Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Chronique de jurisprudence

Willems, Valerie; BUYLE, Jean-Pierre; LANOYE, Laurie; Poullet, Yves

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Willems, V, BUYLE, J-P, LANOYE, L & Poullet, Y 1996, 'Chronique de jurisprudence: l'informatique (1987-1994) - (Suite et fin)', *Journal des Tribunaux*, numéro 5795, pp. 229-251.

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.

Download date: 04. May. 2026

25 MARS 1996

Journal des tribunaux

23 mars 1996
115e année - N° 5795

Bureau de dépôt : Mons X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

B.U.M.P. NAMUR

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1899) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

12 ISSN 0021-812X

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

L'INFORMATIQUE (*)
(1987-1994)

CHAPITRE VI
DROIT PENAL

53. — L'affaire Bistel qui a fait la une de la presse il y a quelques années met clairement en évidence l'absence d'unanimité des juridictions belges quant à l'application des dispositions existantes du Code pénal à la répression de nouvelles formes de criminalité.

Les faits sont bien connus. Deux personnes étaient parvenues à accéder illicitement à un système informatique du gouvernement belge permettant aux usagers d'accéder à des bases de données et de communiquer entre eux par le biais d'un service de messagerie électronique. L'accès avait été rendu possible par l'utilisation du code chiffré et des mots de passe d'utilisateurs légitimes de ce système, en l'espèce le premier ministre et une attachée de son cabinet. Le code et les mots de passe avaient été dévoilés à l'un d'eux lorsqu'il travaillait comme milicien détaché au cabinet du premier ministre.

Condamnés par le tribunal correctionnel de Bruxelles pour faux en écritures, vol à l'aide de fausses clefs et détournement d'une communication confiée à la Régie des télégraphes et des téléphones (261), la cour d'appel de Bruxelles ne retint à leur charge que la dernière de ces préventions (262).

En l'absence de réglementation spécifique en Belgique réprimant les diverses formes de criminalité informatique, et ce malgré l'existence d'une Recommandation du Conseil de l'Europe (263) invitant à légiférer en la matière et identifiant les actes répréhensibles (264), certaines juridictions appliquent les dispositions du Code pénal de manière extensive. Ont ainsi été retenues les préventions de vol, de vol d'usage et de faux en écritures. Cette jurisprudence n'est toutefois pas unanime et d'autres juridictions préfèrent se situer, lorsque le programme présente un caractère original, sur le terrain exclusif de la contrefaçon (265). Les décisions en la matière sont toutefois assez rares, ce qui peut sans doute s'expliquer par les difficultés tant de détection que de preuve de ce type d'infraction, ou encore par le silence gardé par les victimes qui préfèrent ne pas ébruiter les failles de leur sécurité informatique et recourent bien souvent, lorsque l'infraction est le fait d'un membre de leur personnel, à des modes internes de règlement des différends (266).

54. — Les faits en cause sont le plus souvent la reproduction illicite de programmes informatiques et la vente des copies à des tiers, l'accès illicite à un système informatique ou encore la manipulation de données informatiques.

Il convient de noter que la loi du 30 juin 1994 sur les écoutes de communications et télécommunications privées (267) sanctionne une des formes de criminalité informatique recensée par le Conseil de l'Europe, « l'interception, sans droit et par des moyens techniques, de communications à destination, en provenance et au sein d'un système ou d'un réseau informatique » (268).

a) En cas de *reproduction illicite de programmes ou de données informatiques,* une certaine jurisprudence considère que la qualification de vol de même que celle d'abus de confiance ne peuvent être retenues dans la mesure où les données informatiques n'ont pas de caractère physique et ne peuvent dès lors pas faire l'objet d'une soustraction ou d'un détournement et que de plus, le propriétaire du programme n'est pas dépossédé de celui-ci, une fois la copie réalisée (269) (270).

A l'inverse, une certaine jurisprudence admet la qualification de vol (271), tout en retenant

(*) Pour le début de la présente chronique, voy. *J.T.* du 16 mars 1996, pp. 205 à 222.

(261) Corr. Bruxelles, 8 nov. 1990, *D.I.T.*, 1991/1, p. 51 avec note de C. Erkelens, « *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege : quid ?* »; *J.T.*, 1991, p. 11.

(262) Bruxelles, 24 juin 1991, *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 340.

(263) Recommandation n° R89/9 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la criminalité en relation avec l'ordinateur.

(264) Deux listes ont été établies par le Comité des ministres, l'une minimale décrivant les infractions pour lesquelles des moyens devraient être mis en place dans le cadre d'une politique criminelle (fraude informatique, faux en informatique, dommages affectant des données ou des programmes informatiques, sabotage informatique, accès non autorisé, interception non autorisée, reproduction non autorisée d'un programme informatique protégé et reproduction non autorisée d'une topographie), l'autre facultative regroupant des infractions sur lesquelles un consensus n'a pu être obtenu quant à leur inclusion dans le domaine de la criminalité informatique ou leur évaluation sur le plan de la politique criminelle (altération de données ou de programmes informatiques, espionnage informatique, utilisation non autorisée d'un ordinateur et utilisation non autorisée d'un programme informatique protégé).

(265) Corr. Verviers, 4 oct. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 709; *Computerr.*, 1992/1, p. 27.

(266) En doctrine, cons. U. Sieber, *La délinquance informatique*, trad. S. Schaff, Bruxelles, Story-Scientia, 1990; D. Merckx, « Overzicht van rechtspraak van economisch strafrecht (periode 1990 - 31 juli 1993), *R.D.C.*, 1994, p. 177, n° III; J. Spreutels, « Le vol de données informatiques », *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 1027; B. De Schutter, « Où en est la fraude informatique ? » *in Droit de l'informatique : Enjeux - Nouvelles responsabilités*, Bruxelles, éd. Jeune barreau, 1993, p. 495.

(267) Loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, *M.B.*, 24 janv. 1995, p. 1542.

(268) L'objet premier de la loi est bien entendu d'établir le principe d'interdiction des écoutes téléphoniques ainsi que les exceptions à ce principe en faveur du juge d'instruction, moyennant le respect de conditions strictement établies. Les articles 1er et 2 de la loi érigent en infraction pénale, par l'introduction de nouvelles dispositions dans le Code pénal (les articles 259*bis* et 314*bis*), l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et télécommunications privées, qu'ils soient effectués par des agents de la fonction publique ou par des particuliers.

(269) Liège, 25 avril 1991, *Rev. dr. pén.*, 1991, 1013 et note H.-D. B.; *J.L.M.B.*, 1992, p. 484.

(270) Corr. Verviers, 4 oct. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 709; *Computerr.*, 1991/2, p. 27.

(271) Le Conseil de guerre de Bruxelles a même retenu la prévention de vol d'usage à propos de la soustraction par un officier de disquettes appartenant

également le délit de contrefaçon là où ses conditions sont remplies (272). Ainsi, à propos de la vente par un étudiant de copies de logiciels effectuées par ses soins sur la base de copies qu'il avait reçues d'autres étudiants ou d'amateurs d'informatique, le tribunal correctionnel de Bruxelles argumente qu'« un logiciel — ou programme informatique — indépendamment même de son support — ou disquette — ne constitue pas un bien immatériel, possède une valeur économique propre et est susceptible d'un transfert de possession qui peut être constaté matériellement. En effet, les données informatiques ne sont nullement des choses immatérielles, des biens incorporels ne concernant que le domaine des droits et des idées; elles sont stockées sur certains supports qui en gardent la mémoire grâce à leur propriété notamment magnétique et sont en principe quantifiables... Enfin, la notion de soustraction doit s'interpréter en fonction de la nature de la chose envisagée et de l'évolution des techniques. Dans cette optique, le fait que le propriétaire d'un logiciel reste, nonobstant la duplication illicite de celui-ci, en possession du programme originaire, n'exclut pas l'application des articles 461 et 505 du Code pénal. Font partie du patrimoine du propriétaire du programme d'origine toute copie — ou plus précisément toute duplication — susceptible d'être transmise ou ''dupliquée'' à son tour... En conclusion, un logiciel — indépendamment de son support — peut faire l'objet d'une soustraction frauduleuse ou d'un recel » (273).

Selon cette jurisprudence et comme il a été indiqué dans la précédente chronique (274),

1) les programmes d'ordinateur ont une valeur économique et sont susceptibles d'un transfert de possession. Ce ne sont pas des biens immatériels;

2) il en est de même des copies de programmes également susceptibles de transmission ou de reproduction;

3) la notion de soustraction doit s'interpréter de manière évolutive et ne suppose pas une déposession du propriétaire des programmes copiés (275).

Que penser de ces controverses jurisprudentielles ?

La Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 11 septembre 1990 que « même si l'on admet que le juge pénal est autorisé à appliquer la loi pénale à des faits que le législateur était dans l'impossibilité absolue de prévoir à l'époque de la promulgation de la loi, cela n'est possible qu'à la double condition que la volonté du législateur d'ériger des faits de cette nature en infraction soit certaine et que ces faits puissent être compris dans la définition légale de la disposition pénale » (276).

Les deux conditions sont-elles satisfaites, sachant qu'en vertu de l'article 461 du Code pénal, l'incrimination de vol requiert la réunion de trois éléments constitutifs : une chose qui fait partie du patrimoine d'une personne physique ou morale, la soustraction de cette chose et l'intention frauduleuse ?

Dans la précédente chronique, nous avions répondu par la négative. D'une part, la volonté du législateur de considérer la copie de données et de programmes comme un vol ne nous semblait pas certaine vu l'existence d'un système de protection et de sanctions spécifiques aux droits de propriété intellectuelle dont l'application est soumise à des conditions restrictives de fond et de durée. D'autre part, le copiage de données ne nous semblait pas pouvoir être compris dans la définition légale du vol car celle-ci ne s'applique qu'aux choses mobilières et corporelles et que la soustraction suppose un acte matériel de déplacement physique de la chose.

Il nous suffit d'ajouter qu'en cas de reproduction illicite de programmes d'ordinateur protégés par le droit d'auteur, les controverses jurisprudentielles risquent de perdre un peu de leur intérêt dans la mesure où la nouvelle loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur (277) permet de poursuivre pour contrefaçon, conformément aux articles 80 à 87 de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins (278), ceux qui, sciemment, vendent, louent, tiennent en dépôt ou introduisent en Belgique les programmes contrefaits et prévoit une peine d'amende de 100 à 100.000 FB à charge des distributeurs (même si la mise en circulation n'est pas commerciale) et détenteurs de mauvaise foi de copies illicites. La protection par le droit d'auteur suppose toutefois que les programmes d'ordinateur soient originaux en ce sens qu'ils sont une création intellectuelle propre à leur auteur (279).

b) L'*accès illicite à un système informatique* a été sanctionné dans l'affaire Bistel par l'application de l'article 17 des lois coordonnées du 13 octobre 1930 concernant la télégraphie et la téléphonie avec fil qui sanctionne le fait de prendre indûment connaissance d'une communication téléphonique. Selon la cour d'appel de Bruxelles, le fait que le système Bistel était relié au système public de télécommunications impliquait que les données qui y étaient stockées étaient des communications confiées à la Régie, la prise de connaissance illicite de ces données résultant de l'utilisation de codes et mots de passe secrets (280).

Cette loi a été abrogée mais l'article 111, alinéas 1er et 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (281) sanctionne désormais le fait « de prendre frauduleusement connaissance de l'existence ou du contenu de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature transmis par voie de télécommunications, en provenance d'autres personnes et destinées à celles-ci » ainsi que d'enregistrer, de transformer ou de supprimer frauduleusement cette information par n'importe quel procédé technique (282).

c) Dans une affaire concernant la *manipulation de données informatiques*, l'incrimination de faux en écritures a été rejetée par la cour d'appel de Liège au motif que les données informatiques ne constituent pas des écrits au sens de la loi mais de simples impulsions magnétiques ne pouvant être que l'instrument de la réalisation d'écrits. Le faux en écriture ne pourrait dès lors être invoqué que si les données frauduleusement modifiées figurent sur un support matériel (283).

d) L'*utilisation illicite d'un code secret* peut-elle être assimilée à celle d'une fausse clé ? Le tribunal civil de Bruxelles, dans un jugement du 5 juin 1991, répond par l'affirmative en considérant au regard de l'évolution de l'informatique en serrurerie et de celle du droit pénal dans le domaine de l'informatique, que l'introduction d'une donnée ou d'une impulsion électrique ou magnétique dans une serrure moderne correspond à l'utilisation d'une fausse clé. Le tribunal civil conclut que cette interprétation « contemporaine » n'est pas une interprétation extensive (284).

CHAPITRE VII
DROIT SOCIAL

55. — Deux décisions d'une grande importance pratique méritent d'être signalées. La première, une décision de la cour d'appel de Liège du 25 octobre 1990 (285) a statué en appel

à l'Etat belge pour copier des programmes et les vendre (Cons. guerre Bruxelles, 20 déc. 1988, *D.I.T.*, 1990/3, p. 69 avec note de C. Erkelens, « Fraude informatique : l'insécurité juridique subsiste »; *Computerr.*, 1990/1, p. 34).

(272) Corr. Bruxelles, 24 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 444; *J.T.*, 1995, p. 685.

(273) Corr. Bruxelles, 24 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 444; en faveur du vol, voy. également. Corr. Bruxelles, 19 nov. 1992, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 355.

(274) La chronique précédente, p. 93.

(275) Dans le même sens en doctrine : J.-P. Spreutels, « Le vol de données informatiques », *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 1027.

(276) Cass., 11 sept. 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 37.

(277) 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 juillet 1994, p. 19315. Pour un commentaire de la loi, voy. A. Strowel, « Vers un droit d'auteur *sui generis* : la loi du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur », *Ing.-Cons.*, 1994, p. 70; F. Brison et J.-P. Triaille, « La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur », *J.T.*, 1995, p. 141.

(278) Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 22 nov. 1994, p. 28832.

(279) Article 2 de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur précitée.

(280) Bruxelles, 24 juin 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 340.

(281) Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, p. 197.

(282) L'article 111 de la loi du 21 mars 1991 a été modifié par l'article 13 de la loi précitée du 30 juin 1994 sur les écoutes téléphoniques. Cette loi maintient et précise le principe de l'interdiction des écoutes mais l'assortit d'exceptions au bénéfice du juge d'instruction.

(283) Liège, 26 févr. 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1347.

(284) Civ. Bruxelles, 5 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 497.

(285) C.T. Liège, 25 oct. 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 158; *Computerr.*, 1992/2, p. 6 avec une note de P.-F. van der Heijden. Dans le même sens, voy. C.T. Bruxelles, 11 oct. 1989, *Chron. dr. soc.*, 1992, p. 170 où a été considéré comme une faute grave le fait pour un ingénieur de modifier consciemment le fichier informatique d'une société tierce.

d'une décision rendue le 20 mars 1989 qui a admis le licenciement pour faute grave d'un informaticien se trouvant sous contrat de travail au motif que celui-ci avait accédé à des programmes contenant des informations confidentielles relatives aux employés de la société (les rémunérations) et les avait imprimées. La cour, confirmant la décision rendue en premier ressort, décida que « ... les rémunérations payées dans une entreprise constituent l'une des données de son fonctionnement suffisamment importante que pour qu'elle ait le souci de ne pas courir le risque de leur divulgation, notamment à des entreprises concurrentes; ... que l'atteinte portée par l'appelant à la confidentialité d'un tel fichier l'a également été au respect de la vie privée, sanctionnable au-delà même de l'entreprise, dans le souci de protection des personnes susceptibles d'y être reprises; ... que le comportement... était de nature à ruiner toute confiance et à rendre la poursuite de toute collaboration entre parties immédiatement et définitivement impossible », justifiant dès lors le licenciement immédiat pour faute grave.

La deuxième décision, rendue par le tribunal du travail de Liège le 24 juin 1991 (286), mettait en cause un analyste-programmeur chargé du développement et de la maintenance de programmes de gestion qui ne s'était plus présenté au travail suite à la mise sous concordat judiciaire de la société qui l'employait et qui s'était vu licencié pour motif grave par son employeur. Ce dernier avait introduit une action en référé afin d'obtenir la restitution de « l'ensemble des données des programmes informatiques ». Il s'était, en effet, avéré qu'entre autres, le travailleur n'avait pas structuré clairement les programmes, n'avait pas établi de programme d'analyse selon les règles de l'art ou encore n'avait pas décrit les fichiers par la réalisation de dossiers d'analyse complets. Son employeur souhaitait donc qu'il s'acquitte de ces tâches afin de permettre à son successeur éventuel d'assurer le suivi du travail. Le tribunal, à juste titre, a déclaré la demande non fondée en estimant que « le contrat de travail du défendeur étant présentement rompu, il n'est évidemment plus possible d'ordonner que celui-ci reprenne vie la durée du temps nécessaire pour réparer les manquements éventuels constatés; que si de tels manquements existent..., il appartient, le cas échéant, au demandeur de s'adresser au juge du fond, en vue d'obtenir la juste réparation du préjudice subi ».

CHAPITRE VIII

LA PROTECTION DES DONNEES A L'EGARD DES TRAITEMENTS (287)

56. — La multiplication d'une jurisprudence hardie tantôt en anticipation d'une solution législative qui devait aboutir le 8 décembre 1992 (288), tantôt, à peine la loi votée, en application des principes y contenus, nous invite à élargir notre chronique à ces questions essentielles. En effet, on le pressent, ce que les pessimistes qualifient, la survie de nos libertés, les optimistes, le développement de nos libertés, constituera l'enjeu majeur de notre société dite informationnelle. Dans le même esprit, les auteurs avaient songé aborder également la jurisprudence relative aux repérages et aux écoutes téléphoniques (289). Une excellente chronique parue récemment aux colonnes de ce même journal et commentant à la fois la jurisprudence et les législations récentes en la matière (290) nous amène à ne pas étendre nos réflexions aux défis soulevés cette fois par l'utilisation à la fois de l'informatique et des télécommunications.

Avant d'aborder le vif du sujet, les auteurs tiennent à préciser que la jurisprudence ici commentée ne concerne pas uniquement, comme le voudrait l'objet de la présente chronique, les traitements « informatisés » (291), mais bien en général la collecte et le stockage d'informations que sa tenue soit manuelle ou informatisée, dans la mesure où les principes dégagés par cette jurisprudence apparaissent applicables aux traitements « informatisés ».

La législation du 8 décembre 1992 institue un équilibre entre, d'une part, le droit à l'information des entreprises et administrations et, d'autre part, le droit des personnes concernées à la protection de leur vie privée (292). Cet équilibre est réalisé grâce à la fois à un droit d'accès au sens large (293) de la personne aux données la concernant (I) et à la fois par l'imposition de limites et contraintes auxquelles le maître du fichier est soumis lorsqu'il désire exercer son droit à l'information (294) (II).

57. — Avant d'aborder ces deux versants de toute législation de protection des données, relevons quelques attendus relatifs au champ d'application de la législation. La loi concerne les données nominatives, que la législation définit comme « données relatives à une personne physique identifiée ou identifiable ». Trois décisions permettent de préciser l'extension de cette notion (295). Antérieurement à la loi, la Cour d'arbitrage s'était interrogée sur la violation de la vie privée que pouvait constituer la communication par les entreprises d'électricité de l'information concernant le placement de limitateur de puissance au domicile de certains ménages. Dans un arrêt récent (296), elle affirme avec raison que le placement d'un limitateur de puissance par une entreprise d'électricité n'est pas un « renseignement d'ordre technique » mais « révèle que la personne concernée est en défaut de payer sa dette vis-à-vis de cette entreprise » et que « la divulgation d'une telle information porte donc sur un aspect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

Plus récemment, dans le cadre cette fois de l'application de la loi du 8 décembre 1992, les tribunaux civils de Bruxelles (297) et de Nivelles (298) ont eut à se prononcer sur l'extension de la notion de « données nominatives » à des données non de nature personnelle mais ayant trait aux activités commerciales et professionnelles d'un individu. Les deux tribunaux affirment à juste titre que « la loi du 8 décembre 1992 n'apporte à la notion de "donnée" aucune limitation en rapport avec son caractère commercial ou professionnel ».

(286) T.T. Liège, 24 juin 1991, *Chron. dr. soc.*, 1992/2, p. 70.

(287) Le texte est à jour au 15 septembre 1995. Il n'a pu tenir compte d'une décision récente mettant en cause Belgacom c. Kapitol Trading (Comm. Bruxelles, 19 juill. 1995, *J.T.D.E.*, 1995, pp. 188 et 189). Cette décision fera l'objet d'un commentaire dans les prochaines colonnes du *Journal des tribunaux*.

(288) *M.B.*, 18 mars 1993, pp. 5801 et s. Cette loi a été suivie d'une multitude d'arrêtés royaux relatifs à sa mise en application dont le dernier, l'arrêté royal n° 2*bis* (*M.B.*, 7 oct. 1995) reporte les dates d'application initialement prévues de certaines dispositions (en particulier, la date de déclaration des traitements). Le lecteur notera en outre que l'adoption, le 24 juillet 1995, de la directive européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*J.O.*, n° L 281/31, 23 nov. 1995), obligera le législateur belge à revoir le texte actuel, ce que le ministre de la Justice s'est engagé à réaliser dans les meilleurs délais.

(289) Il s'agit de la loi du 11 février 1991 relative aux repérages téléphoniques (*M.B.*, 16 mars 1991, p. 5435) et de la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées (*M.B.*, 24 janv. 1995).

(290) Sur ce point, l'article de T. Henrion, « Les écoutes téléphoniques », *J.T.*, 1995, pp. 205 et s.

(291) Ou plutôt « automatisés », pour reprendre l'expression de la loi du 8 décembre 1992.

(292) Sur cet équilibre omniprésent dans les législations de protection des données, lire Th. Léonard et Y. Poullet, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *in* F. Rigaux, *La vie privée : une liberté parmi les autres ?*, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 231 et s.

(293) Sur ce droit d'accès défini comme le droit d'être informé sur l'existence des fichiers et des données y contenues et le droit d'en contester la qualité et la pertinence, lire E. Meysmans, « De informatieplicht bij het verzamelen van gegevens in de Belgische privacywet », *Computerr.*, 1994/1, pp. 2 et s.; du même auteur, « Het recht van toegang en verbetering in de Belgische privacywet », *Computerr.*, 1993/6, pp. 226 et s.; J. Berleur, « Les droits du fiché », *in Quelle commission pour quelle vie privée*, actes juridiques de la journée d'information du 3 mai 1993, C.P.V.P., 1994, pp. 81 et s.

(294) A ce propos, de manière détaillée, lire Y. Poullet, « Le fondement du droit à la protection des données nominatives; propriété ou libertés », *in Nouvelles technologies et libertés*, Litec, 1991, pp. 175 et s.

(295) Sur la notion de « données à caractère personnel » et son extension y compris aux images et sons, lire M.-H. Boulanger, C. de Terwangne, Th. Léonard, *op. cit.*, pp. 371 et s., n° 4; F. Robben, « Toepassingsgebied en begripsdefinities », *in Quelle commission pour quelle vie privée*, actes juridiques de la Journée d'information du 3 mai 1993, C.P.V.P., 1994, pp. 9 et s.

(296) Cour d'arbitrage, arrêt n° 14/93, 18 févr. 1993, *Arrêt C.A.*, 1993, pp. 153 et s.; *R.W.*, 1992-1993, p. 1265, *Droit en quart monde*, 1993, p. 35.

(297) Civ. Bruxelles, 22 mars 1994, *J.T.*, 1994, pp. 843 et s., note Th. Léonard.

(298) Civ. Nivelles, 15 nov. 1994, *J.T.*, 1995, pp. 284 et s. Dans les deux cas, il s'agissait de la communication de renseignements à une mutuelle privée d'informations sur le crédit (plus extensivement, sur ces deux décisions, *infra* n° 294).

I. — Le droit d'accès des personnes concernées

58. — C'est dans le secteur du crédit (299) que plusieurs décisions ont cru bon d'affirmer les diverses facettes du droit d'accès des personnes concernées : trois d'entre elles ont été prises avant même l'existence de la loi. Leur motivation mérite une attention particulière.

La décision du juge de paix de Namur (300), le 13 janvier 1987, mérite d'être rappelée. En 1985, M. X se voit refuser un crédit par la banque Y. La banque Y lui donne l'explication suivante :

« La décision négative est une décision qui lui a été signifiée par le biais de son organisme assureur ». En l'occurrence, l'assureur crédit avait refusé la couverture du crédit sans préciser les motifs de sa décision.

La condamnation de l'assureur crédit est motivée notamment (301) de la façon suivante : « Attendu que le projet de loi belge, prévoit comme corollaire aux actes du ''ficheur'' le droit à toute personne concernée, de contester et de rectifier les données incomplètes, inexactes, périmées ou illicites » et le juge ajoute « que ces règles ayant cours ou en gestation, constituent à tout le moins, indications des normes de comportement et de conduite auxquelles doit se référer tout ''ficheur'' normalement prudent et diligent ». En outre, le dispositif du jugement interdit la communication future des données inexactes. Ainsi, le juge impose, sur base des devoirs de prudence de l'organisme de crédit, l'obligation pour celui-ci d'opérer rectification, effacement et blocage de données, lorsque celles-ci s'avèrent inexactes, obligation que depuis l'article 12 de la loi du 8 décembre consacre (302).

59. — Le tribunal civil de Liège, le 11 mars 1987 (303), ajoute à ce premier droit, un second dont l'exercice apparaît d'ailleurs comme un préalable à celui de rectification : le droit à connaître l'existence du fichier et des données y contenues. Ce droit, désormais confirmé par les articles 4, 9 et 10 (304), est reconnu à propos des circonstances suivantes : une mutuelle de crédit privée conservait des données devenues obsolètes à propos d'un consommateur, l'utilisation d'une telle information par un organisme de crédit, membre de la mutuelle, entraîna le refus de crédit. Le juge condamne la mutuelle pour de nombreux motifs mais, en particulier pour le fait que « le fichier » est en fait un fichier secret, dont la menace de publicité est ignorée des consommateurs de crédit qui contractent avec les membres de la mutuelle et dont l'existence est dissimulée, aussi longtemps que possible, aux débiteurs ayant leur nom signalé dans ce fichier... « Attendu, ajoute le tribunal, qu'en l'espèce, les demandeurs n'ont pas été avertis, lors de la conclusion du contrat de prêt, de la signalisation définitive et irrévocable de leurs noms dans le fichier des mauvais débiteurs en cas de défaillance, qu'ils n'en ont pas plus été informés, lors des mises en demeure de la première défenderesse et de l'inscription de leur nom par la seconde défenderesse, qu'ils n'ont pas été informés d'un droit à faire rectifier cette inscription... ». La cour d'appel de Liège (305) confirme la décision : « ... le système auquel l'appelante... a participé et adhéré, est constitutif de faute génératrice de responsabilité dans la mesure où il méconnaît les droits essentiels de la personne privée et porte gravement atteinte à la protection du consommateur de crédit : — ... en fonctionnant à l'insu du débiteur mentionné lequel est sciemment laissé dans l'ignorance de l'existence du fichier, de la réalité, de la date et du contenu d'une inscription à son nom, de l'identité de l'organisme à la demande duquel ladite inscription est opérée ».

On souligne la qualité de l'anticipation par les juges des solutions finalement retenues par le législateur (306). En effet, en l'occurrence, il s'agissait de savoir comment et quand informer la personne concernée de l'existence d'un fichier non tenu par la banque, avec laquelle la personne concernée est en relation contractuelle, mais par un tiers, la mutuelle de crédit, avec lequel la banque et non la personne concernée est en relation contractuelle. Les juges estiment que cette information doit être donnée soit d'emblée par la banque lorsque la personne concernée noue avec elle la relation de crédit (hypothèse de l'article 4 de la loi), soit, en tout cas, par la mutuelle lors de l'enregistrement de la défaillance de crédit (hypothèse de l'article 9 de la loi). Ajoutons que les juges précisent, toujours à raison, que l'information à donner à la personne concernée doit en tout cas comprendre la nature des données traitées, ainsi que le droit de la personne concernée à faire rectifier cette inscription..., y compris devant les tribunaux.

Le non-respect de ce droit à la transparence apparaît aux yeux des juges liégeois comme une violation fautive « du droit au respect de la vie privée et du concept légal de vérité judiciaire ».

60. — Toujours en matière de crédit, mais en application cette fois de la loi du 8 décembre 1992, deux décisions (307) précisent le degré de précision des informations dues par le maître du fichier. L'article 4 de la loi prévoit, en effet, que la personne concernée doit être informée des finalités poursuivies par le ou les traitements du maître du fichier. En l'occurrence (308), les banques collectaient les informations nées des ordres de virement de ses clients, en particulier le nom de certains destinataires, pour opérer des démarches commerciales auprès des clients pour des produits non bancaires. Si, dans les deux affaires, les juges rappellent le devoir d'information du banquier, le tribunal de commerce d'Anvers note : « Attendu que, même si la communication à ses clients par la défenderesse du règlement général des opérations était utile comme information préalable et même si le droit d'opposition n'avait pas été utilisé, cette information en toute hypothèse ne répondait pas aux conditions de la loi précisées par l'article 4, § 1er, 3°, en ce sens que la finalité y reprise ne correspondait pas à la finalité effective » (309). Ainsi, insistera-t-on à la suite de cet attendu, sur la nécessité de détailler les diverses finalités des traitements dans l'information procurée à la personne concernée (310).

61. — Ce droit à la transparence est-il valable vis-à-vis de tout fichier ? La loi exonère de ce devoir notamment les fichiers de police, selon l'article 4, § 1er, alinéa 2 et l'article 11. Elle confirme ainsi, une décision du tribunal correctionnel de Bruxelles (311) : « La circonstance que la photographie du prévenu a été, à son insu, placée dans un fichier tenu par la police ne méconnaît pas le droit au respect de la vie privée... » (312).

(299) Th. Léonard (note sous Comm. Anvers, réf., 7 juill. 1994, *D.C.C.R.*, 1994, pp. 77 et s.) explique le fait de la manière suivante : « Que les trois premières applications jurisprudentielles concernant le monde bancaire — au sens large — ne constituent pas une surprise. La nature même des opérations poursuivies, impliquant un transfert important d'informations de la clientèle vers l'organisme financier, liée à une utilisation optimale des nouvelles technologies de l'information, jette ce secteur en première ligne de la phase d'implémentation de la législation protectrice »; E. Meysmans, « Marketing en privacy », *Computerr.*, 1995/2, p. 50.

(300) J.P. Namur, 13 janv. 1987, *R.R.D.*, 1987, p. 209, note Y. Poullet.

(301) Nous reviendrons *infra* n° 66 sur la seconde motivation fondée cette fois sur le principe de finalité.

(302) « Art. 12. § 1er. Toute personne a le droit d'obtenir sans frais la rectification de toute donnée à caractère personnel inexacte qui la concerne.
» Toute personne a également le droit d'obtenir sans frais la suppression ou l'interdiction d'utilisation de toute donnée à caractère personnel la concernant qui, compte tenu du but du traitement, est incomplète ou non pertinente ou dont l'enregistrement, la communication ou la conservation sont interdits ou encore qui a été conservée au-delà de la période autorisée ».

(303) Civ. Liège, 11 mars 1987, *D.I.T.*, 1988/1, I, p. 45, note Y. Poullet; *J.T.*, 1987, p. 426 et 1988, p. 65.

(304) L'article 4 consacre un droit à l'information lors de la collecte; l'article 9, lors du premier enregistrement; enfin, l'article 10 règle le droit d'accès au contenu du traitement. Sur ces différents droits, lire en particulier les articles de Meysmans cités note. Cf. également, l'arrêté royal n° 9 accordant des dispenses de l'application de l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992, 7 février 1995, *M.B.*, 28 févr. 1995, pp. 4456 et s.

(305) Liège, 5 juin 1991, *D.I.T.*, 1994/1, pp. 32 et s., note Th. Léonard et E. Montero.

(306) Il s'agit tant des solutions données par les articles 4 et 9 de la loi du 8 décembre 1992 déjà citée qui prescrit le devoir d'information du maître du fichier soit lors de la collecte, soit lors du premier enregistrement que de la loi du 12 juin 1992, modifiée par la loi du 6 juillet 1992, relative au crédit à la consommation.

(307) Comm. Anvers, 7 juill. 1994 et Comm. Bruxelles, réf., 15 sept. 1994, *Computerr.*, 1994/4, p. 244 et s., note J. Dumortier et F. Robben; *R.D.C.*, 1995, p. 297 et note Dassesse; *D.I.T.*, 1994/4, p. 48 et note O. Lesuisse.

(308) Nous reviendrons sur les faits à l'origine de ces jugements, *infra*, nos 72 et s.

(309) Traduction libre de l'auteur.

(310) Lorsqu'une entreprise collecte des données auprès de ses employés, il s'agit d'informer ces derniers non seulement de la finalité : « Administration du personnel » mais encore de celles « gestion du personnel » et « planification des activités » voire « Lutte contre la fraude ».

(311) Corr. Bruxelles, 14 août 1991, *Pas.*, 1991, III, 106; *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 133.

(312) La suite de l'attendu note que la donnée était pertinente au regard du traitement « dès lors que ce prévenu avait fait l'objet antérieurement d'une mesure de surveillance du tribunal de la jeunesse, de deux informations pénales... ».

II. — Le droit à l'information des entreprises et des administrations

62. — Quelques décisions, en particulier mais non exclusivement dans le domaine bancaire, permettent de préciser les multiples significations du principe fondamental qui régit le droit à l'information des entreprises et des administrations, à savoir le principe de finalité consacré par l'article 5 de la loi du 8 décembre 1992 (A).

Au-delà, on notera quelques réflexions jurisprudentielles sur les obligations du maître de fichier (B) et, également, sur la question du traitement des données médicales (C), une des données sensibles réglementées par la loi.

A. — *Le principe de finalité*

63. — La doctrine s'accorde pour reconnaître le principe dit « de finalité » comme « pierre angulaire » de toute législation de protection des données (313). L'article 5 de la loi qui énonce ce principe lui donne une double signification voire y reconnaît un double principe : « Le premier — principe de légitimité — postule que le but du traitement soit déclaré et légitime. Le second — principe de conformité — exige un lien étroit entre l'utilisation des données et la finalité légitime déclarée. Plus précisément, les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport à cette finalité » (314).

§ 1er. — *La légitimité des traitements*

64. — La légitimité d'un traitement obéit à deux règles, l'une formelle (315) garantit une certaine transparence du traitement; la seconde, de fond, exige le respect d'une certaine proportionnalité entre l'intérêt légitime poursuivi par le traitement et l'atteinte aux libertés individuelles : « Si le but de la loi est bien de garantir la protection de la vie privée dans notre société, la finalité du traitement et sa mise en œuvre doivent concilier les intérêts de la personne concernée par les données et l'intérêt général ou l'intérêt particulier poursuivi par le responsable du traitement. Il en résulte qu'une finalité choisie violant les intérêts individuels sans se fonder sur un intérêt supérieur doit être considérée comme illégitime... » (316).

65. — L'exigence « formelle » n'est pas rencontrée, rappelle le tribunal de Liège dans la décision déjà citée du 11 mars 1987, à propos d'une mutuelle d'information sur le crédit (317) lorsque le « fichier est en fait un fichier secret, dont la menace de publicité est ignorée des consommateurs de crédit... et dont l'existence est dissimulée, aussi longtemps que possible, aux débiteurs ayant leur nom signalé dans ce fichier ». Nous avons déjà abordé (318) cette question à propos du droit à l'information de la personne concernée.

En l'occurrence, c'est l'existence même de la banque de données qui était tenue secrète, la décision du tribunal de commerce d'Anvers (319) évoque l'hypothèse où une banque de données peut être connue sans que pour autant un traitement particulier utilisant cette banque de données lui soit connu. Les faits de la décision concernent l'utilisation par une banque des informations générées par les virements de ses clients aux fins de prospection de ceux-ci pour des produits d'assurance.

Le tribunal sur base de l'article 5 de la loi exige que les finalités soient clairement décrites. Il note que tel n'est pas le cas en relevant que le dépliant promotionnel remis au client au sujet de la protection de sa vie privée énonce : « La Banque vous assure que les données personnelles ne sont utilisées que pour des finalités légitimes, à savoir la préparation et l'exécution des conventions conclues dans le cadre des services financiers offerts à nos clients ainsi que l'optimisation des relations entre la Banque et le client » (320). Dans la mesure où cette assertion peut être interprétée par le client comme situant le traitement marketing dans le cadre des activités de services financiers de la banque et non dans le cadre des activités annexes de la banque comme assureur, activités dont le juge précise qu'elles sont récentes et annexes, l'information sur cette finalité complémentaire : « prospection pour les activités d'assurance » aurait dû explicitement être donnée. Il s'agit d'une finalité déterminée différente de celle : « prospection pour les différents services financiers ».

Ainsi, la jurisprudence précise que doit faire l'objet d'une transparence chaque traitement, c'est-à-dire tout ensemble d'opérations marquées par une finalité unique telle que la personne concernée puisse raisonnablement, à la lecture de l'énoncé de cette finalité, concevoir les types d'opérations couvertes par cette finalité (321).

66. — Le contrôle au fond de la légitimité d'un traitement est abordé de manière incidente dans certaines décisions, précisé dans d'autres. Ainsi, à propos de la légitimité des fichiers tenus par les sociétés d'assurance-crédit, le juge de paix de Namur, dans la décision déjà citée du 13 janvier 1987 (322) prend soin de noter, « Attendu que l'on ne peut considérer qu'il y a une quelconque faute dans le chef de la défenderesse, puisqu'elle doit nécessairement, asseoir sa décision d'assurer un crédit sur base d'éléments divers... ». Une décision inédite du 26 octobre 1992 (323) note dans le même sens à propos d'une mutuelle d'informations sur le crédit : « Que certes une telle activité, mise en place dans ce cas par X (la mutuelle d'informations), au nom et profit de ses membres, donneurs de crédit, constitue un important apport à une société de prêt sur le terrain financier et qu'une telle activité sert à la fois les intérêts des donneurs de crédit et ceux des consommateurs » (324).

67. — Toujours dans le secteur du crédit, les deux décisions déjà citées, prises dans le contexte de la loi de 1992, contiennent également des réflexions intéressantes sur la légitimité de l'utilisation des données générées par les virements du client à des fins de prospection commerciale. Chacune d'elles se réfère à la recommandation R (90) du 13 septembre 1990 pour reconnaître le droit de la banque à opérer de tels traitements (325), à condition, ajoutent les juges, que l'information préalable sur cette finalité ait été donnée aux clients et qu'un droit de s'opposer à un tel traitement leur soit reconnu (326). Ainsi, le droit d'opposition de la personne concernée en matière de marketing est considéré par la décision comme un élément fondamental dans l'examen de l'équilibre entre l'intérêt de la personne concernée à « vivre en paix » et celui de l'entreprise à collecter des données.

(313) « Un traitement d'informations nominatives est créé pour atteindre un certain but. Il doit être adapté et ne pas servir à d'autres fins. Ce principe de finalité est omniprésent... C'est en effet à partir de la finalité d'un traitement que tout un faisceau d'exigences est formulé quant à la nature des données enregistrées, à leur durée de conservation et à la qualité de leurs destinataires... Ce principe clé de finalité est fréquemment mis en cause... » (C.N.I.L., *Dix ans d'informatique et libertés*, Economica, Paris, 1988, pp. 81 et s.).

(314) M.-H. Boulanger, C. de Terwangne et T. Léonard, *op. cit.*, p. 65, n° 39.

(315) A ce propos, en particulier Th. Léonard, Y. Poullet, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *in* F. Rigaux, *La vie privée, une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 17, Bruxelles, Larcier, pp. 232 et s., n^{os} 35 et s.; S. Gutwirth, « De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de privacywet van 8 december 1992 », *T.P.R.*, 1994, pp. 1409 et s.

(316) M.-H. Boulanger, C. de Terwangne et T. Léonard, *op. cit.*, p. 65, n° 41; cf. égalem. S. Gutwirth, *op. cit.*, p. 1432.

(317) Civ. Liège, 11 mars 1987, *Computerr.*, 1988/2, p. 94; *J.T.*, 1987, p. 426. Dans un jugement inédit du 26 octobre 1992 (Van Riel D. c. de Beroepsvereniging van het krediet) prononcé par le tribunal civil d'Anvers (R.G. 55.219) concernant également la communication d'un renseignement à une mutuelle privée d'informations sur le crédit, le tribunal n'évoque pas ce manquement. Il se contente de noter que l'information transmise était objective et que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne crée pas de droits subjectifs d'un particulier contre une entreprise privée.

(318) Cf. *supra* n° 58.

(319) Comm. Anvers, 7 juill. 1994, *Computerr.*, 1994/4, pp. 244 et s., note J. Dumortier et F. Robben; *D.I.T.*, 1994/4, p. 51, note O. Lesuisse; *R.D.C.*, 1995, pp. 297 et s.

(320) Traduction libre de l'auteur.

(321) La définition de la notion de traitement et son extension figurent parmi les questions les plus difficiles à résoudre. A cet égard, les réflexions de F. Robben, « Toepassingsgebied en begripsdefinities », *in Quelle commission pour quelle vie privée*, actes juridiques de la journée d'information du 3 mai 1993, C.P.V.P., 1994, pp. 9 et s.

(322) J.P. Namur, 13 janv. 1987, *D.I.T.*, 1987, p. 181; *Computerr.*, 1988/2, p. 91 et note Y. Poullet.

(323) Civ. Anvers, 26 oct. 1992, R.G. 55.219, inédit, Van Riel D. c. de Beroepsvereniging van het krediet.

(324) Le juge décrit comme suit d'une part, l'intérêt du banquier « responsable », celui de ne pas couvrir le risque d'opérer des prêts non récupérables et d'autre part, l'intérêt du client de se voir protéger contre des risques d'emprunt trop importants.

(325) Reprenant le texte de la recommandation n° R(90)19 du Conseil de l'Europe sur les moyens électroniques de paiement, le juge estime légitime le traitement de données opérées par ces moyens de traitement à des fins de promotion de services financiers et autres services comme par exemple le service de voyage.

(326) Le lecteur notera que la jurisprudence introduit en se référant à la recommandation du Conseil de l'Europe le droit d'opposition de la personne concernée, à voir figurer son nom dans une liste de prospection commerciale. Un tel droit d'opposition a été également affirmé par la Commission à l'encontre de fichiers de marketing (à ce propos, Y. Poullet, « Commercialisation des données détenues par le secteur public et vie privée », *D.C.C.R.*, 1994, pp. 621 et s.) et reconnu explicitement à propos de ses annuaires téléphoniques.

68. — A propos de la légitimité des traitements des administrations, une première décision, antérieure à la période couverte par la présente chronique, mérite d'être rappelée. Pour établir l'inconduite notoire d'un assuré social et l'exclure du chômage, l'O.N.Em. avait obtenu d'autorités de police certaines informations. Le tribunal du travail de Charleroi (327) rejette la décision au motif de la non-légitimité de telles communications d'informations, qui, ajoute-t-il, représente de ce fait une ingérence illégitime dans la vie privée des assurés sociaux (328). Que dans et entre les administrations, un traitement est illégitime s'il ne trouve pas son fondement dans l'exécution de missions légales est un premier principe; rappelé extensivement par un arrêt du Conseil d'Etat de 1986 (329). En l'occurrence, il s'agissait de déterminer si la Société nationale du logement était habilitée ou non à recueillir des informations à propos de ses locataires ou de candidats locataires pour déterminer leur droit à bénéficier d'un logement social. Le Conseil d'Etat légitime un tel traitement en reconnaissant qu'il est fondé indirectement certes mais de manière certaine par la loi.

L'extension de la notion de « loi » fait l'objet d'un arrêt du Conseil d'Etat du 27 mars 1992 (330) dont la motivation surprend quelque peu. En l'occurrence, il s'agissait d'analyser la légalité et la légitimité d'un règlement du Comité de gestion du service des soins de santé de l'I.N.A.M.I. ayant pour objet de remplacer le « document papier » de facturation des prestations par une bande magnétique. En ce qui concerne la légalité du règlement, la Fédération belge des chambres syndicales de médecins se référait à l'article 8 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour affirmer que « pareille ingérence dans la vie privée (331) ne peut, dans l'état actuel de notre droit, qu'être le fait du législateur, qui ne peut, à défaut de textes précis en ce sens, présumer avoir attribué ce pouvoir au comité de gestion ».

Le Conseil d'Etat précise : certes « au sens de l'article 8 :

» 1°) toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance;

» 2°) il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Mais, ajoute le Conseil d'Etat,

« La ''loi'' au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne doit pas s'entendre seulement d'un acte des assemblées parlementaires mais aussi de tout acte ayant une valeur normative pris par une autorité mettant en œuvre les pouvoirs qui lui sont confiés par la loi ou en vertu de celle-ci. La Convention n'interdit pas que l'ingérence qu'elle prévoit découle d'un règlement ».

Une telle extension de la notion de « loi » surprend. Le Conseil d'Etat lui-même semble reculer devant sa propre audace puisqu'après avoir donné son interprétation extensive de la loi, il s'étend longuement sur l'absence d'intérêt du requérant motivé principalement par le fait que la loi du 15 janvier 1990, créant la banque de données carrefour, apporte aux assurés sociaux les garanties de protection de leur vie privée dont l'absence, au moment où l'acte attaqué fut pris, constitue le soutènement du moyen. Ainsi, c'est en définitive la protection assurée par une loi, au sens formel du terme, qui justifie l'ingérence de l'Etat dans la vie privée. Sans doute, eût-il été préférable cependant que la loi consacre explicitement la création du système d'informations de l'I.N.A.M.I.

A propos cette fois de la légitimité du contenu du règlement, la Fédération invoquait que le système mis en place avait pour finalité ou tout au moins comme conséquence le contrôle par l'administration de chaque assuré social, et dès lors la violation de leur vie privée. Le Conseil d'Etat n'accueille pas le moyen « ... il ne ressort pas du règlement attaqué que celui-ci aurait pour but la constitution de fichiers individuels automatisés concernant les assurés sociaux, cette situation ne pouvant être que le résultat de manœuvres et d'agissements illicites.

» Un règlement n'est pas illégal pour cela seul qu'il pourrait être appliqué dans un but étranger à celui qui lui a été assigné par son auteur. Au demeurant la loi du 15 janvier 1990 prévient les abus éventuels et y remédie notamment en ses articles 19 à 26 relatifs à la protection des données sociales, cette loi apportant aux assurés sociaux les garanties de la protection de leur vie privée » (332).

On s'étonnera d'un tel attendu qui laisserait entendre qu'une réglementation ne pourrait être contraire à la loi de protection de la vie privée que lorsque son but implicite ou explicite serait de contrevenir aux exigences de cette protection.

Enfin, la Fédération ajoutait, sur base des principes généraux du droit, que tout acte administratif doit se fonder sur des « causes et motifs légalement admissibles et des exigences d'une saine et juste gestion administrative qui implique que ces mesures soient proportionnées au but poursuivi ». Le Conseil d'Etat répond partiellement à l'objection lorsqu'il fait remarquer que l'importance et le coût des tâches imposées par le règlement des prestataires de soins, à savoir transmettre les documents de facturation aux organismes assureurs soient « excessifs ». Peut-être eût-il été intéressant du point de vue de la protection des données et non du point de vue des obligations des professionnels de la santé de s'interroger sur le respect du principe de proportionnalité (333). Lorsque l'autorité publique a le choix des moyens, il lui appartient d'être attentive aux procédés qui nuisent le moins à la liberté des individus (334).

69. — Ainsi l'examen de la légalité du traitement ne dispense pas d'autres examens, ceux de légitimité et de proportionnalité. Un traitement dans l'administration non seulement doit disposer d'une base légale (335) mais en outre doit être conforme au but poursuivi par cette loi et ne pas être disproportionné à celui-ci. C'est l'enseignement majeur d'une décision de la Cour d'arbitrage du 18 février 1993 (336). En l'occurrence, il s'agissait de savoir si la communication par écrit à la commune du nom des ménages qui ont fait l'objet d'un placement d'un limitateur de consommation électrique, portait atteinte à la vie privée des personnes concernées. La Cour estime, après avoir noté qu'une telle information est bien une information relative à la vie privée du ménage (337),

1° que « parmi les droits et libertés garantis par les articles 6 et 6*bis* de la Constitution figurent bien les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment. Il en est ainsi à tout le moins des droits et libertés résultant de dispositions ayant effet direct, ce qui est le cas de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 17 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques » (338);

(327) T.T. Charleroi, 12 févr. 1985, *Chron. dr. soc.*, 1986, pp. 212 et s.

(328) « Qu'il n'appartient pas à l'O.N.Em. de requérir la collaboration de la police communale pour établir l'inconduite notoire, ni aux verbalisants d'être agréables à l'O.N.Em. en accomplissant pour celui-ci une mission que la loi ne leur confie pas; Attendu que de tels échanges d'informations aboutissent à une ingérence non autorisée dans la vie privée et familiale ». A propos des banques de données de la police, lire P. Lemmens, « De verwerking van persoonsgegevens door politiediensten en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer », *Liber amicorum*, J. D'Haenens, 1993, pp. 205 et s.

(329) C.E., 10 juin 1986, *R.A.C.E.*, 1986, n° 26.629.

(330) C.E., 27 mars 1992, *R.A.C.E.*, 1992, n° 39.064, réaffirmé *in* C.E., 26 mai 1992, *R.A.C.E.*, 1992, n° 39.469.

(331) « La mesure ne peut être considérée comme une simple condition administrative dans la mesure où elle ouvre la voie à la mise en mémoire de données automatisées relatives aux soins médicaux subis par chaque assuré social et permet la constitution de fichiers individuels automatisés ».

(332) Cf. égalem. les mêmes attendus dans l'arrêt du 26 mai 1992 (*R.A.C.E.*, 1992, n° 39.469) rendu dans la même affaire.

(333) Sur ce principe de proportionnalité en droit administratif, O. Daurmont et D. Batselé, « Cinq années de jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux principes généraux de droit administratif », *A.P.T.*, 1990, pp. 275 et s.; F. Delpérée et V. Boucquey-Remion, « Liberté, égalité et proportionnalité », *in Licéité et référence aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 475 et s.

(334) Sur l'application du principe en matière de protection des données, Y. Poullet et Th. Léonard, *op. cit.*, pp. 250 et s.

(335) Y. Poullet, « Droit et devoirs du ficheur : le droit à l'information des entreprises et des administrations », *in Quelle Commission pour quelle vie privée*, actes juridiques de la journée d'information du 3 mai 1993, C.P.V.P., 1994, pp. 50 et s.

(336) C.A., arrêt n° 14/93, 18 févr. 1993, *Arrêt C.A.*, 1993, pp. 153 et s.; *R.W.*, 1992-1993, p. 1265; *Droit en quart monde*, 1993, p. 35.

(337) Cf. *supra* n° 57.

(338) Cet attendu de la Cour d'arbitrage est fondamental. Il augure de la possibilité pour la Cour sur base du contrôle du respect des articles 6 et 6*bis* de la Constitution de contrôler le respect par le législateur des prescrits principaux de la loi du 8 décembre 1992.

2° que « toutefois, cette ingérence dans la vie privée est prévue par une loi au sens de l'article 8 de la Convention européenne. Elle n'est qu'une modalité d'un ensemble de mesures qui, en interdisant les coupures de courant, visent à protéger la santé d'une catégorie de personnes tout en limitant les droits d'autres personnes. Replacée dans l'ensemble de l'ordonnance, la mesure est conforme au but poursuivi et elle n'est pas disproportionnée à celui-ci. Elle est d'ailleurs indispensable à un autre objectif, qui fait l'objet de l'article 6 de l'ordonnance dès lors qu'il s'agit d'accorder une protection particulière à une catégorie de personnes qui excède celle des bénéficiaires du minimex et qu'il n'est donc pas possible, ainsi que le relève l'exposé des motifs, "d'obliger les communes à impliquer les c.p.a.s. dans cette question". La mission d'accompagnement que les communes doivent confier à l'organisme visé à l'article 6 suppose que celles-ci connaissent l'identité des personnes protégées. Il est exclu que cette divulgation puisse faire l'objet d'une quelconque publicité; les personnes qui recevront l'information sont par ailleurs tenues au secret professionnel ».

70. — Les données collectées et utilisées pour une ou des finalités considérées comme légitimes ne peuvent bien évidemment être utilisées à d'autres finalités, affirme l'article 5. Deux décisions de jurisprudence illustrent ce qu'il est convenu de qualifier un « détournement de finalités ».

La première (339) relative à la collecte d'informations opérée par un détective privé dispose que : « la mission d'un détective privé de photographier (340) une tierce personne de manière clandestine et qui n'est pas justifiée par la protection de l'ordre public, les bonnes mœurs ou le droit à la fidélité conjugale, méconnaît l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 ». Le juge ajoute qu'« une convention contraire est nulle ».

Ainsi, le maître du fichier ne peut opérer de traitement que dans les limites fixées par la légitimité même de son activité de collecte et d'utilisation des données. La seconde décision (341) applique ce principe à l'accès au Registre national. Le tribunal rappelle le but de la création du Registre national et des dispositions relatives à son accès. Le non-respect des finalités du Registre national (342) traduites dans les dispositions relatives à son accès amène le juge à estimer dans un premier temps que l'élément matériel de l'infraction est établi et dans un second temps que « l'infraction d'avoir utilisé à d'autres fins que celles en vue desquelles l'autorisation a été donnée, un numéro d'identification du Registre national est établie dès que l'agent a pu connaître la loi pénale et qu'il a agi librement, quel qu'ait été son mobile ».

71. — Une récente affaire dite Mercedes plaidée devant la juridiction présidentielle du tribunal de commerce de Bruxelles malheureusement encore inédite illustre bien l'ensemble des propos déjà tenus à propos de la légalité et de la légitimité des traitements dans l'administration (343). Deux garagistes « Mercedes » indépendants vis-à-vis du réseau Mercedes dit officiel se plaignent que la s.a. Mercedes Belgique contacte systématiquement les propriétaires de voitures Mercedes, ayant acquis et faisant entretenir leurs voitures en dehors du réseau officiel, et les convie à se rendre chez un concessionnaire officiel pour une vérification gratuite de leur véhicule.

L'information nécessaire à ce contact est obtenue par Mercedes grâce à l'utilisation du répertoire des immatriculations, tenu par le ministère des Transports. L'administration des transports cède en effet ce répertoire à la F.E.B.I.A.C. (Chambre syndicale des constructeurs d'automobiles et de motocycles de Belgique) dont Mercedes est membre.

Une telle cession s'opère dans le cadre d'une convention entre la F.E.B.I.A.C. et l'administration signée le 27 septembre 1993. Elle autorise la F.E.B.I.A.C. à diffuser les données à ses membres (dont Mercedes) qui signent un « code de conduite » qui limite l'utilisation des données transmises aux communications avec les propriétaires d'un véhicule de leur marque « sous les aspects nécessité » entendu au sens le plus large, c'est-à-dire y compris pour des opérations de marketing visant la maintenance des produits vendus (344). Les deux garagistes assignent Mercedes devant la juridiction présidentielle du tribunal de commerce de Bruxelles pour faire constater la violation par cette dernière de l'article 93 de la loi du 14 juillet sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection des consommateurs. L'usage à des fins de marketing de données provenant du répertoire des immatriculations tenu par le ministère constitue selon les demanderesses un usage illégitime constitutif d'acte contraire aux usages honnêtes.

Le président bruxellois fait droit à leur demande et ordonne la cessation de l'utilisation par Mercedes du fichier. Pour ce faire, le président s'appuie sur l'analyse des finalités du traitement que constitue le répertoire des immatriculations. L'arrêté royal du 19 novembre 1993 (345) complète l'arrêté royal du 31 décembre 1953 portant réglementation de l'immatriculation des véhicules à moteur précisément sur ce point. En particulier, cet arrêté pris dans la mouvance de la loi du 8 décembre 1992 qui exige la détermination des finalités mentionne outre la police de la circulation routière et le contrôle technique des véhicules en circulation, la sécurité de ces véhicules. Mercedes se réfère précisément à cette dernière finalité pour justifier son action auprès des propriétaires de véhicules de sa marque, démarche conforme aux prescrits du « code de conduite » signé par la F.E.B.I.A.C. avec l'administration. Il s'agit en effet de convier les propriétaires de véhicules de la marque à une opération gratuite de maintenance.

A cet argument, le président bruxellois rétorque qu'un tel usage du répertoire soi-disant à des fins de sécurité n'est pas conforme aux exigences de légalité et de proportionnalité qui s'imposent lors de l'examen de la finalité du dit fichier administratif. Ainsi, selon le tribunal, la légalité n'est pas respectée lorsqu'un traitement, en l'espèce la communication des fichiers de l'administration des transports, à un opérateur économique, est décidée par le ministre, sans délégation de compétences par la loi (346). Quant à la proportionnalité, elle n'existe pas à défaut d'existence d'un problème précis de sécurité risquant d'affecter les véhicules de la marque. Les exigences de sécurité qui légitimeraient l'utilisation par Mercedes d'un tel traitement ne peuvent justifier ce qui, de toute évidence, constitue une opération de marketing (347).

Le juge conclut dès lors que l'utilisation du répertoire matricule de l'administration par un constructeur automobile, à des fins de prospection commerciale, est un traitement illégitime. En réponse à un argument du défendeur, il ajoute en outre qu'une telle utilisation de données publiques pourtant rendues accessibles par la loi du 12 avril 1994 sur l'accès aux documents administratifs (348), est condamnée par

(339) J.P. Roulers, 24 juin 1988, *J.J.P.*, 1988, p. 319.

(340) Certes, il n'y a pas nécessairement en l'occurrence création d'un traitement. Rappelons cependant que la notion de donnée nominative s'étend aux images et donc aux photos et que le seul fait de l'existence d'une structure logique permettant la consultation systématique des informations entraînera aux yeux de la loi du 8 décembre 1992 création d'un traitement.

(341) Corr. Charleroi, 1er févr. 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1147.

(342) « Attendu qu'un des buts premiers de la création du Registre national des personnes physiques a été la rationalisation et l'accélération des activités administratives, des échanges entre les diverses administrations publiques ou organismes de droit belge remplissant des missions d'intérêt général ».

(343) Comm. Bruxelles, 20 mars 1995, inédit s.a. Expo c. s.a. Mercedes Benz et Alü, A.C./6062/94.

(344) Il est à noter que depuis la décision, les ministres des Transports et de la Justice ont rédigé un avant-projet de loi relatif à ce répertoire des immatriculations. Cet avant-projet précise les utilisations légitimes de ce répertoire et les personnes autorisées à l'utiliser.

(345) Pour un approfondissement du raisonnement, le lecteur se référera aux réflexions parues *in* Th. Léonard-Y. Poullet, *Fichiers bancaires - De quelques questions de vie privée », actes du séminaire organisé par la R.U.G. (mai 95) : Financieel recht vandaag*, à paraître.

(346) « Attendu, par conséquent qu'en l'absence de toute disposition légale attribuant au ministre un pouvoir de délégation et même de réglementation en la matière, la décision susdite du 27 septembre 1993 du ministère des Communications et de l'Infrastructure, prévoyant la transmission de tout le fichier DIV à la F.E.B.I.A.C. en vue de sa diffusion sélective parmi ses membres importateurs « officiels », pour être utilisé par ceux-ci comme prévu par le « Code de conduite » visé dans cette décision, est affectée d'un vice d'incompétence d'ordre public qui la rend illégale et par conséquent non opposable aux demanderesses (C.E., 20 janv. 1988, *R.A.C.E.*, 1988, p. 49) ».

(347) « Qu'en ce qui concerne les défauts de fabrication sériels pouvant affecter certains véhicules et dont l'existence n'est révélée qu'après leur mise en circulation, s'il est vrai qu'il peut être de bonne administration en matière de sécurité routière que ces véhicules puissent, le cas échéant, grâce à une démarche individuelle auprès de leur propriétaire, faire l'objet d'une intervention des défenderesses sous la garantie du fabricant, ceci ne pourrait, faute de proportionnalité, justifier l'usage que font les défenderesses des renseignements provenant du répertoire matricule pour adresser de manière systématique l'invitation querellée à tous les clients des demanderesses ».

(348) Loi relatif *(sic)* à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994. Cf. également l'article 32 de la Constitution. Pour un commentaire des principes de cette législation nouvelle, lire R. Ergec, « La transparence administrative comme droit fondamen-

l'article 10 de cette même loi qui prohibe l'utilisation à des fins commerciales des données rendues ainsi accessibles (349).

§ 2. — *La conformité du contenu du traitement*

72. — Le principe de conformité est libellé par le second membre de la phrase de l'article 5 de la loi du 8 décembre 1992 : « elles (les données) doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport à ces finalités ».

Alors que la notion de la légitimité concernait l'existence du traitement lui-même et l'objectif poursuivi par sa mise en œuvre, la notion de conformité soulève la question du contenu du traitement et de sa pertinence par rapport à l'objectif déclaré légitime. La distinction entre les jugements de légitimité et de conformité a été remarquablement mise en lumière à propos de l'utilisation par une banque des informations générées par les virements de ses clients.

En effet, tant le président du tribunal de commerce de Bruxelles, le 15 septembre 1994, que le tribunal de commerce d'Anvers le 7 juillet 1994 (350) avaient considéré que la mise sur pied par les banques de traitements à des fins de promotion et de prospection commerciale constituait une finalité légitime, quoique non transparente dans un des deux cas (351). Les deux décisions se montrent par contre sévères quant à l'analyse de la conformité du contenu du traitement.

La décision anversoise affirme sans ambages que les « données relatives aux nom et adresse du destinataire, aux raisons du paiement et aux montants ne remplissaient pas les conditions du principe de conformité », que « les données relatives à l'identité du client auraient dû suffire à la banque pour lui demander s'il était intéressé ou non par les activités d'assureur de cette dernière ». La décision bruxelloise se montre plus prudente et mieux fondée lorsqu'elle retient : « Qu'elle (la banque) ne s'est pas contentée de cibler sa clientèle sur base de données recueillies dans le cadre de la gestion des comptes afin de lui vendre un produit; qu'à l'occasion de cette campagne, elle a recherché et collecté de nouvelles données relatives à l'Etat du portefeuille clients ayant un prêt logement à l'O.C.C.H. ». Ainsi, au regard de la finalité de prospection commerciale, la décision bruxelloise fait grief à la banque non de recueillir d'autres informations que celles relatives à l'identité de son propre client, et d'utiliser les données recueillies dans le cadre de la gestion des comptes (352) mais bien à travers le traitement systématique des données relatives à un destinataire bien précis des virements de ses clients, de chercher à reconstituer la clientèle de ce dernier; en d'autres termes, de s'être servi de la finalité légitime marketing, pour poursuivre une autre finalité, le débauchage systématique de la clientèle d'un concurrent vis-à-vis de laquelle par ailleurs la banque s'était portée candidate acheteur. Le traitement systématique d'informations sur les bénéficiaires des traitements est jugé, par le juge bruxellois, comme « excessif par rapport aux finalités de gestion des comptes et de marketing » et constitue une violation de la loi de protection de la vie privée et, par là, ajoute le juge, un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, reprimé par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur.

73. — L'examen de conformité d'un traitement, en particulier l'analyse de la pertinence des données au regard d'une finalité légitime est en dernier ressort le travail du juge. C'est ce que rappelle avec force une décision présidentielle bruxelloise encore inédite (353) dans une affaire classique de Centrale des crédits. A la suite d'un emprunt et d'un retard de deux échéances, le nom des débiteurs défaillants est transmis à l'assureur crédit, à l'Union professionnelle du crédit (U.P.C.) et à la Banque nationale, après que leurs propositions de règlement à terme aient été refusées. Les débiteurs arguent du caractère excessif de la communication de leur défaillance aux mutuelles de crédit susmentionnées, étant donné l'existence de pourparlers en cours. L'assureur crédit et au-delà la banque, l'U.P.C. et la Banque nationale objectent leur parfait respect de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (354), à savoir pour la banque l'obligation selon l'article 69 de cette loi de dénoncer les retards de paiement et pour les mutuelles de crédit, l'obligation selon l'article 71, alinéa 1er, de la même loi d'enregistrer les défauts de paiement.

Le président bruxellois accueille le moyen des demandeurs : premièrement, le respect de la loi spéciale de 1992 relative au crédit à la consommation doit s'apprécier à la lumière de la loi du 8 décembre 1991 qualifiée de « loi cadre générale ». Secondement, selon le prescrit de l'article 5 de la loi de 1992, il estime que la simple exactitude des données ne suffit pas et qu'il importe encore « pour pouvoir figurer dans les fichiers, que ces données soient adéquates et pertinentes, c'est-à-dire non excessives par rapport à la finalité ». Il ajoute que cet examen de la pertinence est du ressort ultime du juge disposant d'un « pouvoir quasi discrétionnaire, bridé par le seul principe de proportionnalité ».

Ce pouvoir du juge doit l'autoriser à raccourcir le délai de deux ans prévu légalement pour l'effacement des retards de paiement, lorsqu'un tel délai de conservation est disproportionné. Ajoutons qu'ayant ainsi accueilli le moyen, le président bruxellois l'estime non fondé en l'espèce (355).

Si nous ne pouvons que suivre le juge bruxellois dans ses premières affirmations à savoir le caractère de « loi cadre générale » de la loi de 1992 et l'examen par le juge en dernier ressort de la pertinence d'une donnée, il nous apparaît plus difficile d'admettre que ce pouvoir souverain du juge puisse contredire les termes clairs d'une loi, en ce qui concerne du moins la durée de conservation d'une information dont l'existence et l'exactitude ne sont pas contestées (356). L'examen de la conformité d'une donnée, c'est-à-dire le caractère adéquat, pertinent et non excessif du traitement d'une donnée et donc de sa conservation, permet-il au juge dans un cas d'espèce, d'exiger une réduction du délai de conservation prescrit impérativement par une loi spécifique, certes antérieure à la loi générale du 8 décembre 1992 mais ayant pris en compte et arbitré le double souci de la protection à la fois de la vie privée du citoyen, et de leur intérêt en tant que consommateur. La balance d'intérêts consacrée explicitement et arbitrée précisément par le législateur peut-elle être remise en cause par le juge, chargé d'appliquer la loi. Il nous apparaît que non.

B. — *Les obligations complémentaires du maître du fichier, en particulier dans la jurisprudence relative aux centrales de crédit*

74. — La jurisprudence s'est principalement préoccupée de mieux définir la portée d'une autre obligation légale, l'obligation d'exactitude des données, consacrée par l'article 16, § 3, de la loi. Elle a également émis quelques

tal et ses limites », *A.P.T.*, 1993/2, p. 91; C. de Terwangne et Th. Davio, « L'accès à l'information administrative et la commercialisation des données publiques », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 9, Story-Scientia, 1994.

(349) Sur les conflits possibles entre cette législation dite de transparence et celle relative à la protection de la vie privée, lire Y. Poullet, « Commercialisation des données détenues par l'administration et vie privée », *D.C.C.R.*, 1993, p. 616. Cf. C. de Terwangne, « L'accès du public à l'information détenue par l'administration : un droit à tout prix », *A.P.T.*, 1996, à paraître.

(350) Comm. Anvers, prés., 7 juill. 1994, *D.C.C.R.*, 1994, p. 77, note Th. Léonard. On ajoutera (cf. *supra* n° 60) que la décision anversoise avait cependant contesté la légitimité du traitement bancaire, au motif de sa non-transparence.

(351) Pour un approfondissement du raisonnement, le lecteur se référera aux réflexions parues in Th. Léonard, Y. Poullet, « Fichiers bancaires - De quelques questions de vie privée », actes du séminaire organisé par la R.U.G. (mai 95) : *Financieel recht vandaag*, à paraître.

(352) Nous estimons en effet avec MM. Th. Léonard et E. Meysmans (articles déjà cités) (plus ambigus à cet égard, J. Dumortier et F. Robben, dans la note déjà citée) que la finalité marketing pour autant qu'elle est considérée comme légitime, nécessite une certaine sélection de la clientèle.

(353) Civ. Bruxelles, 12 avril 1995, inédit, Craps et Devroegh c. Cobac, R.G. 95/53/A.

(354) *M.B.*, 9 juill. 1991, p. 15.203, modifié par la loi du 6 juillet 1992 (*M.B.*, 9 juill. 1992, p. 15728). Sur cette législation et ses aspects « privacy » : S. De Meuter, M.-J. van Vlasselaer, M. Veys, « De verhouding tussen de wet tot bescherming van de persoonlijke levensfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en de wet op het consumentenkrediet », *Liber amicorum P. de Vroede*, 1994, pp. 465 et s.

(355) En termes d'ailleurs sévères pour les demandeurs : « Attendu qu'il n'est pas contesté que les obligations des parties demanderesses nées du contrat conclu entre elles et Westkrediet ne sont pas encore éteintes; qu'une mensualité n'a toujours pas été payée;

» Que les parties demanderesses ne doivent, dès lors, s'en prendre qu'à elles-mêmes si ces données continuent à figurer dans les fichiers; que le maintien de ces données ne pourrait être considéré comme susceptible de causer aux parties demanderesses un préjudice disproportionné aux manquements constatés que si, à tout le moins, les obligations des parties demanderesses avaient été remplies jusqu'à extinction;

» Qu'il n'y a pas lieu d'ordonner leur effacement dans les circonstances actuelles ».

(356) Peut-être, la dénonciation précipitée du crédit nonobstant les propositions transactionnelles était-elle fautive ! C'est alors sur un autre plan : responsabilité pour rupture abusive du crédit et non sur les implications de la loi de 1992 que le procès eût dû porter.

considérations incidentes sur d'autres obligations également contenues dans cet article 16, à savoir les obligations pour le maître du fichier de tenir un état des traitements et de prévoir des mesures de sécurité adéquates. Nous commencerons par ces quelques considérations incidentes.

Premièrement, le juge dans la décision anversoise déjà citée du 7 juillet 1994, vérifie le respect de l'obligation légale de tenir un état « où sont consignés la nature des données traitées, le but du traitement, les rapprochements, les interconnexions et les consultations, ainsi que les personnes ou les catégories de personnes à qui les données à caractère personnel sont transmises ».

L'obligation de sécurité prévue par l'article 16, § 1er, 4° et § 3 (357) dont l'exposé des motifs souligne la nature d'obligation de moyen exige la prise de mesures « dont l'effet de protection est dans un rapport adéquat avec les efforts qu'elles occasionnent » (358). Cette obligation est rappelée dans de nombreuses décisions, indépendamment même de la loi. Ainsi, l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 18 février 1993 déjà cité (359) observe après avoir noté le droit des communes à obtenir l'information réclamée qu'« il est exclu que cette divulgation puisse faire l'objet d'une publicité » et que « les personnes qui recevront l'information sont par ailleurs tenues au secret professionnel ». Le Conseil d'Etat avait, lui-même, pour valider la transmission par bande magnétique des données de facturation des prestations de soins de santé, amplement souligné les obligations de sécurité imposées par la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une banque carrefour de la sécurité sociale (360). Enfin, dans la décision du tribunal civil de Liège du 11 mars 1987 (361), le juge relève longuement les normes organisationnelles de sécurité existant dans le cas de la centrale des crédits à la consommation tenues par la Banque nationale pour conclure à leur défaut fautif dans la mise sur pied et le fonctionnement de la mutuelle privée d'informations sur le crédit.

(357) L'article 16, § 1er, 4° et § 3, énonce : Le maître du fichier ou, le cas échéant, son représentant en Belgique, est tenu :
» § 1er. — ...
» 3° de veiller à ce que l'accès au traitement soit limité aux seules personnes qui, en raison de leurs fonctions ou pour les besoins du service, ont directement accès aux informations enregistrées, à ce que ces personnes ne puissent effectuer des modifications, des ajouts, des effacements, des lectures, des rapprochements ou des interconnexions non prévus, non autorisés ou interdits;
» § 3. Afin de garantir la sécurité des données à caractère personnel, ... de prendre les mesures techniques et organisationnelles requises pour protéger les fichiers contre la destruction accidentelle ou non autorisée, contre la perte accidentelle ainsi que contre la modification, l'accès et tout autre traitement non autorisé de données à caractère personnel.
» Ces mesures doivent assurer un niveau de protection adéquat, compte tenu, d'une part, de l'état de la technique en la matière et des frais qu'entraîne l'application de ces mesures et, d'autre part, de la nature des données à protéger et des risques potentiels ».

(358) *Arrêt C.A.*, 1993, p. 153.

(359) *R.A.C.E.*, 1992, n° 39.469, p. 16.

(360) Cf. *supra*, les arrêts commentés n° 68.

(361) *D.I.T.*, 1988/1, I, p. 45, note Y. Poullet.

75. — L'article 16, § 1er, 3°, prescrit au maître du fichier une obligation de « faire toute diligence pour tenir les données à jour, pour rectifier ou supprimer les données inexactes, incomplètes ou non pertinentes... ». Cette obligation de diligence directement déduite, faute de législation à l'époque, de l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des données se voit modalisée par le juge de paix de Namur dans la décision déjà citée du 13 janvier 1987 relative aux fichiers d'un assureur crédit (362). En effet, le juge de paix relève tout d'abord l'absence de relation contractuelle entre « ficheur » l'assureur-crédit et « fiché » pour en déduire implicitement, à charge du premier le devoir plus contraignant encore de veiller à ne pas porter atteinte à la réputation du second, « ce qui doit impliquer, note le juge, prudence et contrôle fréquent des données ».

Quatre affaires relatives à une mutuelle privée d'informations sur le crédit permettent de préciser ce devoir de diligence. On rappellera tout d'abord que, selon les juges liégois (363), constitue indéniablement une faute, le fait pour la mutuelle de ne pas prévoir de mise à jour de ces données. « Attendu enfin que le caractère statique du fichier non contesté empêche toute demande légitime et essentielle de rectification de l'image informatique et anonyme du débiteur conformément à l'évolution réelle du crédit ».

76. — Au-delà de cette première qualité des fichiers tenus par une mutuelle d'informations, les trois autres décisions s'interrogent sur l'obligation des mutuelles d'informations quant à l'exactitude des données reprises. Dans la décision inédite du tribunal anversois (364), il était reproché, entre autres, à la mutuelle le maintien de la mention « crédit non remboursé » et ce pendant trois ans après le remboursement du crédit à la banque, membre de la mutuelle. En l'occurrence, la communication de l'information sur le remboursement du crédit avait fait l'objet d'un retard dû à la négligence du banquier, membre de la mutuelle. Le juge anversois hésite à voir dans ce retard une faute de la banque mais nie en tout cas la responsabilité de la mutuelle dont les agissements répondent à ses engagements contractuels.

Une telle conclusion ne rejoint ni celles du tribunal civil de Bruxelles du 22 mars 1994 (365), ni celles du tribunal civil de Nivelles du 15 novembre 1994 (366), décisions fondées cette fois sur l'interprétation de la loi du 8 décembre 1992. Dans le premier cas, la mutuelle avait enregistré le défaut de paiement par un administrateur de société, défaut portant sur une échéance d'un contrat de leasing obtenu par cette société et cautionné par lui. L'administrateur prétendait que le non-paiement se justifiait par la compensation opérée avec diverses commissions dues par la Banque à sa société. Dans le second cas, l'enregistrement du défaut de paiement était contesté au motif de la non-validité de l'opération dont le paiement était réclamé.

(362) J.P. Namur, 13 janv. 1987, *D.I.T.*, 1987/1, p. 18, note Y. Poullet.

(363) Civ. Liège, 11 mars 1987, *D.I.T.*, 1988, p. 45, note Y. Poullet, confirmé en appel par Liège, 5 juin 1991, *J.T.*, 1992, 36; *J.L.M.B.*,1992, p. 192, note F. Domont-Naert.

(364) Civ. Anvers, 26 oct. 1992, inédit, Van Riel c. de Beroepsvereniging van het krediet, R.G. 55.219.

(365) *J.T.*, 1994, p. 843, note Th. Léonard.

(366) *J.T.*, 1995, p. 289.

La première décision note à juste titre que les maîtres du fichier « doivent procéder au traitement avec prudence; ils doivent être constamment attentifs à la finalité du traitement ». Elle en tire la conséquence suivante : « Que celui-ci (la mutuelle) ne doit pas reprendre servilement les données; en cas de contestation, le maître du fichier doit vérifier s'il n'est pas prématuré de traiter certaines données dans le fichier, que dans le cas d'espèce, telle était la seule attitude possible ». Une telle conséquence apparaît à l'annotateur critiquable. Au terme d'une longue analyse, ce dernier distingue les domaines respectifs de responsabilité de la mutuelle et des membres de celle-ci, chargés d'alimenter la mutuelle.

Reprenons ces conclusions : « On en conclut que, dans le système mis en place, c'est au prêteur de s'assurer que toutes les conditions sont remplies pour transmettre le nom des débiteurs défaillants à la mutuelle d'informations. L'U.P.C. exerce alors un contrôle marginal de l'information... L'obligation d'exactitude à charge de la mutuelle d'informations porte bien plus sur la banque de données appréhendée comme un ensemble de données structurées que sur chacune des données traitées. La responsabilité de la mutuelle s'apprécie surtout lors de la conception du système en fonction du choix des modes de gestion opérés » (367).

Un tel partage des responsabilités s'impose quel que soit celui convenu entre la mutuelle et ses membres. Comme le note le juge nivellois (368), « le règlement d'ordre intérieur qui régit les relations entre le maître du fichier et les membres de l'entreprise dégage celui-ci de toute responsabilité quant à l'exactitude des données, est inopposable aux personnes protégées par la loi ». Il ne s'agit certes que de l'application du principe général, selon lequel on ne peut vis-à-vis d'un tiers s'exonérer contractuellement de sa responsabilité pour non-exécution vis-à-vis de ces derniers de ses obligations légales.

C. — *Le cas particulier des données médicales*

77. — Les décisions déjà citées du Conseil d'Etat des 27 mars et 26 mai 1992 (369) relatives à la transmission par bande magnétique des données de facturation n'abordait pas la question de la nature médicale de telles données (370). Une décision de la cour d'appel de

(367) Th. Léonard, note sous Civ. Bruxelles, réf., 22 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 852; cf. égalem., T. Léonard et E. Montero, « La responsabilité du fait de données à caractère personnel inexactes diffusées par une mutuelle d'informations », note sous Liège, 5 juin 1991, *D.I.T.*, 1994/1, pp. 32 et s.

(368) Civ. Nivelles, 15 nov. 1994, *J.T.*, 1995, pp. 284 et s.

(369) Citées et analysées *supra*, n° 68.

(370) A ce propos, la définition donnée par le premier rapport du comité de surveillance de la Banque carrefour de la sécurité sociale (rapport d'activités 1992 du comité de surveillance de la Banque carrefour de la sécurité sociale, p. 36). « La notion de données médicales à caractère personnel, telle

Bruxelles (371) est plus instructive : elle concernait la légitimité d'une transmission des factures d'hospitalisation à des banquiers dans le cadre de leur endossement à titre pignoratif par ces derniers. La cour d'appel estime sans ambages qu'un tel système est incompatible avec les exigences du secret médical. Selon la cour, « le secret médical s'intègre dans la protection de la vie privée de la personne qui consulte le praticien de l'art de guérir. Il a pour but de protéger toutes les confidences faites en raison de la confiance nécessaire qui doit s'établir entre le patient qui recherche les soins et ce praticien ».

Dans la foulée, la cour note les limites de ce qu'il est convenu d'appeler le « secret partagé ». « L'application de la théorie du ''secret partagé'' suppose que la divulgation de faits couverts par le secret médical soit absolument indispensable à l'intérêt du patient, censé avoir donné son accord implicite à cette divulgation limitée au strict nécessaire ».

Ce secret médical ne saurait se partager qu'avec des personnes tenues au même devoir de taire les confidences reçues dont la violation entraînerait les mêmes sanctions juridiques.

Ainsi, la continuité des soins apparaît comme le critère relevant. Il permet d'exclure tant les banques que certains médecins-conseils d'assurances ou d'employeurs. La Cour ajoute que la règle du secret professionnel est « une règle d'ordre public, intéressant non seulement le confident et son client, mais la société tout entière et touchant ainsi aux intérêts essentiels de l'Etat ». En d'autres termes, il est permis de se demander si le consentement du patient à une telle transmission permettrait de la valider. A une telle question, la Cour répond négativement (372) (373).

qu'elle est définie par la loi, tient essentiellement au fait que la connaissance, l'obtention et la communication de telles données nécessitent l'intervention d'un médecin ». Plus précisément, le comité de surveillance considère que sont des données médicales à caractère personnel les données « qui appartiennent au champ de compétence du médecin, ce qui inclut en tout cas les éléments couverts par le secret médical, mais ne s'y limitent pas ». Plusieurs exemples positifs et négatifs illustrent le point de vue du comité de surveillance :

— sont considérés comme des données médicales à caractère personnel : « le dossier médical proprement dit et plus précisément les données qui indiquent la nature de la maladie dont est atteinte une personne (symptômes, diagnostic, traitement, pronostic), les rapports médicaux motivant le degré d'incapacité de travail ou les demandes de remboursement de services et de prestations médicales;

— ne sont pas à considérer comme des données médicales à caractère personnel : « la résidence d'une personne, le sexe, la simple constatation de l'existence d'un dossier personnel auprès d'un organisme d'exécution de la sécurité sociale, tels l'I.N.A.M.I. ou le Fonds des maladies professionnelles, de même un taux d'incapacité de travail ». A ce propos, lire G. Laffineur, « Réflexions sur la protection des données médicales dans le cadre de la Banque carrefour de la sécurité sociale », *D.C.C.R.*, 1995, pp. 123 et s.

(371) Bruxelles, 23 oct. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 717; *J.T.*, 1991, pp. 496 et s.

(372) C'est-à-dire, note la cour, « les directeurs d'établissements de soins de santé, le personnel administratif de ceux-ci et toutes les autres personnes qui, en raison de leur activité professionnelle dans ces établissements, doivent nécessairement avoir connaissance de documents et renseignements couverts par le secret professionnel, sont également tenus par ce secret.

» Il en est de même pour toutes les personnes qui sont amenées à intervenir dans le cadre de diverses instances de la sécurité sociale en matière de soins de santé, notamment en vue du remboursement des frais médicaux et le contrôle de ceux-ci ».

(373) A propos de la difficile question des relations entre un médecin pratiquant l'art de guérir et un médecin conseil, relevons l'article 7, alinéa 4, de la loi qui établit d'abord le principe de l'interdiction de la communication de données médicales à des tiers, sauf dérogation prévue par ou en vertu de la loi. Par tiers, on entend notamment le médecin-conseil d'une société d'assurance agissant non en qualité de praticien de l'art de guérir mais pour le compte d'un tiers, c'est-à-dire l'assureur.

L'article 95 de la loi du 25 juin 1992 sur les assurances terrestres prévoit une telle dérogation. Il autorise la communication de certaines données médicales au médecin-conseil de l'assureur, sous certaines conditions et pour des finalités déterminées.

Le problème de la primauté d'une loi sur l'autre ne se pose dès lors pas; leurs dispositions ne sont pas contradictoires. L'une et l'autre s'appliquent.

Il importe de souligner que, suivant l'alinéa 1 de l'article 95, le médecin traitant remet à l'assuré qui le demande, les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat. Les données ainsi transmises sont strictement limitées. Elles doivent être conformes à la finalité définie par la loi; à savoir : exclusivement ce qui est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance. Ainsi, les techniques d'analyse génétique propres à déterminer l'état de santé futur sont expressément exclues.

La conclusion et l'exécution du contrat constituent deux finalités différentes. Les données pertinentes et adéquates pour l'une ne le sont pas nécessairement pour l'autre. Les données doivent être effacées dès qu'elles ne sont plus justifiées par l'une ou l'autre de ces finalités.

Le médecin de l'assuré n'est autorisé à transmettre directement au médecin-conseil de l'assureur, que le certificat établissant la cause de décès, à condition qu'il justifie de l'accord préalable de l'assuré.

(374) Th. Léonard, note sous Civ. Bruxelles, prés., 22 mars 1994, *J.T.*, 1994, pp. 852 et s.

(375) Il s'agit outre la décision bruxelloise, de la décision nivelloise du 15 nov. 1994, analysée sous le n° 76.

D. — *La diversité des actions susceptibles d'être invoquées en cas de violation de la vie privée et les incertitudes du dédommagement*

78. — La jurisprudence relevée jusqu'ici traduit la diversité des actions susceptibles d'être entamées du fait d'une violation des prescrits de la loi du 8 décembre 1992. En effet, même s'il faut rappeler que toutes les décisions rapportées n'ont pas toutes été fondées sur une telle législation, leur fondement nous apparaît ne pas devoir être remis en cause par cette législation.

L'article 14 de la loi institue une procédure présidentielle dite comme en référé et ce devant le président du tribunal de première instance. Les particularités de cette procédure non exclusive d'autres recours et ses limites ont fait l'objet d'une longue note d'observations à laquelle il est renvoyé (374). On remarquera que contrairement au point de vue de l'annotateur, deux décisions (375) se référant à l'article 14 admettent l'allocation de dommages et intérêts à celui qui se prétend victime d'une violation de ses libertés (376).

A l'inverse, la décision inédite récente du président du tribunal de première instance de Bruxelles, en date du 12 avril 1995 donne raison à l'annotateur (377).

L'utilisation illégitime de données par une entreprise peut constituer vis-à-vis de ses concurrents une atteinte aux usages honnêtes en matière commerciale et être ainsi à la base d'une action en cessation devant la juridiction présidentielle du tribunal de commerce, fondée sur l'article 93 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur.

Deux décisions attestent de l'intérêt d'une telle procédure. Dans le secteur bancaire, on rappellera les décisions dites F.E.P.R.A.B.E.L. (378) et O.C.C.H. (379); dans le secteur automobile,

(376) Ainsi, la décision bruxelloise qui est précisément l'objet de la note statue comme suit : « Outre la suppression sous peine d'astreinte, de la mention inexacte, un dédommagement moral peut être alloué ».

(377) Civ. Bruxelles, 12 avril 1995, inédit, Craps et Devroegh c. Cobac, R.G. 95/53/A, décision citée et analysée *supra* n° 73. On retiendra les deux attendus les plus significatifs : « Attendu qu'il est exact que la question de la responsabilité échappe normalement à la compétence matérielle de la juridiction présidentielle; que l'action fondée sur l'article 14 de la loi du 8 décembre 1992 s'inscrit dans le cadre d'une action en cessation d'actes que le juge considère comme illégaux ou devenus illégaux et qu'elle assimile à pareille action; qu'il n'y a pas, dans le dit article 14, assise à extension de compétence au jugement de la responsabilité, qu'il s'agisse de celle du maître du fichier ou de la personne ayant fourni des éléments inexacts, incomplets ou non pertinents; que la jurisprudence qui en décide autrement ne nous paraît pouvoir être approuvée et qu'elle est, d'ailleurs, fortement critiquée.

» Que l'action en responsabilité intentée par les demandeurs ne trouverait pas plus d'assise dans l'article 584 du Code judiciaire, les conditions du référé-provision à quoi elle tendrait, dès lors, telles qu'elles sont définies par la doctrine et la jurisprudence (voy., entre autres, Civ. Bruxelles, réf., 10 mars 1993, *R.G.D.C.*, 1994, 79; Civ. Namur, réf., 9 févr. 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1134; Civ. Liège, réf., 6 août 1992, *Pas.*, 1992, III, 96 et doctrine citée dans ces jugements) n'étant aucunement réunies en la présente espèce et le tribunal n'étant, par ailleurs, saisi ni sur pied de cette disposition ni dans les formes de procédure qu'elle requiert ».

Ajoutons cependant que si sur le plan de la technique juridique, un tel raisonnement paraît fondé, remarquons qu'il aboutit à obliger le demandeur sur base de l'article 14 à réintroduire une action au fond en dommages et intérêts.

(378) ... du nom d'un des demandeurs, la Fédération des professionnels en assurance de Belgique. Comm. Anvers, prés., 7 juill. 1994, *D.C.C.R.*, 1994, pp. 77 et s. et note Th. Léonard; *Computerr.*, 1994/4, pp. 244 et s. et note J. Dumortier et Fr. Robben; *R.D.C.*, 1995, pp. 297 et s. et note M. Dassesse; *D.I.T.*, 1994/4, pp. 45 et s. et note d'O. Lesuisse.

(379) ... du nom du demandeur, l'Office central de crédit hypothécaire. Comm. Bruxelles, prés., 15 sept. 1994, *Computerr.*, 1994/4, pp. 244 et s. et note J. Dumortier et Fr. Robben; *R.D.C.*, 1995, pp. 297 et s. et note M. Dassesse; *D.I.T.*, 1994/4, pp. 45 et s. et note O. Lesuisse; sur ces deux affaires, voy. aussi, E. Meysmans, « Marketing en privacy : recente ontwikkelingen », *Computerr.*, 1995/2, pp. 50 et s.

la décision inédite dite Mercedes (380). Ces deux décisions illustrent l'importance que peuvent avoir la détention et l'accès à l'information dans un marché concurrentiel.

Le détournement de finalités que constitue l'octroi par un officier public de l'accès au registre national à des personnes non autorisées entraîne, selon le tribunal correctionnel de Charleroi (381), infraction pénale dès que « l'agent a pu connaître la loi pénale et qu'il a agi librement, quel qu'ait été son mobile », c'est-à-dire en cas de dol général (382). Au-delà de l'hypothèse particulière du registre national, l'article 39, 3°, de la loi qui punit « d'une amende de 100 F à 100.000 F, le maître du fichier, son représentant en Belgique, son préposé ou mandataire, qui a traité des données en violation des articles 5 (principe de finalité), 6, 7 ou 8, § 1er » permet d'entrevoir l'extension de cette solution notamment à tous les cas de détournement de finalités.

Plus remarquable encore dans le cas de traitements opérés dans l'administration, les possibités suggérées par la jurisprudence, de recours au Conseil d'Etat voire à la Cour d'arbitrage. Ainsi, on l'a vu, dans l'affaire de la Société nationale du logement (383), le Conseil d'Etat se réserve le droit de contrôler non seulement la légitimité d'une atteinte à la vie privée par un traitement de l'administration, mais également la proportionnalité entre cette atteinte et l'intérêt général poursuivi par la « loi ». L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 18 février 1993 (384) va plus loin encore, puisqu'il analyse, au regard des articles 6 et 6*bis*, la constitutionnalité d'une décision législative instaurant la communication d'informations par des entreprises à une administration, en analysant à nouveau la proportionnalité entre l'atteinte aux libertés de l'individu et la mission d'intérêt général confiée à l'administration.

A la suite de ces arrêts, on imagine aisément que la plus haute juridiction administrative, de même que la Cour d'arbitrage pourraient, à l'avenir, être saisies de manière plus fréquente à l'égard de traitements créés au sein de l'administration.

79. — La question du dédommagement de la victime à la suite de l'utilisation ou la communication d'une donnée inexacte, incomplète ou obsolète la concernant donne lieu à des solutions diverses. Si certains jugements se bornent à noter que le dommage n'est pas prouvé par la victime (385), d'autres évaluent *ex aequo et bono* le dommage moral subi (386).

(380) Du nom de la société principale défenderesse (Comm. Bruxelles, réf., 20 mars 1995, inédit, s.a. Expo c. Mercedes Benz et Alü, A.C./6062/94, citée et analysée *supra* n° 71).

(381) Corr. Charleroi, 1er févr. 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1147.

(382) « Que notamment le procureur général Constant entend par dol général, le fait de donner volontairement comme but à son activité l'acte défendu par la loi pénale, quel que soit par ailleurs le mobile que l'on poursuive en accomplissant l'acte défendu ».

(383) C.E., 10 juin 1986, commenté *supra* n° 68. Cf. égalem., l'affaire « I.N.A.M.I. », jugée le 27 mars 1992 par le même Conseil d'Etat, affaire commentée *supra* n° 68.

(384) C.A., 18 févr. 1993, cité et commenté *supra* n° 68.

CHAPITRE IX
LES MARCHES PUBLICS INFORMATIQUES (387)

80. — Deux limites ont présidé au choix des décisions commentées dans ce chapitre. D'une part, en raison même du thème auquel est consacrée cette chronique, seuls les marchés informatiques ont retenu notre attention. D'autre part, les auteurs n'ont retenu que les litiges relatifs à la conclusion des marchés par les pouvoirs publics. Quelques dix années de jurisprudence du Conseil d'Etat ont permis de faire ressortir les grandes tendances du contentieux des marchés publics au travers des différentes phases de la procédure d'attribution.

La réglementation des marchés publics est en pleine mutation. Nous commencerons par attirer l'attention sur ces modifications en cours.

I. — La réglementation

81. — La loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services (388) est en passe d'être remplacée par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (389). L'article 69 de la loi de 1993 dispose que « le Roi fixe la date d'entrée en vigueur du livre Ier, du livre II et de chacune des dispositions du livre III de la présente loi ». Le livre II est entré en vigueur le 1er septembre 1994. L'arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications vise certains marchés de travaux et de fournitures conclus par des entreprises privées et par des entreprises publiques soit qui ont fait l'objet d'une annonce à partir de cette date ou pour lesquels, à défaut d'avis, la décision de procéder à un marché est prise à partir de cette date (390).

Les marchés publics qui ne sont pas visés par cet arrêté royal sont toujours régis par la loi de 1976 et ses arrêtés d'exécution (391).

(385) Ainsi la décision inédite déjà citée d'Anvers du 26 oct. 1992, en cause Van Riel D. c. de Beroepsvereniging van het krediet, R.G. 55.219.

(386) Ainsi, le tribunal civil de Liège, le 11 mars 1987 (*J.T.*, 1987, p. 426) et le président du tribunal civil de Bruxelles, le 22 mars 1994 (*J.T.*, 1994, p. 843) évaluent à 50.000 F, le préjudice; le juge de paix de Namur du 13 janv. 1987 (*R.R.D.*, 1987, p. 209) accorde le franc symbolique réclamé.

(387) Ce chapitre a été rédigé avec Pol Debroux.

(388) *M.B.*, 28 août 1976, pp. 10729 et s. Ci-après, la loi de 1976.

(389) *M.B.*, 22 janv. 1994, pp. 1308 et s. Ci-après, la loi de 1993.

(390) Article 30. *M.B.*, 18 août 1994, p. 20849.

(391) Arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 24 avril 1977; arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 8 septembre 1977 (err. *M.B.*, 31 déc. 1977, 31 août 1978 et 24 avril 1980); arrêté royal du 14 novembre 1979 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de concession d'ouvrage, *M.B.*, 17 novembre 1979; arrêté royal du 18 mai 1981 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de promotion de travaux et de fournitures, *M.B.*, 16 juin 1981; arrêté royal du 8 décembre 1988 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures, *M.B.*, 17 décembre 1988; arrêté royal du 1er août 1990 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux, *M.B.*, 10 août 1990.

82. — Un autre changement survenu durant la période de référence est la modification des mécanismes de tutelle spécifique sur les marchés informatiques. Comme l'indiquent trois circulaires ministérielles du 30 septembre 1993 (392), la loi du 10 juin 1993 modifiant l'article 34 de la loi du 23 décembre 1974 relative aux propositions budgétaires 1974-1975, abroge le paragraphe 4 de l'article 34 précité et, de ce fait supprime la tutelle spécifique d'approbation par le Roi sur les marchés informatiques passés par les provinces, les communes, les agglomérations et les fédérations de communes (393).

L'article 34, § 4, imposait aux provinces, communes, agglomérations et fédérations de communes de soumettre à l'approbation du Roi l'achat, la location ou la location-financement de matériels de traitement de l'information, la fourniture de programmes d'application et les services en ce domaine. Il faut cependant relativiser la portée de l'abrogation de la loi du 10 juin 1993.

D'abord, le paragraphe 2 de l'article 34 précité n'a été ni abrogé ni modifié. Il permet au Roi de prendre « les mesures de coordination qu'il juge nécessaires en vue de rationaliser l'utilisation de l'informatique dans les domaines suivants :

» *a*) les applications de l'informatique qui intéressent plusieurs centres ou plusieurs services et qui nécessitent une conception commune et coordonnée;

» *b*) l'infrastructure générale informatique, y compris les matériels de traitement de l'information;

» *c*) les programmes d'application qu'il y a intérêt à voir utiliser par plusieurs personnes ».

La circulaire « Registre national » précitée insiste sur cette possibilité et ajoute que « la procédure de validation technique actuellement en vigueur restera d'application jusqu'à ce qu'un

(392) Circulaire du 30 septembre 1993 du ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique portant recommandation aux communes et associations de communes en vue de la coordination des moyens informatiques qu'elles utilisent en matière de comptabilité communale, *M.B.*, 20 octobre 1993, p. 23049; Circulaire du 30 septembre 1993 du ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique — Suppression de la tutelle spécifique d'approbation en matière de marchés informatiques — Registre national, *M.B.*, 20 octobre 1993, p. 23051; Circulaire du 30 septembre 1993 du ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique — Suppression de la tutelle spécifique d'approbation en matière de marchés informatiques — Police communale, *M.B.*, 20 octobre 1993, p. 23053.

(393) *M.B.*, 7 août 1993, p. 17854.

arrêté royal fixe, de manière plus générale et en application de l'article 34, § 2, les mesures de coordination prévues par la loi » (394).

Ensuite, d'autres mécanismes de tutelle, cette fois non spécifiques aux marchés publics informatiques, subsistent tels que la tutelle d'annulation sur l'attribution de marchés publics par les organes compétents des communes, provinces ou intercommunales (395).

II. — La jurisprudence

83. — Les quelques arrêts du Conseil d'Etat relatifs à des marchés informatiques recensés permettent d'aborder différents actes posés par l'autorité administrative au cours de la procédure d'attribution d'un marché. Cette procédure a été divisée en sept étapes : rédaction du cahier des charges, capacité à soumissionner, réception des soumissions, examen des soumissions et discussion avec les soumissionnaires, choix de l'adjudicataire, renonciation à la procédure, notification de la décision d'attribution.

A. — *Rédaction du cahier des charges*

84. — La référence à des normes est fréquente en matière de marchés informatiques. L'article 22 de la loi du 24 décembre 1993 laisse au Roi le soin de régler « les modalités d'utilisation des spécifications techniques, des normes et des agréments techniques ». L'arrêté royal d'exécution, déjà paru, tend à rappeler le principe selon lequel le choix de spécifications techniques ne peut exclure le jeu normal de la concurrence (396). Pour les marchés publics qui ne sont pas visés par cet arrêté royal, ce sont les arrêtés royaux de 1988 et 1990 qui restent d'application (397).

85. — Cette crainte d'exclure le jeu normal de la concurrence a justifié notamment, sur plainte de la Commission, la condamnation à des dommages et intérêts du Royaume des Pays-Bas à propos d'un appel d'offres portant sur la fourniture et la maintenance d'un poste de travail météorologique.

L'avis de marché indiquait que le système opérationnel exigé était le système « U.N.I.X. », nom d'un logiciel de connexion de divers ordinateurs de marques différentes, mis au point par « Bell Laboratories of I.T.T. ». L'administration hollandaise faisait valoir outre que la Commission elle-même s'était référée à un tel standard, le caractère largement répandu de cette norme et son utilisation par nombre de constructeurs (398).

La Commission maintient que l'article 7, § 6, de la directive 77/62 (399) et l'article 30 du Traité obligent, en cas de choix d'une norme n'ayant pas le statut d'une norme européenne, à ajouter la mention « ou équivalent ».

La Cour donne raison à la Commission : « Le fait de ne pas ajouter la mention "ou équivalent" après le terme U.N.I.X. peut non seulement dissuader les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues à U.N.I.X. de soumissionner, mais peut aussi entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire, contrairement à l'article 30 du Traité, en réservant le marché aux seuls fournisseurs se proposant d'utiliser le système spécifiquement indiqué » (400).

B. — *Capacité à soumissionner*

86. — Les procédures restreintes (401) permettent à l'administration de sélectionner les soumissionnaires potentiels.

L'affaire du projet Astrid (402) illustre les problèmes qui peuvent surgir au moment de faire ce choix. Un consortium de sociétés avait été écarté de la liste arrêtée par le ministère de l'Intérieur pour la fourniture d'un réseau de radiocommunication cellulaire aux services d'aide et de sécurité. Le consortium évincé réclamait la suspension de la décision et la reprise de son nom dans cette liste et la possibilité dès lors de reprendre à égalité de chances la suite de la procédure. La condamnation à une astreinte de cent millions était en outre réclamée. L'éviction se justifiait, selon le ministre, par l'application d'une clause d'incompatibilité, interdisant tout lien avec le consultant, chargé de l'examen des offres.

Un examen, en particulier de l'article 6 de la loi de 1976 (403) et des clauses d'incompatibilité permet au Conseil d'Etat de conclure aux moyens sérieux de contester le bien-fondé de la décision administrative : « l'interdiction prévue à l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976 vise les personnes qui y sont mentionnées, à savoir les fonctionnaires, officiers publics ou toutes autres personnes chargées d'un service public. La s.a. Trasys est intervenue comme "consultant" et doit être considérée comme "toute personne chargée d'un service public". L'application de l'article 6 de la loi précitée peut seulement conduire à écarter les personnes expressément visées dans cet article mais ne peut pas conduire à l'exclusion des parties requérantes à une participation ultérieure à la procédure d'appel d'offres » (404) (405).

87. — Par ailleurs, en ce qui concerne le dommage causé à leur image de marque auprès d'autres administrations clientes, est pris en considération le fait que chacun des membres du consortium aurait pu bénéficier d'acquis technologiques dans un domaine de pointe et ce par leur collaboration dans un marché portant sur une toute nouvelle technologie et la perte d'un marché de référence pour des projets semblables dans des pays européens proches. Le dommage moral subi s'aggrave encore de la suspicion de collusion qu'entraîne la motivation du rejet de la « short list », fondée sur l'article 7.

A ces divers préjudices, s'ajoutent pour les membres moins importants du consortium la perte potentielle d'un marché important financièrement parlant et donc la perte d'opportunités de travail, pour d'autres, une référence internationale à propos d'un marché dont l'objet représente une opportunité unique dans les dix ans à venir (406).

En conséquence, le Conseil d'Etat accueille la demande de suspension et ordonne à l'administration d'inviter le consortium à participer à la suite des négociations. Il ne retient cependant pas la demande d'astreinte.

C. — *Réception des soumissions*

88. — La réglementation en vigueur tend à éviter que des soumissionnaires puissent prendre connaissance des offres de leurs concurrents avant de déposer les leurs. L'article 26 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 règle les conditions d'envoi et de réception des soumissions. Le cahier spécial des charges peut ajouter certaines contraintes à l'adresse des soumissionnaires.

89. — Dans une affaire où le cahier spécial des charges prévoyait l'envoi sous pli recommandé des offres qui devaient parvenir au plus tard à telle date à l'administration, l'adjudicataire

(394) *M.B.*, 20 oct. 1993, p. 23052. A notre connaissance, aucun arrêté royal n'a été pris à ce jour. Quant à la nature de cette « validation technique » évoquée ci-dessus, il ne semble pas qu'il soit possible de maintenir un mécanisme de tutelle que la loi aurait supprimé.

(395) Voy., à titre d'exemples, les articles 13, 14, 28 et 37 du décret du Conseil régional wallon du 20 juill. 1989 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne, *M.B.*, 8 septembre 1989, err. *M.B.*, 10 mai 1989; article 29 du décret du Conseil flamand du 28 avril 1993 portant réglementation par la Région flamande de la tutelle administrative des communes, *M.B.*, 3 août 1993; articles 8 et 9 du décret du Conseil flamand du 1er juillet 1987 relatif au fonctionnement des intercommunales, à leur contrôle et à la détermination de leur ressort, *M.B.*, 17 juillet 1987; article 235 de la nouvelle loi communale.

(396) Arrêté royal du 26 juillet relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, articles 16 à 18, *M.B.*, 18 août 1994, pp. 20846 et 20847.

(397) Article 13 de l'arrêté royal du 8 décembre 1988 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures et articles 15 et 16 de l'arrêté royal du 1er août 1990 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux.

(398) Le gouvernement néerlandais soutient que « le système UNIX doit être considéré, dans le secteur des technologies de l'information, comme une prescription technique généralement reconnue par les opérateurs ».

(399) Directive 77/62/C.E.E. du Conseil du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *J.O.C.E.*, 1977, L 13, p. 1, telle que modifiée par l'article 8 de la directive 88/295/C.E.E. du Conseil, *J.O.C.E.*, 1988, L 127, p. 1.

(400) C.J.C.E., 24 janv. 1995, C-359/93, Commission c. Royaume des Pays-Bas.

(401) Articles 11 et 13, § 2, de la loi de 1976, article 14, alinéa 2, de la loi de 1993.

(402) C.E., 8 avril 1994, n° 46.858 A.M. Motorola-SAIT-Fabricom et alii c. Etat belge, inédit, publié en sommaire dans *A.P.M.*, 1994, p. 88.

(403) Dans la loi de 1993, il s'agit de l'article 10.

(404) C.E., n° 46.858, 8 avril 1994, *A.P.M.*, 1994, p. 88.

(405) En réalité, la société consultante appartenait au même groupe qu'une des sociétés membres du consortium sans qu'on puisse à première vue considérer que les deux entreprises aient entre elles des liens discrets. Il est à noter que le Conseil d'Etat estime cependant que l'article 6 qui s'adresse aux fonctionnaires ou aux personnes en charge d'un service public s'applique également à un consultant.

(406) A cet égard, les plaignants se réfèrent à la jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat admirablement résumée par le rapport de l'auditeur Nihoul sous C.E., 17 nov. 1993, déjà cité.

avait remis la sienne le jour de l'ouverture des soumissions et ne l'avait donc pas envoyée par recommandé. Le Conseil d'Etat, plutôt que de faire preuve d'un formalisme rigide, examine si le but des règles fixant la manière de répondre à l'appel d'offres litigieux avait été respecté et si l'égalité entre soumissionnaires n'avait pas été méconnue. Il constate également « qu'aucune disposition n'excluait expressément, et ce à peine de nullité, la remise des soumissions peu avant le début de la séance d'ouverture des plis » pour conclure que « l'administration n'a pas violé les intérêts des autres soumissionnaires » (407).

D. — *Examen des soumissions et discussion avec les soumissionnaires*

90. — Dans le cadre d'une adjudication, l'article 12 de la loi de 1976 de même que l'article 15 de la loi de 1993 imposent à l'administration d'attribuer le marché « au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse ». Dans le cadre d'un appel d'offres, les articles 14 de la loi de 1976 et 16 de la loi de 1993 indiquent que « le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante ». Il en résulte qu'avant de choisir l'adjudicataire, l'autorité administrative adjudicatrice doit examiner la régularité de l'offre, c'est-à-dire, notamment, sa conformité et la normalité de ses prix.

91. — L'affaire Van Hopplynus jugée le 5 octobre 1988 par le Conseil d'Etat concerne la fourniture d'appareils optiques sophistiqués à l'Institut géographique national (I.G.N.) et illustre une conséquence de la complexité des marchés informatiques, à savoir l'existence fréquente de suggestions, parfois importantes et dont l'intérêt peut s'avérer déterminant dans l'appréciation de l'administration. En l'occurrence, la firme déjà nommée se plaignait du fait que lesdites suggestions, sur base desquelles l'offre de son concurrent avait été jugée la plus intéressante, marquaient des discordances par rapport au cahier des charges. Le Conseil d'Etat repousse le moyen en distinguant la procédure d'appel d'offres de celle d'adjudication : « Considérant que si, dans une adjudication publique, toute discordance technique par rapport au projet imposé peut entraîner la nullité de la soumission, en revanche, dans un appel d'offres, les discordances par rapport au projet ne constituent sauf dispositions contraires du cahier spécial des charges, que des contrepropositions pertinentes pour le classement des offres d'après l'intérêt qu'elles présentent » (408).

92. — Le même arrêt apprécie les discordances entre l'offre retenue et le cahier des charges en recourant à la notion de vice substantiel et ne sanctionne pas les « discussions » intervenues entre l'adjudicataire et l'adjudicateur.

La note critique de Flamme (409) met en cause l'argumentation du Conseil d'Etat. Il apparaît en effet difficile de considérer que des discordances comme l'absence d'un programme de formation des utilisateurs, l'absence de mention du coût de la maintenance, l'absence d'engagement d'intervention dans les trois jours de la panne puissent être considérées comme des suggestions dans des marchés portant sur des systèmes d'information aussi complexes. Par ailleurs, les mises au point contractuelles ne doivent-elles pas être considérées comme des conditions négociées d'attribution du marché ? Dès lors, même si elles sont postérieures à la désignation du soumissionnaire, elles précèdent la conclusion proprement dite du contrat. L'examen de leur conformité au cahier des charges ou en tout cas de leur non-écart par rapport à celui-ci devrait donc relever de la compétence du Conseil d'Etat.

93. — Dans une autre espèce, le Conseil d'Etat s'est à nouveau penché sur la possibilité de s'écarter du cahier spécial des charges par le biais de suggestions et a, en se fondant sur l'article 44, alinéa 5, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, reconnu à l'administration le pouvoir de demander au futur adjudicataire de compléter son offre. Après avoir relevé que le cahier des charges autorisait des suggestions, il constate que l'administration n'a pas dépassé son pouvoir d'appréciation : « qu'en l'espèce, l'offre de l'adjudicataire précisait que la vitesse théorique des trois photocopieuses à grande capacité présentées par cette société se situait endeça de soixante copies à la minute (en fait 50) mais que ceci était largement compensé par la circonstance que le changement des originaux était entièrement automatisé, une trieuse classant les copies et en outre permettant de copier des listings de manière continue; que la partie adverse en constatant que l'appareil le plus puissant présenté par la requérante ne disposait que d'un chargement semi-automatique, a valablement pu retenir comme plus intéressante l'offre de la société anonyme Rank Xerox; Considérant que le troisième moyen est pris de la violation du cahier spécial des charges en ce que la soumission de l'adjudicataire stipulait un "volume minimum" et ne permettait pas une évaluation précise de l'offre alors que le soumissionnaire devait donner un seul prix forfaitaire par copie, prix "tout compris"; Considérant que le cahier spécial des charges prévoyait une quantité de 221.300 copies en moyenne par mois; que la société anonyme Rank Xerox a tenu compte de cette évaluation pour fixer un prix tout compris sur la base de 200.000 copies par mois et un prix tout compris pour chaque copie dépassant le chiffre précité; que la partie adverse n'a pas excédé ses pouvoirs en estimant que le coût de l'utilisation pouvait être aisément calculé et de façon précise; (...) Considérant que, dans la mesure où la requérante reproche à la partie adverse d'avoir invité en novembre 1989 la société anonyme Rank Xerox qui "avait oublié de mentionner le coût des appareils supérieurs loués en cours de contrat" à compléter son offre, le moyen ne peut être davantage retenu, la partie adverse n'ayant fait qu'user des pouvoirs que lui donne l'article 44, cinquième alinéa, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 » (410).

94. — Lorsque les conditions prévues par l'article 44 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 ne sont pas respectées, l'administration ne peut négocier une réduction du prix. Cette réduction constitue une modification des propositions faites par le soumissionnaire qui ne consiste pas à en préciser ou en compléter la teneur. L'attribution du marché est annulée (411).

S'il s'avère que des discussions ont eu lieu après que le contrat ait été conclu, le Conseil d'Etat décline sa compétence au profit des juridictions de l'ordre judiciaire. Il se contente de rappeler que son contrôle ne s'étend pas au « contrat » finalement signé avec le soumissionnaire retenu (412).

E. — *Choix de l'adjudicataire*

95. — L'administration devra porter son choix sur le soumissionnaire le moins disant ou sur l'offre la plus intéressante.

Pour déterminer le prix le plus bas lorsqu'elle a décidé de procéder à une adjudication, l'autorité adjudicatrice devra tenir compte « des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours qui devront être faits par ladite autorité, ainsi que des coefficients d'ordre technique, éventuellement prévus par le cahier spécial des charges » (413).

Pour les appels d'offres, l'autorité compétente tiendra « compte du montant de l'offre, du coût d'utilisation, de la valeur technique, de la sécurité des approvisionnements, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats, du délai d'exécution, de toutes autres considérations prévues dans le cahier spécial des charges ou dans la demande d'offres, ainsi, que, sauf disposition contraire du cahier spécial des charges, de toutes les suggestions faites dans l'offre » (414).

La décision de l'administration doit être motivée. Pour les procédures d'appel d'offres, cette obligation découle de la réglementation des marchés publics (415). Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, c'est également le cas pour les procédures d'adjudication (416).

96. — Nombre de décisions de l'administration à ce stade de la procédure ont été critiquées devant le Conseil d'Etat. Lorsque l'appréciation de la haute juridiction administrative porte sur les motifs mêmes de l'attribution, le juge se montre prudent pour ne pas substituer son appréciation à celle de l'administration. Son appréciation est dite marginale. Dans certaines hypothèses, sa tâche est cependant plus aisée : la décision n'est pas motivée et la méconnaissance de cette formalité substantielle entraîne l'annulation de l'acte administratif contesté ou

(407) C.E., n° 42.132, 3 mars 1993, *R.A.C.E.*, 1993.

(408) C.E., n° 30.913, 5 oct. 1988, *R.A.C.E.*, 1988.

(409) M.-A. Flamme, obs. sous C.E., n° 30.913, 5 oct. 1988, *J.T.*, 1990, pp. 111 et s.

(410) C.E., n° 42.132, 3 mars 1993, *R.A.C.E.*, 1993.

(411) C.E., n° 32.516, 3 mai 1989, *R.A.C.E.*, 1989.

(412) C.E., n° 30.913, 5 oct. 1988, *R.A.C.E.*, 1988.

(413) Article 12, § 1er, alinéa 2, de la loi de 1976. L'article 15, deuxième alinéa de la loi de 1993 ne prend plus en compte les coefficients d'ordre technique.

(414) Article 14 de la loi de 1976. L'article 16 de la loi de 1993 ne procède plus à l'énumération des critères que l'administration peut retenir mais insiste sur la notion de variantes libres.

(415) Article 44, septième alinéa, de l'arrêté royal du 22 avril 1977.

(416) D. Lagasse, « L'incidence en matière de marchés publics de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la loi du 19 juillet 1991 instaurant un référé administratif devant le Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 1992, p. 102.

sa suspension, si toutefois les autres conditions imposées par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat sont remplies.

97. — Dans l'arrêt Van Hopplynus précité, le Conseil d'Etat repousse l'argument de la requérante qui prétendait son offre plus intéressante : « Considérant que la régularité de l'offre de la requérante n'est pas contestée; que toutefois celle-ci ne démontre pas en quoi son offre serait la plus intéressante; que la partie adverse n'a pas excédé les limites de son pouvoir d'appréciation en considérant que, si pour les premier et troisième critères l'offre de la requérante était correcte au même titre que celle de l'adjudicataire, par contre en ce qui concerne les deuxième et quatrième critères, c'est-à-dire le prix, elle était nettement moins intéressante que l'autre » (417). Toujours dans cet arrêt, le Conseil d'Etat constate que les offres ont été évaluées au regard de tous les critères d'attribution.

98. — Dans son arrêt Louis, le Conseil d'Etat est amené à examiner la portée de l'article 44, septième alinéa, de l'arrêté du 22 avril 1977 et le respect par le pouvoir adjudicateur des deux obligations qui en découlent, motivation formelle et communication de la décision : « considérant que la motivation en la forme a été prescrite tant dans l'intérêt des soumissionnaires que dans celui de l'administration; qu'il s'en suit que l'absence totale ou l'insuffisance manifeste de motivation constitue la violation d'une formalité substantielle, les motifs d'une décision ne pouvant être puisés dans des documents internes lorsque la loi exige qu'elle soit motivée en la forme; considérant que la décision de choisir l'adjudicataire, prise le 5 décembre 1986, ne porte aucun motif; qu'elle n'indique pas si c'est par élimination successive des autres soumissionnaires que, faute de choix, la société Eurosense-Belfotop a été retenue; qu'elle n'indique pas au requérant si son offre a finalement été jugée irrégulière ou si elle a été considérée comme moins intéressante que celle de l'adjudicataire; que, dès lors aucune des garanties d'objectivité requises par la loi du 14 juillet 1976 n'a été donnée; que les motifs exposés par le ministre plus d'un mois après son choix ne peuvent être retenus, pas plus que les explications et justifications abondamment fournies dans le mémoire en réponse et dans le dernier mémoire, dès lors que la décision n'est pas motivée en la forme » (418). La décision est annulée.

99. — Le choix peut être le résultat d'une procédure complexe. Les soumissionnaires évincés veilleront à ne pas introduire de recours prématuré. Le Conseil d'Etat se déclarerait incompétent comme il le fit dans son arrêt du 27 mars 1992 lorsqu'il qualifia les actes attaqués (fixation de la méthode de calcul d'un des éléments du prix, majoration du prix de la soumission de la requérante, avis du conseil d'administration de la R.T.T.-Belgacom au ministre (419) de décisions préparatoires « dénuées en elles-mêmes d'effet juridique » (420).

(417) C.E., n° 30.913, 5 oct. 1988, *R.A.C.E.*, 1988.

(418) C.E., n° 31.694, 11 janv. 1989, *R.A.C.E.*, 1989.

(419) A l'époque, la loi du 16 mars 1954 s'appliquait encore. Belgacom n'était pas encore une entreprise publique autonome.

(420) C.E., n° 39.063, 27 mars 1992, *R.A.C.E.*, 1992.

F. — *Renonciation à la procédure*

100. — Le fait pour l'administration d'avoir entamé une procédure d'attribution d'un marché ne l'oblige pas à aller jusqu'à son terme. La loi, traduisant le principe du changement propre au droit administratif, permet « soit de renoncer à passer le marché, soit de refaire la procédure au besoin suivant un autre mode » (421). Cette décision doit être motivée (422).

101. — Dans la matière qui nous concerne, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer à plusieurs reprises en référé et au fond. Dans les deux premiers cas, il a examiné les motifs que l'administration fournissait pour justifier sa décision.

La complexité de l'objet du marché est parfois invoquée par l'administration pour justifier sa décision d'abandonner la procédure entamée, au profit d'une nouvelle, tenant compte de spécifications techniques plus adéquates. L'affaire A.E.G./Régie des postes (423) concerne la remise en cause d'un appel d'offres pour un des lots concernant la fourniture d'un système de transport, contrôle et classement de colis postaux pour les centraux d'Anvers et de Charleroi (424). En l'occurrence, constatant la non-conformité des offres, en particulier des prix y figurant, par rapport à l'estimation initiale, le ministre décide d'initier un nouvel appel d'offres. Une telle décision ministérielle est critiquée du fait de son absence de motifs et ce par le soumissionnaire le mieux classé. Si le Conseil d'Etat admet outre la nécessité de la motivation de la décision (425) le besoin de motifs sérieux, il estime que cette double condition n'est pas rencontrée : « Considérant qu'ainsi qu'il ressort de la décision du 24 mai 1991 et de la note de l'administrateur général de la Régie des postes du 16 juillet 1991, la procédure a été recommencée en raison de légères adaptations des spécifications techniques, qui ont trait à des détails en relation avec la configuration de l'index et à des informations supplémentaires à propos des fonctions de l'appareil, ce qui peut difficilement être considéré comme une décision qui tend à obtenir une fourniture technologiquement plus avancée; qu'en ce qui concerne la différence de prix entre les différentes offres et les renvois aux références de l'avis de l'inspection des finances, il suffit de se reporter aux développements repris sous le point 4.2.3. où il est dit pourquoi il ne peut être tenu compte de cet avis ».

Le Conseil d'Etat ajoute que la remise en cause de la procédure fait craindre une manœuvre de l'administration pour redonner une chance aux autres soumissionnaires dont la première offre avait été jugée non recevable (426).

102. — Une seconde affaire concerne de nouveau la Régie des postes (427) et sa décision de mettre fin à une procédure entamée pour joindre deux lots afin de les confier de gré à gré à une firme ayant déjà obtenu un autre lot. La motivation du ministre faisait état des nécessités de compatibilité des fournisseurs et de l'intérêt pour l'administration de développer un système (logiciel et lecture de code barres) commun aux deux lots.

Une société ayant remis offre pour le lot non attribué faisait valoir outre la non-motivation de la décision de mettre fin à la procédure entamée, l'inutilité de joindre les deux lots et le principe administratif de « de legitieme opgewekte verwachtingen », principe violé par la décision administrative.

Le Conseil d'Etat rejette la demande de suspension en raison du caractère non sérieux des objections apportées par la requérante : « la justification d'attribuer le marché suivant la procédure de gré à gré à l'association momentanée Santens Engineering Services-E.N.I. à savoir l'évolution technique, le regroupement des lots 6 et 7 en un tout intégré et la scission du marché en deux lots peut être considérée comme une justification raisonnable qui peut fonder régulièrement la décision attaquée ».

103. — Dans une troisième espèce, le Conseil d'Etat censure l'absence pure et simple de motivation : « la décision de ne pas attribuer le marché organisé par la procédure d'adjudication et partant de la décision de scinder le marché puis de négocier les lots de gré à gré ne reposent sur aucun motif admissible. Si la partie adverse (Région wallonne) a bien informé la requérante (s.a. Darelec) de ce qu'il n'avait pas été donné suite à l'adjudication publique, elle n'a toutefois pas donné les motifs de sa décision malgré la demande de la requérante » (428).

G. — *Notification de la décision d'attribution*

104. — L'article 36 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 fixe la conclusion du contrat à la notification de la décision du pouvoir adjudicateur au soumissionnaire choisi. Cette notification a d'importantes répercussions procédurales notamment lorsque le Conseil d'Etat est amené à se prononcer sur une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché.

En effet, l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat impose deux conditions pour obtenir la suspension de l'exécution d'un acte administratif : l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable résultant de l'exécution immédiate de la décision contestée et des

(421) Articles 15 de la loi de 1976 et 18 de la loi de 1993.

(422) D. Lagasse, « L'incidence... », *loc. cit.*, *A.P.T.*, 1992, p. 102.

(423) C.E., n° 39.419, 19 mai 1992, *R.A.C.E.*

(424) A cet égard, à propos de la remise en cause de l'attribution d'autres lots, les affaires Egemin commentées ci-dessous.

(425) A cet égard cf. la jurisprudence du Conseil d'Etat, reprise par M.-A. Flamme, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 5e éd., 1986, pp. 239 et s., nos 66.3 et s. Cf. également la solution de la loi nouvelle du 24 décembre 1993, article 18 qui reprend cette jurisprudence du Conseil d'Etat (à ce propos, P. Flamme et M.-A. Flamme, « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics : révolution ou européennisation ? », *J.T.*, 1994, p. 395 et jur. cit.

(426) Comp. à propos d'un autre type de marché la même motivation *in* C.E., n° 25.133, 15 mars 1985.

(427) C.E., 1er déc. 1992, aff. n° 41.245, en cause Egemin c. Regie der posterijen, *R.A.C.E.*, 1993. Cette affaire concerne un lot relatif au même marché que celui discuté dans les deux affaires Egemin déjà citées.

(428) C.E., n° 49.049, 14 sept. 1994, *A.P.M.*, 1994, p. 172.

moyens sérieux. Une fois la notification du choix de l'adjudicataire intervenue, le Conseil d'Etat décide, en principe (429), que la suspension, dont le prononcé lui est demandé, ne peut avoir d'effet. En conséquence, il rejette la requête. Plusieurs arrêts illustrent cette jurisprudence.

105. — Dans l'arrêt Priminfo (430), une société informatique évincée d'un marché de la Défense nationale réclame, en raison du préjudice grave subi et d'irrégularités de procédure, la suspension de la décision administrative adjugeant le marché à un concurrent. Le Conseil d'Etat, sans examiner ni le caractère sérieux du préjudice, ni le caractère vraisemblable des irrégularités, se contente d'affirmer : « Considérant que l'acte attaqué a été notifié à l'adjudicataire le 13 juillet 1994; que, dès lors, le contrat est conclu entre celui-ci et la partie adverse; que la suspension de l'acte attaqué serait juridiquement impuissante à en empêcher l'exécution et, plus particulièrement, à prévenir la survenance du préjudice grave difficilement réparable qu'invoque la requérante; que le caractère instantané de la conclusion du contrat par le concours des consentements prive de toute pertinence l'allégation selon laquelle la suspension "aurait pour effet de suspendre le consentement de l'autorité adjudicatrice", qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur la validité du contrat; qu'enfin, on voit mal une partie à un contrat autorisée à se prévaloir de sa propre faute pour soutenir la nullité de ses engagements, serait-ce sous prétexte de "limiter son propre dommage" ».

Dans une autre affaire, relative cette fois à un appel d'offres général concernant la fourniture d'un système de traitement d'images et de télédétection au Musée royal de l'Afrique centrale (431), le Conseil d'Etat ne s'exprime pas autrement : « Considérant que la suspension de la décision d'adjudication est impuissante à affecter l'exécution du contrat de fourniture de biens et de services proprement dit, compte tenu notamment du fait que celle-ci était déjà en cours avant l'introduction de la demande de suspension et que rien ne donne à penser que quelque précipitation ait été apportée à clôturer le dossier; que les parties défenderesses alléguent dès lors à bon droit, se fondant sur l'argument des actes détachables et rappelant la procédure suivie, que la demande de suspension ne saurait produire l'effet escompté par la partie requérante, à savoir empêcher qu'il soit donné suite à l'adjudication, de sorte que celle-ci puisse lui revenir après une éventuelle annulation; que dans les circonstances données, la demande de suspension est par conséquent sans fondement ».

On citera également deux décisions (432) du Conseil d'Etat dans l'affaire Egemin c. Régie des postes (433), toutes deux en date du 1er décembre 1992 où il s'agissait de deux demandes de suspension de décisions d'attribution de deux lots suite à un appel d'offres portant sur la fourniture, l'installation, la mise en route et la maintenance d'un système de traitement d'information pour le traitement de lettres et colis postaux dans les centres d'Anvers et de Charleroi, le Conseil rejette les demandes : « Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que la décision d'attribuer le lot 7 à l'association momentanée Santens Engineering-E.N.I. a été notifiée le 11 juin 1991 et que, ainsi d'ailleurs que le prétendent pertinemment les parties intervenantes, au moment de l'introduction de la demande de suspension, le contrat concerné était déjà en grande partie exécuté; que, dans ces circonstances, une suspension éventuelle de l'attribution ne peut réparer le préjudice que la requérante expose dans sa demande; que la demande de suspension introduite ne peut avoir l'effet qu'elle vise, à savoir sauvegarder ses chances d'obtenir le marché et prévenir qu'une importante référence lui soit enlevée; que ce constat suffit à rejeter la demande de suspension ».

106. — L'argumentation du Conseil d'Etat, même si elle peut apparaître logique, surprend et ruine l'intérêt dans la plupart des cas du référé administratif. En effet, il suffit de constater que le contrat est conclu — et il l'est par la simple notification d'attribution du marché — pour que le caractère irrémédiable du préjudice interdise l'octroi de mesures préventives. Le Conseil d'Etat se contente alors de constater que l'examen de la validité du contrat échappe à sa compétence, pire qu'en toute hypothèse, le contrat étant intervenu, il ne paraît pas pouvoir être remis en cause par le tiers évincé même devant les cours et tribunaux, « de sorte qu'un éventuel arrêt de suspension impuissant à affecter l'existence de ce contrat, ne peut épargner le risque de préjudice grave allégué » (434).

107. — A propos de ces conséquences préjudiciables à la partie lésée, le professeur Flamme note cependant une évolution dans la jurisprudence de la quatrième chambre flamande du Conseil d'Etat : « La quatrième chambre (flamande) du Conseil d'Etat vient de donner un coup d'arrêt à cette pratique, à l'occasion de l'attribution des travaux de surélévation du Centre de communication Nord. (...) En effet, la décision (du 1er juillet) de lui attribuer le marché ayant été notifiée dès le 6 juillet à l'adjudicataire et les travaux ayant commencé le 3 août, il s'agissait, pour juger de la recevabilité de la requête (introduite le 20 août), d'apprécier si l'entrepreneur lésé par l'absence de mise en concurrence du marché conservait toujours un intérêt à la suspension. Conformément à l'avis de l'auditeur J. Stevens, le Conseil d'Etat a répondu affirmativement (arrêt n° 40734 du 13 octobre 1992), faisant sien notre enseignement constant selon lequel il est peu logique d'admettre qu'un contrat de l'administration continue à produire ses effets si l'une des conditions de sa validité — à savoir l'acte administratif exprimant le "consentement" de la personne publique — a été déclarée nulle rétroactivement, avec autorité de chose jugée *erga omnes* » (435). Peut-être, une telle jurisprudence, osée certes mais plus respectueuse des intérêts de la partie lésée, est-elle appelée à inspirer les diverses chambres du Conseil d'Etat.

108. — Il faut remarquer que l'arrêt qu'évoque l'auteur précité tient compte d'un élément de fait important, à savoir l'état d'avancement des travaux : « Considérant que la conclusion du contrat n'implique pas que la suspension de l'exécution de l'acte d'attribution de gré à gré, qui est détachable du contrat, ne puisse plus produire l'effet poursuivi par la partie requérante; que tel serait le cas si, comme dans les arrêts auxquels se réfère la partie intervenante, le Conseil d'Etat venait à constater que le contrat a été exécuté et qu'une réparation en nature est devenue impossible; que dans la présente affaire toutefois, le contrat conclu, qui porte sur la construction d'un bâtiment d'une superficie de 32.000 m² et l'aménagement d'un parking supplémentaire pouvant accueillir cinq cents véhicules, dont l'exécution s'étendra sur une période assez longue, n'a reçu qu'un commencement d'exécution, dès lors que les travaux n'ont été entamés au plus tôt que le 3 août 1992 » (436).

Cette atténuation du principe se retrouve dans un arrêt postérieur. La quatrième chambre flamande du Conseil d'Etat, de nouveau, constate que le contrat a été exécuté. Le juge ne semble plus se satisfaire de la conclusion pour rejeter la demande de suspension : « ... le central téléphonique avait déjà été livré... Dès lors, la suspension demandée ne peut plus avoir l'effet voulu, à savoir préserver la chance d'obtenir le marché. Une telle suspension ne pourrait réparer le préjudice » (437).

109. — Cette nuance (degré d'exécution atteint), tout importante qu'elle soit, pourrait cependant s'avérer inadéquate lorsqu'il s'agit d'un marché de fournitures. L'exécution est quasi immédiate et se réalise par la livraison. Le professeur Flamme préconise d'imposer un délai d'attente à l'administration pour notifier la décision d'attribution à l'adjudicataire : « Toute précipitation suspecte serait exclue si un délai strict (15 ou 30 jours ?) devait être respecté par l'administration entre sa prise de décision et sa notification à l'adjudicataire et si en revanche les concurrents éliminés recevaient immédiatement communication de la décision ainsi que des motifs et disposaient d'un délai extrêmement bref pour saisir le Conseil d'Etat et lui permettre d'intervenir en temps utile » (438). Cette solution serait efficace même dans le cas d'un marché de fournitures.

110. — Il faut noter, pour être complet, que d'autres arrêts ont repoussé la demande de suspension à défaut de préjudice grave difficilement réparable. L'un relève le caractère aléatoire du préjudice et la possibilité d'obtenir devant un tribunal civil la réparation d'un pré-

(429) Nous verrons que la jurisprudence, surtout celle des chambres néerlandophones, tend à atténuer cette position de principe.

(430) C.E., n° 49.641, 12 oct. 1994, *A.P.M.*, 1994, p. 187.

(431) C.E., n° 37.039, 22 mai 1991, *R.A.C.E.* 1991.

(432) Les deux décisions se réfèrent à l'exécution du contrat déjà largement entamée et se contentent comme dans les décisions déjà citées, de noter que l'existence du contrat suffit à écarter la demande de suspension.

(433) C.E., nos 41.243 et 41.244, 1er déc. 1992, Egemin c. Régie der posterijen, *R.A.C.E.*, 1993.

(434) C'est l'opinion de l'auditeur Nihoul, dans son avis dans l'affaire des bus wallons (C.E., 17 nov. 1993, *E.D.*, 1994, pp. 24 et s.).

(435) M.-A. Flamme, obs. sous Bruxelles, 4 avril 1993, *E.D.*, 1993, p. 246.

(436) C.E., n° 40.734, 13 oct. 1992, *R.A.C.E.*, 1992.

(437) C.E., n° 49.887, 25 oct. 1994, *A.P.M.*, 1994, p. 190.

(438) M.-A. Flamme, obs. sous Bruxelles, 4 avril 1993, *E.D.*, 1993, p. 247.

judice pécuniaire (439). L'autre, après que le recours en suspension d'extrême urgence ait été accueilli (440), ne confirme pas cette suspension au motif que la condition d'un préjudice grave difficilement réparable n'est pas remplie dans le cas d'espèce : le marché litigieux n'est pas un marché de référence; le personnel affecté au marché des télécommunications pour les forces armées n'est pas important (« le préjudice qu'entraînerait la non-obtention du marché ne paraît pas devoir excéder les aléas de la vie commerciale de toute entreprise »); en l'absence de circonstances exceptionnelles, le manque à gagner au plan financier ne constitue pas un préjudice difficilement réparable (441).

III. — Conclusion

111. — A la lecture de la jurisprudence analysée apparaissent quelques traits caractéristiques des marchés informatiques : la complexité de l'objet des marchés informatiques, l'évolution permanente des solutions, la normalisation de ces solutions, l'irréversibilité fréquente des choix opérés.

112. — En ce qui concerne la complexité de l'objet, les mesures de performance, les nécessités de tenir compte à la fois de l'environnement et de l'évolution de celui-ci justifient souvent des cahiers des charges prolixes.

La nécessité de garantir une certaine souplesse dans la procédure d'attribution d'un marché justifie le recours fréquent à des procédures d'appel d'offres, l'importance fréquente des suggestions dans la prise en considération des soumissions ainsi que la nécessité d'un approfondissement de leur offre et du règlement de derniers détails en cours de procédure. L'utilisation de telles « souplesses » fait craindre quelques écarts par rapport au principe sacrosaint de l'égalité des concurrents.

113. — Le secteur informatique est marqué par une évolution permanente des solutions et une obsolescence rapide des solutions techniques. Sans doute, est-il souvent nécessaire d'anticiper les développements nouveaux non encore totalement opérationnels au moment de la commande mais permettant d'augurer une efficacité plus grande et un coût moindre des solutions. Un tel constat crée deux types de difficultés, la première tient à la comparaison des offres et à la motivation du choix de telle ou telle solution; la seconde, à la tentation de l'administration de renoncer à une procédure entamée et au vu d'éléments nouveaux, la volonté de recommencer la procédure.

114. — La prolifération des normes de fait et de droit est un autre élément caractéristique du monde des systèmes d'information. Si ces normes présentent des avantages notables, ainsi celui d'assurer la compatibilité des systèmes et leur interopérabilité, le choix d'une norme en particulier peut faire craindre le rejet de certaines solutions non normalisées mais présentant des avantages comparables voire le choix *a priori* de tel ou tel constructeur.

115. — Les solutions une fois choisies et implémentées modifient profondément les organisations qui les accueillent et présentent souvent de par les difficultés, qu'entraînerait leur remise en cause, un caractère définitif. On conçoit dès lors la hâte des concurrents évincés d'agir au plus vite, de manière à éviter que l'implémentation de la solution choisie ne puisse plus concrètement être remise en cause, même si cette remise en cause reste légalement possible. A cet égard, la procédure en référé devant le Conseil d'Etat peut apparaître comme une solution insuffisante pour prévenir une telle irréversibilité.

CHAPITRE X
DROIT FISCAL (442)

116. — Il est surprenant de constater que l'évolution rapide de l'informatique n'a pas engendré de développement jurisprudentiel spécifique au niveau fiscal (443).

Il convient, en effet, de relever que les quelques décisions de jurisprudence fiscale recensées n'abordent notre matière que de manière implicite.

Un jugement du tribunal de première instance d'Anvers (444) reconnaît à un marchand d'appareils électriques la possibilité de refuser à l'administration la communication de son listing-clientèle informatisé, étant donné que l'administration fiscale ne peut offrir de garantie suffisante pour protéger le secret de cette liste (445).

La cour d'appel d'Anvers a rendu un arrêt dans une matière relativement similaire le 17 janvier 1989 (446) par lequel elle décide que les frais payés par une société belge à une société suisse d'informatique pour un programme d'ordinateur ne sont pas déductibles dans le chef de la société belge si elle ne prouve pas que ce programme a été établi ou livré par la firme en question et ce, dès lors que la société belge ne dispose d'aucun ordinateur compatible et refuse de faire examiner ce programme de façon approfondie par l'administration.

Concernant la comptabilité informatisée, nous avions relevé deux cas de jurisprudence dans la chronique précédente (447). Un autre arrêt a été rendu en cette matière. C'est ainsi qu'il a été jugé par la cour d'appel de Gand (448) qu'un contribuable qui tient une comptabilité informatisée doit être considéré comme ayant agi avec une intention frauduleuse, et ne peut donc se prévaloir de la bonne foi en raison d'erreurs imputables au programme d'ordinateur, lorsqu'il apparaît que des manipulations sont intervenues lors de l'établissement des fiches fiscales, (...).

Dans le cas d'espèce, la comptabilité informatisée a systématiquement réduit la base imposable à un niveau anormalement bas.

Il en résulte que la prescription de 5 ans a été appliquée à juste titre ainsi qu'un accroissement d'impôt de 50 %. Notons que le même arrêt décide qu'étant donné qu'aucune disposition n'impose à l'administration de délivrer une autorisation préalable, les fonctionnaires relevant de la cellule de contrôle pour la comptabilité informatisée (et qui s'étend en principe à la même circonscription que celle qui relève du service de contrôle où cette cellule a son siège) peuvent exercer des contrôles en dehors de leur propre circonscription sur simple ordre de leur autorité hiérarchique et ces fonctionnaires ne doivent pas se faire assister du contrôleur local.

Un arrêt plus spécifique a été rendu par la Cour de justice des Communautés européennes en date du 18 avril 1991 (449). La Cour avait à se prononcer sur la valeur en douane de support informatique importé comportant des données. Un règlement n° 1055/85 du 1er mai 1985 règle cette question en son article 8*bis*, § 1er, stipulant que pour déterminer la valeur en douane d'un support informatique importé comportant des données ou des instructions, il convient de ne pas tenir compte du coût ou de la valeur des données ou des instructions, à condition que ce coût et cette valeur soient bien distingués du coût ou de la valeur du support informatique considéré; mais que la valeur en douane de ces supports correspond seulement au coût ou à la valeur du support informatique proprement dit. Il s'agissait pour la Cour de définir la valeur en douane d'un tel support informatique importé comportant des données avant l'entrée en vigueur de ce règlement n° 1055/85. La Cour a estimé qu'il ne fallait pas appliquer anticipativement l'esprit de ce règlement n° 1055/85 mais qu'il convenait d'appliquer l'article 3 du règlement 1224/80 sur la valeur en douane et donc de considérer comme valeur en douane la totalité du prix facturé, comprenant également le coût ou la valeur des données des instructions.

(439) C.E., n° 38.268, 6 déc. 1991, *R.A.C.E.*, 1991.

(440) C.E., n° 45.635, 5 janv. 1994, *R.A.C.E.*, 1994. Le Conseil d'Etat constate que le marché n'a pas encore été conclu, la décision de l'administration n'ayant pas encore été notifiée.

(441) C.E., n° 45.719, 24 janv. 1994, *R.A.C.E.*, 1994.

(442) Ce chapitre a été rédigé avec Laurent Tainmont.

(443) Sur le plan législatif, il y a lieu toutefois de relever qu'un arrêté royal du 11 janvier 1993 a modifié l'arrêté royal du 25 novembre 1991 relatif à la publicité des actes et documents des sociétés et des entreprises. Les articles 9-9*bis* et suivants de l'arrêté royal du 25 nov. 1991 prévoient les conditions du dépôt par voie informatique des comptes annuels. De même, l'article 315*bis* du C.I.R. 92 relatif aux obligations du contribuable recourant à un système informatique lors d'investigations et contrôle de l'administration fiscale, a été inséré par l'article 53 de la loi du 6 juill. 1994.

(444) Civ. Anvers, 17 nov. 1987, *Computerr.*, 1983/3, p. 147.

(445) « Overwegende dat waar verweerder het recht heeft belastingen te heffen en maatregelen te nemen ter inning ervan, eiser het recht heeft om het voortbestaan van zijn onderneming te verzekeren, wat o.z. betekent dat zijn klantenbestand strikt geheim moet blijven, en allerminst aan zijn concurrenten bekend mag raken ».

(446) Anvers, 17 janv. 1989, *F.J.F.*, 1989, 82, p. 151.

(447) Gand, 30 déc. 1977 et 3 juin 1981, *Alg. fisc. t.*, nos 8-9, 1981, p. 187 et *Jur. comm. Belg.*, 1982, p. 405; *in* la chronique précédente, p. 120.

(448) Gand, 13 sept. 1988, *F.J.F.*, 1989, 187, p. 374.

(449) C.J.C.E., 18 avril 1991, Brown Boveri & Cie A.G. c. Hauptzollarnt Mannheim, *F.J.F.*, 1991, 169, p. 369.

Enfin, notons pour mémoire un jugement rendu le 11 mai 1993 par le tribunal de Neufchâteau (450) et qui a trait indirectement à notre matière. L'arrêt précise la notion d'acte de commerce et estime que quand bien même un acteur n'est pas commerçant au sens de l'article 1er du Code de commerce (il s'agissait en l'occurrence d'une a.s.b.l.) la notion de commerçant au sens des articles 20 et 54 de la loi du 14 juillet 1971 relative à la protection des consommateurs doit s'étendre aux agents économiques qui, malgré leur statut, participent aux échanges économiques. En l'occurrence, la juridiction de Neufchâteau a considéré que l'a.s.b.l. devait être qualifiée d'agent économique participant aux échanges économiques et qu'étant donné le nombre de logiciels fournis ainsi que l'assistance proposée et le chiffre d'affaires établi, il ne peut être contesté que même dans un but non lucratif, l'a.s.b.l. en cause jouait manifestement un rôle d'acteur économique. La juridiction a dès lors estimé que la vente de logiciel par cette a.s.b.l. en contravention aux lois sur la t.v.a. (elle ne payait pas de t.v.a. sur la vente des logiciels) constitue un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

CHAPITRE XI
DROIT EUROPEEN

I. — L'article 85

117. — Plusieurs décisions et mesures ont été prises par la Commission, en matière informatique. Nous en relevons les principales.

A. — *Accords horizontaux*

118. — La Commission a examiné l'accord de coopération entre Amadeus et Sabre (451), deux systèmes informatisés de réservation (S.I.R.) pour les transports aériens (452). Lufthansa, Air France, Iberia, et SAS sont les principaux actionnaires d'Amadeus. Sabre appartient à American Airlines.

En vertu de l'accord conclu, et moyennant une liaison technique établie entre les ordinateurs centraux, les parties permettaient aux agences de voyages et autres abonnés, l'accès aux deux systèmes, Amadeus et Sabre, à partir d'un seul et même terminal d'ordinateur. Il était convenu que les deux systèmes ne seraient disponibles dans la communauté que comme éléments d'un produit commun.

Dans les Etats membres où la compagnie aérienne nationale était actionnaire d'Amadeus, le produit commun était commercialisé par les sociétés nationales de commercialisation d'Amadeus, auxquelles Sabre transférerait ses avoirs et son réseau de commercialisation. Dans le reste de la Communauté, les sociétés nationales de commercialisation, appartiendraient en commun aux deux parties et seraient gérées par Sabre.

Ainsi, les agences de voyages et autres utilisateurs des deux systèmes pouvaient disposer de l'ensemble du produit en ne payant qu'une redevance unique (dite redevance d'abonnement). Les compagnies dont les vols étaient réservés par l'intermédiaire d'un des deux systèmes paieraient un droit par réservation effectuée, qui serait fixé par le propriétaire de ce système.

La Commission a décidé que l'accord entrait dans le champ d'application de l'article 85, § 1er, du Traité C.E.E., car il avait, entre autres, pour conséquence, même si les deux S.I.R. restaient disponibles dans la C.E.E., de réduire la concurrence en matière de prix et d'empêcher les parties de commercialiser leurs services de manière indépendante dans la Communauté. Cet avis est fondé sur la constatation qu'Amadeus détient des parts de marché très importantes sur ses « marchés intérieurs », et que les obstacles à l'entrée des autres S.I.R. sur ces marchés sont considérables.

La Commission a, par ailleurs, considéré que l'accord pouvait améliorer la distribution en Europe et dans le monde.

Tout en voulant s'assurer, conformément à l'article 85, § 3, que les parties ne seraient pas en mesure d'éliminer la concurrence dans une partie substantielle du marché commun, la Commission a entamé les négociations avec les parties. Elle a obtenu une série d'engagements détaillés qui ont eu pour effet non seulement l'ouverture des « marchés intérieurs » d'Amadeus à une concurrence accrue d'autres S.I.R. mais aussi la garantie que la concurrence entre les transporteurs aériens ne serait pas affectée. Ces engagements sont fondés sur le principe de la non-discrimination.

Les transporteurs qui possèdent une participation dans Amadeus ou dans Sabre ont accepté de ne pas discriminer d'autres S.I.R. dans la distribution de leurs produits par l'intermédiaire des différents systèmes, par exemple en refusant de manière injustifiée que leurs vols soient affichés par d'autres S.I.R.

Amadeus et Sabre ont également donné l'assurance qu'ils n'empêcheraient pas les transporteurs non associés de distribuer leurs produits par l'intermédiaire d'autres S.I.R. et qu'ils traiteraient sur pied d'égalité tous les transporteurs, actionnaires ou non, dont les produits sont affichés par leurs systèmes.

Sur la base de ces engagements, la Commission a adressé une lettre favorable à l'accord notifié. Par la suite, les parties ont poursuivi leurs négociations en vue de la conclusion de l'opération.

Plus tard, elles ont informé la Commission que les négociations avaient échoué, et, que l'opération était abandonnée.

La Commission a inclus certains éléments des engagements dans une première révision du règlement d'exemption par catégorie relatif aux systèmes de réservation informatisés (453), en vue de réduire les obstacles à l'entrée sur ce marché. Cette première révision a fait l'objet d'une adaptation fin 1993 (454), qui introduit les obligations suivantes :

— obligation pour le vendeur de système qui apporte des améliorations au fonctionnement du système de distribution des données de fournir des informations sur ces améliorations et de les proposer à tous les transporteurs participants;

— obligation pour le transporteur associé de fournir, sur demande, à un S.I.R. concurrent les informations qu'il fournit à son propre S.I.R. en matière d'horaires, de tarifs et de disponibilité;

— obligation pour le vendeur de système de séparer dans son système informatique ses fonctions de distribution de ses fonctions internes d'inventaire et de gestion;

— obligation pour le vendeur de système de faire en sorte que la facturation des services d'un S.I.R. soit suffisamment détaillée pour que les transporteurs participants et les abonnés puissent voir exactement quels services ont été utilisés et à quels tarifs.

B. — *Normes industrielles*

119. — Une exemption (455) au titre de l'article 85, § 3, a été accordée aux membres de l'X/Open Group, dont l'objectif est la mise au point d'une interface standard destinée à être utilisée en Europe entre des logiciels d'application et d'une version particulière du système d'exploitation Unix (456).

L'X/Open Group est né en 1984 à la suite d'un accord visant à accroître le nombre de programmes d'application disponibles sur les systèmes informatiques des membres. Aux yeux des utilisateurs, la gamme et la qualité de ces logiciels d'application sont des facteurs déterminants, lorsqu'il s'agit de décider de la marque à acquérir.

Beaucoup de programmes d'application sont élaborés par des sociétés indépendantes qui concentrent leurs efforts sur les marchés le plus importants. Bien que les membres de l'X/Open Group soient des sociétés de très grande taille, chacune d'elles n'offre à l'industrie du logiciel qu'un marché potentiel limité. Cependant, en se mettant d'accord sur une interface d'application commune d'une version particulière du système d'exploitation Unix, les membres peuvent offrir à l'industrie du logiciel un marché beaucoup plus important. Les fabricants de logiciels devraient en principe être intéressés par la conception de nouveaux programmes d'application utilisant les définitions d'interface du groupe. Cela peut aussi inciter d'autres fabricants de matériel à les appliquer.

Dans sa décision, la Commission estime que les membres du groupe ont un avantage concurren-

(450) Comm. Neufchâteau, 11 mai 1993, *Prat. Comm.*, 1993, p. 413.

(451) XXIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1991, p. 86.

(452) Sur le système de réservation de places d'avion, voy. aussi la décision de la Commission IV/32.318 (London European/Sabena), 4 nov. 1988, publiée au *Journal officiel des Communautés européennes*, section législation *(J.O.C.E.)*, n° L 317, 24 nov. 1988, qui condamne la Sabena à une amende de 100.000 écus pour violation de l'article 86. Cette décision est commentée au XVIIIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1989, p. 76.

(453) Règl. (C.E.), n° 84/91 de la Commission, *J.O.C.E.*, n° L, 15 janv. 1991; XXe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, point 76.

(454) Règl. (C.E.), n° 3652/93 de la Commission, *J.O.C.E.*, n° L 333, 31 déc. 1993, p. 37. Ce règlement est en vigueur jusqu'au 30 juin 1998.

(455) Déc. Comm. 15 déc. 1986, *J.O.C.E.*, n° L 35, 6 févr. 1987, p. 36.

(456) Voy. XVIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1987, p. 80.

tiel considérable vis-a-vis de leurs concurrents non membres. En effet, ils connaissent déjà les définitions d'interface du groupe, et, en conséquence, peuvent appliquer ces interfaces avant qu'elles ne soient rendues publiques. Tel avantage, selon la Commission, est différent de celui que procure la participation à un projet de recherche et de développement en raison de la situation de dépendance dans laquelle sont placés les non-membres.

Etant donné d'une part que l'affiliation au groupe n'est en fait possible que pour les gros fabricants, et est subordonnée à l'approbation de la majorité des membres, et que d'autre part il s'agit d'un secteur où l'avance peut avoir beaucoup d'importance, la Commission estime que les décisions du groupe sur les interfaces, en liaison avec ses décisions sur l'admission de nouveaux membres, peuvent entraîner d'importantes distorsions de la concurrence.

Les effets négatifs de ces distorsions sont toutefois largement compensés par les avantages découlant des activités du groupe. Le groupe reconnaît s'être donné pour objectif de diffuser ses définitions d'interfaces le plus largement et le plus rapidement possible, afin que les interfaces qu'il définit constituent une norme industrielle ouverte.

Les avantages que présente pour les utilisateurs la création de normes industrielles ouvertes sont exposés d'une manière très détaillée dans la décision de la Commission. Jusqu'à présent, les utilisateurs ont eu tendance à être enfermés dans un système déterminé. Les interfaces que l'X/Open Group définit leur permettront de disposer d'un choix plus large de programmes d'application et de transférer de la machine d'un membre à celle d'un autre les programmes appliquant ces définitions. Les utilisateurs auront donc la possibilité de « mélanger » les matériels et les logiciels provenant de différents fournisseurs et de protéger à l'avenir leurs investissements en programmes d'application si leurs besoins en capacité de traitement informatique devaient se modifier en raison de l'évolution de leurs affaires. Les activités de l'X/Open Group signifient, en outre, que les petites et moyennes entreprises de ce secteur peuvent entrer en concurrence pour la fourniture de biens et de services mettant en œuvre les définitions du groupe.

Pour toutes ces raisons, la Commission a accordé une exemption pour six ans pendant lesquels les membres devront l'informer immédiatement de toute modification de la composition du groupe, et lui soumettre un rapport annuel sur les cas de rejet de demande d'affiliation.

C. — *Droits sur la propriété industrielle*

120. — La Commission a examiné favorablement plusieurs accords notifiés, passés entre I.C.L. et Fujitsu dans le domaine des composants électroniques (457). Il s'agissait d'un accord-cadre prévoyant une coopération entre les deux entreprises, et d'un certain nombre d'accords particuliers, concernant l'octroi de droits sur le savoir-faire, de droits de propriété industrielle pour la conception et la production, la fourniture de services de conception et la livraison de composants. La plupart des droits de propriété industrielle couverts par ces accords ont fait l'objet d'une licence non exclusive. Cette collaboration impliquait l'utilisation, dans les ordinateurs I.C.L., de la technologie L.S.I. de Fujitsu en matière de microprocesseurs ainsi que de la conception assistée par ordinateur, en liaison avec le logiciel V.M.E. d'I.C.L., et d'autres technologies I.C.L.

A l'origine, il y avait également un accord en vertu duquel I.C.L. achetait de gros ordinateurs centraux Fujitsu pour les vendre sous le nom d'I.C.L., comme s'il s'était agi de ses propres produits (accord d'achat O.E.M. : Original Equipment Manufacturer). I.C.L. pouvait revendre uniquement sur un territoire désigné, excluant l'Allemagne et la Grèce. Pour sa part, Fujitsu s'engageait à ne fournir ces ordinateurs au Royaume-Uni qu'à I.C.L. exclusivement (exception faite pour un autre concurrent communautaire d'I.C.L. qui disposait de droits antérieurs au Royaume-Uni), de sorte que tout autre fabricant d'ordinateurs souhaitant compléter sa propre gamme d'ordinateurs en achetant des systèmes informatiques auprès de Fujitsu aux conditions O.E.M. se voyait empêché d'accéder à ce marché spécifique.

Les parties ont prétendu qu'il s'agissait d'un accord de distribution exclusive susceptible de bénéficier d'une exemption. Au cours de l'examen, la Commission a indiqué qu'un accord d'achat O.E.M. ne constituait pas un accord de distribution et, en conséquence, n'était pas couvert par l'exemption par catégories applicable aux accords de distribution exclusive. Elle a aussi rappelé que les restrictions précitées pouvaient avoir des répercussions graves sur la concurrence et, donc, qu'elles ne pourraient probablement pas bénéficier d'une exemption individuelle. A la suite de quoi les parties ont révisé cet accord.

Etant donné que les modifications apportées à l'accord contribuent à un transfert important de la technologie avancée, et que les restrictions subsistantes sont indispensables à la réalisation de cet objectif, la Commission a décidé que ces accords pouvaient bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85, § 3.

Après une publication des faits au *Journal officiel* (458), une lettre de classement en ce sens a été adressée aux parties.

D. — *Accords de franchise* (459)

121. — Dans une affaire relative à la compatibilité des contrats de franchise avec l'article 85, la Commission a accordé une exemption, au titre de l'article 85, § 3 (460), au contrat type de franchise appliqué par la société Computerland pour la vente au détail de produits de la micro-informatique dans la C.E.E. (461).

Il s'agissait d'une franchise de distributeur (les franchisés vendent, sous l'enseigne commune Computerland, des produits de micro-informatique portant la marque d'un grand nombre de producteurs différents en utilisant le savoir-faire technico-commercial de Computerland).

La Commission a apprécié le système Computerland d'une manière globalement favorable, en rappelant que la formule de la franchise a pour caractéristique générale de permettre au franchiseur, sans avoir à réaliser d'investissements importants, de pénétrer de nouveaux marchés géographiques, et de donner aux franchisés la possibilité de créer une nouvelle affaire plus facilement et plus rapidement que s'ils avaient dû le faire avec leurs propres moyens, en utilisant le nom, la réputation et le savoir-faire du franchiseur.

Toutefois, compte tenu d'une part de la clause dite de localisation, en vertu de laquelle les franchisés ne peuvent ouvrir plus d'un point de vente, sauf y être spécifiquement autorisés par le franchiseur, et d'autre part de l'exclusivité de territoire protégeant le point de vente de chaque franchisé, à l'intérieur duquel ne peuvent être installés d'autres points de vente Computerland, la Commission a considéré que le système Computerland contrevenait à l'article 85, § 1er. S'agissant d'une franchise de distributeur, l'obligation pour le franchisé de vendre seulement à des utilisateurs finaux est également considéré comme restrictive à la fois pour les franchisés eux-mêmes qui, bien qu'entrepreneurs indépendants, sont, de ce fait, limités dans leur liberté de décider à qui vendre, et également pour les tiers revendeurs qui sont privés d'une source possible d'approvisionnement.

La Commission a néanmoins admis que ces restrictions remplissent les conditions de l'article 85, § 3, en raison des profits que le système génère en termes d'amélioration et de rationalisation de la distribution. Ces avantages sont répercutés sur les consommateurs qui ont accès à un large éventail de produits dans des points de vente uniformes où ils peuvent recevoir l'aide d'un personnel qualifié. La Commission a également pris en considération la flexibilité du système, plus développée que beaucoup d'autres systèmes de franchise. Effectivement, le franchiseur ne fait aux franchisés aucune recommandation de prix; les franchisés sont libres de vendre et de rechercher activement des clients n'importe où ainsi que de se procurer les produits agréés auprès de la source d'approvisionnement de leur choix.

II. — **L'article 86** (462)

122. — Le 7 mai 1991, la Cour rendait une décision, en cause de Nakajima All Precision Co. Ltd c. le Conseil des Communautés européennes (aff. C-69/89) (463).

(457) XVIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1987, p. 88.

(458) *J.O.C.E.*, n° C 210 du 21 août 1986, p. 3.

(459) Voy. égalem. le règlement de la Commission du 30 novembre 1988, *J.O.C.E.*, n° L 61 du 4 mars 1989 concernant l'application de l'article 85, § 3, du Traité à des catégories d'accords de licence de savoir faire, p. 1.

(460) Déc. de la Commission du 13 juillet 1987, *J.O.C.E.*, n° L 222 du 10 août 1987, p. 12.

(461) XVIIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1988, p. 64.

(462) Comp. application de l'article 86 par des juridictions nationales : Civ. Hasselt, 30 avril 1990, *Computerr.*, 1991/3, p. 162 et Civ. Louvain, 5 févr. 1991, *D.I.T.*, 1991/3, p. 45 et note B. Lejeune.

(463) Arrêt de 7 mai 1991, *Recueil des arrêts de la C.J.C.E.*, 1991, p. 2069.

Cet arrêt reconnaît la compatibilité d'un règlement anti-dumping (n° 3651/88) (464) avec le code anti-dumping élaboré en 1979 dans le cadre du G.A.T.T.

La demanderesse invoquait la violation du Code par le règlement en question, en particulier pour ce qui concerne la méthode de calcul de la valeur normale construite.

Selon la Cour, le règlement, sans méconnaître l'esprit du Code, se borne à concrétiser, pour les différentes situations susceptibles de se présenter, les méthodes raisonnables de calcul de la valeur normale construite.

Cet arrêt confirme également les pouvoirs de la Commission concernant le contrôle de la réglementation anti-dumping.

123. — Le 1er août 1984, I.B.M. a pris un engagement qui a permis la suspension de la procédure ouverte par la Commission contre cette société le 6 décembre 1980 en vertu des règles de concurrence de la C.E.E. (465). Cette procédure fut engagée sur plaintes des sociétés Amdahl (Irlande) et Memorex (Belgique) (466).

I.B.M. s'est engagée à communiquer, à la demande de concurrents communautaires, des informations concernant les interfaces nécessaires au raccordement de leurs équipements du système I.B.M. 370, et à transmettre certains documents relatifs à l'architecture de réseau des systèmes I.B.M. (S.N.A.). Elle s'est également engagée à fournir dans la C.E.E., sur demande, certaines unités centrales de traitement dépourvues de mémoire centrale ou dotées uniquement des capacités de mémoire nécessaires afin d'effectuer des essais.

I.B.M. a présenté à la Commission des rapports annuels détaillés sur l'application de cet engagement.

Le dernier rapport remis à la Commission fait état de 189 demandes d'information sur les interfaces contenant 1487 questions de la part de 23 concurrents. 7 de ces entreprises ont signé l'accord de diffusion d'informations techniques (467).

Au cours de ces dernières années, la Commission a continué à renforcer et à étendre ses multiples contacts avec le secteur de l'informatique, afin de se tenir pleinement au courant de la manière dont l'engagement étant appliqué et de l'évolution du secteur concerné. Elle est en mesure de surveiller de très près l'application de l'engagement et de prêter son assistance aux parties afin de trouver une solution satisfaisante aux problèmes qui pouvaient se poser.

124. — Phoenix International (Computers) Ltd avait déposé plainte, accompagnée d'une demande de mesures provisoires, à l'encontre d'I.B.M. pour violation de l'article 86 du Traité C.E.E. Selon la demanderesse, I.B.M. avait abusé de sa position dominante sur le marché de la maintenance de ses ordinateurs de la série 3090 (468). Elle avait illicitement refusé de couvrir sous le contrat standard d'entretien passé avec ses clients des cartes de mémoires « retravaillées » mises sur le marché par Phoenix, sous prétexte d'une violation de la marque I.B.M.

Les cartes de mémoire 3090 que Phoenix vendait comme produits originaux I.B.M. avaient été modifiées par des tiers pour en augmenter la capacité de mémoire, sans l'accord préalable d'I.B.M.

Cette pratique comportait un processus important d'assemblage ultérieur des cartes produites par I.B.M., susceptibles de les endommager, et sur lequel I.B.M. n'avait aucun contrôle. Cependant, la demande de mesures provisoires était fondée, entre autres, sur l'allégation qu'I.B.M. était au courant depuis des années de l'existence des cartes retravaillées, et en particulier des cartes de la série 3090, et qu'I.B.M. les avait consciemment maintenues en appliquant son contrat standard de maintenance.

La Commission, sans rentrer dans la problématique de savoir si un tel refus de maintenance aurait pu constituer un abus de position dominante, a rejeté la demande de mesures provisoires pour défaut de commencement de preuve d'infraction à l'article 86.

III. — L'article 59

125. — La Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de se prononcer dans plusieurs litiges. Nous avons retenu les affaires Manfred Sager c. Dennemeyer & Co Ltd (n° 78) et, Commission des Communautés européennes c. République italienne (nos 79 et 80).

126. — *Affaire C-76/90 - Manfred Säger contre Dennemeyer & Co Ltd* (469).

La conservation et le renouvellement des brevets étant une activité mécanique et routinière, des experts des Etats-Unis et de la C.E.E., ont créé une série d'entreprises spécialisées dans le règlement groupé et informatisé des redevances annuelles dans ce domaine. Une de ces entreprises, Dennemeyer & Co Ltd, ayant son siège au Royaume Uni. exerce son activité à partir de ce pays pour des titulaires de droits de propriété industrielle établis dans d'autres Etats membres, notamment en Allemagne.Elle assure la surveillance des brevets, prévient les titulaires de ces brevets lorsque les redevances, aux fins de renouvellement, arrivent à échéance, et verse ces redevances en leurs noms lorsque ceux-ci retournent à Dennemeyer le « rappel de redevances », qu'elle leur a adressé et les invite au paiement des sommes respectives.

M. Manfred Säger, Patentanwalt (conseil et avocat en matière de brevets) reprocha à Dennemeyer de faire de la concurrence déloyale et de contrevenir au Rechtsberatungsgesetz (loi allemande sur l'activité du conseil en matière juridique), qui exige que la prise en charge d'affaire juridique pour le compte de tiers soit assurée à titre professionnel par des personnes disposant d'une autorisation délivrée par l'autorité compétente.

Rejetant l'argumentation de M. Säger, la Cour considéra que ni la nature d'un service tel que celui en cause (essentiellement mécanique), ni les conséquences d'une défaillance du prestataire ne sauraient justifier une limitation de l'exercice de ce service aux seuls titulaires d'une qualification professionnelle particulière, tels que les avocats ou les conseils en brevets. Pareille limitation doit être considérée comme disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

Selon la Cour, l'article 59 du Traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsque cette restriction est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit également des services analogues.

Pour la Cour, un Etat membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du Traité destinées à assurer la libre prestation de services.

Une telle restriction est d'autant moins admissible lorsque le service est fourni sans que le prestataire ait besoin de se rendre sur le territoire de l'Etat membre où la prestation est fournie.

La libre prestation des services ne peut être limitée, estime la Cour, que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi. Lesdites exigences doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection du destinataire des services. Elles ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

En conséquence, la Cour est d'avis que l'article 59 du Traité s'oppose à une réglementation nationale qui interdit à une société établie dans un autre Etat membre de fournir à des titulaires de brevets sur le territoire national un service de surveillance et de renouvellement de ces brevets par l'acquittement des redevances prévues, au motif que cette activité est, en vertu de cette réglementation, réservée aux seuls titulaires d'une qualification professionnelle particulière, telle que celle de conseil en brevets.

127. — *Affaire C-3/88 - Commission des Communautés Européennes contre République Italienne* (470).

Par requête déposée au greffe de la Cour le 6 janvier 1988, la Commission a introduit, en vertu de l'article 169 du Traité C.E.E., un recours contre l'Etat italien.

Selon la Commission, en adoptant des dispositions destinées à réserver la possibilité de conclure avec l'Etat italien des conventions pour l'élaboration de systèmes informatiques pour le

(464) *J.O.C.E.*, n° L 317, nov. 1988, p. 33; modifié par le règlement n° 3042/89 du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 291, 10 oct. 1989, p. 52.

(465) XVIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1987, p. 91; voy. la précédente chronique, n° 50.

(466) Le texte de l'engagement est paru au *Bull. C.E.*, 10-1984, p. 100.

(467) XXIIIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1993, p. 495.

(468) XXIIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1993, p. 448.

(469) *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. 4221.

(470) C.J.C.E., 5 déc. 1989, *Rec. C.J.C.E.*, 1989, p. 4056.

compte de l'administration publique aux seules sociétés dans lesquelles l'Etat où le secteur public détient une participation majoritaire ou totale, de façon directe ou indirecte, la République italienne a manqué non seulement aux obligations qui lui incombaient en vertu des articles 52 et 59 du Traité C.E.E., mais aussi à celles qui découlaient de la directive 77/62/C.E.E. du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

La République italienne fit valoir que les lois et décrets-lois litigieux pouvaient indistinctement être applicables à toutes sociétés italiennes ou étrangères, ces dernières pouvant, sans aucune discrimination, concourrir à la mise en place des systèmes informatiques en cause.

La Commission objecta qu'il n'existait pas, au jour de la procédure, de sociétés d'autres Etats membres dont le capital soit détenu en totalité ou majoritairement par le secteur public italien.

En outre, l'Etat italien justifiait l'exigence d'une participation publique en invoquant d'une part la nécessité pour les pouvoirs publics de contrôler l'exécution des contrats de façon à pouvoir les adapter à l'évolution des facteurs imprévisibles au moment de la signature des contrats, et d'autre part le fait que certains types d'activités visées comprennent des données de nature confidentielle.

La Cour constata que le gouvernement italien disposait des moyens juridiques nécessaires pour adapter l'exécution des contrats aux circonstances futures et imprévisibles, ainsi que pour protéger la confidentialité des données en cause. Il pouvait assurément adopter des mesures moins restrictives pour la liberté d'établissement et la libre prestation de services que celles faisant l'objet de la contestation.

La Commission avait également relevé le manquement italien à l'obligation d'observer les procédures de passation prévues par la directive 77/62/C.E.E. (471), et, notamment, la publication des avis de passation au *Journal officiel des Communautés européennes*. Le gouvernement italien objecta l'inapplicabilité de la directive en l'espèce. Selon lui, un système informatique comporte, outre l'acquisition du matériel, la création des logiciels, la planification, l'installation, la maintenance, la mise en œuvre du système sur le plan technique et parfois sa gestion. L'interdépendance de ces activités exigerait que l'entière responsabilité des systèmes informatiques prévue par les lois et décrets-lois litigieux soit attribuée à une seule société. Dès lors, et compte tenu du fait que le matériel est un élément accessoire dans la réalisation d'un système informatique, la directive serait inapplicable.

Pour la Cour, cet argument ne saurait être accueilli. L'acquisition de l'équipement nécessaire à la réalisation d'un système informatique est dissociable des activités relatives à la conception et à la gestion de celui-ci. En effet, précise la Cour, le gouvernement italien aurait pu s'adresser à des sociétés spécialisées dans l'établissement de logiciels pour la conception des systèmes informatiques en cause et, en respectant la directive, acquérir l'équipement matériel conforme aux spécificités techniques définies par ces sociétés.

128. — *Affaire C-272/91 - Commission des Communautés européennes contre République italienne. Ordonnance du président de la C.J.C.E.* (472).

La Commission déposa au greffe de la Cour, le 18 octobre 1991, une requête contre le gouvernement italien. Elle introduisit, sur base de l'article 169 du Traité C.E.E., un recours visant à faire constater que la République italienne, en omettant de communiquer, aux fins de la publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, un avis relatif à l'appel d'offres pour la concession du système d'automatisation du jeu du lotto, et en réservant la participation à ce marché aux seuls organismes, sociétés, ou groupements dont le capital social, pris isolement ou pris dans son ensemble, était à participation publique majoritaire, avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30, 52 et 59 du Traité C.E.E. et des articles 9 et 17 a 25 de la directive 77/62/C.E.E.

La Commission avait en outre, sur base de l'article 186 du Traité C.E.E. et de l'article 83 du règlement de procédure, introduit une demande en référé visant à obtenir qu'il soit enjoint à la République italienne de prendre les mesures nécessaires pour suspendre les effets juridiques du décret du ministre des Finances du 14 juin 1991 (attribuant le marché en cause), ou les effets juridiques du contrat conclu éventuellement par la suite.

Le jeu du lotto est un jeu géré par l'administration autonome des monopoles d'Etat, entité administrative dépendante du ministère des Finances. Le système d'automatisation du jeu comporte l'installation, l'entretien, le fonctionnement, et la transmission de données ainsi que tout autre élément nécessaire à l'exploitation du service du jeu du lotto.

Par décret du ministre des Finances du 14 juin 1991, la concession a été adjugée au consortium « Lottomatica ». La Commission fit parvenir aux autorités italiennes une lettre de mise en demeure accompagnée d'un avis motivé. Elle y mentionna l'arrêt du 5 décembre 1989, ci-dessus commenté.

Dans leur réponse à l'avis motivé, les autorités italiennes firent valoir que le marché en cause ne relevait pas des marchés visés par l'arrêt précité, au motif qu'il portait sur une concession par laquelle l'administration confiait à un tiers l'exercice d'une activité relevant de l'autorité publique, à savoir l'enregistrement des paris du lotto. Les marchés visés par l'arrêt de 1989 concernaient, quant à eux, la fourniture de systèmes informatiques, dont le fournisseur doit assurer également la gestion, mais en tant que service presté à l'administration.

Selon le président, les prestations incombant au concessionnaire du système d'automatisation du jeu lotto ne semblent pas, à première vue, très différentes des prestations relevant des conventions pour l'élaboration des systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique, en cause dans l'arrêt de 1989 précité. Effectivement, il s'agit dans les deux cas, de la conception de systèmes informatisés, de la fourniture du matériel et du logiciel nécessaires ainsi que de la gestion de ces systèmes.

Il y a lieu de confronter, estime le président, l'intérêt qu'a la partie défenderesse à achever une automatisation rapide du jeu de lotto à l'intérêt qu'a la Commission, en tant que gardienne des Traités, à empêcher une infraction aux règles fondamentales de ceux-ci.

Compte tenu de l'arrêt de la Cour du 5 décembre 1989, l'intérêt de la Commission doit prévaloir sur celui de l'Etat membre en cause.

Lorsque la Cour tranchera ce litige, le système d'automatisation du jeu du lotto sera depuis longtemps en place, et le risque est grand de voir la Commission dans l'obligation d'accepter ce fait accompli en dépit d'une violation flagrante du droit communautaire.

C'est donc aux fins d'assurer l'effet utile de l'arrêt de la Cour à intervenir que le président ordonna des mesures provisoires à l'encontre de la République italienne. Celle-ci doit prendre les mesures nécessaires afin de suspendre les effets juridiques du décret du ministère des Finances du 14 juin 1991 et l'exécution du contrat conclu à cet effet avec le consortium Lottomatica.

IV. — **Autres dispositions communautaires** (473)

A. — *Décisions de la Cour de justice*

129. — Affaire 43/87 - Nicolet Instrument GmbH contre Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen (474).

La firme Nicolet Instrument, filiale allemande d'un fabricant américain, a importé un appareil dénommé « Nicolet Data-Acquisition and Processing System, model N.I.C.-1180 », destiné à l'Institut für Physikalische Chemie de l'Université de Cologne. Le Hauptzollamt de l'aéroport de Frankfurt a prélevé un droit de douane pour l'importation de l'appareil en question, considéré par les autorités allemandes comme non spécifiquement destiné à la recherche scientifique. La Cour, interrogée sur la validité de la décision de la Commission 80/716, du 7 juillet 1980, déniant le caractère scientifique à l'appareil litigieux, a enjoint la Commission de réexaminer le dossier en vue d'une nouvelle appréciation du caractère scientifique ou non de l'appareil (475).

Après réexamen, la Commission persista dans son interprétation (tout en ayant considéré le rapport d'expertise produit par Nicolet comme faisant partie intégrante de la demande de franchise, et prenant en considération chacune des caractéristiques techniques objectives invoquée par ce rapport).

Par conséquent, l'appareil en question ne pouvait être importé en franchise. La Commission fonda sa décision sur le règlement n° 918/83 du Conseil, du 28 mars 1983, relatif à l'établissement du régime communautaire des franchises

(471) Direc. (C.E.E.), n° 77/62 du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (*J.O.C.E.*, n° L 13, 15 janv. 1977, p. 1) telle que modifiée par la directive 88/295/C.E.E. du Conseil, du 22 mars 1988 (*J.O.C.E.*, n° L 127, 20 mai 1988, p. 1)

(472) Ordonnance du 31 janvier 1992, *Rec. C.J.C.E.*, 1992, p. 457.

(473) Voy. également les affaires C-272/91 et C-3/88 ci-dessus mentionnées.

(474) *Rec. C.J.C.E.*, 1988, p. 1557.

(475) C.J.C.E., 7 mars 1985, 30/84, *Rec. C.J.C.E.*, 1985, p. 771.

douanières (476), ainsi que le règlement n° 2290/83 de la Commission, du 29 juillet 1983, fixant les dispositions d'application des articles 50 à 59 du règlement n° 918/83 du Conseil précité (477).

Rejetant l'argumentation de la demanderesse, la Cour rappela que les dipositions du règlement n° 2290/83 (fixant la procédure d'adoption des décisions de la Commission sur l'importation en franchise des droits du tarif douanier commun des appareils à caractère éducatif, scientifique ou culturel), ne prévoient ni la participation du demandeur de la franchise à l'examen effectué dans le cadre du comité des franchises douanières par des experts des Etats membres, ni un droit de la défense du demandeur avant que la Commission n'arrête la décision établissant que l'instrument ou appareil scientifique remplit ou non les conditions requises pour être admis en franchise.

Enfin, la Cour conclut que ni l'examen des différentes caractéristiques techniques objectives de l'appareil N.I.C.-1180, ni la conclusion selon laquelle cet appareil n'est pas exclusivement ou principalement apte à la réalisation d'activités scientifiques, ne permet de déduire que la Commission se serait fondée sur des appréciations manifestement erronées.

130. — *Affaire C-79/89 - Brown Boveri & Cie A.G. contre Hauptzollam Mannheim* (478).

En 1980, Brown Boveri & Cie A.G. a conclu avec une entreprise américaine un contrat visant la livraison d'un équipement de construction assisté par ordinateur. Le contrat prévoyait l'achat d'un matériel informatique, d'un logiciel d'exploitation et d'un logiciel d'application. Un prix commun avait été fixé pour le matériel informatique et pour le logiciel.

En février 1982, Brown Boveri prend livraison de trois envois de matériel et de logiciels sur bandes, suivis, en juin 1982, d'un autre envoi de logiciels sur bandes.

Dans la déclaration d'importation, le premier envoi a reçu la désignation d'« éléments d'ordinateurs », et le deuxième de « logiciel ». Les factures jointes étaient établies pour un prix global, et sans aucune mention des supports informatiques.

Dans ses déclarations relatives à la valeur en douane, Brown Boveri a déduit du prix global, les frais de montage, frais de transport dans le pays d'importation, et la valeur du logiciel.

Néanmoins, le Hauptzollamt Manheim n'a admis que la déduction afférente aux frais de transport en Allemagne, au motif que les factures présentées ne faisaient pas apparaître de sommes distinctes, susceptibles d'être déduites.

Le Bundesfinanzhof interrogea préjudiciellement la Cour sur la question de la rétroactivité du règlement n° 1055/85 du Conseil du 23 avril 1985 (479).

L'article 8*bis* de ce règlement (directemment issu de l'art. VII du G.A.T.T.), dispose que « pour déterminer la valeur en douane de supports informatiques importés destinés à des équipements de traitement de données et comportant des données ou des instructions, il n'est tenu compte que du coût ou de la valeur du support informatique proprement dit (...) ».

Pour la Cour, le règlement en question est dépourvu de tout effet rétroactif.

En conséquence, avant l'entrée en vigueur, le 1er mai 1985, du règlement 1055/85, la base d'évaluation du logiciel enregistré sur les supports informatiques est, conformément à l'article 3 du règlement n° 1224/80 du Conseil du 28 mai 1980 (480), la valeur en douane, la valeur transactionnelle ou, compte tenu du prix global facturé par le fournisseur, ce prix facturé.

Afin de pouvoir être exclus de la valeur en douane, conformément à l'article 3, § 4, *a*, du règlement 1224/80, les frais relatifs à des travaux de montage doivent être distingués dans la déclaration relative à la valeur en douane, du prix effectivement payé ou à payer pour les marchandises. En outre, conformément à l'article 8 de la directive 79/695 du Conseil du 24 juillet 1979 relative à l'harmonisation des procédures de mise en libre pratique des marchandises, cette déclaration ne peut être rectifiée après le moment à retenir pour la détermination de la valeur en douane, c'est-à-dire après que la mainlevée des marchandises ait été donnée aux fins de leur mise en libre pratique.

La Cour rappelle également que, si un importateur n'est pas en mesure d'apporter les preuves nécessaires pour obtenir que certains éléments ne soient pas pris en compte dans le calcul de la valeur en douane, conformément aux dispositions communautaires, le montant des droits perçus ne saurait, en aucun cas, être considéré comme supérieur à celui qui était légalement dû.

Pour ces raisons, Brown Boveri ayant omis, lors de sa déclaration en douane, de distinguer les frais relatifs à des travaux de montage du prix effectivement payé ou à payer, ne saurait modifier sa déclaration et, par conséquent, les énonciations relatives à la valeur en douane, après le moment à retenir pour la détermination de cette valeur, ne pourraient être prises en compte.

131. — *Affaire C-111/92 - Wilfried Lange/Finanzamt Fürstenfeldbruck - Arrêt de la Cour du 2 août 1993* (481).

Cette décision à titre préjudiciel concerne l'interprétation de la directive 77/388/C.E.E. du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme (482). Les deux questions qui ont fait naître cet arrêt ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant M. Wilfred Lange au Finanzamt Fürstenfeldbruck, ce dernier refusant d'exonérer de la taxe sur la valeur ajoutée certaines exportations de systèmes informatiques (matériels et logiciels).

Au cours des années 1985 et 1986, M. Lange a déposé des demandes d'autorisation d'exportation de marchandises à destination soit du Pakistan, soit d'Israël. Le gouvernement allemand a accordé les autorisations d'exportations, ainsi que l'exonération du paiement de la t.v.a., et la déduction de la taxe prélevée en amont sur les marchandises livrées. Les marchandises sont cependant arrivées dans des Etats différents de ceux prévus, vers lesquels les exportations étaient interdites pour des raisons stratégiques.

Au vu de cette situation, le Finanzamt a estimé que les opérations déclarées comme exonérées devaient en fait être soumises à la taxe sur le chiffre d'affaires au motif qu'il s'agissait d'exportations interdites.

La Cour a rappelé sa jurisprudence selon laquelle les marchandises qui, en raison de leurs caractéristiques particulières, ne sont pas susceptibles d'être mises dans le commerce ni intégrées au circuit économique (fausse monnaie, stupéfiants), et qui ne peuvent donner lieu qu'à des mesures répressives, sont étrangères aux dispositions de la sixième directive.

Cette jurisprudence n'est cependant pas d'application en l'espèce. S'agissant de systèmes informatiques, les opérations de livraison à titre onéreux à l'intérieur de la Communauté, d'importation dans la Communauté, ou même d'exportation de telles marchandises, sont en principe licites, et donc susceptibles de faire naître une dette de t.v.a.

La sixième directive est fondée sur le principe de neutralité fiscale. Selon la Cour, ce principe s'oppose, en matière de perception de la t.v.a., à une différenciation généralisée entre les transactions licites et les transactions illicites, à l'exception des cas où, en raison des caractéristiques particulières de certaines marchandises, toute concurrence entre un secteur économique licite et un secteur illicite est exclue.

Cependant, lorsqu'il s'agit de marchandises pour lesquelles toutes les opérations ne sont pas prohibées en raison de leur propre nature, les exportations entrent dans le champ d'application de la sixième directive, et doivent être traitées de la même manière que les exportations licites de ces marchandises. L'article 15 de la sixième directive dispose que « sans préjudice d'autres dispositions communautaires, les Etats membres exonèrent (...) les livraisons de biens expédiés ou transportés par le vendeur ou pour son compte, en dehors du territoire visé à l'article 3.2 (...) ». Cette disposition fait partie d'une liste commune d'exonérations, dont l'objectif est non seulement une perception comparable des ressources propres de la Communauté dans les Etats membres, mais aussi d'éviter d'assujettir à la t.v.a. les consommateurs des Etats non membres, cette taxe étant destinée à être supportée exclusivement par les consommateurs de la Communauté.

La Cour rappelle en outre l'applicabilité de l'article 17.3 de la même directive, selon lequel les Etats membres accordent à tout assujetti la déduction ou le remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins de ses opérations exonérées conformément à l'article 15.

En conséquence, l'article 15.1 de la directive 77/388/C.E.E. doit être interpreté en ce sens que l'exonération des opérations à l'exportation qu'il prévoit, ne peut pas être refusée lorsque de telles opérations sont effectuées en violation de dispositions nationales subordonnant à une autorisation préalable les exportations à destination d'Etats pour lesquels, par suite de dispositions nationales en matière d'embargo,

(476) *J.O.C.E.*, n° L 105, 23 avril 1983, p. 1.
(477) *J.O.C.E.*, n° L 220, 11 août 1983, p. 20.
(478) *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. 1853.
(479) *J.O.C.E.*, n° L 112, 25 avril 1985, p. 50.
(480) *J.O.C.E.*, n° L 134, 31 mai 1980, p. 1.
(481) *Rec. C.J.C.E.*, 1993, p. 4677.
(482) *J.O.C.E.*, n° L 145, 13 juin 1977, p. 1.

une autorisation n'aurait pu être délivrée dans aucun des Etats membres.

132. — *Affaire C-43/89 - Gerlach & Co BV c. Inspecteur der invoerrechten en accijnzen* (483).

Dans cette affaire, la Cour devait trancher la question de la qualification douanière d'une certaine machine informatique (484). Il s'agissait d'un appareil (C.O.M.-Recorder Aris II) dont la fonction était la transposition en caractères lisibles, sur un microfilm ou microfiche, de données informatisées décodées, provenant d'un ordinateur central.

Pour la Cour, l'appareil en question constituait l'une des unités d'une machine automatique de traitement de l'information et, en conséquence, devait, en vertu de la note 3 B au chapitre 84 du tarif douanier commun (T.D.C.), être classé dans la sous-position 84.53 B de ce tarif (machines automatiques de traitement de l'information) et non dans la sous-position 90.07 A du T.D.C. (appareils photographiques). La Cour modifiait donc la qualification donnée par l'inspecteur douanier.

Cet appareil constitue une unité de sortie, estime la Cour, et par conséquent fait partie du système complet que forme une machine automatique de traitement de l'information, connectable à l'unité centrale de traitement, et spécifiquement conçu comme partie du système, même s'il se présente isolément.

133. — *Arrêt de la Cour du 1er avril 1993 - Affaire C-250/91 - Hewlett Packard France c. Directeur général des douanes* (485).

Il s'agit d'une décision rendue à titre préjudiciel relative à l'interprétation de l'article 5.2 du règlement C.E.E. 1697/79 du Conseil, du 24 juillet 1979, concernant le recouvrement *a posteriori* des droits à l'importation ou des droits à l'exportation qui n'ont pas été exigés du redevable pour des marchandises déclarées pour un régime douanier comportant l'obligation de payer de tels droits (486) et, subsidiairement, de l'article 13 du règlement C.E.E. 1430/79 du Conseil, du 2 juillet 1979, relatif au remboursement ou à la remise des droits à l'importation ou à l'exportation (487).

La question a été soulevée dans le cadre d'un litige opposant Hewlett Packard France (ci-après H.P.-France) à l'administration française des douanes. H.P.-France a importé en France entre 1986 et 1988 des claviers pour ordinateurs en provenance de Singapour. En se fondant sur un renseignement fourni le 23 janvier 1985 par l'Oberfinanzdirektion München (direction centrale des finance de Munich) à la filiale allemande de H.P., H.P.-France a déclaré ces marchandises sous la position tarifaire 84.55 C correspondant à des pièces détachées d'ordinateurs.

Les produits placés sous cette position tarifaire bénéficiaient d'une suspension de droits de douane conformément au règlement C.E.E. 3599/85 du Conseil. Par conséquent, H.P.-France a été exemptée du paiement des droits correspondants.

Postérieurement à cette exemption, la direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières (D.N.R.E.D.) a constaté une infraction à la règlementation douanière pour « fausse déclaration d'espèce générant la perception de droits de douane éludés ». Selon les douaniers français, le produit en question relevait de la position tarifaire 84.53 B (unités d'ordinateur), dont le régime de suspension des droits était différent. Par conséquent, apparaissait un droit de recouvrement de l'administration française sur les droits de douane au taux de 4,5 %, auxquels s'ajoutaient les droits provenant de la taxe sur la valeur ajoutée.

Selon la Cour, l'article 5.2 du règlement 1697/79 doit être interprété en ce sens qu'un renseignement tarifaire erroné fourni par un opérateur économique autre que le redevable par des autorités douanières d'un Etat membre autre que celui où se trouve l'autorité compétente pour le recouvrement *a posteriori,* ne constitue pas une « erreur des autorités compétentes elles-mêmes ».

En revanche, il y a erreur des autorités compétentes pour le recouvrement lorsque ces autorités, malgré le nombre et l'importance des importations effectuées par le redevable, n'ont soulevé aucune objection en ce qui concerne le classement tarifaire des marchandises en question, alors qu'une comparaison entre la position tarifaire déclarée et la désignation explicite des marchandises selon les spécifications de la nomenclature permettait de découvrir le classement tarifaire erroné.

Pour apprécier s'il y a eu « une erreur qui ne pouvait raisonnablement être décelée par le redevable » visée à l'article 5.2, il faut tenir compte, notamment, de la nature de l'erreur, de l'expérience professionelle de l'opérateur concerné et de la diligence dont il a fait preuve.

A cet égard, la Cour précise que même un opérateur économique expérimenté peut considérer ses déclarations en douane comme exactes lorsqu'il s'est fondé sur un renseignement tarifaire fourni par les autorités douanières d'un Etat membre autre que celui où se trouve l'autorité compétente pour le recouvrement *a posteriori* à une société appartenant au même groupe que le redevable et lorsque le classement tarifaire indiqué dans la déclaration en douane n'a pas été contesté pendant une période relativement longue par les autorités compétentes.

La Cour estime également que l'exigence énoncée par l'article 5.2 selon laquelle le redevable doit avoir observé, en ce qui concerne sa déclaration en douane, toutes les dispositions prévues par la réglementation en vigueur doit être considérée comme satisfaite au cas où l'opérateur économique a déclaré de bonne foi la marchandise en question sous une position tarifaire erronée, lorsque celle-ci était indiquée de manière claire et explicite avec la désignation des marchandises, de telle sorte que les autorités douanières compétentes auraient dû déterminer immédiatement et sans ambiguïté l'absence de correspondance avec la position tarifaire correcte.

(483) *Rec. C.J.C.E.*, 1990, p. 3219.

(484) Sur le classement tarifaire, voy. aussi l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 20 janvier 1989, dans l'affaire 234/87, Casio Computer Co. Gmbh Deutschland / Oberfinanzdirektion München, *Rec. C.J.C.E.*, 1989, p. 63.

(485) *Rec. C.J.C.E.*, 1993, p. 1819.

(486) *J.O.C.E.*, n° L 197, 3 août 1979, p. 1.

(487) *J.O.C.E.*, n° L 175, 12 juill. 1979, p. 1.

B. — *Décisions et mesures de la Commission*

§ 1er. — *Aides publiques*

134. — En novembre 1986, la Commission a décidé de clore la procédure relative au programme français de mesures destinées à aider l'industrie micro-électronique (488) et n'a pas soulevé d'objection à l'encontre du programme qui lui a succédé, en faveur de l'industrie électronique. Après avoir reçu les informations sur ce dernier programme, la Commission a lié l'examen du programme en faveur de la micro-électronique à son examen de l'ensemble du secteur.

Le programme en faveur de l'industrie électronique comprenait des mesures destinées à développer les secteurs des composants, des produits électroniques grand public, de l'informatique, du logiciel et des services, parmi d'autres secteurs. Ces mesures consistaient principalement en contrats de recherche ainsi qu'en avances remboursables et subventions. Le programme comportait également un budget pour la formation, notamment des ingénieurs et des techniciens supérieurs (489).

Etant donné l'intérêt de la Communauté de disposer d'une industrie viable dans le domaine des technologies de pointe, et compte tenu de la situation du marché de l'électronique, la Commission a décidé que l'exemption prévue à l'article 92, § 3, sous *c*, était applicable à ce programme d'aide.

La Commission a également décidé de clore la procédure ouverte en décembre 1985 (490) à l'encontre de l'octroi par le gouvernement français d'un prêt F.I.M. de 200 millions de FF (équivalent subvention net 9 %), à l'entreprise Bull, producteur d'ordinateurs et du matériel auxiliaire. La Commission a estimé que la finalité de l'aide était la mise au point de produits électroniques véritablement novateurs.

§ 2. — *Aides sectorielles*

i) *Informatique.*

135. — En juillet 1991, la Commission a engagé la procédure prévue à l'article 93, § 2, du Traité C.E.E. à l'égard du projet du gouvernement français d'accorder une aide à la compagnie des machines Bull (491).

Le gouvernement français avait l'intention de procéder à une dotation en capital de 573 millions d'écus (4 milliards de FF) en faveur de Bull, et d'accorder à cette entreprise un montant supplémentaire de 372 millions d'écus (2,68 milliards de FF) sous la forme d'aides à la recherche et au développement au cours de la période 1991-1994. Ces deux interventions avaient pour but d'aider Bull à se réorganiser et à s'adapter à l'évolution rapide du secteur informatique.

(488) XIIIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1983, point 205.

(489) XVIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1987, p. 171.

(490) XVe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1985, point 205.

(491) XXIe rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1991, p. 189.

Eu égard à la situation financière de Bull et aux risques importants de la baisse de la demande d'équipements informatiques, la Commission a considéré que la dotation en capital pourrait, en réalité, être une aide. La Commission a par conséquent décidé d'engager la procédure d'examen. Elle doutait, en effet, que la dotation en capital et la subvention puissent permettre à Bull de retrouver sa rentabilité sans avoir d'effets préjudiciables sur les échanges entre Etats membres dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

En juillet 1992 (492), la Commission a décidé de clore la procédure. La décision de la Commission est fondée sur une évaluation tant des dotations en capital, qui se sont élevées à 570 millions d'écus, que de l'aide de 380 millions d'écus à la recherche-développement. La Commission a estimé que ces deux interventions constituaient des aides, mais que, dans les deux cas, ces aides étaient compatibles avec le Marché commun.

Il était évident que les apports en capitaux constituaient une aide, compte tenu des résultats de Bull, de ses perspectives et de son niveau d'endettement. Toutefois, le plan de restructuration de Bull prévoyait une réduction de la capacité par le biais de la fermeture de certaines installations de production et des réductions de main-d'œuvre. Ces réductions devraient entraîner des pertes de parts de marché pour Bull.

En outre, les perspectives de la société se sont trouvées améliorées par des prises de participation, certes minoritaires, dans son capital de N.E.C. et d'I.B.M. Comte tenu de ces facteurs, la Commission a estimé que ces apports en capitaux constituaient des aides compatibles.

L'aide à la recherche — développement répondait à tous les critères requis en termes d'intensité, d'additionnalité et d'éligibilité des dépenses, et a donc été approuvée (493).

Les autorités françaises soutinrent que la recapitalisation effectuée satisfaisait aux critères de la communication de 1984 sur les prises de participation des autorités publiques dans le capital des entreprises. Il ne pouvait donc être question d'« aide » lorsque des actionnaires privés participaient à l'augmentation de capital.

Cet argument ne fut cependant pas retenu par la Commission, aux motifs que la décision d'investissement a été prise par l'Etat français avant que les actionnaires (N.E.C. et I.B.M.) n'acquièrent une participation dans le capital de Bull, et que ces investissements ne sont pas économiquement significatifs.

Il convient de noter que le gouvernement français a interjeté appel auprès de la Cour de justice à propos de cette affaire (494). Il reproche à la Commission de considérer ces dotations en capital comme des aides, et d'outrepasser ses droits en exigeant que toutes les futures dotations en capital soient notifiées.

En octobre 1993, la Commission a de nouveau décidé d'engager la procédure de l'article 93, § 2, à l'encontre de Bull. Elle examinera le versement par l'Etat français d'une avance sur un futur apport en capital s'élevant à 380 millions d'écus et n'ayant pas fait l'objet d'une notification à la Commission.

Cette nouvelle affaire présente un intérêt particulier dans la mesure où aucun des actionnaires minoritaires privés de Bull (N.E.C. et I.B.M.) n'a participé au financement de l'avance, alors que l'un et l'autre étaient intervenu dans l'apport en capital de 1992 (495).

En février 1988, la Commission a, par ailleurs, décidé de ne pas soulever d'objection à l'égard d'une aide de 45,279 millions de FB (1,04 million d'écus) notifiée par le gouvernement belge en faveur de l'entreprise informatique SA Siemens Software. L'aide était destinée à permettre l'extension d'un centre de recherche et l'acquisition de nouveaux matériels de traitement des données pour la R&D en matière de logiciels pour les activités de recherche appliquée. Eu égard au caractère particulier de l'investissement et à sa faible intensité, la Commission a décidé que l'aide ne faussait pas la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt commun (496).

ii) *Recherche et développement.*

136. — En mars 1990, la Commission a décidé d'approuver, en application de l'article 9, § 3, sous *c*, du Traité de Rome, un programme de recherche visant la promotion des technologies de l'information. Ce programme allemand, « Basistecnologien der Informationstechnik », assure, selon les mêmes modalités que le D.F.N. (Deutsches Forschungsnetz ou Réseau Allemand de la Recherche), la promotion de techniques telles que le traitement parallèle et l'intelligence artificielle. Un budget de 303 millions d'écus est destiné à la R&D dans les instituts publics et dans l'industrie, pour la période 1990-1993 (497).

Une dérogation au titre de l'article 92, § 3, du Traité C.E.E. concernant la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun a été accordée en juillet 1992 (498) afin d'autoriser l'aide décidée par le gouvernement italien en faveur de la société S.G.S.-Thomson Microelectronics S.r.l., qui participe au projet Eureka 127/T1 (J.E.S.S.I.) pour la réalisation de mémoires programmables (E.P.R.O.M.) d'une capacité de 16 mégabits. D'une durée de quatre ans, le projet représente un investissement, pour la partie italienne, de 96 millions d'écus et comporte un aide, sous la forme d'une prime en capital, de 36,6 millions d'écus.

La subvention, dont l'intensité est conforme à l'encadrement communautaire des aides d'Etat à la recherche-développement, fut octroyée en application des lois n^{os} 46/82 et 22/87. Néanmoins, l'intensité de l'aide, dans un secteur caractérisé par une concurrence intracommunautaire très forte, semblait trop élevée pour ce projet de recherche, compte tenu de sa distance par rapport au marché.

Les informations complémentaires reçues par la Commission ont permis d'établir, finalement, que la part de recherche de base représentait environ 30 % du projet et que, par conséquent, l'intensité de l'aide était admissible.

Enfin, en mars 1987, la Commission a décidé de ne pas soulever d'objection à l'octroi d'une aide sous la forme d'une subvention de 85,8 millions de DM (41,3 millions d'écus) notifiée par le gouvernement allemand pour le projet de superordinateur Suprenum, dont le coût total allait être de 99,9 millions de DM (48,1 millions d'écus). Ce projet, qui concerne la recherche de base dans le domaine de la simulation par ordinateur, destinée à étudier les principes d'architecture et les procédures de traitement de l'information en parallèle, etait réalisé par l'un des principaux centres allemands de recherche sans but lucratif. Comme ce projet a trait à la recherche fondamentale et vise à élargir les connaissances générales scientifiques et techniques au sens de l'encadrement communautaire des aides d'Etat à la recherche et au développement, il ne tombe pas sous le coup des dispositions de l'article 92, § 1er, du Traité C.E.E. En conséquence, la Commission a décidé de ne pas soulever d'objection à l'égard de ce projet (499).

Jean-Pierre BUYLE - Laurie LANOYE
Yves POULLET - Valérie WILLEMS

(492) XXII^{e} rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1992, p. 231.

(493) XX^{e} rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1991, point 365.

(494) Affaire C-367/92.

(495) XXIII^{e} rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1993, point 400.

(496) XVIII^{e} rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1989, p. 177.

(497) XX^{e} rapport de la Commission sur la politique de la concurrence, 1991, p. 162.

(498) XXII^{e} rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1992, p. 232.

(499) XVI^{e} rapport de la Commission sur la politique de concurrence, 1988, p. 156.

THE FOURTEENTH ANNUAL SUMMER PROGRAM IN UNITED STATES LAW AND LEGAL INSTITUTIONS

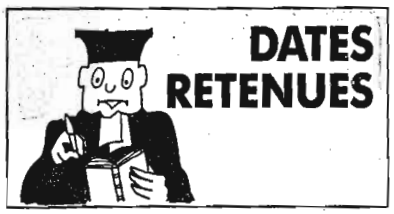
July 15, 1996 - August 16, 1996

The Fourteenth Annual Summer Program in United States Law and Legal Institutions is intended to give lawyers and advanced law students from other countries both a basic understanding of the United States legal system and profession and an in depth exposure to specific areas of law that affect a broad range of commercial, investment, and personal activities. It is designed to serve as a low-cost alternative to a full-year's program or as a preface to advanced formal training in the United States.

The lectures of the Fourteenth Annual Summer Program will be held each morning, Monday-Friday, on the lakeshore campus of the University of Wisconsin-Madison. In addition to the regular morning sessions, there will be opportunities for the participants to learn about legal research and attend special lectures and discussions. The participants also will be able to meet with practicing lawyers and members of the judiciary and socialize with practicing lawyers and legal scholars from around the world.

For more detailed information regarding the Program, contact :

Theresa Dougherty, Office of the Dean
University of Wisconsin Law School
Madison, Wisconsin 53706, U.S.A.
Fax - 608-262-5485



A l'occasion de son soixantième anniversaire, **l'Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil de l'U.L.B.** organise, les *3, 4* et *5 avril 1996*, en hommage aux professeurs Jean Sace, Colette Somerhausen et Dimitri Kalogeropoulos, un colloque international sur le thème « Travail d'intérêt général et médiation pénale - Socialisation du pénal ou pénalisation du social ». — Programme :

Mercredi 3 avril 1996

« Les aspects juridiques »

9 h - 10 h : Introduction des travaux, par S. De Clerck, J.-L. Vanherweghem, L. Ingber et J. Spreutels.

10 h - 10 h 45 : Rapport introductif (aspects historique et de droit comparé), par J. Pradel.

11 h 15 - 11 h 45 : « Les lois belges du 10 février 1994 », par P. Mandoux.

11 h 45 - 12 h 45 : Discussion.

14 h - 14 h 30 : « Le T.I.G. et la médiation en France », par J. Faget.

14 h 30 - 15 h : « Le T.I.G. et la médiation au Canada », par P. Landreville.

15 h 30 - 17 h : Panel : P. Mandoux, X. Charles, O. Klees, Ch. Vanneste et M. Robin.

17 h - 17 h 30 : Conclusions, par J. Sace.

Jeudi 4 avril 1996

« Le droit des mineurs »

9 h 30 - 10 h : Introduction des travaux, par L. Onkelinx.

« Les aspects juridiques », par M. Preumont.

10 h - 10 h 30 : « Les aspects psycho-sociaux », par S. Durviaux.

11 h - 11 h 30 : « Les réformes de la loi du 8 avril 1965 », par P. Cornélis.

11 h 30 - 12 h : « Approche critique des réformes de la loi du 8 avril 1965 », par Th. Moreau.

14 h - 14 h 30 : « Les influences réciproques du droit pénal et du droit pénal des mineurs - De bonnes ou de mauvaises influences ? », par Françoise Tulkens.

14 h 30 - 15 h : « Les nouvelles perspectives du droit pénal des mineurs », par G. Cappelaere.

15 h 30 - 17 h : Panel : Fr. Weil, N. De Vroede, V. Sauvage et D. Jortay.

17 h - 17 h 30 : Conclusions, par C. Somerhausen.

Vendredi 5 avril 1996

« Les aspects criminologiques »

9 h 30 - 10 h : « Approche critique du *Community service order* anglais », par I. Taylor.

10 h - 10 h 30 : « Du grand banditisme à la petite délinquance : dépolitisation de la question criminelle ? », par Ph. Mary.

11 h - 11 h 30 : « La gestion de la petite délinquance », par K. Lalieux.

11 h 30 - 12 h : « Surpopulation des prisons et mesures alternatives », par S. Snacken.

14 h - 14 h 30 : « Le travail d'intérêt général et la probation », par G. Kellens.

14 h 30 - 15 h : « Travail d'intérêt général, médiation et acteur social », par G. Houchon.

15 h 30 - 17 h : Panel : L. Nouwynck, C. Visart de Bocarme, G. Demanet et C. Lauwers.

17 h - 17 h 30 : Conclusions, par D. Kalogeropoulos.

Lieu : Institut de sociologie de l'U.L.B., salle Dupréel, avenue Jeanne, 44, à 1050 Bruxelles.

Renseignements : Mme Anne Guilmin, secrétariat de l'Ecole des sciences criminologiques. Tél. : 02/650.46.39 - Fax : 02/650.40.74.

Le Vlaams Pleitgenootschap, en collaboration avec **l'Association des juristes d'assurances (A.J.A.)**, organise, le *26 avril 1996*, une journée d'études sur le thème « Assurances et procédures judiciaires ». — Programme :

9 h 15 : « L'assurance de protection juridique », par Ph. Colle.

10 h : « La direction du procès », par P. Van de Sype.

10 h 15 : « Etendue et durée de la garantie dans l'assurance de responsabilité (professionnelle) », par H. Cousy.

11 h 30 : « Prescriptions en matière d'assurances », par L. Schuermans.

14 h : « L'action directe », par L. Cornélis.

14 h 30 : « Aspects procéduraux de l'intervention de l'assureur dans les procès », par E. Brewaeys.

15 h 30 : « Honoraires et aspects déontologiques », par P. Depuydt.

16 h : Clôture, par M.E. Storme.

Les exposés se feront en néerlandais.

Lieu : Kredietbank, auditoire t'Serclaes, rue Montagne aux Herbes Potagères, 22, à 1000 Bruxelles.

Renseignements :
Mme M. Dezaeger, Vlaams Pleitgenootschap.
Tél. : 02/508.65.83 - Fax 02/508.65.82.

Law firm in Brussels
with offices abroad seeks
TOP YOUNG ASSOCIATE
to practice business law
(perfect bilingual Dutch-French, English),
post-graduation in U.S. would be a plus
Contact M[e] St. BERTOUILLE
Tel. 02/647.97.00 (9:00 a.m. - 7:00 p.m.)

Prix Jean Sarot.

Règlement :

1. — Il est instauré un *Prix Jean Sarot*, qui sera attribué chaque année, et pour la première fois en 1997, pour couronner le meilleur travail de fin d'études rédigé par un étudiant d'une institution universitaire ou de niveau universitaire de la Communauté française et traitant de la fonction publique.

2. — Le travail doit revêtir un caractère original et contribuer à la connaissance de la fonction publique. Il doit être rédigé en français.

3. — Le prix, d'un montant de 20.000 F, est décerné par un jury présidé par Mme Jean Sarot et composé des auteurs du *Précis de fonction publique* (Bruylant, Bruxelles, 1994).

4. — Les travaux doivent être adressés au plus tard le 31 décembre de chaque année, en neuf exemplaires dactylographiés, au secrétariat du jury, M. Etienne Peremans, référendaire à la Cour d'arbitrage, place Royale, 7, à 1000 Bruxelles. Le candidat indiquera ses nom, prénoms, profession, adresse et communiquera la copie de son diplôme. Le candidat doit avoir obtenu son diplôme dans l'année qui précède celle de l'attribution du prix.

5. — Le jury pourra faire publier tout ou partie du travail primé.

Journal des tribunaux

Roger O. DALCQ, *rédacteur en chef.*
Secrétaire général de la rédaction : Georges-Albert DAL.
Secrétaire de la rédaction : Wivine BOURGAUX.
Secrétaires adjoints : Annik BOUCHÉ et François TULKENS.
Chronique judiciaire : Bernard VAN REEPINGHEN.
Comité de rédaction : Eric BALATE, Pierre BAUTHIER, Michèle BONHEURE, Jean-Pierre BOURS, Benoît DEJEMEPPE, Michèle DEL CARRIL, Fernand DE VISSCHER, Christian DIERYCK, Jean EECKHOUT, François GLANSDORFF, Geneviève JANSSEN-PEVTSCHIN, Guy KEUTGEN, Olivier KLEES, Emile KNOPS, Dominique LAGASSE, Michel MAHIEU, Christine MATRAY, Jules MESSINNE, François MOTULSKY, Daniel STERCKX, Paul TAPIE, Louis VAN BUNNEN, Jennifer WALDRON.
Conseiller scientifique : Robert HENRION.

ADMINISTRATION : LARCIER
ABONNEMENT 1996 : 9.850 FB.
Le numéro : 400 FB.
Abonnement : Larcier, c/o Accès+, s.p.r.l.
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.70 - Fax (010) 48.25.19

Les envois destinés à la rédaction
peuvent être adressés chez Monsieur R.O. DALCQ,
chaussée de La Hulpe, 187, 1170 Bruxelles

© De Boeck & Larcier, s.a., Bruxelles, déc. 1881.
ISSN 0021-812X

Tous droits de reproduction, sous quelque forme que ce soit, réservés pour tous pays. Les manuscrits ne sont pas rendus.

Les auteurs cèdent à LARCIER, leurs droits intellectuels sur les textes publiés au « Journal des tribunaux ». Toute reproduction est dès lors interdite sans l'accord écrit de LARCIER.

Ed. resp. : P. Wilhelm, rue des Minimes, 39 - 1000 Bruxelles
Imprimerie Puvrez, s.a. - avenue Van Volxem, 499 - 1190 Bruxelles
62210