

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les contrats spéciaux et les contrats informatiques

Cruquenaire, Alexandre; Espeel, Thomas; Lecroart, Elodie

Published in:
Les contrats spéciaux

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A, Espeel, T & Lecroart, E 2018, Les contrats spéciaux et les contrats informatiques: questions choisies. dans B Kohl (ed.), *Les contrats spéciaux: développements récents*. vol. 185, Anthemis, pp. 33 - 56.

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.

2

LES CONTRATS SPÉCIAUX ET LES CONTRATS INFORMATIQUES : QUESTIONS CHOISIES

Alexandre CRUQUENAIRE

avocat au barreau de Namur
chargé de cours à l'UNamur (CRIDS)

Thomas ESPEEL

avocat au barreau de Liège

Élodie LECROART

avocate au barreau de Namur

Sommaire

Introduction	34
Section 1 La qualification des contrats informatiques	34
Section 2 L'indépendance des contrats informatiques : risques opérationnels et solutions	35
Section 3 La phase précontractuelle dans les contrats informatiques : obligation d'information et devoir de conseil	42
Section 4 Quelques particularités de la fin des contrats informatiques	47
Section 5 L'impact du Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D.) sur les prestataires de services informatiques	53
Conclusion	56

Introduction

1. Lorsque l'on aborde les contrats liés à l'informatique, les régimes spéciaux des contrats nommés semblent bien éloignés de ce contexte technologique. Pourtant, dès les débuts de l'informatisation, le droit des contrats a constitué un terrain fertile sur lequel les tribunaux et les auteurs de doctrine ont progressivement fait germer des principes qui demeurent toujours d'actualité.

Notre contribution n'a pas pour ambition de couvrir l'ensemble de ces principes. Nous avons plutôt pris le parti de nous centrer sur quelques questions qui, sur le plan de la pratique des contrats informatiques, présentent un intérêt particulier.

Nous initierons nos réflexions par un bref retour sur la qualification juridique. La pratique des conventions portant sur des fournitures informatiques se caractérise en effet par une difficulté de qualification du contrat (section 1).

Ensuite, de nombreux projets informatiques nécessitent le recours à plusieurs prestataires spécialisés, intervenant à des titres différents, ce qui a pour conséquence qu'une opération unique est, en pratique, couverte par plusieurs contrats distincts. Cela suscite des questions juridiques intéressantes, dont les incidences pratiques sont parfois décisives (section 2).

Nous aborderons ensuite différentes questions liées à deux phases cruciales dans les contrats informatiques : d'une part, la phase précontractuelle (section 3), et, d'autre part, la fin du contrat informatique et certaines obligations post-contractuelles (section 4).

Enfin, nous clôturerons notre propos par quelques réflexions liées à la mise en œuvre des nouvelles dispositions du Règlement général sur la protection des données (section 5).

Section 1

La qualification des contrats informatiques

2. En général, les parties formalisent leur accord dans un écrit. Toutefois, les documents contractuels sont parfois lacunaires ou imprécis, ce qui laisse une grande place à l'interprétation et est source d'insécurité juridique.

Dans ce cas, il reviendra au juge de se livrer à un double travail interprétatif et qualificatif, consistant à tout d'abord identifier le contenu obligationnel du contrat par référence à la commune intention des parties, et, ensuite, à rattacher ce contenu obligationnel à une ou plusieurs qualification(s) juridique(s) et au(x) régime(s) juridique(s) qui y sont liés¹.

¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n^{os} 412 et s.

Si les parties n'ont pas qualifié leur accord ou si la qualification donnée se révèle inconciliable avec les termes de l'accord, il reviendra au juge d'identifier le régime juridique applicable à la convention. Ainsi, même lorsque les parties ont déterminé elles-mêmes la qualification applicable à leurs engagements, le juge sera tenu d'écarter celle-ci dans l'hypothèse où elle se révèle contraire aux éléments qui caractérisent leur relation, conformément à leur commune intention. Ce pouvoir de requalification n'est toutefois pas absolu et sera encadré notamment par les principes des droits de la défense, de la foi due aux actes et de la prééminence de la preuve écrite en matière civile².

3. Les catégories de contrats définies, en 1804, au sein du Code civil peuvent paraître obsolètes au regard des projets informatiques. Il n'est donc pas rare de parler de contrats *sui generis* en la matière. Bien souvent toutefois, les contrats informatiques sont qualifiés de contrats de service (contrat d'entreprise), car leur contenu obligationnel correspond, pour ses aspects essentiels, à la fourniture de services en contrepartie du paiement d'un prix. Lorsque l'objet principal réside dans la fourniture de matériel informatique (*hardware*), on utilise la qualification de vente ou de louage de choses selon les modalités de l'opération envisagée. Lorsqu'un projet informatique comporte des éléments de plusieurs natures, la jurisprudence est partagée et, à l'instar de ce qu'elle fait dans d'autres contextes, elle opte tantôt pour une qualification unitaire³, tantôt pour une qualification éclatée⁴. Il s'agit d'une question d'espèce et aucun principe de portée générale ne peut donc être dégagé quant à la qualification des contrats informatiques⁵.

Section 2

L'indépendance des contrats informatiques : risques opérationnels et solutions

4. Il est fréquent que des projets informatiques nécessitent de faire appel à plusieurs spécialistes dont les expertises se combinent pour fournir une solution répondant au besoin du client. Cela se traduit par la conclusion de plusieurs contrats avec plusieurs prestataires.

L'encadrement juridique du projet informatique se caractérise alors par une architecture contractuelle à plusieurs branches. Il en résulte une double difficulté pratique : d'une part, assurer la cohérence entre les différentes conventions, afin que leur exécution contribue d'une manière efficace à la réalisation

² A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 40-43 ; B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 77-78.

³ L'élément décisif de la commune intention déterminant la qualification juridique de l'ensemble.

⁴ Le juge appliquant alors chaque régime juridique identifié aux aspects du projet qui s'y apparentent.

⁵ À ce sujet, voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2005, n^o 30.

de l'objectif global du projet, et, d'autre part, se prémunir contre les risques liés à ce type d'architecture contractuelle. L'indépendance de principe des différents contrats est en effet source de risques spécifiques par rapport à l'évolution du projet auquel les différents prestataires participent.

A. L'indépendance de principe

5. Lorsque plusieurs contrats distincts sont conclus dans une même perspective d'informatisation ou dans le cadre d'un même projet informatique global, se pose la question des liens qui peuvent exister entre les contrats, par exemple l'une des conventions est annulée ou résolue⁶.

Selon les principes de base de notre droit des obligations, les contrats conclus par le donneur d'ordre avec différents fournisseurs sont des actes autonomes, indépendants les uns des autres. L'expression d'«isolationnisme contractuel» est ainsi utilisée par la doctrine⁷.

Cet isolationnisme contractuel résulte de différents principes, et en particulier de la combinaison de ceux de la convention-loi et de la relativité des conventions. L'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites», tandis que l'article 1165 du Code civil énonce que «les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121».

L'autonomie réciproque des conventions est susceptible de compromettre le résultat d'un projet qui dépend de la bonne exécution de plusieurs contrats. Ainsi, la défaillance de l'un des prestataires pourrait mettre à mal l'utilité des services fournis par les autres prestataires. Il sera en effet, par exemple, impossible pour un prestataire chargé de l'hébergement d'un logiciel d'exécuter la mission qui lui a été confiée si l'entreprise chargée du développement dudit logiciel reste en défaut de livrer celui-ci. Le client quant à lui restera tenu par ses obligations inhérentes au contrat d'hébergement, alors qu'il n'y aura rien à héberger à défaut de livraison du logiciel.

B. Les solutions pratiques

6. Le principe de l'autonomie des différents contrats participant à un même projet peut être atténué par le biais de plusieurs instruments du droit des obligations (1). D'une part, le droit commun offre plusieurs outils permettant de répercuter les effets de la disparition d'un des contrats sur les autres conventions. D'autre part, la doctrine et la jurisprudence ont élaboré des mécanismes

⁶ H. JACQUEMIN, « Contrats informatiques », in « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, 35/2009, p. 30.

⁷ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., p. 51, n° 9.

permettant, dans une certaine mesure, de créer un lien entre différents contrats qui concourent à un même projet. Au surplus, la liberté contractuelle constitue une autre voie exploitable afin de sécuriser la position des parties à ce type de schéma contractuel⁸ (2).

1. Les solutions contenues dans le droit des obligations : des réponses parcellaires

7. **La caducité par disparition de l'objet.** La Cour de cassation, par un arrêt du 28 novembre 1980⁹, admet que la disparition de l'objet d'une obligation entraîne la dissolution de celle-ci. Partant de ce constat, Paul Alain FORIERS a mis en lumière la théorie de la caducité du contrat lorsque l'objet de son obligation essentielle vient à disparaître¹⁰. De l'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation découle la dissolution de plein droit du contrat.

Les effets du mécanisme de la caducité par disparition de l'objet, désormais érigé en principe général du droit par la doctrine et la jurisprudence¹¹, ne se limitent pas nécessairement à une seule convention. La perte de l'objet d'une convention peut, par répercussion, empêcher l'exécution d'une autre convention¹².

Dans l'hypothèse d'un contrat couvrant la fourniture et la licence d'un logiciel auquel serait lié un contrat de services de maintenance, la terminaison du contrat de licence fait disparaître le droit d'utilisation du logiciel. Dans ce cas, le contrat de services de maintenance devient caduc en raison de l'impossibilité matérielle de son exécution en nature. L'extinction d'une convention ne permettra de justifier la caducité d'un autre contrat que si l'impossibilité d'exécuter ce dernier en nature est véritable. *A contrario*, l'extinction d'un contrat de services portant sur des développements spécifiques destinés à être implémentés sur un logiciel standard n'entraînera pas pour autant la caducité du contrat de licence du logiciel standard puisque l'exécution en nature de ce dernier demeure possible. Il conviendra simplement pour le client de s'adjoindre les services d'un autre prestataire chargé des développements spécifiques¹³.

⁸ Nous partons du postulat qu'un particulier n'est que très exceptionnellement le client dans le cadre d'un projet informatique nécessitant le recours à plusieurs contrats. Nous n'abordons donc pas les questions liées aux règles spécifiques de protection des consommateurs, compte tenu de l'intérêt pratique très limité de tels développements.

⁹ Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 78, note P. A. FORIERS.

¹⁰ P. A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », note sous Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74-113.

¹¹ Cass., 1^{re} ch., 14 octobre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 717. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., n° 1020 (interprétant l'arrêt en ce sens).

¹² B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, op. cit., p. 92.

¹³ A. CRUQUENAIRE, « Projets multipartites et droit d'auteur – Quelques réflexions sur l'interdépendance des contrats », *A. & M.*, 2013, pp. 430-431.

Le mécanisme de la caducité n'apporte donc qu'une réponse partielle à la difficulté pratique suscitée par l'indépendance des différents contrats informatiques concourant à un même projet.

8. L'erreur sur la substance. Une autre manière d'établir un lien entre différents contrats à un projet serait d'invoquer l'erreur substantielle impliquant l'absence d'un élément déterminant du consentement d'un des cocontractants.

Pour que le vice du consentement puisse être soulevé, il faut que l'élément déterminant sur lequel a porté l'erreur soit entré dans le champ contractuel et ait été manquant lors de la conclusion du contrat. L'erreur sur la substance doit en outre être excusable. Il convient donc de prouver qu'un homme normalement prudent disposant du même degré de spécialisation que la partie qui invoque l'erreur et placé dans des circonstances analogues ne se soit engagé contractuellement qu'en raison de la complémentarité des prestations de son contrat avec un autre contrat, ce que ne pouvait ignorer son cocontractant par ailleurs¹⁴.

Une telle démonstration constituera, en pratique, un exercice périlleux. En outre, le vice du consentement permet seulement d'obtenir l'annulation du contrat, ce qui ne répond pas nécessairement aux besoins pratiques et opérationnels liés à la conduite d'un projet.

9. L'exécution de bonne foi des conventions. L'article 1134, alinéa 3, du Code civil fonde le principe de l'exécution de bonne foi des conventions. La Cour de cassation a, sur la base de cette disposition, appliqué la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle¹⁵. Si, dans le cadre d'un projet informatique impliquant plusieurs contrats, l'un des contractants parvient à démontrer que l'exercice par l'une des parties de ses prérogatives dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celles-ci par une personne prudente et diligente, ce comportement pourrait être qualifié d'abus de droit. Il conviendra alors de réduire l'exercice du droit litigieux aux limites de son exercice « normal »¹⁶.

Ici encore, l'instrument tiré du droit commun offre certaines perspectives intéressantes, mais suppose la preuve de conditions pas nécessairement évidentes à réunir, et la sanction de l'abus qui serait démontré ne peut être que la paralysie de l'exercice d'un droit, ce qui est assez limité d'un point de vue pratique et ne rencontre pas les besoins de projets multipartites.

10. Les règles d'interprétation des conventions. Dans certaines circonstances, les ressources de l'interprétation des contrats permettent de lier des contrats *a priori* indépendants. Le principe fondamental en ce domaine est celui de la recherche de la commune intention des parties, qui doit prévaloir sur la

¹⁴ *Ibid.*, p. 432.

¹⁵ Cass., 3^e ch., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART.

¹⁶ A. CRUQUENAIRE, « Projets multipartites et droit d'auteur – Quelques réflexions sur l'interdépendance des contrats », *op. cit.*, p. 432.

lettre du contrat écrit (*instrumentum*)¹⁷. Le juge a l'obligation de faire primer la volonté réelle des contractants sur ce qui aurait été, d'une manière maladroite ou incomplète, exprimé¹⁸.

D'un point de vue pratique, l'interprétation du contrat constitue sans doute l'outil le plus susceptible de répondre aux besoins des projets informatiques, car elle permet de compléter le contenu obligationnel du contrat en y ajoutant des éléments non clairement exprimés quant à des liens avec d'autres contrats. Il convient toutefois de tempérer tout excès d'optimisme, car il conviendra de convaincre le juge que la volonté commune des parties était bien de créer de tels liens. Il y a donc une double incertitude qui affecte la démarche : d'une part, il y a lieu d'examiner les éléments factuels du cas d'espèce pour vérifier s'ils peuvent soutenir une lecture des termes de l'*instrumentum* visant à créer de tels liens entre les contrats, et si, d'autre part, il conviendra de convaincre le juge du bien-fondé de cette interprétation. L'outil est intéressant, mais doit être vu comme une solution de secours, compte tenu de l'insécurité juridique qui entoure son application concrète.

11. Le principe de l'indivisibilité des conventions. Sur les traces de la doctrine¹⁹, une partie de la jurisprudence française se prononce en faveur d'un principe dit de l'indivisibilité des conventions en vertu duquel les différents contrats liés à un projet unique sont dépendants les uns des autres. Ce principe a notamment été consacré dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 13 février 2007. À cette occasion, la Cour a jugé que quatre contrats portant sur un même projet et conclus avec le même prestataire (licence de logiciel, maintenance, services de paramétrage du logiciel et services de formation des utilisateurs) constituaient un ensemble indivisible²⁰ et que, dès lors, la résolution du contrat de licence emportait la résiliation des trois autres²¹. Puisque les conventions sont indivisibles, il est logique que le client soit libéré de ses obligations dans le cadre des trois autres contrats. La Cour de cassation a également estimé que la connaissance par le prestataire de l'existence des autres contrats n'était pas un élément déterminant. Par contre, si

¹⁷ Art. 1156 C. civ.

¹⁸ Cf. notamment : Cass., 1^{re} ch., 3 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 9, n° 4 ; Cass., 3^e ch., 10 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 12, n° 9 ; Cass., 1^{re} ch., 24 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 894 ; Cass., 1^{re} ch., 27 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1017. En doctrine, voy. P. WÉRY, « Les pouvoirs du juge en matière de contentieux contractuel, dans les principes du droit européen du contrat », in *Liber amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 734 ; W. DE BONDT, « Uitlegging van overeenkomsten naar de gcest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven », *R. W.*, 1996-1997, p. 1001 ; J.-Fr. LECLERCQ et Chr. JASSOGNE, « Notions essentielles du droit des obligations contractuelles », in *Traité pratique de droit commercial*, Bruxelles, Story Scientia, 1990, p. 191. Pour plus de développements à ce sujet, voy. notamment A. CRUQUENAIRE, « Projets multipartites et droit d'auteur – Quelques réflexions sur l'interdépendance des contrats », *op. cit.*, pp. 434-435.

¹⁹ B. TRYSSE, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975.

²⁰ État de ce qui ne peut être divisé, soit matériellement, soit intellectuellement sous un rapport envisagé.

²¹ Cass. fr., 13 février 2007, *D.*, 2007, Actualité jurisprudentielle, p. 654. Sur cet arrêt, voy. notamment H. BITAN, « Un an de droit des contrats informatiques », *Comm. com. électr.*, mai 2007, n° 5, p. 29.

ce sont des prestataires différents, il est important dans le chef du client de les informer du fait qu'il existe d'autres contrats.

La Cour de cassation de France semble justifier cette indivisibilité en rapportant que les contrats poursuivent un but commun et en invoquant l'incohérence et l'inutilité qu'il y a à poursuivre les autres contrats en l'absence de l'un d'entre eux.

À l'occasion de plusieurs arrêts postérieurs, la Cour de cassation de France a apporté des nuances intéressantes à la portée pratique de cette notion d'indivisibilité, en privilégiant une approche objective, fondée sur la nature des obligations constituant l'objet des contrats litigieux²². Dans le cadre de la réforme du Code civil français, un nouvel article 1186 prévoit, en son alinéa 2, que « lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ».

2. La solution dans les aménagements contractuels

12. Au-delà des instruments tirés du droit des obligations, les parties impliquées dans un projet informatique disposent également de la faculté de convenir de dispositions contractuelles spécifiques visant à sécuriser leurs relations par la création de liens entre les différentes conventions *a priori* autonomes²³.

13. Le préambule et les annexes. Ces aménagements contractuels peuvent prendre différentes formes. Les dispositions contenues dans le préambule de toute convention constituent un premier instrument dont les parties pourront user pour clarifier le contexte et la portée de leurs engagements. Les circonstances ayant mené à la conclusion du contrat et les éventuels liens qu'il comporte avec d'autres conventions pourront y être explicités. Il est également fréquent d'inclure dans le contrat des annexes contenant des éléments qui décrivent le projet dans son ensemble et les liens indispensables entre l'exécution d'un contrat et celle d'autres contrats composant l'ensemble des pièces du puzzle plus large qui est le projet global. Ces éléments permettent de préciser la commune intention des parties et de compléter le contenu de certaines clauses du corps du contrat. Il convient toutefois d'accorder une attention particulière aux dispositions relatives à la hiérarchie des documents contractuels, afin de s'assurer que les éventuels documents annexés ne puissent pas se voir neutraliser par certaines clauses qui auraient reçu une position prédominante en cas de contradiction.

Dans le même esprit que l'insertion d'un préambule, la signature d'un cahier des charges commun annexé à chaque contrat lié à un même projet permet de garantir une certaine cohérence quant à la bonne exécution des services fournis par les différents prestataires.

14. Les conditions résolutoires ou suspensives. Un autre instrument envisageable afin de faire entrer les autres conventions d'un projet global dans le champ contractuel consiste à insérer une condition résolutoire ou suspensive. La condition suspensive se définit comme un événement futur et incertain qui suspend l'exécution d'une obligation²⁴. La condition résolutoire constitue l'événement futur et incertain qui entraîne l'extinction, avec effet rétroactif, de l'obligation²⁵.

L'ajout d'une condition suspensive ou résolutoire permettra ainsi de lier le sort d'un contrat (ou de certaines de ses obligations) à un autre contrat (ou tout événement lié à l'exécution d'un autre contrat). Prenons l'exemple d'un projet impliquant d'une part un contrat A relatif au développement d'un logiciel et d'autre part un contrat B d'hébergement. Le client sera bien inspiré d'insérer dans le contrat B d'hébergement une condition résolutoire dans l'hypothèse où le logiciel ne serait pas développé et validé dans les délais.

Ces instruments ne pourront toutefois être pleinement efficaces que si, parallèlement à la définition de l'événement ayant pour effet de suspendre ou de résoudre le contrat, les parties règlent la question des éventuelles indemnités compensatoires dues pour la période antérieure à la réalisation de la condition ainsi que le sort des éventuels droits de propriété intellectuelle en jeu.

D'un point de vue pratique, la condition résolutoire a pour effet de mettre à néant, avec effet rétroactif, la convention, ce qui implique des restitutions réciproques. Toutefois, les prestations qui ont été réalisées jusqu'à la survenance de la condition ne sont pas toujours restituables. De même, la remise en cause des cessions de droits intervenues antérieurement à la réalisation de la condition sera potentiellement problématique pour les œuvres déjà livrées. Afin de préserver le bénéfice des cessions de droits, il conviendrait de moduler les effets de la dissolution du contrat en insérant des réserves par rapport aux œuvres déjà livrées. L'on pourrait de la sorte prévoir une renonciation à l'exercice du droit moral sur les œuvres.

15. La faculté de résiliation. Un autre instrument intéressant consiste à mettre en place dans les conventions une ou plusieurs faculté(s) de résiliation spécifique(s). Il s'agit de la faculté de résilier un contrat selon certaines formes et certains délais. La résiliation n'opère ici que pour l'avenir. Cette faculté de résiliation offre une plus grande souplesse, puisqu'une fois les circonstances de son ouverture réalisées, elle offre à son bénéficiaire une option entre la fin

²² Voy. Cass. fr., 17 mai 2013, pourvois n^{os} 11-22.768 et 11-22.927, *Bill.*, 2013, n^{os} 275 et 276.

²³ Dans le même sens, voy. E. VARET, « Contrats informatiques : précisions sur l'indivisibilité », *R.L.D.I.*, 2012, vol. 84, n^o 2807.

²⁴ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s., n^o 6.

²⁵ Cass., 19 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 47.

du contrat ou son maintien. Un tel mécanisme présente l'avantage de permettre à son bénéficiaire d'évaluer l'opportunité que présente une rupture au moment précis où surviennent les événements permettant de mettre un terme au contrat. Une fois encore, il conviendra de régler la question de l'indemnité éventuellement due à l'autre partie ainsi que l'incidence possible de la fin du contrat sur les droits intellectuels.

Section 3

La phase précontractuelle dans les contrats informatiques : obligation d'information et devoir de conseil

A. Le fondement juridique de l'obligation de conseil

16. Une inégalité entre les contractants. Selon Michel Coipel, les avantages de la liberté contractuelle ne se vérifient pleinement que sous l'hypothèse d'une conclusion parfaite du contrat, ce qui suppose la réunion de deux conditions idéales : une égalité des contractants – dans leur rapport de force et dans leur accès à l'information – ainsi que la possibilité d'une véritable négociation²⁶.

Forté du constat que le prestataire est un spécialiste de la chose informatique et que son client l'est, par définition, nettement moins, la jurisprudence a développé une obligation de conseil à charge du prestataire, afin de compenser le déséquilibre informationnel entre les parties au contrat informatique.

17. La bonne foi. C'est essentiellement dans le principe de bonne foi que la jurisprudence a dégagé une obligation d'information et de conseil, notamment au stade de la formation du contrat²⁷.

Trois conditions cumulatives doivent ainsi être remplies afin de conclure à l'existence d'une obligation générale d'information sur la base du principe de la bonne foi. Tout d'abord, il faut que l'une des parties ait la connaissance d'une information intéressant son partenaire de négociation (ou à tout le moins aurait dû connaître cette information). Il faut, en outre, qu'elle ait connaissance de la valeur particulière ou de l'importance de cette information pour le partenaire. Enfin, l'autre partie doit se trouver dans l'ignorance légitime de ladite infor-

²⁶ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 18.

²⁷ M. FONTAINE, « La formation des contrats – Codifications récentes et besoins de la pratique », in *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 681 à 695 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 à 110 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 151, n° 126. La matière des contrats informatiques étant un terrain fertile, assez favorable à l'établissement de cette obligation.

mation²⁸. Il est généralement considéré que l'ignorance est légitime lorsque le créancier de l'obligation a agi comme l'aurait fait tout homme normalement prudent, diligent et de bonne foi, placé dans les mêmes circonstances²⁹.

B. La portée de l'obligation de conseil

1. Une obligation à plusieurs facettes

18. D'ordinaire, la doctrine distingue plusieurs composantes au devoir de conseil. Ainsi donc, le prestataire de services se voit notamment investi du devoir de se renseigner sur les besoins de son client, du devoir d'informer son client sur la solution proposée et de le conseiller sur les solutions possibles et leurs avantages/inconvénients, ainsi que du devoir de mise en garde sur les risques spécifiques du projet considéré par rapport aux activités du client³⁰.

La charge assumée par le prestataire au stade des pourparlers se veut capitale, puisqu'il doit non seulement informer sur la portée de la solution qu'il propose, mais doit en outre (i) s'informer sur les besoins du client, en l'aidant le cas échéant à les formuler lorsqu'ils semblent mal définis, (ii) conseiller le client sur le choix de la solution, en soulignant la pertinence de la solution retenue par rapport aux besoins du client, et, enfin, (iii) mettre en garde le client sur les risques du projet envisagé³¹, voire l'avertir de conclure un contrat.

Il serait toutefois inexact d'affirmer que le prestataire informatique assume seul toute la charge d'amener son client à prendre une décision éclairée³².

Comme déjà souligné, la justification des obligations pesant sur le prestataire réside dans l'asymétrie informationnelle qui règne entre les parties. Il est donc logique que des obligations d'information pèsent également sur le client pour ce qui concerne les aspects du projet dont il assure la maîtrise, de sorte que ce dernier ne puisse « se retrancher derrière une ignorance de façade ou une

²⁸ Fr. GLANSBORFF, « Introduction générale », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 21-22.

²⁹ *Ibid.*, p. 47.

³⁰ A. CRUQUENAIRE et J.-Fr. HENROTTE, « Le devoir de conseil dans le Règlement général sur la protection des données : bis repetita placent ? », in *Lau, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde – Liber amicorum Yves Pouillet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 601. Sur cette nomenclature des éléments constitutifs du devoir de conseil, voy. notamment M. COIPEL et Y. POULLET, « Introduction aux concepts juridiques », in *Le droit des contrats informatiques – Principes – Applications*, Bruxelles-Namur, Larcier-Société d'études morales, sociales et juridiques, 1983, pp. 69-76 (opérant une classification similaire sur la base de la maigre jurisprudence existant alors) ; E. DE CANNART D'HAMALE, « Le devoir de conseil du fournisseur en informatique », *R.D.C.*, 1989, pp. 568 et s. ; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, *op. cit.*, pp. 60-63 ; J.-P. TRIAILLE et R. ROBERT, « Les contrats informatiques », in *Traité pratique de droit commercial*, t. I, Principes et contrats fondamentaux, Bruxelles, Kluwer, n° 1355.

³¹ Sur la base de ce même devoir de renseignement, de conseil et de mise en garde, le fournisseur professionnel pourrait également être tenu d'attirer l'attention du client sur la nécessité d'organiser la migration des données en fin de contrat (cf. section 3 de la présente contribution).

³² B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, *op. cit.*, p. 28.

passivité sans borne»³³. Ainsi, le client est tenu d'informer son contractant sur les spécificités liées à son organisation interne ou à son métier dans la mesure où c'est lui qui détient les informations concernées et ne peut en ignorer l'importance pour le prestataire dans le cadre de la définition de la solution à fournir ou dans le cadre de l'exécution du contrat³⁴.

2. Portée du devoir d'information et de conseil dans les contrats informatiques

19. L'idée étant de compenser un déséquilibre informationnel entre les parties, il est logique que le devoir de conseil soit modulé selon les circonstances de chaque cas d'espèce³⁵. Le devoir de conseil ne doit donc pas être envisagé dans une perspective abstraite, mais, au contraire, coller aux besoins effectifs de chaque situation concrète³⁶.

Comme le rappelle Jacques Ghestin, «celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son contractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies»³⁷.

20. L'étendue du devoir d'information varie donc en fonction de différents éléments contextuels, dont notamment l'objet du contrat et la qualité des parties en cause.

Logiquement, la nature des services ou produits fournis constitue une balise importante susceptible de justifier un allègement ou un renforcement de l'obligation de conseil du prestataire. À la différence du prestataire fournissant un logiciel standard, ce devoir d'information sera d'autant plus étendu lorsque le prestataire fournit à son client un service « clé en main ».

L'implication plus ou moins grande du prestataire dans le cadre du projet concerné est également prise en considération³⁸. Lorsque le prestataire conduit l'ensemble du projet, il doit logiquement s'impliquer d'une manière plus étroite, ce qui se traduit par un devoir de conseil renforcé. La situation est plus complexe et délicate à gérer lorsqu'un projet est mené par plusieurs prestataires,

³³ *Ibid.*

³⁴ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., p. 63.

³⁵ E. MONTERO, «Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels», in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 337 et s. (à propos des éléments ayant un impact sur l'intensité de l'obligation de conseil).

³⁶ G. LOISEAU, «Les vertus du devoir d'information et de conseil personnalisé», note sous Cass. fr., 1^{re} ch., 2 juillet 2014, n° 13-10.076, *Comm. com. électr.*, 2014/9, Commentaires, n° 71.

³⁷ J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, 2^e éd., p. 566, n° 508.

³⁸ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., p. 63.

chacun spécialiste d'une partie de la solution globale. La dilution du devoir de conseil qui découle d'un tel contexte rend indispensables les clauses particulières organisant des liens entre les différents contrats concourant à la réalisation du projet commun³⁹.

Le degré de spécialisation du prestataire – le cas échéant vanté dans le cadre de sa communication commerciale⁴⁰ – doit être pris en compte afin de délimiter le devoir de conseil. L'on est en effet en droit d'attendre un conseil plus pointu de la part d'un prestataire spécialiste de l'opération envisagée.

De même, l'intensité du devoir de conseil variera en fonction de la qualité du client. Les compétences et connaissances du client en matière informatique tendent ainsi à réduire l'intensité du devoir de conseil du prestataire⁴¹. Au contraire, une fois posé en profane, et pour autant que son ignorance soit légitime, le client pourra exiger du prestataire une attention plus accrue et une collaboration plus étroite.

3. Sanctions

21. Lorsqu'il se produit dans la phase précontractuelle, le manquement au devoir de conseil est sanctionné différemment selon que la négociation a abouti ou non à la conclusion du contrat informatique.

Si le contrat a été conclu, mais que le client s'aperçoit par la suite que la solution proposée ne correspond pas à ses besoins, en raison notamment du manquement au devoir de conseil, un recours en indemnisation peut permettre de compenser le surcoût éventuellement causé⁴². En outre, le manquement au devoir de conseil dans la phase précontractuelle pourrait être sanctionné sur la base du principe de l'exécution de bonne foi, en paralysant une revendication que formulerait le prestataire par la suite⁴³. Si le client souhaite se délier du contrat, il pourrait invoquer un vice du consentement, en particulier l'erreur⁴⁴, afin de tenter d'obtenir l'annulation du contrat et d'éventuels dommages et intérêts complémentaires.

³⁹ A. CRUQUENAIRE et J.-F. HENROITE, «Le devoir de conseil dans le Règlement général sur la protection des données : *bis repetita placent?*», op. cit., p. 601.

⁴⁰ Sur l'incidence de la communication commerciale en matière de devoir de conseil, voy. M. COIPEL et Y. POULLET, «Introduction aux concepts juridiques», op. cit., p. 74.

⁴¹ C. STEYAERT, «Obligations – Contrats», in Y. Poulet (dir.), *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence 1995-2001*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 12-13 (citant un arrêt de la cour d'appel de Liège en ce sens).

⁴² M. COIPEL et Y. POULLET, «Introduction aux concepts juridiques», op. cit., pp. 76-77.

⁴³ Sur la sanction du manquement à une obligation d'information par le recours au principe de l'exécution de bonne foi, voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 417-418, n° 583.

⁴⁴ Sur les difficultés pratiques à admettre la sanction par le dol, voy. P. STOFFEL-MUNCK, «Réticence dolosive. Des rapports entre le dol et le devoir précontractuel d'information», note sous Cass. fr., 28 juin 2005, n° 03-16.794, *Comm. com. électr.*, 2005/10, Commentaires, n° 158.

Si par contre le contrat n'a pas abouti, le client se retrouvera plus démuné et ne pourra tout au plus que tenter d'être indemnisé pour le temps et les ressources perdus dans la négociation. En pratique, l'exercice demeure incertain puisque la jurisprudence belge semble fermement attachée au principe de la liberté de rompre les pourparlers⁴⁵, de sorte qu'une éventuelle indemnisation sera le plus souvent symbolique⁴⁶.

4. Limites à l'obligation d'information et de conseil

22. Plusieurs facteurs peuvent entraîner une atténuation voire une suppression de l'obligation d'information. Ainsi, dans certaines hypothèses, l'obligation d'information et de conseil peut trouver une limite dans l'existence d'un devoir de se taire dans le chef du débiteur de l'information⁴⁷. De même, le cocontractant a lui-même un devoir de s'informer et de connaître certaines informations accessibles à tous.

Comme déjà souligné ci-dessus, la qualité⁴⁸ des parties et la nature des services ou produits fournis sont également des facteurs importants susceptibles d'influencer l'intensité de l'obligation d'information.

En marge de ces limites factuelles, les fournisseurs de systèmes informatiques ont tendance à insérer dans le contrat une clause dite « de parfaite information » dans le but d'écarter ou de limiter les risques liés à l'obligation précontractuelle de renseignement.

Une telle clause limitative de responsabilité, bien qu'en principe licite, reste soumise au droit commun quant à sa validité. Ainsi, la clause ne peut exonérer le fournisseur de son dol, ni vider l'obligation de son contenu. Au surplus, lorsque le client est un consommateur, la validité d'une telle clause pourrait également être contestée sur la base des articles VI.2 et/ou VI.83 du Code de droit économique⁴⁹. Cette dernière hypothèse sera toutefois assez rare dans le cas de projets informatiques nécessitant le recours à plusieurs prestataires.

⁴⁵ Ayant pour corollaire que les parties assument, chacune pour leur part, le risque de la négociation. En ce sens, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 545.

⁴⁶ Sur le dommage réparable et les difficultés de preuve, voy. spéc. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. de Liège*, 1980, pp. 25-34.

⁴⁷ Par exemple, pour ne pas divulguer des informations confidentielles.

⁴⁸ Les compétences et qualifications des parties sont des éléments déterminants dans l'appréciation de l'obligation d'information.

⁴⁹ B. KOHL, « Section 1. – Phase précontractuelle et accord des volontés », in *Contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 163-164.

Section 4

Quelques particularités de la fin des contrats informatiques

23. Le droit des obligations envisage les conséquences d'une fin de contrat différemment selon le contexte de cette terminaison. Si, dans l'idéal, un contrat prend fin naturellement, nombreuses sont pourtant les situations dans lesquelles le contrat ne va pas à son terme dans les conditions fixées par les parties. Parmi les différentes hypothèses de fin du contrat, la résiliation unilatérale retiendra particulièrement notre attention, compte tenu du régime spécifique organisé par le Code civil (A). Ensuite, nous aborderons les solutions juridiques à certaines difficultés pratiques liées à la fin d'un contrat informatique (B).

A. La résiliation du contrat informatique sur le pied de l'article 1794 du Code civil : impact sur les droits d'auteur

1. La résiliation unilatérale du contrat d'entreprise : principes applicables

24. En vertu de l'article 1794 du Code civil, « le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ».

Cette disposition confère un droit au maître de l'ouvrage de mettre un terme à la convention avant son échéance normale. Cela ne constitue pas une forme de sanction de l'inexécution fautive, par l'entrepreneur, de ses obligations contractuelles⁵⁰. L'hypothèse doit donc être soigneusement distinguée d'une application de l'article 1184 du Code civil⁵¹.

La *ratio legis* de cette disposition est d'éviter que le maître de l'ouvrage puisse se voir imposer la poursuite des travaux, qui, pour quelque raison que ce soit⁵², ont perdu tout intérêt pour lui ou dont il est devenu incapable d'assurer le financement⁵³. Compte tenu de la justification de la règle, seuls les contrats à durée indéterminée entrent dans le champ d'application de l'article 1794 du Code civil. En outre, ce droit de résiliation unilatérale n'existe qu'au profit du

⁵⁰ À ce propos, voy. X. DIEUX, « Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application », note sous Cass., 1^{re} ch., 4 septembre 1980, *R. C.J.B.*, 1981, pp. 530-534.

⁵¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 819.

⁵² En ce sens, le maître de l'ouvrage peut mettre fin au contrat non seulement lorsque la poursuite des travaux ne l'intéresse définitivement plus, mais également lorsqu'il souhaite recourir aux services d'un autre entrepreneur pour la poursuite de l'ouvrage initialement confié à un premier cocontractant.

⁵³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, Les principaux contrats, *op. cit.*, p. 1059.

maître de l'ouvrage⁵⁴. Si le libellé de l'article 1794 du Code civil ne laisse place à aucune équivoque à cet égard, le champ d'application exact de cette disposition a toutefois donné lieu à une controverse doctrinale.

Dans un arrêt de principe du 4 septembre 1980, la Cour de cassation a mis un terme à cette controverse en décidant que, par la généralité de ses termes, l'article 1794 du Code civil est applicable à tout ouvrage quelconque, matériel ou intellectuel, pourvu qu'il s'agisse de l'entreprise d'un travail déterminé par son objet ou par un terme exprès⁵⁵.

Désormais, le principe est ainsi largement appliqué par les juges du fond pour tout type de contrat de prestation de services à durée déterminée ou pour un objet déterminé, en ce compris, les contrats de prestations informatiques^{56 57}.

L'exercice du droit conféré par l'article 1794 du Code civil peut se faire à tout moment et ne nécessite aucune justification de la part du client. En outre, aucune formalité particulière n'est imposée à ce dernier. Une simple manifestation de volonté (même verbale) suffit, pour autant qu'elle ne soit pas équivoque. Étant un acte réceptice, une telle notification ne sort ses effets qu'à partir du moment où le prestataire en a pris effectivement connaissance ou a, à tout le moins, eu raisonnablement la possibilité de le faire, sans qu'il ne soit nécessaire que ce dernier ne l'ait acceptée⁵⁸.

La résiliation opérée sur la base de l'article 1794 prend ainsi effet à dater du jour de la manifestation de volonté du client d'exercer son droit de résiliation unilatérale de sorte que le contrat d'entreprise prend fin *ex nunc*, de manière définitive et irrévocable^{59 60}.

En contrepartie de cette faculté discrétionnaire, le client est tenu au paiement d'une indemnité à l'égard du prestataire.

Cette indemnisation doit couvrir « tous ses travaux » (les travaux déjà effectués), « toutes ses dépenses » (les dépenses déjà consenties par le prestataire pour l'exécution du contrat)⁶¹ et « tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise » (le bénéfice manqué sur les travaux encore à effectuer)⁶².

Il est toutefois à noter que l'article 1794 du Code civil est d'une nature supplétive de telle sorte qu'il est possible pour les parties d'en écarter, en tout

⁵⁴ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, op. cit., p. 621, n° 732.

⁵⁵ Cass., 4 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 7.

⁵⁶ Pour un exemple d'application de l'article 1794 du Code civil à un contrat de prestation de services de mise en fonction d'un système informatique, voy. *Comm. Mons*, 9 septembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 459.

⁵⁷ Afin de faciliter la compréhension du lecteur et dans un souci de logique, nous remplacerons, dans la suite de notre exposé, les notions de maître de l'ouvrage et d'entrepreneur par celles de client et de prestataire.

⁵⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 914.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Cass., 3 décembre 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 288.

⁶¹ Ces deux postes constituent le *damnum emergens*.

⁶² Il s'agit du *lucrum cessans*.

ou en partie, l'application⁶³. Il est ainsi licite d'exclure toute forme d'indemnisation du prestataire, ou, à l'inverse, d'écarter toute possibilité de résiliation unilatérale dans le chef du client. Finalement, une clause fixant une indemnité forfaitaire est également autorisée.

2. La gestion des droits d'auteur en cas de résiliation du contrat informatique

25. La qualification des contrats informatiques. L'acquisition de droits intellectuels ou l'autorisation de les exploiter est souvent liée à l'exécution d'un contrat. Si le contrat a des effets sur les droits intellectuels afférents aux créations liées à son objet (cession ou simple autorisation d'exploiter de droits), la disparition du contrat est susceptible de modifier, voire remettre en cause totalement ou partiellement ces effets.

Compte tenu des limites de la présente contribution, nos propos se limiteront à l'incidence de la résiliation unilatérale des contrats d'entreprise sur le seul sort des droits d'auteur, à l'exclusion des autres droits intellectuels.

Comme déjà évoqué⁶⁴, le contrat par lequel un prestataire s'engage à réaliser une création informatique déterminée contre rémunération peut le plus souvent être qualifié de contrat d'entreprise⁶⁵. Le mécanisme de résiliation prévu à l'article 1794 du Code civil s'y applique donc⁶⁶.

26. Les effets de la résiliation. La mise en œuvre de la résiliation pose toutefois question quant aux effets des clauses de cession de droits d'auteur. À cet égard, il est utile de distinguer les œuvres livrées au commanditaire au moment de la résiliation des œuvres non encore finalisées et donc non livrées.

En ce qui concerne les œuvres déjà livrées au moment de la résiliation, il semble logique de considérer que la clause de cession de droits sorte ses effets au moment de cette délivrance. L'objet du contrat de commande conclu avec l'auteur est en effet de permettre, dans les limites envisagées contractuellement, l'exploitation des œuvres commandées.

Comme nous l'avons déjà mentionné *supra*, la résiliation du contrat sur le pied de l'article 1794 du Code civil ne vaut que pour l'avenir, à compter de la date à laquelle la volonté du client de rompre le contrat est portée à la connaissance du prestataire⁶⁷.

⁶³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 822.

⁶⁴ *Voy. supra*, n° 3.

⁶⁵ A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, op. cit., pp. 37-38, n° 31.

⁶⁶ En ce sens, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, Les principaux contrats, op. cit., p. 1060.

⁶⁷ J.-Fr. HENROTTE et L.-O. HENROTTE, *L'architecte - Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 375.

Par conséquent, la cession de droits d'auteur contractuellement convenue – ayant sorti ses effets par rapport aux œuvres déjà livrées – ne devrait pas pouvoir être remise en cause. La solution est dictée par la logique présidant à l'application du mécanisme de l'article 1794 du Code civil, et notamment les dispositions relatives à l'indemnisation du prestataire. Cette indemnisation du prestataire est envisagée dans la perspective que ce dernier soit indemnisé pour tous les travaux déjà réalisés ainsi que pour les bénéfiques manqués pour les prestations non encore accomplies. Il ne fait manifestement aucun doute que pour ce qui a déjà été effectué au jour où la résiliation produit ses effets, il y a lieu de s'en tenir à ce qui avait été contractuellement prévu entre les parties. La clause de cession convenue en bonne et due forme devrait, en toute logique, être pleinement appliquée sur les œuvres déjà livrées au commanditaire au jour de la résiliation.

Lorsque les œuvres n'ont pas encore été livrées, l'incidence du droit moral doit être prise en compte. En effet, le droit moral est susceptible de poser des difficultés, notamment au regard du droit de divulgation, car l'auteur n'a pas manifesté sa volonté de considérer les œuvres comme abouties.

Malgré l'inaliénabilité de principe du droit moral, son exercice, lui, n'en est pas à l'abri de certains aménagements contractuels induits par la pratique⁶⁸. De telles atténuations du principe se justifient principalement par la nature de l'œuvre, et notamment les contraintes économiques liées à son caractère utilitaire et/ou à l'importance des investissements supportés. Une clause contractuelle de renonciation à l'exercice du droit moral nous paraît d'emblée nécessaire. La finalisation de l'œuvre, sa modification ou son association à d'autres œuvres, le cas échéant avec le concours d'un tiers, devraient également être expressément autorisées, à peine de violer le droit moral à l'intégrité⁶⁹.

Les parties (et plus particulièrement le commanditaire) ont donc un intérêt certain à organiser, dès le départ, certaines clauses relatives à l'exercice du droit moral et à l'incidence de la fin de contrat sur le sort des droits d'auteur, afin de régler ces délicates questions en toute sécurité juridique.

B. Quelques difficultés liées à la fin d'un contrat informatique

1. Les obligations post-contractuelles

27. Rappel des principes. Au-delà des engagements explicitement pris dans le cadre des dispositions convenues entre les parties, des obligations s'imposent aux contractants lorsque le contrat prend fin. L'extinction du contrat ne le fait donc pas nécessairement disparaître complètement de la scène juridique. La doctrine identifie généralement deux fondements juridiques à ces obliga-

⁶⁸ Ces conventions étant le plus souvent *praeter legem*, ou plus rarement *contra legem*.

⁶⁹ Cette dernière réserve vaut également pour les œuvres déjà livrées, dans l'hypothèse où il s'agit ultérieurement envisagé d'y apporter des modifications.

tions post-contractuelles implicites. Il y a, d'une part, le principe d'exécution de bonne foi, et, d'autre part, les suites contractuelles portées par l'article 1135 du Code civil.

Marcel Fontaine invoque deux objectifs pour justifier la raison d'être de ces obligations contractuelles. Il convient, tout d'abord, d'organiser « le règlement final des relations entre parties, de manière à arriver au plus tôt à une situation où plus rien ne les reliera l'une à l'autre »⁷⁰. Il importe, ensuite, « d'aménager une "survie" durable de certains liens juridiques après l'extinction des obligations principales. Tantôt les obligations en cause existaient déjà et elles voient leur durée prolongée; tantôt, au contraire, il s'agit d'obligations nouvelles qui ne commencent à produire leurs effets qu'au moment où, pour l'essentiel, le contrat a pris fin »⁷¹.

2. Un exemple particulièrement important dans le cadre des contrats informatiques : la récupération des données du client

28. Restitution ou migration des données. Par souci de concision, nos développements n'aborderont pas l'ensemble des obligations « survivant » aux contrats de fournitures électroniques, mais seront centrés sur la détermination des obligations afférentes à la récupération des données du client stockées dans un système fourni par un opérateur informatique, et dont ce dernier a la maîtrise.

Lorsque l'on examine la portée des obligations en fin de contrat de service informatique, une précision terminologique s'impose. Là où la récupération consiste à « simplement » restituer au client ses données, la migration de données consiste à transférer les données du client de l'environnement (matériel et/ou logiciel) faisant l'objet du contrat prenant fin vers un nouvel environnement. Les responsabilités du prestataire sont nettement plus lourdes dans le cadre d'une migration, puisqu'il doit non seulement extraire les données de leur environnement actuel, mais en outre réimplanter ces données dans leur nouvel environnement⁷².

Néanmoins, le droit belge demeure curieusement muet sur le sujet, et les bases juridiques pour exiger une telle restitution semblent incertaines.

Si le principe de la récupération des données par le client à la fin du contrat de services informatiques n'est plus sérieusement discuté⁷³, subsiste la question des modalités de celle-ci. Les intérêts divergents des parties doivent ici être mis

⁷⁰ M. FONTAINE, « Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux », *D.P.C.I.*, 1984, p. 15.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² A. CRUQUENAIRE et A. CASSART, « L'évolutivité des services en cloud : difficultés juridiques et solutions contractuelles », *R.L.D.I.*, 2013, n° 98, pp. 112-113.

⁷³ F. COPPENS, « La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles », *D.A.O.R.*, 2009/4, n° 92, p. 419.

en balance. Là où le client entend récupérer ses données, le prestataire aura pour intérêt légitime de protéger son savoir-faire⁷⁴. En effet, lorsque les services proposés portent sur l'utilisation d'un système de gestion de base de données, certaines modalités de restitution impliquant une divulgation de l'architecture de la base de données concernée pourraient mettre en péril le savoir-faire et affecter la protection des droits de propriété intellectuelle du prestataire.

À défaut de disposition contractuelle particulière, une obligation du prestataire quant à la migration des données nous semble discutable. En effet, la migration suppose la réimplantation des données du client dans un nouveau système. Loin de consister en une simple copie des données, un tel transfert constitue une opération délicate impliquant une connaissance approfondie et simultanée de la structure des bases de données concernées, ou encore des modifications et réorganisations des données concernées⁷⁵.

29. La bonne foi et la théorie de l'abus de droit. S'il n'existe pas de fondement juridique solide permettant de justifier l'existence d'un véritable droit à la restitution des données dans le chef du client, il reste que le principe d'exécution de bonne foi des conventions obligerait, à tout le moins, le prestataire de service de laisser au client un accès à ses données après la fin du contrat. Les activités du client pouvant être tributaires de la possibilité d'utiliser ces données, il semble logique que la fin du contrat soit suivie d'une période raisonnable, lui permettant de les copier et de les sauvegarder sur un fichier externe, afin de pouvoir les réutiliser ultérieurement⁷⁶.

La théorie de l'abus de droit semble aussi pouvoir être invoquée afin de venir tempérer les refus (ou les conditions déraisonnables assorties à l'acceptation) du prestataire de service de restituer les données de son client, dès lors que ceux-ci seront de nature à lui causer un préjudice disproportionné par rapport aux avantages retirés par le prestataire⁷⁷.

Ces principes ne semblent toutefois pas suffisants pour pouvoir aller à l'encontre des droits intellectuels du prestataire portant sur l'architecture de sa base de données ou pour lui imposer un véritable devoir de migration ou de restitution des données dépassant celui de l'accès raisonnable laissé au client.

⁷⁴ C. DELFORGE, «Le contrat d'outsourcing», in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., titre IV, livre 94, pp. 59-60, n° 1060.

⁷⁵ Par exemple, le recours – fréquent dans la pratique – à des fichiers intermédiaires (de type «fichiers plats») permet de restituer les données sous une forme exploitable en vue d'une réinjection dans un nouveau système de gestion de bases de données tout en préservant les intérêts légitimes du prestataire. En ce sens, voy. Prés. Civ. Bruxelles, référé, 5 mars 2007, *D.A.O.R.*, 2009, p. 408 (soulignant la nécessité de retenir une solution préservant les droits de propriété intellectuelle et le savoir-faire du prestataire), note F. COPPENS.

⁷⁶ F. COPPENS, «La restitution des données à l'expiration d'un contrat informatique. Intérêts divergents, arbitrages délicats, pratiques contractuelles», *op. cit.*, pp. 419-420.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 420.

30. Organiser contractuellement la réversibilité. Face à l'incertitude des solutions juridiques entourant la restitution et/ou la migration des données du client, le contrat semble être, une fois encore, l'ultime compromis. Afin de s'assurer une certaine autonomie à l'égard du fournisseur, le client aura intérêt à exiger, dès la négociation du contrat, la rédaction d'une clause de réversibilité.

Si le principe de la restitution des données est dorénavant reconnu comme un droit, ses modalités de mise en œuvre restent soumises à la libre négociation entre les parties. La rédaction d'une clause de réversibilité devrait dès lors envisager d'une manière aussi précise que possible les principaux aspects d'une solution de récupération de données, tels qu'en particulier : délais et modalités de fourniture des données, format du fichier de restitution, documentation, collaboration attendue du client et modalités en cas d'assistance complémentaire.

Section 5

L'impact du Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D.) sur les prestataires de services informatiques

31. Cette dernière section a vocation à mettre en lumière les principaux impacts du Règlement général sur la protection des données⁷⁸ sur les relations contractuelles entre un prestataire de service et son client. Ces quelques propos se concentreront donc sur la relation entre le responsable de traitement et le sous-traitant, vocables utilisés par le R.G.P.D. pour désigner respectivement le client (responsable du traitement) et le prestataire (sous-traitant)⁷⁹. Loin d'épuiser le sujet, notre propos sera centré sur deux aspects importants du rôle que le R.G.P.D. assigne au prestataire informatique dans la mise en œuvre des principes du règlement : d'une part, le devoir de conseil et d'assistance à l'égard du client (A), et, d'autre part, l'accès aux données traitées pour le compte du client (B). Comme nous le verrons, le R.G.P.D. n'a rien inventé sur ces deux aspects et remet simplement au goût du jour, dans un contexte particulier, deux obligations que la jurisprudence avait déjà dégagées à charge du prestataire informatique sur la base des principes du droit des obligations.

⁷⁸ Règlement (UE) n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁷⁹ Pour être précis, il convient de souligner que le schéma n'est pas aussi simple, car le rôle de sous-traitant et celui de responsable du traitement n'ont de sens qu'à l'égard d'un traitement déterminé. Il est donc tout à fait possible (et d'ailleurs fréquent) qu'une même partie occupe la position de responsable du traitement par rapport à certains traitements et celle de sous-traitant par rapport à d'autres traitements.

A. Une obligation d'assistance, de conseil et d'alerte

32. Nous l'avons vu *supra* (voy. section 3), le contexte technologique, et la spécialisation des métiers qu'il induit, consacre une asymétrie informationnelle entre ceux qui savent et ceux qui ne maîtrisent pas l'information pertinente nécessaire au bon développement de leurs activités.

Soucieuse d'offrir à chacune des parties un environnement juridique propice et motivée à corriger cette inégalité, la jurisprudence a rapidement développé un devoir de conseil à charge des prestataires de services.

Si le terme de conseil dans le cadre de la relation client-prestataire n'est pas consacré par le R.G.P.D., il l'est toutefois concernant le délégué à la protection des données. Ce dernier est, en effet, chargé d'une mission de conseil. Le glissement de l'un à l'autre n'est toutefois pas évident, puisqu'il s'agit là de l'essence même des obligations contractuelles du D.P.D., et non d'un devoir de conseil qui serait accessoire à une autre obligation principale de fourniture de services ou de produits.

Le sous-traitant assume toutefois un devoir de conseil « accessoire » également. Ainsi, le R.G.P.D. charge expressément le sous-traitant d'un devoir d'assistance du responsable de traitement lorsque celui-ci doit faire face à une demande d'une personne concernée⁸⁰. Dit autrement, à chaque fois qu'une personne exerce ses droits (accès, rectification, effacement, portabilité, opposition, ne pas faire l'objet d'une décision individuelle automatisée, y compris le profilage), le sous-traitant doit, autant que possible, aider le client à donner suite à cette demande. Ce que la jurisprudence aurait pu consacrer sur la base du principe d'exécution de bonne foi, le législateur européen l'a imposé dans le R.G.P.D. directement. À cet égard, l'on observera le souci du législateur d'assurer l'effectivité pratique des principes consacrés par le règlement. En effet, le législateur étant conscient que bien souvent le responsable du traitement n'a pas la pleine maîtrise sur ses outils de traitement de données, il a directement visé les prestataires informatiques (sous-traitants au sens du R.G.P.D.) qui fournissent ces outils, afin d'assurer une mise en œuvre efficace des droits de la personne concernée.

Par ailleurs, le R.G.P.D. impose au sous-traitant d'aider le responsable du traitement à garantir le respect des obligations prévues par ses articles 32 à 36⁸¹. Compte tenu des informations à sa disposition, le sous-traitant est ainsi tenu d'aider son client à garantir le respect des obligations en matière de sécurité du traitement, de notification de violation de données, d'analyse d'impact relative à la protection des données et, plus globalement de mise à disposition de toutes les informations nécessaires pour démontrer le respect de ces obligations. Ici

⁸⁰ Art. 28, 3., f) et h), du R.G.P.D.

⁸¹ Art. 28, 3., f) et h), du R.G.P.D.

encore, on ne peut que saluer le souci pragmatique qui anime le législateur dans la construction du règlement.

Enfin, le R.G.P.D. oblige le prestataire à informer immédiatement le responsable du traitement, si, selon lui, une instruction constitue une violation du R.G.P.D. ou d'autres dispositions du droit de l'Union ou du droit des États membres relatives à la protection des données⁸².

Dans le cadre des obligations d'information et de conseil dégagées par la jurisprudence en matière de contrats informatiques, il nous semble qu'un prestataire spécialiste a le devoir d'informer son client sur les contraintes liées à la mise en œuvre du R.G.P.D. et la manière dont les outils qu'il fournit permettent de répondre aux principales obligations contenues dans le règlement⁸³.

B. Le droit d'accès aux données

33. Le règlement 2016/679 – et avant lui, la directive 95/46/CE – alloue plusieurs droits aux personnes concernées, à charge du responsable de traitement d'en assurer la correcte mise en œuvre.

Parmi ces droits figurent notamment le droit d'accès, à la rectification et/ou à l'effacement, ainsi que le droit à la portabilité des données. Ces droits peuvent être exécutés à tout moment par les personnes concernées, ce qui implique que le responsable de traitement ait lui-même accès à ces données. Dans la section précédente, nous avons toutefois souligné la difficulté pour le client d'obtenir du prestataire la restitution ou la migration de « ses » données en fin de contrat. Nous pouvons dès lors légitimement nous interroger sur le rôle du sous-traitant dans cette chaîne relationnelle.

Dans la mesure où le sous-traitant semble être tenu par un devoir d'assistance à l'égard de son client, cela ne devrait pas poser problème au cours de l'exécution du contrat. Qu'en est-il toutefois lorsque le contrat a pris fin ? Le sous-traitant n'est alors, par hypothèse, plus sous-traitant au sens du R.G.P.D., puisque le contrat a pris fin. Cependant, comme nous l'avons rappelé, la fin du contrat ne signifie pas la fin de toutes les obligations. À l'instar de l'obligation de confidentialité et de non-concurrence, il convient de prévoir la collaboration du prestataire même après la fin du contrat afin d'assurer l'effectivité des droits des personnes concernées. Une fois encore, organiser la collaboration des parties face à de telles questions reste la solution la plus sûre et la plus transparente⁸⁴.

⁸² Art. 28, 3., al. 2, du R.G.P.D.

⁸³ A. CRUQUENAIRE et J.-Fr. HENROTTE, « Le devoir de conseil dans le Règlement général sur la protection des données : *bis repetita placent?* », *op. cit.*

⁸⁴ Dans l'hypothèse où le sous-traitant ferait appel à des sous-traitants de second rang, il devra en répercuter les demandes des personnes concernées (en cours de contrat) et assurer la restitution effective des données en fin de contrat.

34. Une autre solution, un peu plus créative, pourrait consister à s'appuyer sur l'article 25 du R.G.P.D. établissant les principes de *privacy-by-default*⁸⁵ et *privacy-by-design*⁸⁶. En vertu de ces principes, le sous-traitant est tenu de garantir à son client le plus haut niveau possible de protection des données et d'intégrer de façon effective les principes relatifs à la protection des données, dès la conception de ses services. À défaut de clause *ad hoc*, le client pourrait invoquer ces principes pour exiger de son sous-traitant, la mise en place d'outils permettant au client d'avoir accès à ses données. L'absence de clause, conjuguée au caractère post-contractuel de la demande, rend toutefois celle-ci davantage sujette à discussion (à tout le moins quant à ses modalités pratiques⁸⁷) dans le cadre d'un débat judiciaire éventuel.

Conclusion

35. L'objet informatique suscite des questions particulières lorsqu'il s'agit de l'encadrer contractuellement. Comme nous avons essayé de le montrer, la pratique permet toutefois d'apporter des réponses en se fondant le plus souvent sur des principes et dispositions tirés du droit des obligations et, dans certains cas, du droit des contrats spéciaux.

Si les contrats informatiques sont donc spéciaux par leur objet, ils n'en sont pas pour autant singuliers. Le droit commun offre en effet des ressources permettant de rencontrer la plupart des difficultés pratiques et questions nouvelles qui émergent.

Ce qui est caractéristique des différentes évolutions en la matière est toutefois l'importance croissante de l'autonomie contractuelle. Le plus souvent, les solutions sont avant tout contractuelles, le recours aux instruments du droit commun ne constituant qu'une voie subsidiaire lorsque les parties ont négligé de régler un problème dans leurs conventions. Notre exposé a également mis en lumière qu'en dépit de la vitalité des principes du droit commun pour un encadrement des contrats informatiques, les solutions non contractuellement organisées présentent un degré d'aléa et d'insécurité juridique certain. Elles dépendent en effet de l'appréciation d'un tribunal confronté à des questions nouvelles auxquelles il doit appliquer des règles d'une portée générale. La difficulté n'est pas neuve, mais elle souligne tout l'intérêt d'une solution contractuellement et proprement organisée en amont. À l'instar de l'avocat du spot publicitaire bien connu, nous pourrions conclure en rappelant qu'un contrat informatique, c'est un document qu'il faut rédiger soigneusement avant, pour éviter les ennuis après...

⁸⁵ Ou «protection de la vie privée par défaut».

⁸⁶ Ou «protection de la vie privée dès la conception».

⁸⁷ On pense notamment à la question du coût des services concernés.