapport cité, p. 140