

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000

Montero, Etienne

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
1998

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 1998, 'Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000', *Journal des Tribunaux*, numéro 5854, pp. 369-374.

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.



LES PROGRAMMES D'ORDINATEUR ET LE PASSAGE A L'AN 2000 ⁽¹⁾

INTRODUCTION

1. — Exposé du problème : vers un nouveau millénarisme ? — L'approche de l'an 2000 suscite crainte et frayeur, comme à la fin du premier millénaire. Mais, cette fois, l'inquiétude est plus prosaïque : elle concerne nos systèmes informatiques qui risquent de flancher lors du passage du 31 décembre 1999 au 1^{er} janvier 2000.

Un grand nombre de logiciels comportent, en effet, des techniques de datation uniquement composées d'une séquence de trois fois deux chiffres : pour le jour, le mois et le millésime. Aussi les systèmes informatiques, qui utilisent des dates, nous réservent-ils des surprises pour le tournant de l'an 2000 : des retours dans le passé (l'an 2000, représenté par 00, sera considéré comme étant 1970, 1980... suivant le choix de chaque constructeur), des erreurs dans les relations d'ordre temporel, etc. Toutes les informations tributaires du facteur temps pourront être affectées. Les conséquences seront diversifiées : des actions périodiques seront réalisées au mauvais moment; des traitements informatiques pourront ne pas être effectués; des contrôles d'accès pourront fonctionner différemment par rapport aux attentes...; des documents, des fichiers seront détruits par erreur (ex. une sauvegarde du 1^{er} janvier [20]00 pourra être considérée comme antérieure à celle du 31 décembre [19]99)...

L'ampleur du problème est immense étant donné l'omniprésence de l'ordinateur et des systèmes de traitement de données dans tous les secteurs. En outre, il est loin d'être aisé à résoudre : il faut localiser les dates et, à cet effet, lire chaque ligne de code afin de réaliser les corrections nécessaires. Comme il n'est pas exceptionnel pour une entreprise de disposer de plusieurs dizaines de millions de lignes de code, on devine le temps qu'il faudra pour les examiner toutes : le nombre de personnes et d'heures de travail nécessaires et, en conséquence, le coût de l'opération, seront souvent énormes. On sait,

du reste, que des corrections d'erreurs, même minimes, d'un logiciel peuvent entraîner d'autres erreurs...

Des difficultés surgiront avant que l'an 2000 arrive. Il en sera ainsi toutes les fois qu'un programme, pour quelque raison que ce soit, utilise des dates dans le futur. Des problèmes se sont d'ores et déjà posés, notamment en ce qui concerne des cartes de crédit dont la date d'expiration est l'an 2000 (2).

Des groupes d'étude et autres initiatives voient le jour, à tous les niveaux, pour réfléchir à ce problème complexe (3). La question posée aux juristes est de savoir, très pratiquement, qui, du fournisseur, de l'utilisateur, ou des deux, doit prendre en charge le coût des adaptations des logiciels pour qu'ils puissent fonctionner après le 1^{er} janvier 2000. Nous nous bornerons, pour notre part, à un examen de certains aspects du problème sous l'angle du droit commun des obligations et des contrats.

2. — Les causes du problème. — La situation actuelle trouve son origine dans un certain contexte technique et psychologique, qui condi-

(2) Aux Etats-Unis, on peut citer l'affaire suivante, portée en justice au mois d'août dernier. Le demandeur est un distributeur de produits, Produce Palace International, établi à Détroit. L'action est dirigée contre la société T.E.C.-America, un fabricant de caisses-enregistreuses et All American cash Register, son distributeur local. Le partie demanderesse a constaté que les caisses enregistreuses de la firme T.E.C. ne peuvent reconnaître une carte de crédit dont la date d'expiration est l'an 2000. Plus de 105 opérations ont été refusées et la demanderesse affirme avoir placé, sans succès, plus de 150 appels de service auprès des défendeurs. Elle réclame 10.000 \$ à titre de dommages et intérêts en réparation du dommage subi.

(3) On mentionne notamment : la circulaire du 8 janvier 1997 émanant des services du premier ministre et du ministère de la Fonction publique, « Passage à l'an 2000 - Impact sur les systèmes d'information de l'administration fédérale », M.B., 18 janv. 1997, p. 1001; la création, à l'initiative de la Commission européenne, d'un site Internet destiné à rassembler de l'information sur la question (<http://www.cordis.lu/esprit/src/y2keuro.htm>). En doctrine, voy. F. Dupuis-Toubol, I. Gavanon, S. Lemarchand, « Passage à l'an 2000 et à la monnaie unique », *Expertises*, n° 200, 1997, pp. 120-136; J. Angel, G. Stedman, « The "Year 2000", and computer programs », C.L.S.R., 1996, pp. 368-371.

(1) Texte légèrement remanié du rapport présenté au colloque relatif aux contrats de l'informatique, organisé par l'E.F.E., à Bruxelles, les 2-3 décembre 1997.

SOMMAIRE

- Les programmes d'ordinateur et le passage à l'an 2000, par E. Montero 369
- La vie du droit :
Exception de jeu et paris hippiques,
par C. Goux 375
- Contrat de travail - Rupture - Astreinte -
Convention Benelux
du 26 novembre 1973 portant loi uniforme
relative à l'astreinte, article 3 -
Article 1385bis du Code judiciaire
(C.J. Benelux, 20 octobre 1997) 379
- Concession de vente exclusive -
Concession à durée indéterminée -
Résiliation unilatérale - Indemnité -
Stock de pièces de rechange
et véhicules neufs - Reprise
(Cass., 1^{re} ch., 31 octobre 1997) 380
- I. Conseil d'Etat - Référé administratif -
Demande de suspension ordinaire -
Demande de suspension d'extrême urgence
- II. Agents publics - Procédure
disciplinaire - Droits de la défense
(Cons. Etat, 6^e ch. réf.,
14 janvier 1998) 380
- Paris hippiques - Chevaux courant
en France - Règlement
(Bruxelles, 4^e ch., 4 février 1997,
observations de C. Goux) 382
- Assurances - Défense en justice -
Obligation de l'assureur
(Comm. Bruxelles, 11^e ch.,
17 février 1998) 386
- Chronique judiciaire :
Conseillers suppléants et résorption
de l'arriéré judiciaire à la cour d'appel
de Bruxelles - Dates retenues.

998
369

LARCIER
Rue des Minimes, 39 - 1000 Bruxelles
Fax (010) 48.26.50

*Vous ne recevez pas
notre publicité ? N'hésitez pas à
nous communiquer vos nom
et adresse et vos centres d'intérêt
en matière juridique*

tionne peu ou prou l'analyse juridique du problème.

Il s'agissait, dans les années soixante-septante, d'*économiser la mémoire* des ordinateurs, qui était rare et coûteuse. En choisissant à l'époque de programmer les dates à deux chiffres au lieu de quatre, la diminution des coûts a été préférée à la précision. Confrontés à la nécessité de payer parfois plusieurs millions supplémentaires pour une programmation des quatre chiffres de l'année — qui n'allait révéler leur utilité que dans trente ans —, de nombreux clients ont opté pour une programmation plus économique à deux dates.

Il apparaît aujourd'hui que les programmes ont eu, bien souvent, une *durée de vie largement supérieure* à ce que l'on prévoyait dans les années soixante. On utilise encore actuellement beaucoup de vieux programmes. Par ailleurs, des applications récentes incorporent des programmations conçues dans les débuts de l'informatique.

La *grande mobilité des professionnels de l'informatique* n'a rien arrangé : pourquoi s'angoisser à propos d'un problème qui ne se révélera que dans plusieurs années au moment où on occupera vraisemblablement un autre emploi ?

Le problème se complique encore par le fait que nombre de logiciels furent — et sont encore trop souvent — *développés sans rigueur méthodologique*, au hasard des intuitions, sans commentaire et, partant, sans la production d'une bonne documentation.

3. — **Premier tour d'horizon des remèdes possibles.** — L'absence de prise en compte du passage au troisième millénaire est susceptible de justifier la mise en œuvre de divers types de recours et régimes juridiques. Il est évident que les chances d'aboutir ne sont pas égales quel que soit le remède envisagé. Tous ne présentent pas le même intérêt, tous n'ont pas des effets identiques. L'utilisateur de logiciels a donc avantage à bien réfléchir à la *stratégie* qu'il va adopter en fonction des circonstances particulières qui sont les siennes : types de logiciels dont il dispose, l'ancienneté de chacun d'eux, nature des contrats en cours, etc. Il va de soi également que chaque situation est particulière et réclame une analyse et des réponses propres. Cependant, des pistes de réflexion et des critères d'appréciation peuvent être proposés, tel est l'objet de la présente étude.

Et tout d'abord, il nous semble qu'en principe, on peut établir un certain ordre dans la manière de procéder ou, pour le dire autrement, une hiérarchie dans les remèdes ou recours à envisager.

On conseille, très pratiquement, de commencer par l'établissement d'un état des lieux : il s'agit d'inventorier les programmes qui tournent dans l'entreprise pour repérer, tant que faire se peut, ceux qui sont concernés par le passage à l'an 2000. Il faut, à cet égard, dissiper un fréquent malentendu : le fait qu'un logiciel ne soit pas apte à traiter correctement des dates postérieures au 31 décembre 1999 peut n'entraîner en rien son bon fonctionnement après cette date.

Ensuite, à l'encontre d'une mauvaise tentation souvent observée, on souligne l'intérêt d'envisager d'abord le problème sous l'angle contractuel, avant de songer à lancer des assignations en responsabilité. Une des conditions de la res-

ponsabilité est la survenance d'un dommage, ce qui, le plus souvent, n'est pas encore le cas. En réalité, dans un premier temps, la question la plus urgente n'est pas de savoir qui est responsable, mais plutôt qui va réaliser l'adaptation des logiciels et sur qui reposera le coût de l'opération (4). Donc, le premier réflexe de tout utilisateur doit être *d'aller voir ses contrats*.

Ainsi, il se peut qu'un logiciel, récemment acquis, soit toujours couvert par la *garantie conventionnelle de bon fonctionnement*, auquel cas le fournisseur pourrait être tenu, à ce titre, de remédier au problème. Ce genre de garantie contractuelle prévoit généralement, pendant une durée de six à douze mois, la correction ou la suppression, sans frais, de tous types d'anomalies, erreurs ou défauts de fonctionnement. Il est donc clair que l'utilisateur devrait trouver satisfaction sans bourse délier. Cependant, l'hypothèse est peu probable car, dès à présent, toutes les parties sont suffisamment conscientes du problème pour exiger, d'un côté, et offrir, de l'autre, une garantie de conformité « an 2000 » du programme livré (5).

Au-delà de la période de garantie conventionnelle, l'utilisateur sera normalement bien avisé de se tourner vers ses éventuels *contrats de maintenance*. Il devrait y trouver, dans la plupart des cas, sinon une solution limpide à son problème, à tout le moins des éléments de nature à constituer une bonne base de discussion avec le prestataire des services de maintenance. Le reste est, comme on le verra, affaire d'interprétation, de négociation, voire d'arbitrage. A défaut de contrat de maintenance ou en cas de différend conduisant à une situation de blocage, l'utilisateur peut songer à la voie contentieuse — comme à un pis-aller. Divers types de recours s'offrent à lui.

L'inaptitude d'un logiciel à passer l'an 2000 pourrait amener l'utilisateur à *demander l'annulation du contrat*, en considérant, rétrospectivement, qu'au moment de la formation de celui-ci, son consentement s'est trouvé affecté d'une erreur, éventuellement consécutive à une réticence dolosive, portant sur les qualités substantielles du programme (art. 1110, C. civ.). Pour un logiciel plutôt ancien, mis de longue date à disposition de l'utilisateur, il est permis d'estimer que sa capacité à franchir le cap de l'an 2000 n'aura normalement pas constitué une qualité expressément ou tacitement convenue (que du contraire, bien souvent !) et n'aura pas un caractère déterminant sur le consentement. En outre, à l'instar de C. Le Stanc, « nous ne pensons pas que cette démarche puisse être accueillie après plusieurs années de jouissance somme toute paisible » (6). On ajoutera qu'il ne semble pas avantageux pour l'utilisateur de

(4) Même s'il est vrai que la réponse à cette dernière question peut dépendre du sentiment qu'a le fournisseur d'être responsable ou non du problème.

(5) Dans les contrats de fourniture, on trouve désormais une clause du genre : « Toutes les sorties, données ou résultats impliquant des dates de quelque manière que ce soit, seront en conformité avec le passage à l'an 2000. Nonobstant toute disposition du présent contrat, dans le cas où le logiciel objet des présentes ne serait pas apte à gérer le passage à l'an 2000, toute limitation de responsabilité du fournisseur sera privée d'effet ».

(6) C. Le Stanc, « Le logiciel au 1^{er} janvier 2000 », *Lamy droit de l'informatique*, n° 88, 1, 1997, p. 2.

se placer sur le terrain des vices de consentement car, à moins de prouver une faute dans le chef du fournisseur, le seul établissement de sa propre erreur ne déboucherait que sur l'annulation de la convention sans qu'il puisse obtenir aucune forme de réparation (7).

Dans les hypothèses où il se serait fait assister par un consultant ou expert avec lequel un *contrat de conseil* aurait été conclu, l'utilisateur peut songer à introduire, sur cette base, un recours en responsabilité. La détermination de l'étendue de la responsabilité — si, du moins, cette dernière est avérée — passe évidemment par une analyse serrée des termes du contrat.

Parmi les autres recours possibles, l'utilisateur peut encore agir en responsabilité du chef de *non-conformité*, à moins de faire valoir — lorsque la qualification du contrat concerné l'y autorise — la *garantie contre les vices cachés*.

La question peut aussi être envisagée en termes de non-respect de l'obligation de renseignement ou de mise en garde qui pèse, comme on sait, sur le fournisseur, non seulement durant la phase pré-contractuelle, mais aussi au cours de l'exécution du contrat. D'autres recours d'intérêt mineur existent encore, qu'il nous faudra examiner, fût-ce sommairement.

Cette première vue d'ensemble ayant permis de nous situer, on peut passer à une analyse plus détaillée. On examine, tour à tour, les différents fondements dont pourrait se prévaloir l'utilisateur pour tenter de faire prendre en charge par le fournisseur les corrections, adaptations et/ou développements nécessaires pour le passage à l'an 2000 et les éventuelles parades de ses interlocuteurs. Ces fondements peuvent être de nature contractuelle (obligations de conformité et de garantie, contrats de maintenance) ou extra-contractuelle (obligation d'information, responsabilité du fait des produits défectueux, loi du 30 juin 1994 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur).

I. — LES FONDEMENTS DE NATURE CONTRACTUELLE

4. — **Obligations de conformité et de garantie.** — La possibilité d'exercer une action du chef de non-conformité ou en garantie des vices cachés dépend de la qualification du contrat (8).

Aux yeux d'une doctrine unanime, le contrat de développement de logiciel sur mesure s'analyse en un *contrat d'entreprise*. La question de la qualification des contrats relatifs à la mise à disposition d'un logiciel standard est, elle, vivement controversée. Ces contrats s'analysent rarement en une *vente* (à défaut de mutation de

(7) A ce propos, *ad generalia*, M. Vivant, C. Le Stanc et autres, *Lamy droit de l'informatique - Informatique-Multimedia-Réseaux-Internet*, éd. 1997, n° 1122.

(8) Pour une discussion approfondie de la question et de nombreuses références, voy. E. Davio, E. Montero, *Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise*, livre 37, « Guide juridique de l'entreprise », 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 1996, pp. 28-35.

propriété), parfois en un *louage de chose* (concession, pour un temps, d'un simple droit d'usage) et, plus classiquement, en un *contrat sui generis* (« licences d'utilisation » qui ne présentent les caractéristiques d'aucun contrat nommé). Mais il existe aussi toutes sortes de situations complexes dans lesquelles diverses prestations de nature distincte (livraison de matériel + licences d'utilisation portant sur des progiciels + développements spécifiques + services de maintenance, etc.) s'articulent au sein d'un même contrat global, qui peut recevoir une *qualification unique*. Dans cette hypothèse, on retiendra d'ordinaire celle attachée à la prestation jugée la plus significative en fonction de divers critères : il s'agira, habituellement, tantôt d'une vente, tantôt d'un louage d'ouvrage. A moins d'adopter des qualifications partielles propres à chacune des prestations et d'affirmer la pluralité des régimes : c'est l'hypothèse dite du « contrat mixte ». En résumé, on aura le plus souvent affaire à un contrat *sui generis* ou à un louage d'ouvrage, les qualifications de vente ou de louage de chose demeurant, elles, relativement marginales.

Comme chacun sait, la garantie des vices cachés ne s'applique qu'en matière de vente (art. 1641 et s., C. civ.) ou de bail (art. 1721, C. civ.) (9). Après une période d'hésitations (10), on considère généralement que cette institution s'applique au logiciel pour couvrir non seulement les défauts du support matériel, mais aussi les erreurs de conception ou de programmation (11).

L'incapacité d'un logiciel à négocier le tournant de l'an 2000 peut-elle être regardée comme un vice caché au sens des garanties légales susvisées ? Il faut souligner l'intérêt marginal de ce type de recours étant donné la rareté des ventes (et des louages de choses) en matière de logiciel. Au demeurant, pourra-t-on parler de « vice » au sens du Code civil, alors que la programmation à deux digits a souvent été un choix délibéré, motivé par un souci d'économie, et convenu d'un commun accord ? Il est permis d'en douter. On sait que la Cour de cassation, suivie par les juridictions de fond, adhère à la théorie fonctionnelle du vice selon laquelle il suffit que la chose, même exempte de tout défaut structurel, soit impropre à l'usage auquel à la connaissance du vendeur, l'acheteur la destine (12). Une semblable con-

ception du vice prévaut en matière de bail (13). Il en résulte que le vice de la chose s'apprécie par rapport à la fonction qu'elle doit remplir. Or, la plupart des logiciels posant problème à l'approche de l'an 2000 ont été conçus et développés conformément aux standards et usages de l'industrie informatique, pour les raisons techniques et économiques déjà évoquées. On peut donc penser qu'en principe, il ne s'agit pas d'une erreur de conception ou de programmation, ni d'un quelconque défaut empêchant l'applicatif de remplir une fonction déterminée, mais de l'absence d'une spécification par suite d'un choix conscient (14). L'analyse est probablement différente, comme on le verra, lorsque la question est envisagée sous l'angle des contrats de maintenance (*infra*, n° 5).

Est-il plus judicieux d'invoquer la violation de l'obligation de délivrance d'un objet conforme ? Il n'est pas sûr que le recours serait admis après la réception, censée purger les vices de conformité (15). Difficile, du reste, d'estimer soudainement non conforme un programme qui aurait donné satisfaction de nombreuses années durant. La jurisprudence a considéré, à plusieurs reprises, que dès l'instant où le client a commencé à utiliser le système, à l'issue des tests, il est censé avoir agréé tacitement les produits informatiques livrés et renoncé à tous les recours du chef de non-conformité (16). Il n'est pas acquis, de toute façon, que l'aptitude du logiciel à passer l'an 2000 est, en toute hypothèse, une obligation convenue et, à défaut, *implicite*, sauf peut-être pour des logiciels plus récents.

L'éventuelle mise en cause de la responsabilité pour vice caché après réception, désormais admise dans le cadre des contrats de service (louage d'ouvrage, contrat *sui generis*), est, en principe, subordonnée à la preuve d'une faute, peu probable en l'espèce, du fournisseur (17).

(13) H. De Page, *Traité*, IV, p. 611, n° 622.

(14) On pourrait soutenir aussi que le prétendu vice a toujours été apparent et qu'il a donc été purgé au moment de la réception (art. 1642, C. civ.). Par ailleurs, l'action en garantie des vices cachés doit être introduite dans un bref délai (art. 1648, C. civ.), qui, selon la jurisprudence dominante, commence à courir à compter du moment de la découverte du vice par l'acheteur. Le problème des dates étant, depuis plusieurs mois, de notoriété publique (articles parus dans la grande presse et dans des publications spécialisées, conférences et colloques organisés sur le sujet, etc.), les utilisateurs souhaitant introduire une action sur pied de l'article 1641 du Code civil ont intérêt à agir sans plus tarder.

(15) A propos des controverses relatives au domaine respectif de l'action en non-conformité et de la garantie des vices cachés, voy. A. Meinertzhagen-Limpens, « La vente : erreur, non-conformité et vices cachés », *R.G.D.C.*, 1993/3, pp. 197 et s., et pour une évaluation des solutions en matière informatique, E. Montero, « Conformité et garantie contre les vices cachés dans la vente de produits informatiques », note sous Liège, 8 mai 1992, *R.R.D.*, n° 70, 1994, pp. 189 et s.

(16) Par ex., Liège, 11 févr. 1993, *D.I.T.*, 1993/4, p. 56, note E. Montero.

(17) Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1125; Cass., 15 sept. 1994, *J.T.*, 1995, p. 68. A ce sujet et pour plus de nuances, voy. notam., P.-A. Forières, « La responsabilité de l'entrepreneur après réception - Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1985 », *Enr. et dr.*, 1988, pp. 261 et s.; C. Jassogne, « La garantie découlant des contrats

Nous sommes réticent à l'idée d'admettre qu'en toute hypothèse, quelle que fût l'époque de conception, le fournisseur aurait commis une faute pour ne pas avoir anticipé/prévu les difficultés liées au passage à l'an 2000. Un des critères évidents d'appréciation sera la date de conception de l'application. Pour les applications un tant soit peu anciennes, on ne peut pas considérer, à notre avis, qu'en l'absence de spécification particulière, le bon passage à l'an 2000 était implicite à telle enseigne qu'un manquement à cet égard serait, en soi, constitutif de faute.

5. — **Les contrats de maintenance.** — Il va de soi qu'un des premiers réflexes de l'utilisateur doit être de se tourner vers ses contrats de maintenance. Quant à savoir si l'utilisateur peut s'y référer pour obtenir que ses logiciels soient rendus aptes à passer, avec bonheur, le cap de l'an 2000, tout dépend des termes des contrats et des circonstances d'espèce.

La pratique est loin d'être homogène en la matière (18). Divers types de prestations sont rangés sous la commune dénomination de maintenance — ou « suivi » — de logiciel (19). Tantôt il est surtout question de former l'utilisateur à l'usage des applications et de lui procurer une aide à la mise en route, tantôt il s'agit de fournir une assistance technique dont les modalités peuvent varier (instructions données par téléphone, envoi d'un technicien sur place pour un redémarrage du système...). *Stricto sensu*, la maintenance d'un logiciel vise à supprimer les défauts de celui-ci et à le conserver en bon état de fonctionnement. De l'aveu même des spécialistes, tous les logiciels — spécialement ceux développés sur mesure — contiennent des « bogues » (la communauté informatique préfère ce vocable à celui de « erreur » ou de « défaut » !). Aussi un auteur a-t-il pu écrire qu'« un logiciel sans erreur est comme une abstraction pure, une vue de l'esprit, un peu comme le zéro absolu de la thermo-dynamique » (20). Il s'en suit que la plupart des contrats de maintenance privilégient l'aspect correction des erreurs. La maintenance-adaptation, quant à elle, couvre les modifications à apporter au logiciel en vue de l'adapter à un nouvel environnement réglementaire (changement de dispositions salariales, comptables, fiscales...) ou technique (extension de la configuration informatique, nouvelle version du système d'exploitation...). On parle parfois aussi de maintenance-évolution pour désigner la prise en charge des besoins nouveaux

(9) Nous ne pensons pas que l'obligation d'entretien (art. 1719, 2° C. civ.), en tant que telle, puisse jouer un grand rôle dans les contrats de logiciel dès lors que celle-ci se trouve aménagée par le biais d'un contrat de maintenance.

(10) Se sont prononcés contre l'application de la garantie légale au logiciel : H. Croze et Y. Bismuth, « Le contrat dit de licence de logiciel », *J.C.P.*, E. 1986, II, 14659, n° 31, p. 126; F. Toubol, *Le logiciel - Analyse juridique*, Paris, Feduci-L.G.D.J., 1986, p. 136, n° 157.

(11) D. Delaval, « La responsabilité du créateur de logiciel et ses limites », *Gaz. Pal.*, 1992, p. 4; J. Huet, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Paris, Litec, 1987, pp. 106-107, n° 118-119; C. Laroche-Vidal, « Cette obscure clarté - Un coup de projecteur sur les vices cachés », *Expertises*, n° 155, 1988, p. 124; M. Vivant, C. Le Stanc et alii, *op. cit.*, spéc. n° 1127.

(12) A ce sujet, E. Montero, X. Thunis, *La vente*, livre 32, « Guide juridique de l'entreprise », 2° éd., Bruxelles, Kluwer, 1996, pp. 29 et s., et les réf.

d'entreprise : plus de 25 ans d'hésitations en doctrine et jurisprudence ! », *Ann. Dr. Liège*, 1988, pp. 252-270.

(18) A ce sujet, G. Dewulf, M. Schauss, R. Lesuisse, *La maintenance de logiciel - Aspects juridiques et techniques*, Cahiers du C.R.I.D., n° 3, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, spéc. p. 55; M. Vivant, C. Le Stanc et autres, *Lamy droit de l'informatique - Informatique - Multimedia - Réseaux - Internet*, éd. 1997, n° 1285 et s.

(19) D'autres appellations peuvent être rencontrées telles que « contrat de support » ou « contrat d'assistance technique »...

(20) J.-T. Schwartz, « An Overview of Bugs », in R. Rustin (éd.), *Debugging Techniques in Large Systems*, New Jersey, Englewood Cliff, 1971, p. 1-16, cité par R. Lesuisse, « Aspects techniques de la maintenance de logiciel », *La maintenance de logiciel*, *op. cit.*, p. 9.

exprimés par le client. Le prestataire est amené, à ce titre, à étendre les capacités du logiciel ou à l'améliorer.

On peut se demander si les prestations nécessaires pour résoudre le problème posé ressortissent à la maintenance-correction, à la maintenance-adaptation ou encore à la maintenance-évolution. La terminologie utilisée est fluctuante, les distinctions suggérées sont loin d'être nettes : sans prêter une trop grande attention aux intitulés, il faut donc se reporter aux contrats pour vérifier les types de services prévus concrètement.

Il nous semble que, vraisemblablement, on n'a pas affaire à une maintenance évolutive : sauf à dénaturer complètement le sens des mots, cette dernière prend en charge les extensions de logiciel, l'ajout de capacités, grâce à de nouveaux développements. Or, ce n'est pas ce dont il s'agit ici. Au demeurant, la prise en compte des besoins nouveaux sort, en principe, du champ contractuel initial puisque l'objet de la demande est encore indéterminé. Les contrats qui envisagent l'hypothèse d'une maintenance-évolution se bornent habituellement à proposer une procédure fixant les conditions auxquelles seront satisfaites les exigences nouvelles du client (21). Il n'est pas davantage question d'adapter les programmes à une nouvelle législation ou à un changement de la configuration informatique.

L'incapacité d'un système à opérer le passage au 1^{er} janvier 2000 relève plutôt, selon nous, de la correction d'erreurs. Il s'agit de remédier à certaines anomalies du programme pour qu'il puisse continuer à fonctionner, de manière satisfaisante, à l'approche du 1^{er} janvier 2000 et après cette date. Etant donné que la correction des erreurs est prévue dans pratiquement tous les contrats de maintenance, les modifications à réaliser en l'espèce devraient relever, sauf exceptions, des prestations de maintenance convenues, peu importe le libellé des clauses contractuelles. Les considérations liées à l'absence de faute du fournisseur qui, dans les années septante, n'aurait pas tenu compte du passage à l'an 2000, deviennent superflues dès l'instant où ce même fournisseur est lié par un contrat de maintenance portant sur le logiciel concerné. Etant donné que l'objet de pareil contrat est, d'ordinaire, l'élimination des défauts du logiciel et son maintien en bon état de fonctionnement, on comprendrait mal que le prestataire soit dispensé de résoudre le problème des dates, alors que celui-ci est de nature à menacer la survie du programme et à occasionner des préjudices parfois importants. Il pourrait même être tenu d'anticiper le problème, en contactant ses clients pour attirer leur attention sur celui-ci. Pareille initiative repose sur l'obligation de réduire le dommage, qui existe aussi, notons-le, dans le chef de la « victime », et qui comporte, notamment, le devoir de prendre toutes les mesures de prévention pour éviter un dommage prévisible ou imminent (22).

(21) En ce sens et pour un exemple de clause, G. Dewulf, M. Schauss, R. Lesuisse, *op. cit.*, p. 64.

(22) A ce sujet, R.O. Dalq. « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, 11271; R. Kruihof, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 12 et s.

Il convient toutefois d'apporter un bémol à l'analyse proposée. En effet, l'ampleur du travail à réaliser peut être telle, dans certains cas, qu'on ne peut plus raisonnablement considérer qu'il relève du contrat de maintenance. Selon une opinion, telle définition de la maintenance — conçue, en l'occurrence, comme « l'ensemble des opérations de modification qui, tout en respectant les principaux objectifs fixés au moment de son développement, sont nécessaires à son maintien en bon fonctionnement » — exclut explicitement la prise en compte, sous ce nom, d'opérations qui modifieraient profondément la conception du logiciel et aboutiraient, par exemple, à réécrire plus de 50 % du code-source (23). Or, il est loin d'être facile d'évaluer l'importance du travail nécessaire à la modification d'un logiciel. La détermination du coût réel de pareille intervention constitue, semble-t-il, un des plus importants problèmes liés à la maintenance de logiciel (24).

D'où l'acuité de la question du prix : les prestations de maintenance seront-elles dues, *in casu*, au tarif normal ou moyennant des redevances spéciales étant donné la nature exceptionnelle du travail de reconversion à réaliser ? Il découle du raisonnement tenu jusqu'ici que doit être appliqués, en principe, les tarifs prévus contractuellement. Mais il est clair qu'il y aura souvent matière à négocier, le fournisseur tentera d'obtenir la conclusion d'une convention séparée pour le règlement du problème moyennant un prix spécial.

On voit bien que tout dépend de l'ampleur du problème et des circonstances d'espèce. Bien entendu, les termes des contrats sont aussi déterminants et pourraient réserver des surprises... Ainsi, on peut se demander si l'utilisateur n'est pas malvenu de parler d'erreur dès lors que, pour les raisons économiques évoquées ci-dessus, il se serait, lui-même, opposé à une programmation du millésime à quatre digits ? Lorsque les choses sont aussi nettes — et si, de surcroît, le contrat opte pour une définition étroite de l'erreur, du genre : « toute anomalie par rapport aux spécifications exigées du contrat » — la réponse pourrait être affirmative. En revanche, si le contrat adopte une position plus large (« Le fournisseur s'engage, pendant toute la durée de la présente convention, à maintenir le programme en bon état de fonctionnement... »), le prestataire devrait alors être tenu de « procéder à toutes les corrections utiles », parmi lesquelles celles nécessaires pour un bon passage à l'an 2000 (25).

En ce qui concerne les logiciels standard, la maintenance est assurée, le plus souvent, par la fourniture régulière de nouvelles versions (qui intègrent la correction d'erreurs et, le cas échéant, des améliorations). Dans ce cas, on est porté à croire que la prise en charge du problème de l'an 2000 relève des obligations assumées au titre du contrat de maintenance, aux tarifs contractuellement prévus.

On signale finalement que la notion de force majeure — à laquelle le prestataire de services songera naturellement pour échapper à ses obli-

gations — ne sera, selon nous, d'aucun secours. Est considéré comme force majeure un événement irrésistible, imprévisible et qui rend impossible l'exécution de l'obligation (26). Ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce. Si l'on considère que l'obstacle invoqué résulte, soit d'un choix délibéré (programmes anciens), soit d'un défaut de prévoyance (livraisons récentes), il devient difficile de faire valoir qu'il était imprévisible et non imputable à une faute quelconque du fournisseur. Il n'y a pas non plus impossibilité absolue d'exécution, cette dernière étant seulement plus onéreuse. Le prestataire des services de maintenance pourrait-il faire appel à la fonction modératrice de la bonne foi, en prétendant qu'il serait abusif de la part du client d'exiger le respect du contrat, devenu tout à fait déséquilibré ? (27) Nous ne pensons pas que l'argument soit recevable : il pourrait, éventuellement, y avoir abus de droit dans le fait de continuer de réclamer l'exécution de l'accord primitif « allant jusqu'à la ruine du débiteur », nonobstant le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite de circonstances imprévisibles (28). Mais, tel n'est vraisemblablement pas le cas en l'espèce : un professionnel de la maintenance ne peut ignorer que l'utilisation de tel logiciel — dont il est chargé de veiller au bon état de fonctionnement — sera compromise à l'approche de l'an 2000.

II. — LES FONDEMENTS EXTRA CONTRACTUELS

6. — Le devoir d'information. — De manière générale, on peut concevoir que le client situe son action en responsabilité sur le terrain de la transgression de l'obligation d'information qui pèse sur le fournisseur. Cette obligation découle du principe de bonne foi qui doit présider à la formation des conventions (29). Elle comporte plusieurs facettes, maintes fois décrites par la doctrine (30) : elle impose au fournisseur un triple devoir de renseignement, de conseil et de mise en garde. On sait que pareilles obligations ont connu des développements remarquables dans la jurisprudence relative au contentieux de l'informatique. Leur intensité varie en

(26) Cf. Cass., 9 déc. 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 408.

(27) Cass., 19 sept. 1983, *J.T.*, 1985, p. 56; Cass., 30 janv. 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185 et note de P.-A. Foriers, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle ».

(28) Voy. P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 43, n° 6.

(29) Comme à leur exécution (voy. les développements relatifs à la maintenance, *supra*, n° 5). Voy. *La bonne foi*, Travaux de l'Association H. Capitant, Paris, Litec, 1994.

(30) Parmi une bibliographie abondante, E. Davio, E. Montero, *Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise*, livre 37, « Guide juridique de l'entreprise », 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 1996, pp. 20-24; E. de Cannart d'Hamale, « Le devoir de conseil du fournisseur en informatique », *R.D.C.*, 1989, pp. 568-584; M. Vivant, C. Le Stanc et alii, *Lamy droit de l'informatique - Informatique, multimedia, réseaux*, éd. Lamy, 1997, pp. 640 et s.

fonction de plusieurs facteurs : le degré d'implication du fournisseur dans le projet informatique (simple livraison de matériel ou, à l'autre extrême, contrat dit « clé en mains » ?), la qualité du client (professionnel ou profane, initié ou non à l'informatique), le caractère déterminant ou non des éléments d'information, etc. Les devoirs d'information du fournisseur ont, par ailleurs, pour limites les obligations corrélatives du client, qui doit collaborer de bonne foi (et donc fournir les informations demandées, s'informer lui-même...). La sévérité des juridictions paraît s'atténuer, du reste, à mesure que l'informatisation se diffuse et que la compétence des utilisateurs s'accroît (31).

Ces tempéraments pris en compte, au titre de son obligation d'information, le fournisseur est tenu d'*informer* objectivement et complètement l'utilisateur sur les caractéristiques, conditions d'utilisation, capacités et performances des biens informatiques fournis, compte tenu de ses besoins, attentes et ressources financières. Il doit aussi *s'informer* auprès de l'utilisateur, s'enquérir de ses besoins, attentes et possibilités et l'aider, le cas échéant, à les formuler adéquatement. Au-delà, le fournisseur doit *conseiller* son client, c'est-à-dire lui proposer une solution pertinente et efficace, orienter positivement son choix, indiquer la voie la meilleure. Il est tenu, en outre, de *mettre en garde* l'utilisateur, c'est-à-dire de lui signaler ses erreurs éventuelles, d'attirer son attention sur les possibles risques, problèmes, contraintes ou limites en rapport avec les fournisseurs.

Plusieurs auteurs ont fait valoir que l'obligation d'information ne trouve pas à s'appliquer au problème qui nous occupe (32). L'argument tient en ce que l'arrivée de l'an 2000 est un événement certain et connu de tous, de sorte qu'on ne peut reprocher au fournisseur de ne pas en avoir informé son client. L'affirmation est incontestable, mais n'enlève rien au fait que le client pouvait ignorer légitimement — jusqu'à une certaine date — les implications en termes de programmation des dates.

À la lumière de la jurisprudence en la matière, il est permis d'affirmer, de façon générale, qu'il appartient au fournisseur d'alerter l'utilisateur, d'attirer son attention sur le problème considéré. Quant à savoir, d'une part, dans quels cas, ce dernier peut, à bon droit, reprocher au fournisseur d'avoir manqué à son obligation de renseignement et, d'autre part, si ce grief peut être invoqué à tout moment, tout est affaire d'espèce.

Si l'application est très ancienne, on admettra plus facilement que l'utilisateur doive prendre à sa charge les frais de « mise à niveau » pour le passage à l'an 2000. Sauf cas particuliers, il serait surprenant que l'utilisateur puisse mettre en évidence une méconnaissance par le fournis-

seur de son obligation précontractuelle de renseignement après des années d'utilisation normale et satisfaisante. D'autant qu'une des limites à l'obligation d'information est que sont dus, à ce titre, les seuls renseignements qui ont une incidence importante ou déterminante sur le consentement (33). En revanche, si un logiciel récemment fourni est inapte à gérer le passage à l'an 2000, l'utilisateur devrait être fondé à invoquer la violation par le fournisseur de son obligation d'information. A moins d'estimer qu'au temps de la conclusion du contrat, l'utilisateur devait déjà être au fait du problème...

Des auteurs se risquent à déterminer une date charnière devant permettre de départager les responsabilités. Ainsi, C. Le Stanc suggère que cette date pourrait se situer autour de l'année 1995 (34). En d'autres termes, si l'application a été mise à disposition après cette date, le fournisseur devrait prendre à sa charge les frais d'adaptation pour avoir méconnu son obligation d'information. Pareille indication paraît passablement arbitraire. Tout dépend, en définitive, de facteurs multiples à prendre en compte : circonstances de la mise à disposition (à cette époque, les fournisseurs concurrents avaient-ils anticipé le problème ?, les utilisateurs du même secteur d'activités l'avaient-ils envisagé ?...) (35), compétence de l'utilisateur, caractère standard ou spécifique de l'application, durée de vie habituelle des logiciels plus anciens, etc.

7. — La responsabilité du fait des produits défectueux. — En réponse à une question parlementaire portant sur la prise en charge financière des adaptations des logiciels en vue du passage à l'an 2000, le ministre français de l'Industrie, de la Poste et des Télécommunications a avancé la date charnière du 1^{er} janvier 1990 : pour les logiciels livrés avant cette date, les utilisateurs devront supporter le coût des adaptations, et pour ceux livrés après cette date, ce seront les fournisseurs qui payeront, du moins lorsqu'ils auront conservé la titularité des droits d'auteur (*sic*). La solution a pour fondement explicite « une directive européenne prévoyant une obligation de maintenance de 10 ans » (*sic*).

Est visée, semble-t-il, la directive européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux (36). En effet, la position du ministre s'appuie sur une étude du C.I.G.R.E.F. (Club informatique des grandes entreprises françaises) où l'on peut lire « ... il est possible de retenir la date du 1^{er} janvier 1990, soit dix années avant le 1^{er} janvier 2000, par référence à la période de dix ans prévue dans la Directive européenne produits à propos de l'obligation de maintenance » (37).

(33) J.-P. Buyle, *op. cit.*, p. 247.

(34) C. Le Stanc, « Le logiciel au 1^{er} janvier 2000 », *op. cit.*, p. 3.

(35) Rapp. *ibidem*, p. 3.

(36) J.O.C.E., 7 août 1985, n° L 210/29. Sur ce texte, voy., par ex., J.-L. Fagnart, « La responsabilité du fait des produits à l'approche du grand marché », *DA/OR*, n° 17, 1990, pp. 9-40; T. Vanswevelt, « De wet van 25 februari 1991 inzake produktenaansprakelijkheid », *R.G.D.C.*, 1992/2, pp. 96-122; 1992/3, pp. 184-216.

(37) C.I.G.R.E.F., « Passage à l'an 2000 - Démarche d'audit et de recommandations en matière juridique », étude précitée, p. 6.

Bien qu'on puisse penser que la directive RC produits s'applique effectivement aux logiciels, fussent-ils regardés comme des biens incorporels (38), il est clair que son intérêt est, dans le contexte qui nous occupe, tout à fait marginal, étant donné l'étroitesse de son domaine d'application : sont seuls couverts, en effet, les dommages corporels et les dommages causés aux choses d'usage privé ou de consommation privée autres que le produit défectueux lui-même (39). Au demeurant, le texte communautaire vise uniquement le défaut de sécurité, à l'exclusion des défauts de conformité, de qualité ou d'aptitude à l'usage. Or, les dysfonctionnements et perturbations dans l'exécution de logiciels liés au problème des dates à deux chiffres pour le millésime ne s'analyseront pas, en principe, comme des défauts de sécurité. Sauf cas exceptionnels — qui ne peuvent être totalement exclus (40) —, ils ne seront pas de nature à entraîner des dommages aux personnes ou aux choses, mais uniquement des dommages commerciaux et financiers non pris en charge par le régime de la directive.

Enfin, la période de dix ans à laquelle il est fait allusion pour retenir la date du 1^{er} janvier 1990 renvoie, de toute évidence, à l'article 11 de la directive dont il résulte que « les droits conférés à la victime... s'éteignent à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la date à laquelle le producteur a mis en circulation le produit... ». Il s'agit là d'un simple délai d'extinction du droit à réparation, qui est sans rapport avec l'énoncé d'une supposée obligation de suivi ou de maintenance du produit. La directive concernée ne prévoit aucune obligation de ce genre, à la différence de la directive du 29 juin 1992 relative à la sécurité générale des produits (41).

La référence faite à la directive RC produits ne nous paraît donc pas particulièrement judicieuse.

8. — La portée de l'article 6 de la loi du 30 juin 1994. — L'utilisateur aurait-il, comme on l'a prétendu (42), un droit à la correction des erreurs, voire à l'évolution du programme, au

(38) Pour une discussion approfondie du problème, voy. notre thèse *La responsabilité civile du fait des bases de données*, à paraître prochainement. La directive définit largement la notion de produit comme désignant « tout meuble ». La loi belge du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (*M.B.*, 22 mars 1991, p. 5884), elle, entend par « produit » tout bien meuble corporel.

(39) Voy. article 9 et considérant n° 9 de la directive. L'article précise, en son dernier alinéa, qu'il « ne porte pas préjudice aux dispositions nationales relatives aux dommages immatériels ». Les commentateurs s'accordent pour considérer que cette dernière expression couvre uniquement les dommages moraux, comme le suggère le considérant n° 9, *in fine*.

(40) On songe notamment aux logiciels de guidage de robots ou d'autres appareils dans le domaine médical ou aérospatial. Encore faut-il que le fonctionnement défectueux du programme, dont il serait résulté un dommage couvert par la directive, trouve son origine dans le problème de la date à deux digits.

(41) J.O.C.E., 11 août 1992, n° L 228/24. Voy., en particulier, les articles 2 et 3 de ce texte.

(42) Cf. l'étude du C.I.G.R.E.F., précitée, p. 26; F. Dupuis-Toubol, I. Gavanon et S. Lemarchand, *op. cit.*, p. 131.

(31) J.-P. Buyle, « Aspects contractuels relatifs à l'informatisation », *Droit de l'informatique : enjeux - Nouvelles responsabilités*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau, 1993, p. 217.

(32) D. Veret, « Qui doit payer les frais du passage à l'an 2000 ? », *01 Informatique*, 29 mars 1996, cité par F. Dupuis-Toubol, I. Gavanon et S. Lemarchand, *op. cit.*, p. 128. Comp. C.I.G.R.E.F., « Passage à l'an 2000 - Démarche d'audit et de recommandations en matière juridique », étude réalisée par J.-L. Santoni, nov. 1996, spéc. p. 12, qui rejette ce fondement pour des motifs assez obscurs.

titre de l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 (43) ? Cette disposition est libellée comme suit : « En l'absence de dispositions contractuelles particulières, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à l'article 5, a et b [à savoir la reproduction, la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation d'un programme...], lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à la personne ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur, de l'utiliser d'une manière conforme à sa destination, en ce compris la correction d'erreurs ».

Tout d'abord, on fera remarquer que la correction des erreurs et l'accomplissement des autres actes visés sont admis au titre de simples *exceptions aux droits exclusifs* de l'auteur. L'utilisateur est donc investi d'une *faculté* — non d'un droit — de corriger les erreurs. La nuance est de taille comme on le verra ci-après.

Ensuite, il convient de s'interroger sur l'étendue des prérogatives conférées à l'utilisateur par l'article 6, § 1^{er}. Ce dernier peut-il, outre la correction d'erreurs, adapter le programme à ses besoins propres, le modifier, voire le faire évoluer pour une utilisation dans les meilleures conditions ? L'esprit du texte, sinon la lettre, exclut assurément la permission de faire évoluer le programme (i.e. créer de nouvelles fonctionnalités) contre le gré du titulaire des droits (44). A notre avis, cette disposition ne permet pas davantage de réaliser la maintenance ni de procéder à des adaptations dès l'instant où le fournisseur s'offre pour ce faire. En effet, le Parlement européen avait voulu inscrire la maintenance parmi les actes non soumis à autorisation, mais la Commission a rejeté l'amendement (45). Par conséquent, les opérations visant à mettre le programme à jour ou à en améliorer certaines spécifications nécessitent une autorisation expresse de l'auteur. En revanche, on peut admettre que certaines exigences fonctionnelles de la maintenance sont couvertes par la généralité des termes de la disposition concernée (« actes nécessaires » pour utiliser le programme « d'une manière conforme à sa destination ») : ainsi, seront sans doute autorisées, au titre de l'exception légale, des adaptations mineures du programme à un nouveau hardware ou à une version améliorée du système d'exploitation, etc. (46).

L'utilité de cette disposition n'est pas compromise pour autant : fondamentalement, elle vise à dispenser l'acquéreur légitime d'un programme de devoir justifier d'une autorisation

(43) Loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, M.B., 27 juill. 1994.

(44) M. Vivant, « Le programme au pays des musées - Observations sur la directive du 15 mai 1991 », J.C.P., 1991, E, p. 485.

(45) Cf. B. Czarnota et R. Hart, *Legal Protection of Computer Programs in Europe - A guide to the EC Directive*. London, Butterworths, 1991, p. 66. Sur ce point, voy. aussi M. Powell, « Licences de logiciels - Application des règles de concurrence de la C.E.E. », *Expertises*, n° 145, 1992, pp. 412-423, spéc. p. 420.

(46) A. Strowel, J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Cahiers du C.R.I.D., n° 11, Bruxelles, Story-Scientia et Bruylant, 1997, p. 179.

expresse aux fins de pouvoir utiliser le programme (47).

Cela étant, la référence à l'article 6, § 1^{er}, est-elle pertinente dans le contexte de la mise en conformité des programmes pour le passage à l'an 2000 ? Oui et non. Il nous semble qu'en principe, les opérations nécessaires à cet effet sont couvertes par cette disposition et peuvent donc être accomplies librement. En effet, il ne s'agit pas tant d'améliorer, de faire évoluer le logiciel, que d'éliminer un « défaut » de programmation, dont on mesure actuellement qu'il peut être à l'origine de perturbations et source d'importants préjudices. Par conséquent, il s'agit, en fin de compte, de procéder à une correction, ni plus ni moins, de manière à pouvoir utiliser le programme d'une manière conforme à sa destination au 1^{er} janvier 2000. L'importance des interventions nécessaires à cet effet ne change pas leur finalité, à savoir la correction d'un « défaut » susceptible de compromettre le bon fonctionnement du logiciel. Il nous semble que les actes nécessaires dans cette perspective sont couverts par l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994.

Cependant, ce fondement n'est pas d'un réel secours au regard du problème considéré, et ce pour au moins trois motifs.

Tout d'abord, cette faculté de corriger les erreurs existe uniquement au bénéfice de la « personne ayant le droit d'utiliser le programme », ce qui exclut, en principe, les hypothèses de tierce maintenance.

Ensuite, la question de la prise en charge du coût des adaptations des logiciels pour qu'ils puissent fonctionner après le 1^{er} janvier 2000 n'est pas élucidée. Dans le silence de la disposition visée, il semble évident que la mise en œuvre de cette faculté se fera aux frais de l'utilisateur.

Enfin, encore faut-il que l'utilisateur dispose des sources, sans quoi la possibilité qui lui est offerte d'effectuer certaines corrections et adaptations sur pied de l'article 6, § 1^{er}, s'avère assez théorique. Or, cette disposition ne lui confère pas un droit d'accès aux sources. En réalité, la correction des erreurs est prévue, on l'a déjà souligné, au titre d'une simple exception aux droits exclusifs de l'auteur. Il s'ensuit que l'utilisateur jouit d'une *faculté* — et non d'un droit — de réaliser certains actes, parmi lesquels la correction des erreurs. Cela signifie que la loi ne permet pas de sous-entendre que l'utilisateur a un droit de se voir communiquer les sources. S'il dispose des sources, le fournisseur ne peut l'empêcher de s'en servir pour corriger les erreurs, mais il n'est nullement tenu de les lui fournir.

A défaut de pouvoir revendiquer les sources sur pied de l'article 6, § 1^{er}, une autre base légale est-elle envisageable ? En l'absence de clause contractuelle réglant la question de l'accès aux sources, la jurisprudence reconnaît à l'utilisateur un droit d'accès aux sources des programmes sur mesure sur le fondement de l'article 1135 du Code civil ou de la théorie de

(47) On rappelle que, de l'avis unanime de la doctrine, la seule mise en mémoire du logiciel — opération indispensable pour pouvoir utiliser celui-ci — implique l'accomplissement d'un acte de reproduction, qui relève, en principe, du monopole d'exploitation de l'auteur.

l'accessoire (48). L'obligation qui peut être faite au concepteur de communiquer les sources ne préjuge en rien de la titularité des droits intellectuels sur le logiciel. Le concepteur demeure titulaire des droits de propriété intellectuelle, l'utilisateur n'obtenant qu'un droit d'accès limité sur les sources. Il pourra s'en servir uniquement pour corriger des erreurs, non pour modifier le programme en vue de l'améliorer. Dans ce cadre, l'utilisateur devra supporter les frais des interventions sur le logiciel.



9. — La solution au problème de la prise en charge des adaptations des programmes d'ordinateur en vue de l'an 2000 est, dans une large mesure, une question de fait, à apprécier au cas par cas. Sauf exceptions, nous doutons que les recours du chef de nullité, non-conformité ou vice caché puissent aboutir. Pour des applications anciennes, et en l'absence d'une maintenance à charge du fournisseur, le coût des adaptations devra vraisemblablement être supporté par l'utilisateur.

Dans certains cas, ce dernier pourrait éventuellement situer le débat sur le terrain de la transgression de l'obligation de renseignement, de conseil et de mise en garde. Cependant, ici aussi, tout est affaire d'espèce, l'appréciation pouvant varier selon la date de la mise à disposition, le type de logiciel, la qualité de l'utilisateur...

Lorsque les programmes sont couverts par un contrat de maintenance, il nous semble que les interventions nécessaires à leur mise en conformité « an 2000 » entrent, en principe, dans l'objet du contrat. Dans ce cas, elles devront être effectuées aux tarifs en vigueur. Mais il est clair que les termes du contrat — qui est à analyser scrupuleusement — seront déterminants et peuvent réserver des surprises.

Etienne MONTERO

(48) Pour plus de détails, voy. E. Montero, « La communication des codes sources de logiciels - Etat de la question à la lumière de la jurisprudence belge et française et de la pratique contractuelle », *Revue de droit intellectuel (Ing.-Cons.)*, 1995, pp. 60-76.

& Auteurs & Media



informe ses lecteurs
de l'actualité dans ces deux domaines
du droit en plein développement

Abonnement 1998 : 4.650 FB
Le numéro : 1.250 FB
Quatre numéros par an : ± 450 pages

RENSEIGNEMENTS et COMMANDES :
LARCIER, c/o Accés+, s.p.r.l.
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.70 - Fax (010) 48.25.19